

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958.

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLX

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

El «beneficium separationis» y los actuales sistemas de separación sucesoria

Ramón M.ª Roca Sastre

Dividimos el presente estudio en tres partes. En la primera exponemos las ideas sustanciales sobre el *beneficium separationis* del Derecho romano, que constituye un dispositivo bastante enérgico de protección de los acreedores del causante, así como de los legatarios, ante la existencia de acreedores particulares del heredero. En la segunda parte examinamos la posición que los más importantes ordenamientos jurídicos actuales adoptan sobre el principio de separación o aislamiento sucesorio de bienes, como expediente para lograr aquella referida protección. Y en la tercera parte nos ocupamos someramente de la fundamentación de este principio y de la comparación global de los dos grandes sistemas seguidos para su efectividad.

I

El *beneficium separationis* surgió en Roma como medio para evitar que, por el hecho de fallecer un deudor y aceptar su herencia pura y simplemente algún heredero cargado de deudas, pudiera redundar en perjuicio de los acreedores del causante la concurrencia sobre la misma herencia de los acreedores personales del heredero por efecto de la confusión patrimonial operada. Después se extendió esta medida en favor de los legatarios.

El heredero al aceptar la herencia se subroga o subentra en todas las relaciones o elemento jurídico activo y pasivo de su causante, pues *succedit in omne ius defuncti* y, por ende, adquiere la herencia. Pero si el heredero acepta la herencia pura y simplemente, una de las consecuencias que esta aceptación produce es el fenómeno de la *confusión de patrimonios*, o sea, de dos esferas jurídicas antes distintas.

En virtud de esta *confusio honorum* el patrimonio hereditario es absorbido por el patrimonio privativo del heredero (1). Abierta

(1) No se produce un proceso de fusión de ambos patrimonios para formar un patrimonio nuevo, sino que el patrimonio hereditario se subsume o pasa a formar parte integrante del patrimonio privativo del heredero. CARIOTA-FERRARA (*La successione per causa di morte*, parte general, I, página 117) así lo entiende, pero con razón afirma que esta confusión no entraña la eliminación absoluta de todo rastro de la preexistente autonomía del patrimonio hereditario en la vida del causante, pues el origen y el título de procedencia conservan relevancia jurídica en muchos aspectos.

la sucesión, y en tanto la aceptación no tenga lugar, la herencia aún subsiste como patrimonio autónomo carente de sujeto, aunque destinado a que algún heredero llamado lo haga suyo. Pero, una vez acaecida dicha aceptación, el patrimonio hereditario queda confundido con el patrimonio particular del heredero, de suerte que los elementos componentes de la herencia, como son los bienes y relaciones jurídicas activas y pasivas del causante no extinguidas por su muerte, se barajan y entremezclan con los bienes y relaciones jurídicas del heredero en un proceso de unificación patrimonial. En consecuencia, jurídicamente no es posible distinguir los acreedores del causante de los del heredero, porque único es el deudor de todos ellos y único el titular de ambos patrimonios.

* * *

Los efectos específicos de esta confusión de bienes o de patrimonios son:

1.º El heredero queda obligado a satisfacer las deudas del causante en su integridad, aunque rebasen el valor de los bienes heredados.

2.º El heredero puede pagar a sus acreedores particulares y éstos exigirle el cobro en bienes de la herencia, con independencia de los acreedores del causante y legatarios.

3.º Las relaciones jurídicas de crédito y deuda entre el causante y el heredero se extinguen, al igual que los derechos reales limitados del heredero sobre bienes de la sucesión o del causante sobre bienes del heredero.

Estos tres efectos de la confusión hereditaria originada por la *successio* los mantuvo con rigidez institucional el Derecho romano hasta que después, por razones prácticas y extradogmáticas, el mismo las atemperó con varias excepciones. Una de ellas, la de mayor amplitud e intensidad, es la constituida por el *beneficium inventarii*, introducido por Justiniano para proteger al heredero mediante neutralizar principalmente el primero de aquellos tres efectos, esto es, la responsabilidad *ultra vires* del heredero por las deudas hereditarias. Otra de dichas excepciones es el *beneficium separationis* objeto del presente estudio.

* * *

El *beneficium separationis* que las Fuentes denominan *separatio bonorum* y también *commodum separationis*, y que asimismo es conocido a veces por *beneficio de separación de patrimonios*, fué una creación del Derecho pretorio y, por tanto, apareció mucho antes que el beneficio de inventario.

El segundo de aquellos tres efectos originados por la confusión patrimonial operada en virtud de la *successio* da lugar, conforme se ha dicho, a la posibilidad de que el heredero pague a sus acreedores personales con bienes de la herencia o que éstos le exijan el cobro sobre los mismos, independientemente de los acreedores del causante. Esto, cuando el heredero se halle agobia-

do o cargado personalmente de deudas, puede resultar perjudicial para los acreedores del difunto, ya que cabe que se trate de una herencia con potencialidad suficiente para satisfacer a todos los acreedores del causante, o, al menos, para satisfacerles en cierta proporción, pero, si con éstos concurren en la herencia los acreedores personales del heredero, podrá resultar que los acreedores del finado se queden sin cobrar o lo hagan en menor medida. En suma, la concurrencia en la misma herencia de los acreedores personales del heredero puede empeorar la situación de los acreedores del causante e incluso inutilizarla si aquéllos son más diligentes en el cobro. También los legatarios pueden quedar afectados (2).

El *beneficium separationis* apareció, pues, bajo la preocupación de impedir aquel segundo efecto de la confusión hereditaria, como instrumento separador o aislante de los dos patrimonios, el hereditario y el privativo del heredero más o menos agobiado de deudas (3), y cuyo alcance estudiaremos después, al tiempo que indicaremos también la repercusión que este beneficio pueda tener respecto de los otros dos efectos de la expresada confusión.

El *Corpus* regula esta *separatio bonorum* en el título 6 del libro XLII del *Digesto*, complementado por varias leyes del título 72 del libro VII del *Codex*. A continuación exponemos sus requisitos, el modo de proceder, sus efectos y su extinción.

* * *

Están legitimados para pedir la *separatio* únicamente los acreedores del causante y los legatarios en la propia herencia. Todos estos acreedores pueden reclamarla, aunque sean créditos sujetos a condición o a término, o que estén asegurados por garantía

(2) ULPIANO, en el *Digesto* (XLII-6, par. 1), explica que suele permitirse la separación a los acreedores, por ejemplo, cuando uno tuvo como deudor a Seyo, y, fallecido éste, quedó heredero de él Ticio, que *no es solvente y consiente la venta de bienes para pagar a sus propios acreedores*; los acreedores de Seyo dicen que para ellos bastan los bienes de Seyo y que los acreedores de Ticio deben contentarse con los bienes de Ticio y procederse como si la venta de los bienes fuese de dos, porque puede suceder que Seyo fuera ciertamente solvente y que se haya podido satisfacer a sus acreedores, o, si no por completo, tan sólo en alguna parte, pero que, admitidos y mezclados los acreedores de Ticio, habrán de conseguir aquéllos menos, porque éste no es solvente y conseguirán menos porque son muchos. En este caso es, pues, muy justo que deseando los acreedores de Seyo la separación sean oídos y que impetren del Pretor que se pague por separado su importe a los acreedores de cada uno.

Obsérvese que ULPIANO emplea en este texto el concepto de «insolvencia» como equivalente al de exceso de pasivo sobre el activo, y no en el sentido literal de mal pagador.

(3) El Pretor también previó el supuesto de que el heredero, sin estar abrumado de deudas, fuese un despilfarrador, y a este fin introdujo el remedio de la *satisfatio suspecti heredis* consistente en atribuir a los acreedores del causante el derecho a exigirle caución si quería evitar el inmediato proceso de ejecución.

real (4). Sin embargo, el acreedor del causante que sea a la vez su heredero no puede demandar la separación, excepto que tenga coheredero, en cuyo caso puede pedirla por la cuota de su crédito no extinguido por confusión, pues, respecto de esta cuota, dicho heredero puede producirse como tal acreedor (5).

Se discutió acerca del derecho de los legatarios a pedir la separación, pero de las Fuentes resulta evidente este derecho, aunque las razones difieran de las relativas a los acreedores del difunto, aparte de que éstos tienen un derecho preferente a ser satisfechos respecto de los legatarios. Sin embargo, aunque no se distingue entre clases de legatarios, prácticamente carecerá de interés la *separatio* para aquellos legatarios que lo sean de bienes o derechos específicos propios del testador, pues en éstos la propiedad o titularidad de la cosa o derecho legado pasa inmediatamente al legatario (6). Por otro lado, es indiferente que el legado sea puro o que esté sujeto a condición o término.

No pueden pedir, en consecuencia, la *separatio* ni el heredero ni sus propios acreedores. El heredero porque para enervar dichos efectos de la confusión ya cuenta con el beneficio de inventario. Y los acreedores propios del heredero porque precisamente la separación está pensada para apartarlos del caudal hereditario (7).

(4) A pesar de que un texto de PAULO (*Digesto*, XLII-6, frag. 5) presuponga que pueden pedir la separación los acreedores de la herencia, no obstante sólo pueden hacerlo los acreedores del causante, lo que hace que estén excluidos los acreedores por cargas hereditarias, excepto los que lo sean por gastos de la última enfermedad del difunto. Por tanto, los gastos por razón de gastos funerarios o por conservación o entretenimiento de bienes y otros análogos que no son débitos del causante sino de la herencia por producirse después de abierta la sucesión, corren a cargo del heredero.

(5) *Codex*, VII-72, ley 7.

(6) En el anteproyecto de reforma del Código civil francés solamente se atribuye el derecho de separación a dos legatarios de sumas de dinero.

(7) Esta exclusión es razonable. Los acreedores de la persona que después resulta ser heredero de otro contaron con el patrimonio personal de aquélla para el cobro de sus créditos y lógicamente sabían que estaban puestos a que dicho deudor contrajere nuevas deudas, incluso mediante aceptar herencias con fuerte pasivo. Sin embargo los acreedores del causante, si bien en vida de él contaron también con el patrimonio de éste y asimismo sabían lógicamente que éste podía adeudarse más y más, no obstante no es tan lógico que pensaran que después de fallecido su deudor viajaran a concurrir con ellos en la herencia los acreedores personales del heredero. Hay, pues, diferencia entre uno y otro caso.

La situación es bien diversa, dice BIONDI (*Diritto creditario romano*, parte general, 1954, pág. 364) —al comentar un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, pár. 2)—, fundándose en que, cuando el heredero acepta una herencia recargada de deudas, en sustancia no hace otra cosa que contraer nuevas deudas y los acreedores anteriores no pueden quejarse de que su deudor aumente el pasivo, ya que esto entra dentro de la esfera de libertad que la ley deja al deudor. Prácticamente es fácil que un deudor agobiado de deudas se halle presto a aceptar cualquier herencia que se le ofera, mas es difícil que un deudor solvente acepte puramente una herencia recargada de deudas.

La *separatio* es, pues, un dispositivo de protección exclusiva de acree-

No es obstáculo para que los acreedores del finado pidan la *separatio* la circunstancia de que el heredero haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, pues ambos beneficios no se repelen (8). Asimismo el beneficio de inventario no hace siempre superfluo el de separación (por más que aquél produzca resultados más extensos), ya que la subsistencia del primero depende, en general, de la voluntad del heredero, pudiendo, por tanto, decaer por su culpa y dejar al descubierto a los acreedores del causante. Por esto, mientras subsista el beneficio de inventario, únicamente podrá pedirse *ad cautelam*, o sea, por si el heredero queda, por hecho a él imputable, como aceptante puro y simple de la herencia (9).

Está legitimado pasivamente para la *separatio* el heredero, en la sucesión de que se trate, una vez haya aceptado pura y simplemente la herencia a la que estaba llamado, siempre que tenga acreedores personales.

Se ha discutido si para la separación se requiere que el heredero sea insolvente. A pesar de que dos textos del *Corpus* refieren la separación a casos de herederos no solventes, la opinión dominante es contraria a estimar necesaria la insolvencia personal del heredero como requisito legal, aunque en la mayoría de veces éste será el caso (10). Nosotros creemos que lo decisivo en este aspecto es que la concurrencia en la herencia de los acreedores particulares del heredero pueda perjudicar la situación de los acreedores del causante (11).

Por otro lado, en Derecho romano es irrelevante el hecho de

dores del causante y de legatarios. Los acreedores del heredero difícilmente encontrarán medio de impugnar la aceptación pura y simple de una damnosa *hereditas*, al menos en el Derecho romano, en el que un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 5) niega que exista.

(8) Claro que mientras opere el beneficio de inventario los efectos propios de la *separatio* quedarán latentes.

(9) En el caso de herencia sucesiva, un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 8) viene a disponer que cuando Primo haya instituido heredero a Segundo, y Segundo a Tercero, si la *separatio* la han obtenido los acreedores de Primo, ésta operará contra los acreedores de Segundo y contra los de Tercero; pero si la piden los acreedores de Segundo ésta operará contra los acreedores de Tercero, mas no contra los de Primo. En suma, los acreedores de Primo pueden impetrar la separación contra todos, y los acreedores de Segundo no pueden hacerlo contra los de Primo, mas sí contra los de Tercero.

(10) Ver BONFANTE (*Corso di Diritto romano*, 1930, VI, pág. 366) y WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, III, pág. 343, nota 3).

(11) Es, pues, indiferente que el heredero sea solvente o insolvente, pero aunque sea solvente debe tenerse en cuenta si ello podrá influir en perjuicio de los acreedores del causante y legatarios. También podrán además ser tenidas en cuenta las condiciones de moralidad o de pagador correcto que reúna el heredero.

Literalmente *insolvente* es el que no paga o el que es mal pagador, pero además el concepto es entendido usualmente como la situación de aquella persona que no tiene con qué pagar sus deudas, conforme entiende la Real Academia Española de la Lengua.

que la herencia tenga un pasivo inferior, igual o superior al activo (12). Actualmente es importante el hecho de que el volumen de acreedores del causante haga que sea solvente o insolvente la herencia, es decir, el causante, pues si el pasivo hereditario es mayor que el activo, dejándose sin pagar las obligaciones corrientes, se puede producir la situación de concurso de acreedores (o de quiebra, en su caso).

La *separatio bonorum* tiene por objeto el patrimonio relicto por el causante, si éste ha fallecido con testamento u otro acto de última voluntad, como si ha fallecido abintestato.

Del activo patrimonial forman parte incluso los créditos que el causante ostentare contra su heredero; en cuanto a si forman parte de su pasivo las deudas que el causante tenga a favor de su heredero nos ocuparemos de ello al examinar los efectos de la separación.

Al patrimonio hereditario han de agregarse los frutos o rentas por él producidos, pues *fructus augent hereditatem*. También forman parte de él las accesiones y demás adquisiciones *ex causa hereditaria*. En cambio, por no incidir en esta última clase de adquisiciones, Dernburg (13) entiende que no deben tomarse en cuenta el precio o contraprestación obtenidos por el heredero por cambio, hecho de buena fe, de bienes de la herencia antes de la demanda de separación, o sea en virtud de negocio jurídico, lo que equivale a negar en este caso el juego de subrogación. Pero no todos los autores lo entienden así (14). Igualmente hay que excluir las cosas hereditarias que hayan sido objeto de confusión material con otras del heredero, de suerte que sea imposible individualizarlas.

* * *

En lo tocante al modo de proceder, la *separatio* era rogada y por ello no podía ser concedida de oficio, ni menos operar *de iure* (15). Los acreedores del causante y los legatarios habían de impetrarla al Pretor (16), quien la concedía, previo examen de las circunstancias de cada caso (*causa cognita*). Afirma Biondi (17) que se trataba de una concesión discrecional, pero después, con la guía de la jurisprudencia, fueron fijados los requisitos, hasta

(12) El texto de ULPIANO citado en la nota 2 demuestra que es indiferente que el causante de la herencia fuere solvente o insolvente, pues considera aplicable la *separatio* tanto si el causante Seyo era o no solvente.

(13) *Pandette*, III, pág. 633.

(14) Por ejemplo ORTMANN aplica aquí la regla clásica *pretium succedit in locum rei*. Ver BONEANTE (Ob. cit., VI, pág. 368).

(15) En el período del *ius commune*, llamado también impropiaemente de Derecho intermedio, se produjo en Francia cierta corriente tendiente a estimar que la *separatio* operaba por ministerio de la ley. Conforme veremos más tarde, esta tendencia se acusa en el actual Proyecto de Compilación del Derecho foral de Navarra.

(16) O de los Presidentes en las provincias.

(17) *Ob. cit.*, pág. 369.

que al atribuirse el conocimiento de esta materia a los Jueces, como funcionarios estatales encargados de aplicar las leyes, se consolidaron los requisitos legales. Con todo, estimamos con Dernburg (18) que el previo examen del Juez subsistió como necesario para apreciar si el heredero era insolvente o, de no serlo, si la concurrencia de sus herederos personales en la herencia relicta podía perjudicar a los acreedores del causante y a los legatarios.

No hay tiempo o plazo señalado para pedir la *separatio*, por bien que es más probable su inadmisión cuanto más tiempo haya transcurrido desde la adición de la herencia. Pero dos textos de Ulpiano (19) señalan el plazo de caducidad de cinco años, a contar desde la aceptación de la herencia; pero estos textos se estima han sido objeto de interpolaciones (20). Asimismo en el período del *ius commune* no se reconoció la existencia de este plazo y se admitió sólo la prescripción ordinaria (21). Por tanto, mientras ésta no se consume, cabe pedir la separación, pero exclusión hecha de bienes que no continúen en propiedad del heredero.

La *separatio* se decreta por sentencia judicial y para su efectividad ha de nombrarse un curador de la herencia para que pague a los acreedores del causante; y si esta herencia está excesivamente cargada de deudas se produce la pugna de acreedores. Así se expresa Dernburg (22), el cual se produce en sentido actualizador pandectista, perfectamente explicable tratándose de materia procesal.

En el Derecho romano clásico la *separatio* era una incidencia del proceso ejecutivo colectivo o universal contra el heredero, pues no consistía en una demanda principal que originaba un procedimiento autónomo, sino una pretensión conectada con una *bonorum venditio* ya iniciada, y que por efecto de la separación se bifurcaba en dos *honorum venditiones*, referidas una al patrimonio hereditario y la otra al patrimonio del heredero, si bien operaban ambas a nombre de este último, mas sobre la base de diferenciar, de momento, entre los acreedores del heredero y los del causante (23). Pero todo esto con el tiempo evolucionó (24).

* * *

Y entremos ahora en el examen de los efectos de la *separatio*, aspecto que constituye el punto álgido de esta institución, pues

(18) *Ob. cit.*, III, pág. 631.

(19) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párs. 10 y 13.

(20) Ver BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pág. 384).

(21) Así lo entiende POTIER (*Traité des successions*, 1830, cap. V, artículo 4).

(22) *Ob. cit.*, III, pág. 632. Del mismo modo se produce SOHM (*Instituciones de Derecho privado romano*, pág. 569), y muchos otros romanistas.

(23) La *bonorum venditio* era un procedimiento de ejecución forzosa universal, precedida de la *missio in possessio* o ocupación del patrimonio del deudor. Podía pedirla un solo acreedor, pero se anunciaba con proclamas con el fin de que pudieran ser parte en el proceso los demás acreedo-

sirve para determinar su verdadera naturaleza jurídica, de honda trascendencia histórica.

Para simplificar la exposición de los términos del problema, éste hay que plantearlo a base del siguiente dilema: ¿La separación o aislamiento del patrimonio hereditario respecto del patrimonio del heredero que produce la *separatio* entraña una separación absoluta y plena o bien solamente una separación relativa y limitada?

Si lo primero, todos aquellos tres efectos de la *confusio bonorum* que la *successio* ocasiona, y que señalamos antes, dejan de producirse y, en consecuencia:

1) El heredero no queda obligado a satisfacer *ultra vires* las deudas del causante, sino tan sólo con los bienes de la herencia.

2) El heredero no puede pagar a sus acreedores personales ni éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia.

3) Las relaciones jurídicas de crédito y deuda o derivadas de derechos reales limitados entre el causante y el heredero no se extinguen.

Se producen, pues, los mismos efectos que en el beneficio de inventario. Pero en este beneficio, y en el de separación entendido en sentido absoluto, la separación lógicamente no es totalmente plena, pues si bien de momento los acreedores del heredero deberán contentarse con proceder contra el patrimonio privativo de este último, conservarán el derecho de perseguir el residuo hereditario

res del ejecutado. Este procedimiento asimismo afectaba a todo el patrimonio de éste. Se trataba, pues, de un proceso colectivo de ejecución que abarcaba la masa de los bienes del deudor y que parecía tener el carácter de un concurso de acreedores en sentido moderno cuando se estaba ante una *venditio bonorum debitoris obaerati*, o sea contra un deudor repleto de deudas, pero sin implicar un procedimiento diferenciado.

Los acreedores elegían uno de ellos como representante o curador de la masa, denominado *magister*, el cual debía anunciar la venta y sus condiciones (*lex venditiones*), la cual tenía lugar mediante adjudicar en bloque los bienes del ejecutado a la persona que ofrecía a los acreedores el pago de sus créditos en mejores condiciones. Era el *bonorum emptor*, que adquiría *per universitatem* el patrimonio del deudor, con acción para reclamar el pago de los créditos que acaso tuviera.

Puede verse sobre la materia ARANCIO-RUIZ (*Instituzioni di Diritto romano*, pág. 145), DE FRANCISEI (*Sintesis histórica de Derecho romano*, página 572), SOLAZZI (*Il concorso dei creditori*, I, pág. 35), etc., etc.

(24) Según TARTUFGANI (*Della separazione dei patrimoni*, en «Archivio giuridico», XVI, pág. 122) el desenvolvimiento de la institución demuestra que el proceso de ejecución podía ser ocasión de la *separatio*, y lo más frecuente, pero ello podía también invocarse aparte.

La aparición del proceso de ejecución singular o sobre bienes determinados (*bonorum distractio*) no pudo afectar a la *separatio*, que en el sistema romano presupone siempre un procedimiento judicial de tipo colectivo o universal; pero con el tiempo se transformó en un proceso autónomo dirigido específicamente a la efectación de la *separatio* y consistente liquidación del pasivo hereditario.

que quedare después de satisfechos con los bienes relictos los acreedores del causante y los legatarios.

Por el contrario, si la *separatio* únicamente origina un aislamiento relativo o limitado de los dos patrimonios, del hereditario y del propio heredero, aquellos tres efectos de la confusión hereditaria se producen de otra manera, ya que el primero subsiste, el segundo queda paralizado y el tercero en parte subsiste y en parte no, conforme con más detalle explicaremos a continuación.

Ahora bien, de estos dos criterios de *separatio* absoluta y de *separatio* relativa ¿cuál de ellos adopta el *Corpus*? La contestación es difícil por la circunstancia de existir textos contradictorios.

Efectivamente. Por un lado, un texto de Ulpiano (25) y otro de Paulo (26) afirman que los acreedores del causante quedan definitivamente apartados del patrimonio particular del heredero, mientras que los acreedores privativos de éste sólo quedan apartados del patrimonio hereditario en tanto no estén satisfechos los acreedores hereditarios. En cambio, un texto de Papiniano (27)

(25) Expresa este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 17) que «de ordinario está admitido que los acreedores del heredero, si sobrare algo de los bienes del testador [o causante], pueden tenerlo para sus propias deudas, pero que los acreedores del testador [o causante] no pueden tener nada de los bienes del heredero. La razón de esto es que el que impetró la separación se debe imputar a sí mismo su propia facilidad, si habiendo bienes suficientes del heredero hubiere preferido que se separasen para él los bienes del difunto, pero esto no se les podría imputar a los acreedores del heredero. Por tanto, si los acreedores del difunto desearan actuar también en los bienes del heredero, no han de ser oídos, porque la separación que ellos mismos pidieron los separó de estos bienes. Pero si los acreedores del difunto pidieron temerariamente la separación pueden impetrar venia, habiendo alegado, por supuesto, justísima causa de su ignorancia».

(26) Este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 5) también expresa que «si los acreedores de la herencia impetraron la separación de los bienes, y se hallara que no es solvente la herencia, pero que el heredero sí es solvente, no podrán volverse contra el heredero, sino que deben estar a lo que una vez pidieron. Mas si después de impetrada la separación el heredero hubiere adquirido alguna cosa, ciertamente por causa de la herencia, deberán ser admitidos a lo que se adquirió los que impetraron la separación. Pero si se les hubiere satisfecho, lo que sobre se dará a los acreedores propios del heredero. Mas si el heredero hubiere adquirido por otra causa, no serán admitidos los acreedores de la herencia. Pero si los propios llegaron a cobrarlo todo, lo que sobrare opinan algunos que se les ha de dar a los de la herencia, pero a mí no me parece así, porque cuando pidieron la separación se apartaron de la persona del heredero y se atuvieron a los bienes y vendieron como de un difunto los bienes, los cuales no pueden recibir aumento. Y lo mismo estimo se ha de decir, también, si, engañados en cuanto a la separación de los bienes, consiguieron menos que los acreedores propios del heredero. Mas los acreedores del heredero tienen los bienes propios de él, y la persona, la cual puede adquirir mientras vivan».

(27) Dice este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 3, pár. 2) que «respecto a otro cualquier acreedor [del causante] que impetró la separación, será más conveniente admitir, que, si no se pudiera satisfacer del todo con la herencia, perciba de los bienes del heredero, solamente si hubieren sido

sostiene el criterio opuesto respecto de los acreedores del causante, pues entiende que éstos no quedan apartados definitivamente del patrimonio privativo del heredero, sino tan sólo mientras no queden satisfechos con él los acreedores particulares del heredero.

La contradicción entre estos textos, los de Ulpiano y Paulo de un lado y el de Papiniano por otro, es manifiesta. La antinomia es neta —dice Bonfante (28)— y parece vano intentar conciliarlos, tanto más cuanto la opinión atribuida a Papiniano es precisamente contemplada y rechazada en el texto de Paulo, cosa extraña en textos colocados bajo el mismo título.

Esta contradicción afecta principalmente al primero de aquellos tres efectos antes indicados derivados de la confusión hereditaria, pues la pugna radica en si los acreedores del causante que no han podido cobrar sus créditos con la herencia, por haberse agotado ésta, pueden o no dirigirse para su cobro contra el patrimonio privativo del heredero. Respecto de los dos otros efectos nos ocuparemos de ellos después.

a) Dentro del campo de la *separatio* el influjo de ésta en orden al principio de la responsabilidad *ultra vires*, por débitos del causante, del heredero que haya aceptado la herencia pura y simplemente, puede adoptar dogmáticamente estas tres posiciones:

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos por insuficiencia de los bienes de la herencia *no pueden perseguir después en ningún caso, los bienes propios del heredero*. Responde a la idea de una rabiosa separación entre el patrimonio hereditario y el propio del heredero, que conduce a eliminar la responsabilidad *ultra vires* de éste. Es la postura extrema seguida por dichos textos de Ulpiano y Paulo, pues en ellos se afirma que por por la *separatio* los acreedores del causante no pueden tener nada de los bienes del heredero, no debiendo ser oídos respecto de estos bienes, ya que se apartaron de ellos contentándose con los bienes de la herencia. En una palabra, es como si el pedir la separación implicase renuncia de los acreedores del causante a hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio particular del heredero.

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos por insuficiencia de los bienes de la herencia *pueden perseguir después en plena concurrencia y paridad con los acreedores personales del heredero, los propios de éste*. Es una solución opuesta extrema, no recogida por el *Corpus* y que respeta en alto grado el principio de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, conjugándola con las exigencias de la *separatio*.

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos

pagados los acreedores propios del heredero, lo que sin duda se ha de admitir en cuanto a los acreedores del heredero, habiendo sido pagados los de la herencia.

(28). *Ob. cit.*, VI, pág. 371.

tos por insuficiencia de los bienes de la herencia *pueden perseguir después los bienes privativos del heredero*, pero con el condicionamiento de *poder hacerlo sólo una vez satisfechos los acreedores personales del propio heredero*. Es una postura intermedia conciliadora, inspirada en el referido texto de Papiniano, que, si bien respeta el principio de responsabilidad *ultra vires* del heredero, la modaliza en el sentido recíproco compensatorio por entender que si por virtud de la *separatio* quedan diferenciados de momento el patrimonio hereditario y el privativo del heredero, es justo y equitativo que los acreedores del causante puedan cobrar sus créditos en primer lugar con el patrimonio hereditario y subsidiariamente con el patrimonio del heredero, del mismo modo que los acreedores particulares de éste pueden proceder en primer lugar contra el patrimonio del heredero y subsidiariamente contra lo que reste del hereditario (29).

La primera posición ha sido la más seguida por la doctrina. Duarenus, Donellus, Vöet y tantos otros juristas antiguos ya la dieron como prevalente. Sería interminable dar más nombres.

Argumentos expuestos a favor de esta primera tesis son muchos. Por ejemplo, Fadda (30) la defiende a base de este dilema: o la *separatio* significa para los acreedores del causante un definitivo desinterés o desapego respecto del heredero y, por ende, una vez hecha excusión de los bienes del difunto no cabe la posibilidad de que persigan al heredero, o bien implica una simple razón de preferencia que sitúa el patrimonio del finado en primera línea a merced de sus acreedores, y que después, por insuficiencia de este patrimonio deba volverse al régimen común respecto del patrimonio del heredero, sobre el que los acreedores del causante podrán concurrir con los particulares del heredero. Y como esta segunda solución—dice—no es posible, no queda sino la primera.

Dice Dernburg (31) que en esta posición se hace valer el Derecho estricto, es decir, se entiende que desde el momento en que los acreedores del causante han repelido al heredero como deudor de sus créditos contra el difunto y le han sustraído la herencia, la lógica requiere que de tales créditos quede él liberado. Este es el argumento fuerte que emplean los partidarios de esta tesis. Consideran que el simple hecho de pedir y obtener la separación implicó para los acreedores del causante la renuncia de su derecho

(29) Es de advertir que nadie discute el derecho de los acreedores del heredero a perseguir para el cobro de sus créditos los bienes de la herencia que resten después de satisfechos con ellos los acreedores del causante, pues la *separatio* demandada por éstos encuentra agotada su función una vez satisfechos con la herencia los acreedores del causante, de modo que el residuo hereditario que quede al heredero lo incorpora definitivamente a su patrimonio propio.

(30) *Concetti fondamentali del Diritto creditario romano*, 1949, II, pág. 413.

(31) *Ob. cit.*, III, pág. 633.

a perseguir los bienes privativos del heredero, pues se formaron dos masas patrimoniales, una constituida por la herencia y la otra por el patrimonio particular del heredero, que quedaron sujetas a ejecución independiente. Por esto afirma Melucci (32) que en virtud de la separación, el difunto es considerado como si todavía viviere, subsistiendo los dos grupos de bienes, con sus dos respectivos grupos de acreedores no concurrentes, por ejercitar los de cada grupo independiente su propio derecho.

Esto hace decir a De Simone (33) que, si, como lógica consecuencia de la *separatio*, los acreedores del causante por obvias razones han querido garantizarse con el patrimonio del difunto, no pueden posteriormente revolverse contra el patrimonio personal del heredero de resultar insuficiente la herencia, porque la separación debe producir respecto de aquellos acreedores el anulación completa de los efectos de la aceptación hereditaria del heredero, lo que convierte la herencia en un patrimonio separado, constitutivo de un núcleo patrimonial autónomo o con subsistencia propia, sobre el que se localizan determinada clase de deudas, por estar exclusivamente destinado a la liquidación del pasivo hereditario.

Esta última idea está inspirada por Boufante (34), el cual, sobre la base de la prevalencia de dichos textos de Ulpiano y Paulo —aunque negando que la *separatio* entrañe rescisión de la aceptación hereditaria— quiere averiguar la razón que explique por que los romanos consideraron que por virtud de la separación el heredero no sucedía en las deudas del finado, en tanto no adquiriera el residuo del activo hereditario. Y esta razón pretende haberla encontrado el referido gran romanista en el hecho de que la *separatio* conduce a un concepto de la sucesión, no en el sentido romano de la *successio in ius*, sino en el de adquisición de un patrimonio que soporta objetivamente las deudas del causante, o sea, una noción realista de la adquisición universal, conocida en los ordenamientos jurídicos no influidos por el Derecho romano, por la que se adquiere un patrimonio relicto *deducto aere alieno*, y cuyo *aes alienum* grava sobre lo adquirido, mas no sobre la persona del adquirente.

Contra esta posición, antiguamente dominante, asentada en los transcritos textos de Ulpiano y Paulo, militan graves razones, entre otras, las siguientes:

El argumento expuesto por Fadda, fundado en aquel referido dilema de que la *separatio* o significa apartamiento de los acreedores del causante en el patrimonio del heredero o implica una simple razón de preferencia a favor de estos acreedores en los bie-

(32) *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, pág. 8.

(33) *La separazione dei beni ereditari*, pág. 21.

(34) *Ob. cit.*, VI, pág. 374.

nes de la herencia, es deleznable porque ambos términos no son incompatibles sino que pueden armonizarse en otra solución intermedia, como es la de la posición tercera o de Papiniano. En contra de dicho dilema cabe oponer este otro, formulado por Ferrini (35), según el que: o el heredero ha optado por el beneficio de inventario e invertido la herencia en satisfacer las deudas del causante, sin que puedan pretender nada sobre su patrimonio los acreedores o, por el contrario, ha prescindido de tal beneficio y en este caso el heredero debe responder inexorablemente con sus propios bienes de las deudas del causante. Aquí sí que no cabe término medio, pues la responsabilidad *intra vires* del heredero por deudas del causante sólo es posible en nuestro sistema mediante el beneficio de inventario.

Aquí radica el punto flaco de la posición que impugnamos. Hay cierta unanimidad en reconocer que la *separatio* no deja sin efecto la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero (36), así como no impide que éste continúe con su carácter de sucesor en el *ius* del causante y, por ende, como sucesor en sus deudas. Luego si se admiten estas dos premisas, ¿por qué se niega que el heredero responde con sus propios bienes de las deudas del causante? (37).

Asimismo parece extraño que un remedio arbitrado para beneficiar a los acreedores del causante, pueda trocarse en perjuicio de ellos y favorecer a los acreedores del heredero, que ya sabían que su deudor podía contraer nuevas deudas, incluso mediante aceptar herencias.

En una palabra, si el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente, ha de responder *ultra vires hereditatis* de las deudas del causante, y el hecho de la *separatio* podrá modalizar esta responsabilidad, mas no eliminarla.

Ante lo infundado de esta primera posición, la segunda parece más razonable y teóricamente puede que sea la más fundada. Biondi (38) la propugna por entender que la tercera posición, que es la de Papiniano, es poco lógica, ya que, si los acreedores del causante no cesan de ser acreedores del heredero, no hay motivo para que al resultar insuficiente el patrimonio hereditario tengan los acreedores personales del heredero una preferencia respecto de aquellos otros sobre el patrimonio privativo del heredero. La solución más lógica—afirma este romanista—es que exhausto el patrimonio he-

(35) Página 8 del «Buletino dell'Istituto di Diritto romano», volumen XIII, año 1901.

(36) La tendencia que ve rescindida la aceptación hereditaria por efecto de la *separatio*, ha de considerarse actualmente abandonada.

(37) No cabe oponer que el heredero que goza del beneficio de separación es sucesor en las deudas de su causante, pero no responde de ellas con sus bienes propios, porque este resultado es exclusivo del beneficio de inventario.

(38) *Ob. cit.*, pág. 373.

reditario puedan concurrir los acreedores del causante sobre el patrimonio del heredero con *paridad* a los acreedores personales de éste.

Hemos dicho que quizás esta segunda posición es teóricamente la más fundada, pero, creemos, aún conserva cierta dosis de rigidez, por cuya razón la posición tercera responde mejor a un criterio de equidad (39).

Esta tercera posición, que es la propia del referido texto de Papiniano, es defendida por Windscheid (40), quien parte de la base de que los mencionados textos del *Digesto* se contradicen, sin que sea posible su conciliación, por lo que se destruyen recíprocamente, dando lugar a un silencio normativo que debe colmarse, lo que se logra mediante la solución de equidad de Papiniano, esto es, que los acreedores del causante que no hayan conseguido satisfacerse por entero con el patrimonio del difunto, puedan proceder contra el patrimonio privativo del heredero, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios de éste.

Esta es la opinión que consideramos más aceptable, y la defendida por muchos juristas, bastando citar entre ellos a Dernburg (41) entre los extranjeros y a Iglesias (42) entre los españoles (43).

b) La trascendencia de la *separatio* respecto del indicado segundo efecto de la *confusio bonorum* que la sucesión provoca, o sea, acerca de si el heredero puede pagar a sus acreedores par-

(39) En su favor hay la consideración de que es más natural que los acreedores del heredero puedan perseguir bienes hereditarios después de estar satisfechos los acreedores del causante, que no que los acreedores del causante puedan perseguir los bienes particulares del heredero, una vez satisfechos los acreedores personales de éste.

Con todo, afirma PETIT (*Tratado elemental del Derecho romano*, página 566), se trata de un caso de justa reciprocidad.

(40) *Ob. cit.*, III, pág. 344.

(41) *Ob. cit.*, III, pág. 633, nota II.

(42) *Instituciones de Derecho romano*, 1951, II, pág. 220.

(43) La pugna referente a la contradicción de aquellos textos de ULPIANO y PAULO en relación con el de PAPINIANO todavía subsiste entre los romanistas. En la discusión se interfieren también el problema de las consabidas interpolaciones del *Corpus*, así como las distinciones históricas y de tipo evolutivo a base distinguir entre el Derecho romano clásico, el postclásico y justinianeo y el Derecho común.

Consideramos impropio de la índole de este estudio ocuparnos de estas cuestiones, limitándonos a remitirnos a este respecto a la síntesis que BONFANTE expone, principalmente en su *Corso* citado (vol. VI, pág. 372). No obstante, después indicaremos la influencia histórica que la tesis de PAPINIANO ha tenido en la transformación posterior de la *separatio*, especialmente en el amplio período del *ius commune* dentro del ámbito del Derecho francés. Y esto prescindiendo de los esfuerzos que en estos últimos tiempos ha desplegado BAVIERA (en su obra *Il commodum separationis de Diritto moderno*, pág. 65 y sigs.) al pretender explicar la tesis de PAPINIANO e interpretar las Fuentes bajo la obsesión del sistema francés, que sólo ve en la separación un simple sistema de prelación creditual, o sea, un *privilegium exigendi* a favor de los acreedores del causante.

ticulares y éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia, independientemente de los acreedores del causante y legatarios, plantea una cuestión que se halla embebida en la anteriormente estudiada, por cuyo motivo, si se adopta el criterio del referido texto de Papiniano, que entendemos que es la fórmula que ha de prevalecer, resultará que por efecto de la separación el heredero no podrá pagar a sus acreedores personales (44) ni éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia, ni con los frutos de ella, hasta que hayan sido satisfechos los acreedores del causante, y los legatarios, es decir, previa excusión de los bienes relictos, de suerte que sólo si quedare sobrante hereditario podrán los acreedores del heredero ser satisfechos o satisfacerse con él, aparte de poder proceder siempre contra los bienes propios del heredero. Inversamente los acreedores del causante (45) no podrán perseguir los bienes privativos del heredero, hasta que los acreedores personales de éste queden satisfechos con tales bienes.

De aquí resultan configurados dos grupos patrimoniales, adscritos preferencialmente a dos grupos respectivos de acreedores: uno, el hereditario, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores del causante y subsidiariamente a los acreedores particulares del heredero, y el otro grupo, el privativo del heredero, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores de éste y subsidiariamente a los acreedores del causante. Con ello se mantiene una separación o aislamiento provisorio de ambos patrimonios, pues subsiste en la medida necesaria para el cobro preferente y subsidiario de los créditos de los respectivos acreedores. Por consiguiente, este sistema implica la configuración de dos criterios de preferencia o prelación crediticia.

c) En cuanto a la trascendencia que la *separatio* pueda tener en relación al tercer efecto de la *confusio bonorum*, es decir, concretamente sobre la eficacia extintiva de relaciones jurídicas reci-

(44) El heredero no podrá satisfacer a sus acreedores personales con bienes de la herencia, mientras los acreedores del causante y los legatarios no hayan percibido lo que les corresponda, pues, como afirma BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pág. 368), decretada la *separatio*, toda enajenación de bienes hereditarios es vedada al heredero.

(45) Los legatarios no entran aquí si se estima, como creemos, que el heredero, aunque acepte la herencia pura y simplemente, no responde *ultra vires* de los legados ordenados por el causante, pues éstos constituyen una *delibatio* o sustracción de sustancia hereditaria (sustancia *in natura* en los legados *per vindicationem* o de efectos reales y *ad valorem* en los legados *per damnationem* o de efectos obligacionales), mas no una deuda como las que tenía el causante. Pero la responsabilidad del heredero por los legados *per damnationem* plantea un problema discutidísimo, cuya amplitud no nos permite entrar en su estudio, pero que entendemos no entraña responsabilidad *ultra vires hereditatis* al heredero, sin que la introducción de la cuarta Falcidia altere la situación. Con todo creemos que el heredero puede contraer responsabilidad por razón de los legados debido a irregularidad de su conducta, pero entonces se trata de cuestión diferente.

procas entre causante y heredero, sean éstas credituales o bien se deriven de derechos reales limitados, entendemos que no se extinguen cuando el titular del crédito o derecho fuere el causante, pero que sí se extinguen cuando el titular sea el propio heredero,

La razón de este trato diferencial es que la separación únicamente opera en beneficio de los acreedores del causante, y legatarios, más no del heredero, ya que si bien éste era a su vez acreedor del causante, su carácter de heredero del mismo impone la extinción de su crédito por confusión, pudiendo solamente evitarla mediante aceptar la herencia a beneficio de inventario, cosa que no ha hecho en nuestro caso, pues ha aceptado la herencia pura y simplemente. Supongamos que un acreedor fallece y resulta ser el heredero su deudor, que acepta la herencia sin beneficio de inventario. El crédito del causante ha de subsistir por efecto de la *separatio*, pues, si quedara extinto, los acreedores del causante verían desvanecerse un crédito que integraba el activo hereditario y con cuya subsistencia contaban, pues entendieron que gracias a la separación permanecía intacto este activo.

Así pues, en el Derecho romano ha de subsistir dicho crédito, ya que la *separatio* opera en beneficio de los acreedores del causante, y legatarios, que la hayan impetrado y evita, por tanto, la extinción por confusión del mismo. En cambio, como la separación no constituye un expediente defensivo en favor del heredero ni de sus acreedores, por esto ella no impide que se produzcan los efectos extintivos de la confusión hereditaria respecto de los créditos del heredero contra el finado (46). Afirma Ricci (47) que la confusión en tanto extingue la acción en cuanto hace imposible su ejercicio; luego cuando este ejercicio sea posible—como sucede con los acreedores del causante, quienes al demandar la separación hacen valer el crédito del causante contra el heredero—, entonces no puede hablarse de extinción por confusión hereditaria (48).

* * *

Como complemento de lo expuesto aquí en materia de efectos de la *separatio* hay que indicar lo siguiente:

Conforme expresa Biondi (49), la *separatio* tiene carácter unitario, pues se demanda y obtiene respecto de la herencia en su complejo total. Sin embargo, la separación actúa únicamente a favor de los que la obtengan, a quienes denominaremos *separatis-*

(46) Nos fundamos en lo dicho antes con relación a la nota 5.

(47) *Corso di Diritto civile*, X, pág. 355.

(48) Es, pues, imposible que el heredero proceda contra sí mismo para conseguir el cobro de su crédito contra el difunto, pero no es imposible a los demás acreedores de este último actuar contra el heredero con el fin de obtener, incluso sobre el crédito del causante contra el heredero, el pago de lo que les es debido. Queda a salvo el supuesto previsto en la nota 5. Ver Sciro, *Teoría generale delle obbligazioni*, pág. 848.

(49) *Ob. cit.*, pág. 368.

tas, pues cabe que unos la impetren y otros no. Para los primeros, o sea, los separatistas, dice este autor, que se afirma que habían decidido *defunctum sequi*, en el sentido de que quisieron que el patrimonio del deudor subsistiera en su garantía; para los otros se habla de *heredem sequi*, o sea, como si hubiesen admitido la consecuencia de la confusión hereditaria (50).

Pero uno de los problemas importantes de la *separatio* es el que se suscita al tratar de determinar la posición de los acreedores del causante separatistas, respecto de los no separatistas (51), del que nos vamos a ocupar ahora, dejando para después las demás situaciones que pueden producirse en esta materia.

a) Relación entre los acreedores que han obtenido la *separatio* y los que no la han obtenido.

Pugnan aquí dos criterios. Uno, absoluto, que estima que los acreedores del causante no separatistas quedan reducidos a la condición misma de los acreedores del heredero, de suerte que no pueden perseguir los bienes de la herencia hasta que los acreedores separatistas estén totalmente satisfechos, es decir, sobre el residuo hereditario, en concurrencia con los acreedores originarios del heredero. Es el criterio dominante hasta estos últimos tiempos.

El segundo criterio es relativo, ya que sostiene que los acreedores del causante no separatistas concurren en la herencia con los separatistas, pero sujetos a la concurrencia de los acreedores personales del heredero. Este criterio va prevaleciendo modernamente.

Boufante (52) da el siguiente ejemplo para cada uno de estos dos criterios, sobre la base de una herencia en estado de concurso: El causante tenía un patrimonio de 100, y 10 acreedores, cada uno por 25. El heredero estaba aún más recargado de deudas y, ante ello, los acreedores del causante piden la separación, pero no todos, pues si la pidieren todos no habría cuestión y cada uno recibiría 10 en el concurso. Pero supongamos que cuatro de aquellos acreedores obtienen la separación y los otros seis no. Es fácil establecer las dos soluciones. Según el criterio más rígido, los cuatro acreedores separatistas quedan satisfechos por entero con la herencia ($4 \times 25 = 100$) y, como no queda residuo, los otros seis acreedores son rechazados y remitidos al heredero. En cambio, según el criterio más benigno, unos y otros, separatistas y no separatistas, perciben siempre 10 (la cuota del concurso), con la

(50) Al concepto de *heredem sequi* empleado en las Fuentes como opuesto al de *defunctum sequi*, hay que atribuirle un doble significado: el de indicar al acreedor del causante que ha reconocido como propio deudor al heredero, en cuyo caso queda privado de pedir la separación, y en el de expresar al acreedor del causante que no ha pedido la separación. Hay que tener en cuenta ambos sentidos para evitar confusiones.

(51) Claro está que si ninguno de los acreedores del causante obtiene la separación, o la obtienen todos, no hay problema, pues éste sólo surge al obtenerlo unos y otros no.

(52) *Ob. cit.*, pág. 377.

salvedad de que los primeros tienen intangiblemente lo, mientras que los otros deben sufrir el concurso de los acreedores originarios del heredero, respecto del cual no se han procurado el remedio de la separación.

En estos dos criterios hay coincidencia acerca de que la *separatio* ha de favorecer a quienes la pidan, pero existe divergencia sobre el grado y medida en que ha de favorecerlos. Según el criterio absoluto o rígido este grado y medida consiste en excluir de la herencia no sólo a los acreedores personales de la herencia, sino además a los propios acreedores del causante no separatistas. Conforme al criterio relativo o benigno no se llega a tanto, pues tan sólo se excluye a los acreedores personales del heredero. Este es el punto diferencial, tan debatido.

Pues bien, ante estos dos criterios dispares ¿cuál de ellos ha de prevalecer como más fundado?

Los que defienden el criterio absoluto esgrimen sus argumentos, entre los que hay uno que se funda en un texto de Ulpiano (53), en el que, ante la cuestión de si los acreedores del causante que impetraron la separación «admitirían consigo» a los que no lo hicieron, hace esta afirmación: «Yo opinaría que en nada les aprovecha a éstos; porque éstos han de ser contados con los acreedores del heredero». Pero el texto es confuso (54), y Bouffante (55), partidario del criterio absoluto o radical, lo desecha, y se apoya en otros argumentos, el principal de ellos consistente en considerar que jurídicamente es absurdo hablar de «acreedores del difunto», pues no se puede ser acreedor de un muerto y, por tanto, no cabe referirse a una cuota de concurso de los acreedores no separatistas respecto del patrimonio del finado y no pueden tener como deudor suyo sino al heredero, sin que tengan derecho a escindir una parte del patrimonio del heredero para su garantía, habiendo dejado de ejercitar aquel beneficio del cual podían gozar a base de la cualidad histórica, ya extinguida, de acreedor del difunto.

Se aportan otros argumentos en favor de dicha tesis absoluta, como, por ejemplo, que desde el momento que la ley concede la *separatio* a todos los acreedores del causante que la pidan, poniéndolos a todos en condiciones de poder defender sus créditos, es lógico que quienes utilizaron este recurso legal han de ser preferidos a los que se han abstenido de hacerlo, y, por tanto, si estos últimos resultan perjudicados, que se lo imputen a ellos mismos, ya que *vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*.

En favor del criterio relativo o benigno se razona mediante considerar que el hecho de que el acreedor del causante no pida la *separatio* no puede implicar sin más que quede equiparado a los acreedores personales del heredero, sino simplemente que resulta

(53) *Digesto*, XLII-6, frag. I, pág. 6.

(54) Ver FADDA, *Ob. cit.*, pág. 403.

(55) *Ob. cit.*, págs. 379 y 381.

afecto a las consecuencias de la *confusio bonorum*, esto es, que no puede prevalerse respecto de los acreedores personales del heredero. Asimismo, la *separatio* tiene como motivación finalista proteger a los acreedores del causante que la han obtenido frente de los acreedores privativos del heredero, mas no de los demás acreedores del causante que no pidieron la separación. Precisamente al tratar de un especial supuesto, un texto de Ulpiano (56) presupone que el acreedor del causante que impetró la separación es preferente (*potiorem esse*) por virtud de este derecho de separación, al acreedor personal del heredero garantizado por este último con hipoteca o prenda en bienes hereditarios, lo que significa claramente que la *separatio* coloca al separatista en situación de preferencia en relación sólo con los acreedores personales del heredero, pero nada más.

Así pues, entre acreedores separatistas y no separatistas del causante la *separatio* no altera su rango creditual, pues ella se circunscribe a atribuir a los separatistas la facultad de postergar a los acreedores personales del heredero en los bienes de la herencia, facultad de la que carecen los acreedores no separatistas. Subsiste, por tanto, la *par condicio creditorum*, que permanece incólume, aunque los acreedores no separatistas del causante se resientan de la interferencia de algún acreedor personal del heredero.

A nosotros nos place más esta segunda solución, esto es, el criterio relativo o benigno.

b) Relación entre acreedores del causante que han obtenido la separación.

Entre estos acreedores subsiste su respectiva posición creditual, sin que la circunstancia de la *separatio* pueda alterarla. Sin embargo, sobre todo en caso de insuficiencia hereditaria, actuarán entre dichos acreedores las causas de prelación o preferencia originadas por la índole de cada crédito, alterando la paridad creditual conforme a las normas de la concurrencia y prelación de créditos, siempre sin perjuicio de la prioridad de los créditos garantizados con prenda o hipoteca, aunque esta garantía la haya constituido el propio heredero en favor de acreedores separatistas del causante (57).

c) Relación entre los legatarios y los acreedores del causante.

Siempre los acreedores del causante, tanto si son o no separatistas, tienen derecho preferente para el cobro de sus créditos respecto de los legatarios, sean o no, asimismo, estos últimos sepa-

(56) *Digesto*, XLIII-6, frag. 1, pár. 3. Se trata de un caso en que el heredero, antes de ser impetrada la *separatio*, garantiza con prenda o hipoteca sobre bienes de la herencia a un acreedor personal suyo.

(57) De este modo lo entiende Broxhi (Ob. cit., pág. 371), al sostener que el acreedor separatista es preferido al acreedor, incluso hipotecario, cuando éste sea acreedor del heredero. En cambio, caso de hipoteca constituida por el heredero a favor de acreedor del causante, si este acreedor es separatista, tiene prelación hipotecaria.

ratistas. Así se expresa en un fragmento de Juliano (58), y lo impone la regla *nemo liberalis nisi liberatus*.

Conforme expresa Biondi (59), los legatarios separatistas pueden ser satisfechos sólo después que los acreedores del causante (aunque no sean separatistas) lo hayan hecho. La separación hace que los legatarios sean preferidos a los acreedores del heredero, pero los acreedores del causante son preferidos a los legatarios. Y esto tiene lugar aunque los legatarios hayan obtenido la separación; en caso contrario, se encuentran ni más ni menos en la misma situación de los acreedores no separatistas, soportando el concurso de los acreedores del heredero (60).

En definitiva, la *separatio* atribuye a los legatarios el derecho a excluir a los acreedores del heredero, pero no a los acreedores del causante, sean o no separatistas.

d) Relación entre legatarios separatistas y no separatistas.

Es la misma posición explicada entre los acreedores del causante separatistas y no separatistas, pues hay paridad entre ellos; sólo que los legatarios separatistas excluyen a los acreedores del heredero y los otros no.

Entre legatarios separatistas subsistirán las preferencias en el pago de legados establecidas por la ley o por el causante, especialmente cuando la herencia sea insuficiente para soportarlos todos. Y lo mismo entre legatarios no separatistas.

* * *

Corresponde ahora terminar el examen de la *separatio* con la exposición de los casos de improcedencia o caducidad de la separación. Son éstos:

1.º La *confusión material* de bienes.

Se trata generalmente de casos de confusión o unión material de bienes muebles y derechos hereditarios con bienes del heredero, de suerte que no puedan separarse y cuya confusión haga imposible su identificación. El supuesto típico es el de confusión o incorporación, así como el de accesión de cosas muebles en inmuebles. El texto que regula esta causa es confuso (61).

(58) *Digesto* XLII-6, frag. 6, pr.

(59) *Ob. cit.*, pág. 375.

(60) Claro que esta exclusión de los acreedores del heredero por parte de los legatarios separatistas sólo podrá producirse respecto de los legados de efectos obligacionales, especialmente los que atribuyen un crédito dinerario en definitiva, pues en cuanto a los legados de efectos reales, o sea, los de atribución directa de cosas específicas propias del causante (legados *per vindicationem*), los acreedores del heredero nunca podrán perseguir éstas, pues el heredero no sucede en las cosas o bienes específicamente legados. Por ello a esta clase de legatarios poca utilidad les reportará la *separatio*. Seguramente debido a esta consideración el proyecto de nuevo Código civil francés atribuye su singular derecho de separación a los legatarios de *sommes d'argent*, aparte de los acreedores hereditarios.

(61) Es un texto de Ulpiano en el *Digesto*, XLII-6, frag. 1, pág. 12.

Por supuesto que la confusión elimina la *separatio* tan sólo en las cosas afectadas. Además se discute si, a pesar de la confusión material, formará parte de la herencia la indemnización que se obtenga por la confusión.

2.º La *enajenación* de bienes hereditarios por el heredero.

Un texto de Papiniano (62) expresa que, vendida por el heredero la herencia, en vano se pretenderá la separación siempre que no mediare ninguna sospecha de fraude, pues lo que con buena fe se hizo por el tiempo intermedio se suele conservar como firme.

Este texto se refiere a la venta de toda herencia, pero se entiende igualmente aplicable a la venta de cuotas o cosas hereditarias determinadas, si bien en este segundo supuesto la *separatio* podrá operar en cuanto a las demás cuotas o cosas hereditarias.

Por tanto, si antes de impetrada la *separatio* el heredero vende la herencia, o una cuota de ella, o una o más cosas determinadas, imposibilita total o parcialmente aquélla, según los casos. Esto, implica, dice Biondi (63), que el acreedor del causante no puede invocar la separación contra el adquirente *medio tempore*, pues el derecho de pedir la separación sólo puede hacerse valer contra el heredero. En definitiva resulta, pues, que la *separatio* no tiene efectos retroactivos (63 bis).

El citado texto de Papiniano parece referirse únicamente al supuesto de venta, pero la doctrina lo extiende a todo caso de enajenación. Nosotros creemos que únicamente cabe en las enajenaciones onerosas, ya que en las lucrativas, por ejemplo, en las donaciones, surge aquel consabido principio de que en la pugna entre acreedores y donatarios decae el interés del donatario, por ser más débil que el del acreedor.

Sin embargo, esto carece de aplicación tratándose de la constitución de prendas o hipotecas por el heredero en bienes de la herencia, pues, como se ha visto antes, los acreedores separatistas del causante tienen preferencia sobre el acreedor del heredero con crédito que este último garantizó con hipoteca sobre bienes de la herencia antes de impetrarse la *separatio*. Actualmente podría discutirse este criterio debido a la sustancialidad que el derecho de hipoteca ha adquirido a pesar de su carácter accesorio.

Se ha visto que dicho texto de Papiniano exige el requisito de que en la venta no medie ninguna sospecha de fraude o que el heredero haya procedido de buena fe. Nosotros entendemos esto en el sentido de ausencia de confabulación fraudulenta con el ad-

(62) *Digesto*. XLII-6, frag. 2.

(63) *Ob. cit.*, pág. 376.

(63 bis) Dicho texto de PAPINIANO en el *Digesto* (XLII-6, frag. 2) afirma: *quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.*

quirente o que este adquirente haya desconocido el *animus fraudandi* bajo el que el heredero pueda haber enajenado.

Una cuestión debatida aquí es si cabe subrogación real de lo enajenado, o sea, si en la enajenación onerosa cabe extender la *separatio* sobre el precio o contraprestación obtenida en cambio por el heredero. Fadda (64), Bonfante (65) y otros, sostienen que aquí no cabe aplicar la regla *pretium succedit in locum rei*, porque, conforme expresa este segundo autor, esta regla es especial de la *petitio hereditatis* y no puede extenderse a más. En cambio, Biondi (66) estima aplicable la subrogación real, y nosotros creemos que está en lo cierto.

3.º Reconocimiento del heredero como deudor.

Ya hemos visto que el acreedor del causante que de cualquier modo reconozca al heredero como su deudor pierde el derecho a impetrar la *separatio*. Naturalmente, la falta de idoneidad de algún acreedor por este motivo no impide que los demás acreedores puedan obtener la separación.

Este reconocimiento puede ser expreso o tácito, y se considera que existe cuando se haya acordado novación entre el acreedor del causante y el heredero, o sea, como expresa un texto de Ulpiano (67), cuando dicho acreedor ha pactado con el heredero con *animus novandi* (68).

También se considera incurso en tal reconocimiento el acreedor del causante que exija al heredero intereses de lo debido o que acepte garantías en seguridad de su crédito. Así resulta del texto de Ulpiano últimamente referido.

4.º Se habla de *otras causas*, algunas de las cuales son de dudosa vigencia. Las indicaremos someramente.

—La caducidad del término para impetrar la *separatio*. Ya hemos hablado de este punto, que fué una innovación del Derecho justiniano, pues en el Derecho clásico el factor tiempo se dejaba a la discrecionalidad del Magistrado, y en el *ius commune*, o Derecho intermedio, había quedado en desuso el plazo justiniano de cinco años desde la muerte del causante (69).

—La *ignorancia* del acreedor al pedir la separación. Se trata del supuesto de haberse impetrado la *separatio* temeraria o precipitadamente, con desconocimiento del contenido real de la herencia, en cuyo caso el referido texto de Ulpiano (70) expresa que

(64) *Ob. cit.*, pág. 400.

(65) *Ob. cit.*, pág. 383.

(66) *Ob. cit.*, pág. 370.

(67) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 10.

(68) Ver Biondi, *Ob. cit.*, pág. 377.

(69) BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pag. 384) dice que el texto de Ulpiano (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 3), en que habla de dicho quinquenio, es interpolado, cosa que ha confirmado FERRIS. Probablemente todo fue debido a la *causae cognitio* del Pretor.

(70) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 17.

los acreedores del causante que pidieron la separación pueden impetrar venia, alegando justa causa de su ignorancia. Es una especie de rescisión de la *separatio*. Pero Paulo (71) no admite este arrepentimiento.

Es, pues, discutible la existencia de esta causa extintiva de la *separatio*, pero es útil haberla traído a colación, porque esto, unido al juego de la separación, da pie para sostener que la renuncia de ésta, una vez impetrada, no es admisible.

II

Expuesto lo concerniente al *beneficium separationis*, es decir, a la separación en el Derecho romano, compete ahora ocuparnos de la posición que los principales ordenamientos legislativos actuales adoptan en orden al problema que la *separatio* procura resolver. En esta segunda parte del presente estudio expondremos a grandes trazos la materia, a fin de evitar una desmesurada extensión del mismo.

A este objeto clasificaremos los principales ordenamientos legislativos actuales en dos grandes grupos según que el principio de separación lo adopten como sistema facultativo o como sistema automático. Y terminaremos esta segunda parte con un breve examen del Derecho español en este aspecto.

A) *Ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema facultativo*.—Señalaremos aquí el sistema francés, el sistema alemán y los respectivos sistemas derivados.

a) *Sistema francés*.—El Código civil Napoleón (modificado parcialmente en este aspecto por Decreto de 5 de enero de 1955) adopta un régimen de separación que constituye una profunda alteración de la *separatio* romana, a través de una evolución que arranca de la doctrina y jurisprudencia francesas del siglo XVI.

Según el artículo 878 de dicho Código, los acreedores del causante pueden pedir, en todo caso y contra todo acreedor, la separación del patrimonio del difunto respecto del patrimonio del heredero. El artículo 1.103 incluye también a los legatarios.

El modo de producirse dicho artículo 878 da la impresión de que el Código francés se sitúa exactamente dentro de la órbita de la *separatio* romana, pues llega incluso a hablar de separación de «patrimonios» (72), expresión ésta que el Derecho romano no llega a utilizar. Sin embargo, no es copia de él, pues si bien tiene su origen e inspiración general en el sistema romano de separación,

(71) *Digesto*, XLII-6, frag. 5.

(72) También el artículo 881 del mismo cuerpo legal expresa que «dos acreedores del heredero no pueden demandar la separación de patrimonios contra los acreedores de la sucesión».

no es más que una degeneración de éste, traducido en una fórmula nueva, según se puede deducir de las características siguientes:

—El Código civil francés no instaura un sistema de separación de patrimonios propiamente dicha, pues ha sustituido el régimen de la *separatio* por otro que consiste en atribuir a los acreedores del causante, y a los legatarios, un simple derecho de *prelación* o *preferencia* para el cobro de sus créditos frente a los acreedores del heredero, respecto de aquellos bienes hereditarios sobre los que concretamente dicho derecho se haya hecho valer en la forma establecida.

En el Derecho francés se habla de separación de patrimonios o de bienes, y efectivamente responde a un principio de separación, pero no en el sentido romano de enervar o suspender la confusión de patrimonios que la *successio* ocasiona, ya que esta confusión se produce en todo caso y, por tanto, no cabe diferenciar enérgicamente entre el patrimonio hereditario y el del heredero, pues hay un solo patrimonio, que es el del heredero incrementado con el de su causante, concurriendo en este patrimonio único o unificado los acreedores hereditarios y los acreedores del heredero; sólo que a favor de aquellos acreedores del causante, y de los legatarios, la ley concede el derecho de ser *preferidos* o antepuestos a los segundos sobre los bienes hereditarios (73).

—El sistema del *Code* no requiere siempre una demanda o petición al Juez para que cualquier acreedor, o legatario, pueda obtener la separación (74). En general, no tienen éstos más que hacer valer su preferencia en el momento oportuno, pues esta prela-

(73) Es decir, en el Derecho francés se produce lo que equivocadamente, arrastrado por la adulteración francesa de la *separatio*, sostiene BAVIERA (*Ob. cit.*, pág. 65 y sigs.), como aplicable al Derecho romano, esto es, que la separación no implica la constitución de dos masas patrimoniales, sino solamente la formación de una sola masa de bienes, en cuya realización hay que tener en cuenta el *derecho de prelación* a favor de los acreedores del causante, y los legatarios, sobre los bienes hereditarios, para la efectividad de sus créditos. La aceptación hereditaria no se rescinde—afirma, con razón, dicho autor—y la separación—agrega—no es verdadera *separatio* sino una *quasi separatio*, ya que la *honorum venditio* es, en realidad, una sola, por bien que la preferencia haga creer que sean dos, al modo de una *quasi duorum honorum venditionem fieri*.

Pero para BONFANTE (*Ob. cit.*, pág. 386) y otros romanistas, esta opinión de BAVIERA es extraña al Derecho romano. Y agrega este romanista en relación al Derecho italiano—de inspiración francesa en este punto, conforme vamos a ver seguidamente—que no puede hablarse en él de una verdadera separación, pues el patrimonio del causante no sobrevive más como masa distinta de bienes y los acreedores del difunto únicamente ejercitan un derecho de prelación sobre bienes singulares que antes pertenecieron al finado.

Sin embargo en el Derecho francés se produce en cierto modo una separación, pues hay discriminación de créditos, y dicho derecho de preferencia sólo opera sobre bienes de la herencia, quedando naturalmente libre del mismo el patrimonio privativo del heredero.

(74) Esto, a pesar de que el citado artículo 881 del Código habla de «demandar la separación de patrimonios».

ción es un derecho que la ley les atribuye y que solamente necesita que la invoquen o hagan presente. Como afirma Beudant (75), todo acreedor del causante, o todo legatario, sin hacer nada, está facultado para invocar la separación, sin que ello deba entenderse que la misma deba ser aplicada de oficio cuando se proceda a la distribución en concurso del dinero producto de la realización de bienes hereditarios. Por tanto, no funciona de pleno derecho, sino que se requiere que los acreedores del causante, o los legatarios, la opongan en el momento oportuno, pues únicamente los que lo hagan a tiempo se aprovecharán de ella. Habitualmente se hace valer la separación o preferencia como una incidencia en la ejecución forzosa o en un concurso de acreedores. Pero a veces hay que recurrir a una demanda judicial, sin que ella sea propiamente un modo de adquirir la cualidad de acreedor o legatario separatista. Ello será necesario cuando no exista ejecución alguna por deudas, pero el heredero enajene bienes muebles hereditarios. En cuanto a bienes inmuebles no es preciso en puridad nada de esto, ya que basta con que el acreedor del causante, o legatario, que quiera aprovecharse de su derecho de preferencia, obtenga la inscripción de su derecho en el Registro de la propiedad, quedando inscrito un privilegio al que muchos atribuyen la eficacia de una hipoteca, y cuya existencia deberá ser tenida en cuenta cuando se ejecute el inmueble por deudas hereditarias o del heredero, y facultará a los favorecidos para reclamar en su provecho la realización del bien inmueble afecto a la inscripción del referido derecho de separación o preferencia.

Sin embargo, el Código civil francés se produce en este aspecto con mucho confusionismo, pues deja para la práctica y la jurisprudencia el modo de hacer valer este derecho de separación o preferencia sobre bienes muebles, si bien en cuanto a bienes inmuebles existe mayor precisión, por referirse al régimen de publicidad registral como medio de conservar dicho derecho de prelación de acreedores del causante, y legatarios.

Es fácil observar que, a pesar de hablarse de demanda de separación, el sistema francés es bien distinto del de la *separatio romana*.

— En el Derecho civil francés cada acreedor del causante, o legatario, procede individualmente en beneficio de sus intereses, al igual que en el Derecho romano, pero, en contraste con éste, no origina efectos unitarios respecto de todo el patrimonio hereditario, sino tan sólo en cuanto a los bienes singulares del mismo concretamente designados por dichos acreedores o legatarios.

(75) *Cours de Droit civil français*, 1936, V bis, pág. 507. Ver, asimismo, PLANIOL-RIPERT, (*Traité pratique de Droit civil français*, 1956, V, pág. 651), SAVATIER (*Cours de Droit civil*, 1951, III, pág. 398) y VIALLETON (*A propos d'une évolution possible de la séparation des patrimoines, en la Semaine juridique*, 1942, I, pág. 247).

Claro que en Derecho francés todos los bienes de la sucesión son reservados en función de la preferencia a favor de los acreedores o legatarios separatistas, pero este carácter de universalidad es simplemente potencial por no constituir medida alguna general, ya que éstos han de hacer valer su derecho de preferencia sobre cada bien determinado de la sucesión.

— Asimismo, en el sistema francés no se organiza ninguna administración especial sobre toda la herencia encomendada a un curador o administrador, pues el heredero conserva entre tanto los bienes hereditarios en su poder, y los administra.

— En el sistema francés, por último, la regla general es que el derecho de preferencia o separación puede hacerse valer sobre los bienes hereditarios en cuanto permanezcan de propiedad del heredero (76); pero a diferencia del Derecho romano esta regla general tiene esta excepción:

Respecto de bienes inmuebles hereditarios dicho derecho de preferencia afecta incluso a las enajenaciones efectuadas por el heredero antes de inscrito el mismo, siempre que esta inscripción tenga lugar dentro de los cuatro meses siguientes al día de la apertura de la sucesión del causante (77). Una vez inscrito este derecho el mismo subsiste aunque el heredero los enajene después.

En cuanto a los bienes muebles, una vez transcurridos tres años de la muerte del testador ya no puede hacerse valer en lo sucesivo dicho derecho de preferencia (78).

Prescindimos de indicar otras particularidades del Derecho francés en esta materia, porque las expuestas son las fundamentales y suficientes para contrastar este sistema con el del Derecho romano, fuente o precedente del mismo (79).

Ya dijimos antes que el sistema de separación francés de prelación no fué una innovación del Código civil Napoleón, sino sim-

(76) El párrafo segundo del art. 880 del Código civil francés aplica esta norma sólo a los inmuebles, pero en rigor vale también para los bienes muebles.

(77) Esto implica una reserva legal de rango durante estos cuatro meses, pues como dispone el artículo 1.211 del Código civil francés, reformado, el privilegio de prelación toma rango desde la fecha de la apertura de la sucesión si la inscripción es tomada dentro del referido plazo.

(78) El referido art. 880 del Código civil francés, en su párrafo primero, califica de prescripción este plazo, que algunos autores califican de preclusivo. Este precepto no dice que este plazo se cuenta desde la muerte del causante, pero así se suele entender.

(79) El Código civil francés no constituye ningún modelo de claridad en este respecto, como tampoco lo son los comentarios al mismo. En el proyecto actual de reforma de este Código (sesiones de 11 de diciembre de 1954 y del 8 y 22 de enero de 1955) quedó aprobada la nueva redacción proyectada del articulado sobre la materia en forma más congruente, si bien manteniendo las líneas generales vigentes sobre la institución y haciendo caso omiso de cierta opinión producida en el seno de la Comisión, dirigida a restaurar el carácter colectivo de la *separatio* romana.

ple resultancia de una evolución histórica. En Francia, en los territorios romanizados de Derecho escrito y después también en los de Derecho consuetudinario, rigió el régimen romano de separación tal como se vivió en la fase del *ius comune*, pero bajo una concepción de separación absoluta, e interpretada exageradamente en el sentido de considerar que la *separatio* dejaba sin efecto la aceptación de la herencia y como si todavía viviese el causante, lo que conducía a la consecuencia aisladora, por la que los acreedores del finado, y los legatarios, nunca podían proceder contra los bienes particulares del heredero.

A base de esta interpretación radical, la doctrina y la jurisprudencia francesa estimó que el sistema romano de separación absoluta, fundada literalmente en aquellos citados textos de Ulpiano y de Paulo, ofrecía el inconveniente del total apartamiento de los acreedores del causante, y legatarios, respecto de los bienes privativos del heredero, a pesar de haber éste aceptado pura y simplemente la herencia. Ello hizo que ante la dualidad de textos del *Digesto* en orden a los efectos de la *separatio*, o sea, aquéllos de Ulpiano y Paulo, de un lado, y el de Papiniano, de otro, se produjera una corriente favorable al criterio de este último, pero exagerándolo también (80), pues sólo contemplaron en él el principio de prelación, que si en Derecho romano no destruía del todo el mecanismo de la *separatio*, en cambio en la mentalidad jurídica francesa de la época desembocó en la concepción de la separación como un simple juego de prelaciones de créditos respecto del patrimonio hereditario (81).

Otro inconveniente era el engorro de una administración—liquidación judicial de la herencia, con los grandes gastos, dispen-

(80) DOLLINGER (*Traité historique de la séparation des patrimoines*, 1865, pág. 21) no dice que en este punto la antigua jurisprudencia se desvió del Derecho romano, a pesar de tener la pretensión de seguirle, pues de él era servil imitadora. Y agrega este autor que dicho cambio o viraje se debió a la famosa controversia entre aquellos textos de ULPIANO y PAULO y de PAPINIANO, controversia que según él fué mal comprendida por las razones que él explica, citando al efecto a D'ESPESSES como jurista que no se desorientó, porque había comprobado que la opinión de PAPINIANO era una solución de *aequitate*, mientras que la de ULPIANO y PAULO era de *rigore iuris*. Mas ello condujo a la desnaturalización del verdadero espíritu de la *separatio* romana.

(81) POTHIER, cuyas doctrinas tanto influyeron en los redactores del Código civil Napoleón, después de esforzarse en demostrar ideas archisabidas, como la de que la separación impetrada por los acreedores del causante *ne doit pas être rétorquée contra eum* y que al pedirla no tienen ellos intención alguna de liberar al heredero de las obligaciones del causante por él asumidas al aceptar pura y simplemente su herencia, concluye afirmando que aquellos acreedores sólo tienen el derecho de ser *preferidos*, sobre los bienes hereditarios, a los acreedores personales del heredero.

De este modo, el pensamiento de PAPINIANO, de tanto querer ser seguido, quedó adulterado, por haber quedado reducido a un puro derecho de prelación crediticia, por obra y gracia de la concepción errónea de la *separatio* por parte de la doctrina y jurisprudencia francesa y que se plasmasó im-

dios, pérdida de tiempo y sinsabores que traía consigo (82). Esto trajo la abolición de la intervención judicial de tipo colectivo y la adopción de las denominadas cartas Reales o de Cancillería (83), que después cayeron en desuso, hecho éste que dió pábulo a la opinión de que la separación se operaba *ministerium legis* (84), hasta llegar al código civil Napoleón y al sistema inmobiliario registral como factor básico posibilitador del nuevo tipo separador de preferencia respecto de bienes inmuebles.

De dichos dos inconvenientes señalados, el segundo tenía consistencia, mas no el primero, si bien ambos están conectados (85).

b) *Sistemas derivados*.—Hay que indicar los siguientes países:

1) *Italia*.—El Código civil de 1942 adopta, perfeccionado, el

perfectamente en el Código civil francés, a pesar de los perfeccionamientos posteriores de éste.

(82) Indica DOLLINGER (*Ob. cit.*, pág. 31) que la experiencia ha demostrado los inconvenientes de todos los sistemas de administración y liquidación en masa, porque los gastos de gestión absorben la parte más neta del activo del deudor, esto cuando la mala fe o la inepticia de la administración no ha hecho disminuir en gran parte el reducido dividendo a que los acreedores tienen derecho.

(83) Estas cartas Reales constituían un vestigio de la antigua concesión pretoria de la *separatio* romana, así como las que a la sazón se requerían para poder utilizar el beneficio de inventario y ejercitar las acciones rescisorias.

(84) En el siglo XVI, dice LEPOINTE (*Droit romain et ancien Droit français*, 1958, pág. 455), dichas letras o cartas cayeron en desuso en los territorios de costumbres, y el Parlamento de París permitió invocar el beneficio de separación en cualquier momento de la liquidación del pasivo sucesorio, sin necesidad de demanda alguna judicial al efecto, por cuya razón la separación pasó a ser un privilegio de prelación, cuyo éxito en la práctica de entonces destaca FERRIERE. Más tarde desaparecieron dichas letras o cartas en los territorios de Derecho escrito, a pesar de que sus juristas se mostraban reacios a prescindir de ella, pues, como corrobora ARGOU (*Institutions au Droit français*, IV, cap. 4), los Parlamentos de Toulouse, Grenoble, Aix, y otros se resistían a abandonar aquellas cartas reales, debido a su mayor fidelidad al Derecho romano imperante en las provincias del sur. Esto hizo exclamar a LEBRON (*Traité des successions*, IV, cap. 2, sec. 1.^a, núm. 24) que la *séparation est de plein droit parmi nous, et non sujette à demande*.

(85) Ya hemos dicho que el primer inconveniente tenía por causa la repugnancia del criterio absoluto de la *separatio* tomado de aquellos textos de ULPIANO y PAULO, pero en el fondo también latía la incompatibilidad del sistema de la *separatio* con la *saisine* francesa, de origen germánico, dominante en las provincias de *coutume*, con tendencia a infiltrarse en los territorios romanizados del mediodía de Francia. Si en virtud de la *saisine* el heredero por el solo hecho de fallecer su causante queda investido *ope legis* de la posesión y de la propiedad de los bienes relictos, ¿cómo se compaginaba esta investidura legal con el apartamiento del heredero respecto de los bienes hereditarios que la *separatio* implicaba? La *saisine* se consideraba como algo sagrado. Nosotros la estimamos una figura inútil en un estudio bastante reciente, y el citado proyecto de reforma del Código civil francés nos da la razón, pues prescinde de ella por considerarla *démodée*.

sistema de separación preferencial del Código civil francés (86), que denomina «separación de bienes» y regula con gran tecnicismo la materia.

La nota más destacada es la forma en que se resuelve el problema de la preferencia entre acreedores hereditarios separatistas y no separatistas, problema éste que queda oscuro en la legislación francesa (87).

Asimismo, el Código civil italiano puntualiza el modo de proceder los separatistas contra los bienes muebles, y a este objeto dispone que el derecho de separación se ejercita mediante demanda judicial, en la que se puede pedir además la formación de inventario y otras medidas cautelares de conservación. En cuanto a bienes inmuebles, el derecho de separación se ejerce—dice—mediante la inscripción del crédito o del legado sobre cada uno de los bienes hereditarios que se señalen.

El derecho de separación, según dicho Código, debe haberse ejercitado dentro de los tres meses de la apertura de la sucesión.

2) *Otros países.*—Aquí podemos incluir los Códigos civiles de Bélgica, Argentina, Chile, Venezuela y otros de tipo latino, que

(86) La influencia del sistema francés de prelación o preferencia creditual se dejó sentir ya en los antiguos Códigos civiles italianos anteriores a la unidad de Italia y, por tanto, también en el Código civil de 1865, si bien éste hacía varias concesiones al sistema romano de la *separatio*, de suerte que LOSANA (*La separazione del patrimonio del defunto do quello dell'eredità*, 1914, págs. 1 y 42), sostuvo que seguía al Derecho romano puro. Mas esto no era cierto, pues la impronta del sistema francés se dejaba sentir profundamente, si bien en forma más correcta.

El actual Código civil de 1942 sigue claramente el criterio del Derecho francés, pero superando en gran parte los vacíos de regulación que éste aún contiene.

(87) En su artículo 514, dispone dicho Código civil italiano, que los acreedores y legatarios que hayan ejercitado la separación, tienen derecho a satisfacerse, sobre los bienes separados, con preferencia a los acreedores y legatarios que no la hayan hecho, cuando el valor de la parte del patrimonio hereditario no separado sea suficiente para satisfacer a los acreedores y legatarios no separatistas. En otro caso, estos últimos podrán concurrir con los que hayan ejercitado la separación; pero, si parte del patrimonio no ha sido separada, el valor de ésta se agregará al precio de los bienes separados para determinar cuando corresponda a cada uno de los concurrentes y, por tanto, se considerará como atribuido íntegramente a los acreedores y legatarios no separatistas.

DE SIMONE (*Ob. cit.*, pág. 183) presenta este ejemplo:

Si la herencia vale 70 y los acreedores hereditarios son 10, cada uno por 10, de los cuales 5 son separatistas y los otros 5 no, es evidente que lo cinco separatistas absorberán sólo 50 de la herencia, y restarán 20. Pues bien, aquí el Código impone el concurso, a base de recomponer la entera herencia de 70; pero teniendo en cuenta que los cinco no separatistas habían podido proceder contra los 20 restantes de herencia, asigna 35 a los separatistas y 15 a los que no lo son.

Ver acerca de esta cuestión, BRUNELLI y ZAPULLI (*Il libro delle successioni e donazioni*, pág. 114), SAVERIO, MARTÍNEZ y AZZARITI (*Successioni per causa de morte e donazioni*, pág. 108), CICU (*Successioni per causa di morte*, parte general, pág. 314).

están inspirados en el sistema francés de separación por vía de preferencia creditual, siendo de notar que los Códigos civiles de dichos tres últimos países regulan esta materia con bastante amplitud y con cierto resabio romano, sobre todo terminológico.

c) *Sistema alemán*.—El Código civil alemán sigue con relativa fidelidad el sistema de la *separatio* romana, pero con una mayor autonomía y simplificación, absteniéndose de hablar de separación.

Según el artículo 1.981 de este Código, a petición de algún acreedor del caudal relicto el Tribunal de la sucesión ha de ordenar la *administración de la herencia*, si existe motivo para suponer que corre peligro la satisfacción de los acreedores hereditarios, a costa del mismo, por la conducta o situación patrimonial del heredero. Esta administración no puede ser obtenida después de transcurridos dos años desde la aceptación de la herencia y, según el artículo 1.982 del propio Código, tampoco puede ser ordenada cuando se estime que no existe una masa hereditaria proporcionada o adecuada a los gastos que esta administración originaría (88).

El administrador de la herencia es un curador, designado judicialmente, cuya misión principal es liquidar la herencia mediante realizar los bienes de la misma con la amplitud necesaria para dejar satisfechos los créditos que pesan sobre ella. El propietario de estos bienes sigue siéndolo el heredero y, por ello, el curador representa a éste en su cometido.

Esta administración hereditaria produce el efecto de *separar o aislar* el patrimonio hereditario del patrimonio particular del heredero, dejando retroactivamente sin efecto la confusión de ambos patrimonios originada por la sucesión (89).

Son efectos derivados estos dos:

En virtud de esta administración el heredero pierde la facultad de administrar la herencia y de disponer de ella o de sus bienes integrantes, y todas las acciones contra la herencia se han de dirigir contra el administrador. Así lo establece el artículo 1.984 del expresado Código.

El otro efecto, consecuencia de lo dicho antes, consiste en que el administrador de la herencia sólo puede satisfacer a los acreedores de la misma, conforme dispone el artículo 1.975 del mismo Cuerpo legal y se deduce del artículo 1.985 del mismo.

Mientras subsista la administración, los acreedores hereditarios no pueden perseguir para el cobro de sus créditos el patri-

(88) Esta última prevención (cuya apreciación queda al criterio de los Tribunales) tiende a obviar aquel expresado inconveniente de los excesivos gastos que comporta la administración y consiguiente liquidación masiva de los bienes hereditarios.

(89) Por esto el art. 1.976 de este Código dispone que, ordenada dicha administración, *avalen como no extinguidas las relaciones jurídicas que se extinguieron, a consecuencia de la muerte del causante, por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen*. Incluso la compensación se deshace conforme al artículo 1.977.

monio particular del heredero, pero esto será posible cuando, una vez terminada aquella administración, queden aún acreedores hereditarios desconocidos sin cobrar, en cuyo supuesto puede el heredero llegar a perder la situación favorable de responsabilidad limitada por deudas hereditarias que emanaba del hecho de la administración (90). Asimismo, satisfechas las deudas hereditarias conocidas, el administrador de la herencia cesa y debe entregar al heredero lo que reste del caudal relicto (91).

Por último, la administración hereditaria termina y en su lugar se abre el concurso de acreedores sobre la masa hereditaria, cuando ella resulte insuficiente para cubrir todas las deudas hereditarias (92). También termina dicha administración al comprobarse que el activo hereditario no es apropiado para soportar los gastos que la administración pueda entrañar (93), así como cuando queden pagados todos los acreedores hereditarios conocidos.

De este rápido examen del sistema adoptado por el Código civil alemán sobre el principio de separación sucesoria de bienes, resulta que es el que más se aviene en sus líneas generales con la *separatio* romana, entre los ordenamientos jurídicos modernos.

d) *Sistemas derivados*.—Señalaremos los de los países siguientes:

1) *Austria*.—Según el artículo 812 del Código civil austríaco si algún acreedor de la sucesión o legatario prevé un posible perjuicio para la efectividad de sus créditos debido al hecho de la confusión de bienes de la sucesión con los del heredero, podrá pedir que la herencia sea *separada* del patrimonio del heredero, que sea sometida a depósito judicial o administrada por un curador y, además, que sus créditos sobre la herencia sean inscritos y satisfechos.

2) *Suiza*.—Para tener una idea del sistema que sigue basta con decir que el artículo 594 del Código civil suizo dispone que los acreedores del difunto que tengan serias razones para creer que no serán pagados, pueden solicitar la liquidación oficial de la herencia, dentro de los tres meses a partir del fallecimiento del causante o de la apertura del testamento, salvo que se les desinterese o se les constituyan garantías para el cobro. Y añade este precepto que los legatarios están autorizados, en las mismas circuns-

(90) Por ejemplo, cuando deje de transcurrir el plazo que se le concede para formar inventario, para justificar con él el paradero de la masa hereditaria. Así lo afirma BINDER (*Derecho de sucesiones*, 1953, pág. 223).

(91) En esta forma lo dispone el artículo 1.986 del repetido Código.

(92) La administración de la herencia presupone que ésta es bastante para el cumplimiento de todas las obligaciones o deudas hereditarias y por ello se van pagando a los acreedores hereditarios a medida que se vayan presentando.

(93) En este caso, según el artículo 1.990, puede desenvolverse sobre el caudal relicto el correspondiente proceso o procesos de ejecución.

tancias, para requerir las medidas cautelares en salvaguardia de sus derechos.

3) *Grecia*.—Bajo el título de «Liquidación judicial de la sucesión», el Código civil griego, en su artículo 1.913 y siguientes, regula la separación de patrimonios en forma bastante semejante a la del Código civil alemán, si bien con mayor puntualización que éste en cuanto a la responsabilidad del heredero por deudas de la herencia.

4) *Otros países*.—Aquí hay que citar las legislaciones de los países escandinavos, según las cuales, cuando exista base para estimar que el heredero es insolvente, los acreedores hereditarios y los legatarios pueden obtener judicialmente la designación de un administrador y liquidador de la herencia, como encargado de satisfacer las deudas hereditarias y los legados, originándose, en consecuencia, la separación patrimonial de un modo bastante análogo al del Código civil alemán (94).

B) *Ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema automático*.—Hay que distinguir en este grupo entre el ordenamiento sucesorio inglés y sus derivados, el mejicano y los demás ordenamientos. En todos éstos el aislamiento de la herencia se consigue por la propia virtualidad del mecanismo sucesorio.

a) *Sistema inglés*.—El ordenamiento sucesorio inglés, al no adoptar en absoluto el criterio de sucesión directa del heredero en el patrimonio relicto por su causante, debido a la circunstancia de intercalar siempre entre ambos una etapa intermedia y transitoria de administración y liquidación hereditaria, excluye automáticamente la posibilidad de que los acreedores del causante, y legatarios, obtengan a su instancia expediente alguno dirigido a separar el patrimonio del difunto del de su heredero. Pero bien miradas las cosas, lo que en el fondo ocurre es que en lugar del dispositivo aislante de patrimonios que la *separatio* romana origina, el Derecho inglés lo establece imperativamente en todo caso, naturalmente con las consiguientes variantes, pero con resultados prácticos bastante análogos en definitiva. En cambio, en el Derecho romano y legislaciones inspiradas en él, ya vimos que dicho dispositivo aislador entra en funciones exclusivamente cuando es impetrada su actuación por algunos de dichos acreedores del causante, o legatarios, y en provecho de ellos.

Por tanto, como en el Derecho inglés el heredero no adquiere de momento los bienes relictos por el difunto, pues éstos hacen tránsito provisionalmente a un fiduciario *ad hoc* (95) denominado

(94) Ver ARMINJON, NOLDE y WOLF, *Traité de Droit comparé*, 1950, II, pág. 488.

(95) Antes de la reforma introducida el año 1925 por la *Administration of Estates Act*, que modificó el régimen de transmisión sucesoria de bienes, esta transmisión se producía de dos maneras distintas, según se tratara

personal representative (96), a los exclusivamente efectos de que liquide o purgue el patrimonio hereditario de deudas y cargas que le afecten, administre entre tanto los bienes del mismo y distribuya que resten a los destinatarios definitivos, de ello resulta que el problema del heredero agobiado de deudas, que por aceptar pura y simplemente una sucesión con pasivo de cierto volumen pone en peligro el pago de éste y cumplimiento de los legados, este problema, repetimos, que procura conjurar la *separatio* romana, no puede darse en el Derecho inglés por haberlo resuelto o desvanecido preventivamente por medio de aquella interferencia indispensable del mencionado *personal representative* o liquidador hereditario.

Precisamente una de las obsesiones del Derecho inglés la constituye el pago de las deudas del difunto, además de la efectividad de los legados. Uno de los cometidos básicos del *personal representative* es el pago de las deudas del causante a cargo de los bienes relictos. El es el responsable de este pago, pero no personalmente sino como representante del difunto y en lo que alcancen los bienes hereditarios (97), previa determinación de dichas deudas y publicación de anuncios llamando a los acreedores (98). El

de *real property* (o bienes inmuebles) o de *personal property* (o bienes muebles). En los primeros, sobre todo en la sucesión intestada, la transmisión sucesoria se producía directamente a favor del *heir at law*, o heredero, de un modo bastante comparable con el sistema sucesorio francés, conforme dice PETITJEAN (*Fondaments et mécanisme de la transmission successorale en Droit français et en Droit anglais*, 1959, pág. 43), sin que por ello se planteara problema sobre responsabilidad por deudas hereditarias, pues ésta no afectaba en principio a la propiedad real o inmobiliaria. En cambio, la transmisión sucesoria en la propiedad personal o mobiliaria tenía lugar del modo que se explica en el texto, y que dicha reforma del año 1925 generalizó a toda clase de bienes, quedando como único modo de transmisión sucesoria.

(96) Este *personal representative* o representante personal, en su expresión genérica, comprende al intermediario liquidador designado como *executor* por el causante en su testamento y confirmado como tal por la Autoridad judicial (*High Court of Justice*) y también al nombrado por ésta como *administrator* a falta de designación de *executor* (sea porque el designado no quiera o no pueda serlo o que cese de serlo). A veces no hay un solo *personal representative*, sino varios.

Es bastante frecuente, en especial en la sucesión intestada, que el cargo de *personal representative* recaiga a favor de beneficiarios de la sucesión, en cuyo caso éstos se abstraen de esta condición para producirse exclusivamente como representantes del finado, debido principalmente a que como beneficiarios únicamente tienen de momento una expectativa de derecho, cuya concreción en bienes queda pendiente de determinación.

(97) Personalmente sólo responde por su conducta irregular en el ejercicio de sus funciones.

(98) En el caso de herencia que cubra el importe de las deudas, el pago de éstas podrá hacerse íntegramente a medida de que los acreedores se presenten; pero, si el pasivo supera a los bienes hereditarios, surgirá el concurso y el *personal representative* deberá atenderse al orden de prelación de créditos.

personal representative obtiene la titularidad de los bienes (99), pero sólo como fiduciario con fines de liquidador hereditario. Precisamente por esto el *personal representative* no es un continuador de la persona del difunto, sino su representante encargado de liquidar su sucesión, lo que hace que el fenómeno sucesorio de confusión patrimonial propio de los ordenamientos jurídicos romanizados no pueda darse en el Derecho inglés y que, por tanto, huelgue en él el mecanismo aislante de la separación, ya que antes de que los destinatarios adquieran los bienes relictos, éstos han quedado sometidos a un previo proceso de depuración y liquidación de deudas y cargas (100).

Terminada la misión del *personal representative* mediante la retransmisión por éste de los bienes relictos residuales a dichos destinatarios o beneficiarios, se produce una especie de confusión por incorporación de tal residuo al patrimonio de dichos beneficiarios. Por consiguiente esta hipótesis es completamente distinta de la que contempla la *separatio* romana dirigida a suspender o condicionar la confusión que precisamente se origina cuando la herencia, con su activo y pasivo, o sea, sin liquidar, ha sido aceptada pura y simplemente y, por ende, adquirida por un heredero cargado de deudas.

En el aspecto que aquí interesa indudablemente el sistema inglés tiene sus ventajas, pero también ofrece sus inconvenientes, del mismo modo que ocurre con los demás ordenamientos jurídicos.

Una indudable cualidad del sistema inglés es que, fallecida una persona, siempre se cuenta con la actuación del *personal representative*, el cual, con amplia seguridad, dará satisfacción a los intereses implicados en la coyuntura sucesoria, como son los acreedores hereditarios, y los legatarios, así como los demás beneficia-

(99) No de la herencia, pues ésta no existe propiamente como universalidad y los bienes subsisten por sí mismos aisladamente, así como las deudas.

(100) En otra ocasión (*La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, estudio publicado en la «Revista del Instituto de Derecho comparado», Barcelona, 1953, núm. 1, pág. 82) decíamos que el *personal representative* ha de pagar las deudas del difunto y a él tienen que reclamar los acreedores, sin que éstos puedan dirigirse contra los destinatarios del caudal relicto. Igualmente debe aquél cumplir los legados singulares, satisfacer la *family provision* o subsidio alimenticio a favor del consorte viudo, hijos menores o enfermos e hijas solteras, así como pagar el impuesto sucesorio.

Como afirma PETITJEAN (*Ob. cit.*, pág. 96 y sigs.), el *personal representative* actúa en el lugar y puesto del difunto para proceder a liquidar su patrimonio, como si la muerte le hubiere hecho incurrir en quiebra, de la que aquél desempeñara el papel de síndico. Es decir, descartada la ficción de la sucesión universal, en el Derecho inglés el problema inmediato que origina la muerte de una persona no es la de los derechos hereditarios, sino el de una sucesión que ha quedado vacante. Este es un punto de vista en el que coinciden los tratadistas del Derecho anglosajón.

rios del residuo del patrimonio relicto, e incluso el Fisco por su impuesto de sucesiones (101). Pero salta a la vista que este sistema envuelve el grave defecto de imponer en todo caso el engorro de aquel mecanismo intermediario e inevitable de administración, liquidación y retransmisión de los bienes relictos y que hace pensar como si la Ley desconfiara de todos, absolutamente de todos los herederos y se anticipara a los acontecimientos pensando que en general es considerable el pasivo de las herencias y que los herederos llamados a ellas están agobiados de deudas.

Nos parece mucho mejor el sistema de aquellos otros ordenamientos jurídicos en los que la adopción de la medida protectora de la separación se deja a la petición facultativa de acreedores y legatarios (102). Esto aparte del inconveniente de los gastos y dispendios que toda administración patrimonial o global encomendada a otro provoca (103).

b) *Sistemas derivados*.—En Australia, Canadá (104), Nueva Zelanda y otros países sujetos al Derecho inglés, funciona el mismo sistema de interferencia del *personal representative* (105), sin grandes variantes (106).

En lo que se refiere a los Estados Unidos de Norteamérica rige, en general, el mismo sistema, que es el propio del *common law* (107), salvo los estados de California, Nuevo Méjico y demás

(101) Es evidente que con este sistema se tiene la seguridad de que los herederos no podrán eludir o dificultar el pago de deudas, legados e impuestos.

(102) El Derecho inglés también hace inútil siempre el beneficio de inventario, por superarlo aquella inevitable administración liquidatoria intermedia, beneficio que en los ordenamientos anteriormente examinados también se deja al arbitrio del heredero utilizarlo, lo que es lógico, pues es posible, y se dan casos en que el heredero ha querido hacer honor a las deudas de su causante.

(103) PUIG BRUTAU (*Introducción al Derecho de sucesiones por causa de muerte*, en «Revista Internacional del Notariado», 1959, núm. 44, página 76) nos dice que no siempre es indispensable recurrir al expediente complicado y costoso de montar una administración de los bienes del causante con carácter previo, e independiente de la adquisición de los mismos por quienes, en definitiva, han de ser sus beneficiarios.

(104) Excepción hecha del Bajo Canadá o provincia de Quebec.

(105) En Filipinas, el Código civil de 1949, que contiene muchos preceptos inspirados en el Código civil español, viene en este punto a seguir el sistema anglosajón. Ver GARCÍA Y ALBA (*Civil code of the Philippines*, 1950, II, pág. 1.012).

(106) En estos países se plantea, entre otros problemas, el relativo a si el nombramiento o confirmación judicial del *personal representative* en uno de ellos puede surtir efectos en otro, también sujeto al Derecho inglés, donde radiquen bienes de la herencia, o bien si se requiere la necesidad de otro nombramiento o confirmación judicial. La solución que se ha encontrado sobre este problema ha sido que las Autoridades judiciales de este otro país concedan al mismo una especie de *exequatur simple*, obtenido mediante un procedimiento que se denomina *resealing*.

(107) SERENI (*Studi di Diritto comparato*, 1956, pág. 150) y otros autores adoptan, para facilitar la sistemática comparativa, el criterio de contraponer al *common law* (como ordenamiento jurídico desarrollado en In-

de colonización española y el de Luisiana, de colonización francesa. Adopta, por tanto, el referido sistema del *personal representative*, a veces con mayor pureza que en Inglaterra donde leyes posteriores, en especial la antes referida ley inglesa del año 1925, suprimieron en este punto la distinción entre los bienes reales o inmobiliarios y los bienes personales o mobiliarios, conforme se ha visto antes, modificaciones que muchos estados de Norteamérica desconocen. Además existen muchas otras particularidades (108).

c) *Sistema mejicano*.—El Código civil de Méjico del año 1928, en su artículo 1.678, establece que «la aceptación [hereditaria] en ningún caso produce *confusión* de los bienes del causante de la herencia y de los herederos, porque *toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario*, aunque no se exprese».

Este precepto de carácter general tipifica el sistema sucesorio mejicano, pues hace de él un sistema modelo en el aspecto que aquí interesa. Claro que según este Código siempre es indispensable la existencia de albaceas que tomen inventario, paguen las deudas del causante y procedan asimismo a la partición hereditaria; pero no es la existencia de este albaceazgo, por amplio que sea y por conectado que se halle con el beneficio de inventario, lo que origina el aislamiento o separación del patrimonio hereditario, sino la norma contenida en dicho artículo 1.678, que impone considerar aceptadas con tal beneficio todas las herencias sin excepción (109).

En orden a la materia objeto de este estudio, lo que verdaderamente caracteriza a dicho Código mejicano es que excluye, por hacerlo innecesario, todo beneficio de separación u otro dispositivo de protección preventiva de los acreedores hereditarios y legatarios frente a los acreedores propios del heredero, pues el aislamiento de la herencia se logra en todo caso mediante reputarse *ex lege* que todas las herencias se producen como si fuesen aceptadas a beneficio de inventario.

gllaterra después de la invasión normanda en el año 1066 y que se extendió a los territorios de ultramar de civilización inglesa) el *civil law* (como concepto equivalente al Derecho civil de origen romano-continental).

(108) Como, por ejemplo, la que señala SERENI (*Ob. cit.*, pág. 152), cuando afirma que cada estado de Norteamérica tiene una regulación, a veces muy precisa, acerca de las personas en que puede recaer el cargo de *personal representative*, que incluso pueden ser personas jurídicas denominadas *trust companies*, sujetas a un control riguroso, y que reúnen las ventajas de confianza, continuidad, estabilidad financiera y experiencia técnica. Estos entes fiduciarios (*corporate fiduciaries*) son designados con frecuencia para cooperar con la función de un pariente o amigo del difunto (*individual fiduciary*), el cual puede valerse de la experiencia de ellos.

(109) Y no es que dicho Código civil de Méjico adopte una concepción sucesoria no romana, ya que en su artículo 1.281 se expresa que herencia «es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte».

No cabe duda que este beneficio es un expediente formidable de separación del patrimonio hereditario, de suerte que cuando el heredero hace uso de él y en tanto no decaiga, origina un aislamiento adecuado del caudal relicto, respecto del patrimonio privativo del heredero; pero, como según dicho artículo 1.678 del referido Código, esta separación existe siempre *de iure* y no puede, pues, decaer nunca, resulta que de la herencia quedan en todo caso apartados los acreedores particulares del heredero, hasta que se hayan satisfecho las deudas hereditarias. En esta forma el beneficio de inventario impuesto *ope legis*, hace inútil y superflua la *separatio* romana y las demás fórmulas emanadas de ella.

d) *Otros sistemas*. — Existen varios ordenamientos jurídicos que, sin adoptar la fórmula del citado Código civil de Méjico, que considera como actuando siempre el beneficio de inventario, proclaman en forma más o menos técnica el principio de que el heredero nunca responde con sus propios bienes de las deudas de su causante.

En este grupo cabe incluir las legislaciones de Perú, Brasil y otros países que abarcan gran parte de mundo, pues incluyen la mayoría de países musulmanes (110) y en cierto modo Israel (111).

Algunos de estos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el Código civil de Brasil de 1916, además de sentar la norma que del pago de las deudas del causante *responde la herencia*, dispone que los acreedores hereditarios, y legatarios, pueden pedir que el patrimonio hereditario se separe y que sean preferentemente pagados frente a los acreedores del heredero (112). Pero otros de aquellos ordenamientos jurídicos se limitan a proclamar el principio de que es la herencia y no el heredero la que responde de las deudas hereditarias, sin añadir norma alguna que indique la idea de separación o aislamiento del patrimonio hereditario (113).

(110) Ver ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, *Ob. cit.*, II, pág. 465.

(111) Ver LEVI, en sus comentarios sobre la parte sucesoria del proyecto de Código civil del Estado de Israel, en «*Rivista di Diritto Italiano*», 1956, pág. 1033.

(112) El artículo 1.796 de este Código preceptúa que la herencia responde del pago de las deudas del causante; pero efectuada la partición sólo responden los herederos a proporción de su parte en la herencia. Y el artículo 1.799 establece que los acreedores hereditarios y los legatarios podrán exigir que el patrimonio del fallecido se discrimine del heredero, y que en concurso con los acreedores de éste sean preferidos en el pago. Ver, asimismo, CARLOS MAXIMILIANO (*Direito das sucessões*, 1952, III, página 395).

El Código civil del Perú del año 1936, en su artículo 658, dispone que el heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta. Y en su artículo 811 establece que el heredero que sea acreedor del heredado conserva los derechos derivados de su crédito. Este último artículo demuestra que el principio de separación existe.

(113) Y, por supuesto, prescindiendo de hablar del beneficio de inventario, inexistente en estos sistemas.

Ante este distinto modo de producirse estos ordenamientos jurídicos surge el problema de determinar si la norma de que el heredero no responde nunca de las deudas y cargas hereditarias, sino con los bienes de la herencia (114), implica o lleva consigo, natural o implícitamente, por sí sola, la separación o aislamiento automático del patrimonio hereditario.

Este problema preocupó a Roguin (115), quien pregunta si el simple hecho de que una legislación limite *intra vires* la responsabilidad del sucesor por las deudas hereditarias hace inútil la separación de patrimonios. El no cree en principio que sea así, porque la restricción o la ilimitación de la responsabilidad por deudas interesa exclusivamente a las relaciones entre el sucesor y los acreedores hereditarios, y no a las existentes entre estos últimos y los acreedores del heredero. Nada impediría, en el mismo sistema de limitación *intra vires* de responsabilidad, de atribuir a dichos acreedores personales el derecho de concurrir sobre el activo hereditario con iguales derechos que los acreedores de la herencia. Por tanto —afirma— la limitación *intra vires* de la responsabilidad no implica lógicamente de ningún modo la prioridad de los acreedores hereditarios sobre el activo de su deudor originario.

Pero a estas consideraciones el referido autor agrega que, si bien la conexión entre la responsabilidad limitada por deudas del causante y la preferencia de los acreedores del *de cuius* sobre el activo hereditario no es necesaria, sin embargo, ella es natural y muy deseable desde el punto de vista de la equidad, pues sería extraordinariamente duro para los acreedores hereditarios permitir que los acreedores del heredero pudieran concurrir en plena igualdad con ellos sobre los bienes de la herencia y, por ende, sería anormal salvaguardar al heredero de la responsabilidad *ultra vires* por las deudas hereditarias y permitir, por otro lado, a sus propios acreedores concurrir con los acreedores del causante en la misma sucesión. Esto sería injusto. Y, como resumen, dicho autor expresa que si bien el principio de separación de patrimonios no es una necesidad lógica absoluta, cuando por disposición directa de la ley, o por otros medios, la responsabilidad por deudas hereditarias se halla limitada *intra vires*, el derecho de preferencia, prioridad o prelación a favor de los acreedores del causante ha de serles, en buena justicia, naturalmente atribuido.

Por nuestra parte creemos que el sistema que limite siempre la responsabilidad por deudas hereditarias a los bienes hereditarios, entraña por sí solo la separación o aislamiento de la herencia

(114) Esta norma la proclaman las legislaciones de muy distintas maneras. Unas veces se habla de que el heredero únicamente responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia, otras veces se expresa que es la herencia la que responde de dichas deudas y en otras se afirma que las propias deudas son cargas de la herencia.

(115) *Traité de Droit civil comparé*, 1912, V, pág. 305.

contra los acreedores personales del heredero. Con todo siempre será preferible que así se disponga explícitamente por las leyes.

C) *Derecho español.*—Examinaremos, en primer lugar, la posición del Código civil en esta materia, para seguir después con los demás ordenamientos jurídicos sucesorios españoles.

a) *Código civil.*—El Código civil español guarda silencio acerca del problema objeto del presente estudio.

En cambio, el proyecto de Código civil de 1851 regulaba la separación de bienes en forma semejante al Derecho francés, pues incluso hablaba de requisitos de la correspondiente anotación registral respecto de bienes inmuebles hereditarios, pero con la particularidad de imponer la formación de inventario (116). García Goyena (117) destacaba la frecuencia y gran importancia de esta institución para los acreedores del difunto que contrataron con él atendiendo a su fortuna y cualidades personales (118).

El silencio de nuestro Código civil vigente sobre esta interesante figura pretende explicarla Manresa (119) con estas palabras:

Nuestro Código prescinde del derecho de los acreedores y legatarios a pedir la separación de patrimonios... Cuando la herencia se acepta pura y simplemente y el heredero tiene otros acreedores, que es el caso en que verdaderamente puede ser útil el beneficio de la separación de patrimonios, la ley estima sin duda que, o dicha aceptación perjudica a los acreedores hereditarios de un modo irreparable o no. Si no les perjudica, inútil es un derecho que sólo persigue el fin de molestar innecesariamente al heredero, causando gastos inútiles. Y si perjudica, esos acreedores pueden, con arreglo al artículo I.III, impugnar los actos del heredero y

(116) En su artículo 871 atribuía este derecho a los acreedores del difunto y legatarios, aunque lo sean a plazo o condición.

En el artículo 872 disponía que los acreedores y legatarios podían usar de este derecho respecto de los bienes muebles dentro de tres años a contar de la muerte del causante, con tal que los bienes existan en poder del heredero. Y en cuanto a los bienes inmuebles decía que conservarían dicho derecho los acreedores y legatarios si lo anotaran dentro del término de seis meses. Asimismo, para la formación del inventario se remite a los preceptos sobre beneficio de inventario.

El artículo 875 regulaba los efectos de la separación de bienes, y en la pugna clásica entre los acreedores del causante, y legatarios, de un lado, y los acreedores del heredero, siguió el sistema del referido texto de PAPINIANO, pero siempre dentro de los límites del sistema francés de prelación.

En los restantes artículos 873 al 877 se contenían normas complementarias.

(117) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, pág. 244 y siguientes.

(118) Decía que debido a dicha frecuencia e importancia de esta materia no era de extrañar que todos los Códigos modernos, a imitación del Derecho romano, se hayan ocupado de ella, y ninguno con tanta prodigalidad como el de Justiniano. Por esto encontraba más extraño el silencio de nuestras Partidas sobre este punto. Era, pues, forzoso—agrega—llevar este vacío de nuestro Derecho patrio.

(119) *Comentarios al Código civil español*, 1907, VII, pág. 418.

hacer rescindir la aceptación en la forma que se hizo, separando los bienes del causante para que no sea mermada su especial garantía. Además —agrega— la facultad en los acreedores del difunto de promover el juicio voluntario de testamentaria, es un nuevo medio preventivo que les concede la ley para que procuren asegurar su derecho y evitarse todo perjuicio, que después exigiría el medio más violento de la rescisión.

Esta opinión de Manresa peca de optimista. Al entender que dicho artículo I.III autoriza a los acreedores hereditarios para ejercitar la acción pauliana contra la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero agobiado de deudas, desenfoca el problema, aparte de no darse aquí las circunstancias necesarias para el ejercicio de tal acción. Al considerar inútil el derecho de separación o preferencia cuando la aceptación pura y simple de la herencia no perjudica a los acreedores hereditarios, olvida que, a pesar de no resultar éstos matemáticamente perjudicados de momento, pueden resultarlo en definitiva por las malas artes de un heredero poco escrupuloso o tramposo. No tan desafortunado anda Manresa cuando habla del nuevo medio preventivo del juicio voluntario de testamentaria (120).

Seguramente debe referirse a este autor Lacruz Berdejo (121) cuando expresa que nuestro Código civil no regula el *beneficium separationis* como una institución autónoma, pero que, según se ha dicho, los acreedores de la herencia pueden conseguir sus efectos mediante los procedimientos de testamentaria o abintestato, citando al efecto los artículos 973, 1.038 y 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No es preciso —añade este autor— que sean aquéllos quienes pidan la incoación del juicio, pues basta que, de hecho, los bienes relictos permanezcan individualizados y se habilite un procedimiento para su ordenada liquidación y que esto es lo que ocurre en los citados procedimientos universales. El aislamiento del caudal relicto —agrega— produce en favor de los acreedores iguales efectos que el beneficio de inventario, y así la conservación ficticia de los créditos del causante contra el heredero y

(120) Hay quienes estiman que los resultados de la *separatio* romana pueden conseguirse en el Código civil español, al menos en parte, gracias a lo dispuesto en el artículo 1.082 del mismo, según el cual los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Pero esta opinión debe ser rechazada, porque aparte de que el derecho que concede este precepto es bien poca cosa atendido lo preceptuado por el artículo 1.084 y que el mismo no puede actuar cuando hay un solo heredero, téngase en cuenta que durante la indivisión hereditaria subsiste íntegro el peligro que la *separatio* romana quiere conjurar. Ver la sentencia de 9 de febrero de 1901.

(121) Anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, 1953, página 230.

los *intra in re aliena* sobre sus bienes, extinguidos por la confusión (122).

Quedamos, pues, en que el Código civil guarda absoluto silencio sobre la materia. Que este silencio sea producto del olvido nos resistimos a creerlo, aunque pueda dar pábulo a esta impresión de olvido el hecho de que las Partidas no se ocuparan de esta separación, así como la circunstancia de que en ningún precepto del Código se indique de alguna manera que los acreedores del causante podían salvaguardar sus créditos por los juicios de testamentaría o de abintestato, cosa que bien poco costaba. Pero no obstante, difícilmente podía pasar desapercibida al legislador que el proyecto de Código civil de 1851 regulaba con varios preceptos la separación sucesoria de bienes.

Así pues, debemos benévolaente presuponer que el Código civil vigente no se ocupa de esta materia simplemente porque sus elaboradores pensaron que dicho problema quedaba resuelto con lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento civil sobre tales juicios universales sucesorios. Pero ocurre preguntar: ¿estuvo acertado en este punto el Código civil? Debemos contestar negativamente por estas razones:

1) Porque, aunque haya que estimar que los juicios de testamentaría y de abintestato implican prácticamente una *separatio*, ésta requiere algunas normas sustanciales o materiales, que naturalmente es más lógico que figuren en el Código civil, o en una ley especial de tipo análogo. Entre estas normas cabe señalar las siguientes:

(122) LACRUZ BERDEJO (en las páginas 213 y siguiente de la obra citada) se esfuerza en demostrar que en ningún lugar del Código civil se encuentra expresamente afirmada la doctrina de que, a causa de la confusión de patrimonios sobrevinida por la aceptación pura, legatarios, acreedores de la herencia y acreedores del heredero, concurren con igual derecho a cobrar de éste. Podría—dice—dar base para entender la procedencia de este concurso la doctrina de la sentencia de 9 de febrero de 1901 según la cual, habiéndose aceptado puramente una herencia, un acreedor personal del testador no tiene derecho de preferencia alguno sobre los bienes relictos, de modo que, hipotecada una finca hereditaria en favor de un acreedor personal de los herederos, es éste y no aquél, quien cobra primero su crédito, sin que se trate, en este caso, de protección a tercero. Y aquí dicho autor opone el artículo 1.011 del Código civil y otros razonamientos, incluso el que hace derivar del artículo 50 de la ley Hipotecaria. Y termina por sostener que, no menos que en el beneficio de inventario, hay también prelación, en principio, en la aceptación pura, de los acreedores de la herencia sobre los legatarios y de éstos sobre los acreedores del heredero. Pero reconoce que no siendo aquí aplicable el artículo 1.026 del Código civil, claramente destinado a la aceptación beneficiaria, y rigiendo el artículo 1.082 sólo cuando hay varios herederos, después de citar el artículo 146 del Reglamento Hipotecario (que permite pedir la anotación del derecho hereditario a los acreedores de la herencia) concluye con estas palabras: hay que recurrir, para producir los efectos que tenía en Roma el *beneficium separationis*, a los procedimientos de testamentaría o abintestato.

a') Es necesario un precepto que disponga claramente que podrán pedir o promover el juicio de testamentaría o abintestato *los acreedores del causante y los legatarios*. Se dirá que esto ya lo expresan los artículos 973 y 1.038 de la Ley Procesal civil, pero esto no constituye razón apreciable debido a que, aparte de que esta norma es más propia de figurar en el Código civil, no indican aquellos artículos que los acreedores de que habla han de ser acreedores del causante, ni el artículo 1.038 alude a los legatarios en general, sino únicamente a los de parte alicuota del caudal.

Claro que hay que estimar que los artículos 973 y 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil se refieren naturalmente sólo a los acreedores del causante, pero el caso es lo suficiente importante para expresarlo clara y ostensiblemente (123).

En cuanto a la omisión de los legatarios en general, seguramente ello se debió a que entonces ya la ley Hipotecaria permitía a los legatarios que no fuesen de parte alicuota pudieran asegurar la efectividad de sus legados mediante la correspondiente anotación preventiva sobre inmuebles hereditarios (124), pero no contaron con que esta garantía resultaba inútil en las herencias carentes de bienes inmuebles, pero que cuentan con una importante cartera de valores mobiliarios (125).

b') El Código civil debía también contener un precepto que determinara los efectos sustantivos de la separación patrimonial originada por la promoción de los juicios de testamentaría o de abintestato o al menos dejar sentado que el patrimonio hereditario quedaba como si estuviese separado del patrimonio privativo del heredero a los fines de aislarlo de los acreedores personales de éste, autorizando al Juez para adoptar las medidas dirigidas a la efectividad de la separación como son principalmente éstas:

La privación al heredero de las facultades de administrar y disponer de los bienes hereditarios en tanto no se hubieren satisfecho las deudas y cumplidos los legados, facultades éstas que pasarían al administrador para ejercitarlas en la medida y con los requisitos fijados por las leyes (126) y solamente para satisfacer a los

(123) Así lo entiende, naturalmente, la sentencia de 29 de diciembre de 1950 cuando afirma que el número 3.º de dicho artículo 973 considera parte legítima para promover el juicio de abintestato a los *acreedores del finado*. También resulta ello de los números 1, 2 y 3 del artículo 1.003 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(124) En este punto parece sentirse la influencia del Código civil francés.

(125) El Código civil, a pesar de ser más moderno que la ley procesal civil, se preocupa preferentemente de los bienes inmuebles, distinción de la que prescinde, en general, el Derecho romano.

(126) A esto podrá objetarse que el artículo 1.030 de la ley procesal civil establece que durante el juicio de abintestato no se enajenarán los bienes inventariados, excepto aquellos cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, etc. Evidentemente este precepto viene a establecer una prohibición de disponer, pero ésta debía ser más explícita en el sentido

acreedores de la misma, de suerte que quienes procedan contra la herencia deben hacerlo dirigiéndose contra su administrador (127).

Y la puntualización del alcance extintivo que estos juicios universales puedan tener respecto de la confusión originaria de las relaciones jurídicas de deuda o de derecho real existentes entre el causante y el heredero, respecto de cuyo alcance se guarda absoluto silencio, pues ni siquiera se emplea el concepto básico de separación o aislamiento patrimonial (128).

2) Asimismo consideramos desacertada la postura de nuestro Código civil sobre la materia, porque los juicios de testamentaria y de abintestato son procedimientos que tienen por objetivo básico desenvolver procesalmente la acción de partición de herencia y por esto el articulado que regula tales juicios se produce bajo la obsesión de las operaciones particionales de inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia. Y si bien habla de «liquidación» hereditaria no aclara si esta operación puede consistir en la formación de hijuelas para pago de deudas si los acreedores no reclaman el pago por no querer o por no poder de momento. Por tanto, el problema del pago o satisfacción de acreedores del causante, y legatarios, aparece como algo marginal, incrustado en forma no muy ortodoxa en el proceso particional que domina en ambos juicios de testamentaria y abintestato.

Seguramente aquí radica la causa que explica el hecho de que las expresadas normas sustantivas o materiales a las que antes

de privar al heredero de la facultad dispositiva de bienes hereditarios y de poderse reflejar esta situación en el Registro de la Propiedad respecto de bienes inmuebles, sin perjuicio de otras medidas, como, por ejemplo, el depósito de bienes muebles, etc. Pero de no quererse puntualizar tanto podía haberse adoptado una fórmula general que autorizara al Juez competente para tomar las medidas que estimase pertinentes al efecto. Esto, aparte de que de uno u otro modo ello había de quedar reflejado en el Código civil.

(127) Queda en nebulosa el problema de si los acreedores personales del heredero pueden proceder ejecutivamente contra los bienes de la herencia mientras no resulten pagados los acreedores del causante y los legatarios. El número 4.º del artículo 1.003 de la ley de Enjuiciamiento civil siembra confusión al disponer la acumulación al juicio de testamentaria o de abintestato de «todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto o sus bienes después de prevenido el juicio» universal, salvo que se persigan bienes hipotecados. La confusión se acentúa al tener en cuenta que los números anteriores a dicho artículo se refieren a juicios ejecutivos o de otra clase incoados contra el causante, lo que hace sospechar que en el caso del referido número 4.º se trata de demandas posibles contra los herederos por deudas propias de ellos. De ser esto así toda idea de separación se derrumba, pues ni siquiera se salva el principio de preferencia de los acreedores del causante, y legatarios, respecto de los acreedores personales del heredero.

(128) Ya hemos visto antes que LACRUZ BERDEJO estimaba que en estos casos se produce la conservación ficticia de los créditos del causante contra el heredero y los derechos reales sobre sus bienes, extinguidos por confusión. Pero nosotros no sabemos encontrar precepto alguno que así lo indique.

nos hemos referido no estén formuladas, no ya en el Código civil, sino tampoco en la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que hace que todo lo que se refiere a la separación sucesoria de bienes —que queremos ver implícita en estos juicios sucesorios (129)— quede en nebulosa. Además, lo referente al pago de deudas (en cuanto al pago de legados el silencio es sepulcral) está regulado como pasando sobre ascuas. El artículo 1.030 nos dice de refilón y con carácter excepcional que «durante dichos juicios sólo podrán enajenarse por el administrador bienes de la herencia «para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones del abintestato» o testamentaria, aparte de los que deban enajenarse por deteriorarse o ser difícil o costosa su conservación, y de los frutos, sin que llegue este precepto a determinar si dichas deudas son únicamente las hereditarias o si son todas. Fuera de esto sólo existe la alusión del artículo 1.093, que dispone que, cuando aquellos juicios se hayan promovido a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de bienes a ninguno de los herederos o legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción.

Hubiera sido, por tanto, mejor regular procesalmente por separado lo concerniente a la partición judicial hereditaria y lo relativo a la separación, sin perjuicio de las medidas cautelares en uno y otro caso, y también de poder coordinarse debidamente cuando ambos operasen.

3) Además de las razones expuestas sobre la falta de idoneidad de los juicios de testamentaria y abintestato en orden a los fines de la separación sucesoria de bienes (en la hipótesis de que los codificadores pensaran en dichos juicios universales como medios para conseguirla), tales juicios constituyen un tipo de procedimiento complejo, falto de agilidad, costosísimo, de larga duración y altamente abrumador y pernicioso, lo que le ha hecho odioso y temido, aparte de poder ser más fácilmente un instrumento propicio para servir de arma de chantaje. Por esto han sido califi-

(129) Sobre las dudas apuntadas sobre este extremo hay que añadir la que sugiere el artículo 1.052 de la ley procesal civil, al disponer que no obstará el juicio de testamentaria para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar o el beneficio de inventario. Ante este precepto procede preguntar: ¿y por qué no dice este artículo que tampoco será obstáculo dicho juicio para que los acreedores del causante pidan la separación del patrimonio hereditario? Evidentemente esto huele a olvido, debido a que al promulgarse la ley de Enjuiciamiento civil, en los territorios llamados de Derecho común era desconocida la *separatio romana*, por no haberla recogido las Partidas, ni leyes posteriores a éstas.

Además dicho precepto hace pensar en la imposibilidad de actuación de la *separatio* cuando el heredero llamado usa del beneficio de deliberar, pues, mientras, no hay heredero efectivo y aquélla exige que el heredero haya aceptado la herencia pura y simplemente.

Asimismo el artículo 1.096 de la ley procesal civil proporciona otro argumento de duda.

cados de monstruos devoradores de herencias y de otras cosas más. Si la *separatio* romana y los demás sistemas que logran aislar el patrimonio hereditario mediante un sistema de administración—liquidación facultativa y automática—se hacen acreedores de críticas por el engorro y gastos que origina tal administración liquidatoria (130), ¿qué decir de los juicios de testamentaria y de abintestato con su pieza separada de administración y los ramos separados que de ésta deben formarse en los Juzgados según la ley procesal civil?

Indudablemente, si los que prepararon el Código civil vigente se hubieren percatado del problema que en este estudio explicamos y tenido presente el sistema francés adoptado sobre esta materia por nuestro proyecto de Código civil de 1851, con seguridad habrían por lo menos seguido el criterio de este último como fórmula que prácticamente consigue, en sustancia, los resultados perseguidos por la *separatio* sin incurrir en gastos excesivos.

Para terminar el examen de la Ley de Enjuiciamiento civil en este punto, debemos hacer observar que, según su artículo 1.053, las testamentarias (y también los abintestatos) podrán ser declarados en *concurso* de acreedores o en *quiebra* en los casos en que así proceda respecto a los particulares (131), y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios (132).

Ya hemos dicho antes que el Derecho romano no distinguía, ni siquiera a los efectos de la *separatio*, si el causante deudor era solvente o insolvente, así como tampoco si era o no comerciante. Pero en muchos ordenamientos jurídicos modernos se tiene presente esta distinción de solvencia o insolvencia (133), ya que en caso de insolvencia puede ser decretada judicialmente la situación de concurso o de quiebra, situación ésta que si bien en el fondo produce también el aislamiento de la herencia, hace improcedente la petición de la separación de bienes propiamente dicha o pone fin a la ya obtenida. Así el Código civil alemán dispone, en su artículo 1.988, que la administración hereditaria (que, como ya se ha dicho, surte efectos bastante análogos a la *separatio* romana) ha de cesar cuando se abra el *concurso* del caudal relicto, y la ley italiana de quiebras del año 1942 establece que con la declaración de quiebra cesan los efectos de la separación de bienes con-

(130) Ya hemos dicho que el Código civil alemán dispone que esta administración-liquidación no puede ser organizada o, de serlo, debe cesar cuando no exista una masa hereditaria adecuada para soportar los gastos que la misma ha de entrañar.

(131) Quiere referirse a las personas naturales o individuales.

(132) Se discute entre los autores españoles si en el caso de quiebra ésta es del comerciante fallecido o de la herencia sujeta a testamentaria o abintestato correspondiente. Nosotros creemos que ambas cosas caben dentro del ámbito del artículo 1.053 de la ley procesal civil.

(133) Hay legislaciones en que tampoco se distingue entre comerciantes y no comerciantes, sujetándolos a todos, personas jurídicas o naturales, a un procedimiento único concursal.

seguida por los acreedores del difunto conforme al Código civil.

Esto parece dar la impresión de que la separación sucesoria de bienes pierde utilidad comparada con la *separatio* romana, que siempre abarcaba tanto el supuesto de sucesión de causante solvente como el de insolvente. Pero, en rigor, no es así por lo que se dirá al final del presente trabajo y porque, además, la situación de concurso o de quiebra requiere ser declarada judicialmente.

Pues bien, dicho artículo 1.053 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que las testamentarias (o abintestatos) pueden ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra cuando así proceda, y que se sujetarán en este caso al procedimiento de estos juicios, deja sin puntualizar si este concurso o quiebra produce la separación del patrimonio hereditario respecto del del heredero (134). Nosotros creemos que lógicamente ha de provocar esta separación, aunque la insuficiencia normativa de nuestras leyes sea tan desoladora en este aspecto que haga altamente dificultoso configurar en nuestro Derecho estas situaciones (135).

Todo esto último pone de relieve que en orden a los efectos aislantes del patrimonio hereditario que puede producir el referido concurso y la quiebra, nuestro Código civil en cuanto al concurso, y el de Comercio respecto la quiebra, guardan también profundo silencio, contando sólo nuestro ordenamiento con aquel modesto artículo 1.053 de la ley procesal civil (136).

b) *Derecho civil especial de Cataluña*.—En este territorio rige el Derecho romano y, por tanto, la regulación del *beneficium separationis* tal como fué vivido en la fase del *ius commune*, conforme a la doctrina de los autores clásicos, sin que penetrase en

(134) En rigor, la testamentaria (o abintestato) no puede ser declarada en concurso o quiebra, ni siquiera en el estado de herencia yacente, pues carece de personalidad jurídica y en este caso de yacencia se trata en el fondo del concurso o quiebra del causante. De haber sido aceptada la herencia pura y simplemente la presencia de este heredero complica las cosas.

(135) RAMÍREZ (en su magnífica obra *La Quiebra*, 1950, I, pág. 578) dice que cuando después de fallecido un comerciante individual se declare su quiebra, ésta viene a ser un medio para mantener intacta, a favor de los acreedores del difunto, la garantía de su patrimonio, evitando su confusión con el de los herederos. Los únicos problemas a introducirse en tal quiebra—añade—serían los relacionados con la posible confusión del patrimonio con el de sus herederos, los que sólo surgirían si, al instarse o declararse la quiebra, la herencia hubiera sido aceptada pura y simplemente. De conservar el patrimonio del difunto su autonomía, ya en el supuesto de herencia yacente, ya en el de aceptación a beneficio de inventario, no cabe problema alguno especial.

(136) En España, últimamente, el «Instituto de Estudios Políticos» ha formulado un anteproyecto de ley concursal, en cuyo artículo 7.º se dice que «fallecido el deudor, podrá ser declarado el concurso de su herencia», y agrega que «no obstará la continuación del concurso «el fallecimiento del deudor». Es de advertir que para este anteproyecto bajo el concepto de «concurso» se comprenden el concurso de acreedores y la quiebra.

Cataluña la desviación francesa sobre esta figura jurídica, conforme lo demuestran los juristas antiguos catalanes (137).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña dispone en su artículo 264:

«Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad, y los legatarios, podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a esta efectividad.»

«Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero.»

Asimismo, en el número tercero del artículo precedente al transcrito se dispone que «en previsión de que el beneficio de inventario decaiga, éstos [los acreedores del causante] podrán, no obstante,

Este precepto es laudable, pero se olvida completarlo mediante proclamar explícitamente que el concurso implicará la separación o aislamiento del patrimonio hereditario, o sea el apartamiento de los acreedores personales del heredero. Claro que afirma que el concurso será de la *herencia*, pero este punto tan importante merece mayor precisión. Como afirma BINDER (*Ob. cit.*, pág. 221), en el Derecho alemán, tanto la administración de la herencia como el concurso, independizan la masa de la herencia del patrimonio del heredero y hacen que la unión de patrimonios ocasionada por la apertura de la sucesión (pues en Alemania la herencia se adquiere *ipso iure*), si bien no jurídicamente, de hecho, desaparezca, con efecto retroactivo, mediante la separación de la masa hereditaria.

Asimismo, dicho anteproyecto se ocupa del caso en que sea declarado el concurso, no de la herencia, sino del heredero, pues en su artículo 96 se dice que, «sobre los bienes procedentes de una sucesión por causa de muerte, los acreedores del causante gozarán de un derecho de satisfacción preferente respecto de los acreedores del heredero declarado en concurso, siempre que la fecha de la declaración no sea posterior en dos años a la aceptación de la herencia». En la exposición de motivos de este anteproyecto se expresa que con este artículo se llenaría una laguna existente en nuestro Derecho privado, quedando reconocido un derecho de satisfacción preferente a los acreedores sobre los del heredero, respondiendo al principio tradicional de la *separatio honorum*.

Evidentemente, de llegar a ser vigente dicho artículo 96 proyectado, representaría una notable mejora para los Códigos civil y de comercio, pero aún no sería suficiente, pues la separación sucesoria de bienes tiene un campo más dilatado, por abarcar también la hipótesis en que el heredero, sin ser solvente o hallarse en concurso, tenga deudas de alguna consideración. Además, según el propio artículo, no se sabe si el sistema que adopta es del tipo de la *separatio romana* o del tipo francés de derecho de prelación.

(137) Ver FONTANELLA (*De pactis nuptialibus*, cláusula IV, glosa 24, núms. 67 y 68) y CANGIER (*Variarum resolutionum*, Pars. I, cap. 3, núm. 82).

hacer valer simultáneamente el beneficio que les concede el artículo siguiente».

Por tanto, en esta Compilación se recoge la idea básica de la *separatio* romana, pero con prevalencia de la opinión de Papiniano y prescindiendo de todo plazo preclusivo para tal beneficio. Claro que este beneficio requiere mayor normación, incluso procesal, pero la necesidad de reducir el articulado y de evitar en lo posible la materia procesal se impuso y por ello se optó por proclamar lo que se consideró fundamental en el sistema de la *separatio*, dejando al Juez competente en libertad para adoptar las medidas que estimare convenientes para la efectividad de la separación, entre las que entran la posibilidad de nombrar administrador-liquidador, decretar el secuestro y la prohibición de enajenar los bienes hereditarios por el heredero, y ordenar la anotación preventiva sobre los bienes inmuebles de la herencia y el depósito de los bienes muebles, así como de tomar otras medidas cautelares.

c) *Derecho civil especial de otros territorios*.—Sólo cabe hablar aquí de Navarra, pues Baleares y Aragón son regiones sujetas al artículo 13 del Código civil (138) y sus disposiciones forales o consuetudinarias vigentes no aluden al beneficio de separación, así como tampoco la Compilación de Derecho civil especial de Vizcaya y Alava.

En Navarra debería regir el sistema romano de la *separatio* por aplicación del Derecho romano supletorio del Derecho civil especial de este territorio. Pero es de observar que el anteproyecto de Compilación del Derecho civil especial de Navarra (publicado en 1959 bajo la denominación de «Fuero recopilado de Navarra»), en su artículo o ley 295, dice que: «En tanto no hayan sido pagados los legatarios y los acreedores de la herencia, y aunque hubiera sido aceptada pura y simplemente, se la considerará, por ministerio de la ley, patrimonio separado del propio del heredero, y los acreedores de éste no podrán accionar contra los bienes de la herencia en perjuicio de los legatarios y acreedores que se amparen en este beneficio».

Por tanto, según este proyectado artículo, el beneficio de separación de patrimonios opera *de iure*, sin necesidad de ser impetrada su aplicación al Juez.

III

Para terminar el presente estudio corresponde ahora tratar, a grandes líneas y a base de una visión de conjunto, de los ordenamientos jurídicos examinados, a los exclusivos fines de buscar la

(138) Por bien que la sentencia de 6 de junio de 1905 inició la doctrina de considerar vigente en Baleares el Derecho romano como supletorio, especialmente en materias de Derecho de sucesiones.

fundamentación o justificación del principio de separación sucesoria de bienes, como dispositivo, facultativo o automático, de protección de los acreedores hereditarios y legatarios.

A este objeto examinaremos primeramente la fundamentación de los sistemas de separación facultativa, para seguir después con la fundamentación comparativa con los sistemas de separación automática :

a) *Fundamentación de los sistemas de separación facultativa.*— Incluimos aquí los ordenamientos jurídicos que, como el romano, francés, alemán y derivados de éstos, adoptan el principio de separación sucesoria de bienes, para actuarlo a instancia de parte.

Nota común de estos sistemas es el fenómeno de la confusión patrimonial producido a consecuencia de la sucesión hereditaria operada por el fallecimiento de una persona. Como medio para evitar que por esta confusión resulten perjudicados los acreedores del causante, y los legatarios, hemos visto que las leyes facultan a todos éstos para poder obtener el aislamiento o separación de los bienes de la herencia, impidiendo de momento que sobre éstos puedan concurrir acreedores personales del heredero. También facultan al heredero para utilizar el beneficio de inventario u otros remedios análogos dirigidos a aislar la herencia y así poder resguardarse de la responsabilidad ilimitada por deudas hereditarias, surgida a causa de dicha confusión patrimonial.

Concretamente a la separación de bienes hemos comprobado que ésta impide dicho concurso en una misma herencia de los acreedores del causante, y legatarios, con los acreedores del heredero, mediante apartar de ella a estos últimos en la medida necesaria para que aquellos acreedores del causante, y legatarios, puedan satisfacerse con los bienes de la herencia de sus créditos y legados hasta el máximo posible. Por esto la separación presupone que en una sucesión el heredero se encuentra más o menos agobiado de deudas y cargado de acreedores, aunque ello no origine su insolvencia.

Pero los adversarios de la separación sucesoria de bienes alegan que la circunstancia de que el deudor muera y quede como heredero suyo una persona que tenga a su vez contraídas deudas, es un evento que no ha de tomarlo en cuenta el Derecho, pues quien contrata con una persona ha de saber que contrata también con los herederos de ésta, conforme establece una norma universal que constituye el soporte decisivo del tráfico jurídico y de la subsistencia de la mayor parte de relaciones jurídicas entre los hombres. Así pues, los acreedores del causante que con él contrataron se sometieron voluntariamente a dicha contingencia, ya que debían pensar que éste no viviría siempre y que, por tanto, podía morir y sucederle un heredero con deudas, que incluso podía ser un tramposo o un insensato. De esta posibilidad podían ponerse al abrigo obteniendo garantías reales u objetivas, pero, si no lo

hicieron, lo lógico es que hayan de pechar con las consecuencias de su imprevisión.

Concretamente al sistema francés de separación preferencial, dichos adversarios le oponen la consideración de que si la anotación registral de este derecho de prelación atribuye al acreedor respectivo una verdadera hipoteca en garantía de su crédito, ello es inaceptable, pues es un contrasentido que un acreedor pueda mejorar o robustecer su crédito por la muerte de su deudor, es decir, por un suceso extraño a sus previsiones, como si esta muerte del deudor transformara, con sólo pedirlo el acreedor, un crédito simple en un crédito hipotecario, asignando a este acreedor una garantía hipotecaria que él no cuidó de exigir a su tiempo oportuno.

Pero todos estos argumentos contrarios a la separación son vulnerables, con sólo contemplar que esta separación solamente pretende mantener en interés de acreedores del causante, y legatarios, el *statu quo* existente inmediatamente antes del momento de fallecer su causante deudor. No se trata, pues, de mejorar o favorecer a los acreedores del difunto, sino simplemente de evitar que su situación empeore por la muerte de su deudor. La separación únicamente persigue conseguir que los acreedores del difunto puedan satisfacerse con los bienes de la herencia del mismo modo o en las mismas condiciones bajo las que hubieran podido verificarlo si el deudor todavía viviera. La separación solamente procura sustraer a los acreedores hereditarios del daño o perjuicio que pudiera afectarles si la muerte de su deudor pudiera hacer desmejorar su situación, por tener el heredero acreedores que, aunque no le coloquen en plena insolvencia, puedan ser preferidos por éste.

A la separación sucesoria de bienes no le preocupa el interés de los acreedores personales del heredero porque ella no agrava su situación, no los deja en peor posición para cobrar sus créditos de la en que se encontraban antes de fallecer el causante de su deudor. Lo único en que puede influirles la separación es que, sin ella, este fallecimiento podía redundar en su provecho, sobre todo si su deudor era insolvente, ya que podía resultar engrosado el activo patrimonial neto de éste. En cambio, respecto de los acreedores del finado, ya hemos visto que la falta de separación sí que podría perjudicar a sus intereses, sufriendo, por ende, un daño. Por esto tiene perfecta aplicación aquí aquella regla jurídica clásica de que es mejor causa la del que procura evitar un daño que la del que pretende obtener un lucro (*potior est causa eius qui certat de damno vitando, quam illius qui certat de lucro captando*) (139).

Respecto de lo que se alega en contra del sistema francés de preferencia, en rigor no es admisible, pues la finalidad es seme-

(139) Ver más razones en D'AMBRIO, *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, pág. 207.

jante a la de la *separatio* y únicamente varía el medio aislante de los bienes hereditarios, por cuanto dicho derecho de preferencia, una vez constatado registralmente en caso de bienes inmuebles, aunque parezca tener la categoría misma de la hipoteca, funciona en el sentido de mecanismo de separación singular, adscribiendo, tal como lo estaban antes del óbito del causante, los bienes hereditarios anotados al pago preferente de los acreedores del deudor, quedando virtualmente aquéllos vinculados a este fin.

Pero, además, la separación cumple una misión complementaria. Hemos dicho al principio que la separación tiene por objeto mantener en interés de los acreedores del difunto, y legatarios, el *statu quo* existente antes del fallecimiento del causante deudor. Mas para que este mantenimiento sea perfecto en cuanto a los acreedores del finado, se requiere evitar también que el ambiente de confianza o de crédito reinante entre el causante y sus acreedores no se vea perturbado hondamente por el advenimiento de un heredero que por ser poco escrupuloso o de mala fe (140) se preste a combinaciones o postergaciones fraudulentas. Los acreedores del difunto no contrataron con el heredero sino con el causante, confiando en la solvencia y moralidad de éste, y si no exigieron garantías para la efectividad de sus créditos fué habida cuenta de que el causante era solvente en todos los aspectos, tanto en el de potencialidad económica como en el de honestidad y corrección en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos (141).

Por tanto, hay que concluir que el principio de separación, como lo reconoció la Glosa, es de uso útil y de humana necesidad (*uso exigente et humanis necessitatibus*).

b) *Fundamentación comparativa entre los sistemas de separación facultativa y los sistemas de separación automática.*—Situamos aquí, además de los indicados en el apartado anterior, los ordenamientos jurídicos en los que, como los anglosajones, en ge-

(140) La circunstancia de ser el heredero un disipador o dilapidador no influye en la separación sucesoria de bienes, pues, en general, las legislaciones no han adoptado para este supuesto concretamente el remedio de la *satisfatio suspecti heredis* conocido en el Derecho romano.

(141) Los contradictores del beneficio de separación arguyen también que no es lógico que los acreedores del causante cuenten con el medio de la separación y, en cambio, se niegue un remedio análogo a favor de los acreedores del heredero que acepta pura y simplemente una herencia cuyo pasivo exceda de su activo. Pero frente a esta consideración (de la que hemos hablado antes cuando comentamos un texto de ULPIANO) ya señalamos que se trataba de dos hipótesis completamente distintas, pues los acreedores del heredero confiaron en la solvencia económica y moral de éste, mientras que los acreedores del difunto no confiaron lógicamente en la solvencia económica y moral del que podía ser heredero de su deudor y normalmente ni siquiera podían pedir a este heredero garantías para cuando falleciera el referido deudor. Por el contrario, los acreedores particulares del heredero ya sabían que éste podía perjudicarles procurándose nuevos deudores, aunque fuese mediante aceptar puramente herencias recargadas de deudas.

neral, y los de Méjico, Perú, Brasil y otros análogos, la separación o aislamiento patrimonial sucesorio no precisa ser demandado por los acreedores hereditarios, y legatarios, debido precisamente a que el régimen sucesorio adoptado impide la confusión patrimonial por establecerse *ab initio* la separación o aislamiento de la herencia, concibiendo ésta como patrimonio autónomo sobre el cual pesa como carga del mismo el pasivo hereditario. Esto, naturalmente, hace inútil todo rastro de beneficio de separación instado, así como resulta superfluo el beneficio de inventario y otros dispositivos análogos.

En el apartado anterior procuramos justificar el principio de separación sucesoria de bienes pensando primordialmente en los ordenamientos jurídicos en los que la actuación de la misma debe ser reclamada; pero lo allí dicho es aplicable a la separación sucesoria en general y, por tanto, con mayor razón a estos sistemas en que la separación es automática por excelencia. Aquí sólo nos queda intentar averiguar si estos segundos sistemas están más fundamentados que los anteriores de separación facultativa y si, en consecuencia, constituyen una superación institucional que haga desear el desplazamiento de aquéllos.

En estos últimos tiempos, en Italia principalmente, algunos autores, preocupados excesivamente por el problema de la liquidación de las deudas hereditarias, han criticado a fondo, a veces con alguna desorientación, los sistemas de separación facultativa, y más concretamente los inspirados, con mayor o menor fidelidad, en el mecanismo de la *successio* romana, con su consiguiente efecto de la confusión patrimonial (142).

Tales autores atribuyen el origen de todos los males de una deficiente protección crediticia por parte de dichos ordenamientos jurídicos sucesorios, al hecho de no haber querido algunos de ellos borrar de sus Códigos el vetusto concepto de la *successio in universum ius defuncti* con sus derivaciones de la *confusio honorum* y de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por deudas del causante, todo—dicen—por un excesivo respeto a la venerada tradición romana y con olvido de las exigencias económicas modernas y de la protección del crédito. Ante esto, dichos autores propugnau por una regulación que conciba la sucesión, no como el traspaso de una posición jurídica de un sujeto a otro, sino como traspaso simple de un patrimonio relicto, sobre el cual pesaran como cargas las deudas del causante, facilitándose así la liquidación del pasivo hereditario.

Estas críticas creemos responden a un entusiasmo ocasional y poco meditado. La pretendida superioridad de los referidos sistemas de separación automática no es más que un producto de un criterio de rigidez, en contraste, pues, con los sistemas de separa-

(142) Ver, por ejemplo, en DE SIMONE (*Ob. cit.*, introducción, pág. 3 y siguientes), lo que expresa este tratadista y otros que cita.

ción facultativa, que se inspiran en un criterio de flexibilidad, ductilidad y elasticidad que excluye el carácter inexorable de las configuraciones jurídicas simplistas. La vida jurídica es compleja y por ello la regulación de las instituciones no puede reducirse a fórmulas carentes de ductilidad. Tanta rigidez encontramos en los sistemas que ven en el fenómeno hereditario un mero traspaso de un patrimonio afecto siempre a su pasivo, como en el sistema romano antes de admitirse en él los beneficios de separación y de inventario.

Repitiendo en parte ideas vertidas anteriormente, procede afirmar que la imposición en todo caso o sin excepción de un previo proceso de liquidación más o menos organizada del pasivo hereditario en los sistemas de separación automática, implica un engorro del que están exentos como regla los sistemas de separación facultativa, ya que éstos parten de la idea de que lo ordinario y corriente es que las herencias no plantean problemas graves de liquidación de pasivos y que lo más frecuente es que los herederos no estén agobiados de deudas. Sin embargo, para los supuestos excepcionales de que ocurra lo contrario, la ley ya brinda a los interesados los remedios adecuados para hacer frente a las situaciones de emergencia, remedios consistentes en los beneficios de separación y de inventario, u otros dispositivos análogos. Si la experiencia nos enseña, al menos en los países de sistema de separación facultativa, que por regla general ni los herederos ni los causantes están sobrecargados de deudas, no existe razón alguna para cambiar de sistema y sustituirlo por otro que da la impresión de considerar que la regla general es la inversa.

El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Letrado de la D. G. R. N.

I. *Indicación general.*

En 30 de abril de 1888 estaba terminada la redacción del Anteproyecto del Código civil. El ministro de Gracia y Justicia disponía por R. O. de esta fecha que los individuos de la Comisión de Códigos remitieran sus observaciones a todos los libros del Anteproyecto redactados por la Sección de lo civil y repartidos impresos a dichos individuos.

Este hecho histórico es innegable. En la discusión que el Código promovió en Senado y Congreso se refieren reiteradamente a él, como veremos, ciertos vocales de la Comisión de Códigos miembros también de una u otra Cámara.

Sin embargo, el Anteproyecto, salvo en cuanto coincide con el Proyecto de 1882, fué desde los primeros tiempos desconocido o confundido (véase nota 38). Estas notas tienen por objeto dar noticia del hallazgo de su texto completo, de su historia en la última etapa de los trabajos (1), de su contenido y fuentes que le informan, de las personas que intervinieron en su redacción y, finalmente, de su significado respecto del Código civil vigente.

II. *El título preliminar y los Libros I y II del Anteproyecto: el Proyecto de 1882.*

El título preliminar y los dos primeros libros del Anteproyecto—todos los cuales suponen bastante menos de un tercio de su ar-

(1) El Anteproyecto es la culminación del esfuerzo de muchos años; la última etapa duró ocho años. Así lo ponen de manifiesto ISASA (Diario Congreso 4 de abril 1889, núm. 86, pg. 2309) y ALONSO MARTÍNEZ (Diario Congreso 17 abril 1889, núm. 97, pg. 2612) frente a los que en la discusión parlamentaria censuraron al Código de improvisación. Cfr. también la R. O. de 8 de diciembre de 1888 por la que se manifiesta el Real agrado a los miembros de la Comisión. Así lo corroboran también los hechos, según veremos.

ticulado— coinciden con los presentados a las Cortes por Alonso Martínez en 24 de abril de 1882 para que se publicaran como Ley. Estos libros se consideran terminados desde entonces y los esfuerzos ulteriores se concentran en la redacción de los libros III y IV. Así aparece en los actos por los que se promueve la redacción de estos últimos libros (2), y así resulta también de las mismas afirmaciones hechas en la discusión parlamentaria del Código civil (3). Corroboran estas afirmaciones otros datos más directos. El ejemplar del libro II del Anteproyecto, que está impreso oficialmente con las mismas características—que después diremos—que los libros III y IV, coincide con el Libro II del Proyecto de 1882 (4). El número del artículo inicial del Libro III del Anteproyecto es el siguiente al final de Libro II del Proyecto de 1882. Las citas que los Libros III y IV del Anteproyecto hacen a los artículos de los Libros I y II coinciden con los artículos respectivos del Proyecto de 1882 (5).

La historia de la formación del Anteproyecto comienza con la historia del Proyecto de 1882, puesto que éste constituye su primera parte. Paliada la obstrucción de los foralistas por el Real Decreto de Bugallal de 2 de febrero de 1880 (6), se reanuda los

(2) R. D. de 23 de septiembre de 1882 y comunicación de 29 de febrero de 1884 a que después nos referiremos.

(3) ALONSO MARTÍNEZ en el Congreso (Diario 17 abril 1889, núm. 97, pg. 2613), frente a los ataques de precipitación en la redacción del Código, recuerda que los Libros I y II, «precisamente los libros que han dado materia más abundante de crítica en ésta y en la otra Cámara», estaban terminados desde 1882. Análogamente ROMERO GIRÓN, en el Senado (*Discusión...*, pgs. 132 y ss. y 139). La discusión en el Senado se cita por la obra *Discusión parlamentaria del Código civil*, Madrid, 1891.

(4) La única variación que a primera vista existe es que el Libro II, impreso con tales características, comprende tres artículos más que el del Proyecto de 1882 (arts. 335 a 608, en lugar de a 605). Pero esto sucede porque los artículos 425, 426 y 427 (que son los actuales 420, 421 y 422 y que están también incluidos entre las *disposiciones generales* relativas a las aguas) se repiten literalmente en los artículos 555, 556 y 557, entre los preceptos sobre *servidumbres en materia de aguas*. La numeración, no obstante, del Libro III es correlativa con la del Proyecto de 1882, como se dice arriba.

(5) Por ejemplo, entre las citas al Libro I, las que hace el Anteproyecto en sus artículos 742 (criaturas abortivas), 1.002 (aceptación de herencia por menores o incapacitados), 1.006 (aceptación por sordomudos que no saben leer y escribir), 3.º del título de *las transacciones y compromisos* (transacción por tutor). Entre las citas al Libro II, la que hace en el artículo 26 del título de la *prescripción* (equivalente al actual art. 1955) al artículo 469 (actual art. 464). Las expresiones cosas adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante *legalmente establecido* y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, que empleo el Código actual para remitirse al Código de comercio vigente, proviene, pues, del Proyecto de 1882, redactado cuando aún regía el Código de comercio de 1829, pero teniendo probablemente a la vista el Proyecto del nuevo Código de comercio que debió de sufrir todavía, en estas materias, importantísimas modificaciones.

(6) En la discusión que sobre el Código hubo en el Senado se dijo:

trabajos de redacción del Código civil. Exactamente la última etapa, la de los ocho años antes referida (vid. nota (1)), comienza el 21 de marzo de 1881 con la discusión en la Sección de lo civil de 17 bases, propuestas por su presidente, Alonso Martínez, entonces, también, desde el mes de febrero, ministro de Gracia y Justicia. Sólo se emplearon dos sesiones para discutir las. Las restantes sesiones del año se emplearon en discutir y redactar el título preliminar y el Libro I, quedando comenzado el II (7). En 24 de abril de 1882, tras la mala acogida que tuvo el Proyecto de Bases presentado en 22 de octubre último, podía Alonso Martínez presentar a las Cortes el título preliminar y los dos libros completos.

Su redacción se debía, en general (8), a la Sección de lo civil, que tuvo en cuenta la información de los notables jurisconsultos a quienes convocó la Comisión del Senado encargada de dictaminar sobre el Proyecto de Bases presentado por Alonso Martínez (9).

El contenido del Proyecto puede fácilmente conocerse—y, por tanto, no insistiremos en él—pues el Proyecto fué bastante divulgado (10). El título preliminar (14 arts.) trata de las *leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*. El Libro I (art. 15 a 334), *de las personas*. El Libro II (arts. 335 a 605), *de la división de las cosas y de la propiedad*. En el Proyecto se desenvolvían las bases propuestas a las Cortes, conciliando en lo posible, en cuanto a la propiedad y demás derechos reales, la tradición romana con los principios de la escuela germánica (11).

«Al señor Bugallal pertenece la gloria del planteamiento de esta reforma... Desde entonces, desde 1880, fué posible la codificación civil» (Marqués de Trives, *Discusión...*, pg. 533).

(7) Los datos sobre estas sesiones en ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, pgs. 138 y 139. Este autor fué secretario de la Comisión de Códigos durante los trabajos de elaboración del Código civil en esta última etapa (fué nombrado en 1875, ob. cit., pg. 120).

(8) Según el R. D. de 2 de febrero de 1880 cada una de las Secciones de la Comisión de Códigos podía redactar definitivamente los proyectos, salvo en aquellos asuntos más graves que el Gobierno estimase someter al pleno. De acuerdo con esta norma, la propia Sección de lo civil redactó el Proyecto de 1882, salvo el título *del matrimonio* que por considerarse de «alto Gobierno» no fué llevado a la Comisión de Códigos sino que fué el resultado de un acuerdo del Consejo de Ministros (Exposición a las Cortes, ed. oficial del Proyecto, pg. VI; y ALONSO MARTÍNEZ, discurso ante el Congreso de 17 de abril de 1889 (Diario núm. 97, pg. 2.612); también, ANTEQUERA, pg. 139).

(9) Exposición a las Cortes del Proyecto de 1882, edición oficial, pg. II. También, ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, tomo I, 1884, pgs. 16 y 17 (el tomo II es de 1885; hay edición posterior con prólogo de CASTÁN y en un solo tomo).

(10) Además de la edición del Ministerio, hubo otras dos de la Revista de los Tribunales, en 1886, y a las que más adelante nos referiremos (véanse notas 29 y 37).

(11) Exposición a las Cortes del Proyecto, ed. oficial, pgs. IV y V. Para su crítica, véase cuanto al Derecho Inmobiliario, OLIVER (Bienvenido), *Derecho Inmobiliario Español*, tomo I, Madrid, 1892-1896, pgs. 764 y ss.

III. *Los Libros III y IV.*A) *Historia de su formación.*

1. Todavía en la Exposición a las Cortes del Proyecto de 1882 (12) se prevé la redacción de un único Libro más, el III, siguiendo en esto al Proyecto de 1851. Pero en seguida, y probablemente por influencia de Benito Gutiérrez que tanto influyó en el plan, tan censurado después (13), del Anteproyecto (14), se comienza a pensar en dos libros más, el III y el IV.

Por Real Decreto de 23 de septiembre de 1882 se establece el sistema para la redacción de estos últimos libros (15). Poco después, desde el 14 de octubre al 27 de noviembre de 1882, tienen lugar las veintisiete solemnes sesiones del pleno de la Comisión de Códigos. A ellas habían sido convocados por el ministro Alonso Martínez, los vocales que, en representación de las regiones forales, se agregaron a la Comisión en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 y los cuales ya habían redactado las memorias sobre las más importantes instituciones

(12) Página V.—ALONSO MARTÍNEZ, en el primer tomo de su obra *El Código...*, pgs. 43 y 45, supone todavía que falta un único libro, el III; en el tomo II, pgs. 280 y 283, ya supone dos libros más, el III, «que habla de los diferentes modos de adquirir la propiedad, o sea, de la ocupación, de la donación y de las sucesiones», y el IV, «que habla de las obligaciones y contratos».

(13) Incluso por el propio dictamen que para aceptar el Código había preparado la Comisión del Senado. Cfr. en *Discusión...*, pg. 19.

(14) A inspiración de BENITO GUTIÉRREZ se estimó preferible a cualquier otro, el sistema romano, seguido por los Códigos francés e italiano y aceptado por LAURENT Y BLUNTSCHLI; así se seguiría el plan de la Instituta a que están acostumbrados los países forales en que el Derecho romano es supletorio, prevista la función supletoria que había de desempeñar en tales países el propio Código civil (ALONSO MARTÍNEZ, Diario Congreso de 17 de abril de 1889, núm. 97, pgs. 2.612 y 2.613).

También se debe a él la inclusión del título *de la donación* en el Libro III, entre los modos de adquirir la propiedad, entre otras razones porque las donaciones *mortis causa* nunca tendrían el contenido de un verdadero contrato, ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pg. 689. Paradójicamente, sin embargo, ha resultado que las donaciones que requieren aceptación se regulan en el Libro III, mientras que las reglas especiales de las que no la requieren—por razón de matrimonio—se incluyen en el Libro IV.

Ante estos hechos, y teniendo en cuenta que BENITO GUTIÉRREZ fué, hasta su muerte, uno de los que más influyeron en la redacción del Anteproyecto—como veremos después—y que él dividía su obra *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (cinco tomos, Madrid 1868-1871) en cuatro libros, no es muy aventurado suponer que a él se debió el que el Libro III se dividiera en dos.

(15) Este R. D. disponía: «Los libros III y IV del Proyecto de Código civil serán sometidos al examen y discusión de la Comisión general de codificación en pleno, y presidida por el Ministro de Gracia y Justicia, antes de presentarlos a la deliberación de las Cortes». En la idea de someter el Código al pleno insistió después el artículo 2.º de la Ley de Bases de 1888, pero ya veremos en qué escasa medida se dió cumplimiento a esto.

forales respectivas, y, también, los cuatro senadores y cuatro diputados incorporados a la misma, entonces, con carácter de vocales (16). Se trataba de discutir con los representantes forales «hasta qué punto podían transigirse con ellos las diferencias», pues en la materia de sucesiones y contratos, «es donde el particularismo opone fuertes obstáculos a la unidad legislativa de nuestra patria» (17). El cuestionario de las deliberaciones fué formulado por los representantes forales que asistieron a las sesiones, aceptando la hábil invitación de Alonso Martínez (18). Y las deliberaciones y acuerdos nos son bastante bien conocidos (19).

2. Apenas terminadas las sesiones hubo cambio de ministro y los trabajos fueron suspendidos hasta que, a principios de 1884, fué nombrado Francisco Silvela para la cartera de Gracia y Justicia (20). Bajo su mandato el ritmo de los trabajos fué muy intenso.

En 29 de febrero dirigía el nuevo ministro una comunicación al presidente de la Sección 1.^a leída en el Pleno que celebró la Comisión el 7 de marzo y en la cual, según el acta de la sesión (21), se decía que «para terminar los trabajos del Proyecto del Código civil, cuyos Libros I y II fueron ya presentados a las Cortes, es la voluntad de S. M. que la Sección proceda a redactar el III y IV, bien sea subdividiéndose para formar simultáneamente ambos libros, bien haciéndolos sucesivamente toda ella reunida, lo cual dejaba al arbitrio de su presidente, expresando su deseo de que el Código civil pueda presentarse completo a las Cortes en alguna de las sesiones de este año». La Sección de lo civil se subdividió, en efecto, en la misma reunión de 7 de marzo, en dos subcomisiones presididas ambas por su presidente (22). El trabajo se divi-

(16) El número y tiempo de las sesiones, en ANTEQUERA, pg. 140. Los asistentes, además de los miembros de la Sección de lo civil, fueron: 1.^o Por la Sección de lo criminal: Calderón, Groizard, Romero Girón, Danvila, Bravo, Fernández de la Hoz y Nolasco Auriolas (cfr. ANTEQUERA, pgs. 120, 127, 128 y 163 y R. O. de Real Agrado de 8 de diciembre de 1888). 2.^o Los senadores vocales fueron: Alonso Colmenares, Montejo, Pelayo y Comas. Y los diputados: Isasa, Fabié, Ruiz y Capdepón y Pisa y Pajares (ANTEQUERA, pgs. 139 y 140). 3.^o Por las regiones forales asistieron: Durán y Bas (Cataluña), Franco y López (Aragón) y Morales (Navarra); los restantes representantes forales: Ripoll (Mallorca), Lecaada (Vizcaya) y López Lago (Galicia), aunque fueron convocados no asistieron (ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, II, pgs. 217 y 218).

(17) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, I, pgs. 6 y 7.

(18) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, I, pgs. 7 y 46.

(19) Fundamentalmente a través de ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...* obra ya citada. También hay amplias referencias en la discusión parlamentaria. Así en el Congreso, en ALONSO MARTÍNEZ (Diario de 17 de abril de 1880, núm. 97, pgs. 2.614 a 2.616). En el Senado, en DURÁN Y BAS (*Discusión...* pg. 658, 752 y 753), ROMERO GIRÓN (pgs. 710, 711 y 781), PASO Y DELGADO (pg. 371). Una reseña de los acuerdos en ANTEQUERA, pgs. 140 y 141.

(20) ANTEQUERA, pg. 141, 142, 151 y 152.

(21) Leída en el Senado por ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pg. 234.

(22) Así, a la vista del acta de la sesión, ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pgs. 234 y 263, y COMAS, ídem., pg. 260.

dió por ponencias entre los distintos miembros de la Sección (23)

En 12 de diciembre 1884 se repartió el Libro III a los vocales de la Comisión, urgiéndoles Alonso Martínez reiteradamente (24) a que remitieran las observaciones que tal Libro les sugiriera.

En 7 de enero de 1885 Francisco Silvela presenta a las Cortes no el Proyecto de Código *completo* sino un nuevo Proyecto de Ley de Bases. En su Preámbulo manifestaba cuál era el carácter de los trabajos que se estaban llevando a cabo: se trata ahora de «una sencilla continuación» de los trabajos de codificación de 1881 y 1882.

En otoño de 1885, según el testimonio de Isasa (25), en la idea de todos estaba que el Código podría publicarse en 1886.

3. A fines de 1885 tras la muerte de Alfonso XII los conservadores dejaron el gobierno a los liberales. Nombrado nuevamente ministro Alonso Martínez, en sustitución de Silvela (26), debieron de continuar los trabajos de redacción del Anteproyecto, a la vez que en las Cortes seguía su tramitación la aprobación del Proyecto de Ley de Bases presentado por Silvela (27). Probablemente a finales de 1887 estaba terminada la redacción del Anteproyecto por la Sección de lo civil, tal como fué repartido a los miembros de la Comisión de Código en 30 de abril de 1888 (28). No se imprimió el Libro IV de una vez, sino en tres cuadernos elaborados sucesivamente según acreditan diversos datos perfectamente conocidos (29).

(23) Cfr. SILVELA (Luis), *Discusión...*, pg. 323, y DURÁN Y BAS, *idem*, pg. 73¹.

(24) Se urge en 12 de diciembre de 1884 y en 28 de enero y 4 de febrero de 1885, PASO DELGADO, *Discusión...*, pg. 372. En la comunicación que lee PASO DELGADO se confirma el dato de que el libro III se remitió en 12 de diciembre de 1884. También en COMAS, *Discusión...*, pg. 90; en pg. 188 COMAS se produce con cierta confusión, desvanecida, en parte, en pg. 235.

(25) Diario Congreso de 4 de abril de 1889, núm. 86, pg. 2309.

(26) Cfr. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Historia política de la España contemporánea*, II, Madrid 1959, pg. 6.

(27) En esta reseña sobre la historia del Anteproyecto no nos referiremos a la de las Bases, de otra parte más conocida, sobre todo en cuanto a los problemas más debatidos, el foral y el del matrimonio. Sería interesante, sin embargo, precisar la vicisitudes de las Bases. A este efecto podrían utilizarse además de los Diarios de sesiones de Senado y Congreso, las reseñas y manuscritos que sobre las modificaciones de su Proyecto se conservan en los Archivos del Senado (Código civil, caja 1) y Congreso (Legajo 255, núm. 3), actualmente ambos en el edificio de las Cortes. También, véase, FARRÉ, *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los Tribunales*. Madrid, 1885, pgs. 109 y sgs.

(28) Creemos que estaba terminado en 1887, porque el Anteproyecto ya estaba impreso en abril de 1888, y antes de 21 de marzo no hubo, en 1888, reuniones de la Sección de lo civil, según DANVILA, a la vista de las actas, en Diario Congreso, 30 de marzo de 1889, núm. 82, pág. 2189.

(29) El primer cuaderno, que comprende los dos primeros títulos del

B) *Ejemplares de los Libros III y IV.*

1. Los ejemplares repartidos a los vocales de la Comisión de Codificación estaban impresos. Pero, dado el carácter provisional e instrumental de la obra, su impresión debió limitarse a un número de ejemplares correspondiente al número de vocales, que era lo suficientemente grande, sin embargo, como para justificar la impresión (30). En total, el número de ejemplares sería reducido y no es fácil por eso encontrarlos (31).

Nosotros hemos hallado un ejemplar. Se trata de una colección de cinco fascículos o cuadernos tamaño folio. Uno contiene el Libro II y de él ya hemos hablado (véase nota 4). Otro el Libro III. El Libro IV está partido en tres fascículos o cuadernos. El título general, que aparece en todos los fascículos, es «Proyecto de Código civil» (32).

No contiene, por lo demás, ninguna referencia sobre autor, fecha o pie de imprenta ni indicación alguna por la que pueda ser inmediatamente identificado. La identificación no resulta difícil, sin embargo. En primer lugar, porque el contenido de los fascículos la hace indiscutible. Pero es que además se da una absoluta coincidencia de sus datos externos con la detallada descripción que de tales fascículos se nos hace en la discusión que sobre el Código hubo en ambas Cámaras. «Los libros estaban impresos a medio margen» (33). En conjunto, el Anteproyecto venía a tener «unos

Libro IV, fue editado juntamente con el Libro III formando el tomo II de la obra *El nuevo Proyecto de Código civil con algunas notas y concordancias*, por la Redacción de la «Revista de los Tribunales» (GÓNGORA editores, Madrid, tomo I [Proyecto de 1882], 1.886; tomo II, 1887) (véase nota 37).

Téngase en cuenta que esta Revista estaba dirigida por ROMERO GIRÓN, vocal de la Comisión de Códigos (ANTEQUERA, pg. 163) desde 6 de diciembre de 1881. Como no se incluye en esta edición más que el primer cuaderno, debe suponerse que es porque los otros dos aún no estaban terminados. En este cuaderno se cita el Anteproyecto de LAURENT en la parte impresa en Bruselas en 1884 (véase nota 49).

A su vez, parece que el cuaderno segundo es anterior al tercero y por eso en el cuaderno segundo aún no hay cita alguna al Anteproyecto de LAURENT en la parte editada en Bruselas en 1885 (véase nota 49), mientras que las hay abundantes en el tercero, donde se cita también al Código de comercio vigente, es decir, el aprobado en 22 de agosto de 1885.

(30) Entonces no se empleaba aún la máquina de escribir ni multico-pista.

(31) Quizá pueda encontrarse alguno en las Bibliotecas de los miembros de la Comisión, a quien se repartió, siempre que no los hubieran devuelto, como estaba previsto en la citada R. O. de abril, con las observaciones escritas al margen. Los devueltos se perdieron con los antecedentes del Código civil (véase nota 73).

(32) También en la discusión parlamentaria se le denomina «Proyecto», aunque por no tratarse de un trabajo ultimado, sino en formación, más bien le corresponde el nombre que le damos de Anteproyecto; así le denomina ya ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pg. 182.

(33) En el Senado: SILVEIRA (Luis), *Discusión...*, pg. 322; PASO Y DEL-

dos mil artículos próximamente» (34). El Libro IV está «por cierto distribuído en tres fracciones» o «en tres secciones o legajos: el primero conteniendo la doctrina general; el segundo comprendiendo un número determinado de contratos, y el tercero el resto» (35). Un artículo del Anteproyecto que, al azar, se lee en el Senado coincide en su número y contenido con el correspondiente del ejemplar a que nos referimos (36).

2. Estos Libros del Anteproyecto fueron también, en parte, objeto de una edición privada que no indica datos suficiente para su inmediata identificación con la obra a que nos referimos. En efecto, la Revista de los Tribunales, dirigida entonces por Romero Girón, editó *El Nuevo Proyecto de Código civil con algunas notas y concordancias* (véase nota 29), cuyo tomo segundo contiene dos de los cuatro cuadernos que en la edición oficial integran los Libros III y IV del Anteproyecto (37). A través, probablemente,

GADO, *idem.*, pg. 374. En el Congreso, LÓPEZ PUIGSERVER, Diario de 29 de marzo de 1889, núm. 81, pg. 2166.

La razón de que se imprimiera a dos columnas, pero dejando la de la derecha en blanco, era clara. En la propia R. O. de 30 de abril de 1888, se decía que las observaciones se pusieran al margen de los artículos respectivos, COMAS, *Discusión...*, pg. 261; SILVEIRA (LUÍS), *loc. cit.*

(34) En el Senado, COMAS, *Discusión...*, pg. 262. En el Congreso, DANVILA, Diario de 2 de marzo de 1889, núm. 75, pg. 1994.

(35) ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pgs. 145 y 264.

(36) El artículo 1.322, párrafo 1, leído por COMAS, *Discusión...*, pg. 122.

(37) Se hace la edición con el laudable propósito de dar «al proyecto la mayor publicidad posible, y solicitar el concurso de la opinión pública ilustrada para que con sus discusiones y las observaciones que éstas sugieran resulte nuestro Código civil un trabajo digno de esta época, de este pueblo y de sus insignes jurisconsultos» (tomo I, pg. 3).

En el tomo I se transcribe «el Proyecto de 1882, incluso con la Exposición de las Cortes. A pie de página se indican concordancias del Proyecto con nuestro Derecho histórico y, especialmente, con el Proyecto de 1851, Ley del Registro civil, Ley de Matrimonio civil, Reglamento para su ejecución, Ley de Aguas y, también, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el tomo II, sin más indicaciones sobre la procedencia que el título genérico que aparecen también en el tomo I, se transcriben dos de los fascículos del Anteproyecto, el correspondiente al Libro III y el primero de los tres que integran el Libro IV; es decir, faltan más de 700 artículos. A pesar del título de la obra, no hay ninguna nota o concordancia de la Redacción. Todas las concordancias que aparecen corresponden al texto original del Anteproyecto.

Esta obra había sido publicada con el título *Proyecto de Código civil* en la misma Revista de los Tribunales. El Proyecto de 1882, pero sin notas, en el tomo XIII de la Revista, Madrid, 1886, pgs. 133 a 176, 268 a 302 y 380 a 392. El tomo II de la edición separada, en el tomo XV, Madrid, 1887, pgs. 54 a 109 y 302 a 341; al empezar la publicación de esta parte no se advierte a los lectores, como se debiera, que ya no se trata del Proyecto de 1882.

Hay fuertes razones para pensar que en la Redacción de la Revista de los Tribunales dieron por terminado el Anteproyecto con la aparición del primer fascículo de la edición oficial del libro IV, sin advertir que faltaban otros dos dos fascículos. Terminada la publicación de dicho fascículo en la Revista, no se promete que *se continuará*, como se había hecho hasta en-

de esta obra fué conocida esta parte del Anteproyecto por más de un comentarista o anotador del Código civil que, pensando que el segundo tomo del *Nuevo Proyecto* correspondía, como el primero, al Proyecto de 1882, invocan repetidamente como precedentes de los Libros III y, a veces, hasta del IV, diversos artículos que dicen ser del Proyecto de 1882, pero que por su número y contenido corresponden al Anteproyecto (38). Los ejemplares de esta edición parcial son hoy rarísimos.

C) Contenido.

1. El Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, comprende los artículos 606 a 1.104. El Libro IV, *De las*

tonces. La edición separada del Proyecto respondía a un anuncio aparecido en la Revista en 1886 sobre la aparición del Proyecto en una obra de dos tomos.

(38) MUCIUS SCAEVOLA incide en esta confusión desde los comienzos de sus comentarios al Libro III. Al empezar estos comentarios manifiesta que «como quiera que el Proyecto de 1882 ha venido a ser como el molde o turquesa donde se ha fundido el Código vigente, no es de extrañar que las diferencias que entre uno y otro se perciben sean de tan escasa monta y trascendencia» (*Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XI, Madrid, 1896, pg. 11). Después reiteradamente, en los comentarios de los preceptos, invoca como precedentes artículos que él cree que son del Proyecto de 1882, y así hasta el final del Libro III (por ejemplo, sobre colación y partición, tomo XVIII, Madrid, 1901, pgs. 16 y ss.).

En los *Comentarios al Código civil español* de MANRESA, también se citan artículos del Anteproyecto como si fueran del Proyecto de 1882. Así, por ej., tomo V, 5.^a ed. Madrid, 1932, art. 704, C. c., pg. 555; art. 706, C. c., pg. 572; art. 707, C. c., pg. 577 (con errata); art. 708, C. c., pg. 579. Tomo VI, 6.^a ed., Madrid, 1932, arts. 752 a 754, C. c., pg. 41; arts. 767 a 771, C. c., pgs. 100 y 101. Tomo XII, 4.^a ed., Madrid, 1931, art. 1.790, C. c., pg. 15; arts. 1.791 y 1.792, C. c., pg. 20. La equivocación es inexcusable en el propio MANRESA, colaborador en la redacción del Anteproyecto y parece que, por tanto, debe atribuirse a cualquiera de los varios juristas que colaboraron con él en la redacción de los Comentarios, alguno de los cuales conocería la edición oficial del Anteproyecto.

FALCÓN, en su obra *Código civil español*, Madrid, 1889-1890, constantemente se refiere a artículos del Anteproyecto, pero que él denomina Proyecto de 1882. Las citas se hacen respecto del Libro III y, en cuanto al Libro IV, la última que hace es a los arts. 1.313 al 1.327, es decir los últimos que aparecen en la edición de la Revista de los Tribunales. Es cierto que sigue citando preceptos del Proyecto de 1882 a propósito de artículos ulteriores del Código (1.401 a 1.407; 1.408 a 1.411; 1.583 a 1.587; 1.601 a 1.603), pero, entonces, la equivocación no es con el Anteproyecto, sino con el Proyecto de 1851, al cual corresponden los artículos que invoca como precedentes.

En el *Código civil* editado formando parte de la «Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos» (tomos XII, Madrid, 1888, y XIII, Madrid, 1889, Editorial Góngora), dirigida por ROMERO GIRON y GARCÍA MORENO, se incurre repetidamente en el mismo error, citando, como precedentes del Libro III, artículos que se dicen del Proyecto de 1882, y que son del Anteproyecto. La última cita es también, a los artículos 1.325 al 1.327, como en la obra de FALCÓN, es decir, a los últimos que aparecen en la edición que del Anteproyecto hizo la Revista de los Tribunales.

obligaciones, los artículos 1.105 a 1.568, más 446 artículos sin numeración correlativa general, sino independiente por títulos. No hay disposiciones derogatorias, transitorias ni adicionales. A pesar de que no se regulan ciertas materias, que después aparecen en el Código, resulta más extenso el Anteproyecto. En total tiene 2.017 artículos (39).

2. La estructura viene a ser la del Código vigente, pero hay excepciones. Así sucede en el Libro III. Entre las variantes que contiene este libro están las siguientes: El título III, *De las sucesiones*, se divide sólo en tres capítulos. El capítulo I, *De la sucesión testamentaria*, comprende incluso la institución de heredero, sustitución, legítima, mejoras, legados y albaceas, y es muy distinto del actual en el orden con que se colocan ciertas materias (capacidad para disponer y adquirir por testamento, institución condicional o a término, revocación e ineficacia de los testamentos). El capítulo II, *De la sucesión intestada*, agrupa las normas contenidas en los actuales III y IV. Y el III, *Disposiciones comunes a las herencias por testamento y sin él*, contiene los dos capítulos finales del título III actual.

El primer cuaderno del Libro IV (arts. 1.105 a 1.327) comprende las *disposiciones generales* y los dos primeros títulos, el *de la naturaleza, efectos, especies, extinción y prueba de las obligaciones* y el *de los contratos*.

El segundo cuaderno (Libro IV, Continuación) (arts. 1.328 a 1.568), los siguientes tres títulos relativos al *contrato de bienes con ocasión del matrimonio, contrato de compraventa y permuta*.

En el tercer cuaderno (*Libro IV, Conclusión*) compuesto de 446 artículos (40), los títulos, aunque están sin numerar, están colocados como los correspondientes del Código. La *sociedad* se desdobra en dos títulos, *De la sociedad* y *De las sociedades con personalidad jurídica* (41). La prenda se regula en título indepen-

(39) Numerados correlativamente: 1.568. Del tercer cuaderno del Libro IV: 446. Y tres artículos sobre alimentos que por error de imprenta dejaron de numerarse en el Proyecto de 1882 (cfr. edición oficial de éste, página 157).

(40) *Del contrato de arrendamiento*, 60 artículos. *De los censos*, 62. *De la Sociedad y De las Sociedades con personalidad jurídica*, 55. *Del mandato*, 31. *Del préstamo*, 17. *Del depósito*, 35. *De los contratos aleatorios o de suerte*, 23. *De las transacciones y compromisos*, 17. *De la fianza*, 36. *De la prenda*, 13. *De las obligaciones que se contraen sin convenio*, 10. *De la concurrencia y prelación de créditos*, 19. *De la prescripción*, 46. *De la hipoteca*, 13.

(41) Este último título, inspirado en el Anteproyecto de Laurent, según consta en el texto, parece la ponencia de Gamazo que fué desechada en noviembre de 1888 y sustituida por los actuales artículos 1.669 y 1.670, también propuestos por GAMAZO (cfr. nota 82 y DANVILA, Diario Congreso de 21 de marzo de 1880, núm. 75, pgs. 2.003 y 2.004). Este dato y, de otra parte, la falta de numeración correlativa general constituyen indicios para sospechar si el cuaderno 3.º del Libro IV estará, a veces, integrado más por simples ponencias de miembros de la Sección de lo civil que por un texto acordado por ella.

diente. En cuanto al título *De las hipotecas* se anuncia en la portada que «se dará por Apéndice a este cuaderno», pero después, antes del índice (que repite la misma indicación de la portada), aparece pegada una hoja suelta con el título *De la hipoteca* (42).

3. También, en principio, hay cierta coincidencia de normas, como es natural, entre el Anteproyecto y el Código vigente. Pero son muchísimas y a veces muy importantes las diferencias—de redacción (más apretada y elaborada la del Código), de lugar sistemático y de concepto (agregando, modificando o suprimiendo)—cuyo detalle y significado es más propio del estudio de cada institución.

Veamos algunos ejemplos de las variantes. Se dan reglas muy minuciosas—muy condensadas después en el Código—sobre pactos prohibidos en capitulaciones matrimoniales (arts. 1.329 a 1.332) y sobre revocación o ineficacia de donaciones por razón de matrimonio (arts. 1.346 a 1.350). Se permite expresamente en la prenda el pacto comisorio (art. 6.º del título *De la prenda*). No se regulan los parafernales, el retracto de colindantes ni la anticresis.

En el Anteproyecto la contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código civil no existe. El primero aparece casi literalmente en el artículo 758 del Anteproyecto. En cambio el artículo correspondiente al 799 (886 del Anteproyecto) dice así: La condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender el CUMPLIMIENTO de la disposición, no impedirá que el heredero

(42) En esta hoja en nota a pie de página se dice: «Este título debe entenderse colocado a continuación del que trata de la prenda.»

De la redacción del título *De las hipotecas*—y del referente al Registro de Propiedad (cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1948, pgs. 203 y 204)—fue encargado don Bienvenido Oliver, subdirector de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado, «una de las personas más competentes, si no la más competente en esta clase de estudios en España» (GAMAZO, *Diario Congreso*, 11 abril 1889, núm. 92, pg. 2454). Parece que se estuvo hasta muy tarde, hasta poco antes de repartirse el cuaderno 3.º del libro IV, en la idea de acoger en el Código (compárense bases 10.ª y 26.ª) tales materias de manera más sustancial, es decir, en forma análoga a como lo había hecho el Proyecto de 1851. A ello se debería la idea de un Apéndice al cuaderno último y, también, el que uno de los últimos artículos del cuaderno penúltimo, el artículo 1.564 (art. 1.537 actual) todavía dijera: «Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en el título... de este libro.»

El Proyecto de Oliver fue, en definitiva, rechazado por la Sección de lo civil, porque iba a crear entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho hipotecario de las provincias aforradas, «antagonismos» (GAMAZO, *loc. cit.*). Esto más bien parece una excusa que una razón, dado el valor general del Código cuando sustituye leyes anteriores de aplicación a todo el territorio.

En sustitución, la Sección de lo civil se contentó con consignar aquellos principios cardinales de la legislación hipotecaria en los distintos títulos del Código que eran adecuados al caso, manteniendo... la Ley Hipotecaria en toda su integridad» (GAMAZO, *ibidem*).

Sobre el Proyecto de OLIVER, vid. su *ob. cit.*, pgs. 773 y ss.

o legatario adquiriera el derecho y lo transmita a sus herederos, aun antes de haberse verificado la condición». En el propio Anteproyecto se señalan los artículos 1.810 del Código portugués y 854 del Código italiano como precedentes de esta norma. La antinomia se produce al simplificarse por los redactores los giros empleados en el Anteproyecto, que servirá, sin duda, como antecedente decisivo para salvarla.

El artículo correspondiente al 811 del Código civil (art. 796 del Anteproyecto) expresa: «El ascendiente que heredare abintestato de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido de otro ascendiente o de un hermano a título lucrativo y por ministerio de la Ley, estará obligado a reservarlos en favor de los parientes», etc. (Sigue igual que el art. 811.)

Daremos un último ejemplo de variante que recogemos por su importancia para la interpretación de otro precepto del Código, el artículo 1.967, cuyo correspondiente en el Anteproyecto es el artículo 38 del título *De la prescripción*. Las obligaciones a que se refiere el artículo 1.967 del Código civil se enumeran en tres párrafos; los párrafos 3.º y 4.º del precepto actual están fundidos en uno. Es probable que el párrafo relativo al comienzo del cómputo de la prescripción se agregara cuando el artículo tenía aún tres párrafos, y que la referencia que el párrafo agregado hace sólo a los tres párrafos, persistiera descuidadamente cuando tales párrafos anteriores pasaron a ser cuatro. Parece, pues, que se trata de una errata material. El párrafo correspondiente a los honorarios y gastos de jueces, abogados, etc., termina en el Anteproyecto «y a contar desde que aquéllos se ocasionaron», inciso que se suprimió probablemente al agregar el párrafo final porque éste resolvía de modo general para todos los casos previstos en el precepto, el problema del comienzo del cómputo.

D) *Fuentes que informan los Libros III y IV.*

En el propio Anteproyecto se indica ordinariamente, tras de cada artículo, ya cuáles fueron las fuentes de inspiración, a veces con breves precisiones sobre la medida en que lo fueron, ya su carácter de novedad. Estas indicaciones son muy concisas: al final del artículo, entre paréntesis, se señalan los artículos o preceptos del Código, Ley o Proyecto concordante, simplemente o precisando que están «modificados», «muy modificados» o «modificados conforme al artículo...», etc.; en su caso, se expresa el carácter de «nuevo» que tiene el precepto del Anteproyecto. Esto hace que la obra tenga aún mayor interés pues, a través de ella, puede conocerse más fácilmente cuál es el origen y sentido de los preceptos del Código civil.

Las fuentes citadas son las siguientes:

1. *Fuentes españolas.*

La más frecuentemente citada es el Proyecto de 1851. Desde que se reanuda la actividad codificadora se piensa que el nuevo Código había de tomar a dicho Proyecto como base. Con esta idea, que aparece en forma rotunda en el Proyecto de Bases de Alonso Martínez (43), se redactó el Anteproyecto, y esta idea se recoge también en la Ley de Bases (44). En las concordancias que se reflejan en el Anteproyecto, el Proyecto de 1851 recibe, en general, simplemente el nombre de Proyecto. Muchas veces, al artículo invocado del Proyecto siguen las expresiones que señalan que el precepto no ha sido meramente transcrito sino que ha sido modificado en mayor o menor medida.

Una de las directrices que presidió la redacción del Código fue preparar la unificación de nuestra legislación civil, adoptando, al efecto, soluciones de concordia con los Derechos forales. El Anteproyecto, con este fin, acoge los acuerdos del Pleno de la Comisión General de Codificación, y en los artículos correspondientes se citan con precisión de sus fechas y de la parte concreta recogida en cada artículo. El espíritu de transacción se manifiesta incluso en instituciones alejadas de la familia (45). Esta directriz pasa después a la Ley de Bases (46). Se esperaba así que el Código acabara por imponerse a los vecindados en las regiones forales (47).

También se citan en el Anteproyecto como precedentes de diferentes artículos a las propias Partidas, la Ley Hipotecaria, de 1869, que se declara vigente, la Ley de Enjuiciamiento civil, el

(43) «Se autoriza al Gobierno para publicar como Ley del reino el proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851 con las modificaciones, etc.» (art. 1.º).

(44) «El Código tomará como base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio...» (Base 1.ª).

(45) Así, al regular el censo a primeras cepas se acogen distintos artículos del Proyecto que DURÁN y BAS presentó con su Memoria (*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883). Así se manifiesta en el propio texto del Anteproyecto. En esto se sigue en el una trayectoria ya iniciada por ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, II, pg. 212 (cfr. también pgs. 209 y ss. y 284).

(46) En el texto definitivo de la base 1.ª se invoca al «Derecho histórico patrio» y no sólo al *de Castilla* (como en el Proyecto de Ley de Bases). «El Tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1822...» (Base 15: cfr. también Bases 13 y 22).

(47) «Organizando de nueva manera la familia castellana, dábamos un paso gigantesco en el camino de la unidad, y más tarde o más temprano tendríamos el placer de recibir con los brazos abiertos a los habitantes de las regiones forales (ALONSO MARTÍNEZ, *Diario Congreso*, 17 abril 1889, núm. 97, pg. 2614). Cfr. también ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, II, pgs. 288 y 289.

Código de comercio, e incluso algún Proyecto que no había llegado a ser ley (48).

2. *Fuentes extranjeras.*—Los Códigos extranjeros que se tuvieron en cuenta ya en la redacción del Proyecto de 1851 son también, a veces, citados en el Anteproyecto. Así sucede, en primer lugar, con el Código francés, y también con los de Austria, Prusia, Nápoles, Holanda, Baviera, Vaud, Luisiana. También se tienen en cuenta, y de modo muy especial, Códigos posteriores al Proyecto de 1851: así el de Italia (1865) y el de Portugal (1867). En algún artículo aislado se cita como precedente al Código alemán de procedimientos (1877).

Uno de los textos más reiteradamente citados en el Libro III y en los cuadernos 1.º y 3.º del Libro IV es el entonces recién publicado Anteproyecto de Laurent (49), alguna de cuyas ideas avanzadas ya fué criticada por Alonso Martínez (50), pero a cuyo autor se reconocía gran autoridad (51).

3. *Fuentes hispanoamericanas.*—Con mucha frecuencia se invocan los Códigos de Chile (1855), Uruguay (1868), Argentina (1869), Méjico (1870) y Guatemala (1877).

IV. *Los redactores del Anteproyecto.*

El Anteproyecto fué redactado, según ya dijimos, por la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos (52); es decir, por la misma Sección que, después de la Ley de Bases, formularía el texto del Código civil vigente.

La R. O. de gracias de 8 de diciembre de 1888 da la lista completa de los que tomaron parte en la redacción como componentes de la Sección de lo civil. A la cabeza estuvo siempre Alonso Martínez (53). A su impulso, tesón, laboriosidad y dotes políti-

(48) En el título de los censos se señala reiteradamente como precedente al Proyecto sobre Foros. Sobre este Proyecto cfr. ANTEQUERA, pgs. 123 y 124.

(49) *Avant-Projet de Revision du Code Civil*, redactado por LAURENT a petición del ministro de Justicia y presentado en 1879. Se imprime en Bruselas en seis tomos, cada uno integrado de una amplia y minuciosa exposición de las reformas y del apéndice con la parte correspondiente del artículo del Proyecto: Tomo I (arts. 1-227), año 1882; II (228-555), 1883; III (556-1.049), 1883; IV (1.050-1.429), 1884; V (1.430-1.998), 1885, y VI (1.999-2.411), 1885.

En el Libro III del Anteproyecto español se citan artículos de la parte publicada en 1883. En el primer cuaderno del Libro IV se hacen citas a la parte publicada en 1884. En el tercer cuaderno se invocan como precedentes artículos que corresponden a la publicada en 1885.

(50) Cf. *El Código...*, I, pgs. 255 y ss.

(51) Cf. DURÁN Y BAS, *Discusión...*, pgs. 371 y 372. SÁENZ (Francisco), "Discursos" (legislatura 1884-1885), Madrid, 1886, pgs. 455, 459 y 586.

(52) Sobre intervención de otras personas en los acuerdos de 1882, véase nota 16.

(53) Desde 30 de septiembre de 1878 era Presidente de la Sección primera o de lo civil de la Comisión de Códigos; vocal lo era desde que se

cas se debe que el propio Código civil llegara entonces a ser realidad.

En su intensa actividad legislativa el Código civil ocupa el lugar más destacado. En 1881 declara que la publicación del Código es «mi sueño dorado», «ilusión de mi vida, la que más ambiciono en el puesto que hoy ocupo—ministro de Gracia y Justicia—y la que he acariciado más en la Comisión de Codificación» (54). Para conseguirlo se entrega apasionadamente a lo que él llamó «apostolado en favor de la publicación de un Código civil que, desterrando la anarquía legislativa en que vivimos, afirmará más y más la grande obra de la unidad nacional» (55). Y él mismo asiste personalmente y con asiduidad a las sesiones de trabajo y aun siendo ministro (56).

Su prudencia se manifestaría en su actuación respecto de los grandes obstáculos que se oponen al Código civil: el matrimonio y el régimen foral. Y buena prueba de ello es, en cuanto al primero, la negociación de la Base 3.^a de la Santa Sede; y, en cuanto a la cuestión foral, su libro «El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales». Aunque del partido liberal, resultaba figura interesante para los conservadores (57), lo que facilitaría la empresa. Considera que esta obra está por encima de los intereses de partido, que debe responder a los fines de la política nacional, siempre consciente del hondo significado que para España y su unidad tendría el Código civil.

Es verdad que la propuesta de Ley de Bases triunfante sería la presentada por Silvela. Pero incluso en cuanto a esta Ley tén-gase en cuenta que él fué el primero en proponer la fórmula de autorización al Gobierno para publicar un Código civil; que él fué siempre presidente de la Sección de lo civil; que fué, además, presidente de la Comisión del Congreso encargada de dictaminar-

reorganiza por CÁRDENAS, tras la Restauración, por Decreto de 10 de mayo de 1875 (ANTEQUERA, pgs. 119, 120 y 128; cf. pgs. 103 y 104, 142 y 143 sobre su intervención en la elaboración del Proyecto de Código de comercio). Para semblanzas biográficas véase las indicadas en CASTÁN, Prólogo a la 2.^a ed. de la obra de ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, pg. IX.

(54) Discurso de apertura de los Tribunales citado por él mismo en Discurso ante el Congreso, 17 de abril de 1889, *Diario*, núm. 97, pg. 2612. cf. también ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, I, pg. 40. En esta obra (I, pg. 13) insiste: «Mi más viva aspiración era dotar de ese Código a mi país.»

(55) *El Código...*, I, pg. 5.

(56) De las 316 sesiones celebradas desde 1880 para la redacción del Código asiste a 260; únicamente asiste a más Higón. Datos de DANVILA, a la vista de las actas de las sesiones, *Diario Congreso*, 21 marzo 1889, número 75, pg. 1995.

(57) Se dijo que era «uno de los muchos conservadores extraviados que hay en el partido liberal», FRANCISCO SILVELA, en el Congreso, *Diario* 1.^o abril 1889, pg. 2616; y en otra ocasión, SILVELA (*Código civil*, Rev. G. L. y J. tomo 74, 1889, pg. 113) alabó su prudencia. FERNÁNDEZ ALMAGRO afirma «su buen sentido y fondo conservador» (II, pg. 7) y su calidad de «hombre de doctrina y sapientia» (II, pg. 122).

la (58); qué fué el ministro de Gracia y Justicia durante la mayor parte del tiempo de su tramitación en las Cortes, y que, finalmente, fué el que como tal, «por justicia del azar» (59), puso su firma en la misma Ley de Bases.

Incluso los que le censuraron la precipitación con que se llevaron a cabo los trabajos tras la Ley de Bases, no dudaban que el Código se debía preferentemente a su iniciativa (60) y que no escatimó su propio trabajo personal en las tareas para su elaboración (cf. nota 56).

Juntamente con Alonso Martínez colaboraron desde los comienzos de la última etapa de los trabajos (desde 1881) hasta la redacción definitiva del Código, Albacete (61) y Gamazo (62), pertenecientes, como él, al Foro (63); Francisco de Cárdenas, en quien «el arte y la experiencia de la codificación tenía... su representante más genuino y legítimo» (64); Higón, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y el más asiduo en las sesiones de trabajo (65), y Manresa, magistrado también (66).

(58) Diario del Congreso, 11 mayo 1885, pg. 4133.

(59) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955, pg. 215.

(60) COMAS, *Discusión...* pg. 85.

(61) Vocal de la Comisión desde 15 de julio de 1880 (ANTEQUERA, pg. 128), intervino como senador en la discusión de la Ley de Bases y también (FABIÉ, *Disertaciones...*, pg. 160) en la Comisión encargada de dictaminarla.

(62) Vocal de la Comisión de Códigos desde 1.º de junio de 1881 (ANTEQUERA, pg. 163) y de la Comisión del Congreso encargada de dictaminar la Ley de Bases (Diario 8 mayo 1955, pg. 4037) intervino ampliamente en la discusión promovida en esta Cámara por la publicación del Código.

(63) Cf. ALONSO MARTÍNEZ, Diario Congreso 17 abril 1889, núm. 97, pg. 2612; COMAS, *Discusión...*, pg. 85.

(64) ALONSO MARTÍNEZ, lugar últimamente citado. Hacía mucho tiempo que Cárdenas había sido miembro de la Comisión de Códigos (últimamente desde 1875) y se había destacado su intervención en la elaboración de la Ley Orgánica del Poder judicial, de las disposiciones derogatorias del matrimonio civil obligatorio y sobre todo, de la legislación hipotecaria (cf. ANTEQUERA, pgs. 81 a 92, 116 y 127). Fué presidente de la Comisión del Senado para dictaminar sobre las bases (FABIÉ, *Disertaciones...*, pgs. 160 y 329). Su calidad de miembro de la Sección de lo civil imprime especial valor, entre su obras, a las siguientes: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España*, Madrid, 1852; *Estudios jurídicos*, Madrid, 1884, y la *Introducción a los Comentarios de Manresa*.

(65) Vocal desde 15 julio 1880 (ANTEQUERA, pg. 128), asistió a 267 sesiones de las celebradas para la redacción del Código; fué el que más asistió de todos los miembros (cf. nota 56) (DANVILA, Diario Congreso 21 marzo 1889, núm. 75, pg. 1995). Cuando la discusión sobre el Código en las Cámaras es presidente interino del Tribunal Supremo (ROMERO GIRON, *Discusión...* pg. 780); ya lo era desde antes de publicarse el Código (vid. su discurso de apertura de los Tribunales de 15 septiembre 1888 en Revista de los Tribunales, tomo XVI, 1888, pg. 280).

(66) El autor principal de los famosos «Comentarios al Código civil español» que llevan su nombre era vocal de la Comisión de Códigos desde 1875 y había sido «el principal autor» de la Ley de Ejuiciamiento Civil (ANTEQUERA, pgs. 120 y 125).

También intervinieron en la elaboración, si bien no a lo largo de toda la etapa, Benito Gutiérrez, que colaboró de modo muy destacado (67); Francisco Silvela (68), Isasa (69) y García Go-yena (Eduardo) (70). No parece que Cirilo Amorós, llegara, en cambio, a participar en los trabajos (71).

V. Importancia especial del Anteproyecto en relación con el Código civil.

La investigación de los trabajos preparatorios del Código civil no tiene sólo un valor histórico, aunque nuestro primer Cuerpo legal bien justificaría cualquier esfuerzo para mostrar su historia que, si bien reciente, no es mucho más conocida que la de alguno de los textos jurídicos de épocas pretéritas. Tiene dicha investigación sobre todo un valor jurídico actual en cuanto propor-

(67) El catedrático de la Universidad Central, autor de los «Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español», ya citados, fué vocal de la Comisión de Códigos desde 1875 hasta su muerte en 7 de septiembre de 1885 e intervino también en la redacción del Código de comercio (ANTEQUERA, pgs. 120, 142 y 163). Fué miembro de la Comisión del Senado encargada de dictaminar las Bases del Código (FABRÉ, *Disertaciones...*, pg. 160) e intervino en los debates de su discusión. «Fué el que más trabajo en el Código en los últimos años de su vida» (ISASA, *Diario Congreso*, 4 abril 1889, núm. 86, pg. 2310; análogamente, CANALEJAS, *Discusión...*, pgs. 428 y 429; cf. también, GAMAZO, *Diario Congreso*, 11 abril 1889, núm. 92, pg. 2454).

(68) El ministro que presentó el Proyecto que llegó a ser Ley de Bases fue nombrado vocal en 1.º de junio de 1881 (ANTEQUERA, pg. 163). En alguna ocasión («Principios capitales a que deben ajustarse en nuestra Codificación civil la vida y modo de ser de las personas morales», R. G. I. y J., tomo 71, 1887, pg. 122) llegó a decir, respecto de la codificación civil, que «hasta dar cima, siquiera al Código que formulara el Derecho común, no debieran pensar gobiernos y parlamentos en otras empresas». Ya hemos destacado antes como impulsó la elaboración del Anteproyecto. En sus discursos en el Senado y en el Congreso encontramos cuáles eran sus ideas sobre las cuestiones cardinales de la codificación; los pronunciados a propósito de la discusión del Proyecto de Ley de Bases se hayan coleccionados con los que pronunció en la legislatura de 1884-1885, *ob. cit.*

(69) Entró a formar parte de la Sección de lo civil cuando los trabajos estaban ya muy adelantados (ISASA, *Diario Congreso*, 4 abril 1889, número 86, pg. 2310), en 6 de noviembre de 1885 (ANTEQUERA, pg. 163). Pero ya antes había intervenido en las sesiones del Pleno de la Comisión de Códigos de octubre y noviembre de 1882 (cf. nota 16) y había colaborado en la redacción del Código de Comercio (ANTEQUERA, pg. 142). Intervino después en la discusión del Congreso sobre el Código civil publicado.

(70) Siempre intervino con el carácter de Vocal auxiliar desde el principio, pero no sin interrupción (cf. ANTEQUERA, pg. 163).

(71) Es citado en la R. O. de gracia de 8 de diciembre de 1888; fué vocal desde 14 de octubre de 1885 para reemplazar a BENITO GUTIÉRREZ, pero murió poco después (ANTEQUERA, pg. 163) y, según el testimonio de ISASA (*Diario Congreso*, 4 abril 1889, núm. 86 y, pg. 2310), no pudo trabajar en este Código.

ciona datos valiosos para la interpretación de los preceptos vigentes (72).

Entre los trabajos preparatorios del Código civil constituyen parte esencial los de la Sección primera o de lo civil y, entre ellos, y de modo destacado y además casi único (73), el Anteproyecto a que nos referimos, cuyo superior valor viene explicado por una serie de circunstancias que exponemos seguidamente.

El Código, como es natural, no se elaboró en el corto tiem-

(72) Sobre el valor de los antecedentes inmediatos de las leyes como dato para la interpretación, DE CASTRO, I, pgs. 526 y 527.

(73) Los términos de alguna sesión de la Sección no son conocidos por referencias indirectas, por ejemplo, en cuanto al derecho de alimentos (DANVILA, Diario Congreso, 30 marzo 1889, núm. 82, pg. 2193) (más adelante veremos más ejemplos; véase también nota 19). Pero se ignora el paradero del Libro de actas y demás documentos, salvo el Anteproyecto.

A ruego formulado en 13 de diciembre de 1888 por el diputado DANVILA (Diario Congreso, 1888-1889, núm. 10, pg. 143), Canalejas, como ministro de Gracia y Justicia manda al Congreso (Diario, 22 diciembre 1888, núm. 19, pg. 392), no sólo los documentos pedidos, pertenecientes a la Comisión de Códigos (las actas desde el 6 de octubre de 1888 y las notas impresas que han pasado a los individuos de su sección penal y que éstos devolvieron con observaciones), sino también, «por deseo expreso del señor Presidente de la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación, otros libros de actas, documentos y papeles en que la tarea de la formación del Código civil aparece desenvuelta en todos sus pormenores durante el período de ocho años en que la expresada Sección ha dedicado a ella sus trabajos». A petición de COMAS y ROMERO GIRÓN pasan al Senado, y a nuevo ruego de DANVILA pasan nuevamente al Congreso (Diario del Congreso de 1.^o de marzo de 1889, núm. 64 pg. 1693, y 2 de marzo de 1889, núm. 65, pgs. 1708 y 1709).

PEDREGAL ruega que se publiquen las actas como Apéndice al Diario de Sesiones para facilitar a cualquiera el estudio de «dos motivos de las reformas introducidas en el Código civil»: Canalejas, ministro de Gracia y Justicia, asiente decididamente a la publicación, y el Sr. Vicepresidente expone que la «propondrá con mucho gusto a la Comisión del Gobierno interior» (Diario Congreso 22 marzo 1889, núm. 76, pg. 2023). Al poco tiempo (7 mayo 1889), sin embargo, se devuelven los antecedentes al Ministerio por no ser «ya necesarios» en el Congreso, y en 9 de mayo el ministro Canalejas acusa recibo (Archivo del Congreso, Legajo 244, núm. 327).

Parece, pues, que deberían encontrarse estos documentos en el Ministerio de Justicia, pero desde entonces no se han vuelto a tener noticias de ellos. ¿Qué pensaba en realidad el ministro Canalejas, tan decidido partidario en el Congreso de publicar las actas, sobre el valor de los antecedentes? «...Aun cuando otras consideraciones jurídicas no determinaran una absoluta imposibilidad de la interpretación auténtica... una razón de hecho y de naturaleza bastaría, aun en el régimen absoluto, que se olvidara el legislador de que, una vez convertido en Ley su pensamiento, él ha acabado y que aquélla es una creación que trae aparejada la muerte del creador, que aquél es un hijo sentenciado necesaria e inevitablemente a no conocer ni recordar a su padre» (Canalejas, *Discusión...*, pg. 435) (en lo anotado no creo que haya nada que aclare esta frase oscura e incongruente).

Finalmente, sobre el paradero de los citados documentos, téngase en cuenta —y la observación es de un erudito especialista de la vida jurídica del siglo XIX—, que ALONSO MARTÍNEZ, a su muerte, ocurrida poco después de entrar en vigor el Código civil, estaba trabajando en los comentarios al mismo y que bien podía estar utilizando los antecedentes de la Sección 1.^a

po que va desde la aprobación de la Ley de Bases a su publicación. En unos meses (con un verano en medio) no puede elaborarse un Código civil. Si puede publicarse tan pronto el Código es porque, aun antes de la Ley de Bases, ya estaba, en principio, elaborado. Por eso prácticamente, más que una norma impulsora u orientadora, la Ley de Bases resulta simplemente un hábil cauce para conseguir la aprobación de un Código materialmente terminado.

La propia Ley de Bases y los hechos acaecidos con posterioridad aumentan este significado básico del Anteproyecto. A consecuencia de tal Ley resulta que la Comisión de Códigos, en cuanto al Código civil, no es una mera comisión auxiliar a la que el ministro o el Gobierno encomienda la redacción de un anteproyecto. Es ella misma la que, según la Ley, ha de redactar el Código que ha de publicarse. Y más concretamente, es su Sección de Derecho civil, es decir, la que había elaborado el Anteproyecto, la que había de formular el texto del Proyecto. Los términos del precepto de la Ley de Bases (74) podían dar lugar a dudas sobre si el texto definitivo había de darse por la Comisión de Códigos en pleno o por su Sección de lo civil, y, en efecto, no faltaron defensores de la primera tesis (75). Pero en la práctica prevaleció la opinión de que a la Sección de lo civil correspondía la elaboración del texto definitivo.

Ciertamente el Gobierno, según los artículos 2.º y 3.º de la Ley de Bases, podía haber introducido modificaciones en el texto formulado por la Sección de lo civil, dando cuenta de ellas a las Cortes. Mas el Gobierno lo aceptó sin introducir «modificación, ampliación ni alteración alguna», y así se publicó.

Resulta, pues, de estos hechos que la Sección de Derecho civil, la redactora del Anteproyecto, aparece en el primer plano en la elaboración del Código, pues ella fué la que redactó íntegramente el texto definitivo (76).

(74) Conforme al artículo 2.º de la Ley de Bases, el Código civil establecía lo siguiente: «La redacción de este cuerpo legal se llevará a cabo por la Comisión de Códigos, cuya Sección de Derecho civil formulará el texto del proyecto, oyendo, en los términos que crea más expeditos y fructuosos, a todos los individuos de la Comisión, y con las modificaciones que el Gobierno crea necesarias, se publicará en la *Gaceta de Madrid*.»

(75) COMAS, en el Senado (*Discusión...*, pgs. 88 y ss. y 185 y ss.), sostuvo que la redacción definitiva correspondía a la Comisión en pleno y a la Sección de lo civil la ponencia. Invocaba, además del artículo 2.º de la Ley de Bases, el que ya, conforme al R. D. 23 septiembre de 1882, era de la competencia del pleno conocer, discutir y redactar los dos últimos libros del Código civil.

(76) Así aparece en la discusión habida de ambas Cámaras sobre si el Código civil se ajustaba o no a la Ley de Bases y en una serie de documentos oficiales (Preámbulo R. D. 6 octubre de 1888 por el que se ordena la publicación; comunicación oficial de la publicación a las Cortes, fechada en 7 de diciembre de 1888; R. O. de 8 de diciembre de 1888 por la que se manifiesta el Real agrado a los miembros de la Comisión; dictamen de la

Además, el texto del Anteproyecto redactado por la Sección de lo civil fué el único que se pasó a consulta por dicha Sección a los demás miembros de la Comisión de Códigos. La Ley de Bases, si bien establecía que la Sección de Derecho civil había de formular el texto, exigía que se oyera, «en los términos que crea más expeditos y fructuosos, a todos los individuos de la Comisión» (art. 2.º). Terminado el Anteproyecto, se invita por R. O. de 30 de abril de 1888, como ya hemos dicho, a todos los miembros de la Comisión de Códigos a que hicieran sus observaciones a dicho texto. A este efecto se les dió un plazo de cuarenta y cinco días (77). Aunque esta R. O. es anterior a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 (publicada en la «Gaceta» del 22 de mayo), no se requirió ningún nuevo informe de los demás miembros de la Comisión, salvo en cuanto al título *Del matrimonio* del Libro I (78), lo que provocaría después protestas en ambas Cámaras (79).

Comisión del Senado, *Discusión...* pág. 16). En la citada comunicación oficial de la publicación del Código a las Cortes (Diario del Congreso de 13 de diciembre de 1888, núm. 11, pg. 167, ALONSO MARTÍNEZ afirma solemnemente que el Código se publica «tal como lo ha formulado la Sección de Derecho civil de la Comisión de Códigos, y sin que en su texto se haya introducido modificación, ampliación, ni alteración alguna, como consta en el original que firmado por todos los señores que componen la citada Sección de la Comisión de Códigos, queda archivado en el Ministerio de su cargo».

En el Archivo del Ministerio siguen en custodia, además del original manuscrito a que se refiere ALONSO MARTÍNEZ, el de la Ley de Bases y el de la reforma del Código civil hecha por la Sección de Derecho civil en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889.

SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1899, pgs. 596-598) señalaba una serie de diferencias entre los textos de las dos impresiones oficiales de la segunda edición del Código. No creemos que puedan utilizarse privadamente, para desvanecer las dudas sobre un texto legal, los correspondientes originales, donde caben también los errores del copista, pues ello iría en contra de la seguridad de la ley y de las normas que regulan su publicación, requisito éste que es, además, esencial para la eficacia de la disposición legal. Para el caso del Código civil, téngase en cuenta, además, que el texto que conocieron las Cámaras no es el archivado sino el oficialmente publicado.

(77) A COMAS (*Discusión...*, pg. 261) le «parece» que fueron 30. El dato de cuarenta y cinco días lo da DANVILA (Diario del Congreso, 21 de marzo de 1889, núm. 75, pg. 1994) y parece más cierto pues proporciona, a la vista de las actas y restante documentación, otros datos numéricos muy precisos; en este sentido también PASO DELGADO, *Discusión...*, pg. 373, aunque sólo hace referencia al Libro III.

(78) Este título, siendo todavía título III, como en el Proyecto de 1882, fué repartido a los individuos de la Comisión en septiembre de 1888 modificado para conformarlo a lo establecido en la Ley de Bases, dándoles quince días para que remitieran sus observaciones: COMAS, *Discusión...*, pg. 263; ROMERO GIRÓN, *idem.*, pg. 146.

(79) Las protestas se fundan no sólo en que, salvo el título del matrimonio, nada se consultó a los vocales de la Comisión tras la Ley de Bases, que era, según ellas, desde cuando se les había de oír, sino también en el modo de oírles y en el corto plazo concedido para enjuiciar acerca de

No conocemos los términos en que fueron atendidas las observaciones que al Anteproyecto hicieron los vocales de la Comisión de Códigos (80). Pero sí sabemos que, tras la terminación del Anteproyecto, la Sección de lo civil trabajó intensamente (81). Aún después del R. D. de 6 de octubre de 1888 por el que se ordena publicar «el Código civil adjunto», la Sección continúa sus trabajos introduciendo modificaciones muy esenciales (82), lo que

dos mil artículos, producto de tantos años de esfuerzo: COMAS, *Discusión...*, pg. 90, 189, 192; PISA PAJARES, *idem*, pg. 418; DANVILA, Diario Congreso de 21 de marzo de 1889, núm. 75, pg. 1.994.

(80) Consta sí la protesta de alguno: «Yo no he contribuido en nada a la redacción de ese Código», DANVILA (Diario Congreso de 30 marzo de 1889, núm. 82, pg. 2.198), protestando por la inclusión de su nombre en la R. O. de gracias de 8 de diciembre de 1888.

Observaciones mandaron casi todos los vocales (PASO DELGADO, *Discusión...*, pg. 374). DANVILA (Diario Congreso de 21 de marzo de 1889, número 75, pg. 1.994) contestó con más de 500 notas. COMAS mandó sus observaciones en 15 de junio, pero sólo a los Libros I, II y III (ROMERO GIRÓN, *Discusión...*, pg. 235). No mandaron ninguna ni ROMERO GIRÓN (*Discusión...*, pg. 264) ni SILVELA (Luis) (*idem.*, pg. 322).

(81) En 1888 la Sección de lo civil celebró 72 sesiones: 11 entre 21 de marzo y 11 de mayo; 37 desde esta fecha al 6 de octubre, y 24 desde el 6 de octubre al 29 de noviembre (Danvila, a la vista de las actas, Diario Congreso de 30 de marzo de 1889, núm. 82, pg. 2.189).

(82) DANVILA (véase nota anterior) cifra en 24 (en otra ocasión dice 20: Diario de 21 de marzo de 1889, pg. 1998) las sesiones celebradas tras el Decreto de 6 de octubre de 1888. Parece que se había pedido que la última revisión se hiciera al corregir las pruebas de imprenta (COMAS, *Discusión...*, pg. 91). El Código se publicaba con extraordinaria lentitud; empieza la publicación en la *Gaceta* del 9 de octubre y no termina hasta el 8 de diciembre (la segunda edición se publica en tres días: 25 a 27 de julio de 1889); y mientras tanto, «se suprimen artículos, se añaden otros... y se discuten materias nuevas, no comprendidas siquiera en la Ley de Bases, que se reforman y vienen al Código», y a veces sólo concurren y toman acuerdos tres individuos (DANVILA, Diario Congreso de 21 de marzo de 1889, pg. 1998; cfr. también SILVELA (Luis), *Discusión...*, pg. 453). Entre otras novedades se introducen el retracto de colindantes y los parafernales y se decide la cuestión de las sociedades con personalidad.

El retracto de colindantes adviene en la sesión del 20 de noviembre, sin precedente alguno en las Bases ni en el Anteproyecto. Por cierto que García Goveña (Eduardo) propuso la indivisibilidad en las particiones de las fincas inferiores a dos hectáreas (cifra a que se refería el retracto en la 1.^ª edición del C. c.) y GAMAZO se opuso a ello con éxito, según informa DANVILA, Diario Congreso de 23 de marzo de 1889, núm. 77, pgs. 2.057 y 2.058.

También informa DANVILA (*loc. cit.*, pgs. 2.056 y 2.057) sobre la introducción tardía de los parafernales: en la sesión del 10 noviembre. Esta novedad de última hora explica cierta disonancia del sistema, manifiesta por ejemplo, en los artículos 1.373, 1.398, 1.405 y 1.435.

En 18 de noviembre de 1.888 se introducen los artículos 1.669 y 1.670 del Código civil, a propuesta de Gamazo (DANVILA, Diario Congreso de 21 de marzo de 1889, núm. 75, pg. 2.004; véase nota 41). Se acepta pues la personalidad de las sociedades, en ciertas condiciones, en un momento en que la cuestión de la responsabilidad de las deudas sociales estaba totalmente resuelta en las normas que integran el artículo 1.698 actual y que están tomadas literalmente del Anteproyecto. La historia de estas normas

fué duramente criticado (83) y en particular Alonso Martínez tuvo que escuchar fuertes censuras (84). El resultado fué un texto más condensado y elegante que el del Anteproyecto, pero en el que éste aparece siendo el substracto básico y un antecedente inmediato y fundamental, por su significado y contenido (*).

Puede pues utilizarse el Anteproyecto como orientación para

manifiesta aún más la inconsistencia de la tesis de la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales.

(83) DANVILA, a la vez que ciertas actas y notas de la Comisión de Códigos (véase acta 73), había reclamado «el Proyecto de Código civil que según dice el R. D. de 6 de octubre, se ha presentado a la aprobación de S. M. la Reina Regente». El Subsecretario de Gracia y Justicia le confesó en 22 de diciembre que era imposible complacerle «porque S. M. no firmó más que el Decreto autorizando la publicación del Código en la *Gaceta*» (cfr. DANVILA, Diario Congreso de 21 de marzo de 1889, núm. 75, pg. 1997).

Se había faltado, pues, a la verdad en el texto del Decreto y el hecho se resalta en el Senado en los discursos de COMAS, *Discusión...*, pg. 91) y DURÁN y BAS (*Discusión...*, pág. 730), y en el Congreso en los de DANVILA (*loc. cit.*), GIL BERGES (Diario de 2 de abril de 1889, núm. 84, pg. 2246) y AZCÁRATE (Diario de 8 de abril de 1889, núm. 89, pg. 2395).

Además se introducían modificaciones en un texto que ya estaba sancionado y que, por tanto, agotada ya la delegación legislativa contenida en la Ley de Bases (art. 1.º), tenía fuerza de Ley (DANVILA, *loc. cit.* y, también, Diario Congreso de 30 de marzo de 1889, núm. 82, pgs. 2188 y 2189; y SILVELA (Luis), *Discusión...*, pg. 453; en contra de DANVILA, LÓPEZ PUGECARVER, Diario Congreso de 29 de marzo de 1889, núm. 81, pg. 2166).

Para las modificaciones no se contó para nada con los vocales de la Comisión de Códigos no pertenecientes a la Sección de lo civil a pesar de que según el artículo 2.º de la Ley de Bases era preceptivo escucharles (DANVILA, lugar repetidamente citado).

El modo de trabajar se resiente de precipitación o apresuramiento: en la discusión del Senado, COMAS, pgs. 85 y 91; SILVELA (Luis), pgs. 323, 324, 452 y 453; DURÁN y BAS, pgs. 730 y 733.

(84) «Se había concluido el Real Decreto, el Código no estaba concluído y era necesario concluirle; se venía encima una crisis, el señor ministro de Gracia y Justicia tenía que salir del Ministerio, y ésta es la explicación de muchas cosas que se notan en el Código» (DANVILA, Diario Congreso de 23 de marzo de 1889, núm. 77, pg. 2057). «Habíamos vivido toda el siglo sin Código civil, y entiendo yo que bien podíamos haber vivido en la misma forma unos cuantos meses más, sacrificando en aras de la mayor perfección cualesquiera halagos de la fortuna» (GIL BERGES, Diario Congreso de 2 de abril de 1889, núm. 84, pg. 2246).

En efecto, antes de que terminara el año ALONSO MARTÍNEZ había dejado paso a CANALEJAS en el Ministerio de Gracia y Justicia. La frase de GIL BERGES, subrayada por nosotros, hace referencia a otra del Preámbulo del Decreto de publicación en la que ALONSO MARTÍNEZ consideraba como un halago de la fortuna ser él quien había de hacer la propuesta de aprobación del Código civil.

(*) El interés del Anteproyecto justifica, aún más, exige una reedición, al menos en cuanto a los Libros III y IV, y, sobre todo, ahora, cuando se quiere poner en juego todos los medios para el más preciso conocimiento de nuestro Derecho vigente. La nueva edición podría hacerse bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia o del I. N. E. J., o bien acogerse al generoso mecenazgo de los Colegios de Registradores de la Propiedad (con ocasión del centenario de la Ley Hipotecaria) o Notariales.

conocer, respecto de muchos preceptos, la intención de los redactores del Código, expuesta más por extenso y con giros distintos, y, asimismo, las fuentes que los inspiraron (así, por ejemplo, respecto de la antinomia de los arts. 759 y 799 C. c., o respecto de la cuestión planteada por el art. 1.967 de este Cuerpo legal). En todo caso el intérprete debe cuidar la utilización de este precedente, puesto que los redactores no estaban vinculados al mismo y gozaron hasta el final de libertad para modificarlo.



La confirmación

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho
Civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. La confirmación: Concepto y diferencias con la ratificación.—2. La convalidación del testamento nulo.—3. Explicación técnica de la convalidación.—4. Casos de convalidación.—5. Construcción de la confirmación.—6. Clases de confirmación.—7. Momento en que se puede confirmar.—8. Objeto de la confirmación.—9. Efectos de la confirmación.

LA CONFIRMACION: CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LA RATIFICACION

La institución jurídica de la confirmación sólo es de aplicación, según el artículo 1.310 del Código civil, a los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, es decir, de acuerdo con la terminología tradicional, a los contratos anulables.

Por ello, su definición se puede dar sintéticamente: es un negocio jurídico que sana a otro negocio anulable. Existe una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos consistentes en la purificación de los vicios de que adoleciera aquel último desde el momento de la celebración (art. 1.313) (1).

Presenta la confirmación unas analogías con otra figura jurídica de la que es necesario deslindar, y con la que en el mismo lenguaje corriente se confunde: la ratificación. Esta hace siempre referencia a un contrato concluído por quien no tiene poder o representación de un tercero, cosa que es ajena a la esencia de la confirmación.

Por otra parte, dicen Ripert y Boulanger que la ratificación supone un contrato válido en sí mismo, mientras que la confirmación se aplica a un contrato nulo (2). Por lo que respecta a las partes intervinientes en los negocios en cuestión, Núñez Lagos afirma que la confirmación se otorga por las mismas partes o sus

(1) El problema fundamental que se plantea en relación con los defectos que purga la convalidación, es la posibilidad de que el menor pueda prestar un consentimiento válido, aunque viciado. La moderna doctrina española, junto con la jurisprudencia, acepta este criterio. Vid. CASTRO, *Derecha Civil de España*, II, I, págs. 182 y sigs.

(2) *Traité de Droit civil, d'après le traité de PLANIOL*, tomo 2, París, 1957, pág. 274.

causalahientes que intervinieron en el acto o contrato confirmado, mientras que la ratificación únicamente se refiere al *dominus*, quien antes todavía no es parte (3).

¿Puede afirmarse, sin embargo, que la ratificación se refiera a un contrato válido en sí y no a un contrato nulo? Nuestro Tribunal Supremo lo considera inexistente en un principio, en cuanto falta el consentimiento de una de las partes (sentencia de 7 de julio de 1944).

Como señala Hernández Gil, si bien es verdad que en ellos, objetivo y materialmente considerados, existe un consentimiento—el de quien atribuyéndose una representación o autorización que no tiene celebra el contrato a nombre de otro—, no lo es menos que el consentimiento requerido para la validez de los contratos es precisamente el procedente de las partes y el mismo no se da en el caso del artículo 1.259 (4). No obstante, la diferenciación propuesta por los tratadistas franceses es posible aceptarla, siempre que distingamos la validez del contrato entre las partes y frente al *dominus*. En el primer aspecto es posible afirmar que el contrato existe y es susceptible de producir efectos entre los sujetos contratantes, mientras que frente al *dominus* no se puede predicar esto (4 bis).

Una semejanza se observa entre los dos institutos si tenemos en cuenta la doctrina reiterada por el mismo Tribunal Supremo (sentencias de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 29 de enero de 1945) de que la ratificación hace que se considere válido y eficaz desde un primer momento el negocio (cfr. art. 1.313). Pero ello no debe inducir a engaño. Mientras en la confirmación hasta el momento en que la misma se produce ha surtido efectos el negocio jurídico, aunque provisionales, en la ratificación no se da ninguno en tanto no tiene lugar, de modo que si no llega a nacer a la vida jurídica, el negocio será ineficaz totalmente, al contrario de la confirmación, en la cual transcurriendo el tiempo marcado por la ley para el ejercicio de la acción de nulidad, puede sanarse definitivamente aquél. Únicamente, pues, se confunden ratificación y confirmación en la vertiente del efecto retroactivo que tienen.

Otros autores han pretendido ver un encuentro sustancial entre ambas instituciones, configurando la ratificación como una renuncia por parte del ratificante a la *acción de nulidad* (5). No creemos posible tal postura. Como ha puesto de relieve Cariota Fe-

(3) La ratificación, en «Revista de Derecho Notarial», 1956, pág. 21.

(4) Comentario a la sentencia de 29 de enero de 1945, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1946, tomo 180, pág. 615.

(4 bis) Vid. MESSINEO, *La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente* (adalsus procurator), en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1956, págs. 394 y sigs.

(5) LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gerant d'affaires*, pág. 8; POLIGNANI, *La ratihabito*, págs. 7 y sig.

rrara (6), el contrato celebrado por quien no tiene la representación del *dominus* es irrelevante frente a éste. No es un negocio nulo, dice, porque la nulidad absoluta se refiere a un vicio que obra destructoramente entre los sujetos del negocio. Si se admitiese la tesis criticada, se llegaría al absurdo de que sería nulo frente al tercero o *dominus* y anulable o válido entre las partes, y el Juez declararía la nulidad negocial, obrando contra su índole y su valor entre las partes, que podrían tener interés en mantenerlo vivo entre ellas, o debería limitarse a declarar el negocio nulo frente al tercero solamente, teniéndose así, por tanto, un concepto *relativo* de la nulidad *absoluta*.

Dijimos al comienzo de este epígrafe que la confirmación tiene su campo de aplicación en los negocios anulables. Una excepción a esta regla está representada por la posibilidad de subsanación del testamento nulo.

LA CONVALIDACION DEL TESTAMENTO NULO

Uno de los caracteres más salientes de la regulación del negocio jurídico testamentario lo constituye el aspecto relativo a su nulidad. En estas líneas no nos vamos a fijar en los problemas de interpretación que se suscitan a propósito del término «nulidad» empleado en los artículos 673 y 678 del Código civil. Vamos a llamar la atención sobre una doctrina legal que de forma reiterada ha manifestado nuestro Tribunal Supremo a propósito de la susodicha nulidad.

Sabido es que el testamento, como negocio jurídico solemne por antonomasia, requiere para su validez el cumplimiento de las solemnidades legales expresamente establecidas. La falta de las mismas da lugar, por principio, a su absoluta nulidad. No basta que sea conocida la voluntad del testador, sino que es preciso que aparezca en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada testamento han de concurrir, sin que sea lícito prescindir de ninguno de ellos (sentencias de 30 de noviembre de 1906, 1 de febrero de 1927, 7 de junio de 1923, etc.).

Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo mitiga el rigor de esta doctrina, estableciendo que cualquiera que sea la sustancialidad y trascendencia de los defectos formales atribuidos al testamento, no puede invocar su nulidad quien ha prestado o trae causa de quien prestó su conformidad a la disposición o ha ejecutado la misma (sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908, 15 de marzo de 1951). Únicamente se concede la posibilidad de convalidar el testamento nulo a los herederos y legatarios.

Esta regla, que no se encuentra recogida en ningún artículo

(6) *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, págs. 144 y sigs.

del Código civil, supone una evidente derogación del régimen establecido para los negocios jurídicos *inter vivos*, en los que no opera la confirmación más que en el supuesto de anulabilidad (art. 1.310). Merece, a nuestro juicio, un examen atento tal posición jurisprudencial, que viene a llenar una evidente laguna legal de nuestro ordenamiento sucesorio, en contraste con la tradición histórica y las legislaciones extranjeras, modelo de la nuestra y el proyecto de 1851, que en su artículo 1.187, párrafo 3.º, decía: La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo que se haga, extingue la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario.

La doctrina de la confirmación del negocio testamentario *nulo* tiene una honda repercusión en ciertos Códigos (francés, italiano) debida indudablemente al Derecho común. En éste, por influencia de uno de sus elementos componentes (el Derecho canónico), adquiere una máxima relevancia el principio del respeto a la voluntad del difunto, salvándola siempre que fuere posible (6 bis): Dicha norma tiene una clara ascendencia en el Derecho romano, donde existen textos (C. 6, 23, 16, 1; 6, 42, 2) en los que se dice que aun no estando basada en las leyes la voluntad del difunto por lo que respecta a legados, fideicomisos y manumisiones, tiene, sin embargo, obligación de cumplirla el heredero testamentario o legítimo que por su propia voluntad la ha aceptado

El Código de Napoleón recogió esta posibilidad de su subsanación del negocio nulo en el artículo 1.340, a tenor del cual: «La confirmación o ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o los causahabientes del donante, después de su muerte, lleva consigo su renuncia a oponer bien los vicios de forma, o cualquiera otra excepción». Este precepto, aunque referido únicamente a la donación, se extiende a los testamentos, por estimarse existentes idénticas razones para que la regla obre en un supuesto y en el otro (7). La misma disposición recoge el artículo 1.311 del Código italiano de 1865, pero aplicándola al testamento. La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o los causahabientes del donante o testador, después de la muerte de éste, incluye su renuncia a oponer los vicios de forma o cualquier

(6 bis) A esta idea responde el famoso apotegma «*Ultima voluntas defuncti modis omnibus conservari debet*», recogida en el Decreto de Graciano París 1872, págs. 292 y sigs. Dicen BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE (*Des Parte II, Causa XIII, C. II*).

(7) Vid. TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, tomo 3, París 1872, págs. 292 y sigs. Dicen BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE (*Des Obligations*, en su «*Traité de Droit civil*», tomo 3, París 1908, pág. 352), que todos los autores y jurisprudencia, a excepción de LAURENT, aplican el artículo 1.340 a los testamentos. LAURENT (*Principes de Droit civil*, tomo 13, Bruselas 1878, pág. 521) dice que los testamentos nulos en su forma no expresan la voluntad del difunto.

otra excepción. El nuevo Código ha variado un tanto la forma de redacción del precepto citado. Así, dice que: La nulidad de la disposición testamentaria, cualquiera sea la causa de la que dependa, no puede ser hecha valer por quien, conociendo la causa de nulidad, ha, después de la muerte del testador, confirmado la disposición o dado a la misma voluntaria ejecución (art. 590). En otro lugar (art. 799) se consigna idéntico criterio para la donación.

Vemos, pues, cómo la posibilidad de subsanación del testamento nulo no se limita únicamente a la forma, es decir, a la falta de existencia de este requisito esencial, sino a otras causas distintas. En páginas siguientes estudiaremos la cuestión en nuestro derecho, para deducir consecuencias que completen la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

EXPLICACION TECNICA DE LA CONVALIDACION

¿Cuál puede ser la causa de esta excepción a la regla tradicional *Quod nullum est, nullum producit effectum*?

Finzi (8) piensa que el testamento ha de ser considerado como un negocio incompleto en este caso. Su cometido pleno se tendrá o se conseguirá cuando los herederos hayan manifestado su voluntad de una manera expresa o tácita. Es dicha voluntad la que suple la forma defectuosa de aquél. Al conjunto voluntad del difunto más forma, sucede o sustituye el de voluntad del difunto más confirmación, ratificación o ejecución. La voluntad del heredero tiene eficacia integrativa, es una condición de eficacia de la del difunto.

Esta postura no resiste una crítica seria. La voluntad del heredero no supone por sí misma la forma del testamento. No puede decirse que obre sobre la estructura de la declaración de voluntad testamentaria formando un hecho jurídico nuevo. Con razón observa Allara que esta forma así creada por la voluntad de los herederos contrasta con la diversidad de dos actos tanto en orden al autor de los mismos como en los momentos en que se realiza (9). La voluntad del testador requiere el cumplimiento de las formalidades necesarias en el momento en que se emite, y no posteriormente, por obra, además, de un tercero extraño a aquélla.

Por otra parte, ¿hasta qué punto puede hablarse de una integración de un negocio jurídico nulo? La integración supone la existencia de un supuesto de hecho incompleto. Corresponde, señala Oppo (10) a un proceso formativo abierto, no cerrado, y se caracteriza por la posibilidad futura de efectos jurídicos, no por

(8) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*. L'art. 1.311 Cod. civ. Bologna, 1920, págs. 72 y sigs.

(9) *Il testamento*, Padua, 1934, pág. 262.

(10) *Note sull'istituzioni di non concepti*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1948, pág. 97.

su exclusión definitiva. Del acto inexistente puede decirse que el ciclo formativo se interrumpe sin dar lugar al nacimiento. Del acto nulo, que el ciclo se ha llevado a cabo sin tener vida aquél. Del acto en formación, que el ciclo está en vía de complemento.

El testamento, sin embargo, es calificado desde un principio como *nulo*, por lo que si se quiere, puede ser atacado con posibilidad de éxito. No tendrían ningún derecho a dicha impugnación las partes, si la declaración de voluntad fuese incompleta. Pasetti (11) apunta también como objeción, que en el supuesto de acoger la tesis de la integración, habría que dar relevancia al negocio antes de la confirmación, dado que normalmente la falta de integridad de un negocio implica la relevancia jurídica de las singulares fases a través de las cuales el acto se forma.

Allara (12) sigue en el fondo la tesis de Finzi, del cual se separa a la hora de precisar las consecuencias que produce la declaración de voluntad de los herederos. Para él, la confirmación opera en el sentido de resolver la nulidad del negocio. Pero con razón podemos objetar, siguiendo a Enrietti (13), que nos encontramos en presencia de una fuerza meramente negativa (la disolución de la nulidad), cuando en realidad lo que hace falta es una fuerza creadora. Se halla también en contradicción el mismo Allara, cuando sostiene esta tesis, después de haber afirmado, criticando a Finzi, que la declaración adhesiva no contribuye una directa contribución positiva a la eficacia del negocio (14). Pero, si bien nos fijamos, no puede haber nulidad que produce efectos por la confirmación o ejecución de la disposición testamentaria, porque la nulidad de por sí no los produce. Si siguiésemos la teoría de Allara, deberíamos afirmar que los actos del heredero levantan la no producción de efectos jurídicos del testamento o disposición testamentaria nula, pero nos quedamos en la misma situación anterior: la disposición o testamento en cuestión seguirá sin producir efectos por su naturaleza radicalmente viciada. Únicamente podríamos admitir lo contrario, si Allara diese una explicación acerca de la incidencia de la actuación del heredero en la voluntad del difunto, pero ello es cosa que omite en absoluto.

Enrietti (15) dice que la confirmación o ejecución voluntaria de la disposición opera como condición resolutoria de la exclusión de la disposición testamentaria del mundo del derecho, y, al mismo tiempo, opera como condición suspensiva de su atracción a la esfera jurídica. Dicha confirmación o ejecución puede ser

(11) *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padua, 1953, pág. 54.

(12) *Ob. cit.*, pág. 262. En igual sentido, vid. MONTI, *Il possesso di buona fede*, Padua, 1935, pág. 83.

(13) *Appunti sull'articolo 1.311 del Codice civile*, en «Rivista di Diritto Civile», 1939, págs. 253 y sigs.

(14) *Ob. y loc. cit. supra.*

(15) *Ob. y loc. cit. supra.*

calificada como condición, ya que supone un algo extraño a la disposición originaria, es posterior a la misma, y es incierta en cuanto a su realización.

Esta teoría se encuentra en contraposición con una realidad eminente: si la disposición testamentaria estaba fuera del mundo del derecho, ¿cómo se explica que la confirmación la atraiga hacia él? Enrietti incurre, en realidad, en el mismo error de la doctrina de Allara. Explica la norma del artículo 1.311 del Código italiano de 1865 con la misma norma, porque lo que hace falta saber no es la configuración de su precepto en una figura o institución jurídica determinada (condición en este caso) sino explicar qué efectos produce en la voluntad del testador para que ésta cobre una vida de la que carece.

Rocco (16) niega que la convalidación sea una figura aplicable a los negocios meramente anulables. Por el contrario, dice, tiene su campo de aplicación tanto en los nulos como en los anulables. En un cierto sentido, la convalidación posterior de una declaración de voluntad defectuosa jurídicamente no es concebible. La declaración de voluntad sigue siendo aquella que fué, en el momento en que se formó o emitió. Lo único que ocurre es que adquiere una relevancia por un hecho posterior. La declaración permanece como estaba, pero el derecho le otorga efectos jurídicos *como si* hubiese sido formada de un modo completamente libre de vicios. La ratificación impide solamente que el defecto produzca la ineficacia del negocio. Si éste producía efectos, eran meramente provisionales, que llegan a ser definitivos por la renuncia del interesado a hacer valer el efecto. En los negocios nulos, dice Rocco, existe un medio de eliminar, no el vicio, sino los efectos jurídicos del vicio. La convalidación en este caso representa el que el concurso necesario de la voluntad del *tercero*, sobrevenido después de la perfección, se considera como existente en el momento de la perfección del negocio y produce efectos jurídicos como si fuese anterior o contemporáneo. Y ello en virtud de la misma declaración de voluntad del ratificante, el cual quiere que su aceptación posterior tenga eficacia retroactiva.

Prácticamente Rocco está aludiendo a la integración del negocio, al decir que la nueva declaración no es necesario que contenga, por sí sola, todos los requisitos del negocio; basta que la vieja y la nueva, puestas juntas, constituyan un negocio válido; necesaria es, por el contrario, la voluntad de dar efecto jurídico a la primera declaración inválida (17). Por ello, nos remitimos a lo que anteriormente expusimos acerca del ciclo del negocio nulo e incompleto, para la refutación de su tesis, y al mismo tiempo, no compartimos la objeción de Degni a la tesis de Rocco. Dice

(16) *La convalescenza dei negozi giuridici*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1910, II, págs. 178 y sigs.

(17) *Ob. cit.*, pág. 186.

el primer autor (18) que el efecto retroactivo debe surgir de la nueva declaración, pero no como una consecuencia de la convalidación, ya que el negocio se constituye *ex novo*. Pasa por alto Degni que no se reproduce el negocio testamentario, sino que se completa el originario. Dentro de su postura, tiene razón lo que dice Rocco acerca de la retroactividad de la declaración de voluntad. Como traslada para el negocio nulo el mismo esquema legal del negocio anulable, no hay ningún obstáculo para la aplicación del artículo 1.313

Chironi (19) sostiene la existencia de una *conversión* de la voluntad antigua por obra de la confirmación de los herederos. A aquélla se le otorga valor por el hecho de que se agregue a la misma, se integre, la confirmación autedicha. La ejecución de la voluntad testamentaria o su ratificación sería un acto que recompondría los miembros separados del acto a que se refiere, y por vía de cohesión, nuevamente operada, viviría como hubiera podido vivir si la voluntad no hubiera sido anulada.

En realidad, la conversión, instituto que supone la sustitución de un negocio jurídico nulo por otro válido, y que reemplaza al mismo tiempo la voluntad real de los sujetos del negocio nulo por otra abstracta, presumible en aquéllos (20), no puede servir de base a la doctrina legal que estudiamos. Macchia alega que el negocio sustituto en nuestro caso no es *diverso*, sino el mismo, además de que interviene una voluntad *distinta* de la originaria; la de los herederos (21). Ascoli nota la diferencia entre la típica conversión y la pretendida por Chironi. La voluntad del heredero puede valer como la del difunto. En la conversión, la ley, encontrando en el negocio nulo todos los elementos de un diverso acto, sustituye aquél por éste. Los elementos del negocio sustituido se encuentran todos en la única declaración de voluntad originaria, mientras que en la conversión de Chironi es necesario añadir una nueva declaración de voluntad (22).

Barassi (23) sostiene que se produce una renuncia por parte de

(18) *Infermità di menti nella teoria del negozio giuridico*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1911, I, pág. 213, nota 1.

(19) *L'inesistenza del negozio giuridico e la possibilità di sanarla*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1914, II, págs. 182 y sigs.

(20) Vid. ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, págs. 407 y sigs.

(21) MACCHIA, *La conferma dei negozi giuridici*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1929, pág. 442.

(22) *Esecuzione di disposizione testamentaria o donazione nulla de parte degli credi*, en «Rivista di Diritto Civile», 1914, pág. 247.

(23) *Teoria de la ratifica del contratto anulabile*, Milán, 1898, págs. 388 y sigs. Un precedente importante de esta tesis puede verse en DE CRES- CENZIO, *La doctrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il Codice civile italiano*, Nápoles, 1885; *Della ratifica e conferma degli atti nulli in modo assoluto per difetto di forma secondo il Codice civile italiano*, en «Filangieri», 1885, I.

los herederos legítimos si se trata de un testamento inexistente, a valerse de la nulidad. Estos herederos, a los que correspondería la propiedad de los bienes, realizan un verdadero acto de renuncia transmisora de propiedad. El contenido de la renuncia sería precisamente la voluntad *de cuius*. Sin embargo, esta tesis parte del error de considerar en primer término a la renuncia de la acción de nulidad como productora de efectos jurídicos de la situación con que habría de destruirse si se propusiese ante el órgano jurisdiccional para hacer desaparecer la apariencia de acto válido que puede tener el testamento otorgado sin las solemnidades requeridas por la ley, siendo así que el vicio radical del mismo sigue subsistiendo, aunque se prescinda de la acción de nulidad.

Por otra parte, creemos que los herederos legítimos no pueden transmitir absolutamente nada porque nada han aceptado, ni, por tanto, pueden renunciar a la herencia de esa forma, que, aun admitiendo la tesis de Barassi, se encontraría en completa discordancia (cuando la renuncia a la acción de nulidad fuese tácita) con el artículo 1.008 del Código civil.

Por último, si considerásemos la renuncia de los herederos legítimos como traslativa (cosa que se desprende de la tesis de Barassi), ¿dónde consta el consentimiento o la aceptación de los beneficiados?

No menos repudiable es aquella otra doctrina, mantenida por un sector de la doctrina francesa (24), que ve en el testamento (donación de acuerdo con la terminología del Código de Napoleón), un acto nulo que se convierte en meramente anulable a la muerte de su autor. Así no hay ningún inconveniente para que opere la confirmación. Si se admitiese esta posibilidad habría que concluir diciendo que el testamento surtiría todos sus efectos, aun a pesar del vicio que contiene de la misma manera que ocurre en los contratos anulables hasta su confirmación.

A juicio de Pasetti (25), en presencia del artículo 590 del Código civil italiano de 1942 (equivalente a nuestra doctrina jurisprudencial como ya hemos dicho), al intérprete no le queda más solución que afirmar la producción de efectos jurídicos del testamento nulo. Ahora bien, puesto que dichos efectos se conectan a un supuesto de hecho concreto, una de dos: o el supuesto de hecho abstracto previsto por el legislador se reduce en alguno de sus elementos o el concreto viene integrado. Hay que ver, dice, por lo que respecta al testamento nulo una reducción del supuesto de hecho abstracto, que requiere como *conditio iuris* la confirmación

(24) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, *Traité pratique de Droit civil français*, París, 1933, tomo V, pág. 366. CROME, *Parte generale del Diritto privato francese*, trad. italiana, Milán, 1906, pág. 304.

(25) *Ob. cit.*, págs. 55-56. Con anterioridad había ya apuntado esta tesis DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nulo*, Nápoles, 1946, páginas 85 y sigs.

o ratificación de la disposición testamentaria. Btti (26) dice que las partes no pueden disponer nunca de los requisitos de un negocio, que son reservados a la exclusiva competencia de la ley. Por lo tanto, una renuncia a hacer valer la nulidad del testamento estaría privada de valor vinculante. No obstante, cree que uno de los casos en que se admite excepcionalmente la derogación de esa competencia del poder legislativo a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, es la posibilidad de producción de efectos jurídicos de un testamento nulo que se ejecuta voluntariamente.

Otros autores se refugian en el campo de las obligaciones naturales, diciendo que existe un deber moral de cumplir la voluntad del testador, y por tanto, quien ha hecho tal cosa no puede dirigirse posteriormente para impugnarle (irrepetibilidad de lo pagado, efecto propio de las obligaciones naturales) (27).

Es esta postura incompatible con la misma esencia de la confirmación y de la obligación natural. Lo primero sólo se puede predicar de los negocios anulables, y si acaso, en determinados casos, de los nulos. Sin embargo, estos conceptos de nulidad y anulabilidad son extraños por completo al campo de las obligaciones naturales. Ni siquiera es posible acoger la tesis de Macchia, para quien por hablar el Código italiano de 1865 en su artículo 1.311 de confirmación, había que repudiar la idea de obligación natural, aplicable, por el contrario, si se precisase la ejecución de la voluntad (28), ya que se olvida que la ejecución es una forma de confirmación tácita. Por otra parte, no poseemos en nuestro Derecho estas limitaciones conceptuales que nos prohiban, por sí mismas, encuadrar la confirmación del testamento en la obligación natural (29).

Es rechazable también la tesis que estudiamos, porque el heredero legítimo carece de obligación moral de cumplir el testamento frente al heredero testamentario porque éste sucede al *de cuius*

(26) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de Martín Pérez, págs. 71 y sigs.

(27) *Oppo, Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 367. ROMANO, *Note sulle obbligazione naturali*, Firenze, 1945, págs. 15 y sigs. CHIRONI, *Ob. y loc. cit., supra*.

(28) *Ob. cit.*, págs. 442-443.

(29) Podría tal vez estimarse acogible este deber moral que produce efectos jurídicos, al amparo de la famosa «justa causa» del 1.901 del C. c. Pero, prescindiendo de lo discutible que es encontrar ese asiento positivo en nuestro derecho para la teoría de la obligación natural, habría siempre la dificultad del claro y terminante precepto del 687 para que el Juez diese efectos a lo que va contra una norma legal, a menos que no hubiese una excepción (legal o jurisprudencial) de su rigidez. En tal caso, hay que explicar la razón por la que se da vida a la voluntad del testador. La obligación natural, a lo más, serviría para impedir que los herederos quisiesen destruir los efectos de los actos que han realizado basados en un testamento nulo, pero lo que no aclararía es por qué adquiere valor la voluntad del difunto.

directamente, y no a aquél. Así se pronuncia Finzi (29 bis). Pero no acertamos a ver qué relación puede tener ello con la cuestión que nos ocupa, porque no se trata de saber si sucede al testador o al heredero legítimo, sino en ver si su actitud arranca de la previa existencia de una obligación moral.

A nuestro juicio acierta Polacco en su crítica a la teoría de la obligación natural. La misma, dice, no produce otro efecto que la *solutio retentio*, esto es, la validez e irretractibilidad de la ejecución voluntaria por parte del deudor, mientras que, en cambio, el artículo 1.311 habla también de válida *confirmación y ratificación*, además de hablar de ejecución voluntaria (30).

En nuestro Derecho, hemos advertido hace unos momentos que no tenemos los términos específicos de confirmación y ratificación, aunque la doctrina jurisprudencial parece responder a la misma idea. Sin perjuicio de que más adelante insistamos sobre la cuestión, queremos exponer la tesis que nos parece más adecuada para explicar el fundamento de la doctrina en examen.

Si observamos las sentencias del Tribunal Supremo que al principio hemos señalado, veremos que en todas ellas se habla de vicios o defectos de *forma*. Ahora bien, si este requisito en los testamentos, como tradicionalmente se ha considerado, se ha establecido en interés principal de los particulares, no hay duda de que consintiendo éstos el acto defectuoso, puede pensarse en una suspensión por parte del ordenamiento jurídico de la irrelevancia del testamento, hasta que se verifique la conformidad antedicha (31). El ordenamiento jurídico protege entonces la voluntad testamentaria, como si hubiese sido proclamada de acuerdo a sus normas.

En algunas sentencias, el Tribunal Supremo parece desmentir la regla tradicional de *confirmación* de los testamentos nulos, basando el mismo efecto jurídico en el principio de que no es lícito *venire contra proprium* (ss. de 8-11-1895, 8-11-1901, 15-3-1951). No creemos que a la doctrina de los actos propios se le pueda dar un alcance anulador de la confirmación. Si se observan detenidamente las sentencias citadas, vemos que en ellas se hace referencia a una manifestación de voluntad de carácter expreso o tácito, referente a la intención de querer que valga la voluntad testamentaria defectuosa. La postura de nuestro Alto Tribunal puede obedecer a la confusión que señala Puig Brutau entre la renuncia de derechos y la doctrina de los actos propios. La primera (base sobre la que se edifica la confirmación) supone una manifestación de voluntad, mientras que el acto propio ofrece la particularidad de que paraliza la actuación de una persona sin que por parte de ésta se haya manifestado la voluntad de renunciar, por

(29 bis) *Ob. cit.*, pág. 35.

(30) *De las Sucesiones*, trad. esp. tomo 1, pág. 620.

(31) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Ob. cit.*, pág. 351. LAURENT, *Ob. cit.*, págs. 611-612. DE SIMONE, *Ob. cit.*, págs. 175 y sigs.

la protección a la apariencia jurídica que pueda derivarse de un comportamiento anterior (32). Sin entrar en estos momentos en el análisis de tan sutil distinción (notemos tan sólo cómo el acto propio no es algo «aseptico» que tenga que vivir con independencia del querer del sujeto, sino, que por el contrario, puede responder a una intención determinada, algunas veces idéntica a la que se produce en la renuncia), vemos que estamos en presencia de una voluntad de confirmación. Únicamente podría acogerse la tesis del *acto propio* puro, si la conducta de los herederos significase una actividad contra la que posteriormente no se pudiera actuar *ann hecha sin conocimiento de las causas de nulidad*. Es decir, que no tendría aplicación la necesidad del «conocimiento de la causa de nulidad» del que habla el artículo 1.311 para sentar sobre el mismo la posibilidad de confirmación. La sentencia de 28 de febrero de 1908 parece prescindir de dicho conocimiento para llegar a la conclusión de la improcedencia de la acción de nulidad, mientras que la de 15 de marzo de 1951, por el contrario, lo exige. En realidad, creemos más ajustada a la técnica jurídica la doctrina última. Además, si bien se observa la doctrina de la primera sentencia citada, no prescinde del consentimiento, sino que más bien lo da por supuesto al declarar que si la recurrente no tuvo noticias de los defectos de solemnidad atribuidos al testamento, *ningún obstáculo legal ni de otra índole existió para que desde un principio pudiera enterarse*. Más adelante veremos cómo el no ejercicio de la acción de nulidad puede englobarse en el campo de la confirmación tácita al amparo de la doctrina del silencio.

Por otra parte, la doctrina de los actos propios sería inoperante si no se partiese de la posibilidad de convalidación de la nulidad, ya que exige la validez de aquéllos *ante la ley*, lo que no ocurriría si el defecto formal hiciese siempre nulo el testamento.

CASAS DE CONVALIDACION

La regla de la confirmación tiene su ámbito propio, volvemos a repetir que de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo, en los vicios de *forma* del testamento. No podemos acoger la tesis de aquellos autores que distinguían entre *vicios* de forma (es decir, la falta de requisitos formales menos esenciales, como la incompetencia del Notario), y los *defectos* de forma (que se referían, por el contrario, a la falta de solemnidades legales esenciales, como la inexistencia del acto notarial cuando es obligado) para aplicar la doctrina a los primeros (33). Nuestra jurisprudencia es ter-

(32) Estudios de Derecho comparado, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, pág. 126.

(33) CAMPARI, *Della capacità di contrattare*, Turín, 1887, págs. 68 y siguientes. MAROT, *Delle donazioni*, Turín, 1936, pág. 259. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria nel Diritto civile moderno*, Roma, 1917.

minante en reconocer el mismo efecto convalidador a los testamentos de los que existan tantos vicios como defectos formales (empleando la misma terminología anterior).

¿Pueden confirmarse otros testamentos en los que el vicio no sea de forma, sino estructural, sustancial? Ya hemos visto que los Códigos francés e italiano son muy amplios, al menos en la enunciación de los preceptos legales oportunos en esta materia. La duda se encuentra en la posibilidad de pensar lo mismo para nuestro Derecho. La jurisprudencia no lo prohíbe, ya que sólo se limita a sentar doctrina sobre los casos en los que existía una nulidad formal. Por otra parte, si nos atuviésemos a los puros precedentes históricos, habría que circunscribir la regla a la nulidades formales simplemente (34).

Unos autores fundamentan en la distinción entre inexistencia y nulidad del negocio la exclusión de la confirmación en los primeros (35), con lo que plantean el espinoso problema del criterio distintivo entre ambas formas de invalidez negocial (36). Nosotros creemos, con Albaladejo, que si bien puede predicarse la inexistencia de un negocio en el que faltan los elementos que exige su naturaleza, siendo, en realidad, un «no negocio», nuestra ley, jurisprudencia y doctrina aplica la expresión «negocio inexistente» a aquel en que hay una apariencia exterior, faltando, además, en el Código una diferencia, en cuanto a sus consecuencias, que permita agrupar, por un lado, los casos de inexistencia y, por otro, los de nulidad (37). Lacruz, a propósito de la nulidad de testamento, sólo habla de nulidad absoluta y anulabilidad (38).

En realidad, fuera del campo de la forma creemos imposible la confirmación de un testamento *nulo*. Así, por ejemplo, la falta de voluntad del testador no puede ser suplida nunca por los herederos. Se ha sostenido, sin embargo, lo contrario (39), apoyándose principalmente en la voluntad de la ley, punto en que lo mismo que descansa en ella la eliminación del requisito *ab substantiam* de la forma, puede también ser la base de la doctrina antedicha. Finzi alega que mientras la falta de forma implicaría la inexistencia de la relación creada por el acto jurídico, la falta de acto de voluntad, existiendo la forma no impediría el nacimiento de los efectos jurídicos (40). Esta doctrina la estimamos válida siempre y cuando la circunscribamos a su campo natural: la apariencia. Mientras que la misma no se destruya, demostrando la falta de vo-

(34) Vid. TROPLONG, *Ob. y loc. cit. supra*.

(35) DE SIMONE, *Ob. cit.*, págs. 86 y sigs.

(36) Una exposición reciente sobre la doctrina en la materia, vid. en FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1958, págs. 514 y sigs.

(37) Notas a su trad. esp. del Negocio Jurídico de CARIOTA FERRARA, *cit.*, pág. 278.

(38) Notas a su trad. esp. del Derecho de Sucesiones de Binder, pág. 117.

(39) FINZI, *Ob. cit.*, pág. 90. FEDELE, *Ob. cit.*, pág. 105.

(40) *Ob. cit.*, pág. 83.

luntad por violencia física, v. gr., tendrá una realidad el testamento productor de efectos jurídicos. Ahora bien, cuando hemos hablado de falta de voluntad al principio, nos referíamos a la existencia de aquélla que no reúne los requisitos legales para ser estimada como voluntad testamentaria. Es decir, no es que ésta se haya producido con vicios más o menos sustanciales en cuanto a la forma que la envuelve, sino que no se ha manifestado en ninguna de aquéllas que el Derecho tolera solamente. No olvidemos que la confirmación que es objeto de nuestro examen se refiere a *disposiciones testamentarias en sentido legal*.

Tampoco podrá ser salvado el testamento hecho por un menor de edad (en el sentido del artículo 663), que carezca de la capacidad *natural* para la realización del acto. Su voluntad no existe, y la confirmación o ejecución por parte de los herederos no sería más que una arbitraria sustitución de aquélla, en desacuerdo con el artículo 670 del Código civil. Igual solución negativa se ha de mantener cuando existiendo una voluntad testamentaria, falte la atribución concreta a herederos o beneficiarios determinados, o cuando se haya dejado indeterminados a éstos (arts. 670 y 671). Estos casos, junto con el indicado en el párrafo anterior, se oponen expresamente a la ley, son ilícitos, por lo que la misma ilicitud se reflejaría sobre el negocio confirmativo haciéndolo nulo a su vez.

¿Puede predicarse la misma imposibilidad de confirmación en materia de legítimas? Toda violación de las normas legales sobre la misma supone una nulidad absoluta. Ahora bien, ¿cabe, no obstante, que el legitimario, con conocimiento de la causa de nulidad, ejecute el acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar la disposición del causante? Tal ocurrirá en la llamada «cautela sociniana». La sentencia de 29 de diciembre de 1939 admitió el que el legitimario pudiese optar por recibir su legítima estricta o tolerar un gravamen (en el caso de autos una sustitución) sobre la misma compensada por una mayor participación en la herencia. No creemos que dicha posición jurisprudencial pudiese tener únicamente como fundamento la doctrina del acto propio (en cuanto el heredero aceptó la sustitución que después impugnó) como se ha pretendido (40 bis). La misma se basa en la absoluta validez de la disposición testamentaria, en cuanto se permite al legitimario optar o escoger entre *dos disposiciones*. Si la referente a la sustitución en la legítima se hubiese estimado nula, el Tribunal Supremo lo hubiera declarado así, no dando valor ninguno entonces a la aceptación anterior de aquél, dado que para la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos es preciso que éstos sean válidos ante la ley (senten-

(40 bis) DONDERIS, *De la cautela gualdense o de Socini*, en «Revista General del Derecho», 1945, pág. 17. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1947, pág. 71.

cia de 31-12-1931). No cabe, pues, hablar de confirmación en el supuesto de cautela sociniana por no darse la nulidad. Fuera del mismo, que tiene un fundamento en la propia ley (art. 820, párrafo 3.º), no podrán ser confirmables las disposiciones que ataquen la integridad de la legítima.

¿Podrá aplicarse la regla jurisprudencial a los testamentos anulables? Creemos que, en tal caso, no hay lugar a la misma en puros principios, por referirse en su esencia a supuestos de auténtica nulidad. En los de anulabilidad, es decir, cuando existen vicios en la declaración de voluntad testamentaria, entra en juego el genuino instituto de la confirmación. No obstante, hay que advertir que tanto en un caso como en otro es esta misma institución de la que se hace uso.

Ha de tenerse en cuenta, por último, que la confirmación de la nulidad puede no ser total. Cabe que sean varios los sujetos que puedan actuar con la acción de nulidad, y que todos ellos confirmen la disposición de voluntad nula. Pero es posible que no sean todos, sino uno o varios, los que hagan esto último. En tal caso, creemos que se producirá una convalidación, pero limitada objetivamente por el número de sujetos confirmantes. Como dice Passetti (41), la fracción de la disposición testamentaria confirmada se determina en función de la relación entre el número de confirmantes y el número de legitimados para la confirmación. Así, si son tres los legitimados para ésta y uno solo es el que en realidad ha consentido o ejecutado la disposición testamentaria, éste habrá confirmado por un tercio. No creemos que pueda aceptarse la opinión de De Simone, según la cual la confirmación de una disposición testamentaria particular debe necesariamente extenderse a todo el objeto, o sea, si a unas personas les ha sido legado con juntamente un objeto en la misma disposición, el heredero, después de haberla confirmado en relación con una de ellas, no puede impugnarla con respecto a las otras (42). Y no es aceptable, por que la convalidación de la disposición se efectuará siempre que la voluntad del heredero se refiera a la *totalidad* de ella, importando poco a quien se dirija aquélla. Ahora bien, si su intención es convalidar la parte que pueda corresponder a uno de los colegatarios los demás no podrán alegar la confirmación de la entera disposición.

CONSTRUCCION DE LA CONFIRMACION

Ante todo, interesa destacar que la confirmación significa una pura y simple renuncia a la acción de nulidad, como puede desprenderse del artículo 1.309, 1.311 y 1.312. Hablamos también de una renuncia tácita deducida del no ejercicio de la nulidad, y que la renuncia de esta acción se entenderá siempre como conse-

(41) *Ob. cit.*, pág. 177.

(42) *Ob. cit.*, pág. 194.

cuencia de la confirmación en las clases que atendiendo al significado literal del artículo 1.311 pueden distinguirse.

La falta de actuación de la impugnación del negocio jurídico anulable hace que, llegado el término de vida fijado por la ley para que los interesados puedan proponer la acción de nulidad, el negocio tenga unos efectos definitivos, lo mismo que si hubiese existido una confirmación auténtica. Está, pues, en un error Macchia (42 bis), cuando afirma que la confirmación no es pura y simple renuncia al derecho de anulación, puesto que a través de la primera se consigue un resultado positivo, cual es quitar al negocio el vicio de que adolecía. Aquí estamos en el terreno del negocio jurídico *inter vivos*, en el que el problema tiene un cariz distinto del que hemos visto en los *mortis causa*. Si en éstos la renuncia a la nulidad no era causa suficiente para explicar que un testamento nulo adquiriera efectos jurídicos, en aquéllos hay que tener en cuenta que los mismos se han producido desde el momento de la celebración, y que lo único que se hace con la confirmación es convertir estos efectos provisionales en definitivos, cosa que ocurre con el transcurso del tiempo fijado para la actuación de la causa de nulidad.

Anteriormente hemos distinguido, a primera vista, el no ejercicio de la nulidad de las clases de confirmación que parecen desprenderse del artículo 1.311: la expresa y tácita. Nosotros creemos que no obstante la expresión «ejecutarse un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla» utilizada en dicho precepto con referencia a la confirmación tácita, puede englobarse en ella el silencio del titular de la acción. La misma doctrina del silencio (43) junto con la voluntad manifestada en esa forma negativa permite apoyar esta conclusión. En último término la confirmación, en su base, no es más que una renuncia cualificada por referirse a una acción de nulidad. Como señala Laurent (44), si toda confirmación es una renuncia, no toda renuncia es una confirmación; se puede renunciar un derecho sin que el mismo tenga un vicio al que pueda estar ligado una obligación.

Pescatore, consecuente con su criterio radical en torno a la

(42 bis) *Ob. cit.*, «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 1930, página 530.

(43) La sentencia de 24 de noviembre de 1943 dice que si se acepta el antiguo punto de vista de que el silencio vale como declaración de voluntad cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, será necesaria para la estimación del silencio estas dos condiciones: una, que el que calla «queda contradecir», lo cual presupone, ante todo, que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la posibilidad de la protesta (*en nuestro caso, la causa de nulidad*); y otra, que el que calle «tuviera obligación de contestar», o, cuando menos fuere natural y lógico que manifestase su disconformidad, si no quería aprobar los hechos de la otra parte (*es decir, el perjudicado por la nulidad, es lógico que, pasada la causa que la motiva, quiera dar efectos definitivos o, por el contrario, niegue los mismos al contrato anulable*).

(44) *Ob. cit.*, pág. 565.

teoría de la invalidez del negocio jurídico, según la cual no existiría el acto anulable como categoría *per se*, sino que el acto jurídico existe o no, ve en la confirmación una renovación de aquél, que no poseía con anterioridad existencia jurídica (45). Esta tesis es plenamente rechazable, no sólo por fundarse en la inexistencia de la anulabilidad como categoría jurídica (la refutación desde el punto de vista positivo es sobradamente conocida), sino por acudir a una renovación negocial que no tiene razón de ser. Como dice Betti, la confirmación no cumple el cometido de dar vida a la regulación de intereses querida con un nuevo negocio de primer grado, sino, simplemente, el de impedir la anulación por virtud de un acto integrador o complementario—negocio de segundo grado—para el cual únicamente tiene la legitimación la parte a que pertenece el poder de provocar tal anulación (46). Discrepamos, sin embargo, modestamente de la opinión del ilustre jurista italiano en lo que se refiere al *acto integrador*, ya que creemos aplicable en esa materia lo que en relación con el testamento nulo hemos indicado: la inexistencia de un acto jurídico *incompleto* tanto en los casos de nulidad como de anulabilidad. El ciclo de su formación se encuentra enteramente cerrado.

Estimamos que la construcción más aceptable de la confirmación es la que Rocco (47) apunta. Hemos rechazado su doctrina en relación con el testamento nulo, por las particularidades de esta figura jurídica, pero la admitimos para el negocio jurídico *inter vivos*. En efecto, la declaración de voluntad viciada seguirá siempre existiendo; la convalidación no la *configura de otra manera*, sino lo único que hace es declarar el negocio jurídico defectuoso como si no lo hubiese sido nunca, mediante la renuncia a la facultad de eliminar los efectos jurídicos que el negocio produzca. Esta doctrina puede resumirse en dos términos, como expresa Rocco: confirmación-renuncia. Sería, por tanto, dicha renuncia una *condictio iuris* de eficiencia definitiva del negocio, y como tal, sólo se necesita una voluntad unilateral, como se deduce también del artículo 1.312.

CLASES DE CONFIRMACION

La confirmación puede ser expresa o tácita. El Código civil nos dice únicamente que la última consiste en la ejecución de algún acto que implique necesariamente la voluntad de renuncia a la acción de nulidad, pero calla de modo absoluto en cuanto a la primera. En ello sigue al Proyecto de 1851 que contenía en su

(45) *Filosofia e dottrina giuridiche*, pág. 230, cit. por MACCHIA, *Ob.* ; *loc. cit. supra*.

(46) *Ob. cit.* pág. 366.

(47) *Ob. y loc. cit. supra*.

artículo 1.187 sólo una mención menos técnica de la tácita (48). Contrasta este silencio con los expresivos preceptos que los Códigos francés e italiano de 1865 dedican a la confirmación expresa (49). Con relación a ésta, Scaevola dice que basta con que se formule directa y externamente el propósito de convalidar el acto, hágase en documento o ante testigos, y contenga mayores o menores referencias al primer contrato, fuera de las *puramente necesarias para asegurar la realidad del propósito* (50). Con ello, pese a su repulsa a admitir las condiciones requeridas por el legislador francés, se coloca en la misma línea. Este rechazo antedicho está provocado nada más que por una defectuosa comprensión de la renovación contractual, pues estima que el otorgar documento en el que ha de contenerse la sustancia misma de la obligación, el motivo que la hace viciosa y la declaración que se quiere corregir el vicio sobre el que se funda la acción de nulidad, equivale a otorgar *nuevo contrato* (51). Es erróneo este parecer porque la doctrina francesa antigua veía la necesidad de expresar la sustancia de la obligación, no en el sentido de transcribir todas las cláusulas del contrato que se convalidaba (52), además de que la confirmación tiene un riguroso carácter *unilateral* (53). Manresa parece aceptar también el criterio del legislador francés, cuando dice que en la confirmación expresa puede mencionarse el contrato antes celebrado, el defecto del que adolece y se declare la voluntad de convalidarlo, o, lo que a ello equivale, se consigne la renuncia de la acción para reclamar la nulidad de que aquél se deriva (54).

Pudiera pensarse que, en realidad, la certeza del hecho de la confirmación requerirá en general su constancia en documento. Precisamente tenemos una demostración de ello en el artículo 999 del Código civil, el cual dice que es *expresa* la aceptación de herencia cuando se hace en *documento público o privado*, y al prohibir la

(48) Art. 1.187, párrafo 2.º: El cumplimiento voluntario, por medio de pago, novación o cualquier modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificación, y no puede ser reclamado.

(49) Art. 1.338, párrafo 1.º del Código francés: El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad o rescisión, no es válido más que cuando en él se expresa la sustancia de esta obligación, el motivo de la acción de rescisión, y la intención de reparar el vicio sobre el que esta acción se funda.

Art. 1.309, párrafo 1.º del Código italiano de 1865: El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la que la ley admite la acción de nulidad no es válido, si no contiene la sustancia de esa misma obligación, el motivo que la hace viciosa y la declaración de que se quiere corregir el vicio sobre el cual tal acción se sustenta.

(50) Código civil, tomo 2, Madrid, 1904, pág. 1.017.

(51) *Ob. y loc. cit. supra.*

(52) LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 627-628; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tomo 29, núms. 762 y 763; AUBRY y RAU, *Ob. cit.*, pág. 441.

(53) La existencia de un nuevo contrato requeriría un consentimiento bilateral.

(54) Comentarios al Código civil español, tomo 8, Madrid, 1918, página 829.

repudiación tácita de la misma, y acoger sólo la *expresa*, requiere el oportuno documento. No se ocultó esto a la fina intuición de García Goyena, cuando al justificar la regulación de la confirmación tácita dice: «Y no es necesario que la ratificación sea expresa y *solemne*; basta que sea tácita...» (55). Como bien es sabido, la ley asocia frecuentemente la escritura a la solemnidad. Pero no hay nada que nos autorice, fuera de estas razones de analogía, a estimar obligatoria la forma escrita. Si así fuera, diríamos con Laurent (56), la confirmación sería un acto solemne, de donde se seguiría que sin escritura no hay confirmación, cosa que por su transcendencia y gravedad la misma ley lo hubiera indicado. En cuanto a la necesidad de los requisitos, la misma doctrina francesa, tan rigurosa por la influencia del Código civil en la exigencia de los mismos, afirma la posibilidad de una confirmación válida aun no existiendo alguno de esos, por estimar que son exigidos para la *prueba* sin excluir que ésta también se pueda realizar sin que consten todos (57). No vemos ningún inconveniente para sostener en nuestro derecho que la constancia de los mismos será prueba suficiente de la confirmación expresa.

El artículo 1.311 requiere, sin embargo, la necesidad de que el confirmante tenga conocimiento de la causa de nulidad. Parece que dada su colocación en el inciso referente a la confirmación tácita, sólo se requiere en ésta, y no en la expresa. En realidad como dice acertadamente Albaladejo (58), «en la confirmación expresa, apareciendo la voluntad de confirmar de la sola declaración confirmatoria, sin necesidad de relacionarla con el previo conocimiento de la causa de impugnación, dicho conocimiento de ésta sólo aparece exigido por la necesidad lógica de que no puede ser querido lo que no es conocido: no se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnable».

Nuestro Código es más correcto que sus modelos al exigir la necesidad del conocimiento previo. El proyecto de 1851, como el Código francés sólo hablaba de «cumplimiento voluntario», por referirse a la confirmación tácita. Aunque la voluntariedad es entendida por la doctrina en el sentido de falta de ignorancia acerca del vicio determinante de la nulidad, creemos más aceptable la dicción del artículo 1.311. Esta necesidad de conocer la causa de nulidad puede, en determinados casos, hacer pensar que hay que apartar del campo de la confirmación tácita el no ejercicio de la acción de nulidad durante el plazo señalado en la ley. Pero no merece la pena insistir sobre este punto, ya que, prác-

(55) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid, 1852, tomo 3, pág. 196.

(56) *Ob. y loc. cit. supra.*

(57) Vid. AUBRY et RAU, *Ob. y loc. cit. supra.* RUPERT et BOULANGI *Ob. cit.* pág. 275.

(58) *Ineficacia e invalidez de la declaración de voluntad*, en «Revi de Derecho Privado, 1958, pág. 614.

camente, los efectos son idénticos; los provisionales que ha pronunciado de la *causa* de nulidad», dice el artículo 1.311, y no dudado el negocio anulable se han convertido en definitivos. Por otra parte, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente acerca de la doctrina jurisprudencial del silencio como manifestación de voluntad, justificaremos el encuadre teórico de esta falta de actuación de la nulidad en el marco del instituto que estudiamos.

Por último, creemos que el conocimiento que se exige no es de ningún modo el técnico-jurídico de que se es titular de la acción de nulidad, nacida de la realización del acto jurídico con determinadas faltas, sino únicamente de que éstas han tenido lugar: «conocimiento de la nulidad», en cuyo caso la opinión rechazada podría tener un punto de apoyo.

Este conocimiento previo, tratándose de confirmación tácita, puede presumirse desde el momento en que se realiza el acto que es incompatible con la continuación de la confirmación, como parece deducirse de la expresión «que implique necesariamente la *voluntad* de renunciarlo». Puede interpretarse también como sinónima de que entre el acto concluído y la posibilidad del ejercicio del derecho de anulación exista una relación para deducir la intención de no llevar a la práctica éste. Sin embargo, cualquiera que fuere la tesis que se estime, una cosa queda en pie: la imposibilidad de probar que, aun realizado, no existía el conocimiento de la nulidad. Existirá una presunción casi *inuris et de iure*, reforzada con la doctrina del acto propio, de que aquél tuvo lugar.

MOMENTO EN QUE SE PUEDE CONFIRMAR

El mismo artículo 1.311 lo preceptúa: después de haber cesado la causa de nulidad. Y ello, tanto para la confirmación tácita como para la expresa, a pesar de colocarse este requisito en el inciso que trata de la confirmación tácita. Se dan las mismas razones en pro de esta extensión. Por una parte, como dice Albaladejo, si no fuese así, estaríamos frente a un nuevo negocio (la confirmación), tan impugnabile como el confirmado, por razón de la misma causa que hizo precisamente impugnabile éste (59). Por otra, si no se puede renunciar más que a lo que se tiene, y siendo la confirmación en su esencia una renuncia a la acción de nulidad, no puede existir más que cuando nazca ésta.

OBJETO DE LA CONFIRMACION

Sólo tienen aptitud para ser confirmados los actos que reúnen los requisitos exigidos en el artículo 1.261. El proyecto de Código civil francés que se presentó al Tribunalado hablaba de los actos

(59) *Ob. y loc. cit. supra.*

radicalmente nulos como los únicos susceptibles de confirmación. La crítica que formuló este alto organismo a la expresión citada, fué la causa de que el artículo 1.338 del Código de Napoleón exigiese que el acto confirmable pudiese ser combatido por una acción de *nulidad o rescisión*. Como puede apreciarse, con más exactitud y tecnicismo se manifiesta nuestro artículo 1.310.

Las obligaciones naturales ya hemos visto al hablar de la convalidación del testamento nulo, que no podían confirmarse.

Son también inhábiles para la confirmación, no sólo aquellas obligaciones contraídas en contra de preceptos concretos del ordenamiento jurídico (v. gr., la venta de una sucesión no abierta aún) sino aquellos otros actos que, no obstante ajustarse en sus requisitos al artículo 1.261, carecen de una forma especial exigida por la ley, ya que los particulares pueden renunciar a lo que está establecido en su favor, pero no en interés general (60).

¿ Cabe que el objeto de la confirmación sea parcial, es decir, que un mismo acto haya sido confirmado respecto a una parte y para la otra se pueda ejercitar la acción de nulidad? Se han sostenido varios criterios sobre la materia. Uno, en total contraposición con la disposición que estatuye la relevancia de la confirmación sin el concurso de la otra parte (art. 1.312) afirmativo de la confirmación parcial, cuando la otra parte da su conformidad (61). Otro, que distingue arbitrariamente entre negocios a título oneroso y gratuito para admitir la parcialidad en los últimos (62). Por último, un criterio que parece ajustado a la realidad es el mantenido por Barassi (63) y Macchia (64). Según este autor, ha de verse no sólo la naturaleza jurídica del acto, sino la económica. Si un negocio consta de partes entre sí independientes jurídica y económicamente, sin que la anulación de una de ellas repercuta sobre la otra, puede aceptarse la confirmación parcial. Por el contrario no se producirá cuando tenga varias partes que, materialmente divisibles, son económica y jurídicamente indivisibles, vinculadas al ejercicio de una función económico-jurídica única. Barassi admite la confirmación parcial cuando no se ataque la inalterabilidad de la naturaleza jurídica y económica del contrato.

No poseemos legislativamente un concepto de la *nulidad parcial* que nos permita encontrar un criterio para saber cuándo un negocio puede escindirse al objeto de su confirmación parcial. En el moderno Código italiano de 1942 se dice (art. 1.419) que aquél

(60) DEMOLOMBE, *Ob. cit.*, núm. 751. LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 61. AUBRY et RAU, *Ob. cit.*, pág. 434.

(61) SINTENIS, *Des praktische gemeine civilrecht*, Leipzig, 1860, p. gina 158 y sigs.

(62) BREKKE, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, p. gina 22.

(63) *Ob. cit.*, págs. 292 y sigs.

(64) *Ob. cit.*, en «*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 19, págs. 538 y sigs.

(65) *Ob. cit.*, pág. 615. °

existirá cuando los contratantes habrían lo mismo concluído el negocio sin aquella parte tachada de nulidad. Albaladejo sostiene que hay que partir siempre de la nulidad parcial, salvo que por la naturaleza del negocio no pueda existir la parte válida sin la inválida, habiendo de probar el que invoca la nulidad total que el negocio no fué querido sin la parte inválida (65). Es decir, que la confirmación parcial será la regla (debido a que la nulidad parcial se presupondrá si la otra parte no alega la total y la necesidad de la total, la excepción).

EFFECTOS DE LA CONFIRMACION

Distinguiremos los efectos que la misma produce entre las partes y en relación con los terceros.

Frente a los sujetos del acto confirmado, ¿tendrá efectos retroactivos la confirmación. Si nos atenemos al texto del artículo 1.313 diríamos que tal efecto se da. Ahora bien, consecuentes con nuestra concepción de la confirmación, hemos de afirmar que la misma no supone el que el contrato se libre de vicios, sino solamente que los efectos producidos hasta entonces no podrán ser *atacados con posterioridad*, además de que los surgidos con posterioridad al momento del acto confirmatorio serán definitivos de modo absoluto (salvo, naturalmente, que la confirmación haya sido condicional, cosa admisible por ser un negocio jurídico, en cuyo caso los mismos no nacerán hasta que la condición se cumpla).

¿*Quid* respecto a terceros? Frente a la clara disposición del artículo 1.338 del Código francés, que salva siempre los derechos de terceros y el italiano de 1865, nuestro Código no contiene ni la más mínima referencia a este punto importantísimo. Por tanto, hemos de averiguar si la confirmación posterior de un contrato anulable puede representar un perjuicio para un tercero que ha realizado un acto jurídico con el que tiene derecho a la confirmación por el que ha adquirido un derecho real sobre el objeto del contrato anulable.

La doctrina ha pensado en diversas justificaciones para evitar que la confirmación perjudique al tercero. Se parte de la base que el sujeto con derecho a aquélla, al contratar con el tercero renuncia al mismo tiempo a utilizar los artículos 1.309 y siguientes (66), o bien, le cede la acción de nulidad, con lo que se incapacita para una confirmación posterior al no poder renunciar a algo que ya no tiene (67). Estas posiciones nos parecen acertadas siempre y cuando se *traduzcan en respectivas cláusulas contractuales*. Pero aun así, no estimamos que tengan una trascendencia mayor que

(66) MOURMION, *Repetitions écrites sur le Code Napoléon*, vol. II, número 1.594.

(67) LAURENT, *Ob. cit.*, pág. 660.

las de meras obligaciones personales. La primera no significaría más que una repetición de la obligación de responder por evicción, y, la segunda, una representación en el ejercicio de la acción de nulidad que tiene un marcado carácter personal, según el artículo 1.302 (68). Además, hay que tener en cuenta que estas construcciones pueden servir, no obstante sus defectos intrínsecos, para explicar la regla consagrada por el legislador francés, ya que la misma se impone siempre, pero no parece que puedan tener vitalidad para sostener una retroactividad limitada en nuestro Derecho.

Una posible solución favorable a la retroactividad limitada puede surgir de la analogía entre confirmación y ratificación desde el punto de vista de la retroactividad de ambas instituciones, según tiene declarado para la ratificación la jurisprudencia (vid sentencia de 25 de septiembre de 1946 y resolución de 3 de marzo de 1954). Según señala la resolución de 3 de marzo de 1954 «los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán y prescribe el artículo 1.309 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución». Por tanto, concluiríamos, si la confirmación produce ese mismo efecto retroactivo, habrá que salvar los derechos adquiridos durante el intervalo por terceros. Pero esta posición tiene el enorme inconveniente de basarse sobre una aparente analogía entre dos instituciones, radicalmente diversas entre sí, como vimos al comienzo. No cabe duda de que la ratificación ha de salvar forzosamente derecho de terceros, toda vez que el contrato celebrado con anterioridad a la adquisición por éstos de un derecho era irrelevante para el *dominus*, el cual tenía poder de disposición sobre el objeto propio del contrato celebrado sin su autorización. Derivado del mismo, hizo actos jurídicos válidos que no pueden destruirse al ratificar con posterioridad a aquel acto inexistente frente a él en el momento de la perfección del contrato celebrado con el tercero que ha de ser protegido. En cambio, en la confirmación nos encontramos con un acto jurídico que ha producido sus efectos normales desde un principio, solament-

(68) Aunque es principio reiteradamente afirmado por la jurisprudencia que la nulidad pueden hacerla valer también los terceros a quienes la obligación perjudique (en cuyo caso, el tercero podría pedir la nulidad de contrato cuya convalidación haga decaer sus derechos adquiridos posteriormente), dada la confusión existente en el Código entre nulidad y anulabilidad, no se puede extender esta regla a los casos de anulabilidad. Not CASTÁN (*Derecho civil*, tomo 3, Madrid, 1958, pág. 475), que la jurisprudencia legítima al tercero en fallos recaídos sobre inexistencia de contrato. Pero aun aceptando la extensión, siempre quedaría perjudicado el tercer que no ejercitase la acción de nulidad antes de que se produjese la convalidación.

amenazados por el ejercicio de la acción de nulidad, peligro que desaparece con la renuncia de esta última.

El moderno Código italiano de 1942, a diferencia del precedente de 1865, no consigna ninguna disposición que ampare los derechos de tercero. La razón la da la Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones: si la adquisición de derechos en virtud de un contrato anulable está subordinada a que no se ejercite por su titular la acción de nulidad, éste, en el supuesto de que ínterin haya contratado con un tercero, y después convalide aquel negocio primitivo, ha destruído la base en la que se podía apoyar el segundo contrato: la desaparición de los efectos que producía el acto anulable, cosa que haría restablecer la situación anterior a la realización de dicho contrato anulable y, por tanto, plena validez de los derechos por el tercero con posterioridad.

Esta regla de la retroactividad absoluta puede ser acogida en nuestro derecho ante el silencio del Código civil. En efecto, cuando el titular de la acción de nulidad celebra un contrato incompatible con el anulable con un tercero, se coloca en la misma situación que veíamos en la ratificación; el tercero ajeno a esta última relación jurídica, pero ligado con el legitimado para hacer valer la nulidad con otro vínculo anterior incompatible no tiene nada que ver con aquella relación. Es la misma, en terminología de Cariota Ferrara, un negocio sobre el patrimonio ajeno, irrelevante como tal frente al titular de éste. Por consiguiente, únicamente puede adquirir plena virtualidad este negocio calificado de irrelevante, cuando ejercitada la acción de nulidad, se destruya el mismo con efectos retroactivos hasta el momento de su celebración, y el objeto pase a manos del actor victorioso para, en un momento posterior, adquirirlo el segundo contratante. Pero si lo que en realidad ha ocurrido ha sido precisamente lo contrario, es decir, la renuncia a la acción de nulidad, no existe medio jurídico para que se dé ese efecto retroactivo negativo en favor del tercero, quedando siempre éste perjudicado. No obstante, poseerá siempre el derecho de pedir el resarcimiento del daño al convalidante, si le ha ocultado el primitivo negocio (es decir, no ha subordinado la eficacia del segundo a la anulación del primero, cediéndole incluso para este fin su representación) y por haber realizado un acto o negocio jurídico unilateral en su perjuicio (69). Puede suceder también que, tratándose de derechos reales, el tercer adquirente se encuentre plenamente protegido, a pesar de la convalidación. Ello ocurrirá solamente por la aplicación del artículo 34 de la L. II., cuando el adquirente de un derecho real mediante negocio anulable no lo haya inscrito en el Registro y si el

(69) Vid. nuestro trabajo *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio de 1958, páginas III y s'gs.

tercero. El principio de fe pública prevalece entonces sobre el de prioridad (entendido en un sentido general, no específicamente hipotecario, es decir, como emanación de la idea según la cual quien ha dispuesto una vez no puede disponer la segunda, porque la facultad de disponer se ha consumado con la primera disposición) (70).

(70) Vid. RIEZLER, *Konkurrirendes und Kollidirendes Handeln des Vertretenen*, en *Archiv. für civ. u. Praxis*, 1906, págs. 372 y sigs.

VIDA JURÍDICA

I. NOTICIAS

IN MEMORIAM: EXCMO. SR. DON MANUEL DE LA PLAZA.

Don Manuel de la Plaza y Navarro ha muerto; la pluma se resiste a plasmar tan infausta realidad, pero ante su imperio ha de convertirse forzosamente en pregonera de un sentimiento general, ya que la desaparición de tan ilustre figura, afecta lo mismo al ámbito jurídico que al académico y al universitario, dada la proyección múltiple del espíritu creador de tan señera personalidad. El ANUARIO DE DERECHO CIVIL, que en reiteradas ocasiones se honró con recibir en sus páginas, inequívocas muestras de su saber y de su preparación científica, quiere asociarse a través de mi modesta persona, al duelo nacional por la pérdida de tan insigne Magistrado y, por el cauce de estas líneas, expresar su sincera condolencia por el ocaso terrenal del hombre que alcanzó, a través de una singular ejecutoria, el sin igual cúmulo de virtudes como las que adornaban al señor de la Plaza.

Procesalista ilustre, Docto Académico, Alto Juzgador y Maestro de Juzgadores, supo hermanar en un maravilloso haz, las esencias de sus múltiples actividades científicas, culturales y judiciales, dejando a la posteridad, al propio tiempo que un ejemplo fecundo de conducta, un recuerdo perenne de su preclara inteligencia: se ha perdido con su muerte la fuerza creadora de su vasta cultura, ello es cierto, pero nos queda de él la sabia doctrina jurídica que supo alumbrar y que por tantos motivos estará presente y viva en sucesivas generaciones de estudiosos.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

II. DICTAMENES

Dictamen sobre fideicomiso de residuo y pago de lo indebido

Por

JUAN B. JORDANO BAREA

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de abril de 1941, los cónyuges don J. R. E. y doña D. G. O., labradores ambos, de avanzada edad y sin descendencia, otorgaron ante Notario sendos testamentos comunes abiertos, en los que, tras de ordenar varios legados que no son del caso, coincidentemente dispusieron:

“Quinta: Y en el resto de sus bienes, derechos y acciones instituye por heredera usufructuaria vitalicia (o por heredero usufructuario vitalicio), con facultad de vender los que tenga por conveniente, sin limitación alguna, a su mentada esposa la doña D. G. (o a su mentado esposo el don J. R.). En cuanto a la propiedad de tales bienes, derechos y acciones, salvo los que la usufructuaria (o el usufructuario) pueda vender en uso de la facultad consignada a su favor, nombra heredero a su convecino M. G. S., casado, labrador, con la condición de cuidar y asistir al testador (o testadora) y a su esposa (o esposo) mientras vivan.”

A raíz del otorgamiento de los testamentos, el consultante, don M. G. S., cuidó y asistió a los referidos esposos en todo lo que necesitaron, incluso ayudando a cultivar las tierras de aquéllos, al no hallarse ambos en estado de poder hacerlo por sí. El día 19 de diciembre de 1941 falleció don J. R. E., continuando don M. G. S. cuidando y asistiendo a la viuda, doña D. G. O., hasta comienzos de 1947, y cultivando las tierras de aquélla hasta el día 11 de noviembre de 1942, fecha en que por haberlas entregado doña D. G. O. en aparcería a un tercero, ya no fué necesaria la ayuda o asistencia del consultante en este punto.

A principios de 1947, doña D. G. O. revocó su primer testamento al otorgar otro nuevo, en el que instituyó, a partes iguales, por sus únicos y universales herederos de todos sus bienes a don M. E. A., don G. G. O. y doña M. V. C. Además, doña D. G. O., haciendo uso de la facultad de disposición concedida en la cláusula quinta del testamento de su esposo, vendió casi todas las fincas pertenecientes a la herencia de éste, excepto cuatro parcelas de terreno, y una finca a prado y un trozo de monte que corresponden a la sociedad de gananciales habida entre don J. R. E. y doña D. G. O., por haberse adquirido a título oneroso y con dinero ganancial durante el matrimonio, si bien el prado aparece ahora documentado como adquirido por la doña D. G. O. en estado de viuda. Tam-

bién existe una parcela de 19 ferrados y siete cuartillos en zona de terreno a monte, que fué asignada o adjudicada a don J. R. E., en virtud de división o partición llevada a cabo en 1935 por don A. Q. G., con el asesoramiento del perito agrícola don G. G., por encargo de los vecinos cabezas de casa abierta en el lugar, habiendo únicamente enajenado la doña D. G. O., tras de la muerte de su marido, el derecho a la mitad de dicha parcela.

Con fecha 6 de agosto de 1948, don M. G. S., por su propio derecho, y don A. E. A., en nombre y representación de doña D. G. O., otorgaron ante Notario escritura de carta de pago y renuncia de posibles derechos. En esta escritura, ambas partes, deseando fijar indubitadamente el contenido de la cláusula testamentaria preinserta y al mismo tiempo entregar a don M. G. S. la cantidad que se le adeudaba por diversos conceptos, otorgaron:

“Primero. Don A. E., en nombre de doña D. G. O., entrega a don M. G. S., en billetes corrientes del Banco de España, la cantidad de 6.000 pesetas en pago de los servicios de asistencia y laborales prestados al difunto esposo de aquélla y de los gastos realizados durante la última enfermedad del mismo, declarándose el señor G. S. reintegrado de todos los créditos que por estos conceptos pudiera ostentar contra la doña D. G., y otorgando en consecuencia la más eficaz y solemne carta de pago.

Segundo. Fijando definitivamente la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria relacionada en el antecedente tercero de esta escritura (la ya transcrita cláusula quinta del testamento de don J. R. E.), declara el señor G. S. que se trata de un legado de residuo, por lo que no ostenta más derechos que los residuales existentes al fallecimiento de la doña D. G., en cuanto a los bienes no enajenados por ésta, y para mayor tranquilidad del apoderado señor E., renuncia solemne y definitivamente a todos los posibles derechos que pudieran corresponderle en cuanto a los bienes procedentes del fallecido don J. R. E. que el otro compareciente, en uso del poder relacionado, haya enajenado o en el futuro enajene, aceptando el señor E., en nombre de la doña D., esta renuncia.”

Finalmente, el 28 de abril de 1960 falleció doña D. G. O., bajo el testamento otorgado en 1947, sin que el consultante haya percibido nada, ni de ella ni de sus herederos, por cuidar y asistir a la misma, incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de sus tierras.

CONSULTA

Se desea saber qué derechos tiene don M. G. S. en la herencia de don J. R. E., y contra los herederos testamentarios de doña D. G. O.

DICTAMEN

I

Con relación a la herencia de don J. R. E., es fundamental la escritura de 6 de agosto de 1948 para determinar los derechos del consultante.

Estamos ante un acuerdo relativo a la ejecución de la disposición de última voluntad contenida en la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., tras la apertura de la sucesión; acuerdo perfectamente válido (arg. art. 1.271, párrafo segundo, *a contrario sensu*, del Código civil) que, por constituir un negocio de fijación jurídica de la voluntad del testador, implica la renuncia a toda cuestión interpretativa (1).

Así, pues, a los términos de tal acuerdo hay que atenerse en un todo para fijar el contenido jurídico-económico de la tan mentada cláusula quinta: se trata de un legado de residuo o fideicomiso *de eo quod supererit*, a título particular.

Aunque así no se hubiera establecido en el negocio de fijación jurídica de la última voluntad del testador, contenido en la escritura de 6 de agosto de 1948, la recta interpretación de la cláusula de que se trata impondría idéntica solución, pues —como observa VALLET DE GOYTISOLO (2)— el usufructo testamentario de disposición no es en realidad un usufructo más *ius disponendi*, sino una propiedad temporal al modo de los fideicomisos de residuo. También a juicio de OSSORIO MORALES (3) la disposición testamentaria así ordenada—usufructo con facultad de disposición—se aproxima mucho a las disposiciones en propiedad con cláusula de residuo, llegando a identificarse—agregamos nosotros—cuando la facultad de enajenar es tan absoluta o sin limitación alguna que el heredero “usufructuario” puede hacer suyo el importe obtenido, como pleno dueño (4). Prácticamente, además, toda diferencia entre usufructo testamentario de disposición y fideicomiso de residuo se borra en nuestro caso, en el que doña D. G. fué expresamente instituida *heredera* (conforme al criterio subjetivo; arts. 675 y 668 del C. c.) y sobrevivió al testador. La única trascendencia que tiene el negocio de fijación jurídica pactado es la de atribuir inequívocamente a todos los efectos legales a don M. G. S. la condición de *legatario* (conforme al criterio objetivo; arts. 660 y 768 del C. c.), cuando como fideicomisario de residuo podría muy bien tener la condición de heredero, que es la que según parece le quiso conferir el testador.

Pues bien, cumplida ya antes de su muerte la “condición” impuesta por el testador, de la que se prescindió en la escritura de 6 de agosto de 1948, y reintegrado el señor G. de todos los créditos que por cuidar y asistir a don J. R. E. y laborar sus tierras pudiera ostentar contra doña D. G., el consultante—como legatario de residuo—tiene tan sólo derecho al remanente que de los bienes fideicomitados quedara sin enajenar en el momento de la muerte de doña D.; es decir, las cuatro parcelas que no llegó a vender la doña D. ni don A. E. como apoderado suyo, y

(1) Vid. mi libro *Interpretación del testamento*. Barcelona, ed. Bosch, 1958. página 93.

(2) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, página 684.

(3) Vid. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*. Madrid, 1957, páginas 310 y ss.

(4) Vid. mi dictamen *Pseudusufructo testamentario y sustitución fideicomisaria*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1957, págs. 1173 y ss., esp. pág. 1179, nota 8 bis.

la mitad de la finca a prado y del trozo de monte que pertenecen a la comunidad de gananciales consiguiente al matrimonio de don J. R. E. con doña D. G. O., siempre que se demuestre que dichos bienes fueron adquiridos a título oneroso (mediante compra) y con dinero ganancial (extremo éste que el art. 1.407 del Código civil presume, salvo prueba en contrario) durante el matrimonio (arts. 1.392, 1.401, núm. 1.º, 1.447, párrafo 1.º, y 1.426 del Código civil), así como cualesquiera otros bienes o derechos residuales que, conforme a la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., según fue definitivamente fijada por la escritura de 6 de agosto de 1948, pudieran corresponder a don M. G. S., entre los cuales figura ciertamente el derecho a la mitad de la parcela asignada o adjudicada al causante en monte, derecho no enajenado por la doña D. G. O., pues el referido monte fue dividido para su mejor disfrute en parcelas que se distribuyeron a los *cabezas* de casa abierta en el lugar, carácter que sólo ostentaba el don J. R., sin que, por otra parte, se trate de una adquisición ganancial, sino de un bien propio del marido.

De suerte que —como dice el número segundo de la escritura de 6 de agosto de 1948— el señor G. S. “no ostenta más derechos que los residuales existentes al fallecimiento de la doña D. G., en cuanto a los bienes no enajenados por ésta.” El alcance de la renuncia hecha por el consultante se limita a todos los posibles derechos que pudieran corresponderle en cuanto a los bienes procedentes del fallecido don J. R. E. que don A. E. A., en uso del poder que le confirió doña D. G. O., *haya enajenado o en el futuro enajene* (antes de extinguirse el poder por la muerte de la poderdante, conforme al art. 1.732, núm. 3.º, del Código civil). En modo alguno cabe extender dicha renuncia a los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados ni por la heredera fiduciaria doña D. G. ni por su mandatario don A. E., pues los bienes o derechos residuales quedaron expresamente reservados por y para el señor G. S., remanente o residuo de los bienes fideicomitidos que los herederos testamentarios de doña D. vienen obligados a entregar al fideicomisario o legatario don M. G., toda vez que el contenido de la escritura de 6 de agosto de 1948 vincula a aquéllos, según los arts. 659, 661 y 1.257, párrafo 1.º, del Código civil.

El consultante, para hacer efectivo contra los herederos de doña D. G. su derecho al remanente o residuo de los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados por la doña D. ni por su apoderado, dispone de dos acciones: la *actio ex testamento* (personal) y la acción reivindicatoria que, como propietario, le corresponde (arts. 882 y 885 del Código civil) por haber adquirido definitivamente a la muerte de doña D. G. la propiedad o titularidad de los bienes residuales, al cumplirse la condición suspensiva —ínsita según el Tribunal Supremo a todo fideicomiso de residuo (5)— de que dicha señora no dispusiera *inter vivos* (por sí o por medio de apoderado) de la totalidad de los bienes objeto del legado. De modo que el consultante adquirió *ipso iure*, automáticamente, en el mismo momento del fallecimiento de doña D. G., la propiedad o titularidad

(5) Sentencias de 13 de noviembre de 1942, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, etc.

de los bienes procedentes de la herencia de don J. R. no enajenados por la fiduciaria ni por su mandatario; pero no su posesión (art. art. 440. *a contrario sensu*, del C. c.), que, por tratarse de un legatario, ha de pedirla a los herederos de la doña D. o, en su caso, al albacea (si éste se halla autorizado para ello) por medio de la acción que deriva de la cláusula 5.^a del testamento de don J. R. (cuyo contenido jurídico-económico fijó indubitadamente la escritura de 6 de agosto de 1948) o de la acción reivindicatoria que todo dueño tiene (art. 348, párrafo 2.º, del Código civil). Respecto a los bienes gananciales, deberá aplicarse el art. 864 del C. c., conforme al cual cuando el testador tuviese sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, aunque tal aplicación estará naturalmente subordinada a la adjudicación que se haga al liquidar la sociedad conyugal (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934) (6).

Los herederos testamentarios de doña D. G. O. deberán entregar a don M. G. S. los bienes residuales provenientes de la herencia de don J. R. E. en el estado en que se hallaren al morir el testador, con todos sus accesorios, ya en sentido material (partes integrantes de la cosa), ya en sentido de derechos accesorios de la cosa (servidumbres, por ejemplo), según determina el art. 883 del C. c. Todos los frutos naturales o civiles pendientes en aquel momento —excepto las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte del testador—, así como toda clase de frutos producidos después por las cosas objeto del legado de residuo, serán del legatario (art. 882 del C. c.), pero éste deberá abonar a los herederos de doña D. G. los gastos de producción y de conservación (arg. arts. 356 y 1.779 del Código civil).

II

Respecto a la herencia de doña D. G. O., ¿tiene el consultante derecho a reclamar de los herederos testamentarios de aquélla el importe de los cuidados y asistencias prestados a la misma, incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de sus tierras?

Nos encontramos con que, a tenor de la cláusula 5.^a del primer testamento de doña D. G., el consultante comenzó a cumplir y cumplió una carga u obligación modal impuesta por la testadora, consistente en cuidarla y asistirle, así como a su esposo, mientras vivieran. Como es sabido, el modo o carga en los actos *mortis causa* supone una determinación accesoria de una disposición de última voluntad por la que el heredero o legatario viene obligado a dar, hacer o no hacer algo; la carga puede tener como contenido una obligación alimenticia o asistencial en sentido amplio, distinta de la prestación alimenticia *stricto sensu*, como ocurre en nuestro caso; favorecido con la carga puede ser cualquiera, incluso el propio causante y su cónyuge; la carga origina una obligación del gravado (señor G., en el supuesto de la consulta), obligación sujeta a las reglas generales de las obligaciones; finalmente, si se duda si una disposi-

(6) Sobre el problema, en general, vid. CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, págs. 467 y ss.

ción implica modo o condición, ha de optarse por el modo, en virtud de la *praesumptio iuris* contenida en el art. 797, párrafo 1.º, del Código civil. Por ello defendemos dicha calificación jurídica, pese a la impropia terminología del testamento, que habla de "condición", como el propio Código al final del art. 798, para referirse —según parece— al modo o carga.

Pues bien, la prestación alimenticia y asistencial *lato sensu* (en la que hay que incluir la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de doña D. G. que ésta, dada su avanzada edad, no podía hacer por sí) cumplida por el consultante, potencialmente, estaba provista de causa ya que el *modus* o carga podía funcionar como causa de la obligación de que la atribución patrimonial ("causa justa" del art. 1.901, *in fine*, de C. c.), pero al ser revocado (art. 739, párrafo 1.º, C. c.) el testamento que contenía la disposición de última voluntad *sub modo*, el pago o cumplimiento de la prestación resultó inicialmente indebido, por la eficacia retroactiva de la revocación, procediendo la *condictio indebiti* o acción de restitución de lo que no había derecho a recibir o cobrar y que por error fué indebidamente entregado, conforme a los arts. 1.895 y ss. de Código civil, presumiéndose que hubo error en el pago cuando se cumplió con lo que nunca se debió (art. 1.901, ap. 1, C. c.), sin que en nuestro caso quepa de adverso alegar y probar que la entrega o cumplimiento se hizo por don M. G. a título de liberalidad (art. 1.901, ap. 2, del C. c.), cosa que hay que excluir a la vista de los antecedentes, toda vez que el señor G. comenzó a prestar los cuidados y asistencias y a cultivar las tierras (lo que, como ya hemos dicho, era una forma de "asistir" a labradores de mucha edad) precisamente por razón de las disposiciones testamentarias otorgadas a su favor, en las que por cierto se tuvo en cuenta su condición de labrador.

Por consiguiente, el consultante dispone hoy (arg. arts. 659 y 66 del C. c.) de una acción personal contra los herederos testamentarios de doña D. G., con base en los citados preceptos (arts. 1.895 y ss., especialmente art. 1.901, del C. c.), acción cuyo plazo de prescripción es de quince años (art. 1.964 del C. c.), a contar desde el día en que pudo ejercitarla (art. 1.969 del C. c.), esto es, a partir de la revocación del testamento (que tuvo efecto inmediato en 1947), siempre que tal revocación fue conocida por el señor G. En todo caso, la acción aún está en vida y prescribiría hasta 1962.

No es aplicable al caso de la consulta el plazo de prescripción de cinco años del número 1.º del artículo 1.966 del Código civil, puesto que "es prescripción es sólo aplicable al alimentista que exige los alimentos de los obligados del obligado a prestarlos, no al que los suministró sin tal obligación que se rige por el artículo 1.964 del Código civil" (sentencia del T. S. 13 de abril de 1910). Además, en nuestro caso, se rebasa la prestación alimenticia *stricto sensu*, según dijimos ya al hablar de una prestación asistencial y alimenticia en sentido amplio, no jugando el artículo 1.895 párrafo primero, en relación con los artículos 142 y siguientes del Código civil, por no darse ninguno de sus presupuestos.

Tampoco es aplicable el plazo de prescripción de tres años del número 3.º del artículo 1.967 del Código civil o del artículo 83 de la Ley

Contrato de Trabajo, pues falta toda relación *contractual* de arrendamiento de obras o servicios (arts. 1.544 y 1.583 y ss. del C. c.) o de contrato de trabajo (arts. 1 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo) al no haber consentimiento mutuo de las partes (arts. 1.254, 1.261, núm. 1.º, y 1.262, párrafo 1.º, del C. c.), "precio cierto" (art. 1.544 del C. c.), "remuneración" ni prestación de trabajo en situación de dependencia (arts. 1 y 2 de la Ley de Contrato de Trabajo), no cuadrando al consultante el concepto de menestral, criado, jornalero o trabajador por cuenta y bajo dependencia ajenas. Los mismos hechos relatados en los antecedentes se revelan contra dichas calificaciones, excluyendo toda idea de contrato *inter partes*. Lo que hubo fué un "cuasi contrato" (art. 1.887 del C. c.) de cobro de lo indebido (arts. 1.895 y ss. del C. c.), a consecuencia de la revocación del primer testamento de la causante, que contenía una disposición de última voluntad sujeta a modo o carga, consistente en una obligación alimenticia y asistencial en sentido amplio, tal como hemos expuesto antes. En el fondo, se trata de un problema de enriquecimiento injusto o sin causa: a nadie le es lícito enriquecerse tortíceramente en perjuicio del patrimonio ajeno, y por ello debe restituirse lo indebidamente percibido o su valor, si no cabe la devolución *in natura*.

Por último, inútil parece advertir que, respecto a la herencia de doña D. G. O., la escritura de 6 de agosto de 1948 no juega para nada, no constituyendo para el consultante ningún "acto propio" contra el cual no pueda ir. Le vincula tan sólo—en los términos expuestos en el apartado I de este dictamen—con relación a la herencia de don J. R. E., pero en modo alguno le impide accionar contra los herederos de la doña D. reclamando el importe de todos los cuidados y asistencias—incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de aquélla—prestados sin estar obligado a ello, según hemos razonado ampliamente en este apartado II. No importa, pues, que la aludida escritura hable de "pago de los servicios de asistencia y laborales prestados al difunto esposo de doña D. G. O."

CONCLUSIONES

Primera. Con relación a la herencia de don J. R. E., el consultante—como legatario de residuo—tiene tan sólo derecho al remanente que de los bienes fideicomitidos quedara sin enajenar en el momento de la muerte de doña D. G. O.; es decir, las cuatro parcelas que no llegó a vender la doña D. ni don A. E. como apoderado suyo, y la mitad de la finca a prado y del trozo de monte pertenecientes a la comunidad de gananciales, así como cualesquiera otros bienes o derechos residuales que, conforme a la cláusula quinta del testamento de don J. R. E., según fué definitivamente fijada por la escritura de 6 de agosto de 1948, pudieran corresponder a don M. G. S., entre los cuales figura ciertamente el derecho a la mitad de la parcela asignada o adjudicada al causante como cabeza de casa abierta—en el monte, derecho no enajenado por la doña D. G. O.

El consultante, para hacer efectivo contra los herederos de doña D. G. su derecho, dispone de dos acciones: la que deriva de la cláusula quinta del testamento de don J. R., cuyo contenido jurídico-económico fijó indubitadamente la escritura de 6 de agosto de 1948, y la acción reivindicatoria que, como propietario de los bienes residuales, le corresponde.

Segunda. Respecto a la herencia de doña D. G. O., el consultante dispone hoy y hasta 1962 de una acción personal contra los herederos testamentarios de la misma para reclamar el importe de todos los cuidados y asistencias—incluida la ayuda o asistencia en el cultivo o laboreo de las tierras de aquella—prestados sin estar obligado a ello. Lo que hubo fué un "cuasi contrato" de cobro de lo indebido, a consecuencia de la revocación del primer testamento de la causante, que contenía una disposición de última voluntad sujeta a modo o carga, consistente en una obligación alimenticia y asistencial en sentido amplio.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado. Santiago de Compostela, a 14 de mayo de 1960.

JUAN B. JORDANO BAREA

Profesor de Derecho civil en la Universidad de Santiago

Letrado de los Ilustres Colegios de Abogados de La Coruña y Santiago



INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI y JOSE LUIS LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

DISPOSICIONES LEGALES; PUBLICACIÓN: *Se aprueba un nuevo Reglamento del «Boletín Oficial del Estado»* (Presidencia del Gobierno. Decreto de 10 de agosto de 1960; «Boletín Oficial», 17).

La disposición que reseñamos viene a derogar y sustituir al anterior Reglamento de 28 de marzo de 1957, sin que las modificaciones ahora introducidas tengan relevancia desde el punto de vista del Derecho civil.

Por ello hacemos remisión a cuanto se dijo en esta misma sección del ANUARIO con ocasión de la publicación del Reglamento de 1957 (vid. A. D. C., Tomo X, Fascículo 3.º, págs. 846 y sigs.).

Únicamente merece resaltarse la circunstancia de que vuelve a recogerse, si bien con limitaciones, el precepto contenido en el apartado 1) del artículo 2.º del Reglamento de 1 de septiembre de 1948, que ordenaba la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo, las del Consejo Supremo de Justicia Militar y las resoluciones de los demás Tribunales Superiores.

El Reglamento que ahora se promulga habla sólo de «las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia». Por lo demás, la disposición transitoria 2.ª faculta a la Presidencia del Gobierno para suspender la inserción de las sentencias y resoluciones de los Tribunales, en tanto subsistan las actuales dificultades para la adquisición de papel u otros materiales necesarios para la publicación del «Boletín Oficial del Estado».

III. Derechos reales.

PROPIEDAD HORIZONTAL: *Se establece con amplitud el régimen jurídico de la propiedad por pisos, modificándose, en consonancia con él, el artículo 396 del Código civil y el 8.º y el 107 de la Ley Hipotecaria, y añadiéndose un segundo párrafo al artículo 401 del mismo Código* (Ley de 21 de julio de 1960; B. O. del 23).

A) EXPOSICIÓN:

I.—*Régimen jurídico.*

a) *Ámbito material u objeto.*—Esta Ley tiene por objeto la regulación de la propiedad horizontal o por pisos, la cual se reconoce y configura en los siguientes términos: «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las

partes de ellos susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio, necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres (art. 396, párrafo 1.º del Código civil, nuevamente redactado).

b) *Ámbito temporal; retroactividad.*

1. **REGLA GENERAL:** La presente Ley regirá todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma (1) (disposición transitoria 1.ª).

2. **EXCEPCIÓN:** En los actuales estatutos reguladores de la propiedad por pisos, en los que esté establecido el derecho de tanteo y retracto en favor de los propietarios, se entenderán los mismos modificados en el sentido de quedar sin eficacia tal derecho, salvo que, en nueva Junta y por mayoría que represente, al menos, el 80 por 100 de los titulares, se acordare el mantenimiento de los citados derechos... (disposición transitoria segunda) (2).

II.—*Fuentes:* Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales (3) y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados (art. 396, párrafo último del Código civil).

III.—*Estructura de la propiedad horizontal:* En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (art. 3.º, párrafo 1.º).

(1) Se establece un plazo de dos años para la adaptación de los estatutos a esta Ley.

(2) Como ley general, extendiendo su aplicación a todo el territorio nacional (vid. párrafo 3.º de la Exposición de Motivos). La entrada en vigor se rige por el artículo 1.º del Código civil. En cuanto a la eficacia derogatoria, la Disposición Final se limita a decir que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley.

(3) Evidentemente se refiere al capítulo segundo de la presente Ley, que contiene el régimen completo de esta forma de propiedad (el capítulo 1.º, bajo el epígrafe de «Disposiciones generales», recoge en el artículo 1.º el artículo 396 del Código en su nueva redacción y el párrafo que se añade al artículo 401 del propio Código, y dedica su artículo 2.º a las reformas en los artículos 8.º y 107 de la Ley Hipotecaria).

IV.—*Sus caracteres.*

a) *Significado de los elementos individuales.*—A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo (4). Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuída, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime (artículo 3.º, párrafo 2.º).

b) *Elementos comunes: indivisibilidad e inherencia.*—Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptible de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable (art. 396, párrafo 2.º del Código).

c) *Caracteres derivados del plusvalor reconocido al elemento individual:*

1.º *Proindivisión.*—La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley (art. 4.º) (5).

2.º *Es medio para salir de la copropiedad ordinaria.*—Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396 (art. 401, párrafo 2.º del Código civil).

3.º *No hay derechos de adquisición preferente.*—Cada propietario puede libremente disponer de su derecho... (art. 3.º, último párrafo).

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto (art. 396, párrafo 3.º del Código).

4.º *Carácter «propter rem» de las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad.*—Cada propietario puede libremente disponer de su derecho..., sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad (art. 3.º, párrafo último).

Las obligaciones a que se refiere el número 5.º del artículo 9.º serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local... (art. 20, al principio) (6).

5.º *Inscripción de la propiedad horizontal.*—Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número:... 4.º, los edificios en régimen de pro-

(4) La cuota será determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes (art. 5.º, párrafo 2.º).

(5) Sólo podrá ejercitarse por cada propietario proindiviso sobre un piso o local determinado, circunscrito al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios (art. 4.º, i. f.).

(6) Será requerido de pago en forma fehaciente, y de no verificarse éste en el plazo de quince días se le podrá exigir por vía judicial (art. 20, i. f.).

riedad por pisos cuya construcción esté concluída o, por lo menos, comenzada... La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales. 5.º Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen (art. 8.º de la Ley Hipotecaria, nuevamente redactado en parte).

V.—*Constitucion.*

a) *El título.*—El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos, al que se asignará número correlativo (7). En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local... (art. 5.º párrafo 1.º y 2.º).

b) *Los Estatutos.*—El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo... (art. 5.º, párrafo 3.º).

c) *Trascendencia registral.*—En la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos «se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad» (art. 8.º, número 4.º, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria).

El título (8)... no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 5.º, párrafo 3.º, *in fine*).

d) *Normas de régimen interior.*—Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los Estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular... (art. 6.º).

VI. *Contenido.*

a) *Facultades de cada propietario.*

1.º El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exterior, o perjudique los derechos de otro propietario... (art. 7.º, párrafo 1.º).

2.º *En orden a nuevas instalaciones, servicios o mejoras.*—Si hacen inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de algún propietario, requerirán el consentimiento de éste. En cualquier tiempo podrá el disidente

(7) La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria... La de cada piso expresará su extensión, linderos, planta en que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano (art. 5.º, p. 1.º).

(8) *Lato sensu*, comprendiendo también los estatutos.

participar de las ventajas de la innovación, habiendo de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento (art. 10, párrafos 3.º y 4.º).

b) Limitaciones derivadas de la relación de vecindad.

Serán obligaciones de cada propietario: 1.ª Respetar las instalaciones generales o en provecho de otro propietario, incluidas en su piso. 2.ª Mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privadas, en términos que no perjudique a la comunidad o a los otros propietarios... 3.ª Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble, y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general... (9). Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares... (art. 9.º).

Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango (art. 10, párrafo 1.º) (10).

c) *Contribución a los gastos comunes; garantía.*—Serán obligaciones de cada propietario:... 5.ª, contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales (11) para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios, preferente a cualquier otro... (artículo 9.º, número 5.º (12).

d) *Prohibiciones y sanción.*—Al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7.º ult.).

Su infracción «dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la Junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél..., por un plazo no superior a dos años... Asimismo, tendrá la Junta acción contra el ocupante no propietario para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato..., cuando el titular no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente (art. 19 (13).

(9) Permitirá la entrada en su piso o local a los efectos de los tres apartados transcritos (art. 9.º, 4.ª).

(10) Cuando se adopten acuerdos para realizar innovaciones no exigibles según este precepto, y cuya cuota de instalación exceda de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultará obligado ni aun en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja (art. 10, párrafo 2.º).

(11) Se reputan generales los que no sean imputables a uno o a varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes (art. 9.º, p. últ.).

(12) Y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.

(13) Se seguirán los trámites del proceso de cognición, siendo Juez

VII.—*Administración.*a) *Organos.*

a') Cuando el número de los propietarios... no exceda de cuatro, podrán acogerse, si expresamente así lo convienen en los estatutos, al régimen de administración del artículo 398 del Código civil (art. 12, párrafo último).

b') El presidente y el administrador.

1.º *El presidente.*—Los propietarios elegirán de *entre ellos* un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten (art. 12, párrafo 1.º) (14).

2.º *El administrador.*—El administrador o secretario-administrador podrá no pertenecer a la comunidad de propietarios (art. 12, párrafo 2.º) (15).

3.º Disposiciones comunes.

1.º *Duración.*—Salvo que en los estatutos se disponga otra cosa, estos nombramientos se harán por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales (art. 12, párrafo 4.º).

2.º *Amovilidad.*—Los nombrados podrán, en todo caso, ser removidos er Junta extraordinaria de propietarios convocada al efecto (art. 12, p. 5.º).

c') *La Junta de propietarios.*—Se regulan sus funciones, que se resumen en el conocimiento y decisión de los asuntos de interés general para la comunidad (art. 13). La Junta se reunirá, al menos, una vez al año y también a iniciativa del presidente o cuando lo soliciten la cuarta parte de los propietarios o el 25 por 100 de las cuotas de participación (art. 15). Finalmente, se dan normas sobre la asistencia por representación y se prevén los supuestos de que algún piso o local pertenezca proindiviso a varios o sujeto a usufructo (art. 14).

b) *Acuerdos.*

1.º Se requiere «la unanimidad, para la validez de los (acuerdos) que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos (art. 16, 1.º) (16).

2.º Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representa la mayoría de las cuotas de participación (art. 16, 2.º) (17).

competente el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca, salvo lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 19, p. últ.).

(14) El presidente actuará al propio tiempo como secretario y administrador si los estatutos no determinan, o los propietarios no acuerdan elegir a otras personas (art. 12, p. 2.º).

(15) El artículo 18 enumera las atribuciones del Administrador. Los cargos de secretario y de administrador pueden recaer en personas distintas (arg. art. 13, p. 2.º y art. 18, 5.º).

(16) Los propietarios que no hubieren asistido serán notificados fehacientemente del acuerdo, y, si en el plazo de un mes no manifestaren su discrepancia se entenderán vinculados por el mismo (art. 16, 1.º, p. 2.º).

(17) Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia se procederá a nueva convocatoria en que serán válidos los acuerdos tomados por la mayoría de los asistentes que representen, además, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes. En último término, el Juez municipal o comarcal de lugar resolverá a instancia de parte lo que en equidad precede (art. 16, 2.º, párrs. 2.º y 3.º y p. últ.).

c) Impugnación de acuerdos.

1.º Cuando los propietarios que representen, por lo menos, la cuarta parte de las cuotas de participación, estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría, podrán acudir al Juez para que decida sobre la procedencia del mismo... (art. 16, 3.º) (18).

2.º Los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes (artículo 16, 4.º) (19).

VIII.—*Modificación.*

a) *Norma general.*—En cualquier modificación del título... se observarán los mismos requisitos que para la constitución (art. 5.º, último párrafo).

b) *Nueva distribución.*—Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte. En tales casos se requerirá... la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas... (art. 8.º).

c) *Construcción de nuevas plantas y alteraciones.*—La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo (art. 11).

IX.—*Extinción:* El régimen de propiedad horizontal se extingue:

1.º Por la destrucción (20) del edificio, salvo pacto en contrario.

2.º Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias (art. 21).

B) OBSERVACIONES.

1. La presente Ley «pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad (horizontal) desde el punto de vista del objeto», y «no hay que ver en ello una preocupación dogmática y, mucho menos, la consagración de una ideología de signo individualista», sino «el designio de simplificar y facilitar el régimen de la propiedad horizontal (que); se realiza así de modo más satisfactorio». Estas frases, tomadas de la Exposición de Motivos, son suficientemente expresivas del espíritu que preside la nueva ordenación: siguiendo la línea de «alejamiento de la comunidad de bienes» iniciada con la modificación que introdujo la ley de 26 de octubre de 1939,

(18) Será Juez competente el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca, que resolverá en equidad a instancia de parte deducida dentro de un mes desde el acuerdo. La resolución será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes a promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles (art. 16, 3.º, p. 2.º y p. últ.).

(19) En el plazo de treinta días (art. 16, 4.º, p. 2.º).

(20) La destrucción se estimará producida cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro, a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro (art. 21, 1.º, l. f.).

se trata de suprimir aquellos vestigios que aún se conservaban como secuelas de la primitiva concepción comunitaria.

Con ello, se ha venido a sancionar, en general, las directrices en que coincidían la jurisprudencia, la doctrina y la práctica, dotando a esta difundida figura jurídica de un ordenamiento completo y sistemático, lo cual, por sí solo, merece ya una favorable acogida.

2. El plusvalor del derecho sobre el piso o local se hace notar en la misma configuración del artículo 396 que, si bien conserva el mismo estilo literario y casi las mismas palabras que en su versión anterior, marca ya la jerarquía de la propiedad separada sobre el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes.

Esto no obsta a que la Ley tenga en cuenta la importancia de éstos últimos, tanto en las expresiones, empleando con frecuencia el término comunidad (21) para aludir al conjunto de los propietarios, como en el fondo, tomando modelo de la comunidad y de la sociedad para regular los múltiples aspectos en que aparecen los intereses comunes.

3. La exigencia de una perfecta estimación relativa de cada piso o local contribuye a dar firmeza y estabilidad a la situación jurídica, permitiendo también un conocimiento más preciso por parte de los terceros.

4. Sin duda, dos de los puntos más importantes de la reforma son: la supresión de los derechos de adquisición preferente y la posibilidad de salir de la indivisión ordinaria mediante la adjudicación de pisos o locales independientes.

Si bien la jurisprudencia había admitido el retracto (S. de 6 de abril de 1946), la doctrina y la práctica, en general, se pronunciaban en contra de estas limitaciones.

Por otra parte, desde el punto de vista técnico-jurídico, estaban en contradicción con la configuración individual de esta forma de propiedad (22).

Aunque no se dice expresamente, parece que ni siquiera podrá, válidamente, pactarse en el título constitutivo, habida cuenta del precepto del artículo 3.º («cada propietario puede, libremente, disponer de su derecho») y, sobre todo, de la disposición transitoria 2.ª, que sólo por respeto a los derechos adquiridos y mediante nuevo pacto confirmatorio, lo mantiene. Quizá resulte excesivo este rigor.

En cuanto a la adición que se hace al artículo 401 del Código, autorizando la propiedad por pisos como fórmula de división de la comunidad ordinaria, no se hace más que consagrar la doctrina sentada por la importante Sentencia de 9 de julio de 1951. El legislador entiende que hay divisibilidad siempre que «se trate de un edificio cuyas características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes».

5. No obstante el carácter necesario de muchas de las normas del régimen que ahora se instaura, se deja un amplio y flexible margen a la autonomía de la voluntad para matizar las modalidades de cada caso.

(21) Artículo 7, párrafo 1.º, 9, 2.ª y 3.ª; artículo 12, párrafo 1.º; artículo 13, párrafo 5.º; artículo 18, 5.º, etc.

(22) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 5.ª ed. tomo II, págs. 634 y 635, núm. 1.

6. En cuanto al contenido, el aprovechamiento individual de los pisos o locales sólo viene limitado por la vecindad de ellos entre sí. Además, los titulares, con carácter *ob rem*, están obligados al sostenimiento de las cargas comunes. La afectación de su piso o local al pago, dentro de ciertos límites, es la mejor garantía de cumplimiento,

La sanción de privación temporal de uso en los casos graves que se especifican parece acertada y prudente.

7. Cuanto se refiere a la administración nos parece, en general, acertado, completo y suficientemente flexible; quizá demasiado minucioso.

En cuanto a la impugnación de acuerdos, sólo parece demasiado restrictivo el criterio de limitar la legitimación para recurrir los acuerdos contrarios a las leyes a los propietarios disidentes.

Finalmente, resultan adecuadamente protegidas las minorías, y sencillas y eficaces las intervenciones judiciales que se previenen. Únicamente queda sin explicar la salvedad que hace el artículo 19 en su último párrafo a la Ley de Arrendamientos Urbanos en punto a competencia. (J. A.)

DERECHO PROCESAL

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: ORGANOS: *Se crean Salas de lo Contencioso-Administrativo en varias Audiencias Territoriales.* (Justicia. Decreto de 7 de septiembre de 1960; *Boletín Oficial*, 16.)

Se establecen dos Salas en la Audiencia Territorial de Madrid, una en las de Barcelona, La Coruña, Sevilla y Valencia y dos en la de Burgos, de las cuales una radicará en la expresada capital y otra en Bilbao.

OTRAS DISPOSICIONES

IMPUESTO SOBRE GRANDEZAS Y TÍTULOS NOBILIARIOS, HONORES Y CONDECORACIONES: *Se promulga un nuevo texto refundido regulador de este Impuesto.* (Hacienda; Decreto de 7 de julio de 1960; *B. O. del E.* de 4 de agosto.)

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO GARCIA, M.: "Derecho del Trabajo". Tomo I. Barcelona, 1960.
José María Bosch. Un volumen de 719 páginas.

El manual que aparece ahora en la doctrina española del Derecho del Trabajo no es uno más entre los ya existentes, en el sentido de seguir una línea dogmática y sistemática ya trazada. El profesor ALONSO GARCIA nos ofrece, en este primer tomo de la obra, un estudio con personalidad, con profundidad y riqueza de datos. Elabora una teoría general del Derecho de Trabajo con la ayuda del método histórico y sistematiza sus materias con arreglo al vigente y conocido plan de oposiciones a cátedras: concepto, método y fuentes.

En estas tres partes de la obra resalta el minucioso examen de materias e instituciones, tanto desde el enfoque privatista como publicista; esto es, que la relación laboral es cuidada en el análisis de estudio desde sus fuentes, contractual y de orden público.

En la primera parte se expone la noción del trabajo, destacándose los aspectos humano, social, económico y jurídico; a continuación se hace un análisis de las posiciones histórico-doctrinales de dicho concepto, para concluir con una definición amplia, diciendo que podríamos caracterizar el trabajo como toda actividad del hombre que se aplica al mundo exterior, con independencia de sus resultados, predominantemente especulativos o prácticos.

Los capítulos siguientes tratan del Derecho y del trabajo, del objeto del Derecho del trabajo para entrar en la formación histórico-jurídica del Derecho del Trabajo (antigüedad y mundo romano, época medieval y gremial del trabajo, la revolución y la época liberal, y por último, un estudio del institucionalismo o etapa de formación del Derecho del Trabajo.

Tema bien tratado es el correspondiente al del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma. Pasa al análisis del concepto, la naturaleza y los caracteres del Derecho del Trabajo; defiende el criterio unitario frente al dualismo Derecho público-Derecho privado en que pretende encuadrarse, para mantener su carácter institucional y orgánico.

En cuanto a los principios y métodos del Derecho del Trabajo se recogen los más característicos (pro operario, la norma más favorable, de condición más beneficiosa, de irrenunciabilidad de los derechos, de continuidad de la relación) y se exponen los métodos de investigación, aplicación y de enseñanza del Derecho laboral.

Respecto a las fuentes del Derecho del Trabajo, estudia los poderes o fuerzas sociales con facultad normativa y las características comunes al problema de las fuentes (internacionalización, constitucionalización, legislación especializada, reglamentación y colectivización) y su clasificación.

Mención aparte merecen las fuentes de origen estatal (el fenómeno "cartista" o de fucros del trabajo) y el estudio de las Reglamentaciones. En cuanto a las fuentes de origen social, analiza la costumbre laboral y los principios generales del Derecho. Las fuentes de origen profesional vienen constituidas por los pactos o convenios colectivos de condiciones de trabajo, con mención específica de los convenios colectivos en el Derecho español y los Reglamentos de régimen interior de empresa.

Se estudia, en capítulo separado, la cuestión del Derecho común como derecho supletorio y las pretendidas fuentes del Derecho del Trabajo. Se establece la jerarquía de las fuentes del Derecho del Trabajo y los límites de aplicación de las normas laborales en el tiempo y en el espacio, y se concluye esta parte con la codificación del Derecho del Trabajo.

La segunda parte de la obra está dedicada a las manifestaciones institucionales de la relación jurídico-laboral, tanto en el orden internacional (Organización Internacional del Trabajo) como en el nacional (instituciones estatales); en estos últimos se perfilan los órganos de administración y ejecución y los organismos de vigilancia e inspección.

Bajo el título "Instituciones profesionales", se concreta el estudio del sindicalismo y su significación social, el Sindicato y su régimen jurídico, para concluir con la exposición del régimen jurídico del sindicalismo español.

J. H. C.

BAS Y RIVAS, F.: "Impuestos de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes". Volumen I. Comentarios. Segunda edición, corregida, aumentada y puesta al día. Madrid, 1960. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de 942 páginas.

Esta segunda edición de la obra de BAS Y RIVAS consigue poner al día la materia referente al impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes, al haber recogido el Reglamento para la aplicación de la Ley de 21 de marzo de 1958.

El autor pretende seguir los pasos de la primera, anunciando modestamente que sus comentarios no tienen pretensiones doctrinales y que simplemente quiere hacer una obra práctica. Nosotros podemos decir que si desde un punto de vista no quiso imponer un criterio doctrinal, no obstante, por el hecho de haber decidido, escogido y trasplantado opiniones y criterios de autores y de jurisprudencia, ya ha realizado o adoptado una posición doctrinal. El tomar partido por una u otra dirección y el mero hecho de haber sistematizado la obra legislativa y jurisprudencial implica haber adoptado, de antemano, un criterio; y, en esta obra es patente su aportación personal, no siempre coincidente con la legal y con la *opinio communis* de los autores que han tratado las mismas materias.

Efectivamente, se advierte pronto la etapa legislativa actual del impuesto en cuanto a materias que hasta ahora no habían sido aborda-

La afirmación de que el concepto general de la herencia, su fundamento jurídico, naturaleza y caracteres son completamente diversos en las legislaciones modernas es una realidad. Además de los perfiles histórico-nacionales que han ido configurando un particularismo específico del modo de convivir, está la dogmática civilista que ha ido perfilando y matizando de diverso modo las soluciones. Frente a la profundidad del estudio de la *hereditas* por romanistas y germanistas, y la riqueza de trabajos de los civilistas en estos últimos años, se advierte un resultado nada conciliador. El concepto de la herencia y la diferenciación tradicional clásica entre las ideas de heredero y legatario están sufriendo, como nace ver el autor, una crisis, o, en términos más expresivos, están siendo objeto de una empeñada reelaboración científica con criterios vacilantes, a veces, y bases no siempre seguras.

Los puntos fundamentales tratados en este estudio pueden resumirse en los siguientes: el origen y elementos históricos de la idea de herencia (crisis del concepto de universalidad); el problema del carácter diferencial entre el heredero y el legatario y modo de su determinación (crisis de la orientación objetiva); y, el problema de la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia (crisis del principio de ilimitación).

El estudio recoge con el rigor que caracteriza a este ilustre autor del Derecho civil toda la riqueza bibliográfica de la materia y nos presenta un cuadro muy útil y completo de su problemática.

JOSÉ BONET CORREA

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Ediciones Cultura Hispánica. Tomo I de la Colección de Códigos Civiles de España y países iberoamericanos. Madrid, 1960.

En cuidada edición publica el Instituto de Cultura Hispánica, dentro de la colección de Códigos Civiles de España y países iberoamericanos, el correspondiente a la República Argentina, con un valioso prólogo de JOSÉ MARÍA MUSTAPICH, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de El Salvador, de Buenos Aires.

Es valioso para el profesional conocer los textos positivos de los distintos ordenamientos jurídicos, sobre todo de países que, como los hispanoamericanos, responden todos a unas líneas generales emanadas de un tronco común, heredero a su vez de la tradición jurídica romana y canónica, incorporada a las Leyes de Indias, impregnadas de sentido misional y que demuestran la conexión jurídica y espiritual de las instituciones fundamentales de estos países. En la estructuración jurídica de la Argentina hay que distinguir dos periodos: el colonial y el período anterior a la codificación, en el cual persisten las instituciones jurídicas españolas desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación, aplicándose generalmente, sobre todo, en el Virreinato del Rey de la Plata las Partidas, Nueva Recopilación, no siguiendo el orden determinado en la Ley de Citas. El período llamado Patrio llega hasta 1871, fecha del Código. conoce una etapa de organización política en la que la nota más destacada es la existencia de una legislación circunstancial y anárquica, y en

donde es necesario que la legislación española tenga carácter supletorio. En 1862, en la provincia de Buenos Aires, estuvieron en vigor llamados Códigos de Acevedo; pero el proyecto que llegó a adquirir la categoría de Código Civil con carácter general es la obra de Dalmacio Vélez, promulgada el 1 enero 1871. El Código Vélez, que es el hoy vigente, aunque con modificaciones, aconsejadas por el transcurso del tiempo o impuestas por circunstancias políticas, supone respecto a los Códigos de su época un gran adelanto. Las principales fuentes reconocidas por su autor en el mismo, están en los ordenamientos de España, Chile, el proyecto de Código Brasileño de Freitas, Código Francés, el italiano, etcétera. la influencia más destacada, sin embargo, es la española, según confesión del propio Vélez, quien dice: "la primera fuente de que me valgo son las Leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen una nota de una Ley de Partidas, del Fuero Real de las Recopilaciones". Solórzano, Gregorio López, Antonio Gómez, así como el proyecto de García Goyena, se amalgama en íntima conexión jurídica y espiritual.

Amplia es también la influencia del Código francés y la doctrina gala (Proudhon, Grenier, Pardessus, Merlin...).

El transcurso del tiempo ha reformado en parte algunas instituciones, completando otras, regulando instituciones que no lo estaban. Quizá la de más trascendencia sea la Ley de 2.393 del 2 de noviembre de 1888, que altera fundamentalmente la legislación matrimonial, apartándose de la doctrina canónica, que a través de la legislación española había incorporado la Argentina, quitando a la Iglesia la potestad de disolver y anular el matrimonio. Instituciones no reguladas y que a través de leyes españolas se han ido incorporando al texto, son las que regulan por ejemplo el seguro de vida, la propiedad científica, literaria y artística, la prenda agraria, la que regula las expropiaciones, los trabajos de las mujeres, la división horizontal de la propiedad, la situación de los hijos fuera del matrimonio, etc.

Una serie de características define al Código de Argentina que le da valor con respecto a otros del Continente Americano, bien por incorporar adelantos metodológicos, con respecto a su época, o por la incorporación de normas a sus títulos, que como las de carácter internacional no tenían otras legislaciones, o bien regulando instituciones con originalidad, como por ejemplo la regulación sobre la viabilidad y sobre el concebido y no nacido o la separación de la teoría de las obligaciones a la de los contratos desconocidos en códigos de su época.

La edición que nos ofrece el Instituto de Cultura Hispánica viene enriquecida con el prólogo del profesor Mustapich, con gran profusión de notas que aclaran el texto de los artículos con jurisprudencia, antecedentes y doctrina.

CODIGOS CIVILES DE ESPAÑA, PORTUGAL Y PAISES HISPANOAMERICANOS: Tomo II, Código Civil de Bolivia (estudio preliminar del Dr. Carlos Terrazas); Tomo X, Código Civil de España (estudio preliminar del Dr. Federico de Castro); Tomo XXI, Código Civil de El Salvador (estudio preliminar del Dr. Mauricio Guzmán). Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1959.

Coincidiendo con el setenta aniversario de la publicación del Código civil español, el Instituto de Cultura Hispánica inicia la edición de los Códigos civiles de España, Portugal y países iberoamericanos.

Como afirma Federico de Castro, en el prólogo que avala la edición del Código español, será cumpleaños de jubileo y no de jubilación lo que celebramos en la compañía de los Códigos hermanos.

Singular importancia tiene esta edición, pues no solamente facilitará a los juristas profesionales los textos en vigor en las naciones hermanas; al estudioso una fuente segura para trabajar el Derecho comparado hispanoamericano, sino que también al legislador le da las bases necesarias para ir estructurando los cauces de un nuevo Derecho con posibilidad de aproximación, e incluso la unificación del ordenamiento civil, en todo o en parte, de nuestros pueblos.

Los tres primeros tomos de esta colección acaban de ver la luz.

El Código Civil de España, producto del liberalismo templado, recoge afortunadamente las líneas tradicionales del antiguo Derecho Castellano. Pese a su excesivo individualismo y su servidumbre a algunos preceptos del Código galo, superadas las críticas a la supuesta falta de técnica, su texto puede decirse que responde al grupo de Códigos que Castro califica de populares, comprensible a todos (y que puede ser la mejor guía) para una buena y pacífica convivencia.

No es éste el momento de señalar sus defectos, pero sí de considerar en unas circunstancias en que algunos piensan en su jubilación, cómo ha ido a través de modificaciones y leyes de muy diverso alcance, adaptando sus normas o supliendo lagunas originarias o surgidas posteriormente por la incorporación a la realidad social española de nuevas estructuras y adaptaciones que necesitaban regulaciones jurídicas.

No parece estar cercano el momento del logro de un nuevo texto más perfecto técnicamente y más rico en contenido. Entretanto la incorporación de los apéndices forales a su texto y diversas leyes que modifican y perfeccionan su contenido nos le dan la juventud precisa para que sea la norma fundamental que regule nuestra existencia.

Respecto a los Códigos hispanoamericanos es curioso, en visión parcial de lo que será el conjunto de esta edición, el estudiar a través de los preceptos legales cómo los Códigos de estos países fueron estructurando su ordenamiento positivo después de la Independencia. Cómo fue surgiendo la necesidad de una codificación distinta a la en vigor hasta ese hecho histórico, y cómo cuando, en actitud napoleónica, se sanciona en El Salvador por Gerardo Barrios el Código Civil de 1859, éste, en sus preceptos, recoge la inspiración jurídica romana, las normas del Derecho Canónico, a través de las leyes españolas, siendo similar a éstas la influencia que de las francesas todas tienen.

Igual ocurre con el Código de Bolivia en 1830, que siendo una traducción parcial del Código napoleónico, tiene preceptos de las Leyes de Partidas, incorporados, formando un conjunto heterogéneo.

Modificaciones posteriores han sido actualizando lo que quedaba como mera arqueología jurídica o siendo inoperante a la realidad actual, destacando en esta evolución las modificaciones del Código de El Salvador de 1928, 1937, 1955 y 1958, siguiendo una evolución similar el Código Civil de España, que ha ido paulatinamente adaptando sus normas a las necesidades de los nuevos tiempos. Por ello, con razón se ha podido afirmar que no hay ningún otro ordenamiento europeo que como el español mantenga su conexión con las leyes y el criterio de autores de hace siglos, con aquel Derecho que también durante siglos fuera el Derecho común de todos los pueblos de origen hispánico, que ha sabido conservar en sus Códigos la vieja savia del Derecho Romano, del Derecho Canónico y de las Leyes de Partidas.

Con alborozo queremos destacar y celebrar esta publicación, por el Instituto de Cultura Hispánica, de los Códigos Civiles de España, Portugal y países iberoamericanos; y ello nos va a permitir, en la serenidad del estudio y la meditación, considerar cuantas cosas nos son comunes, cómo el Derecho que regula nuestra estructura social puede discurrir por cauces paralelos y a la hora de adaptar y actualizar nuestros vetustos Códigos pensemos que muchas instituciones pueden tener una regulación uniforme.

Tomás SALINAS

DABIN, L.: "Fondements du Droit cambiaire allemand. Université de Liège. Faculté de Droit. Lieja, 1959; 484 páginas.

La obra responde exacta y fielmente a un designio del autor: poner al alcance de la doctrina belga los fundamentos y la evolución del Derecho cambiario alemán. Y según nos declara el propio autor en el Prólogo su deseo es demostrar lo inexacto de ciertas construcciones de la doctrina de su país que atribuye al derecho cambiario alemán características y singularidades que evidentemente no posee, para así evitar ciertas desviaciones de la doctrina y prácticas cambiarias belgas que apoyándose en las pretendidas y erróneas características alemanas, interesa al autor enderezar. Partiendo, pues, de dicho intento y de la causa que motiva la obra se obtienen varias conclusiones: la letra de cambio no está considerada en Alemania como el "papel moneda de los comerciantes" que propugnaba Einert en su conocida teoría, las obligaciones cambiarias no tiene su origen en una declaración unilateral de voluntad, el Derecho cambiario no es totalmente independiente del Derecho civil, el librado aceptante no está desprovisto de toda excepción frente al portador y la consideración de la letra de cambio como título abstracto no es la única base del principio de la inoponibilidad de excepciones cambiarias.

El estudio de la evolución histórica del Derecho cambiario alemán es interesante en gran medida, porque si bien en un principio y durante la recepción del tráfico cambiario en Alemania reflejaba fielmente las ca-

racterísticas de las letras italianas, bien pronto se apuntan en la práctica y en la construcción de los primeros tratadistas las singularidades que con el paso de los años cristalizarían en la "Allgemeine Deutsche Wechselordnung" de 1848, que, como es sabido, fué la principal fuente inspiradora de la Ley uniforme de Ginebra. Y así y en este proceso histórico recoge el autor las singulares aportaciones de la doctrina alemana al Derecho cambiario durante los cincuenta años anteriores a la promulgación de la A. D. W. O. En este período se formularon las teorías de EINERT, LIEBE y THÖL, de tanta influencia en los estudios y en la doctrina cambiarias. Respecto a la "Papiergeldtheorie" del primero, sienta dos conclusiones para desvirtuar corrientes y erróneas afirmaciones en algún sector de la doctrina: la A. D. W. O. no consagra ni incorpora esta teoría, y los excesos a que se la condujo en su época cristalizaron en la afirmación de que el Derecho cambiario era completamente independiente del Derecho civil, lo que el autor niega (pág. 45). También en este período construye LIEBE su "Formalakttheorie" y THÖL afirma definitivamente que la letra debe quedar disociada de las relaciones extracambiarias que constituyen su causa, de la provisión y de la cláusula de valor recibido y al afirmar que la letra no es una "promesa de deuda", sino una "promesa de suma", ofrecen los fundamentos suficientes para construir la sólida edificación del Derecho cambiario alemán que habría de cristalizar en la "Allgemeine Deutsche Wechselordnung" en 1848, que fué una sólida conjunción de la práctica, la tradición, las leyes nacionales y la doctrina cambiarias.

También recoge las características generales de la A. D. W. O., entre las que merecen destacarse: a) formalismo cambiario; b) transmisibilidad de la letra; c) la obligación que contrae el aceptante es eficaz frente a cualquier tenedor de la letra; d) el carácter literal de la obligación cambiaria; e) la protección a terceros portadores de buena fe. Se pregunta el autor si la A. D. W. O. ha consagrado en Alemania el sistema de la obligación abstracta, para estimar que si en ella, por un lado, la operación cambiaria es autónoma, si la "cláusula de valor" ya no forma parte esencial de ella, si la letra garantiza un derecho separado de toda relación o negocio fundamental, si prohíbe que se opongan excepciones nacidas de relaciones personales entre el librador o endosantes anteriores a los terceros poseedores de buena fe y si en ella se ha excluido cualquier mención de la provisión de fondos, sin embargo, la A. D. W. O. no ha consagrado total e íntegramente la abstracción de la obligación cambiaria porque existen en ella determinados preceptos que presumen la existencia de la provisión de fondos, como, por ejemplo, la posibilidad del ejercicio de excepciones personales entre partes (librador-librado) y la admisión de la acción de enriquecimiento (págs. 115-116).

Frente a quienes afirmaron la total autonomía del Derecho civil—fundamentalmente los que aceptaron íntegra o parcialmente la teoría de EINERT—resalta el autor las causas de tal afirmación para terminar diciendo con unas palabras del Stau's Kommentar "Das Wechselrecht ist nur ein Teil des Bürgerlichen Rechts". Se pregunta el autor hasta qué punto la Ley Uniforme de Ginebra consagró los principios del Derecho

alemán cambiario contenidos en la A. D. W. O. de 1848. Se pregunta si la L. U. ha consagrado el sistema de la obligación abstracta establecida por el parágrafo 780 del BGB y estima que la fórmula "Por la aceptación el librado se obliga a pagar", contenida en la W. G., no incorpora totalmente la obligación abstracta porque no obliga al librado aceptante frente al librador cuando la relación fundamental sea jurídicamente inexistente o esté viciada en forma esencial.

Las disposiciones dictadas para la protección de la buena fe de terceros adquirentes de la letra ocupa una considerable parte de la obra. Se estudian la "Rechtsscheintheorie" (Teoría de la apariencia) y sus efectos hasta afirmar que, en ciertos casos, la apariencia se asimila a la realidad que representa y, además, que la apariencia produce una responsabilidad objetiva (págs. 392-393).

Termina la obra con unas "Consideraciones finales" a modo de conclusiones y con una lista bibliográfica alemana, francesa y belga. El mérito de esta obra es haber expuesto en forma clara y precisa la evolución del Derecho cambiario alemán hasta la "Wechselgesetz" de 21 de junio de 1933, los caracteres esenciales del Derecho cambiario alemán y su conexión con principios civiles contenidos en el BGB y en la teoría general de los títulos valores cuya síntesis se ofrece clara y sistemática para quienes por la gran precisión y dificultades inherentes no pueden consultar directamente los textos alemanes.

M. BROSETA PONT

DECOCQ, André: «Essai d'une théorie générale des droits sur la personne». Paris, 1960. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Un volumen V × 459 págs.

Esta obra, producto de una tesis doctoral que ha recibido en Francia los mayores premios y honores, es realmente una importante aportación al sector del Derecho privado, que sintetiza las diversas conexiones que éste mantiene con otras esferas a través del sujeto más importante del mismo, la persona humana.

Los nuevos horizontes que la civilización moderna aporta, con sus técnicas y adelantos, no siempre han contribuido en un sentido positivo en pro de la persona. Se hacía necesario valorar, sopesar y discriminarlos. La obra de Decocq aborda los más diversos aspectos de que puede ser la persona humana y que puede tener una repercusión para el Derecho civil: desde los más nuevos, como el análisis de sangre, injertos de órganos, derecho moral del autor, cesión de la clientela, hasta los más tradicionales, como la ejecución en especie de las obligaciones de hecho, integración de la comunidad, acción oblicua, obligación de alimentos, así como también, en el ámbito contractual, el de la responsabilidad y, dentro de la familia, el de los regimenes matrimoniales.

Otros ámbitos en estrecha conexión con el Derecho civil son abordados por el autor. Respecto al Derecho personal, se detiene en el Derecho a la prueba, inembargabilidad y procedimientos de ejecución: en cuanto al De-

recho de trabajo, la fijación del salario, regateo o discusión de proposiciones, ejecución de trabajos penosos o peligrosos, compromisos de no concurrencia por lo que se refiere a la seguridad social, el mantenimiento de la capacidad de lucro del trabajador, accidentes de trabajo, posibilidad de imponer una reducción en el escalafón de invalidez; en cuanto al Derecho mercantil, examina la venta de sangre o de órganos humanos, convenciones o pactos de responsabilidad, operaciones publicitarias sobre la imagen y sobre la persona; en Derecho médico explica las consecuencias de la vacunación, del injerto de tejidos y las operaciones aceptadas o no por el paciente. En fin, múltiples aspectos que pueden afectar a la persona, como los resultantes de la utilización de ingredientes como el «Pentotal», que permite el interrogatorio o exploración de la personalidad sin control de la conciencia, o ya la aplicación de un especial régimen penitenciario.

En una palabra: que el autor se preocupa de todas las circunstancias y efectos que pueden afectar a la persona humana, si bien no como sujeto de derecho activo, sino pasivo, lo que él llama «derechos sobre la persona», que son «las prerrogativas que pertenecen a un sujeto del derecho sobre los elementos en relación con la conservación de una persona diferente del mismo». Estos elementos son el cuerpo humano, así como toda actividad necesaria para conservar su vida y subsistencia. Deduce como normas generales el carácter sagrado de la vida humana, el respeto de la autonomía de la persona y la indispensable solidaridad social que implica una cierta jerarquía de intereses a salvaguardar, lo que le lleva a integrar los derechos sobre la persona con un interés más general que los estructuralmente privados, refiriéndose, pues, a los que él enuncia como «poderes sobre la persona» y «derechos privados de la persona».

Se trata de una obra puesta al día en la serie de cuestiones que se suscitan en la problemática jurídico-social, con una rica casuística, y aunque si bien disintimos de ciertas conclusiones, está llena de sugerencias y atisbos, muy útiles, tratados con profundidad y conocimiento.

J. BONET CORREA

EICHLER, Herman: «Institutionen des Sachenrechts. II.2. Besonderer Teil: Die dinglichen Rechte». Berlin, 1960. Ed. Duncker y Humblot. Un volumen de 667 págs.

Con este volumen queda completa la obra del profesor EICHLER «Institutiones del Derecho de cosas». El primer tomo, publicado en 1954, se refería a la «parte general» donde se exponían los fundamentos del Derecho de cosas. El segundo tomo, volumen primero, aparecido en 1957, se dedicaba a la «propiedad y a la posesión». El volumen segundo, de este segundo tomo, aparece ahora en 1960, conteniendo la parte de los «derechos reales».

La obra del profesor EICHLER tiene la impronta de su propia personalidad. A pesar de ser un manual dedicado a los alumnos de la Escuela de Ciencias Económicas y Sociales no es una síntesis de lo ya elaborado. Con una sistemática funcionalista, el profesor EICHLER ha destacado los aspectos histórico-dogmático y político-jurídico de las instituciones que com-

ponen el Derecho de cosas, y aplica un método jurídico comparado, por lo que su obra, escrita con concisión y síntesis, tiene un largo alcance y una utilidad científica valiosa. Además de la literatura francesa e italiana, el autor abunda en la española y los obras y nombres de nuestros destacados civilistas (DE CASTRO Y BRAVO, CASTÁN, BATLLE, ESPÍN, ROCA SASTRE, ALBADALEJO, DE CASSO, JERÓNIMO GONZÁLEZ, etc.) se ven citados en esta obra.

La obra se sistematiza en tres capítulos fundamentales: el primero referido al ordenamiento de la propiedad registral y el tráfico de la propiedad rústica; el segundo, conteniendo los derechos restringidos (prenda, hipoteca, deuda territorial, cargas reales, etc.); y el tercero estudia los derechos de aprovechamiento limitado (las servidumbres y el derecho de superficie). Especial atención tienen para el autor la hipoteca, las servidumbres y el nuevo derecho de propiedad por pisos; aquí sus observaciones personales alcanzan mayor relieve, y toma posición respecto al aspecto político-administrativo que predomina actualmente en estas relaciones jurídicas y dentro de la sistemática civilista.

Un índice de materias y otro legal completan la utilidad de este volumen, que tiene destacado lugar en la actual civilística alemana.

J. BONET CORREA

GORLA, Gino: «El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico)», trad. y notas de José Ferrandis Vilella, Ed. Bosch, Barcelona, 1959. Dos tomos de 557 y 682 págs.

La extensa obra de GORLA sobre el contrato —uno de los más logrados estudios comparativos producidos en la literatura europea de los últimos años— ha sido vertida al castellano por el profesor Ferrandis. Tanto el traductor, por acometer empeño tan laborioso, como el editor, por patrocinarlo, merecen en principio la gratitud de los juristas del mundo hispánico.

Supone la obra de GORLA un ensayo de aplicación del método comparativo a una institución de Derecho civil. La institución escogida ha sido el contrato. Pero como este tema es, de suyo, demasiado amplio, y como el abordarlo con relación a todos los sistemas jurídicos del mundo sería tanto como adentrarse en un mar sin fondo, el autor lo ha acotado en un doble sentido: de un lado, y por lo que se refiere a la materia, escogiendo como objeto principal de estudio los requisitos del contrato esenciales para una acción; de otro lado, y por lo que toca a sistemas estudiados, escogiendo el angloamericano para contrastarlo con el europeo continental (especialmente con los ordenamientos francés e italiano). En resumen, pues, la obra constituye un estudio del contrato, en su parte general y a la luz del Derecho comparado, construido principalmente sobre sentencias angloamericanas, cuyas soluciones se comparan con las que ofrecen los ordenamientos romanistas.

Nota peculiar del libro es también plantear en todo momento problemas y ofrecer bases de discusión, centrando los unos y las otras sobre los casos. El casuismo es así una característica de este ensayo, acorde con modernas concepciones realistas del Derecho y con algunas tendencias actuales de la pedagogía jurídica. El aludido empleo de los métodos comparativo y casuís-

tico no lleva a GORLA, sin embargo, a prescindir completamente del método lógico-sistemático; en general, por el contrario, se esfuerza en combinar éste con aquéllos, en un intento de corregir así lo que el método lógico tiene de exceso de abstracción y de generalización.

En el tomo I de la obra se nos ofrece una exposición general de la materia a través de dos grandes capítulos, relativos respectivamente a la evolución de la obligación contractual en el *civil law* (1) y en el *common law*. Tres Apéndices cierran este volumen: uno, que estudia el contrato en los sistemas modernos de *civil law* no codificado: otro —breve, pero muy interesante— que pone de manifiesto las ideas de los juristas anglosajones sobre nuestro contrato y viceversa; y un tercero que contiene algunas indicaciones sobre el acto de disponer *inter vivos* en ambos sistemas.

El estudio de la evolución del contrato en el *civil law* conduce a GORLA a la conclusión de que el principio del consentimiento, entendiéndolo por tal la confianza del promisorio sobre la base de la simple promesa del promitente, no ha sido acogido en el *civil law*, rigiendo en su lugar un sistema de pactos vestidos, elástico y de contornos imprecisos. El cambio típicamente económico, como vestidura del pacto, consiste en el cambio entre dos prestaciones de *dar*, o entre una de *dar* y otra de *hacer*, o entre dos de *hacer* con carácter típicamente económico. Este esquema de cambio típico —expone GORLA— constituye una vestidura, es decir, una *causa civilis* para la sanción jurídica de cada promesa; fuera de él, el pacto será válido solamente si se presentan otros caracteres o *vestimenta* determinados. El *civil law* revela una antipatía frente a los contratos atípicos, ya que, en el fondo, la discusión, característica en el desarrollo del *civil law*, entre los principios del nudo consentimiento y del pacto vestido expresa la lucha entre el elemento atípico no formalista y el elemento típico; esta lucha suele revestir hoy el aspecto de una pugna contra la promesa a título gratuito, por lo que —en conclusión de GORLA— nuestro moderno problema del contrato es, sobre todo, el problema de la promesa a título gratuito. Termina este capítulo poniendo de relieve la tendencia a las generalizaciones y a las abstracciones propias de los juristas del *civil law*, tendencia que descubre especialmente en la concepción de la causa y que critica como creadora de enormes dificultades y fatigas.

En el *common law*, en cambio, existe un sistema contractual construido lentamente por los Tribunales de *common law* o de derecho estricto, con amplias intervenciones y remedio de la *equity*. Dicho sistema no es, ciertamente, el del pacto nudo. Así como en el *civil law* el sistema de los *vestimenta* de los pactos parece inspirarse, sobre todo, en la protección del promitente, en el *common law* se inspira en la protección de la confianza despertada en el promisorio; la protección del promitente se consigue, implícita o indirectamente, recurriendo a la forma o a la *nominal consideration*. Niega GORLA que el sistema contractual del *common law* sea precisamente una manifestación de la orientación utilitaria de la mentalidad anglosajona, y pone de relieve, en cambio, la parte que en aquél ha tenido la herencia medieval. Por lo de-

(1) Gorla ha escogido este término, que es el empleado en los países anglosajones, para designar al sistema que en las obras de Derecho comparado se denomina, con frecuencia, *continental*. Acaso más ventajosa que ambas expresiones sea, sin embargo, la de *sistema romanista*.

más, a su juicio, el ordenamiento inglés, construido sobre el derecho estricto y la *equity* (que recuerda la equidad pretoria romana) merece una atenta consideración y es favorable para la educación del ciudadano como contratante.

Tras esta exposición general del tomo I, GORLA nos conduce a un examen más detenido de casos concretos en el tomo II. Recógense aquí numerosas sentencias de ambos sistemas y hasta se inserta un capítulo de «jurisprudencia de Derecho comparado» que incluye: 1) Un caso en el que se hace una comparación interesante entre la *consideration* inglesa y nuestra *causa*; b) un caso de obligación natural (del quebrado liberado según Derecho inglés) como causa de una promesa de pago según el Derecho italiano, que permite apreciar la diversidad de técnicas y mentalidades entre uno y otro sistema, siendo, al decir de GORLA, «Derecho comparado en acción»; c) un caso de donación *cum onere* y por un deber moral, tratado desde los dos puntos de vista, y d) un caso de donación por causa de matrimonio y matrimonio como *consideration*, en el que la sentencia transcrita, dictada en un caso célebre, afronta directamente problemas de Derecho comparado.

Con lo aquí recogido se advertirá, sin duda, la dificultad de la materia tratada; su extensión y complejidad impiden acaso que el triple destino que GORLA asignó a su libro — curso de Derecho civil, curso de Derecho comparado y obra para los prácticos — se alcance íntegramente. Pero queda, en todo caso, un estudio de envergadura, en el que brilla siempre el saber y la agudeza (no tanto la claridad) de su autor.

Resta aludir a la labor de FERRANDIS. Si, como traductor ha afrontado bravamente las dificultades del texto, como anotador, FERRANDIS ha realizado un trabajo muy encomiable por su sobriedad y calidad. Obrando con acierto, se ha abstenido de trasladar a nuestro Derecho toda la argumentación desarrollada en el texto, limitándose a indicar las peculiaridades españolas y a recoger las principales aportaciones de nuestra doctrina y las direcciones seguidas por nuestra jurisprudencia en relación con las materias del texto.

Aparte de esta labor, FERRANDIS ha enriquecido el tomo segundo de la obra con seis Apéndices de jurisprudencia española, en los que recoge las sentencias del Supremo más interesantes en relación con el tema del libro, hasta 1956 y algunos acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central. Al exponer los casos, FERRANDIS sigue el método de GORLA: transcribe los considerandos de la sentencia y comenta ésta en una nota que termina con un cuestionario.

Por todo ello la aportación de FERRANDIS multiplica la utilidad del libro para nuestros juristas, y sus notas se pueden situar, seguramente, dentro de la tradición de la serie de buenas anotaciones españolas. Por otra parte, FERRANDIS ingresa con este trabajo, sin duda, en el reducido pero entusiasta número de comparatistas españoles. Y tanto sus notas como el texto original demuestran, una vez más, la alta utilidad que al Derecho civil puede prestar, bien empleado, el método comparativo, que, como el mismo GORLA observa, «es un potente reactivo: suscita ideas y enciende luces inesperadas».

«Jurisprudencia civil. Edición Oficial. Enero 1960». Colección Legislativa de España. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 515 págs.

Es digno de aplauso y merece subrayarse el esfuerzo editorial que actualmente lleva a cabo la Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia. A su labor combinada se deben últimamente varias realizaciones que representan muy útiles instrumentos de trabajo para quienes han hecho profesión del estudio o aplicación de la ley. En este mismo ANUARIO (tomo XI, página 1204 s.) poníamos de relieve el buen servicio prestado a los juristas con la publicación del «Diccionario Índice de Jurisprudencia civil, 1947-1956», que se ha visto acompañado de otro Diccionario de Jurisprudencia criminal. En lo que va del año 1960 hay que señalar también la puntual aparición periódica de los tomos que componen la serie de «Disposiciones generales» de la Colección Legislativa de España (publicación que viene efectuándose a los quince días de la fecha de aparición en el Boletín Oficial), en volúmenes muy manejables, impecablemente clasificados, según los métodos más modernos.

La serie de jurisprudencia civil venía, sin embargo, publicándose con un retraso superior al año, debiendo indicarse la circunstancia de ser la única colección oficial completa de jurisprudencia, mientras que las colecciones particulares (algunas muy meritorias) no acostumbran insertar íntegramente la sentencia. De aquí la agradable sorpresa al recibir en septiembre el volumen correspondiente al mes de enero.

La presentación tipográfica es muy agradable, con la novedad de reproducir el texto a doble columna, haciendo un volumen muy manejable, a lo que coadyuvan los índices cronológico y sistemático.

Si continúa el ritmo de publicación, cabe augurar a esta serie de la Colección Legislativa una amplia difusión y un gran éxito.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

IBARRA FOLGADO: «Las alteraciones coactivas del valor de la moneda». Discurso de recepción como Académico de Número de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Valencia, 1960. Un folleto de 31 págs.

La materia que se aborda en este discurso de recepción es de mucha actualidad tanto en la esfera nacional como internacional, debido a las alteraciones que hemos visto padecer al dinero en lo que va de transcurso de nuestro siglo. En la actualidad, son pocos los autores españoles que se han atrevido a examinar, estudiar y poner en claro las graves consecuencias que la alteración coactiva del valor del dinero implica desde el punto de vista del orden social y jurídico. Tenemos que remontarnos a la doctrina de teólogos y canonistas para ver bien demostrada y fundamentada la iniquidad que las manipulaciones de transformación del valor de la moneda lleva consigo. Desde nuestros clásicos hasta las últimas palabras a este respecto pronunciadas por Su Santidad Pío XII en sus discursos y radio-mensajes hay una línea clara y sencilla, rotunda y justiciera condenando las alteraciones de la moneda en detrimento de la sociedad y del bien común de los ciudadanos. En

la doctrina italiana, el profesor ALLORIO hace unos años publicaba en la *Revistas «JUS»* un estudio donde hacía ver cómo es condenable, inicuo e injusto provocar una inflación o deilación monetaria sin una finalidad del bien común que la justifique, sin una razón esencial que la permita. Lo que para nuestros clásicos se basaba en el «consentimiento del pueblo», para nuestro Estado moderno se convierte en una finalidad de «orden público» que cumplir. Pero frente a esta postura relativista no falta el sector más dogmático y ortodoxo que denuncia toda incompatibilidad entre, un aspecto de la alteración monetaria, la inflación y la justicia. Últimamente, entre nosotros, ha pronunciado brillantes conferencias uno de los más prestigiosos civilistas del notariado español, VALLET DE GOYTISOLO, advirtiendo y demostrando, con una casuística riquísima de nuestras figuras contractuales y obligacionales, la injusticia que se comete con un estado de inflación y cómo no es posible el logro de la justicia distributiva y equitativa entre las partes.

La tesis que el señor IBARRA ofrece se reproduce a través del examen de dos cuestiones: la de cómo influyen las medidas gubernamentales sobre la circulación fiduciaria impuesta y cuál es la eficacia y los límites del poder de los gobiernos.

Respecto de la primera nos presenta un análisis muy realista y verídico de las consecuencias que se producen por la alteración de la moneda y que desgraciadamente tuvimos que padecer como consecuencia dos conflictos bélicos, los cuales, uno, directamente, tuvo como resultado la expoliación de nuestras reservas oro del Banco de España y de las económicas (industriales, agrarias, etc.), y el otro, indirectamente, impuso un bloqueo económico que restringió nuestras posibilidades de recuperación y estabilización. Ahora bien, en lo que no estamos de acuerdo es con su tesis general de que las intervenciones estatales son justificadas e, incluso, obligatorias tan pronto surge un grave desequilibrio en el funcionamiento normal del sistema de cambios (página 8). Por las mismas razones y daños que este autor tan bien describe es por lo que no se debe acudir a la alteración de la moneda, porque supone un fraude, un esconderse la cabeza debajo del ala sin eficacia y sin consecuencias útiles para el bien común. La moneda es un ente ficticio, una unidad de medida del valor económico de los bienes materiales e inmateriales que crea la comunidad como medio técnico de simplificar el cambio: es unidad de valor, instrumento de cambio, medio de pago. Pero la moneda está, ante todo, en función del poder económico de un país y debe ser el signo que represente el equilibrio de valor de las transacciones. De aquí que cuando a la moneda se la altera, se le rompe su valor convencional y se le sustituye por uno nominal ficticio e irreal, deja de cumplir su cometido para pasar a ser un instrumento de especulación, de intriga y de desorden y, en cuanto afecta al ámbito jurídico, como medio de pago, resulta totalmente injusta y fraudulenta. En este punto sí que estamos de acuerdo con el conferenciante cuando en su página 10 manifiesta que «nos hallamos frente a un problema de justicia, y que aquí sí que está prohibida la retirada al jurista». Pero ya no tanto cuando adopta una posición relativista y pretende que se logre una justicia en adecuación a las circunstancias. Indudablemente que las circunstancias son elementos reales, vivos con los que debemos enfrentarnos, pero la función de la justicia, su logro es lo único veraz para todos los tiempos y momentos.

El método de alteración coactiva de la moneda, en la circunstancia que sea, no es lícito ni eficaz y mucho menos justo. Ni la teoría del mal menor, ni la del orden público (sin esencia ética y con fronteras elásticas y desdibujadas) pueden ponerse como fundamento porque siempre concluirán sin satisfacer los principios absolutos de la justicia.

Existen otros remedios más eficaces, existen otras técnicas más puras que la simple y fácil de una circulación iduciaria inflacionista. Donde hay dos cosas para repartir entre diez no es lícito ni honesto hacer creer que existen diez. De qué modo y cómo hay que repartir esas dos cosas (en el ámbito estatal, el patrimonio de riqueza nacional entre sus ciudadanos), es algo que los economistas tratan por los más diversos métodos y caminos. La solución del «pleno empleo» que brindó KEYNES en la última postguerra a sus conciudadanos británicos era una de esas soluciones. Ahora no podemos entrar en ver cuál sea el mejor método. Respecto a nuestra patria el señor IBARRA se pregunta: «¿Es qué no habrá una prudente previsión para atenuar e incluso borrar los trazos negros que una alteración coactiva del valor de nuestra moneda ha podido y puede esparcir entre los hombres y las tierras de España? (página 12). Y propugna una corrección justiciera para los socialmente débiles (que muchas veces, añade, no son los económicamente débiles) que, en definitiva, sería la aplicación de una conversión de valor o escala móvil, tal como hicieron las entidades de seguros, de acomodar los pagos finales a los valores efectivos desembolsados por el asegurado.

Aquí, en realidad, el autor se deja llevar por un espejismo. Si el Estado o gobierno crea unas normas y se lanza a una inflación mediante manipulaciones monetarias, ¿cómo va a prever una norma correctora? En primer lugar, su acto sería cínico, pues originador de la alteración con la medida correctora no sólo reconocería su pecado, sino que lo disculparía. ¿No sería mejor no haberla originado y dejarse de parches que sólo tapan la herida? Esto lo ha demostrado con sobrados argumentos VALET DE GOYTISCEO y los lectores podrán comprobarlo pronto en la «Revista Jurídica de Cataluña» donde aparecerá su trabajo que, gracias a su generosidad científica, hemos podido consultar anticipadamente. Por eso remito a quien pretenda creer lo contrario, de que inflación y justicia son compatibles, para comprobar que no, que ni las llamadas cláusulas de estabilización, a pesar de ser un remedio, logran restablecer la equidad inicial de las transacciones cuando la alteración monetaria se produce. *Moneta falsa et fraudulenta*, se decía ya en el Medievo, cuando las piezas de metal eran alteradas en su ley, peso o valor. Moneda falsa y fraudulenta habremos de repetir es aquella que el Estado moderno emite sin la debida equivalencia de valores entre su esencia como medida de valor y su función como medio de pago. Es que no se deben olvidar las genuinas funciones de la moneda: su instrumentalidad económica, su equidad jurídica, su empleo moral y su función distributiva política y socialmente.

MACDONALD, W. D.: «Fraud on the Widow's Share». Michigan, 1960. Ed. University of Michigan Law School. Un volumen de XVIII + 477 páginas.

El ilustre profesor norteamericano MACDONALD acaba de realizar un estudio muy profundo y documentado sobre el fraude que suele realizarse por el marido, respecto a una porción de bienes que dentro de su patrimonio le corresponden a la mujer. En términos del sistema de Derecho civil, podríamos decir que se trata del fraude realizado por el marido a la legítima viudal, aunque el sistema del «common law» se trate simplemente de un derecho a participar la viuda que fué dependiente económicamente de su marido de una parte (dower) de su patrimonio.

En la mayor parte de los Estados de la Unión Americana, la legislación prevé que la mujer pueda recibir una parte aproximada del patrimonio del marido en caso de que muera intestado e incluso contra la voluntad del marido. El profesor MACDONALD demuestra cómo la situación legal es todavía insuficiente porque resulta una protección inadecuada en el caso de las protecciones *inter vivos* realizadas por el marido; éste puede hacer esfumar todos o la mayor parte de sus bienes en perjuicio de la mujer. Es más, actualmente el problema se ha acentuado, ya que es frecuente que el marido disponga de su patrimonio *inter vivos* mediante el empleo del «trust» o negocio de confianza. Se acude muy frecuentemente a este medio en casi todos los Estados de la Unión, en donde es costumbre encontrar matrimonios de mero hecho (nuestras antiguas «barraganías») y no matrimonios contraídos legalmente.

Se han realizado serios esfuerzos para reformar esta insuficiente situación legal que no beneficia y alcanza los negocios que en vida puede llevar a cabo el marido. El estudio del profesor MACDONALD es una contribución importante en la problemática del caso y realiza un análisis profundo. Con un acopio de datos judiciales, estadísticas y sentencias de los Tribunales, el autor trata de dar soluciones a esta cuestión para evitar el fraude realizado por el marido. Hasta su obra apenas se había discutido esta materia, según hace ver PALMER, pero su valor más grande está en la aclaración de la materia legislativa; sus proposiciones de *lege ferenda* merecen especial atención, tanto para los legisladores de los respectivos Estados de la Unión, como para los grupos interesados en mejorar la ley.

Para nuestro sistema jurídico esta obra tiene un valor concreto, tanto por las enseñanzas de su método empírico de trabajo, como por la valoración de la realidad social y judicial que realiza; sus conclusiones nos revelan un camino nada desaprovechable para situaciones análogas en nuestra problemática jurídica.

MARTINEZ VAL, José María: «En torno al «Quijote» (Dos ensayos jurídicos)». Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos. Ciudad Real, 1960. Un folleto sin paginar.

El Quijote ha atraído de antiguo la atención de los investigadores de todos los campos, que con entusiasmo han ido relacionando el Libro inmortal con las más diversas disciplinas. Los juristas no podían estar ausentes de esa tarea y, en efecto, han sido varios los que han estudiado el Derecho —o zonas concretas del mismo— en el Quijote. Uno de los trabajos modernos más notables en este orden ha sido el De Buen. Y ahora se nos ofrece un nuevo ensayo. Su autor, José María Martínez Val, está especialmente preparado para estudios de este tipo por su doble condición de Doctor en Derecho y en Letras; por otra parte, su origen manchego le hace abordar con especial cariño los temas relacionados con el Quijote.

Advierte inicialmente Martínez Val que no se trata de extraer de una obra esencialmente literaria como el Quijote una filosofía jurídica completa, sino simplemente de hallar puntos de vista sobre el Derecho, siquiera sean fragmentarios y dependientes de concretas coyunturas de la historia real o de la fábula de la imaginación. Sitúa para ello a Cervantes ante la realidad social de su tiempo, estudiando concretamente su actitud ante la institución de la Santa Hermandad y ante el hecho de la expulsión de los moriscos. Señala luego la posición de Cervantes ante el problema de la guerra justa y examina con cierto detenimiento sus criterios sobre el Derecho penal.

Interés especial nos ofrecen los pasajes del Quijote en que se tocan materias de Derecho civil; Martínez Val cita varios en los que se habla de la licencia para el matrimonio, de la troncalidad, de los censos y de la esclavitud. Por lo demás, hay, en relación con el Derecho, tres posiciones significativas de don Quijote: su exaltación de las armas, su apología de la contribución de las letras a las leyes y su crítica de los malos jueces. Concluye Martínez Val su trabajo con una valoración del Quijote desde el punto de vista jurídico, en la que pone de relieve las dos raíces —cristianismo y clasicismo— que dan a la obra su auténtico sentido.

Grata, muy grata, resulta la lectura de este opúsculo. Lástima que la edición esté bastante descuidada: las páginas van sin numerar y algunos ejemplares se han cosido erróneamente.

J. M.^{te} CASTÁN VAZQUEZ

MELANGES OFFERTS A JACQUES MAURY: I. «Derecho International privé et public». **II** «Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé». París, 1960. Ed. Librairie Dalloz y Sirey. Dos volúmenes de XXII + 599 y 596 páginas respectivamente.

Un conjunto de estudios referentes a la teoría general del Derecho, al Derecho comparado, al Derecho internacional público y privado y al Derecho civil y mercantil realizados por los admiradores, discípulos y amigos del profesor MAURY, se reúnen en estos dos volúmenes como homenaje a su jubilación. Como internacionalista su posición y teoría han dejado buena huella.

en el ámbito de la doctrina española, así como en el resto del mundo. Gran privatista, sus trabajos resaltan por sus estimadas cualidades, una información perfecta y minuciosa, escrupulosidad científica y su profundidad de reflexión. El Derecho internacional privado es cultivado por él con especial atención y sus contribuciones de gran valor, según puede apreciarse por la bibliografía recogida y examinada de este gran maestro.

No podía faltar que los demás juristas y discípulos ofreciesen un homenaje a quien tanto contribuyó por lograr lazos más íntimos, comprensibles y amistosos, defendiendo los principios más puros del Derecho privado con una amplitud de miras a la tarea de la justicia. Profesores españoles, italianos, alemanes, griegos y sus compañeros franceses, fundamentalmente, han querido resaltar su laboriosa tarca, y hemos aquí con las aportaciones que hoy se reúnen en estos dos magníficos volúmenes, tanto por la variedad de temas que contienen, como por la calidad de los autores que se los dedican.

Después de dar un perfil de la personalidad del profesor MAURY y de su obra, se comienza el tomo primero con una serie de estudio de Derecho internacional privado y público.

El profesor AGUILAR NAVARRO aporta un trabajo sobre el «Derecho internacional público y Derecho internacional privado»; ALFONSO realiza una «contribución al estudio de la relación jurídica en Derecho internacional privado»; BATTIFOL trata sobre el «Objetivismo y subjetivismo en el Derecho internacional privado contractual»; BEITZKE estudia las «Cuestiones de abordaje en Derecho internacional privado alemán»; BOULBES analiza «la atribución de la nacionalidad francesa por filiación en el caso en que exista un conflicto de paternidad suscitado por un conflicto de leyes»; FRANCESCO vuelve sobre el tema «Derecho natural y Derecho internacional privado»; GOLDSCHMIDT examina a «Jacques Maury y los aspectos filosóficos del Derecho internacional privado»; LOUIS-LUCAS hace «La distinción del fondo y de la forma en la reglamentación del conflicto de leyes»; MAKARON realiza unas «Reflexiones sobre la interpretación de las circunstancias de dependencia en las reglas de conflicto que forman parte de una convención internacional»; MARINKIS hace otras «Reflexiones sobre la cuestión del fraude a la ley según el Derecho internacional privado»; MARTÍN DE LA MOUTTE estudia «La reforma de las jurisdicciones antes del 22 de diciembre de 1958»; MESTRE hace «Algunas observaciones sobre el affaire» del Lac Lanoux»; MEZGER dedica su trabajo a «La jurisprudencia francesa relativa a las sentencias arbitrales extranjeras y a la doctrina de la autonomía de la voluntad»; MIJADA DE LA MUELA advierte «La influencia del Decano Maury sobre los especialistas españoles del Derecho internacional privado»; MILLIOT se refiere a «El estatuto personal de los musulmanes algerios»; MÓNACO trata «El régimen de las sociedades en el mercado común europeo»; MOTULSKY perfila «El oficio del juez y la ley extranjera»; DE NOVA se refiere a los «Conflictos de leyes y las normas que fijan su propio dominio de aplicación»; OURILAC se pregunta: «Existe una nacionalidad andorrana?»; RAYNAUD trata los «Conflictos de leyes en torno a la acción alimentaria de los hijos adultos e incestuosos»; ROTONDI refiere los «Efectos internacionales de las expropiaciones y de las nacionalizaciones respecto de las marcas»; SCHELLER presenta «La actitud gubernamental en materia de procedimiento arbitral»;

SEIDL-HOENVELDERN trata «El orden público internacional y el fraude a la ley. Su importancia en Derecho internacional público»; SEVIC señala los nuevos desarrollos concretos del Derecho internacional privado mercantil turco; VALLINDAS precisa los conceptos «Derecho internacional privado *lato sensu* y *stricto sensu*»; VELLAS muestra «El desenvolvimiento comunitario de los países subdesarrollados»; WEIL refiere «Un caso espinoso de competencia legislativa en materia de responsabilidad delictual: disociación del acto generador de responsabilidad y el del lugar del perjuicio»; YANGUAS MESSIA expone «Las tendencias autonomistas contemporáneas en el Derecho internacional privado», y por último, ZWEIGERT trata la «Metodología del Derecho comparado».

En el segundo tomo, bajo el título «Derecho comparado» se recogen los trabajos siguientes: ANCEZ, «Política legislativa y Derecho comparado»; AZPIRIA, «En torno a la unificación del Derecho privado»; BLANCO SÁNCHEZ, «Problemas planteados por el régimen matrimonial de bienes en el Código civil español»; CASTÁN TOBEÑAS, «La responsabilidad del heredero por las deudas del de *cujus* en Derecho español y en Derecho comparado»; DE CASTRO Y BRAVO, «Los usos en el proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional»; DAUVILLIER, «El contrato de fletamentos en el Derecho de la antigüedad»; DAVID, «Causa y Consideration»; FRAGISTA, «Los precedentes judiciales de la Europa continental»; MARTY, «La experiencia francesa en materia de responsabilidad civil y las enseñanzas del Derecho comparado»; MONTANÉ DE LA ROQUE, «El art. 38 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 y la Ley de poderes especiales de 4 de febrero de 1930»; PI SUÑER, «Los recursos contenciosos administrativos en la legislación española»; SARFATTI, «Los primeros pasos del Derecho comparado», y SOLÁ CAÑIZARES, «La distinción entre la acción y la obligación en Derecho comparado».

La tercera parte está dedicada a la teoría general «Del Derecho y al Derecho privado» con los siguientes trabajos: DE BOYER, «La noción de equidad y su papel en la jurisprudencia de los Parlamentos»; BRIMO, «El concepto de forma y de contenido del Derecho en la teoría general del Derecho»; CHARLIER, «Vicisitudes de la Ley»; DUPEYROUX, «La jurisprudencia, fuente abusiva del Derecho»; EISENMANN, «La relación entre la competencia jurisdiccional y el Derecho aplicable en el Derecho administrativo francés»; HAURIU, «Instituciones políticas y tasas de desarrollo económico»; HEBRAUD, «El papel respectivo de la voluntad y de los elementos objetivos en los actos jurídicos»; HÉRAUD, «La validez pública»; LE BRETON, «La conclusión de la falta sucesoria»; MERLE, «Los teólogos ante la pena de muerte»; ROUBIER, «Del efecto de las leyes nuevas sobre los procesos en curso»; SAVATIER, «La introducción y evolución del bien-clientela en la construcción del Derecho común francés», y VIALETTE, «Familia, patrimonio y vocación hereditaria en Francia después del Código civil».

Como puede apreciarse por el interés de los temas, estos dos volúmenes constituyen una aportación de gran valor a la ciencia del Derecho contemporáneo.

PALOMAR LLOVET y ROVIRA MOLA: "Las multas municipales en el Derecho español". Barcelona, 1960. Ediciones Palestra. Un volumen de 248 páginas.

Un tema poco tratado y que merece atención por este libro bien sistematizado y elaborado bajo una concepción unitaria de las multas municipales, aunque su diversidad haya obligado a los autores a elaborar una parte especial dedicada a mencionar las particularidades más destacadas. Una primera parte, trata de los principios generales y normas comunes a toda clase de multas que, en el Derecho municipal español, tienen el denominador común de ser penalidades emanadas de la potestad sancionadora atribuida a los órganos de gobierno y administración de las Entidades municipales y, además, exacciones o recursos de su Hacienda.

Como advierten en la presentación de su obra, el carácter de sanción que conviene a toda especie de multas, les ha inducido a considerar como centro o causa de la multa, la falta municipal, que estiman debe fundarse en criterios eminentemente morales de responsabilidad que resulta de las infracciones en materia de competencia municipal, por donde ha de llegarse al concepto técnico-jurídico de la falta municipal, el cual, por lo demás, tiene apoyo en los textos vigentes en la actualidad.

Tras analizar los conceptos generales sobre las multas, se expone en esta obra el cuadro sistemático de las que pueden imponer los Ayuntamientos para ver los presupuestos objetivos de la multa; sus causas los requisitos de las faltas que han de ser sancionadas, particularmente su antijuridicidad; los sujetos activos y pasivos de la multa; los casos que afectan a los menores de edad, incapacitados mentales y personas jurídicas. Se añade, además, el carácter administrativo con que la multa se impone y procedimiento para tal imposición; la ejecutividad del acto administrativo; la recaudación del montante; las multas del organismo administrativo en sí, esto es, las que pueden imponerse a los concejales, a los funcionarios y al personal no funcionario; las multas delegadas por el Gobierno, analizando las que afectan a materia escolar, de orden público y de espectáculos, las que responden a atribuciones propias municipales; las que recaen en la materia de circulación, de urbanismo y de empadronamiento; las multas de carácter fiscal y las multas contractuales.

Se concluye la obra con un Apéndice del cuadro de multas del Código de Circulación y con la bibliografía del tema.

J. H. C.

PUIG PEÑA: «Tratado de Derecho civil español. I. Parte General. Vol. II. Los actos jurídicos». Madrid, 1958. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de 751 págs.

Dentro de la línea que se impuso PUIG PEÑA de elaborar un manual del Derecho civil español que recogiese las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales de esta última epata, tan rica en transformaciones dentro

del Derecho privado, añade ahora un volumen más correspondiente a la Parte general del Derecho civil que trata de la persona y del negocio jurídico.

La novedad sistemática de esta obra está en que agrupa estas materias bajo el título y aspecto de la «relación jurídica», es decir, una denominación más amplia y abstracta que sea capaz de contener los dos aspectos que ella implica: el subjetivo, de la persona, y el objetivo, de las cosas o de la relación misma en sí. De este modo su obra comienza con el estudio de la teoría de la relación jurídica, donde se destacan las posiciones de los profesores DE CASTRO Y BRAVO y CASTÁN. El capítulo segundo analiza el sujeto de la relación jurídica, el concepto de persona, continuándose el análisis del titular del Derecho subjetivo, particularmente en lo referente a los derechos de la personalidad, la capacidad y sus limitaciones, la nacionalidad, la ausencia, la declaración de incapacidad y el domicilio. Como prueba del estado de las personas se trata el Registro civil y, en capítulo aparte, se hace el tratamiento de la persona jurídica y de las personas jurídicas en particular (la asociación y la fundación).

El aspecto objetivo de la relación jurídica comienza con la doctrina jurídica de las cosas, en cuanto objetos del derecho subjetivo y del patrimonio. Después, hace referencia a la «vida del derecho subjetivo» precisando bajo este título la adquisición y modificación de los derechos, su ejercicio y extinción.

Capítulo aparte constituye el negocio jurídico y su teoría general, así como el estudio de los elementos esenciales (la voluntad, la declaración de voluntad y la causa), los elementos accidentales, la representación y la interpretación y prueba del mismo. Se concluye refiriéndose a la eficacia e ineficacia del negocio jurídico (invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, ineficacia relativa, convalidación y ratificación) y a las transgresiones jurídicas.

La obra es un buen índice de la labor que la doctrina privatista española ha realizado en estos últimos años.

J. H. C.

SANCHO REBULLIDA, Francisco: «Usufructo de Montes», Barcelona, 1960, 143 págs.

Saludamos jubilosamente esta nueva aportación que, en nuestra doctrina, se hace al estudio del derecho real de usufructo. No poseemos, ciertamente, una obra general sobre tan fundamental institución, a diferencia de la doctrina italiana, donde son, o se harán clásicos los tratados de VEENEZIAN, PUGLIESE y BARBERO. Sin embargo, existen trabajos monográficos sobre aspectos parciales de la figura de la más estimable calidad. Así, los de COSSIO, BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, DALMASES, DíEZ-PICAZO, MORENO QUESADA, ALFONSO GARCÍA VALDECASAS y FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO. Viene la nueva monografía del profesor SANCHEZ REBULLIDA a continuar esta línea constituyendo una acabada y perfecta investigación sobre el artículo 485 del Código civil, que no había merecido con anterioridad apenas atención, no obstante la frecuente aplicación del usufructo de montes en determinadas regiones españolas.

El nuevo libro de SANCHEZ REBULLIDA responde—entre otras—a una exi-

gencia digna de regulación justa, que tal vez no se encuentre en el Código civil: el evitar el auténtico «expolio» que puede cometer el nudo propietario a la terminación del usufructo, al amparo del no muy afortunado artículo 355 de nuestro Código. Por ello, el capítulo V dedicado a la liquidación del usufructo de montes puede considerarse como un modelo de interpretación finalista de preceptos legales, que le lleva a la trascendental conclusión de que «una vez rota o debilitada la rigidez legal que resulta de una interpretación estricta del artículo 335 del C. c. y la rigidez dogmática desultante de exigir para la calificación del fruto civil que sea un derecho o pretensión, atendida, en cambio, la funcionalidad económica del beneficio, puede ya defenderse que el incremento leñoso o maderable de los bosques talares debe considerarse como fruto civil o, si se quiere, como fruto *especial* sometido a algunas normas propias (el art. 485) y, en lo demás (liquidación), a las de los frutos civiles» (pág. 118). Esta solución, deducida del examen atento de la clasificación de los frutos y de la naturaleza intrínseca de los mismos, favorece en grado sumo al usufructo, que ve cómo el fruto debido a su esfuerzo y cuidado puede beneficiar exclusivamente al nudo propietario, quedándole en compensación, a todas luces insuficiente, la protección del artículo 427, párrafo 3.º, del Código civil.

No queda en lo expuesto todos los aciertos que podemos anotar en el haber científico de SANCHO REBULLIDA. Si sorprende la finura en el análisis y la riqueza de su profunda formación jurídica en el citado capítulo V, no menor admiración causa la exégesis del artículo 485. SANCHO REBULLIDA, sobre la base de las obras de TRIFONE y la de menor calidad de ROMAGNOLI, hace un estudio histórico del usufructo de montes moviéndose con soltura en el laberinto de las fuentes, de tan discutible interpretación en ocasiones. Y es de destacar en este punto cómo el autor no incide en esa moda tan corriente de exponer sin orden ni concierto los antecedentes históricos de las instituciones, como trámite de obligación. Su preocupación es engarzar las conclusiones que brotan de un atento empleo del método histórico, con la problemática que en la actualidad nace del 485. Es así únicamente la manera de que el citado método dé sus plenos y óptimos rendimientos.

Una vez analizada históricamente la figura, SANCHO REBULLIDA entra en la interpretación del artículo 385. A la palabra «monte» que utiliza el párrafo 1.º del precepto, le da la significación del artículo 4.º del R. D.-L. de 30 de mayo de 1928, afirmando que «es monte todo predio rústico cuyos aprovechamientos no requieren un cultivo agrícola permanente o periódico» (página 53). Se adhiere a la interpretación que el profesor GARCÍA VALDECASAS (Alfonso), da de las palabras «forma y sustancia» del 467, viendo reproducido en el párrafo 1.º del 485 el conjunto de forma y sustancia; en el párrafo 2.º, el criterio de la forma (destino económico); y en el párrafo 3.º la remisión al criterio del respeto a la sustancia (valor). Con agudeza lleva al lector el autor al resultado de que el párrafo 1.º no es el menos importante del artículo 485, como una visión superficial deduciría, sino el fundamental, en tanto que la facultad de aprovechamiento del usufructuario puede permitirle la realización de actos que los restantes párrafos vinculan a situaciones concretas.

Es también sumamente interesante su crítica del párrafo 4.º. El mismo, a juicio de SANCHO REBULLIDA, no se refiere a los viveros propiamente dichos,

porque aplicándolo «el vivero dejaría pronto de serlo» (página 80), sino al bosque joven, recién poblado, porque todo él es capital, en principio. Señala también acertadamente que la facultad que le confiere el Código de hacer entresaca puede ser obligatoria cuando el no hacerla acarree daños a la finca y signifique negligencia, a tenor del artículo 497.

La obra termina con un estudio de la figura en el Derecho catalán que cobra máxima importancia a la vista de la Compilación del derecho civil.

En suma, estamos ante una de las monografías que no vacilo en calificar como de las más importantes que últimamente se han publicado en nuestra Patria, que tiene, entre tantas, la virtud de replantear la problemática de conceptos que habían adquirido la rigidez e inmovilidad de lo conservador. Quizá, por ello, se pueda discutir alguna de las soluciones, pero cumple así una de las misiones de toda obra científica: plantear interrogantes, nuevas cuestiones, e inquietud en el ánimo de los lectores, que ven socavados seriamente sus esquemas de pensamientos tradicionales sobre determinadas instituciones.

Sería ocioso, por último, proceder al elogio de la personalidad científica del autor, después del elegante y veraz *prólogo* de una voz tan autorizada en nuestra ciencia jurídica como la del profesor LACRUZ BERDEJO. Únicamente queremos compendiar nuestro particular juicio, calificando a SANCHO REBULLIDA como uno de las más destacadas individualidades de la «joven generación» de civilistas patrios.

A. GULLÓN BALLESTEROS

SERICK, Rolf: Durgrißprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen. Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Heft 42. Verlags C. F. Müller. Karlsruhe, 1959.

En este cuaderno de la Sociedad de Estudios Jurídicos de Karlsruhe se recoge una conferencia que en ella diera el profesor SERICK. Condensa, desarrolla y también modifica o retoca, lo dicho por este autor en su obra fundamental sobre la persona jurídica (1). Su mayor interés está en los nuevos matices aportados, acentuando la tendencia a estimar excepcionales los supuestos de «apertura» de la persona jurídica.

Centro de este estudio es el supuesto del incumplimiento de los contratos, el caso, por ejemplo, de que X, S. A. no pueda o no quiera cumplir lo pactado y que el acreedor se dirija entonces contra Z, S. A. que domina a X como sociedad principal (o contra Y socio único de X).

Rechaza, ante todo, la posibilidad de aplicar los criterios de la condición de órganos de la sociedad (X, como órgano de Z o utilizado como tal por Z), de la relación de consorcio entre sociedades y de la sucesión en la función, por ser todas ellas figuras peculiares de ciertas disposiciones especiales (tributarias, sociedades, Derecho público) y que, por ello, no pueden extenderse a supuestos propios del Derecho privado.

(1) Rechtsform und Realität juristischer Person, 1955, reseña en A. D. C., IX, 3.º (1957), págs. 977-979, por Carlos R. Fernández Rodríguez. Traducción: Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, 1958, prólogo de Antonio Polo, traducción y comentarios de José Puig Brutau. Sobre ella, nota crítica de Juan Vallet de Goytisolo, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, A. D. C., XI, 4.º (1958) p. 1173-1186.

Se plantea después la cuestión de si puede utilizarse la figura del abuso de Derecho objetivo (contra el fin del ordenamiento jurídico, contra la equidad) para «penetrar» en el interior de la persona jurídica, y afirma que los casos en que la utiliza el T. S. alemán, tienen carácter excepcional y se refieren a situaciones resultantes de la guerra (compensación de deudas y créditos respecto al «Reich»).

En relación con ella, trata de la posibilidad de que se considere la conexión o dependencia económica («wirtschaftliche Betrachtungsweise»). Mostrando que su valoración se justifica en el Derecho fiscal, pero que no debe nunca aplicarse en cuestiones civiles y mercantiles para justificar la apertura de la persona jurídica. Esta misma dirección, dice, sigue el Tribunal federal, que ha rechazado terminantemente la posibilidad de «penetrar» en el interior de la persona jurídica en base sólo de la dependencia económica (caso de «Volkswagensparers», 1958).

Crítica las teorías de quienes defienden la posibilidad de un abuso objetivo de la persona jurídica y lo fundan en el principio de la apariencia jurídica, en la protección de la confianza (conexión o dependencia visible o conocida) o en la defensa del orden público. Sobre todo, pone de relieve el peligro que supondría para la seguridad jurídica y advierte, además, que ello significaría abandonar la equiparación jurídica entre persona física y persona jurídica, establecida por la ley.

Reconoce haber intentado describir casos de abuso objetivo de la persona jurídica (fraude a la ley, fraude contractual, daño fraudulento a tercero) (2); mas entiende que pueden reducirse considerando también el aspecto subjetivo del abuso o fraude. En esta misma dirección se ha manifestado la jurisprudencia más moderna, que exige tener en cuenta el punto de vista subjetivo, para admitir infracción de la buena fe o las buenas costumbres, respecto a las personas jurídicas (socio único, BGH, 1957), lo que le lleva a afirmar más aún el carácter excepcional de la apertura de la persona jurídica.

Después de discutir y rechazar las críticas dirigidas a la teoría del abuso subjetivo del derecho, respecto a las personas jurídicas, y de señalar lo anómalo del supuesto de apertura de la persona de arriba abajo (del socio a la sociedad), estudia como cuestiones nuevas, la posibilidad del ejercicio de excepciones (moratoria, compensación, concordato) y la exigencia de contra-prestación, por quien resulte obligado después de la apertura de la persona jurídica.

Concluye el trabajo, recogiendo y haciendo suyas las ponderadas palabras del profesor de Barcelona, don Antonio Polo: «Los riesgos que amenazan la *seguridad jurídica* cuando se pierde el respeto a la figura formal de la persona colectiva, para *penetrando* a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el *daño que resulta de no respetar aquellas*, salvo casos excepcionales, *puede ser mayor* que el que provenga del *mal uso* que de las mismas se haga» (3).

C. B.

(2) Rechtsform, págs. 17-33; Apariencia y realidad, págs. 44-81.

(3) Prólogo citado, p. 18.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BENDER, Bernd: *Inhalt und Grenzen des Gebot der verfassungskonformen Gesetzesauslegung*, MDR, año 13, núm. 6, junio 1959; pág. 441-447.

Contenido y límites de la necesidad de que la interpretación de las leyes tenga un significado de acuerdo con los preceptos de las normas constitucionales. Se trata de un mandato metodológico de Derecho constitucional que debe ponerse en práctica cuando una ley ofrezca varias interpretaciones posibles y sólo una sea conforme a la Constitución.

BRAZ TEIXEIRA, Antonio: *A filosofia jurídica portuguesa actual*, BMI, núm. 39, octubre 1959; págs. 268-331.

La moderna filosofía jurídica portuguesa es una filosofía beligerante en el sentido de Ortega. El antipositivismo que la caracteriza no consiste en una crítica, sino más bien en una superación del positivismo jurídico.

PERE RALUY, José: *Jurisprudencia Civil. Año 1958. Fuentes y Derecho de personas. Familia y Sucesiones*, P, año VIII, núms. 83-84, julio-agosto, páginas 5-30.

Indicación de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección dictadas durante el período de 1958 y en las materias expresadas en el epígrafe.

TRABUCCHI, Alberto: *Il nuovo diritto onorario*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 495-508.

La refundición en el Código Civil de la materia mercantil constituye en Italia un fenómeno de auténtica revolución jurídica que obliga a la configuración de principios jurídicos que superan las exigencias de la anterior legislación comercial. En el desarrollo de los mismos la rígida observancia de la legalidad es desplazada por una orientación hacia la observancia de una justicia sustancial. El propio legislador facilita y fomen

ta esta orientación a base de fórmulas de llamada a la equidad, a los principios generales del Derecho, etc. Ello ha supuesto a veces una alteración en el sentido de ciertos valores tradicionales y en el método de aplicación del Derecho.

2. Derecho de la persona.

FUENTES LOJO, Juan V.: *Algunos supuestos de aplicación práctica de la nueva legislación sobre Registro civil*, P, año VIII, núms. 85-86, septiembre-octubre 1959; págs. 79-83.

Breves notas en torno a estas cuestiones en relación con el Registro Civil: inscripción de nacimientos fuera de plazo, inscripción de desaparecidos, conservación de apellidos por el hijo natural, inscripciones sobre adquisición o conservación de vecindad, inscripción de la adopción en España de nacido en el extranjero.

KAESTLIN, H.: *Der Persönlichkeitsschutz nach schweizerischen Recht*, NJW, año 12, núm. 23, 1959; págs. 1009-1013.

Visión de conjunto de las normas de protección de la personalidad en el Derecho suizo. Simplicidad, unidad y claridad caracterizan al Código en este punto. Aspectos prácticos de la cuestión. Artículos 27 a 30.

MÜNZEL, Karl: *Nachträgliche Erteilung einer verweigerten Genehmigung?*, NJW, año 12, núm. 14, 1959; págs. 601-604.

Necesitando un negocio jurídico de la ratificación privada u oficial, si ésta se niega el negocio deja de existir como tal. Por eso, una ratificación otorgada después de su inicial negativa requiere una nueva celebración del negocio; ya que la ratificación no podía otorgarse sobre la nada. Esta es la posición de la jurisprudencia alemana, que el autor critica como funesta y entorpecedora para la práctica.

OROZCO ANTEQUERA, Alfonso: *El principio de publicidad en el Registro civil*, P, año VIII, núms. 83-84, julio-agosto 1959; págs. 65-98.

Estudio de la publicidad en el Registro Civil, en su doble aspecto de publicidad material y formal. La primera tanto se refiere a los efectos de la inscripción respecto al hecho que constata como a la «de» que produce el asiento con relación a terceros que conocen su contenido. La segunda entraña los modos o procedimientos para conocer el contenido del Registro. Examen detallado de cada uno de estos medios: manifestación, certificaciones, notas. Casos especiales. Régimen económico. Denegación de certificaciones.

PASCUAL NIETO, Gregorio, y RUIZ HUERTA, Juan: *La reforma de la Legislación del Registro civil y el Derecho internacional privado*, P, año VIII, números 83-84, julio-agosto 1959; págs. 31-64.

Sistematización de la nueva Legislación del Registro Civil (Ley de 1957 y Reglamento de 1958) en las materias que se relacionan con el Derecho internacional privado: nacionalidad, estado y capacidad, matrimonio y auxilio internacional.

RAVE, Rafael: *Calificación en el Registro Civil*, P, año VIII, núms. 78-79, febrero-marzo 1959; págs. 130-134.

Mecanismo de la calificación en el Registro del estado civil. Posición del encargado del Registro en su función calificadora según la nueva Legislación: documentos calificables, función de oficio, clases de títulos, efectos de la calificación, notificación, recursos.

RUI DE ALARCÃO: *Forma dos negócios jurídicos*, BMI, núm. 86 mayo 1959, págs. 177-224.

En forma articulada, seguida de comentario exegético, se analiza el problema de la forma en el negocio jurídico: principio de libertad de forma, forma legal (consecuencias de su inobservancia, ámbito), forma voluntaria. Sigue, como apéndice, un trabajo de Paes da Silva sobre los «Requisitos de la forma escrita». El estudio va destinado a la reforma del Código civil portugués. ?

RUI DE ALARCÃO: *Reserva mental e declarações não sérias*, BMI, núm. 86, mayo 1959; págs. 225-231.

La reserva mental no da lugar a la nulidad, a no ser que el destinatario de la declaración la conociera. Las declaraciones en broma, en la esperanza de que la otra parte conocía la falta de seriedad, son ineficaces; en otro caso provocan una obligación de indemnizar. Estudio en forma articulada, con exégesis, y para la reforma del Código civil portugués.

RUI DE ALARCÃO: *Declarações expresas e declarações tácitas. O silêncio*, BMI, núm. 86, mayo 1959; págs. 233-241.

Principio de libertad declarativa: declaraciones expresas y tácitas. Supuestos de eficacia declarativa del silencio. Articulada y comentario exegético para el Antoproyecto de reforma del Código civil portugués.

RUI DE ALARCÃO: *Invalidade dos negocios jurídicos*, BMI, núm. 89, octubre 1959; págs. 199-267.

Separada de la inexistencia y de la «simple ineficacia» o ineficacia en sentido estricto, se articula y comenta la invalidez del negocio jurídico como anteproyecto sobre la materia para la reforma del Código civil portugués: nulidad por contravención de la ley, invocación de la nulidad y anulabilidad, modo de ejercicio del derecho de anulación, plazo, confirmación, efectos de la nulidad y de la anulabilidad, inoponibilidad a terceros, nulidad parcial, conversión.

WEIMAR, Wilhelm: *Für den juristischen Nachwuchs: das bedingte Rechtsgeschäft*, MDR, año 13, núm. 6, junio 1959; págs. 457-459.

Conveniencia de examinar dónde recae la eficacia de la condición en los negocios condicionales: en el aspecto o vínculo obligatorio o en la ejecución o fuerza real de los mismos.

3. Derecho de las cosas.

ALONSO YAGÜE, J. J.: *Jurisprudencia de propiedad industrial (Derecho registral industrial y comercial)*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 147-164.

Reseña de jurisprudencia sobre propiedad industrial en la materia indicada durante el período enero-febrero de 1959: patentabilidad, distintividad.

HAEGER, S.: *System und Grundlagen des Filmvertragsrechts*, NJW, año 12, núm. 15, 1959; págs. 656-661.

Sistema y bases fundamentales de los contratos cinematográficos en su triple manifestación de contratos de producción, contratos de explotación y contratos de exhibición.

PINTO COELHO, Iuís: *Do usucapião*, BMI, núm. 88, julio 1959; págs. 159-166.

Sin comentario ni referencia alguna ofrécese por el autor el anteproyecto de articulado de la usucapión con destino a la reforma del Código civil portugués: disposiciones generales, usucapión de derechos reales sobre inmuebles, usucapión de derechos reales sobre muebles, usucapión de derechos con objeto distinto de las cosas corporales.

PINTO COELHO, Luis: *Da Posse*, BMI, núm. 88, julio 1959, págs. 139-158.

Mero articulado, sin comentario alguno, redactado por el autor para la reforma del Código civil portugués: disposiciones generales, defensa de la posesión, derechos y obligaciones del poseedor vencido en la cuestión de titularidad del derecho (cosas corporales y otras).

4. Obligaciones y contratos.

ANGELONI, Vittorio: *La conformità al contratto della cosa venduta nel progetto di legge uniforme sulle vendite internazionali di cose mobili*, RDC, año LVII, núm. 7-8, julio-agosto 1959; págs. 241-251.

Se trata del mismo trabajo publicado por el autor en este Anuario (fascículo 4.º del tomo de 1958). El proyecto en cuestión (1956), después de haber establecido la obligación de entregar la cosa en conformidad con el contrato, indica cuándo falta dicha conformidad, determina la carga del comprador de constatar esa circunstancia y establece las sanciones del vendedor.

AZZARITI, Giuseppe: *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, RDDC, año I, núm. 5, septiembre-octubre 1959; 2.ª parte, páginas 469-482.

Comentario crítico de una sentencia de la Corte de Casación italiana (2º febrero 1958) que defiende la autonomía, y sus consecuencias, de las acciones derivadas de culpa contractual y extracontractual. Consideración de estas dos cuestiones: a) Posibilidad o no de que la violación de deberes contractuales pueda originar, al mismo tiempo, una obligación de indemnización extracontractual. b) Posibilidad o no de acumulación de ambas acciones en un mismo juicio.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Locales de negocio (Resumen jurisprudencial de 1958)*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 165-182.

Jurisprudencia sobre arrendamiento de local de negocio en 1958: objeto de la relación, renta y su revisión, retracto, sucesión, traspaso, obras de conservación, prórroga, subarriendo, resolución, jurisdicción y procedimiento.

BERTZEL, Karl: *Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherrn*, ACP, tomo 158, núms. 2-3, octubre 1959; págs. 107-150.

Examen de la doctrina y de la jurisprudencia en torno al problema de si corresponde o no un poder de representación al gestor de negocios sin

mandato. Después de examinar los más importantes Derechos extranjeros concluye el autor que, al menos en el caso de la «gestión de negocios de necesidad», se atribuye al gestor un poder de representación. Es orientación que ante el silencio legal ha sido elaborada por doctrina y jurisprudencia. Alemania no constituye excepción en esta evolución.

BÖHMER, Emil: *Ein Angriff auf die Betriebsgefahr*. MDR, año 13, núm. 6, junio 1959; págs. 447-449.

Se muestra el autor contrario a las afirmaciones de Raschorn (NJW, 1958, 1950), que entiende que en materia de accidentes de tráfico el principio del riesgo va desplazando al de la culpa. La responsabilidad por el llamado «riesgo de explotación» no borra en modo alguno la consideración del elemento culpa.

BRAGA, S.: *Der Schadensersatzanspruch nach § 323 BGB und die Aufrechnung und Abtretung (§ 404 und § 406 BGB)*, MDR, año 13, núm. 6, junio 1959; páginas 437-441.

Incurriendo en mora una parte en un contrato bilateral, la otra puede señalar un plazo para el cumplimiento indicando que no aceptará la prestación una vez transcurrido ese plazo. Transcurrido éste puede exigir indemnización por incumplimiento o desistir del contrato. Es doctrina contenida en el § 326 BGB. Naturaleza de la compensación en relación con la pretensión de indemnización indicada, posible cesión de la misma. Situación jurídica al amparo del § 326.

DEUTSCH, Erwin: *Die Erfüllung von Schuldverträgen im internationalem Privatrecht des Staates New York*, ACP, tomo 158, núms. 2-3, octubre 1959; págs. 223-255.

Cuestiones relativas al cumplimiento de los contratos según el Derecho internacional privado del Estado de Nueva York, que no conoce un estatuto unitario del contrato, con lo cual las cuestiones relativas al cumplimiento de someter a normas distintas que las vigentes para otros aspectos del contrato.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *El pago anticipado*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio septiembre 1959; págs. 37-117.

El pago anticipado presenta dos órdenes fundamentales de problemas: el relativo a su posibilidad y presupuestos y el relativo a su eficacia y presupuestos. Previamente hace el autor unas indicaciones sobre el tiempo como

circunstancia de las relaciones obligatorias. El tiempo puede establecerse en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Se estudia a continuación el acto de anticipación y su naturaleza y después el vencimiento anticipado como circunstancia que da lugar a un pago anticipado. Supuestos mercantiles y efectos del pago anticipado.

FLUME, Werner: *Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts*, NJW año 12, núm. 21, 1959; págs. 913-922.

La llamada «reserva de dominio prorrogada» se ha convertido en el Derecho alemán en una condición general de los negocios que tiene lugar cuando los bienes comprados con reserva de dominio están destinados a la reventa y el nuevo comprador no paga el precio al contado. Delimitación de la figura y problemática de la institución, sancionada sin lugar a dudas por el BGH en 1953.

GARCÍA HIRSCHFELD, Luis: *La prórroga legal y la prórroga voluntaria en el contrato de arrendamiento urbano*, P, año VIII, núm. 77, enero 1959; páginas 54-60.

Examinada la jurisprudencia y contrastada con las orientaciones doctrinales se declara por el autor válidas las prórrogas voluntarias en el arrendamiento, lo cual no impide que, en determinadas ocasiones, pueda estimarse ineficaz alguna cláusula que pretenda establecerlas. Se trata de un problema de interpretación. Compatibilidad de las prórrogas voluntarias con la legal.

GISEBERT CALABUIG, Fernando: *Doctrina de suplicación de la Audiencia territorial de Madrid dictada durante el año 1958*, P, año VIII, núms. 85-86, septiembre-octubre 1959; págs. 33-78.

Continuación del elenco de sentencias de suplicación, iniciado en los números 71-72 de la revista. Sistematizada en función de los capítulos de Ley de Arrendamientos Urbanos, se ofrecen ahora los fallos dictados en el año 1958.

HAMELBECK, Bernhard: *Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB*, NJW, año 12, núm. 12, 1959; pág. 518.

El § 247 del BGB permite al deudor que se ha comprometido a abonar un interés superior al 6 por 100 denunciar el capital observando un plazo de seis meses. Consideraciones en torno a la conveniencia económica de esta norma y a si ha sido o no superada por los tiempos actuales. Suspensión temporal de su vigencia. Posibles excepciones y su valor.

HOFFMANN,, Karl Heinz: *Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen*, ACP, tomo 158, núms. 2-3, octubre 1959; págs. 178-222.

En un contrato a favor de tercero cabe que éste sólo adquiera derecho a la prestación en el momento de la muerte del estipulante o receptor de la promesa. En este «contrato a favor de tercero por causa de muerte» surge el problema de determinar si los acreedores del caudal relicto del estipulante pueden reclamar lo que correspondería al tercero. Estudio de la cuestión y necesidad de resolverla, sobre todo con las normas del Derecho sucesorio, que da preferencia a los acreedores sobre los herederos. La situación del estipulante es análoga a aquella en que éste se encontraría si hubiese otorgado, a favor del tercero, una disposición *mortis causa*.

LIEBERWIRTH: *Aufopferungsansprüche bei Gesundheits-, insbesondere Impfschäden*, NJW, año 12, núm. 18, 1959; págs. 796-798.

Comentarios críticos a la posición de la jurisprudencia alemana en torno a las pretensiones como consecuencia de daños en la salud, en especial los producidos por vacunas que se decían inofensivas. La jurisprudencia actual es menos rígida que la del antiguo Reichsgericht, pero no es convincente en algunos puntos concretos.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade pelos danos causados por animais*, BMI, núm. 86, mayo 1959; págs. 21-101.

Con destino al Anteproyecto de reforma del Código civil portugués y seguido de un articulado se ofrece un amplio estudio del problema de la responsabilidad como consecuencia de daños causados por animales. Reglas generales, casos especiales, extravío y fuga del animal, exclusión convencional de responsabilidad, personas encargadas de la vigilancia del animal, pluralidad de responsables, enajenación del animal a persona incapaz, derechos y obligaciones de los dueños o cultivadores de predios.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, BMI, núm. 86, mayo 1959; págs. 103-129.

Supuestos concretos en que los terceros pueden exigir indemnización como consecuencia de los daños causados al titular de dicha indemnización. La regla general es que esto sólo acontece cuando la ley expresamente lo determina. Anteproyecto de articulado con destino a la reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Conculpabilidade do prejudicado*, BMI, núm. 86, mayo 1959; págs. 131-175.

La co-culpabilidad del perjudicado por un acto indemnizable es estudiada en sí misma y en sus efectos en relación con su influencia en la indemnización.

zación a prestar por el autor del daño. Requisitos, co-culpabilidad de nacimiento y de agravación, hecho de personas por las que se ha de responder, responsabilidad objetiva, prueba. Sigue un articulado con destino a la proyectada reforma del Código civil portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Prescrição do direito de indemnização*, BMI, núm. 87, junio 1959; págs. 234-37.

Doctrina general y supuestos concretos en relación con la prescripción del derecho de indemnización resultante de acto ilícito. Regla general: tres años. Finaliza el estudio con el anteproyecto del articulado para la reforma del Código portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras*, BMI, núm. 88, julio 1959; págs. 13-62.

Estudio doctrinal previo y proyecto de articulado en relación con la responsabilidad derivada de daños causados por obras o edificios. Principios generales, poseedor anterior, poseedor de edificio sobre predio ajeno, responsabilidad de los representantes de personas no imputables, responsabilidad de varios, medidas precautorias.

PAJARDI, Piero: *Il momento di efficacia della revoca tacita del mandato e i problemi connessi*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; páginas 573-581.

El artículo 1.724 del Código civil italiano determina que el nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio o la realización de este por el mandante suponen la revocación del mandato y producen efecto desde el día en que han sido notificados al mandatario. En esta norma existen límites de extensión (nombramiento de otro mandatario, realización del asunto por el mandante) y límites de eficacia externa (notificación). Sus problemas.

RAAPE: *Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht*, NJW, año 12, núm. 23, 1959; págs. 1013-1016.

Comentario crítico a una sentencia del BGH en torno a un problema de reenvío en materia de compraventa. Problema de Derecho internacional privado italo-alemán. Reenvío en bloque o reenvío en cuanto a la norma de fondo.

RASEHORN, Theo: *Der Unfall mehrerer Kraftfahrzeuge als Problem für die Zivilgerichtspraxis*, NJW, año 12, núm. 25, 1959; págs. 1105-1108.

Los accidentes ocasionados por varios vehículos constituyen un caso de palpable demostración de que en la reglamentación del problema no bastan fórmulas justas, sino además practicables. La construcción sobre el principio de la culpa ofrece mayores posibilidades que el principio del riesgo.

RODRÍGUEZ SOLANO, Federico: *Índice de Jurisprudencia de arrendamientos rústicos, año 1958*, P, año VIII, núms. 85-86, septiembre-octubre 1959; páginas 5-32.

Seguida de un útil vocabulario alfabético ofrécese acoplada a los textos legales básicos la jurisprudencia recaída en 1958 en materia de arrendamientos rústicos.

RUST: *Der Maklerlohs bei unvollkommenen Hauptvertrag*, MDR, año 13, núm. 6, junio 1959; págs. 449-453.

El principio fundamental, contenido en el § 652 del BGB, es el de que sólo ha de pagarse remuneración al corredor cuando el contrato principal llega a realizarse. Examen de supuestos de contrato principal nulo desde el principio, nulo por impugnación posterior, dependencia de aprobación de la autoridad, ejercicio del tanteo en las fincas, desaparición de la base del negocio. Posición del corredor en estos casos en cuanto a su derecho de exigir una remuneración.

SOTO NIETO, Francisco: *La excepción de la prórroga arrendaticia por causa de necesidad y el acceso a la propiedad por parte del inquilino*, P, año VIII, núms. 78-79, febrero-marzo 1959; págs. 76-129.

Estudio sistemático de las disposiciones que la ley consagra a la práctica y formalidades de la causa de excepción a la prórroga por necesidad y de la posibilidad que en ciertos casos (Ley de 24-IV-58, Decreto 22-VII-1958) se ofrece al inquilino para acceder a la propiedad de la vivienda arrendada.

WEIMAR, Wilhelm: *Das Fiskusprivileg subsidiärer Haftung gemäss § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB*, MDR, año 13, núm. 6, julio 1959; págs. 546-547.

Contra el funcionario que con culpa causa un daño en el desempeño de su función sólo puede el que sufre el daño entablar pretensión si no puede de otra forma obtener indemnización (§ 823 BGB). Aspectos concretos de este «privilegio» del Estado: indemnización de otra forma, responsabilidad por tenencia de animales como conductor.

WUNSCHEL, H. W.: *Die Krise des verlängerten Eigentumsvorbehalt*, NJW, año 12, núm. 15, 1959; págs. 653-656.

No se comparte la opinión de que sean inadmisibles, como instrumento de crédito, las cesiones anticipadas de créditos aún no existentes, en especial las de aquellos en que el tercero deudor no esté todavía firmemente fijado. Constituye un error la creencia de que los instrumentos de crédito clásicos (hipotecas, deudas inmobiliarias, fianzas) bastan para el desenvolvimiento de la actual coyuntura económica.

5. Derecho de Familia.

ARNOLD, Egon: *Gesetzliche Neuregelungen im Bereich der elterlichen Gewalt*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; págs. 425-429.

Al declararse (sent. 29-VII-59, Trib. Fed. Const.) contrarias al principio constitucional de igualdad de sexos las normas de los § 1.628 y 1.629, I, BGB (nueva redacción) que atribuyen al padre la facultad de decisión en los asuntos relativos a los hijos y la facultad de representarlos, dichas normas devienen nulas por principio. Propuesta de reforma aprovechando la coyuntura que ofrece la discusión y preparación del Proyecto de Ley para la modificación de ciertas disposiciones del Derecho de familia alemán. Recuerda el autor las propuestas que se hicieron al efecto al discutirse el Proyecto de Ley de equiparación y que sólo obtuvieron minoría en el Bundestag.

BOSCH, F. W.: *Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1959*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959, págs. 403-416.

Amplio estudio crítico de la sentencia de 29 de julio de 1959 dictada por el Tribunal constitucional federal en la que se estima contrario al principio de equiparación la facultad que concede al padre el § 1.628 BGB (nueva redacción) de decidir en los asuntos relativos a los hijos cuando no logre acuerdo con la madre.

BOSCH, F. W.: *Nochmals: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; pág. 430.

Nota complementaria al trabajo anterior, mostrando disconformidad con Götz, según el cual los negocios jurídicos llevados a cabo por el padre desde el 1-VII-57 (entrada en vigor Ley de equiparación) hasta el 29-VII-1959, y haciendo uso de su derecho de representación del hijo sin intervención de la madre, deben reputarse eficaces en interés de la seguridad jurídica.

BREITZKE: *Zugewinn bei Änderung des Geldwertes*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; págs. 445-447.

En relación con las posibles alteraciones del valor de la moneda defiende el autor un significado amplio del concepto «ganancia» en el régimen legal de bienes, introducido en Alemania por la Ley de Equiparación de 1957. Posibles repercusiones, en la determinación de la «Zugewinn» de cada cónyuge, de los cambios en el valor del dinero.

D'ANTONIO, Adriana: *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959, 2.ª parte; págs. 438-468.

Comentario a dos fallos jurisprudenciales contradictorios respecto a la posibilidad o no de que el consentimiento de un cónyuge para la separación, manifestado después de la tentativa de conciliación, puede o no ser revocado antes de la homologación judicial.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *Constitución de sociedad de responsabilidad limitada por marido y mujer, aportando bienes que Presuntivamente son gananciales. Cumplimiento del artículo 7 de la L. S. R. L.*, RDM, vol XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 449-461.

Criterio de la Dirección General de los Registros favorable, en general, a la posibilidad de que marido y mujer constituyan sociedades limitadas. Excepciones en casos concretos. Carácter de las aportaciones.

DUARTE GOMES DA SILVA, Manuel: *O Direito de Família no futuro Código civil*, BMI, núm. 88, julio 1959; págs. 63-137.

Anteproyecto de la materia relativa a la filiación para el futuro Código civil portugués, disposiciones generales, hijos legítimos, hijos ilegítimos. Precede una breve exposición de motivos.

DUNZ, Walter: *Das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils*, NJW, año 12, núm. 18, 1959; págs. 802-803.

La derogación del § 74 de la Ley alemana de matrimonio de 1946 por el nuevo § 1671 del BGB (nueva redacción, Ley de equiparación) plantea de nuevo las objeciones contra el principio de la culpa, que da preferencia al cónyuge no culpable (en caso de divorcio) en relación con el cuidado de los hijos comunes.

GÖPPINGER, Horst: *Einriffe des Vormundschaftsgericht in das Elternrecht* Art. 6 GG, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; págs. 397-403.

Aspectos debatidos de la jurisprudencia en torno al consentimiento de los padres para el matrimonio de los hijos y en torno a la cuestión del consentimiento para la adopción. Posible intervención del Tribunal de Tutelas en el lugar de los padres.

HOFF, Joseph: *Aktuelle Fragen der Zahlwertschaft*, NJW, año 12 número 18, 1959; págs. 803-805.

Entre el supuesto de mujer que ha cohabitado con más de un hombre en el tiempo de la concepción y el supuesto de imposibilidad de cohabitación de un varón con la madre, caben ciertas conexiones que pueden dar lugar a que los procesos de paternidad tomen derroteros insospechados.

KRANZ, Heinrich: «Anlage» und «Belastung» als persönliche Eigenschaften im Sinne des § 32 Ehegesetzes, NJW, año 12, núm. 18, 1959; págs. 793-796.

El § 32 de la Ley de Matrimonio alemán de 1946 determina que un cónyuge puede solicitar la invalidación del matrimonio si al celebrarlo estaba en error sobre aquellas condiciones personales del otro contrayente que, de haberlas conocido, le hubieran hecho desistir del casamiento. Desde un punto de vista médico-jurídico se estudia, como «condición personal» el hecho de que un cónyuge «esté tarado».

KRÜGER, Gerhard: *Die Vertretung des ehelichen Kindes im Unterhaltsstreit*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; págs. 403-405.

El nuevo § 1.629 BGB (redacción de la Ley de equiparación) determina que uno de los padres puede hacer valer contra el otro las pretensiones del hijo por alimentos, cuando dichos padres viven separados. Aspectos de esta representación del hijo por parte de uno de sus padres contra el otro.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El matrimonio civil y su inscripción*, P, año VIII, núms. 81-82, mayo-junio 1959; págs. 86-112.

El artículo 42 del Código civil, redacción primitiva y normas complementarias. Redacción actual. Supuesto de matrimonio civil ordinario y casos especiales. Celebración de casamiento e inscripción, en las diversas hipótesis.

MATERN, Friedrich: *Zum Stichentscheid*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; págs. 405-406.

El nuevo § 1.628 BGB (nueva redacción) atribuye al padre la «decisión final» en los asuntos relativos a los hijos, en el supuesto de que no puedan ambos padres ponerse de acuerdo. El Tribunal constitucional federal juzga esta facultad del padre contraria al principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos. El autor estima debiera haberse atribuido la facultad de decisión al cónyuge de más edad.

MEIER-SCHERLING: *Das Taschengeld der Ehefrau*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; págs. 392-393.

Delimitada en su sentido usual la expresión «dinero de bolsillo» (lo que una persona, con las necesidades de sustento y habitación cubiertas in natura, tiene para sus «otros gastos») se enfrenta la autora con el problema de determinar si la mujer casada tiene contra el marido una pretensión para exigir una determinada cantidad en concepto de «dinero de bolsillo».

Nada dice el Derecho alemán, pero no es difícil fundamentar, en base a sus normas, la existencia de la indicada pretensión.

PIRES DE LIMA, F. A.: *Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade*, BMI, núm. 89, octubre 1959; págs. 23-122.

Precedido de una breve exposición motivada, se trata del anteproyecto articulado del autor, con destino a la reforma del Código civil portugués, en la materia relativa a la filiación, patria potestad, tutela de menores, emancipación y mayoría. Posteriormente se han elaborado otros anteproyectos.

PIRES DE LIMA, F. A.: *Da constituição do estado de casado*, BMI, núm. 89, octubre 1959; págs. 123-197.

Amplia exposición articulada, con breves notas justificativas, de la materia relativa al matrimonio (en el sentido de acto constitutivo del estado matrimonial) para la reforma del Código portugués: disposiciones generales, sponsales, impedimentos, formalidades, preliminares, celebración, inexistencia y nulidad, normas penales, casamiento putativo, pruebas.

STORCH-LADE: *Die Weisheit des Alters*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; págs. 429-430.

Breve glosa jocosa a la propuesta de Mattern (vid. en esta sección) tomando por base el viejo proverbio según el cual «Alter schützt vor Torheit nicht»: la edad no protege de la tontería.

THIERFELDER, HANS: *Die wesentlichen Bedenken gegen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; páginas 389-392.

Ofrece el autor unas reflexiones fundamentales en contra del régimen de bienes de «comunidad de ganancia» (régimen legal a partir de la vigencia de la Ley alemana de equiparación), considerando sobre todo en su terminación y comparado con los sistemas antes regulados por el BGB. El régimen actual puede dar lugar a resultados desfigurados e incluso, a veces, a que se opere hacia manos extrañas un desplazamiento de los patrimonios.

THIERFELDER, HANS: *Das Ehegüterrecht der vertriebenen Sudetendeutschen*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; págs. 447-449.

Comentario a una sentencia alemana de 17 de marzo de 1959 (Tribunal territorial de Baviera) según la cual se aplica el régimen de bienes del

Código civil austriaco o (separación) a los sudetes que se casaron antes de 1938 en la parte oriental de Checoslovaquia y que fueron expulsados del territorio.

TROLL: *Der erbschaftsteuerliche Vorteil der Zugewinnsgemeinschaft*, EF, año 6, número 10, octubre 1959; págs. 385-388.

Aspectos fiscales de la terminación de la «comunidad de ganancia» como régimen legal de bienes en el matrimonio en el Derecho alemán (Ley de equiparación de 1957). Una ley de 24 de marzo de 1959 ha puesto fin a la desigualdad de trato fiscal existente entre el caso de terminación de la «comunidad» por muerte de un cónyuge o por otro motivo.

VENTURA TRAVESET, Antonio: *La Ley de 24 de abril de 1958. Repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en ciertos contratos*, RCDI, año XXXV, núm. 374-375, julio-agosto 1959; págs. 465-484

En relación con el nuevo artículo 1.413 se pregunta el autor si podrá considerarse un antecedente de la actual redacción el artículo 96 del Reglamento Hipotecario de 1947, y si el consentimiento de la mujer en la disposición de inmuebles supone una disposición conjunta o una licencia para que lo haga el marido. Referencia a supuestos concretos. Problemas adicionales, incapacidad del marido. Derecho foral. Derecho transitorio. Nulidad de disposiciones a reserva de la ratificación de la mujer.

ZÖLLNER, Wolfgang: *Die Verwendung der Einkünfte des Kindesvermögens*, EF, año 6, núm. 10, octubre 1959; págs. 393-397.

La ley de equiparación alemana ha suprimido el derecho de aprovechamiento que al padre (a los padres desde el 1 de marzo de 1953) correspondía sobre el patrimonio del hijo. Ahora, el nuevo § 1.649 BGB se limita a decir que los rendimientos de dicho patrimonio, que no sean necesarios para su ordenada administración, han de emplearse para el sustento del hijo. Exégesis del principio, no exenta de graves dificultades.

6. Derecho de sucesión.

CARIOTA FERRARA, Luigi: *Un caso in tema di legato a carico di legittimari lesi*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 509-501.

Atribuída, en testamento ológrafo, la cuota disponible a dos hijos y la legítima a éstos y a otros hijos se pregunta el autor si los que sólo han recibido la cuota legítimaria deben también contribuir proporcionalmente

a un legado de pensión atribuido a un extraño. Estudio del supuesto en la legislación italiana, posición de los legitimarios en las diversas hipótesis, según la configuración jurídica del legado.

RÖTELMANN: *Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall*, NJW, año 12, núm. 15, 1959; págs. 661-662.

Arrancando de un supuesto de hecho, y tomando por base las normas del Derecho alemán y del Derecho suizo, se delimita la aplicación de las normas de la donación y las del Derecho sucesorio, en relación con las atribuciones entre vivos por causa de muerte. Es fundamental atender a la «consumación de la donación».

SERVAT, José: *Los fideicomisos en el Proyecto de Compilación de Derecho Civil de Cataluña*, RCDI, Año XXXV, núms. 374-375, julio-agosto 1959; págs. 433-464; núms. 376-377, septiembre-octubre 1959; págs. 578-615.

En el Proyecto de Compilación catalana destacaba la reglamentación de los fideicomisos, al que se dedicaban casi cien artículos. Amplio estudio de los mismos. Concepto del fideicomiso, variedades, normas generales y de interpretación, efectos, fideicomiso de residuo, extinción de los fideicomisos, sustitución preventiva de residuo.

II. DERECHO MERCANTIL

ACEDO, Jesús: *Derechos reales innominados*, RCDI, año XXXV, núms. 374-375, julio-agosto 1959; págs. 485-505.

En la inscripción de derechos reales innominados (art. 2, última parte de la LH) el Registrador debe estudiar cuidadosamente las estipulaciones a fin de asegurarse de su naturaleza real. A pesar de ello y del criterio restrictivo con que ha de investigar la existencia un derecho de crédito con apariencia real es muy probable que se infiltren en el Registro derechos obligacionales, con lo que la fórmula del artículo 98 de la Ley Hipotecaria tendrá sobradas ocasiones de entrar en juego.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: *Los Comentarios de Ramón de la Roca a la reforma del Reglamento Hipotecario*, RDCI, año XXXV, núms. 376-377, septiembre-octubre 1959; págs. 616-648.

Notas a los Comentarios indicados en el epígrafe, señalando discrepancias a determinados puntos sostenidos por el comentarista. Se va siguiendo el orden de capítulos del Reglamento.

CASADO PALLARÉS, José María: *El Registro de la Propiedad en Australia actualmente (cien años de sistema Torrens)*, RCDI, año XXXV, núms 372-373, mayo-junio 1959; págs. 297-331.

Terminación del trabajo iniciado anteriormente en la misma Revista. En el presente número se hace referencia a las excepciones al principio de la fe pública del Registro, en sus aspectos positivo (exactitud) y negativo (integridad). Después se detaca el significado de la primera inscripción y se estudia el principio de indemnización (fondo de seguro).

MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio: *Reflexiones sobre la reciente reforma del Reglamento Hipotecario*, RCDI, año XXXV, núms. 372-373, mayo-junio 1959; págs. 357-371

En relación con la reforma introducida en el Reglamento Hipotecario en 1959 (Decreto 17-III-59). Se considera un gran acierto la reforma del régimen de oposiciones a Registros. En cambio, critica el autor estos dos puntos: el no desarrollo reglamentario del artículo 34 de la Ley y la insuficiente reforma del artículo 5.º del Reglamento.

MENÉNDEZ, José: *Las explotaciones industriales y el Registro de la Propiedad*, RCDI, año XXXV, núms. 372-373, mayo-junio 1959; págs. 332-356.

En base a los preceptos del Reglamento Hipotecario, entiende la práctica registral que, para inscribir las explotaciones industriales, deberá inscribirse primero la correspondiente concesión y a continuación, en sucesivas inscripciones, la obras posteriormente ejecutadas. No comparte el autor esta doctrina: el folio registral se abre a la explotación en sí, no a la concesión.

REGISTRO: *Código de — predial (Proyecto)*, BMI, núm. 87, junio 1959, páginas 97-236.

Exposición de Motivos y texto del Proyecto portugués de Código del Registro predial. Consta de ocho títulos y 287 artículos. Los títulos son: organización del Registro; Actos de Registro; rectificaciones y supresión de errores, negativa de inscripción, recursos, publicidad y medios de prueba del Registro, disposiciones diversas.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

CARNELUTTI, Francesco: *Concorrenza parasitaria?*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 491-495.

Crítica a la postura jurisprudencial (Apelación de Milán, 29-IV-59) que acoge en un fallo la tesis de la inexistencia de la concurrencia desleal con-

figurándola, de acuerdo con la posición de Franceschelli, como «concur-rencia parasitaria». Se enclava la figura en la descortesía profesional. No se muestra el autor conforme con la «invención» de Franceschelli (contrario suyo en un supuesto profesional).

ECHIVARRÍA RIVERA, L.: *Reseña de legislación mercantil (julio-diciembre 1957)*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 137-145.

Indicación y ligeras notas a las disposiciones aparccidas en el período señalado en el epígrafe en los distintos ámbitos del Derecho mercantil: Administración, aduanas, banca, comercio, impuestos, jurisdicción contencioso-administrativa, marina mercante, presupuestos, propiedad industrial, transporte, tratados y seguros.

EHLERS Kurt: *Verfassungsmässige Grenzen der Verwaltung auf dem Gebiet des Aussonhandelsrecht*, NJW, año 12, núm. 12, 1959; págs. 511-514.

Apostillas complementarias en torno a un trabajo de Danckelmann (NJW, 1958, 1.209) sobre el problema de si, en relación con el comercio exterior, subsisten o no las disposiciones contenidas en normas emanadas del Gobierno militar aliado. Problemas de constitucionalidad.

MARTIN-RETORTILLO, Cirilo: *El ejercicio del comercio. Limitaciones del mismo*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 309-322.

El derecho de ejercer el comercio en el comerciante es una facultad primaria y fundamental. Tanto, que ni siquiera se menciona. En la actualidad, sin embargo, el derecho indicado está tan sometido a continuas limitaciones, que casi resulta anulado. Consideraciones en torno a la planificación en su sentido tradicional y en su nuevo sentido.

MENÉNDEZ, José: *Visión mercantil de nuestras Leyes fiscales*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 321-350.

Estudio, desde un punto de vista sustantivo, de ciertas normas fiscales: timbre y transmisiones de letras de cambio, reservas de las sociedades anónimas, sociedades sin capital fijo, emisión de obligaciones, empresas individuales, disolución de sociedades, retención de cuotas, etc.

MENÉNDEZ, José: *El impuesto de derechos reales y la vida mercantil*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 121-136.

Aspectos concretos y opiniones en torno a algunos artículos concretos del Reglamento sobre el impuesto de derechos reales: concesiones con ser-

vidumbres, retroactividad de la ley, el artículo 42, concepto de inmuebles, fusión de sociedades, etc.

2. Comerciantes y sociedades.

DE FERRA, Giampaolo: *La responsabilità del socio occulto di società in accomandita semplice*, RCD, año LVII, núm. 7-8 julio-agosto 1959, 2.ª parte; páginas 241-250.

Pierde el beneficio de la responsabilidad limitada el socio comanditario que lleve a cabo actos de administración, aunque sólo sean internos y no externos. El socio oculto de una sociedad comanditaria simple puede ser un socio colectivo, y como tal debe presumirse hasta prueba en contra por su parte (Sentencia de Casación italiana, 18-VI-58). La primera afirmación se reputa exacta por el autor. Más delicada es la segunda, que presupone el examen del problema de si el socio oculto puede oponer a los terceros la eventual limitación de su responsabilidad o si, por el contrario, su condición de oculto supone una responsabilidad ilimitada.

FISCHER, Robert: *Die Entziehung del Geschäftsführungs- und Vertretungsbezugnis in der OHG*, NJW, año 12, núm. 24, 1959; págs. 1057-1064.

El § 117 del Código de comercio alemán prevé que, a petición de los demás socios y por decisión judicial, se prive al socio a quien le correspondía del poder de gestión y de representación. Se refiere la norma a la sociedad colectiva y se señalan como motivos de privación el incumplimiento de obligaciones y la incapacidad de gestión ordenada. Estudio de la indicada privación.

FORMIGGINI, Aldo: *La designazione dell'acquirente nell'espropriazione della quota della società a responsabilità limitata*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 511-572.

En la legislación italiana (art. 2.480 del Código civil), en el caso de expropiación forzosa de la cuota de un socio en una sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad tiene el derecho, dentro de los diez días que siguen a la adjudicación, de presentar un nuevo adquirente que ofrezca el mismo precio. No se determina a qué órgano social corresponde la designación. Consideración del problema.

GARRIGES, Joaquín: *La protección de las minorías en el Derecho español*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 249-268.

A semejanza de lo que hacen todas las legislaciones, la Ley española de sociedades anónimas, en su artículo 48, formula el principio de la decisión por mayoría de los asuntos sociales y la obligatoriedad del acuer-

do, incluso para los socios disidentes o no votantes. La sumisión a la mayoría no es absoluta, pues existen preceptos que constituyen excepción a la fórmula expuesta y en los que se manifiesta la protección a las minorías. Distingue el autor entre defensa de éstas en sentido estricto y en sentido amplio.

HEYN, Karl: *Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus Dauer-schuldverhältnissen*, NJW, año 12, núm. 21, 1959; págs. 923-925.

Del § 128 del Código alemán de Comercio en relación con el § 159 se deduce que la responsabilidad personal del socio de una sociedad colectiva por las deudas contraídas por ésta durante su pertenencia a ella no cesa con su separación de la sociedad. Delimitación. Prescripción en determinados casos.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *Auxiliares del empresario*, RDM, vol. XXVII, número 72, abril-junio 1959; págs. 269-305.

En una revisión del Código de Comercio la materia relativa a los auxiliares del comerciante requeriría numerosos cambios: reducción de la regulación a las distintas formas del apoderamiento mercantil; ordenación más ordenada de los medios de publicidad en relación con la existencia y efectos del poder; mayor protección al tercero frente a las limitaciones de los poderes generales inscritos en el Registro.

PÉREZ LEÑERO, José: *Problemática de la empresa*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959, págs. 363-379.

Se abre camino la idea de una ciencia propia de la empresa que en el terreno jurídico ha de desembocar con el tiempo en la constitución de un Derecho de empresa diferenciado y propio con orígenes civilistas, mercantilistas, laboristas, fiscales, etc., Su origen no es de desmembración, sino de constitución ex novo, como cristalización de una idea nueva relacionada con la empresa como unidad social.

SCHULER: *Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers?*, NJW, año 12, núm. 15, 1959; págs. 649-653.

El § 89 b del HGB (Código de comercio alemán) determina cuándo y en qué condiciones corresponde una pretensión de nivelación al representante mercantil. La jurisprudencia extiende la norma a otra serie de personas, que se encuentran actuando en propio nombre, y por cuenta propia, en una relación jurídica semejante a la representación mercantil. Crítica de la posición indicada.

SIMONETTO, Ernesto: *Fideiussione prestata da una società per un'altra società formata dagli stessi soci*, RDC, año LVII, núm. 7-8, julio-abosto 1959, 2.ª parte: págs. 251-269.

Comenta el autor la postura de la Corte de Casación italiana según la cual debe reputarse inválida la fianza prestada por una sociedad a favor de otra, estando ambas formadas por los mismos socios. Basa el fallo la Corte en la consideración de que la sociedad constituye un organismo distinto de los socios y dotado de un interés que puede estar en conflicto con los de los socios. Por otra parte, la operación salía de los límites del objeto social.

VERRUCOLI, Piero: *Sulla trasformabilità della società corporativa in società ordinaria*, RDC, año LVII, núms. 7-8, julio-agosto 1959, 2.ª parte: páginas 287-312.

Análisis comparativo de los recientes fallos de tribunales italianos: en uno (Corte de Casación 17-IV-59) se declara nula y sin efecto la transformación de una sociedad comparativa en sociedad lucrativa; en otro (Apelación Roma, 3-III-59) válida, cuando la finalidad especulativa prevalece sobre la mutualística.

WEYGAND, Johannes: *Der Widerspruch des geschäftsführenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (Kommanditgesellschaft) nach § 115 HGB*, ACP, tomo 158, núm. 2-3, octubre 1959; págs. 150-178.

Con el subtítulo de «aportación al método morfológico en la interpretación y aplicación del Derecho» se hace un estudio de determinados aspectos del derecho de contradicción que corresponde a cada uno de los socios (sociedad colectiva o comanditaria) cuando la gestión de la sociedad corresponde a todos los socios. El derecho de contradicción se reconoce en el § 115 del Código de Comercio alemán.

3. Cosas mercantiles.

PELLIZZI, Giovanni L.: *Esercizio del diritto cartolare e legittimazione attiva*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959; págs. 512-550.

Delimitados en la primera parte del estudio los conceptos respectivos de legitimación activa y legitimación cartular en la segunda (que es la publicada en este número de RDDC) se estudian y examinan los elementos constitutivos de dicha legitimación y su mecanismo respectivo: elemento real (la posesión) y elemento documental. Exclusión de otros elementos.

PANZARINI, Giovanni: *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, RDC, año LVII, núms. 7-8, julio-agosto 1959; págs. 252-294.

Al ser el título de crédito una cosa mueble, en la transmisión del mismo no se pueden aplicar al adquirente de él las normas sobre la cesión de créditos. Interferencias recíprocas entre cesión y transmisión. Acción de garantía por evicción. La regla «posesión vale título», y sus efectos en relación con los títulos de crédito, Amortización del título.

4. Obligaciones y contratos.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *Agencia y sucursal de un Banco*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 185-188.

Comentario a la Resolución de 16 de mayo de 1959, que a efectos de inscripción en el Registro Mercantil de un poder niega trascendencia a la distinción entre agencias y sucursales de los Bancos.

LANGLE, Emilio: *El contrato de cuenta corriente*, RDM, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre 1959; págs. 7-35.

Estudio completo del contrato de cuenta corriente en todos sus aspectos con una amplísima referencia bibliográfica sobre la materia especial, consideración de las doctrinas en torno al contrato.

SÁNCHEZ, José: *La reclamación de primas atrasadas en el contrato de seguro*, P, año VIII, núm. 80, abril 1959; págs. 16-75.

Se ofrecen primeramente unas indicaciones sobre el concepto, caracteres y requisitos del contrato de seguro, sobre su explotación empresarial y sobre el riesgo. A continuación se entra en el estudio de la prima: significado en la técnica del seguro y carácter de elemento esencial en el contrato de seguro. El pago y efectos de la falta del mismo. El problema del devengo y pago de las primas atrasadas: Crítica de las limitaciones legales.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

ECHIVARRÍA RIVERA, Luis: *La carta de garantía*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 385-392.

La carta de garantía es un documento que entrega el cargador al porteador marítimo obligándose a indemnizarlo de todas las reclamaciones que surjan respecto de ciertas mercancías, y basada en determinadas re-

servas, y en atención a haber extendido el porteador un conocimiento de embarque «limpio», habiendo podido insertar en él reservas.

ROCAS, Constantinos: *I contratti di utilizzazione della nave nel diritto ellenico*, RDC, año LVII, núms. 7-8, julio-agosto 1959; págs. 295-305.

En el Código griego de Derecho marítimo (en vigor desde el 1 de septiembre de 1958) se dedica el título sexto a los contratos de utilización de buques, que se configuran bajo el patrón de la *locatio conductio operis*. En los contratos en cuestión se tiene siempre como mira un determinado resultado: el transporte de personas o de cosas. Modalidades del contrato y aspectos de la relación jurídica.

6. Derecho de quiebra.

NAVARRRETE, José María: *Modificaciones de la Ley de quiebras de 10 de febrero de 1877 en versión de 20 de mayo de 1898 con motivo de la promulgación de la Ley sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer en el campo del Derecho civil de 18 de junio de 1957 (entrada en vigor el 1.º de junio de 1958)*, RDM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; páginas 323-326.

Indicaciones de las reformas y modificaciones que en la Ordenanza concursal alemana ha supuesto la Ley de equiparación de sexos de 1957. Transcripción literal de los párrafos afectados por la reforma.

TOMAIUOLI, Ernesto: *Natura giuridica del concordato fallimentare*, RDC, año LVII, núms. 7-8, julio-agosto 1959, 2.ª parte; págs. 313-320.

Defensa de la naturaleza contractual del *concordato fallimentare* y crítica de las teorías que le asignan un significado distinto al indicado. El autor esboza su notas, comentando una sentencia de 9 de marzo de 1959 de la Corte de Apelación de Roma.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Indice de jurisprudencia procesal civil*, Año 1958, P, año VIII, núms. 81-82, marzo-junio 1959; págs. 63-85.

Indicación, con información bibliográfica y concordancias de la propia jurisprudencia, de la jurisprudencia procesal civil en el año 1958. Se dis-

tribuyen los numerosos fallos recogidos en tres apartados: Introducción. Parte general y Parte Especial.

BLOMEYER, Arwed: *Die Umkehr der Beweislast*, ACP, tomo 158, núms. 2-3, octubre 1959; págs. 99-106.

Después de indicar la necesidad de no confundir la inversión de la carga de la prueba propiamente dicha con la prueba contra las primeras apariencias y que ésta no constituye en el fondo una prueba de la contraparte, se hacen constar los dos diversos presupuestos que conducen a una verdadera inversión de la carga de la prueba: 1) La conducta de la parte contraria a la gravada con la prueba haciendo ésta imposible de forma culposa. 2) En los procesos por responsabilidad médica, cuando el médico por impericia ha expuesto, conscientemente o por ignorancia, a un riesgo al paciente y se discute el nexo causal en relación con los daños en la salud.

HELD, Gerhard: *Zur Anfechtung der Kostenentscheidung nach § 99 Abs. 2 ZPO*, MDR, año 13, núm. 7, julio 1939; págs 538-540.

Aspectos prácticos de la impugnación de las costas, según el § 99 de la Ordenanza procesal civil alemana, que determina sólo quepa dicha impugnación en el caso de entablarse recurso contra el fallo sobre el fondo. Impugnación de las costas correspondientes a un fallo que reserva su tasación a una decisión posterior definitiva.

PAJARDI, Piero: *Confessione spontanea a interrogatoria non formale delle parti*, RDDC, año V, núm. 5, septiembre-octubre 1959, 2.^a parte; páginas 483-489.

Valor y alcance de la declaración espontánea de la parte en un interrogatorio libre: sólo constituye un argumento de prueba; no el motivo para que el juez dé por admitidos los hechos silenciados (Sentencia del Tribunal de Milán de 3 de marzo de 1958). Relación entre el artículo 229 y el 117 del Código de Procedimiento civil italiano de 1942.

RODRÍGUEZ ESPEJO, José: *La confesion judicial bajo juramento indecisorio y su eficacia vinculante en la legislación española*, P. año VIII, núms. 78-79, febrero-marzo 1959; págs. 5-155.

La unificación, bajo el epígrafe de confesión, de dos instituciones tan distintas como el juramento y la confesión, constituye un lamentable error del legislador. Se trata de pruebas con orígenes y evolución diferentes.

estructura, finalidad y causas también diferentes. Partiendo de esta base se pretende una interpretación de las reglas vigentes, eliminando las actuales incongruencias y contradicciones: eficacia legal de la confesión, contradicción de la misma.

SIMÕES PEREIRA, A.: *Cumulação da acção civil e da acção penal*, BMI, número 89, octubre 1959; págs. 333-341.

Comentario al artículo 67 del Código de circulación portugués que contiene la innovación de conferir la facultad de acumulación la acción civil de indemnización por daños derivados de accidente de viaje, con la correspondiente acción penal.

3. Procesos especiales.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Procesos arrendaticios urbanos*, P, año VIII, núm. 77, enero 1959; págs. 5-53.

Método a seguir en la determinación de la procedencia de los procesos arrendatarios urbanos, y la elección del proceso correspondiente.

BOBROWSKI: *Anderung der Pfändungsfreigrenzen*, NJW, núm. 15, 1959; páginas 663-664.

La Ley de 26 de febrero de 1959 modifica en Alemania la cuantía de las cantidades no sometidas a embargo. Elevación de las mismas. Aspectos de la reforma

DEMPEWOLF, Günter: *Die Pfändung eines Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld*, NJW, año 12, núm. 13, 1959; págs. 556-560.

Constituyendo el propietario de una finca a favor de su concedente de crédito una deuda inmobiliaria o transmitiéndole una «deuda inmobiliaria de propietario» existente antes, no hay duda de que el titular de la finca, una vez pagado el acreedor, puede exigir de éste la restitución de la deuda inmobiliaria. Consideraciones en torno al embargo de la indicada pretensión de restitución: mecanismo, eficacia.

FERRER MARTÍN, Daniel: *Consignación de rentas como requisito formal de la interposición de recursos en materia de arrendamientos urbanos*, P, año VIII, núm. 80, abril 1959; págs. 5-15.

Estudio de la consignación de rentas como presupuesto en los recursos en materia arrendaticia urbana: evolución y fundamento de la exigencia. Su mecanismo en la Ley de arrendamientos de 1955.

FUENTES CARSÍ, Francisco: *Principios del proceso de nulidad de patentes y marcas*, ROM, vol. XXVII, núm. 72, abril-junio 1959; págs. 351-362.

Como proceso civil, el proceso de nulidad de registro recoge en lo fundamental los principios dispositivo y de escritura y sus correlativos de preclusión, eventualidad e inmediación. Especialidades de dichos principios en el proceso en cuestión.

GAUL, Hans Friedhelm: *Des Zwiespalt zwischen Unterhalts- und Abstammungsurteil als rechtstheoretisches, rechtspraktisches und legislatorisches Problem*, EF, año 6, núm. 11, noviembre 1959; págs. 431-441.

Continuación del trabajo ya iniciado en EF, 1959, 334-342, en torno a la diversidad de los fallos sobre alimentos y los fallos sobre filiación. En el presente número de EF se hacen propuestas *(de lege ferenda)*.

KNÖPFLE, Robert: *Das Klagerecht Privater vor den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, NJW, año 12, núm. 13, 1959; págs. 553-557.

Examen de la facultad de los particulares de entablar acciones ante el Tribunal de las Comunidades Europeas Supranacionales: Montanunión, Comunidad económica y Euratom. Cuatro tipos de acciones se reconocen: la acción de nulidad, la acción de omisión, las acciones en el recurso de plena jurisdicción, la acción por responsabilidad de oficio. Indicación de las características y finalidad de cada una.

MEISTER, Hans: *Die Pfändung aufschiebend bedingten und künftigen Eigentums*, NJW, año 12, núm. 14, 1959; págs. 608-611.

Tomando por base una sentencia del BGH y unas afirmaciones de HOCHÉ en torno a la necesidad y conveniencia de diferenciar la adquisición inmediata de la transitoria, el autor se enfrenta con el planteamiento del problema de hasta qué punto cabe la equiparación de la propiedad con las expectativas de propiedad. Mecanismo y efectos del embargo de la expectativa: propiedad futura suspensivamente condicionada.

REDEKER, K.: *Nachbarklage - öffentlich - rechtlich oder zivilrechtlich?*, NJW año 12, núm. 17, 1959; págs. 749-752.

Una de las cuestiones que más se ha discutido en el moderno Derecho alemán, en materia de construcción, es la de si tiene naturaleza de Derecho público o de Derecho privado la acción que entabla un vecino contra la aprobación por la autoridad de un proyecto de construcción por entender que ésta va a lesionar sus derechos. Consideraciones teóricas y prácticas contra la acción ante los tribunales administrativos. Interposición de la misma ante la jurisdicción ordinaria.

SCHUMANN, Alfred: *Die Rechtsanwaltsgebühren in Kartellsachen*, NJW, año 12, núm. 11, 1959; págs. 465-468.

La Ley alemana contra las limitaciones en la competencia de 27 de julio de 1957 (Ley sobre los Cartels) contiene importantes disposiciones en materia de costas y de retribución de los abogados. Examen de las mismas por el autor, con comentarios: constitución del cartel, aprobación del mismo, otros procesos ante las autoridades competentes, contravenciones, litigios civiles.

SCHWEWOERER, J.: *Kann das deutsche Gericht im Scheidungsgestreit österreichischer Parteien einen Prozesskostenvorschuss auferlegen?*, EF, año 6, número 11, noviembre 1959; págs. 449-450.

En reciente fallo de la jurisprudencia alemana se ha entendido que, en un proceso de divorcio entre austriacos seguido en Alemania, el Tribunal puede imponer al demandante, a petición del demandado, un anticipo por costas. El autor fundamenta el fallo.

ZIEGLER, Jürgen: *Zur geplanten Neufassung des § 644 ZPO und zum Einfluss dieser Regelung auf das Feststellungsinteresse des Mannes bei «negativer Statusklage»*, EF, año 6, núm. 10, noviembre 1959; págs 441-445.

Posición del autor en el debatido problema en torno a la diversidad de las sentencias de alimentos y las de constatación de filiación. Existiendo contra el varón una sentencia firme de alimentos, el «interés de constatación» no puede derivarse de la eficacia accesoria de la sentencia de estado. Sí, en cambio, existiendo otro título ejecutivo.

3. Jurisdicción voluntaria.

RUIZ GUTIÉRREZ, Urbano: *Declaración de herederos sin contradicción*, P, año VIII, núms. 81-82, mayo-junio 1959; págs. 5-62.

Considerada la declaración de herederos como conjunto de actuaciones que tienden a una declaración jurisdiccional cuyo objeto es la determinación formal de los titulares de una herencia, cuando el causante fallece abintestato, se le atribuye naturaleza de jurisdicción voluntaria o contenciosa según los casos. Requisitos subjetivos, objetivos y de la actividad. Procedimiento. Termina el trabajo con unos formularios orientadores.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 IF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Quebec).
 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 = Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).

- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue internationale de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notario (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Revista de Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und inter-zonale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Sversti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

1. *Puede el marido constituir, en garantía de un préstamo, hipoteca sobre bienes muebles de carácter ganancial, en este caso maquinaria industrial, sin consentimiento de la mujer.*

a) La Ley de 24 de abril de 1958, en su reforma del artículo 1.413 del Código civil, atribuye a la mujer nuevas facultades en orden a la enajenación y gravamen, durante el matrimonio, de bienes gananciales, al exigir su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles, con lo que resultan más protegidos sus intereses, mas sin que se haya estimado oportuno extender este requisito cuando se trate de supuestos relativos al patrimonio mobiliario, porque aun habida cuenta que no existen razones decisivas para la excepción, según manifiesta la propia exposición de motivos «se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma con el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición».

b) La aplicación del artículo 1.413, reformado, del Código civil, al objeto de determinar los supuestos en que sea necesario el consentimiento de la mujer, ha de estar condicionada al concepto de establecimiento mercantil, ya que éste puede entenderse en un sentido primario y vulgar, como base física de la Empresa, acepción, que por incompleta no debe admitirse, o como un conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido con vida propia y aun independiente de sus distintos componentes, algunos de los cuales —tales las máquinas, instrumentos y utensilios destinados de modo fijo y permanente a la industria—, si bien por su volumen e importancia pueden constituir la base de la explotación y hasta encontrarse inmovilizados por su destino, no cambian sin embargo su propia naturaleza mueble porque tengan acceso al Registro para ser objeto de garantía hipotecaria.

c) El repetido artículo 1.413 del Código civil establece en primer término, la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad de gananciales, los cuales puede enajenar y obligar, y, en segundo lugar una limitación de tales facultades, a la que no debe darse mayor alcance del querido por el legislador en su moderada reforma, la cual, respetuosa con el sistema general del Código, por estimarlo acomodado a la realidad so-

cial española, ha de ser interpretado con la misma deseada ponderación. Como por otra parte, la Ley de 16 de diciembre de 1954, además de la hipoteca sobre el establecimiento mercantil --que ha de comprender necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local, las instalaciones fijas y permanentes y, mediante pacto, otros elementos integrantes del establecimiento -- autoriza la hipoteca separada e independiente, conforme al número 4.º del artículo 12, de la maquinaria industrial destinada por su propietario -- como tal ha de entenderse al marido administrador con amplias facultades -- a la explotación de la industria y que concurra directamente a satisfacer las necesidades de la misma, habrá de llegarse a la conclusión de no ser necesario el consentimiento de la mujer en tal supuesto, como realmente no lo es para el de venta y, por tanto, que es inscribible la escritura calificada en la que comparece sólo el marido al objeto de constituir sobre determinada maquinaria de imprimir una hipoteca en garantía del préstamo recibido. (Res. de 23 de octubre de 1959. «B. O.» del 11 de noviembre de 1959.)

DERECHO HIPOTECARIO

1. *No cabe recurso gubernativo contra la inmatriculación de una finca practicada por el Registrador conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, que se pretende cancelar en virtud de certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento.*

Este recurso gubernativo no ha sido incoado con el objeto de impugnar la nota de suspensión o denegación de un asiento puesta por el Registrador es un título inscribible, sino para privar de efectos a un asiento de inscripción practicado en los libros registrales y que se encuentra, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y que no puede ser rectificado si se exceptúan los casos previstos en el título VII de la misma Ley más que por sentencia obtenida en el procedimiento adecuado.

En consecuencia, carece el recurso de los requisitos indispensables según el artículo 18 de la Ley y 112 y siguientes de su Reglamento para poder ser debidamente tramitado, toda vez que no aparece fundado en ningún instrumento público o documento inscribible, conforme al artículo 33 del propio Reglamento Hipotecario, ello sin perjuicio del derecho de la Corporación Pública para ejercitar, conforme al artículo 348 del Código civil, la acción reivindicatoria que ampare su dominio y poder asimismo, contender con los interesados acerca de la validez o nulidad del título que provocó la inscripción. (Res. de 24 de noviembre de 1959. «B. O.» del 5 de diciembre.)

2. *No procede extender anotación preventiva de suspensión a los efectos del procedimiento regulado en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, cuando se pretende incribir por el Estado mediante certificación de dominio, una finca adjudicada al mismo, que figura inscrita a nombre de otra persona.*

El Estado, cuando carezca de título escrito de dominio, puede inmatricular fincas que le pertenezcan y no figuren inscritas a favor de persona algu-

na, en virtud de la certificación de dominio a que se refiere el artículo 206 de la Ley, procedimiento que por tener un puro carácter inmatriculador carece de virtualidad para provocar la cancelación de asientos del Registro, que sólo podrá obtenerse conforme al artículo 82, mediante sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación o escritura o documento auténtico en que preste su consentimiento para ello la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, sus causahabientes o representantes legítimos.

La identificación de las fincas que pretenden ingresar por primera vez en el Registro constituye una de las principales misiones en la que el Registrador deberá desplegar su celo y cuidado para evitar que se produzca el hecho anormal y, sin embargo, posible, de la doble inmatriculación, por lo que ha de negar su ministerio siempre que el inmueble aparezca ya inscrito. Y cuando simplemente varíen algunos datos físicos o coincidan determinados detalles con los de fincas ya inmatriculadas y tuviese duda racional el Registrador si fuesen o no las mismas fincas, acudirá al procedimiento establecido en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, y entregará los antecedentes al Juez de Primera Instancia a fin de que éste, con audiencia de los interesados, decida si es o no inscribible el documento.

Acreditado en el expediente que como heredero abintestato, adquirió el Estado dos fincas, que por aparecer inscritas a favor de persona distinta del causante no pueden inmatricularse con la certificación presentada, puesto que debe cumplirse el procedimiento establecido para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. (Res. de 19 de enero de 1960. «B. O.» de 8 de febrero.)

3. *Para describir una escritura de partición de bienes no es suficiente, en cuanto a la copia del testamento, la manifestación hecha por el Notario autorizante de aquélla, de que se le ha exhibido la referida copia, con inclusión de un resumen de su contenido, y sin hacer constar que en lo no transcrito no hay nada que se le oponga, modifique o contradiga. No es defecto que impida la inscripción la relación en el título, por exhibición, de los certificados de defunción y del registro de actos de última voluntad.*

a) El Notario —funcionario público que, según el artículo 1 de la Ley del Notariado, es el autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales— puede cumplir su ministerio captando directamente los hechos que narra —«de visu et auditu suis sensibus»—, y es el caso de la llamada fe pública originaria, a la que se refieren los artículos 1.218, 1.219 y 1.223 del Código civil, o bien el objeto de su actuación lo constituye un documento preexistente, del que expide una copia o traslado, la llamada fe pública derivativa, regulada en los artículos 1.220, 1.221 y 1.222 del mismo cuerpo legal.

b) Esta última, basada en la fidelidad a un documento, tiene, por tanto, un carácter reflejo que se acusa bajo la fórmula: «concuere con su original, al que me remito» y otras semejantes, que acrediten la exactitud e integridad de lo narrado o relatado si la transcripción es total, pues si el traslado es solamente parcial, se requiere, además, que el funcionario haga constar que

«en lo omitido no hay nada que contradiga, condicione o modifique», a fin de que la garantía de lo transcrito sea completa, y en el supuesto de que la transcripción sea sólo en relación, hay una nueva redacción en la que la exactitud y fidelidad se afirma por el fedatario en la autorización o suscripción, y el cotejo con el domento original servirá de comprobación o, en su caso, de subsanación del posible error de concepto.

c) Es doctrina reiterada del Centro directivo admitir como suficiente, a los efectos del Registro, en las inscripciones basadas en escrituras públicas de partición de herencia, la presentación de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del testamento, o bien, que figuren insertos en la escritura, por ser aquél, según el artículo 14 de la Ley, el título fundamental de la sucesión, de donde se derivan los derechos de los herederos, y sobre el que el funcionario del Registro ha de realizar su función calificadora, por lo que no basta, como aquí se ha hecho, relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad, sin expresarse formalmente siquiera por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo trasladado.

d) No obstante y de acuerdo con el valor de todo testimonio en relación, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario «a contrario sensu» no estima defecto que impida la inscripción la relación en el título, por exhibición, de los certificados de defunción y del Registro de Actos de Última voluntad —que una práctica notarial aconsejable haría, sin embargo, protocolizar— siempre que consten todos los antecedentes en forma inequívoca. (Res. de 15 de enero de 1960. «B. O.» del 28 de enero).

DERECHO MERCANTIL

Traducción por Notario de poder otorgado en lengua extranjera. Falta de permiso de importación de maquinaria extranjera aportados escriturariamente a una sociedad en constitución.

a) Aun cuando pueda dudarse que sea técnicamente un defecto, siempre será conveniente subsanar la omisión consistente en no reseñar la firma del Notario extranjero autorizante de un poder que se traduce por un fedatario español, aunque se acompañe el original donde precisamente consta dicha firma por ser objeto de legalización.

b) Una de las máximas preocupaciones de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, puesta de relieve en la exposición de motivos y plasmada, entre otros, en los artículos 8.º, 12, 20 y 31 de la misma, fué la de asegurar la efectividad de las aportaciones realizadas a cambio de las acciones recibidas, ya que la aportación se hace no sólo en interés de la Sociedades para integrar su propio patrimonio, sino —lo que es más importante— el interés de los acreedores, que tienen su garantía en la cifra del capital social de la Compañía, el cual, como fondo de responsabilidad que es, debe corresponder con las aportaciones realmente hechas. Por

ello el párrafo segundo del citado artículo de la Ley establece la obligación, por parte del aportante, de la entrega y saneamiento de la cosa en los terminos prescritos en el Código Civil para el contrato de compraventa, que se apliquen las reglas del Código Civil sobre este mismo contrato en punto a transmisiones de riesgos, e incluso obliga a revisar, por parte de los administradores —artículo 32—, las valoraciones hechas de estas aportaciones no dinerarias, en un plazo de cuatro meses, a contar desde la constitución de la Sociedad.

Consecuentemente con lo expuesto, no puede entenderse que la Sociedad constituida haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria y utillaje, sito en el extranjero, por parte de la Sociedad francesa porque la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera —Decreto de 24 de noviembre de 1959— y de la correspondiente licencia de importación, permisos no presentados en el momento de extender la nota, sin que sea suficiente la tradición instrumental derivada del artículo 1.462 del Código Civil, la cual, en régimen de emergencia, encuentra enervada su efectividad por el requisito de dichas autorizaciones; por todo lo cual hay que concluir que, al no haber ingresado en la Caja social los bienes que deben ser aportados, no están completamente desembolsadas las acciones suscritas hasta tanto no pase libremente dicha maquinaria y utillaje a poder y posesión de la Sociedad constituida. (Resolución de 10 de noviembre de 1959. «B. O.» de 26 de noviembre.)

NOTA: Las disposiciones dictadas como consecuencia del régimen de liberación, entre otras el Decreto de 27 de julio de 1959 sobre inversión de capitales extranjeros, han afectado profundamente a la materia que trata el segundo punto de esta resolución, que se resuelve aquí conforme a las normas vigentes en el momento de la extensión de la nota, que exigían en el supuesto de constitución de sociedad con participación de divisas o maquinaria aportada por extranjero, autorización del Ministerio de Industria sobre la conveniencia y establecimiento de la misma, otra del Instituto de Moneda Extranjera sobre importación de divisas que correspondan al contravalor de las acciones suscritas y una última del Ministerio de Comercio con la licencia de importación de la maquinaria o utillaje.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Gabriel GARCIA CANTERO, Domingo IRURZUN, José M.ª PEÑA y José PERE RALUY, con la dirección de Antonio IPIENS Y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DERECHO FORAL DE VIZCAYA: DERECHO SUPLETORIO: *El Derecho común supletorio aplicable en Vizcaya no es el vigente con anterioridad al C. c., sino el C. c.*

APLICACIÓN DEL DERECHO SUPLETORIO: *No puede acudirse al Derecho supletorio cuando existe una ley que regula el caso concreto.*

DERECHO FORAL DE VIZCAYA: COSTUMBRE: TESTAMENTO POR COMISARIO: *En Vizcaya el Derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las leyes del Fuero, por lo que no puede tenerse en cuenta la alegación de que en Vizcaya exista la costumbre de prorrogar el poder testatorio excediendo de los términos de la L. III, título XXI, del Fuero. [S. 9 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: POSESIÓN EN VIRTUD DE ENTREGA POR EL SERVICIO DE RECUPERACIÓN AGRÍCOLA: *Aunque la Comisión de Recuperación Agrícola (actuando en virtud de lo establecido en la Ley de 3 de marzo de 1938 que creó el Servicio de Recuperación Agrícola) entregó a los demandados las fincas en cuestión, restableciendo la situación de hecho anterior, no creó por ello un derecho a su favor ni menos les concedió un título dominical de carácter civil sobre las mismas.*

USUCAPION: TÍTULO CONSTITUIDO POR LA ENTREGA VERIFICADA POR EL SERVICIO DE RECUPERACIÓN AGRÍCOLA: *Hay que desecharse la usucapion alegada no sólo porque tal entrega no puede considerarse como título dominical, lo que bastaría en virtud del artículo 1.940 del Código civil, sino porque la sentencia impugnada deniega también la concurrencia de buena fe en los recurrentes, sin que esta declaración de hecho sea combatida en forma en el recurso. [S. 8 de junio de 1960; no ha lugar.]*

2. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS: *No siendo la tercería de dominio sino una acción reivindicatoria dirigida a oponerse a la efectividad de devisiones adoptadas en un proceso de ejecución, es indispensable para que pros-*

pere, la demostración de que es dueño de cuanto se trata de reivindicar.
[S. 13 de octubre de 1960; no ha lugar.]

3. USUCAPIÓN: CAMBIO DE TÍTULO DE LA POSESIÓN: POSESIÓN EN NOMBRE PROPIO: POSESIÓN CIVILÍSIMA: INFORMACIÓN POSESORIA INSCRITA: *El art. 440 del C. c. no tiene un alcance tan absoluto que impida la adquisición de los bienes por prescripción extraordinaria de uno solo de los coherederos, que los poseyó en nombre propio durante más de treinta años, siendo la información posesoria que se practicó la manifestación más ostensible de esa posesión en nombre propio.*

USUCAPIÓN: POSESIÓN EN NOMBRE PROPIO: *Puede usucapir los bienes si los poseyó en nombre propio, con carácter exclusivo, y no como copartícipe de una herencia, en nombre de los demás herederos y para la comunidad hereditaria.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA «ACCIO FAMILIAE ERISCUNDAE»: ART. 1.965 DEL C. C.: *La imprescriptibilidad que en este artículo se establece sólo es aplicable cuando los herederos han poseído de consuno o en nombre de la herencia, mas no si algún heredero los ha tenido en nombre propio, durante el tiempo y con los demás requisitos necesarios para la prescripción.* [S. 4 de abril de 1960; ha lugar.]

4. USUCAPIÓN: INTERRUPCIÓN: *No ganó el dominio por prescripción extraordinaria, pues fué interrumpida la posesión por reclamaciones privadas.*
[S. 29 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

NOTA: Queremos resaltar que habla esta sentencia de interrupción de la prescripción extraordinaria por reclamaciones privadas. La reclamación privada vale para interrumpir la prescripción extintiva (art. 1.973) pero no la adquisitiva. (J. M. P.)

5. USUCAPIÓN: TÍTULO CONSTITUIDO POR LA ENTREGA VERIFICADA POR EL SERVICIO DE RECUPERACIÓN AGRÍCOLA: (Véase S. 8 de junio de 1960, t. I.)

6. ARTICULO 34 LEY HIPOTECARIA: PRUEBA DE LA MALA FE: *El conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral ha de ser probado de un modo concluyente por quien afirma la carencia de buena fe en el tercero hipotecario, bien por «hechos» que tienen que herir forzosamente los sentidos, o bien por «actos» que haya realizado el mismo supuesto tercero; hechos o actos cuya existencia es cuestión de hecho de apreciación por el tribunal de instancia.*

BUENA FE DEL ARTÍCULO 34 I. H.: *Consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral.*

BUENA FE DEL ART. 34 Y 36 L. H.: CUÁNDO DEBE EXISTIR: *La buena fe ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquel en que se efectúa la tradición por el otorgamiento de la escritura, a base del 1.432 C. c. si de la misma no resultare o se dedujera claramente lo contrario.*

BUENA FE DEL ART. 34 Y 36 L. H.: «MALA FIDES SUPERVENIENS NON NOCET»: *Es irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de la adquisición —otorgamiento de la escritura— a efectos de privarle de la condición de adquirente de buena fe, pues «mala fides superveniens non nocet».* [S. 29 de marzo de 1960; no ha lugar.]

III. Derecho de Obligaciones.

1. DAÑOS: MEDIDAS DE PREVENCIÓN CIVILES: *Son competentes los Tribunales ordinarios para adoptar medidas de prevención tendientes a que no se produzcan en lo sucesivo daños producidos por la contaminación de las aguas y pastos por una factoría de plomo; sin que pueda alegarse que tales medidas sólo las puede ordenar la Dirección General de Minas.* [S. 5 de abril de 1960; no ha lugar.]

2. DAÑOS Y PERJUICIOS: NECESIDAD DE SU PRUEBA: *Para que proceda la reclamación es preciso probar el daño o perjuicio y su importe.* [S. 23 de abril de 1960; no ha lugar.]

3. DAÑOS: RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO: ACCIÓN DIRECTA: ART. 1.903 DEL C. C.: *Se puede ejercitar la acción que concede el 1.903 del C. c. contra los responsables que dicho precepto señala, sin que conjuntamente se deduzca también contra los productores del daño, como exige la Audiencia.*

DAÑOS: RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO: ACCIÓN DIRECTA: *La responsabilidad establecida por el art. 1.903 del C. c. es directa, como derivada de la relación jurídico-material engendrada entre el director o empresario y el perjudicado, cuya naturaleza autónoma, fundada en la culpa «in eligendo» o «in vigilando» es distinta e independiente de la que contrae el autor material, que responde de culpas «in operando», y contra el que puede dirigirse la acción que a los primeros concede el 1.904.* [S. 30 de abril de 1960; ha lugar.]

4. DAÑOS: INFRACCIÓN REGLAMENTARIA CULPOSA: *Si el poste de un tendido eléctrico, cuya caída produjo el incendio, no cumplía las condiciones reglamentarias (Reglamento de instalaciones eléctricas de 27 de marzo de 1919), es suficiente esa infracción reglamentaria para determinar la culpabilidad de la Empresa eléctrica.* [S. 23 de mayo de 1960; no ha lugar.]

5. CAUSA DE LOS CONTRATOS: CARÁCTER OBJETIVO: *Es evidente que en nuestro Código civil la causa, como elemento necesario para que contrato exista, responde a un concepto objetivo, y atiende al fin que se persigue con el contrato por su especial naturaleza.*

CAUSA DE LA COMPRAVENTA: *El artículo 1.445 del Código civil, al definir la compraventa, hace una aplicación concreta de lo establecido por el 1.274 respecto de la causa de los contratos onerosos; es decir, que para el comprador la causa es la cosa y para el vendedor el precio.*

INEXIGIBILIDAD DEL PRECIO POR EL VENDEDOR: INEXISTENCIA DE CAUSA: *Si el precio no puede ser percibido obligatoriamente por el vendedor, sino que su entrega queda sometida a la voluntad del comprador, es claro que no existe causa.*

ACCIÓN DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 1.301: *El citado artículo 1.301 no rige más que en los casos en que, concurriendo todos los requisitos que exige el art. 1.261 del mismo cuerpo legal para que haya contrato, adolecen de un vicio que los invalida con arreglo a la ley de los que se citan en el mismo precepto, pero no cuando falta alguno de aquellos requisitos. [S. 25 de abril de 1960; ha lugar.]*

OBSERVACIONES: La principal discusión del litigio se centró sobre la calificación de unos pretendidos contratos de compraventa en los que, con ligeras variantes, se contenía una cláusula por la cual los compradores «podrán entregar a su madre, doña ... (vendedora), en el tiempo que crean conveniente, las cantidades que les parezca oportuno a cuenta del precio de esta venta, pero ésta no podrá exigirles nada por tal concepto».

Es evidente que aquí, a pesar de la terminología usada por las partes, si hay un contrato, no es un contrato de compraventa. El supuesto de hecho que se plantea con las declaraciones de las partes y las obligaciones que se pretende crear no corresponden con el esquema legal de la compraventa tal como la define el artículo 1.445 del Código civil, pues falta en la llamada vendedora la acción para exigir el pago del precio y los compradores no «se obligan» a pagar por la cosa «un precio cierto» como exige el mencionado artículo para que el contrato sea de compraventa.

Es interesante la afirmación que hace la Sala acerca del ámbito de aplicación de la acción de nulidad del artículo 1.301 --declaración que se formula «a los efectos de doctrina», pues el extremo, aunque discutido en el pleito y tratado en la sentencia de instancia, no fué recogido en la súplica de la demanda--, puntualizando que es preciso que se trate de contrato en el que se den los requisitos del artículo 1.261, consentimiento, objeto y causa. Viene a ser el reconocimiento de la impropiedad con que se produce el Código en el citado artículo 1.301 al hablar de la falsedad de la causa como de un supuesto más de anulabilidad, cuando en rigor lo es de nulidad o, si se quiere, de inexistencia porque sin causa o con causa falsa «no hay contrato», conforme al artículo 1.261. (D. I.):

6. CATALUÑA: ACCIÓN RESCISORIA EN LA COMPRAVENTA: LESIÓN: *Para que prospere la acción es preciso que se justifique el perjuicio en la cuantía necesaria, lo que, a su vez, requiere la determinación del precio justo en la fecha del contrato. [S. 10 de mayo de 1960; no ha lugar.]*

7. RETRACTO DE COLINDANTES: PREDIO RÚSTICO: *Reducida la cuestión litigiosa a determinar si el terreno de autos tiene el concepto de predio rústico o urbano, el fallo recurrido que se funda en que «al superar en más del duplo el precio pagado al que tuviera que satisfacerse por cualquier parcela análoga situada en punto cercano pero no afectado por el crecimiento urbano, esta diferencia de valor es un dato seguro que con arreglo a lo establecido impone o aconseja calificar de solar dicho terreno, aun estando en cultivo, que es el caso que se contiene» interpreta correctamente el artículo dos, c) de la Ley de 15 de marzo de 1935 que se alega en el recurso como infringido. [S. 4 de marzo de 1960; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Dando por sentado que los criterios de diferenciación que la Ley de Arrendamientos Rústicos hace «a los efectos de esta Ley» entre predios rústicos y los que no tienen este carácter, sean de aplicación a instituciones distintas, como el retracto de colindantes, la Sentencia de 4 de marzo de 1960 ratifica la equiparación sentada por la recurrida entre «precio pagado» y «valor en venta», que tal vez no sea muy ortodoxa. En efecto, el artículo 2.º de la Ley de 1935, en su párrafo c) excluye de la consideración de rústicas a las tierras que por su proximidad a poblaciones, carreteras, puertos o playas, «tengan un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo». La norma ha sido recogida en el Reglamento para la aplicación de la Legislación sobre Arrendamientos rústicos de fecha 29 de abril de 1959, constituyendo con idéntico texto el número 3.º del párrafo segundo del artículo segundo. En todo caso «valor de venta» parece ha de tener un sentido objetivo, no identificable con el «precio» que arbitrariamente puedan señalar las partes en un contrato determinado, pues ello equivaldría a dejar la aplicación de la ley a la voluntad de los particulares y a sancionar inadmisibles supuestos de colusión. (D. I.)

8. RETRACTO DE COLINDANTES Y ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ARRENDATARIO:
El hecho de que el comprador aparezca como arrendatario de la finca no es suficiente para que su adquisición se considere preferente frente al derecho del colindante. [S. 27 de mayo de 1960; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: La doctrina contenida en el extracto que precede ha de ser tomada con reservas, pues la simple condición de arrendatario rústico no es suficiente para enervar por sí sola, sin más calificativos, la acción de retracto ejercitada. El adquirente de la finca que llevaba en arrendamiento tiene derecho preferente de adquisición frente al titular de una acción de retracto legal de colindantes cuando su arrendamiento gozase de la cualidad de «protegido», como con acierto y claridad destaca la sentencia del mismo Tribunal Supremo de fecha 6 de abril de 1960.

El caso a que puso fin la aquí comentada no difiere sustancialmente del que dió lugar a la sentencia del 6 de abril. En ambos casos hubo una simple alegación por el comprador demandado de su calidad de arrendatario. Pero en el recurso de casación se siguieron caminos diferentes: en uno se pretendió atacar la realidad y veracidad del arrendamiento alegado, invocando su carácter simulado. La existencia del arrendamiento se había hecho constar en la propia escritura de compra a favor del arrendatario y constaba en autos el documento privado en que se constituyó. La cuestión era, además, nueva, y el Tribunal Supremo lo desestimó en la sentencia que comentamos, de 27 de mayo.

En el otro recurso, por el contrario, se centra exactamente la cuestión en el hecho de que no basta ostentar la cualidad de arrendatario de la finca que se compra para quedar a salvo del retracto de colindantes, pues según la Ley de Arrendamientos Rústicos (véase el Reglamento de 29 de abril de 1959 en su artículo dieciséis, número 12, reglamento comprensivo de toda la legislación en vigor), para que surja el derecho de preferente adquisición es preciso que se trate de «arrendamiento protegido». Y como en el litigio el adquirente demandado se limitó a alegar su cualidad de arrendatario, sin más, sin probar el carácter protegido de su arrendamiento, la sentencia que daba a su adquisición preferencia frente a la ejercitada acción de retracto de colindantes vulneraba los artículos 1.523 del Código y el 16 de la Ley de Arrendamientos. La sentencia de 6 de abril dió lugar al recurso.

El arrendamiento protegido (art. 4.º Ley de 23 de julio de 1942, especialmente recogido con este nombre y definido en el art. 83, 1.º del Reglamento de 29 de abril de 1959) exige: 1.º que la renta anual se regule por una cantidad de trigo que no exceda de 40 Qm., y 2.º que el arrendatario realice el cultivo de modo directo y personal. Y aun ello no es bastante para que el

arrendatario tenga derecho de adquisición preferente respecto al titular de un derecho de retracto de colindantes, pues no hay que olvidar la norma contenida en el párrafo penúltimo del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos redactado por Ley de 15 de julio de 1949 (y que recoge el Reglamento citado en el número 11 de su artículo 13), de que el arrendatario que a la vez sea propietario de más de 100 Has. en secano o 10 en regadío en el territorio nacional, no podrá ejercitar ninguno de los derechos que el artículo 16 establece a favor de los colonos. (D. I.)

9. ARRENDAMIENTOS PROTEGIDOS O NO PROTEGIDOS: PREFERENCIA FRENTE AL RETRACTO LEGAL DE COLINDANTES: *Interpreta erróneamente los preceptos legales y debe ser casada la sentencia que desestima la acción de retracto de colindantes ejercitada y reconoce la preferente adquisición del colono que compró la finca, cuando el arrendatario demandado como comprador se limitó a esgrimir la existencia del contrato de arrendamiento y a invocar su carácter preferente sin alegar siquiera que dicho arrendamiento tuviera la condición de protegido y si que se practicase prueba alguna para justificar que reunía las características exigidas por el artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1942 al que expresamente se remite el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos según la redacción que le dió la reforma de 15 de julio de 1949.* [S. 6 de abril de 1960; ha lugar.]

OBSERVACIONES: Véase sentencia 27 de mayo de 1960.

10. RETRACTO DE COLINDANTES: SU EJERCICIO FRENTE AL ADQUIRENTE QUE ERA APARCERO DE LA FINCA ENAJENADA, EN VIRTUD DE CONTRATO DE APARCERIA NO SUJETO A LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Al no conceder el Código derecho de retracto al aparcero, es evidente que dicho aparcero cuando adquiere por compra la finca, no puede alegar un derecho de preferente adquisición frente a la acción de retracto de colindantes ejercitada en la demanda inicial del proceso, por lo que es inexcusable acceder a ella.* [S. 12 de marzo de 1960; no ha lugar.]

11. DONACIÓN: *La errónea calificación de los bienes donados como gananciales, siendo privativos del donante, y la innecesaria presencia de la esposa, no son óbice para la validez de la donación de la nuda propiedad de dichos bienes.*

DONACIÓN: RESERVA DEL USUFRUCTO EN FAVOR DEL DONANTE DE BIENES PRIVATIVOS Y DE SU ESPOSA CON EXTINCIÓN AL FALLECIMIENTO DEL ÚLTIMO QUE SOBREVIVA: *La reserva del usufructo en favor del donante de bienes privativos y de su esposa hasta el fallecimiento del último de ellos que sobreviva (reserva que no se hace por partes determinadas entre ambos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio), sólo puede admitirse que constituya una donación cuando ocurra el fallecimiento del cónyuge titular de los bienes, que es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, es decir, disuelto el matrimonio, pero no durante éste.*

DONACIÓN: DE NUDA PROPIEDAD A UN HIJO CON RESERVA DEL USUFRUCTO EN FAVOR DEL PADRE DONANTE DE BIENES PRIVATIVOS Y DE SU ESPOSA: *Aunque se con-*

siderase existente durante el matrimonio la donación del usufructo a la esposa, no cabe olvidar que los donatarios serían dos (el hijo para la nuda propiedad, la esposa para el usufructo) y que la inhabilidad para serlo de uno de ellos (la esposa) no puede determinar la nulidad total de la donación, cuando, como aquí ocurre, lo donado son cosas distintas. [S. 7 de junio de 1960; no ha lugar.]

HECHOS: En escritura pública marido y mujer donaron la nuda propiedad de unas fincas que se describían como gananciales, a un hijo de un anterior matrimonio del marido, reservándose el usufructo los cónyuges donantes, usufructo que no se extinguiría hasta el fallecimiento del último de ellos que sobreviviera.

Se suscita el pleito cuando el hijo donatario (aceptante de la donación en la misma escritura) llega a conocimiento de que su padre, al fallecer, legó en testamento a su viuda, en pago de la cuota viudal y de su participación en gananciales, las mismas fincas cuya nuda propiedad fué objeto de la donación, y que, con apoyo de este testamento, la representación legal de la viuda —incapacitada—, pretendía venderlas.

En la demanda suplica esencialmente que se declare la validez de la donación, la nulidad del legado y que a la viuda sólo correspondía el usufructo vitalicio de las fincas en cuestión.

En la contestación a la demanda se revela de modo concluyente que las fincas fueron erróneamente calificadas como gananciales en la escritura de donación, probándose que eran privativas del marido. La sentencia del juez desestima la demanda y estimando en parte la reconvencción declara nulas las donaciones causadas.

La Audiencia revoca la sentencia apelada y accede a la declaración de todos los pedimentos de la demanda. Se plantea el recurso de casación con tres motivos, relativos a las infracciones de los artículos 1.334 (prohibición de donaciones entre cónyuges), 1.930 y siguientes (prescripción) y 621 (reglas de la donación entre vivos). La declaración de nulidad del legado no fué impugnada, por lo que tal pronunciamiento quedó firme. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

OBSERVACIONES: La sentencia del Juez de 1.ª Instancia que declaraba la nulidad de las donaciones, se motivaba (según transcribe el escrito de recurso) «porque hubo una donación en cuanto a bienes privativos del esposo del derecho usufructuario en favor de la esposa», estimando que era una donación prohibida por el artículo 1.334 del Código civil.

Es evidente que, aun admitida esta tesis, en nada podía afectar a la validez de la donación de nuda propiedad, como con razón señala el Tribunal Supremo, porque se trataría de dos donaciones independientes sobre objetos diversos —nuda propiedad y usufructo de los mismos bienes—, hechas en favor de personas distintas —hijo y esposa, respectivamente—. La nulidad de la donación del usufructo a la esposa sólo tendría como consecuencia que al morir el padre donante, su hijo donatario de la nuda propiedad consolidaría el pleno dominio al extinguirse el usufructo por el fallecimiento del dueño que se lo reservó y no nacer o continuarse dicho usufructo en el cónyuge por la pretendida aplicación del artículo 1.334.

Pero esta hipótesis no es planteada por el Tribunal Supremo más que a efectos dialécticos, pues parte de la idea, antes afirmada, de que cuando el donante de la nuda propiedad de bienes privativos se reserva el usufructo

en su propio favor y en el de su cónyuge, subsistiendo el usufructo hasta el fallecimiento del último de los cónyuges que sobreviva, no hay actualmente donación alguna, la cual sólo podría admitirse cuando se disuelva el matrimonio, no durante éste, por fallecimiento del cónyuge de quien eran privativos los bienes.

(Advertimos que, literalmente, el considerando segundo de la Sentencia de 7 de junio de 1960 que comentamos, dice: «...cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos» —de los cónyuges—. Pero siendo claro que si los bienes cuyo usufructo se reserva son privativos del marido y fallece primero la esposa —«uno de ellos»—, no hay donación de ninguna especie, nos hemos permitido alterar incluso en el resumen «ut supra» la expresión literal de la sentencia por creer que responde con mayor fidelidad y exactitud a la intención y propósito argumentativo.)

Si no hay, pues, donación *durante el matrimonio*, sino al disolverse éste por muerte del marido donante, estamos ante una liberalidad que se hace en atención a la muerte del donante y para cuya eficacia es imprescindible que el cónyuge donatario no le premuera. Ello nos lleva a pensar de modo inmediato en la *donación mortis causa*, pues sólo queda en el aire para lograr una identidad absoluta, el requisito de su revocabilidad, que al parecer de la doctrina no es esencial.

En esta sentencia parece haber un fuerte apoyo para la tesis de VALLET en defensa de la permanencia en nuestro derecho de las donaciones «mortis causa», a cuyos amplios y completos trabajos remitimos a quien quiera hacer un estudio detallado de la materia. Véase, en especial, VALLET, «La donación «mortis causa» en el Código civil español», Conferencia en la Semana Notarial de Santander en 1948, publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo V, págs. 625-829, y editada por Reus, Madrid 1950.—«Dic-tamen acerca de los requisitos...» ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, II-2, páginas 654-664.—«Donación, condición y conversión jurídica material». ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, V.4, págs. 1205-1325, etc. Véase también, en sentido contrario, FUENMAYOR, «Sobre una revisión de las donaciones «mortis causa» en nuestro Código civil», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, IV-3, págs. 1082-1095. (D. I.)

12. RENTA VITALICIA: PACTO RESOLUTORIO POR IMPAGO: ART. 1.805 del C. c.: *Es admisible el pacto resolutorio en caso de impago de las pensiones, pues, a diferencia del Proyecto de 1851 que le prohibía expresamente, el Código actual nada dice y por el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el 1.255 hay que admitirle, pues no es contrario a la ley ni a la moral o el orden público.* [S. 14 de octubre de 1960; no ha lugar.]

13. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ART. 1.902: NEGLIGENCIA: *El exacto cumplimiento de la legalidad vigente en cuanto a cuidados a observar en el almacenamiento de películas no imposibilita la aplicación del 1.092 si se estima que ha habido negligencia.*

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: *Para la existencia de la obligación de indemnizar no es necesario, conforme al artículo 1.902, que el acto sea ilícito.* [S. 7 de enero de 1960; ha lugar.]

Se trata de un incendio espontáneo en un almacén de películas. El propietario había cumplido las disposiciones legales en orden a seguridad. La Audiencia entendió que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se halla amparado por una legalidad y su actuación se conforma con el Derecho establecido. El T. S. falló en el sentido dicho.

14. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: *No se puede reclamar indemnización sin probar la culpa del demandado que no se presume.* [S. 27 de mayo de 1960; no ha lugar.]

IV. Arrendamientos de cosas.

1. ARRENDAMIENTO SOBRE OBJETO MÚLTIPLE: *La calificación de un arrendamiento unitario sobre varios objetos debe hacerse compensar atendiendo al elemento objetivamente predominante.*

SOLAR: *No desvirtúa la calificación de un terreno como solar la existencia en el mismo de barracones o edificaciones provisionales, tanto más si existe falta de adecuación entre lo edificado y el lugar del emplazamiento a que se refiere el art. 9 de la Ley de solares, aunque hay que reconocer que este precepto tiene aplicación preferente en el área de la competencia administrativa.*

ACTOS PROPIOS: VALOR A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DEL COBRO DE INCREMENTOS: *El que el arrendador haya percibido del arrendatario de un inmueble los incrementos correspondientes a los locales de negocio, no tiene valor, por sí solo, para determinar la calificación de aquel como tal local de negocio.*

RECURSO DE CASACIÓN: CALIFICACIÓN DE CONTRATO: *La calificación de los negocios jurídicos es un problema de derecho susceptible, como tal, de la censura de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, respetando, en todo caso y mientras no se combatan eficazmente, los hechos que la Sala de instancia declara probados.*

RECURSO DE CASACIÓN: PRINCIPIO DISPOSITIVO: *No cabe abordar en casación, temas planteados en la instancia pero no suscitados en el recurso de casación, por impedirlo el principio dispositivo que impera en materia estrictamente privada.* [S. 14 de octubre de 1960; ha lugar.]

2. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *La calificación del contrato no depende de la denominación dado al mismo por las partes, sino del contenido de las estipulaciones.*

ARRIENDO DE INDUSTRIA: *No cabe hablar de arriendo de industria, si el arrendatario es quien construyó, en el terreno arrendado, las vallas, tribunas y demás instalaciones necesarias para el ejercicio de la industria desarrollada en el local, ya que en tal caso la industria no fué creada por el arrendatario.*

JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD: *El hecho de que alguno de los subarrendatarios se convirtiera en propietario del inmueble no supone cuestión compleja que pueda obstar a la acción de desahucio del arrendatario.*

PRUEBA PERICIAL: *La apreciación de la prueba pericial está sometida al*

Tribunal de instancia, sin que contra ella pueda darse el recurso de casación. [S. 7 de julio de 1960; no ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *El arrendamiento de industria a que se refiere la LAU no requiere que el arrendador sea el propietario del inmueble en que radica el negocio, ya que también puede darse cuando el arrendador de la industria es arrendatario del local.* [S. 20 de octubre de 1960; no ha lugar.]

4. ARRIENDO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO: DISTINCIÓN: *Si lo que cede el arrendador es el uso o el disfrute de todo o parte de un edificio dotado de todos los elementos precisos y organizados para la obtención de una producción económica y susceptible de explotación inmediata, o pendiente de meras formalidades administrativas, se trata de un arrendamiento de industria, y si lo arrendado es un local desnudo o con elementos desarticulados, no aptos por sí solos, para finalidad industrial, se trata de arrendamiento de local de negocio. No desvirtúa la calificación de arriendo de industria, la circunstancia de que el arrendatario complete la instalación con algún elemento accesorio como una cámara frigorífica.*

CONFESIÓN JUDICIAL: VALOR: *La confesión en juicio es el medio probatorio más directo y eficaz que puede presentarse en juicio, por perjudicar siempre al confesante si las posiciones se absuelven bajo juramento indecisorio.* [S. 6 de febrero de 1960; ha lugar.]

NOTA: Resulta altamente satisfactorio que se reconozca el preeminente valor de la prueba de confesión judicial, no pocas veces desconocido a pretexto de la valoración conjunta de las pruebas, aunque hay que reconocer que dadas las condiciones en que, en ocasiones se practica la referida prueba, se explica la escasa fe depositada en la misma. (J. P. R.)

5. ARRIENDO DE CASINOS O CÍRCULOS DE RECREO: *Un casino o círculo no puede ser equiparado a local en que se ejercitan actividades benéficas, piadosas o que no persigan lucro del art. 4 de la LAU, aunque conserve alguna actividad cultural o económica.* [S. 17 de junio de 1960; no ha lugar.]

Se alegó en el recurso que la entidad arrendataria tenía estatutariamente, como finalidad básica, la realización de actividades culturales, profesionales y económicas --se trataba del Círculo Mercantil de S.-- afirmación que se decía corroborada por certificados del Gobernador civil y del Alcalde de S. pero tanto la Sala de instancia como el Tribunal Supremo, siguiendo la tónica habitual de interpretación extensiva del art. 2, 2.º de la LAU y restrictiva del artículo 4 de la propia Ley, han excluido el arriendo del campo tutelado por la LAU. (J. P. R.)

6. REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL: «RATIO LEGIS»: *La «ratio legis» de la norma que faculta al arrendatario a reducir la renta a la cifra que sirva de base al tributo, es estimular la colaboración a la defensa del interés público, a través del cumplimiento de los deberes tributarios.*

REDUCCIÓN DE RENTA A LA BASE FISCAL: ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE CON ENSERES: *Arrendado por un precio conjunto un local de negocio con algunos enseres, como mostradores, estanterías y vitrinas, no es aplicable la norma de la LAU sobre reducción de renta al tipo fiscal, al no estar determinada la parte de renta correspondiente, estrictamente, al arriendo del inmueble, que ha de servir de base de comparación.* [S. 30 de junio de 1960; no ha lugar.]

NOTA: La doctrina de esta segunda máxima es absolutamente correcta; pone sin embargo, de manifiesto, la existencia de una brecha legal por la que puede perderse todo el gas del art. 103 de la LAU, en materia de arriendo de local de negocio al menos; basta arrendar conjuntamente con el local algunos insignificantes enseres, para que el arrendador quede prácticamente a cubierto de la acción del citado artículo. (J. P. R.)

7. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: NOTIFICACIÓN EFICAZ: *La notificación es eficaz cuando el arrendatario adopta la forma de carta, la cual no solamente dió por recibida uno de los co-arrendadores, sino que ambos el propio día de la recepción requirieron al Notario para que hiciese saber al arrendatario que no autorizaban el traspaso, quedando los arrendadores perfectamente enterados de la decisión y condiciones y a ella ajustaron su posterior conducta.* [S. 4 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

8. DERECHO DE RETRACTO: CONDICIÓN DE INQUILINO: PRUEBA: *No es suficiente para probar esta condición el testimonio del auto dictado por el Juzgado Comarcal declarando bien hecha la consignación de las rentas, pues tal auto como no podía hacerlo, nada dice sobre la existencia del contrato de arrendamiento.* [S. 25 de marzo de 1960; no ha lugar.]

9. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: CONVENIO PRELIMINAR DE VENTA ENTRE PROPIETARIO E INQUILINO: *Cuando no se trata del ejercicio de derechos de tanteo y retracto, sino de un concierto entre la propietaria y la inquilina para adquirir por contrato de compraventa, ésta podrá exigir la ejecución de dicho contrato por el procedimiento ordinario, pero no por el especial establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos.* [S. 26 de marzo de 1960; no ha lugar.]

10. RETRACTO ARRENDATITIO URBANO: VENTA POR SUBASTA JUDICIAL DE PISOS AGRUPADOS: *Afirmado en el sentencia recurrida que la enajenación de la casa fué hecha por pisos, independientes el segundo y el primero, y agrupados el bajo, tercero y cuarto y el llamado camarote, al no ser impugnados eficazmente estos hechos en el recurso, se impone su desestimación.* [S. 6 de mayo de 1960; no ha lugar.]

11. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATITIO DE VIVIENDA: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *No cabe resolver el contrato de arriendo por defecto de notificación al arrendador de la subrogación, si el sucesor realiza dentro del plazo legal, todos los actos necesarios para verificar la notificación, aunque ésta llega a conocimiento del arrendador fuera de dicho plazo por causas imprevistas o inevitables.* [S. 29 de octubre de 1960; ha lugar.]

El curioso supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia anterior fué el siguiente: La sucesora entregó al Notario la carta en que notificaba al arrendador su voluntad de subrogarse en los derechos y obligaciones arrendaticias de su difunto padre; la entrega la hizo dentro de los noventa días siguientes al fallecimiento de éste y con tiempo sobrado para que llegase a su destino dentro de dicho tiempo, yendo la carta dentro de un sobre correctamente dirigido al domicilio del arrendador en; L., sobre que fué sustituido, sin conocimiento de la notificación, por otro del Notario dirigido a la población de M., por lo que la carta no llegó a su destino y fué devuelta al Notario. Dejando aparte la peculiaridad del caso en cuanto a la cuestión de hecho, la doctrina de la sentencia es absolutamente correcta y responde a una tónica de la que hay abundantes precedentes en los órganos de instancia. En el proceso a que se refiere la setencia anotada, el Juzgado de 1.^a Instancia desestimó también la demanda. (J. P. R.)

12. RESOLUCIÓN POR IMPAGO DE RENTAS: CAMBIO DE SISTEMA DE PAGO: *El hecho de que la parte arrendadora inicialmente pasara a cobrar los recibos de alquiler en el local arrendado y luego dejara de seguir tal práctica, no tiene virtud bastante para deducir del mismo el incumplimiento, por el arrendador, de una obligación a su cargo, que pueda obstar a la vitalidad del desahucio por falta de pago de la renta.*

JUICIO DE DESAHUCIO; COMPLEJIDAD: *No cabe hablar de complejidad obstativa a la vitalidad del desahucio por el simple hecho de la existencia, entre las partes de una pluralidad de contratos de diversas fechas, si el órgano de instancia reputa perfectamente dejimida la relación contractual existente* [S. 5 de julio de 1960; no ha lugar.]

13. RESOLUCIÓN POR CAUSA DE SUBARRIENDO: *No habiéndose concretado la fecha en que se concertó el subarriendo no cabe estimar la excepción de prescripción de la acción resolutoria*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN LA COSA ARRENDADA: *La introducción en el local arrendado de una persona individual o jurídica, distinta del arrendatario, sin título legal o contractual que lo autorice, es causa de resolución.* [S. 30 de junio de 1960; no ha lugar.]

14. APORTACIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO A UNA SOCIEDAD: TRASPASO: *La aportación de derechos arrendaticios y concretamente del uso y disfrute de la posesión de los locales arrendados, a una sociedad, constituye un traspaso; tal cesión de derechos, como aportación social, tiene un valor económico calificable como precio; si se cede la posesión a cambio del pago de renta se concreta la cuantía del precio o de parte del mismo.* [S. 21 de octubre de 1960; no ha lugar.]

NOTA: En la sentencia se declara probado que el arrendatario aportó a una Compañía de la que entró a formar parte «el mero uso o disfrute del contrato de arrendamiento de los locales arrendados, para utilizarlos a cambio del pago de las rentas convenidas con los propietarios de dichos locales».

Es muy discutible la calificación de traspaso, ya que dados los presupuestos de hecho parece más adecuada la de subarriendo. Sigue sin matizarse debidamente la distinción entre el traspaso —cesión de contrato, sustitución de un arrendatario por otro— y el subarriendo —simple transferencia del *ius utendi*, con mantenimiento en su posición primitiva del arrendatario—. El hecho de que el nuevo usuario del local asuma la obligación de pago de la renta no desvirtúa la existencia del subarriendo, cuyo precio, en tal caso, coincide con el del arriendo. La distinción entre subarriendo y cesión ofrece interés a efectos de la aplicación de la disposición transitoria 4.ª de la LAU, (J. P. R.)

15. TRASPASO O SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: DECLARACIONES A EFECTOS FISCALES: *Entre el hecho de haber solicitado una hija alta de contribución y licencia municipal para la apertura de un establecimiento de peluquería en el local de que es arrendatario su padre, y el de que la explotación de dicho negocio se realice por cuenta y responsabilidad de dicha hija, no existe el enlace directo y preciso necesario para que pueda apreciarse la presunción como medio de prueba de este último hecho; tanto más, si se declara probado que el padre, bajo cuya dependencia económica se halla la supuesta cesionaria o subarrendataria, fué quien adquirió los enseres necesarios para el ejercicio de la industria y solicitó determinadas autorizaciones administrativas a tal efecto.* [S. 25 de mayo de 1960; ha lugar.]

NOTA: En contraste con anteriores sentencias harto más rigurosas, mantiene esta resolución un criterio muy racional que debe presidir la solución de cuestiones similares, de muy frecuente planteamiento, en que en un mismo local se desarrollan actividades industriales por ascendientes o descendientes del arrendatario, sin que muchas veces exista una clara delimitación de las esferas patrimoniales de los distintos familiares; puede advertirse también la creciente subestimación del dato de titularidad fiscal como prueba de la real y efectiva titularidad de una empresa.

16. ARRENDAMIENTO SOLIDARIO: *Cada uno de los arrendatarios solidarios tiene derecho a exigir del arrendador la prestación íntegra en que la obligación consiste.*

ARRIENDO SOLIDARIO: TRASPASO: *La absorción por una sociedad arrendataria de local de negocio de otra sociedad no constituye traspaso si ambas personas jurídicas eran arrendatarias con carácter solidario.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *La impugnación de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos debe deducirse al amparo de la causa 3.ª del art. 136 de la LAU.* [S. 11 de mayo de 1960; no ha lugar.]

17. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Para que la expropiación forzosa produzca la resolución del contrato de arriendo, es preciso que sea total o que, siendo parcial, afecte a los elementos esenciales para la subsistencia del contrato. La expropiación que afecta a menos de un tercio del local arrendado y que no impide que éste siga dedicado a la actividad que en él se desarrollaba, no es causa de resolución del arriendo.* [S. 18 de octubre de 1960; no ha lugar.]

18. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUBARRIENDO DE PASTOS: *El subarriendo de la finca de autos, por tratarse de una «corraliza», que tiene su finalidad y producción principal en los pastos necesarios al ganado que alberga, hay que entenderlo incurso en la terminante prohibición del artículo cuarto de la Ley de 15 de marzo de 1935 (corroborado por el cuarto del nuevo Reglamento de 29 de abril de 1959), y, como contrario a lo dispuesto en las leyes vigentes, comprendido en el precepto general del artículo cuarto del Código civil, adiciénndo de un patente vicio de nulidad.*

SUBARRIENDO ILEGAL DE PASTOS: CLASE DE NULIDAD: EFECTO: *Aunque el citado subarriendo incide desde luego en la contravención legal extrínseca citada que determina su falta de validez, su clausulado y juego de recíprocos prestaciones (que serían irreprochables si de un primer arrendamiento se tratara), no implican una causa torpe o ilícita de las que sanciona el artículo 1.275 del Código civil, por lo que la solución justa y equitativa es la prescrita en el artículo 1.303 del referido Código para el caso en que se declare la nulidad de la obligación sin culpa de ninguno de los contratantes, es decir, la restitución recíproca por los mismos de las cosas que hubieran sido materia del contrato. [S. 25 de junio de 1960; ha lugar.--Sala Sexta.]*

19. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE RETRACTO: VALOR DEL DOCUMENTO NOTARIAL: *La facultad que el art. 1.º de la Ley del Notariado atribuye al Notario de dar fe de los contratos y demás autos extrajudiciales y el crédito que a lo testificado en uso de ella se ha de conceder, sólo alcanza en materia de contratos a aseverar lo que los contratantes han declarado, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, por lo que jugador puede negar validez intrínseca al documento público si por el resto de las pruebas se deduce que el negocio jurídico a que se contrae no tuvo realidad. [S. 30 de enero de 1960; no ha lugar.--Sala Social.]*

20. RETRACTO PARCIAL: *La subrogación integral que exige el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 requiere que el retracto se ejercite sobre la totalidad de la finca arrendada, aunque la misma figure en el Registro de la propiedad dividida en parcelas, ya que la unidad finca no desaparece por esta fragmentación. [S. 27 de enero de 1960; ha lugar.--Sala de lo Social.]*

A. El demandado cede en arriendo rústico al demandante una finca, que en el Registro aparece como dos contiguas.

B. En escritura pública el demandado vende a un tercero las dos porciones que constituyen dicha finca.

C. El demandante pretende retraer solamente una de dichas porciones, y consigna el precio relativo a ella.

El T. S. revoca la sentencia de la Audiencia, y confirma la del Juzgado al declarar no haber lugar al retracto.

21. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: NOTIFICACIÓN DESEO DE PRÓRROGA: *Las conversaciones tenidas por el arrendatario con el padre de los propietarios arrenda-*

Anuario de Derecho civil

dores, manifestándole su deseo de continuar en el arrendamiento, sin insuficientes a los efectos de la prórroga legal, [S. 24 de junio de 1960; Sala 6.ª, no ha lugar.]

V. Derecho de familia.

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Su introducción de una tercera persona en el uso y disfrute de la cosa arrendada a título oneroso o gratuito y a espaldas del propietario, implica un traspaso de aquéllo que, cuando se verifica sin la autorización del propietario, da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.*

TRASPASO HECHO POR EL MARIDO SIN PODER DE LA MUJER DE FINCA ARRENDADA A NOMBRE DE ÉSTA: ART. 1.413: *Procede la resolución del arrendamiento en caso de traspaso sin consentimiento del propietario, sin que pueda alegarse que lo hiciera el marido sin poder de la mujer, siendo ésta la arrendataria, porque aunque el marido se hubiera excedido en su poder de administración o de disposición que le atribuye el 1.413 del C. c. no es el arrendador quien debe sufrir las consecuencias, con mayor motivo cuando la mujer no se opuso a la ocupación del local ni puso en conocimiento del propietario la novedad dañosa como ordena el 1.559 del C. c. [S. 2 de junio de 1960; ha lugar.]*

2. SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES: ADMINISTRACION: DEMANDA DE RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: *Habiéndose adquirido la finca arrendada por mujer casada con licencia del marido sin que se justificase el carácter privativo de la adquisición, la misma ha de entenderse hecha para la sociedad de gananciales; y por ello fué defectuosamente formulada la demanda de retracto que se dirigió exclusivamente contra la mujer, en lugar de dirigirse contra el marido, que es a quien corresponde la administración de la sociedad de gananciales. Pero como el marido no se limitó a comparecer en autos al solo efecto de completar la capacidad procesal de la mujer, sino que otorgó poder en nombre propio a un Procurador, quien en su representación compareció, quedó subsanado el defecto inicial de la demanda y defendidos los derechos de la sociedad de gananciales.*

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: PERMUTA: *Falta la base necesaria al derecho de retracto que se ejercita cuando en el contrato discutido se convino que una de las partes adquiriría por permuta el local arrendado y la otra por idéntico concepto una hora de derecho de agua de la sociedad minera «La Alianza» representada por las acciones cuyos números se determinaban, ya que tal contrato tiene los caracteres de un contrato de permuta coincidente con la definición del artículo 1.538 del Código civil y las mencionadas acciones son documentos justificativos del derecho real a que se refieren y no, como se pretende, títulos que como los aludidos en el artículo 1.170 del propio Código sean signos representativos del dinero. [S. 23 de mayo de 1960; ha lugar.]*

3. CONTRATO SOBRE BIENES ENTRE CÓNYUGES LEGALMENTE SEPARADOS; NEGOCIO ATÍPICO DE LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y AFECCIÓN DE BIENES PARA GARANTIZAR ALIMENTOS A LOS HIJOS; INTERPRETACIÓN: *La interpretación que de un negocio jurídico hace el Tribunal «a quo» debe impugnarse por la vía del núm. 1.º y no del núm. 7.º del art. 1.692 LEC.* [S. 19 de diciembre de 1959; no ha lugar.]

Si bien la doctrina que ofrece esta sentencia no ofrece novedad, nos parece que indirectamente tiene importancia por varias razones. El caso contemplado ofrece cierta complejidad, y en sus líneas esenciales era el siguiente:

En 1929 para solucionar de común acuerdo las cuestiones civiles derivadas del incumplimiento de una sentencia de divorcio por culpabilidad del marido, suscribieron ambos cónyuges una escritura pública por la cual constituyeron un depósito de valores por cuantía de 1.600.000 pesetas estando a su nombre la nuda propiedad, pero correspondiendo a la mujer la administración y usufructo sin licencia del marido y con obligación de rendir cuentas a éste. La mujer renuncia a toda clase de reclamación de alimentos para sí y para los ocho hijos del matrimonio, perdurando dicho depósito hasta que los hijos lleguen a los treinta años de edad o hasta que contraigan matrimonio si conviven con la madre.

En 1953, cumplidas con exceso aquellas condiciones, el marido reclama la mitad de los valores depositados. La mujer se opone y formula reconvencción, alegando que por razón de la pérdida de valor de la peseta por causa de la Guerra Civil y de la Segunda Guerra mundial el rendimiento de los valores depositados no ha sido suficiente para atender a los gastos de alimentación y educación de los hijos, y a su vez reclama la mitad del exceso entre el importe de los gastos y el rendimiento de los valores, exceso que ha sido soportado por ella, y hasta tanto que no se le abone dicho exceso, pide que se le conceda el derecho de retención sobre los valores usufructuados.

En primera instancia el marido obtiene sentencia favorable, pero apelada por la mujer, es revocada por la Audiencia, la cual estima íntegramente las peticiones de ésta.

El Tribunal Supremo adopta una postura que no deja de ser curiosa, pues rechaza cada uno de los motivos del recurso por defectos de formulación, aunque da a entender que hubiera deseado tener oportunidad de entrar a examinar «la amplia interpretación del Tribunal *a quo* respecto al alcance y derivaciones de la mencionada figura contractual que reñeja la escritura de 12 de octubre de 1929» (Considerando 3.º).

Y ha sido una lástima: a) porque se trata de un negocio atípico patrimonial de Derecho de familia; b) por ser además un negocio complejo, pues envolvía una liquidación de sociedad de gananciales y un pacto sobre alimentos que superaba el alcance de la duración y posiblemente la extensión legales, y c) por contener la sentencia de la Audiencia Territorial una clara aplicación de la teoría de la alternación de circunstancias o de la cláusula *rebus sic stantibus*.

A juzgar por lo que se reproduce en la sentencia del T. S., en la sentencia de la Audiencia se sienta que la finalidad de tal pacto fué asegurar para el futuro alimentos y educación adecuada a la posición económica de

los hijos, señalando bienes que entonces estimaron suficientes, pero que luego resultaron no serlo *debido a la desvalorización de la peseta a consecuencia de nuestra Guerra de Liberación y de la posterior conflagración mundial*, circunstancia que de haberse previsto, hubieran hecho fijar una cantidad superior dado el objeto perseguido, por lo cual no puede estimarse que señalarán aquélla como cifra inalterable sino en tanto en cuanto la rentabilidad de los valores afectos cubrieran las necesidades para atender a las cuales se constituyó aquel capital.

Las razones que han impulsado a prevenirse contra las consecuencias de la devaluación de la moneda en el orden de relaciones puramente patrimoniales, parecen que aconsejan también tenerla en cuenta en las relaciones económico-matrimoniales (Cfr. FREYRIA, *Les moyens d'éviter dans les conventions du mariage les conséquences de la dépréciation de la monnaie*, en RTCD. 49 (1951) 33 ss. (G. G. C.))

4. TUTELA: IRREGULARIDADES EN LA FORMACIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA: NULIDAD DE SUS ACUERDOS: ART. 296 DEL C. C.: *Para que las irregularidades en la formación del Consejo de Familia determinen la nulidad de sus acuerdos haciendo imposible su subsanación retroactiva, basta la existencia de cualquiera de los dos supuestos que el 296 menciona, sin que sea necesaria la concurrencia de ambas circunstancias.*

MARIDO DEFENSOR JUDICIAL DE LA MUJER: *Nombrado defensor judicial de su esposa prodiga al marido para que en su nombre solicite la nulidad de determinadas ventas, no puede admitirse la excepción de falta de personalidad.* [S. 17 de febrero de 1960; ha lugar.]

VI. Derecho de sucesión.

1. NULIDAD DE LA PARTICIÓN: NORMAS APLICABLES: *A falta de normas específicas, salvo el 1.081 C. c., serán aplicables las normas sobre la nulidad de los negocios jurídicos, principalmente de los «inter vivos» contractuales.*

MODIFICACIÓN O COMPLEMENTO DE LA PARTICIPACIÓN: ART. 1.079 DEL C. C.: *La omisión de algunos objetos o valores de la herencia, bien fuese esta voluntaria o involuntaria, pues el artículo no distingue, no da lugar a que se rescinda la partición, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, sin que sea necesario la existencia de estos mismos objetos o valores cuando está probado que han sido sustituidos por otros.* [S. 13 de octubre de 1960; no ha lugar.]

2. CATALUÑA: HERENCIA DE CONFIANZA: MOMENTO EN EL QUE HA DE REUNIR LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS PARA SER HEREDERO: *Establecido que se elegirá heredero a quien reúna determinadas condiciones, éstas ha de tenerlas el elegido en el momento de la muerte del testador y no el de la elección por los herederos de confianza.* [S. 11 de junio de 1960; ha lugar.]

Recoge, implícitamente, esta sentencia que comentamos la distinción que

hace la doctrina (Manresa, Uriarte, Fuenmayor, Vallet) en la mejora hecha por vía de donación entre la donación y la declaración de voluntad de mejorar: la revocabilidad a que se refiere el 827 del C. c. se refiere a la voluntad de mejorar; la donación no es revocable, salvo cuando lo sea por otra causa.

No parece acertada la doctrina de esta sentencia salvo en la configuración como modo que hace de la aplicación de la donación a la mejora.—Modo, en sentido jurídico, es la determinación accesoria por virtud de la cual un adquirente a título gratuito queda obligado al cumplimiento de una prestación accesoria.—El que a la donación se la dé el carácter de mejora no quiere decir que estemos ante un modo. El donatario no tiene ninguna carga con esto, antes bien, sale beneficiado, porque la donación se imputará a la mejora y no a la legítima. La causa de la confusión habrá sido el 797 al decir «... o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador», entendiéndose que se determina su aplicación al dar a la donación el carácter de mejora, pero es claro que no encaja este supuesto en el 797. (J. M. P.)

3. DONACIÓN POR RAZÓN DE MATRIMONIO COMO MEJORA: *La donación por razón de matrimonio, determinado que tiene el carácter de mejora expresa, no tiene la naturaleza jurídica de mejora con entrega de bienes, sino que se trata de una donación por razón de matrimonio, constituyendo su aplicación a la mejora un modo en sentido jurídico.* [S. 23 de junio de 1960; no ha lugar.]

COMENTARIO. —1. HECHOS: Se trata de una donación por la que la abuela da a su nieta, por razón del matrimonio proyectado, determinados bienes, reservándose el usufructo y determinando que la donación tiene el carácter de mejora expresa. Posteriormente la donante revoca la mejora en testamento. El problema que se plantea es si esa revocación puede afectar a la donación o sólo al concepto de mejora en que se hace.

2. Dice esta sentencia, recogiendo la doctrina de la de 6 de febrero de 1954, que de establecerse una donación por razón de matrimonio se constituye un contrato «inter vivos» y no en consideración a la muerte del donante, que tendrá vida real desde el momento de ser otorgado, formado un acto de liberalidad que debe regirse por las normas de la donación, sin que altere esta cualidad el que los bienes donados se detrajesen del tercio de mejora, lo que constituye solamente un modo jurídico.

4. DONACIÓN «MORTIS CAUSA»: Véase sentencia 7 de junio de 1960 (III-11).

DERECHO PROCESAL

1. EXCEPCIONES DILATORIAS: *Las excepciones enunciadas en el art. 533 de LEC, ya se aleguen en el incidente previo al art. 535, ya lo sean contestando a la demanda, producen siempre el efecto de aplazar o demorar la resolución de fondo del asunto, conservando en todo caso la naturaleza y aun el nombre de excepciones dilatorias.* [S. 17 de marzo de 1960; no ha lugar.]

2. NULIDAD DE JUICIO EJECUTIVO: COSA JUZGADA EN ESTE JUICIO: PROBLEMAS DE FONDO Y PROCESALES: *Cuando los demandados no fueron emplazados personal-*

Anuario de Derecho civil

mente y permanecieron en rebeldía durante todo el transcurso del pleito por causas que no les son imputables, corresponde al espíritu del art. 1.479 de LEC que puedan ventilarse en el procedimiento plenario, no sólo los problemas de fondo sino los de procedimiento que se les vedó plantear.

CUÁNDO PROCEDE EL RECURSO DE CASACIÓN: *Procede cuando se deniega la nulidad solicitada, dando firmeza a la sentencia recurrida e impidiendo la defensa de los litigantes en rebeldía.*

FALTA DE REQUERIMIENTO: *Se infringe el art. 123 L. H. cuando falta el requerimiento al deudor principal y a sus herederos que, además, son cultivadores directos de la finca. [S. 18 de febrero de 1960; ha lugar.]*

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO: PERFECCIONAMIENTO: OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO: *El arrendamiento tiene naturaleza consensual y una vez hecha la entrega, es indiferente que el inquilino ocupe o no la cosa arrendada, para que resulte obligado al cumplimiento de sus deberes contractuales.* (Sentencia de 31 de mayo de 1960; ha lugar.)

2. ABUSO DE DERECHO: SENTENCIA DESESTIMATORIA: *Si el Juez no ha hecho uso del arbitrio judicial, lo que difícilmente puede suceder cuando desestima la demanda, mal puede haber incurrido en abuso de derecho.* (Sentencia de 30 de mayo de 1960; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDOS LEGALMENTE AUTORIZADOS: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *En causa de resolución la omisión de notificación fehaciente al arrendador, de los subarrendos legalmente tolerados del artículo 18 de la L. A. U.* (Sentencia de 19 de enero de 1960; no ha lugar.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO IRREGULAR: PARIENTES CONVIVENTES CON EL ARRENDATARIO: *El parentesco de los conviventes con el inquilino no excusa a éste del cumplimiento del requisito de notificación fehaciente de los subarrendatarios (en número no superior a dos), que los arrendatarios pueden tener, en las viviendas ocupadas por los mismos, sin necesidad de consentimiento del arrendador.* (Sentencia 28 de marzo de 1960; ha lugar.)

NOTA: En el caso de autos, se trataba de los padres y hermanos de la inquilina: tanto el Juzgado Municipal como el de Primera Instancia desestimaron la acción resolutoria, pero la Audiencia, influida sin duda por la doctrina jurisprudencial que niega al inquilino el derecho a introducir en su vivienda a título gratuito a otras personas en convivencia con él, ha dado lugar a la resolución. Si se tiene en cuenta que en supuestos como el de autos el subarriendo no debe presumirse y que, pese al criterio jurisprudencial, ningún precepto de la L. A. U. autoriza la resolución del arriendo por actos de la mera cesión del uso de la cosa arrendada realizada por el inquilino en favor de terceros a título gratuito (actos que no requieren, en realidad, ni el consentimiento del arrendatario ni la notificación al mismo), no puede compartirse en modo alguno el criterio de la Audiencia.

5. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN: *Reconocido por el Juez «a quo» que el arrendatario permite que en el inmueble arrendado guarden su yerno, paja, y su hermano una camioneta, sin que ni el yerno ni el hermano vivan en compañía del arrendatario, tales hechos entrañan una presunción de subarriendo, ya que, dado el espíritu mercantil de la región (Cataluña), no es presumible en buena lógica, antes, al contrario, la gratuidad que proclama el Juez.*

RESOLUCIÓN POR TRASFERENCIA DE USO A TÍTULO GRATUITO: *Aunque la utilización por un tercero de parte de la cosa arrendada sea a título gratuito, si se produce sin el consentimiento del arrendador, será causa de resolución del arrendamiento.* (S. de 1 de julio de 1960: ha lugar.)

NOTA: Dada la inexistencia en la L. A. U. de precepto alguno que abone la doctrina sustentada en la segunda máxima transcrita, debo manifestar mi disconformidad con la misma, discrepancia que hago extensiva a la afirmación de que en Cataluña no sea dable presumir la gratuidad de concesiones, entre parientes, del tipo de las que indican.

6. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO ILEGAL: *Es causa de resolución por subarriendo ilegala introducción en una habitación de la vivienda, sin consentimiento del arrendador, de una persona que en la misma se dedica a la reparación de aparatos eléctricos.* (S. de 17 de mayo de 1960: ha lugar.)

7. INFRACCIÓN POR EL INQUILINO DE LA PROHIBICIÓN DE SUBARRENDAR: *El inquilino que introduce en su vivienda a dos personas, y a la sobrina de una de ellas, creyendo que las dos primeras se hallaban unidas en matrimonio, incide en causa de resolución, aunque notifique el subarriendo al arrendador, por rebasar el número de personas, del autorizado por la Ley, sin que le excuse su creencia en la existencia del matrimonio, pues su imprecisión, al no pedir a dichas personas la documentación acreditativa de su estado no puede perjudicar al arrendador.* (S. de 5 de abril de 1960: no ha lugar.)

8. SUBARRIENDO O COARRIENDO: *El hecho de que varios hermanos hubieran vivido como subarrendatarios en un inmueble y que, tras el desahucio del inquilino, se otorgara a uno de ellos un contrato de arrendamiento, no se opone a la existencia de sendos contratos de subarriendo entre el nuevo inquilino y sus hermanos, ni autoriza suponer que la relación entre aquel y éstos es la de coarrendatarios.* (S. de 20 de mayo de 1960: ha lugar.)

9. CESIÓN DE VIVIENDA «INTER VIVOS»: LEGITIMACIÓN PARA CEDER: *La LAU sólo autoriza a subrogar en los derechos arrendaticios al inquilino originario, no al que lo es, por cesión convalidada.* (S. de 22 de junio de 1960: no ha lugar.)

10. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILEGAL DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *Cuando existe convivencia mantenida entre cedente y cesionario y con mayor razón si hay parentesco entre los mismos, el plazo de caducidad debe comenzar desde que el cedente desaloja la vivienda, pues mientras subsiste la convivencia, el arrendador se halla imposibilitado para conocer la cesión a través de hechos ostensibles.* (S. de 18 de mayo de 1960: ha lugar.)

11. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN: *La notificación de la subrogación «mortis causa», en el arriendo de viviendas, no tiene una función meramente informativa, sino de declaración de voluntad, de acuerdo y selección autónoma entre todos los llamados a suceder, siendo preceptiva su práctica.* (S. de 20 de enero de 1960: ha lugar.)

12. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN: *No es eficaz la notificación verbal de la subrogación, ni excusa de la necesidad de notificar la circunstancia de que solo exista un eventual sucesor arrendatario.* (S. de 6 de abril de 1960: ha lugar.)

13. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: HIJOS ADOPTIVOS: *No cabe reconocer el derecho sucesorio de persona cuya adopción no haya sido objeto de aprobación judicial.*

SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *No es precisa la aportación de documento justificativo de la notificación de la subrogación, si el arrendador confiesa haberla recibido y, en general, si la notoriedad de la notificación consta en autos de modo patente.* (S. de 1 de marzo de 1960: no ha lugar.)

14. NO USO: *Para que proceda la denegación de prórroga es preciso que la no ocupación sea total, es decir, que la vivienda se halle deshabitada.* (Sentencia de 21 de enero de 1960: no ha lugar.)

15. NO USO: PRUEBA: OCUPACIÓN POR EL ARRENDATARIO O FAMILIARES: *El hecho de que, durante los dos últimos años no se haya producido consumo de gas y electricidad en el piso de autos constituye prueba de la no ocupación. Para que no se dé la causa de denegación de prórroga por no uso es preciso que medie la ocupación de la vivienda por el arrendatario o, si tiene familiares, por los que con él convivan, sin que nadie pueda sustituir al inquilino en la ocupación, ni menos cumplir por él, tan personal quehacer.* (S. de 27 de enero de 1960: no ha lugar.)

NOTA: Se trata de negar valor, como ocupación, a la intermitente estancia en el piso de un sirviente para cuidar de la vivienda y, seguramente, para crear la ficción de una inexistente ocupación de la vivienda.

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: DERECHO: DERECHO TRANSITORIO: *No ha lugar a la denegación de prórroga por tenencia de dos viviendas, si el arriendo de las mismas es de fecha anterior a la vigencia de la actual LAU.* (S. de 17 de mayo de 1960: ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: AUMENTO DE NECESIDADES FAMILIARES: *Si la familia del actor se compone de matrimonio y tres hijos de distinto sexo y edad de diez a veintiún años y sólo dispone de dos habitaciones de reducidas dimensiones, se da la causa de necesidad, aunque haga varios años que vengán ocupando tan reducido espacio, pues el crecimiento de los hijos exige, por razón de moralidad, la instalación de los mismos en dormitorios independientes* (S. de 3 de junio de 1960: no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El que una persona—viudo, sin hijos—haya vivido como subarrendatario, durante veinticinco años, no le impide negar la prórroga arrendatario.*

ticia a uno de sus inquilinos para instalar su propio hogar sin que necesite justificar un cambio de circunstancias, ya que basta probar que se carece de domicilio propio o se habita en domicilio ajeno, aunque sea de próximos familiares, para que exista la necesidad. (S. de 26 de abril de 1960: ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROYECTO DE MATRIMONIO: *La existencia del proyecto, con propósito formal y decidido de contraer matrimonio requiere alguna prueba más que la simple demostración de la existencia de sujetos hábiles.*

NECESIDAD DE RESIDIR EN EL LUGAR DE SITUACIÓN DE LA FINCA: PRUEBA: *El arrendador debe agotar la prueba sobre la necesidad de residencia del beneficiario de la denegación, en el lugar en que está situada la finca.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *El recurso de suplicación, no se da contra los vicios in procedendo, ni es una tercera instancia.* (S. de 22 de junio de 1960: no ha lugar.)

20. NECESIDAD: MATRIMONIO PROYECTADO: *No es precisa para la denegación de la prórroga por necesidad fundada en el matrimonio, la celebración del enlace con anterioridad a la demanda, bastando la promesa formal de celebrarlo.* (S. de 2 de junio de 1960: no ha lugar.)

21. NECESIDAD: PRECISIÓN DE DESALOJAR OTRA VIVIENDA: *Puede invocar la situación de necesidad quien se halle compelido a desalojar la vivienda en que habita como arrendatario, sin que sea preciso que aguarde a ser desalojado o a que se le demande, siendo suficiente que se acredite que el requerimiento de desalojar es tan fundado que no hay términos hábiles para oponerse al mismo, para que pueda invocar la situación de necesidad en que le coloca tal requerimiento.* (S. de 18 de mayo de 1960: no ha lugar.)

22. NECESIDAD: DISPONIBILIDAD DE OTRA VIVIENDA: ABUSO DE DERECHO: *No ha lugar a la denegación de prórroga, la que constituye un abuso de derecho si el arrendador tiene a su disposición otra vivienda reclamada en anterior proceso por razón del matrimonio de otro hijo, cuyo enlace no llegó a celebrarse, por haberse roto las relaciones.* (S. de 27 de junio de 1960: no ha lugar.)

23. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROCESO DE SELECCIÓN DE ARRENDATARIO: *Cabe deducir un proceso de cognición para seleccionar, de entre los inquilinos, a aquel al que corresponda la denegación de prórroga y, requerir al seleccionado en la propia sentencia.* (S. de 4 de abril de 1960: ha lugar.)

24. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DEL HIJO DEL ARRENDATARIO: *El beneficio que en materia de selección de vivienda establece la LAU, en favor de los funcionarios públicos, se da tan sólo, en*

el caso de que ostente dicha condición el arrendatario o su cónyuge, no los hijos de los mismos. (S. de 9 de marzo de 1960: ha lugar.)

NOTA: En el mismo sentido, en cuanto a la irrelevancia de la concurrencia de un hijo del arrendatario de la condición de funcionario, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1954.

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: *La respuesta inconcreta, o sea, sin exponer las causas de la negativa, seguida de un nuevo requerimiento para que se precisaran tales causas, al que no contestó el arrendatario permite anticipar el ejercicio de la acción, que cabe deducir dentro del segundo semestre siguiente al requerimiento.*

SELECCIÓN DE VIVIENDA: PRELACIÓN: FUNCIONARIOS: *La plenitud de derechos de los funcionarios, a efectos del privilegio en cuanto a la selección, no alcanza a los jubilados.* (S. de 11 de mayo de 1960: no ha lugar.)

26. NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: DISCORDANCIA CON LA DEMANDA: *Procede desestimar la demanda denegatoria de prórroga por necesidad, si medió requerimiento en el que se fundaba la necesidad de vivienda para el matrimonio con determinada persona y el enlace se celebró con otra, pues es fundamental la veracidad en el requerimiento.* (Sentencia de 19 de enero de 1960: no ha lugar.)

NOTA: La anterior doctrina parece un tanto rigurosa y formalista, tanto más, cuanto que la determinación del contrayente con el beneficiario de la denegación de prórroga, es algo puramente accidental, hasta el punto de que acertadamente han afirmado las sentencias de esta misma Audiencia de 23 mayo 1960 y 10 octubre 1960, que no es necesario que en el requerimiento se exprese el nombre y apellidos de la persona con quien haya de contraer matrimonio el beneficiario de la necesidad.

27. NECESIDAD: DUALIDAD DE REQUERIMIENTOS DENEGATORIOS DE PRÓRROGA: *No obsta a la eficacia de la acción denegatoria de prórroga por necesidad, el que antes del requerimiento en que se basa la demanda se hubiera producido otro, cuya efectividad no se llevó a cabo.* (S. de 3 de mayo de 1960: no ha lugar.)

28. PROHIBICIÓN LEGAL DE ARRENDAR VIVIENDAS PARA OTRO DESTINO: ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR RESPECTO AL CAMBIO DE DESTINO: *Si el arrendador otorga su consentimiento para la transformación de un local arrendado para vivienda en local de negocio, consentimiento que se deduce de la percepción de los incrementos correspondientes a estos locales, no puede invocar como causa resolutoria la prohibición de la 1.ª de la LAU, ya que tal prohibición no tiene valor absoluto y la propia LAU señala las consecuencias de su vulneración, entre las que no se halla la resolución del contrato a instancia del arrendador.* (S. de 8 de febrero de 1960: no ha lugar.)

NOTA: La Disposición adicional 1.^a de la L. A. U. dispone que «hasta que el Gobierno, por considerar aumentada la disponibilidad de viviendas, decreta lo contrario, ningún local destinado anteriormente a hogar familiar podrá ser dedicado en lo sucesivo de modo principal a otros fines».

29. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: CONDENA PENAL ANTERIOR: *Aunque en un juicio penal el arrendatario fuera condenado por daños dolosos causados en la cosa arrendada, no procede la resolución si en realidad y como se infiere de la declaración de hechos probados de la sentencia penal, los daños son imputables a imprudencia y no a dolo del inquilino.* (Sentencia de 30 de marzo de 1960: ha lugar.)

30. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: *Alteran la configuración y son causa de resolución las obras siguientes: nueva instalación de water y lavabo con sus desagües y tuberías y colocación de una puerta cristalera entre tabiques de panderete de 20 centímetros de anchura, reduciendo las dimensiones de la apertura inicial.* (S. de 28 de junio de 1960: no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: *La instalación, en un patio cubierto, de un lavado y ducha, en sustitución de un antiguo depósito o vertedero, aprovechando paredes y tabicaje preexistente y la colocación de una simple puerta de madera, todo ello con carácter accidental y accesorio y susceptible de ser retirado, sin afectar a la construcción no supone alteración de la configuración.* (S. de 7 de junio de 1960: no ha lugar.)

NOTA: Parece muy plausible el racional criterio de la anterior.

32. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN: *No constituye causa de resolución la realización de obras autorizadas por el Procurador del propietario de la finca, de acuerdo con lo previsto en el contrato de arrendamiento otorgado por el inquilino con dicho Procurador.* (Sentencia de 6 de mayo de 1960: no ha lugar.)

NOTA: No especifica la sentencia de suplicación a qué clase de «procurador» se refiere; probablemente se hará referencia al administrador de la finca, conocido vulgarmente por el «procurador», en esta región. Tampoco se indica si entre las facultades otorgadas al mismo por el propietario se hallaba la de autorizar obras de modificación de la configuración de la finca; nótese que la S. de 24 de marzo de 1960, considera ineficaz la autorización del Administrador a menos de que se halle facultado, a su vez, por el arrendador, para concederla.

33. RESOLUCIÓN POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES INMORALES: NOTORIEDAD: *La notoriedad a que alude la LAU, se refiere a la inmoralidad en sí, y no al conocimiento de la misma. Basta que la inmoralidad sea conocida de los arrendatarios que integran la mayoría y no es preciso que sea pública o sabida de todos.* (S. de 30 de junio de 1960: no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: PETICIÓN IMPLÍCITA: *No es preciso para la viabilidad de la demanda que se pida expresamente la resolución del arrendamiento, si de la lectura de aquélla se infiere que se configura la acción resolutoria.* (S. de 30 de junio de 1960: ha lugar.)

NOTA: En el suplico de la demanda se pidió el desahucio y desalojo del arrendatario, aunque no se hablaba en él de resolución; la acción deducida era una de las resolutorias del artículo 114 de la L. A. U.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y excepcional; su aplicación debe hacerse en forma restrictiva.* (S. de 30 de septiembre de 1960: no ha lugar.)

3. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL MISMO: *El recurso de suplicación se da tan sólo por infracción de ley sustantiva o doctrina legal directamente relacionada con la LAU.* (S. de 23 de mayo de 1960: no ha lugar.) (Cfr. sentencias 15 febrero, 22 marzo y 7 abril 1960.)

4. RECURSOS: REQUISITOS DE PAGO O CONSIGNACIÓN PARA INTERPONERLOS: NULIDAD DECRETADA EN RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No procede la exigencia del requisito de pago o consignación de rentas en los recursos interpuestos por el inquilino en juicios no resolutorios como los de la revisión de renta, por lo que procede declarar la nulidad de la resolución por la que el Juez de Primera Instancia declaró nul admitido el recurso y devolver los autos a dicho órgano para que por él se dicte la sentencia de apelación correspondiente.* (S. de 25 de febrero de 1960: ha lugar.)

5. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *Procede desestimar el recurso, si no se dice si es por infracción de ley o doctrina legal o errónea aplicación del abuso del derecho y se omite la cita de disposiciones legales.* (Sentencia de 6 de junio de 1960; no ha lugar.) (Cfr. también sentencia de 22 de junio de 1960.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ROCA SASTRE, Ramón: *El "beneficium separationis" y los actuales sistemas de separación sucesoria.* 1960-4-1117

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El Anteproyecto del Código Civil de 30 de abril de 1888.* 1960-4-1171

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La confirmación.* 1960-4-1195

2. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Dictamen sobre fideicomiso de residuo y pago de lo indebido.* 1960-4-1222

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA.