

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 XVIII
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO
MCMLXV



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

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia

ANTONIO GULLON BALLESTEROS
Catedrático de Derecho civil

EL DERECHO A PEDIR LA DIVISION DE LA COMUNIDAD

1) LEGITIMACIÓN ACTIVA

A) *El comunero*

El artículo 400 del Código civil establece que "ningún *copropietario* está obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir, en cualquier tiempo, que se divida la cosa común".

En principio, pues, sólo el copropietario (o bien el titular de un derecho real que constituya el objeto de la comunidad) es titular de ese derecho potestativo (1) a pedir la división. Y decimos en principio, porque hay supuestos en los que cierto sector de la doctrina admiten una legitimación de otras personas, v. gr., los acreedores. Así, se dice, cuando éstos se subrogan en los derechos y acciones del deudor acudiendo al ejercicio de la acción subrogatoria. Sin perjuicio de que con posterioridad abordamos la problemática que suscita la legitimación de otras personas distintas de los comuneros para pedir la división, vamos a centrarnos por ahora en el estudio del párrafo 1.º del artículo 400 antedicho.

Hondas raíces históricas tiene este precepto, que ha pasado casi inalterable por la historia jurídica. Ya el Derecho Romano contemplaba el derecho a solicitar la división como básico en la cualidad de comunero. "In comunione vel societatis, nemo compellitur invito detinere" (C. 3,37,5). "Si conveniat ne omnino diviso fiat. Huiusmodi pactum nullus vires habere manifestissimus est" (D. 10,3,14,2). Igualmente. Las partidas, siguiendo el criterio de que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios, consagran

(1) Así lo califica Branca (*Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Della proprietà*, arts. 1.100-1.172, pág. 213). La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1945 niega que sea un derecho con propia sustantividad que pueda extinguirse por su no ejercicio, sino "simple facultad (*res merae facultatis*), que nace y renace en todo momento de la relación de la comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (*in facultativis non datur praescriptio*).” Una crítica a este calificativo de facultad en el mismo Branca (ob. cit., págs. 213 y ss.). Parece que todo el problema gira en torno a uno más general, en cuyo examen no podemos entrar: el de la categoría de los llamados derechos potestativos.

el que cualquiera de los condóminos puede pedir, en todo momento, la división de la cosa común (Ley 3. Título V. Partida 5.^a).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a este aspecto de la división de la comunidad a que hace referencia el Código alfonsoino. La sentencia de 11 de noviembre de 1927 declara que "las normas clásicas del derecho de propiedad común aceptadas por el Código alfonsoino y posteriormente por el civil vigente, en virtud de recomendación expresa del legislador, permiten afirmar como principio absoluto el de la individualización de la propiedad para evitar los frecuentes y graves males que provienen de la diversidad de condóminos, y por eso el vigente Código civil recoge tal precepto, en su artículo 400 ... consignándose sólo, como única excepción a aquel principio, el de que por virtud de la división de la cosa común pueda resultar inservible para el uso a que se destina., en cuyo caso para finalizar la comunidad debe acudir a la venta". Declaraciones en favor de la división abundan en nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia de 9 de mayo de 1917, afirma que "basta darse cuenta del sentido práctico y jurídico en que se inspiran los artículos 400 y 401 del Código civil para convenir en que el repartimiento de una cosa común entre las personas a que pertenece sustituye con ventaja más directa, y beneficiosamente, a la comunidad de bienes". La de 28 de noviembre de 1957, recogiendo las consideraciones de la de 5 de noviembre de 1924, expresa que "lo mismo por razones de orden económico que por las de orden jurídico, la institución de la comunidad de bienes tiene como principio fundamental el de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, criterio seguido por el Código civil, de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios...".

El artículo 400 asigna la facultad de pedir la división a todo *copropietario*. Ello nos lleva a plantear los siguientes problemas:

- a) Si es acto de disposición o de administración.
- b) Si basta la simple cualidad de comunero o, por el contrario, se requiere algún requisito más por el legislador.

Con la doctrina dominante hay que contestar afirmativamente a la primera cuestión. La división es acto de disposición contrapuesto al acto de administración. (Cfr. SS. de 15-2-1909; 8-3-1956.)

Por lo que respecta a la segunda, tenemos un precepto bien expresivo referido a la comunidad hereditaria. No basta sólo con ser comunero para poder pedir la división, sino que el artículo 1.052 exige "la libre administración y disposición de sus bienes". Dado que el artículo 406 se remite a las reglas de la división hereditaria para llenar las lagunas de la comunidad regulada en los artículos 392 y siguientes, es lógico afirmar que el incapacitado no podrá pedir por sí la división, "Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos", dice el artículo 1.052, en su párrafo segundo.

Naturalmente, que esta solución se basa en el artículo 1.052 por

remisión que hace el artículo 406, y ello porque creemos que tal envío no se circunscribe tan sólo a las "reglas materiales" (pudieramos decir) de la división hereditaria: división, composición de los lotes, etc., sino también a las cuestiones de capacidad. Beltrán de Heredia (*La comunidad de bienes*, Madrid, 1954, pág. 361), dice que "el artículo 406 se refiere exclusivamente a la aplicabilidad de las "reglas" referentes a la división hereditaria... Lo que el Código civil permite es tan sólo que, en defecto de reglas divisionales o ante dificultades surgidas entre las partes, se puedan aplicar las establecidas para la división de la herencia, en lo que tienen de operaciones materiales". No vemos, sin embargo, razones que apoyen tal interpretación restrictiva del 406. Con sólo fijarnos que el legislador en los artículos 400-406 no hace mención para nada de la capacidad para pedir la división, nos autoriza a pensar que la omisión se debe a no reproducir preceptos que coloca, en su sistemática, dentro de la división de la herencia. Por otra parte, ¿qué diferencias puedan aconsejar un diferente trato para pedir, como comunero, la división, y como miembro de una comunidad hereditaria, lo mismo? Es cierto que la comunidad hereditaria recae sobre un patrimonio, y la comunidad del 392 y siguientes sobre objetos individualizados, pero esa diversidad de objetos no oscurece en modo alguno la finalidad que se persigue en ambos casos: la concreción material de la titularidad en común.

Legislativa y jurisprudencialmente, se confirma esta equiparación. Así, el artículo 269, número 7, del Código civil impone al tutor la necesidad de tener la autorización del Consejo de Familia "para proceder a la división de la herencia o de otra cosa que el menor o incapacitado poseyere en común". Por su parte, la Dirección General de Registros y Notariado, en Resolución de 5 de octubre de 1910, dice: "Por conductos no ha de entenderse los titulares de un derecho dominical limitado o de un aprovechamiento circunstancial de cierta cuota, sino más bien la persona o conjunto de personas investidas con la facultad de disponer de partes ideales, toda vez que si la partición no equivale a una enajenación, se aproxima, cualquiera que sea su naturaleza, declarativa o atributiva, a la venta o a la permuta, y requiere en los otorgantes la plena capacidad de disposición, como se deduce del artículo 1.052 del Código civil, cuando no existe alguna disposición legal que otra cosa autorice". La resolución de 7 de junio de 1915 no duda en aplicar normas de capacidad referentes a la comunidad hereditaria, mejor dicho, a su división, a la comunidad ordinaria: "ya se estime el contenido de la escritura de que se trata como de división de herencia, ya como de división de cosa común, no es necesaria la aprobación judicial, en el primer caso, por exceptuar expresamente de esta formalidad el artículo 1.060 del Código civil las particiones hereditarias en que hay interesados menores de edad cuando éstos se hallan representados por el padre o madre de los mismos, en virtud de patria potestad, y en el segundo, por ser también aplicable esta disposición a la división entre los parti-

cipes de una comunidad, conforme a lo prevenido en el artículo 406 y a lo declarado en la resolución de 6 de septiembre de 1897”.

En relación con la autorización del Consejo de Familia que exige el número 7 del artículo 269 del Código civil para que el tutor pueda pedir la división de la cosa común, surge la duda de si la división efectuada sin este requisito es plenamente nula o solamente anulable. La sentencia de 25 de octubre de 1898 declaró que “la omisión produciría la nulidad del contrato, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.259 del mismo Código”. Esta doctrina parece inaceptable, no sólo por la aplicación analógica de la contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1896—a cuyo tenor la falta de autorización judicial en los contratos otorgados a nombre de los menores de edad en que la ley exige este requisito no determina inexistencia o nulidad radical, sino mera anulabilidad—, sino también porque el propio Tribunal Supremo ha entendido que la falta de autorización del Consejo de Familia, para realizar actos que enumera el artículo 269, da lugar a una simple anulabilidad. Tal ocurre con la transacción. “Limitado—afirma la sentencia de 5 de diciembre de 1955 (Sala 5.ª)—... el número 12 del artículo 269 del Código civil, a que el tutor del menor o incapacitado para transigir necesita autorización del Consejo de Familia, precepto encaminado a proteger los intereses del tutelado, la celebración de una transacción sin esa autorización, da lugar a un contrato en el que concurriendo todos los requisitos necesarios para su existencia y validez, artículo 1.261 del Código civil, sin defecto de forma ni precepto legal que lo prohíba, artículo 4.º del Código civil, tiene el vicio de la falta de esa autorización, que afectando a alguno de esos requisitos, lo hacen impugnabile con posibilidad de ser declarado nulo, lo que en la tradicional clasificación de contratos radicalmente nulos, nulos o anulables, o inexistentes, obliga a considerarlo entre los anulables, gozando de pleno valor y eficacia, pendientes de ejercicio de la acción por la persona a quien le está atribuida, mientras la nulidad no sea declarada, y... no es admisible que una persona plenamente capaz pretenda la nulidad del convenio celebrado con su incapaz, cuya acción sólo está atribuida a la parte del incapacitado.”

Estimamos que la partición hecha por el tutor sin tener en cuenta la autorización del Consejo es anulable siempre, por el viejo aforismo “factum tutoris, factum pupilli”. Con razón el nuevo Código italiano (arts. 322, 377, 394) sanciona expresamente la regla de que toda inobservancia de las formalidades prescritas en la realización de actos, sea por parte de los incapaces, sea por parte de sus representantes, es causa de anulabilidad. En nuestra doctrina también se han pronunciado en sentido favorable a la anulabilidad de los actos realizados por el tutor sin autorización del Consejo de Familia, cuando el Código civil (art. 269) lo exige, Pérez González y Castán (Notas a la trad. esp. del Derecho de Familia, de Emmercus, V, II, página 370)... “ya que el tutor está investido de un poder general de

representación del menor en todos sus actos jurídicos, y sólo como medida complementaria de protección se exige, en ciertos casos, el requisito de la intervención del Consejo”.

Cuestión completamente distinta es la de la nulidad absoluta de la división si a ella no ha concurrido el tutor, o, en su caso, el protutor. Entonces, el Tribunal Supremo entiende en la sentencia de 8 de marzo de 1956, que “aun con la aprobación del Consejo de Familia resultaría estéril su visto bueno a un negocio radicalmente nulo por falta de consentimiento de alguno de los interesados en la división convencional de la cosa común, o en otro aspecto, el negocio sería inicialmente nulo y susceptible de ratificación por el protutor (o tutor) previamente a la aprobación por el Consejo, de conformidad con lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 1.261, número 1.º, y 1.259 del Código civil”.

La jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General, ha precisado de una manera exacta la naturaleza de esa autorización del Consejo de Familia. Señala la Resolución de 25 de noviembre de 1893: “O la autorización que ha de impetrar del Consejo el tutor, en el caso del número 7 del artículo 269, es una mera fórmula, cosa incompatible con la misión que el Código ha confiado al primero y con la responsabilidad que el artículo 312 impone a los vocales del Consejo, o mediante ella queda establecida una estrecha e íntima solidaridad entre el tutor y el Consejo en cuanto al contrato particional, de suerte que éste aparezca otorgado por el primero bajo la inspección directa e inmediata del último. Basta leer los trece números del artículo 269 para comprender que en todos ellos, dada la gravedad de los actos a que se refieren, ha querido el Código confiar al Consejo la verdadera dirección del asunto, haciendo del tutor un mero agente ejecutivo de la voluntad del Consejo, afirmación que cumplidamente comprueban en cuanto a dos de aquellos actos, el de la enajenación y transacción, los artículos 270, 271 y 274 del mismo Código. Es consecuencia lógica de este razonamiento la de que al autorizar el Consejo al tutor para que proceda a la división le traza de antemano las bases e instrucciones a que rigurosamente debe ceñirse, o es indispensable que últimada la partición por el tutor sea por el Consejo aprobada.” (Cfr. también la R. de 30 de octubre de 1943.)

Parece, pues, desprenderse del criterio de la Dirección que no basta la simple o mera autorización del tutor, sino que el Consejo de Familia interviene realmente al señalar el contenido de la partición. Con ello se completa aun más esa asimilación del régimen de la autorización para pedir la división al de la autorización para transigir. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de enero de 1963 declara que es nula la autorización dada por el Consejo al tutor para transigir cuando no conste el cumplimiento del artículo 274, es decir, que aquélla en realidad ha de darse conociendo las condiciones de la transacción. Tampoco, según se deduce de las Resoluciones antedichas, para la división basta la simple autorización “en blanco”, pudiéramos de-

cir. Por último, y en lo que respecta al aspecto registral de la división, creemos de aplicación la doctrina de la Resolución de 7 de mayo de 1907: "Para proceder —dice— a la división de la herencia en que están interesados menores de edad o incapacitados sujetos a tutela es preciso, según dispone el artículo 269, núm. 7.º, del Código civil, que el tutor obtenga autorización del Consejo de Familia, y no constando, como no consta, en los documentos presentados que el tutor de los menores interesados en la herencia haya obtenido dicha autorización, ni la posterior aprobación de las particiones, es procedente la negativa del Registrador a inscribir la adjudicación hecha por aquél."

B) *Acreeedores*

¿Pueden los acreedores de los comuneros pedir la división de la cosa común? Si nos atenemos al artículo 403, llegaremos a la conclusión de que sus derechos son los que consagran este precepto únicamente. No podrían, pues, pedir la partición.

Tampoco estimamos posible acudir al ejercicio de la acción subrogatoria, dada la finalidad ejecutiva que la misma tiene. Es un medio subsidiario otorgado por el artículo 1.111 del Código civil para que los acreedores se vean satisfechos en sus derechos. Es evidente que nada obsta para esa satisfacción la indivisión de la cosa. La cuota del deudor-comunero constituye un bien que será objeto de embargo, con el que se pueden satisfacer. Si no lo logran en su totalidad, es obvio que el pedir la concreción material de aquella cuota no *añade* ningún bien a la garantía patrimonial. (Cfr. A. Gullón Ballesteros: La acción subrogatoria. Revista de Derecho Privado, febrero 1959.)

C) *Cesionario*

Llama poderosamente la atención que el artículo 399 autorice a todo condueño para enajenar su parte y la de los frutos y utilidades que la correspondan, y, sin embargo, el artículo 403 limite el derecho de los cesionarios de los partícipes en la división en la forma que indica tal precepto. No hay duda de que si el comunero ha enajenado su cuota, sale de la comunidad, ocupando su posición, a todos los efectos, entre ellos el fundamental de pedir la división, el adquirente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo entiende, rectamente, así. En la sentencia de 10 de diciembre de 1900 vemos que un comunero ejercita la *actio communi dividundo*. Negada su legitimación por el juzgador de instancia, por haber enajenado su cuota con anterioridad, si bien mantuvo oculta esta venta, la Audiencia revoca la sentencia, acogiendo la petición del comunero por no haberse probado tal enajenación. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación, por no haberse impugnado el resultado de aquella prueba en cuanto a la transmisión (núm. 7 del art. 1.692 L. E. C.).

En realidad, a la misma conclusión se llega con la remisión del artículo 406 a las normas de la comunidad hereditaria. Los cesionarios de la cuota hereditaria están legitimados para pedir la división. La sentencia de 27 de noviembre de 1961 declaró que al no consignarse en el artículo 1.052 ni en el 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entre los que pueden pedir la partición a los cesionarios del derecho hereditario, es que la mención no es necesaria, pues están incluidos en la denominación de hereáeros. Hay que aceptar con reservas esta última asimilación, pues el propio Código, en materia de venta de la herencia, artículos 1.531-1.534, consagra el que el heredero no pierde su cualidad de tal por la enajenación del patrimonio hereditario. El adquirente de la cuota no tiene ninguna especialidad en su posición jurídica para estar obligado a permanecer en la comunidad tanto tiempo como quieran los cohereáeros. No hay que olvidar que sustituye en todos sus derechos y obligaciones al enajenante, y tiene, por tanto, las mismas posibilidades de actuación que aquél tendría de no haber enajenado. La sentencia de 28 de noviembre de 1957 dice que la acción para pedir la división "se trata de una facultad... y, además, de una facultad inherente al dominio..." (cfr. A. Gullón Ballesteros: La venta de la herencia, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, marzo de 1959).

D) *Usufructuarios*

¿Está legitimado el usufructuario para pedir la división de la comunidad? La sentencia de 5 de junio de 1929 lo negó incidentalmente. Se trataba de un caso en que el usufructuario pretendía retraer la nuda propiedad que enajenaba su titular con preferencia al propietario colindante, basándose en la preferencia del retracto de comuneros. El Tribunal Supremo negó la existencia de tal comunidad entre nudo propietario y usufructuario, resultando cómo los derechos de uno y otro no eran idénticos, tenían unas características distintas. Y decía, a mayor abundamiento, que "es tanto más de apreciar así cuanto que siendo un derecho esencial de todo condueño el de poder pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, de esta facultad está privado el usufructuario, lo cual demuestra que su condición dista mucho de ser la de copartícipe en la comunidad, y no pasa de ser el titular del gravamen impuesto sobre la finca perteneciente al nudo propietario, es decir, el beneficiario de sus productos, sin llegar a tener los derechos del dominio útil de la misma".

Una posición contraria, favorable al ejercicio de la *actio c. d.*, pudiera derivarse de la sentencia de 26 de enero de 1959. El supuesto básico consistía en que el testador había legado la mitad proindivisa de la que era titular en una finca, en usufructo vitalicio a A (no hace al caso las sustituciones que ordenó en ese usufructo), estableciendo que si tenía descendientes A que le sobreviviesen serían plenos propietarios de aquella mitad, y si no los tenía, serían tales los hijos

de B. Se solita por A, en concurrencia con sus descendientes, la división de la finca. No se accede a ella porque no concurrieron también los hijos de B, que tenían una expectativa mientras que llegase el momento de la muerte de la usufructuaria. El Tribunal Supremo afirma que tampoco se podía acceder a la demanda de la usufructuaria (A), porque no se había "*limitado a solicitar la división material a los solos efectos del usufructo, a lo que tampoco puede accederse por ser cosa distinta de la pedida, sin incurrir en vicio de incongruencia*".

El Tribunal Supremo parece que en esta sentencia acoge la opinión de Wolf (Derecho de Cosas, trad. esp., tomo II, pág. 101), que exige la concurrencia del nudo propietario y del usufructuario de cuota para poder pedir la división. Por otra parte, el solicitar la división material "a los solos efectos del usufructo" por parte del usufructuario, aisladamente, implica una restricción importante, al no referirse a la división de la comunidad (en el que tiene una cuota en usufructo), a la concreción material del derecho de los copropietarios. Sin embargo, parece obvio que la división del goce llevará consigo esa concreción, a menos que se interprete (y aquí creemos que apunta el Tribunal Supremo) que la división realizada con el usufructuario no implica extinción de la comunidad, disolución de la cotitularidad, sino únicamente división *interna* en cuanto al goce y uso de la cosa común.

Esta división interna del goce, para cuya realización estaría legitimado el usufructuario, quizá pudiera apoyarse en la sentencia de 14 de diciembre de 1898, a cuyo tenor: "Si bien son conceptos jurídicos distintos los de propiedad y usufructo contenidos en los artículos 348 y 467... no puede ponerse en duda que recayendo la comunidad no sólo sobre la propiedad de las cosas, sino sobre el derecho a usufructuarlas, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria, del dominio absoluto en ella, es procedente la acción ejercitada." Tal acción era la de división de la comunidad, que se pide por un copropietario demandando a los demás y *al usufructuario de una cuota*. Admitió, por este razonamiento de la comunidad de goce, la legitimación pasiva del usufructuario y del nudo propietario. La doctrina de la sentencia de 1898 aparece expresamente confirmada en la de 17 de mayo de 1958. Se alegaba la falta de legitimación pasiva del usufructuario para ser demandado por la a. c. d., y dice el Tribunal Supremo: "... no es admisible la tesis a cuyo tenor su condición de usufructuario le pone al margen del ejercicio de las acciones de división, porque, como dijo la sentencia de 14-12-1898, que en la recurrida se invoca, de acuerdo con la mejor doctrina, aunque sean conceptos distintos los de propiedad y usufructo que se recogen en los artículos 348 y 467 del Código civil, la comunidad recae así sobre la propiedad de la cosa como sobre el usufructo, que constituye una desmembración, siquiera sea temporal y transitoria, del pleno dominio, y por ello cabe la posibilidad de que el propietario

pretenda frente al usufructuario la división de la cosa poseída en común”.

Desde el punto de vista de *esa comunidad de goce* es de donde se puede enfocar el problema de la a. c. d. por el usufructuario. En tal caso, la situación guarda un estrecho paralelismo con la división de la comunidad que recae sobre el usufructo, como ha observado exactamente Venezian (Usufructo, uso y habitación, tomo II, trad. esp., página 652): “Me he ocupado —dice el agudo jurista—, hasta ahora, del caso de la disolución por medio de división de la comunidad verdadera de usufructo; y así como son relaciones perfectamente análogas a las que existen entre los varios usufructuarios de una misma cosa las que median entre el usufructuario de una cuota y el propietario que se halla con él en una comunidad de goce, debemos reconocer que éste y aquél tienen derecho a exigir uno para con el otro la división de la comunidad.” Recientemente, también Pugliese considera, a efectos de división, igual la comunidad entre usufructuarios y entre el usufructuario de cuota a efectos de la división del usufructo (Usufructo, uso, abitazione, en el Tratado de Vasalli, Turín, 1956, pág. 336).

Pero esto que en el terreno teórico parece tan sencillo, lleva consigo un cantidad ingente de inconvenientes prácticos a la hora de la división, cuando la cosa sobre la que recae el goce no se presta a una división “in natura”. La adjudicación del goce por entero a uno de los condueños o a un extraño llevaría consigo la necesidad de que los demás comuneros (excepto el constituyente del usufructo de cuota) diesen fisonomía jurídica a su goce sobre la cosa, porque antes esto era consecuencia de su derecho de propiedad (concepción elástica del dominio). El extraño u otro comunero, por ejemplo, tienen que gozar de la cosa por entero, para acabar con la indivisión, mediante un título distinto del que servía de apoyo a los comuneros; tiene que constituirse, en otras palabras, un usufructo a su favor (vid. para estos problemas, Venezian y Pugliese: Loc. cit. supra). Es que la realidad demuestra que no existe esa desmembración de la que habla el Tribunal Supremo. El copropietario goza y usa de la cosa común por su derecho de propiedad y no por un derecho de goce ínsito en el contenido de aquella propiedad por donde se aproximaría su situación a la del usufructuario. No existe, pues, un objeto común sobre el que recaiga una titularidad común entre usufructuario y comuneros.

Así, pues, no creemos que el usufructuario pueda pedir la división a los solos efectos de concretar el goce sobre el objeto de la comunidad, de manera análoga a lo que ocurre entre usufructuarios. La división entre éstos no afecta para nada a la subsistencia de la cotitularidad, decíamos. En efecto, la sentencia de 6 de marzo de 1956 así lo reconoce, con la consecuencia de que no es necesario demandar a los nudos propietarios a efectos de la división del usufructo: “... la división material —dice la sentencia— afectante tan sólo al referido derecho real, no tiene más vida o duración que la del propio derecho,

y así a su terminación, aun cuando sea sucesiva, por consolidación del usufructo con la nuda propiedad, cederán, resolviéndose en favor de los plenos propietarios todos los contratos que los usufructuarios hayan realizado en relación con sus respectivos derechos, como dispone el artículo 480 del Código civil, de donde también se infiere que la división del usufructo en nada ocasiona daño ni menoscabo económico a la propiedad...".

Si de la comunidad de goce de la que hemos hablado, pasamos a estudiar la cuestión de si el usufructuario está legitimado activamente para pedir la disolución de la comunidad, cesando, pues, el estado de cotitularidad, la conclusión ha de ser negativa. Y ello, porque no sólo ha sido proclamado así por la sentencia de 1929, sino también por otras declaraciones del Tribunal Supremo a propósito de la necesidad de que haya objeto *común* sobre el que recaigan unas mismas titularidades, cosa que no ocurre entre usufructo y nudo propietario y demás copropietarios. Es interesante en este punto la sentencia de 30 de octubre de 1961 de la Audiencia Territorial de Granada, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo "el condominio o comunidad de bienes requiere unos especiales elementos... en primer lugar, la igualdad de derechos en la cosa por parte de los sujetos respectivos (ss. de 22-6-1897, 3-4-1909, 21-2-1920); una total igualdad en la facultad de disponer de ella (s. de 4-4-1904); una igualdad en cuanto a los derechos sobre la misma, por lo que los poseedores de otros derechos, aunque sean reales, no pueden tener el carácter de comuneros en el dominio (s. de 20-3-1929)...: una exigencia aún más acusada, pues aun cuando exista igualdad en los derechos o aprovechamientos, no se puede por ello estimar comunidad, porque se hace obligado apreciar en cada caso los orígenes de tales aprovechamientos o derechos para poder calificar su verdadera naturaleza y carácter condominial, imprescindible para apreciar en su caso la existencia de comunidad (s. de 29 de enero de 1910); y un título, en fin, distinto del usufructo, pues el usufructuario no es un copartícipe en la comunidad, sino tan sólo titular de un gravamen sobre la cosa respecto al nudo propietario, y cuando se trata de un gravamen que no impide al propietario ejercer todos los derechos dominicales, no hay comunidad (ss. de 5-6-1929 y 30-10-1919). (Cfr. *Revista General del Derecho*, 1962, pág. 958.)

Igualmente la sentencia de 11 de marzo de 1963, de la Audiencia Territorial de Barcelona, dice que: "contrariamente a lo sostenido por los demandados, no puede haber comunidad entre los copropietarios de la finca cuestionada y la usufructuaria de ella, por cuando siendo nota esencial de la comunidad de bienes la unidad de objeto, ésta no puede coexistir entre los copropietarios que son titulares del derecho de propiedad y la usufructuaria que es titular de un simple derecho de usufructo" (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, pág. 880). La sentencia de 3 de octubre de 1961 de la Audiencia Territorial de

Zaragoza niega también la existencia de comunidad con el usufructuario (*Foro Aragonés*, 1961, núm. 161).

En realidad, no puede resolverse sino de un modo negativo la legitimación activa del usufructuario para pedir la extinción de la comunidad, ya que si, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 1895, los artículos 1.051 y 1.052 son aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad, por contener reglas concernientes a la división de la herencia, por disposición expresa del artículo 406, no hay duda de que el usufructuario carece de ese poder de disposición necesario para pedir la extinción de la cotitularidad.

Ahora bien; señalamos anteriormente que de la sentencia de 26 de enero de 1959 parecía deducirse que el Tribunal Supremo consideraba necesario la concurrencia del usufructuario y del nudo propietario para pedir la división. Desde un punto de vista general, la doctrina es totalmente desacertada. El nudo propietario podrá pedir frente a los demás copropietarios la división de la cosa común, pese a la negativa del usufructuario. No limita para nada el usufructo su poder de disposición a estos efectos. Con razón dicen Pérez González y Alguer, criticando esta opinión de Wolf (notas a la trad. esp. del Derecho de Cosas, cit., pág. 103): "No es tan fácil asegurar que el derecho a pedir la división lo tengan sólo conjuntamente el copropietario gravado y el usufructuario, porque la limitación al derecho de disposición del propietario sólo implica no alterar la forma ni sustancia de la cosa usufructuada, ni hacer nada que perjudique al usufructuario (cfr. art. 489), y la división no afecta a los derechos del usufructuario (cfr. art. 490, prop. 2 en relación con el 399, prop. 2)."

Desde el punto de vista del caso planteado en la sentencia, tampoco es admisible el criterio del Tribunal Supremo, ya que aun cuando hubiesen concurrido los otros nudo propietarios condicionales para pedir la división, su falta de legitimación activa es evidente, de acuerdo con el artículo 1.054.

Así, pues, no es correcto afirmar, como lo hace la sentencia, "que no es antijurídico estimar que pueden así conjuntamente actuar los titulares del usufructo y de la nuda propiedad". Y aun admitiéndolo, el nudo propietario condicional no puede solicitar la división por el artículo 1.054.

Ahora bien; advertimos que son dos cuestiones distintas la de la necesidad de que el nudo propietario cuente con el consentimiento del usufructuario de su suota para pedir la división y la de si ha de demandar, junto con los demás comuneros, al usufructuario. La primera afecta a la legitimación activa del nudo propietario. La segunda, a la legitimación pasiva del usufructuario.

2) LEGITIMACIÓN PASIVA

La *actio c. d.* ha de ejercitarse demandando a todos los comuneros. Dice la sentencia de 18 de octubre de 1958 que no procedía aco-

ger la demanda de división planteada por un comunero "porque no constaba quiénes sean los dueños de las otras tres quintas partes de esa comunidad, y así no puede afirmarse que se haya dirigido, como es indispensable, contra ellos la a. c. d."

¿Qué cualidades se requieren en el comunero o comuneros para podr ser demandados? Es interesante en este punto la Resolución de 5 de octubre de 1921. Se trataba de un supuesto en el que dos copropietarios habían procedido a la división de las fincas que tenían en pro indivisión, si bien uno de ellos estaba gravado en su titularidad por una prohibición de disponer testamentaria durante un plazo determinado que no había finalizado cuando se efectuó la división. El Registrador rechaza la inscripción de la escritura de división, alegando la mencionada prohibición que le impedía realizar actos de disposición. La Dirección confirma la negativa, sentando la siguiente doctrina: "Por conductos no ha de entenderse las titulares de un derecho dominical limitado o de un aprovechamiento circunstancial de cierta cuota, sino más bien la persona o conjunto de personas investidas con la facultad de disponer de las partes ideales, toda vez que si la partición no equivale a una enajenación, se aproxima, cualquiera que sea su naturaleza, declarativa o atributiva, a la venta o a la permuta, y requiere en los otorgantes capacidad plena de disposición, como se deduce del artículo 1.052 del Código civil, cuando no existe alguna disposición legal que otra cosa autorice. "... se afirma la necesidad de que la acción de división de la cosa común sea ejercitada contra quienes puedan disponer de las cuotas correspondientes o se hallen legitimados para practicar las operaciones particionales, y se ajusta a lo preceptuado en el artículo 1.054 del Código civil, reservando a las prohibiciones de enajenar testamentarias el excepcional valor que el mismo Cuerpo legal reconoce".

Punto controvertido es el referente a la legitimación pasiva del usufructuario, afirmada por la sentencia de 14 de diciembre de 1898 y 17 de mayo de 1958.

¿Hasta qué punto es certera esta dirección jurisprudencial? En la citada sentencia de 1898 alegó el Tribunal Supremo, según vimos, una comunidad entre los copropietarios y usufructuario en cuanto al goce, al igual que en la sentencia de 1958. En realidad, partiendo de estas premisas habría que deducir necesariamente la falta de legitimación pasiva del usufructuario, porque el comunero que acciona pidiendo la división lo que pretende es la concreción de su derecho, la extinción de la cotitularidad sobre el mismo, y el usufructuario no está, a lo más, sino en comunidad de goce con él, no de propiedad. También justifica el Tribunal Supremo la legitimación pasiva del usufructuario, "por cuanto afectaba directamente a su interés en la división y a la parte alienota del usufructo". Pero desde este punto de vista tampoco se justifica dicha legitimación pasiva. Por una parte, porque ese interés pudiera llevar a la aplicación del 403 al supuesto del usufructuario, en concepto de cesionario del goce, y por otra,

siempre se vería protegido por las disposiciones legales que el Código contiene como salvaguardia de los derechos de tercero, a pesar de la partición.

Por ello, con toda exactitud, la Resolución de 24 de diciembre de 1934 considera extendida con arreglo a Derecho una escritura en la que los nudo propietarios procedieron a la disolución de la comunidad sin la concurrencia de los usufructuarios. “Si una interpretación literal —dice la Resolución— del artículo 489 del Código civil, según el cual los nudo propietarios no pueden alterar la forma y sustancia de los bienes sobre los que recae el usufructo, podría afianzar el criterio inspirado de la calificación del Registrador al estimar no extendida con arreglo a Derecho la escritura... es igualmente cierto que en el articulado del Código no aparece exigida la intervención del usufructuario para llevar a cabo la división, y que el precepto antes citado ha de armonizarse con otros textos del mismo Cuerpo legal, y en especial con el artículo 400... Sin admitir la existencia de una verdadera comunidad más que entre los titulares de la nuda propiedad, puesto que los derechos de la usufructuaria y de los nudo propietarios no poseen la misma naturaleza, debe reconocerse en este caso el derecho de los últimos a practicar la división material, con determinación efectiva de un derecho que *pro indiviso* les estaba conferido, siempre que no se haya modificado la función económica y social de la finca ni se haya perjudicado al usufructuario en sus legítimas facultades, toda vez que sin necesidad de intervención personal de este último aparece salvaguardada su posición por el artículo 405 del Código civil y por cuantas acciones legalmente correspondan para la protección y defensa de sus derechos.”

La sentencia de 11 de marzo de 1963 de la Audiencia Territorial de Barcelona, tras negar la existencia de comunidad entre usufructuario y demás copropietarios, no admite tampoco la legitimación pasiva del usufructuario: “... ostentando solamente un derecho real sobre cosa ajena tiene únicamente la facultad de administración o aprovechamiento que el Código civil reconoce como titular de dicho derecho real... corroborando también lo expuesto el hecho de que el usufructuario, como tercero que es con relación al acto de división o venta de la cosa común, sigue manteniendo y conservando su derecho de goce según reconocen los artículos 405 y 490 del Código civil (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1963, pág. 880). En el mismo sentido se pronunció la Resolución de 27 de diciembre de 1934, abundando en los argumentos de la de 24 de diciembre del mismo año.

Desde un punto de vista doctrinal, han negado Pérez González y Alguer (loc. cit. supra) la tesis de Wolf de la necesidad de demandar al nudo propietario y usufructuario conjuntamente. “Los deberes —afirman— que se imponen al usufructuario hacia el propietario sólo le ligam con el copropietario gravado, pues ni el gravamen ni la relación alcanzan a los demás, y las limitaciones al derecho de los mis-

mos no exceden de las que derivan de la presencia de otro copropietario.”

LA ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: SUS CARACTERÍSTICAS

1. *Carácter absoluto*

La sentencia de 11 de noviembre de 1927 declara que el derecho a dar por terminada la proindivisión es tan absoluto “que no admite excepción alguna, ya que el único caso en que el artículo 401 permite o consiente la indivisión no es, en realidad, una excepción, sino que constituye la forma más adecuada de que, según el 404, cese la comunidad por medio de la venta de la finca poseída en común, y porque si se admitiera como lícito impedir la división de la cosa común, cuando lo desea cualquier partícipe se vulneraría el principio capital, de antiguo reconocido en las leyes, de favorecer la individualización de la propiedad”.

2. *No sujeción al artículo 398*

Dice la sentencia de 15 de febrero de 1909 que “la facultad que conceden los artículos 400 y 404 al condueño para pedir la división de la cosa común... es absoluta, como emanada del derecho de propiedad, no pudiendo estar limitada por el artículo 398, que se refiere a actos de administración y no de dominio, ni por los contratos de arrendamiento que se hayan celebrado sobre la cosa poseída en común”.

3. *El artículo 400 otorga una facultad*

Sentencias de 12 de diciembre de 1949 y 28 de noviembre de 1957, entre otras.

4. *Es imprescriptible*

La fundamental sentencia de 8 de junio de 1945 sentó que: “Es doctrina clásica, formulada ya en el Derecho romano y consagrada por las legislaciones modernas y por el artículo 1.965, que las llamadas acciones divisorias, por medio de las cuales en ciertos casos de comunidad de bienes cada una de las partes puede exigir la disolución de la comunidad y la división del patrimonio común, están sustraídas a los efectos de la prescripción extintiva, pero esta regla, que obedece no sólo a criterios de política legislativa en relación con los estados de la propiedad que se juzgan desventajosos, sino también a la razón sencillísima de que la facultad de pedir la división no es un derecho con propia sustantividad que pueda extinguirse por su no ejercicio,

sino simple facultad ("res merae facultatis") que nace y renace en todo momento de la relación de la comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure ("in facultativis non datur praescriptio"), ha de ser mantenida dentro del concreto ámbito que le es propio en el sentido de que lo imprescriptible no es el condominio mismo, sino la acción para pedir su cesación, que, por tanto, el principio de que se trata presupone necesariamente la existencia y la subsistencia de la situación de comunidad, lo que lleva aparejada esta doble consecuencia:

a) Que no entra en juego, por lo menos directamente, la imprescriptibilidad cuando la "existencia del derecho de comunidad sobre el que aquélla se asienta no está reconocido ni demostrado, y precisamente se trata de obtener esa declaración judicial.

b) Que esa imprescriptibilidad, que actúa dentro del círculo de los coherederos o condueños que han poseído los bienes de consumo no es, en cambio, aplicable cuando uno de ellos o un extraño los ha poseído de modo exclusivo, quieta y pacíficamente y en concepto de dueño, por tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción (sentencias de 14-4-904, 24-11-906, 6-6-917 y 8-6-943), ya que en este caso la usucapión de la cosa común, ganada por el condueño o por el extraño, excluye la "subsistencia" del condominio y cierra el paso, como es consiguiente, a la acción para pedir la división de la cosa". En igual sentido la sentencia de 28 de noviembre de 1957.

5. Irrenunciabilidad.

La citada sentencia de 28 de noviembre de 1957 afirma que la facultad de pedir la división es de carácter irrenunciable por ser de orden público.

Naturalmente que esta última característica hay que compaginarla adecuadamente con el pacto de indivisión, que si bien con especiales notas, admite el párrafo segundo del artículo 400.

EL PACTO DE INDIVISION

El artículo 400, párrafo 2.º, admite que "será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención".

La importante sentencia de 12 de diciembre de 1927 proclamó que el pacto de indivisión es una excepción a la regla general contenida en el párrafo 1.º del artículo 400, por lo que se exige que se señale en el convenio el tiempo de duración. En consecuencia, no da valor a un pacto que no fije término.

Es tan rigurosa la necesidad de consignar expresamente la duración, que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de mayo de 1958, consagró la ineficacia de este pacto de indivisión por el tiempo que viviese determinada persona, por oponerse al artículo 400, párrafo 1.º

“En cumplimiento de una norma de inexcusable observancia, que por ser de derecho necesario domina la voluntad contraria de las partes, saca las consecuencias del artículo 400, párrafo 1.º, frente a un plazo de duración indefinido, que por serlo queda fuera de la previsión excepcional del segundo párrafo del artículo 400.”

Así, pues, el Tribunal Supremo parece no admitir que el pacto de duración indefinida se reduce al máximo de tiempo permitido por la ley, en virtud de la regla *utile per inutile non vitiatur*. Es evidente que esta reducción no va contra la voluntad de las partes (quien quiere lo más quiere lo menos). En las sentencias citadas excluye la validez del pacto, no lo circumscribe sólo a diez años. Otro de los problemas fundamentales que origina el convenio de indivisión se refiere a su obligatoriedad en relación con el adquirente de la cuota de un comunero. ¿Le vincula directamente? El Tribunal Supremo ha contemplado la cuestión en la órbita de la propiedad horizontal. En la sentencia de 26 de noviembre de 1956 admitió que el adquirente de un piso estaba obligado por los Estatutos que reglamentaban la comunidad. Por lo que respecta a la comunidad ordinaria, creemos, con Branca (Della comunione, en *Commentario Scialoja-Branca*, pág. 220), que el pacto genera una obligación *propter rem*, que tiene eficacia para los sucesores a título particular. “Representa —dice Branca— dunque un impegno generale a mantenere in vita la comunione e perciò è intuitivo che obblighi tutti coloro che vengano in seguito a far parte di essa.” En igual sentido, Aberkane (*L'obligation “propter rem” en droit positif français*, París, 1957, pág. 85). Con la obligación *propter rem*, dice Aberkane, se asegura el ejercicio simultáneo y concurrente de varios derechos reales. Los comuneros juzgan que es perjudicial la individualización de la propiedad.

EXCEPCIONES A LA DIVISION DE LA COSA COMUN

El artículo 401 dice que pese a la facultad que concede a todo copropietario el artículo 400 para pedir la división de la cosa común, “no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

El artículo 404 contempla el supuesto de cosa esencialmente indivisible. “Cuando la cosa fuese esencialmente indivisible y los condueños no convinieran en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.”

También el Tribunal Supremo ha aplicado reiteradamente el artículo 1.062 del Código civil a la órbita de la comunidad regulada en los artículos 392 y siguientes (SS. de 5-2-1909, 17-5-1907, 5-11-1924, 31-12-1927, 28-12-1928, 30-5-1933, 31-1-1964, entre otras). Lo hace por la vía del artículo 406. En la sentencia de 16 de diciembre de 1961, el recurrente pedía la casación de la sentencia porque se había apoyado exclusivamente en el artículo 1062, siendo así que, según

estimaba, sólo era aplicable a la comunidad hereditaria, mientras que a la comunidad de bienes voluntaria lo era sólo el artículo 404. El Tribunal Supremo reconoce el juego del artículo 1.062 también en la materia última, al afirmar que "no es exacto que la sentencia se apoye en el artículo 1.062 del código civil, pues se funda principalmente en el 404 y 406, y sólo cita el 1.062 en relación con aquéllos". Sin embargo, la sentencia de 2 de mayo de 1964 distingue entre el artículo 404 y 1.062, para aplicar el 404 a las comunidades comprendidas en el título III del Libro II, y el 1.062 a la comunidad hereditaria. Niega que ambos preceptos sean coincidentes en su redacción, por lo que "hay imposibilidad de yuxtaponer ambos preceptos dado que por su contenido y alcance discrepan de la manera de verificar la adjudicación a que se refieren, al exigir el primero convenio de todos los interesados, manifestado de forma expresa, sin cuyo requisito la cosa indivisible habrá de enajenarse repartiéndose su precio, y al permitir el segundo a la persona o personas que realmente practiquen la partición asignar dicha cosa a uno de los coherederos, a no ser que alguno solicite su venta en pública subasta, con lo que el asentimiento de éstos surge con posterioridad a tal acto". No resisten una crítica seria tan peregrinas afirmaciones dogmáticas, porque es evidente, como así ha reconocido la doctrina, que el artículo 1.062 no es más que un desarrollo del artículo 404. Los coherederos —en el 1.062— han de consentir para que se adjudique la cosa indivisible a uno de ellos, hagan entre sí la partición o la realice el contador-partidor nombrado al efecto. Pretender, como quiere la sentencia citada, que la adjudicación se haga previamente, interviniendo después el consentimiento de los coherederos, sería tanto como darle carácter definitivo hasta ese momento, o en otras palabras, reconocer lo que se empeña en negar: la identidad con el artículo 404. Por otra parte, si los coherederos hacen la partición, no vemos la manera de que se produzca la disociación entre asignación y consentimiento posteriores.

El artículo 401 niega que el comunero pueda pedir la división de la cosa común cuando la cosa resulte inservible para el uso a que se destina. Se plantea en la doctrina si este artículo impone la indivisión forzosa de la comunidad, o bien si se limita a proclamar que no procede la división material de la cosa común, pero no impide la disolución de dicha comunidad. En otras palabras, si el artículo 401 entra en los supuestos a los que se aplica el artículo 404 y 1.062 en cuanto modos especiales de extinguir la comunidad sin división material de su objeto,

La generalidad de la doctrina ha estimado esta última solución (Scaevola, Mauresa, Sánchez Román, Planas y Casals, etc.). Pero con toda razón se opuso a ella Casado Pallarés (La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones, en *Revista de Derecho Privado*, 1930, pág. 133 y ss.). Alegaba Casado Pallarés en favor de la indivisión forzosa de la comunidad en el caso del 401 los siguientes argumentos:

a) La literalidad del precepto, que no se refería más que a la división material. Pero para el Código ello es sinónimo de no exigir "la disolución de la comunidad" (cfr. art. 405, 1.965). El Código no emplea nunca la expresión "disolución de la comunidad", sino las de "división y partición de la cosa común".

b) Lógicamente no puede admitirse que el Código dicte dos disposiciones diversas para regular el mismo supuesto.

c) El artículo 401 está colocado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división. Es una excepción al artículo 401. Por el contrario, el artículo 404 está colocado al tratar de la forma de llevar a cabo la división y regula la forma de realizarla cuando la natural no fuese posible.

d) El origen histórico del precepto. Se encuentra en un texto de Paulo recogido en el Digesto (10, 3, 19, 1): "contra la voluntad de cualquiera de los dueños no debe nombrarse árbitro para la división de la cosa común, respecto al vestíbulo común de dos casas, porque el que sea obligado a hacer subasta de un vestíbulo tendrá necesidad de poner a veces precio a toda la casa, si no tiene entrada por otra parte". Respondiendo a este origen, el artículo 683 del Código italiano de 1865, de donde se tomó el 401, disponía: "la disolución de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que dividiéndose cesarían de servir al uso para el que están destinadas". Este artículo forma parte del grupo de preceptos que el Código italiano dedicaba a la formulación de los principios generales de la comunidad, según las palabras de Pisanelli sobre el proyecto del segundo Libro del Código presentado al Senado. Se quería hacer general tales normas, para la comunidad voluntaria y para aquellas otras forzosas. La doctrina italiana así interpretó el precepto, poniéndolo en relación con cosas comunes que servían a diferentes propietarios: la escalera, el patio, un camino. En la comunidad está la misión de ellas; ésta cesaría con la división.

Pese a estos argumentos irrefutables, en los que con posterioridad ha abundado Pelayo Hore (La indivisión perpetua en el Código civil, en Revista de Derecho Privado, 1942, págs. 462 y ss.), el Tribunal Supremo ha seguido la opinión contraria. En la sentencia de 28 de noviembre de 1957 afirma: "Dispuesto por el Código que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla "resulte inservible" para el uso a que se destina (art. 401), y que cuando la cosa fuere "esencialmente indivisible" y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio (art. 404), armonizando esos preceptos la doctrina científica entiende que se trata de una simple incongruencia de redacción y que lo mismo cuando la división material sea simplemente perjudicial que cuando sea imposible existe el derecho de pedir la disolución de la comunidad mediante la adjudicación o venta, de conformidad con el principio básico del artículo 400." En igual sentido se pronunció la sentencia de 30 de marzo de 1957,

confirmando las de 11 de noviembre de 1957 y 31 de diciembre de 1927, en la que se lee que "en el caso del artículo 401, tiene el comunero el derecho de pedir la venta, para que pueda ser repartido el precio, a prorrata de la participación de cada uno".

Así, pues, procede la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 404 y 1.062 cuando: a) La cosa sea inservible para el uso a que se destina. b) Cuando sea indivisible. c) Cuando desmerezca mucho por la división.

Este procedimiento consistirá en la adjudicación por entero a cualquiera de los comuneros, existiendo conformidad entre todos o la venta de la cosa. En el primer caso, "indemnizando a los demás (art. 404), "a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero" (art. 1.062).

Confirmando lo expuesto, citamos la siguiente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1957, a cuyo tenor: "la jurisprudencia tiene declarado que para llegar a la disolución de la comunidad por la venta de la cosa y reparto del precio es indispensable que concurren estas dos circunstancias: indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por la división en partes, y que no se hubiere logrado después de legalmente intentado el convenio para su distribución o adjudicación a favor de los que estuvieren dispuestos a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad (SS. de 28-12-1928 y 30-5-1933), que la venta sólo es utilizable si la cosa fuere esencialmente inservible para el uso a que se destina o desmereciese mucho por efecto de la división (S. de 30 de marzo de 1957). En el mismo sentido, la sentencia de 31 de diciembre de 1927 sentó que tenía el comunero derecho a pedir la venta para que pueda ser repartido el precio, si todos no convinieren en que se adjudique a uno de ellos.

La alegación de que la cosa es inservible para el uso a que se destina, es indivisible o desmerece mucho por la división, son *excepciones* que enervan la acción de un comunero pidiendo la división de aquella cosa. Dice a este respecto la sentencia de 30 de marzo de 1957: "Decretada en la instancia la división de la finca rústica en litigio de acuerdo con el correspondiente informe pericial, y no demostrada por los demandados, que se opusieron a esta forma de extinción de comunidad, la concurrencia de las circunstancias que por vía de excepción señalan los artículos 401 y 1.062 y 404 en relación con el 406 del Código civil para poder enervar la acción "communi dividundo", carece de viabilidad el tercer motivo del recurso..."

Por otra parte, la exigencia de que se inste legalmente el convenio para su adjudicación antes de pedir la disolución de la comunidad por venta de la cosa, que reclama el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, hay que ponerla en íntima relación con otras declaraciones que al efecto ha hecho. Así en la sentencia de 15 de febrero de 1909, ante la alegación del recurrente de que no se había intentado ese previo convenio, arguye el Tribunal Supremo: "No han sido infringidos por la sentencia reclamada los artículos 404 y 1.062 del Código civil

porque desde el momento que uno de los condueños pidió la enajenación de la cosa común, con facultad para intervenir en la subasta licitadores extraños, es evidente que manifestó su voluntad de que no se consultara a los demás condueños por si a alguno convenía se le adjudicaran las referidas casas" (cfr. también la S. de 12-12-1949 en el mismo sentido). La sentencia de 21-11-1960, ante idéntica alegación, el Tribunal Supremo la rechaza basado en el artículo 1.062. A pesar de la inconcreción manifiesta de la argumentación, hay que estimar que el recurso al artículo 1.062, el pedir la venta en pública subasta indica que el acuerdo no era susceptible de lograrse.

Por último, es doctrina legal reiteradamente proclamada que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa es una cuestión de hecho que habrá de ser apreciada en cada caso por el Tribunal sentenciador (SS. 12-12-49, 28-11-57, entre otras).

¿Existe alguna excepción o requisito antes de proceder a la venta de cosa común para disolver la comunidad? (2). El recurrente, en la sentencia de 17 de marzo de 1921, sostenía que la Sala había infringido el artículo 402, porque a la venta en pública subasta de las cosas comunes debe preceder el intento de división de la cosa común por los interesados, o por árbitros o amigables componedores. El Tribunal Supremo lo niega: "El artículo 402, que se cita como infringido... no exige que preceda el intento de división de la cosa común por los interesados, o por árbitros o amigables componedores, sino que faculta para dividirla por éstos, o por árbitros o amigables componedores en la forma que dicho precepto legal expresa, procediendo la división y venta cuando la cosa común desmerezca mucho por su división, como dispone el artículo 1.062 de dicho Cuerpo legal."

PROCEDIMIENTO DE DIVISION DE LA COSA COMUN

El artículo 402 menciona el acuerdo entre los interesados y la división por árbitros o amigables componedores.

Ha preocupado a la doctrina la exacta significación de estas últimas expresiones. ¿Se refiere el legislador a la típica institución arbi-

(2) El párrafo segundo del artículo 401 permite en la actualidad la división de un edificio mediante la adjudicación de pisos o locales independientes. No parece que deba ser una norma de aplicación incondicionada. Si los comuneros han acudido a la extinción de la comunidad por no entenderse, no resultará muy grato a los mismos (aunque sí a los teorizantes) tener que convivir en un régimen de propiedad horizontal. Es de alabar el criterio de la sentencia de la Audiencia, que casó el Tribunal Supremo en la suya de 16 de octubre de 1963, que autorizó la venta en pública subasta del edificio y no aplicó el párrafo segundo del artículo 401, porque dadas las dificultades que habían existido entre los comuneros era de temer que esa hostilidad se agravase en la propiedad horizontal. El Tribunal Supremo, en cambio, da lugar a la casación, porque esta causa no está recogida en el Código como excepción a la solicitud de cualquiera de los comuneros para que el edificio se divida en régimen de propiedad horizontal.

tral o, por el contrario, es un modo, aunque impropio, de designar a los llamados "árbitradores" que, como dice la Ley de Arbitrajes privados, su misión es la de integrar una relación jurídica?

Si se acepta la primera solución, la consecuencia necesaria sería la de exigir los requisitos legales para el nombramiento de árbitros de la Ley de Arbitrajes. Sin embargo, no parece que el legislador quiera referirse al arbitraje en sentido propio, sino a la figura del arbitrador (cfr. Díez-Picazo: El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Barcelona, 1957, págs. 19 y ss., especialmente nota 37 de la pág. 20, donde recoge la opinión de Costa sobre el origen del artículo 402, que obedece a la refundición en él de los artículos 2.181 y 2.182 del Código portugués, en los cuales se habla simplemente de árbitros, palabra que en la doctrina de aquel país tiene un doble sentido, uno como jueces árbitros, órganos del juicio arbitral, y otro como "árbitros, arbitradores, peritos o lottvados" sujetos del llamado arbitramiento).

En la sentencia de 28 de diciembre de 1928, el Tribunal Supremo afirma que para hacer la designación de esos árbitros no es indispensable "que las partes otorgaran el contrato de compromiso prevenido en el artículo 1.820 del Código civil ni que los nombrados árbitros estén adornados de las condiciones legales y debidas observar las solemnidades rituarías prevenidas en la L. E. C.". También en la sentencia de 16 de febrero de 1952 se observa que las partes nombraron en el acto de conciliación peritos que procedieron a la división material de la cosa común, sin que en su nombramiento se ajustasen las prescripciones legales establecidas para la institución del arbitraje, ni su capacidad fuese la requerida para ser árbitro, y sin embargo, acepta el Tribunal Supremo que su decisión es vinculante. No se plantea siquiera el problema de la nulidad de esa designación.

La sentencia de 18 de junio de 1962 toca incidentalmente este problema, no admitiendo que el encargo conferido a peritos de dividir una cosa común sea algo relacionado con el arbitraje en su sentido propio. Las partes habían encomendado a peritos la confección de una Memoria para dividir conforme a ella la finca común. No obstante, las partes, de común acuerdo, replantearon los linderos por aquéllos fijados, y otorgaron la escritura pública de división. El recurrente pretendía que con arreglo a la división pericial le correspondían X hectáreas que reclamaba a la otra parte. La sentencia apelada, que confirmó el Tribunal Supremo, afirmó que con la rectificación de los linderos, en realidad hicieron ellas mismas una división de la cosa común. El recurrente pretendía que la escritura de división había de interpretarse en relación íntima con la Memoria de los peritos, ya que sus acuerdos les vinculaba. El Tribunal Supremo dice en uno de sus considerandos: "Que aunque se quisiera entender que ese acuerdo de someter a los peritos la formación de dos lotes o fincas de igual valor, constituyese una verdadera *cláusula compromisoria* o contrato preliminar de arbitraje—lo cual sólo se enuncia a efectos polémicos,

pero no se admite—, aun con todo eso, las partes, de común acuerdo podían alterarlo, como creyeran conveniente a sus intereses, por tratarse de materias no sustraídas al principio dispositivo de los contratantes”.

Punto esencialmente controvertido es el referente a la condena de división de la cosa común, impuesta por la autoridad judicial como etapa final de la *actio communi dividundo*. En el supuesto de hecho de la sentencia de 14 de febrero de 1912, el actor pedía que se procediera judicialmente a la división de la dehesa común, designándose al efecto peritos que la efectuasen. El demandante pretendía que la división se realizara por los trámites marcados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (título 1.º, libro 2.º), en virtud de los artículos 406 y 1.059 del Código civil. El Juzgado de Primera Instancia accede a que la división se lleve a efecto en la forma prevenida en los artículos 1.068 a 1.074 de la LEC, que se seguiría en el período de ejecución de sentencia. La Audiencia, por el contrario, tras unas declaraciones que no hacen al caso, ordenó que las operaciones divisionales se lleven a efecto en cualquiera de las formas de derecho. El Tribunal Supremo declara que ha lugar la casación, porque “es incuestionable que la sentencia recurrida debía señalar y tenía que decidir en términos concretos... el procedimiento que haya de seguirse para llevar a efecto la división”. Pero rechazó el motivo de casación fundado en la infracción de los artículos 1.068 al 1.074 de la LEC, que debieron aplicarse. Dice el Tribunal Supremo que “el artículo 1.059 del Código civil... no tiene aplicación al presente caso, en orden a que de modo bien claro estatuye el ya citado artículo 406, que son aplicables las reglas concernientes a la división de la herencia, fijadas en los artículos 1.051 al 1.068 del repetido Código”.

En cambio, en la sentencia de 3 de julio de 1915 tenemos que el actor pidió en trámite de ejecución de la sentencia que condenaba a la división material de la cosa común que se hiciera saber a la parte contraria el nombramiento que hacía de perito para que procediese de igual forma. Acordada así la providencia, se interpone recurso de reposición por la parte contraria, y sustanciado el incidente en sus restantes trámites, la Audiencia dicta auto revocatorio, declarando haber lugar a reponer la providencia, y acordando, en su lugar, que el juez ordene, si alguno lo solicita, convocar a las partes a la Junta oportuna, para que se pongan de acuerdo en cuanto a las personas que han de proceder a la división de los bienes. Se interpuso recurso de casación por el actor por infracción del artículo 406 del Código civil en relación con el 1.059 del Código civil y, en consecuencia, de los artículos 1.068 y siguientes de la LEC, puesto que la remisión del 406 se refiere a las reglas sustantivas de la partición de bienes hereditaria, pero no a las procesales, y de aquéllas concretaba los artículos 1.051 a 1.068. Invocaba también la interpretación errónea y omisión indebida del párrafo primero de los artículos 923 y 924 de la LEC. “Es evidente —afirmaba— que la Sala sentenciadora ha infringido ambos.

preceptos al ordenar se practiquen la división material de las fincas de referencia, por un procedimiento distinto de los preceptuados en dichos artículos, y coartando la libertad discrecional del Juez inferior, que el segundo de dichos artículos le concede para la elección de los medios que el mismo reputa más adecuados para el cumplimiento de una obligación de hacer."

El Tribunal Supremo no da lugar a la casación porque el fallo recurrido no ha infringido los preceptos legales que se citan. Dice la sentencia que son de aplicación las reglas sobre partición de herencia que el Código estatuye en su sección segunda, título 3.º, libro 3.º. Además, que el procedimiento legal adecuado para la división "no es, como pretende el recurrente, el prevenido por la Ley Rituaria para la ejecución de una condena al hacer, sino el dispuesto en los artículos 402 y 406 del Código civil".

En la sentencia de 28 de diciembre de 1928 deduce el Tribunal Supremo de la doctrina citada en las recogidas con anterioridad una sorprendente conclusión (en cuanto a que no parece que aquella doctrina sea premisa para la consecuencia que deduce): Pedida por el actor la división material de la finca, y aducido por el demandante el carácter indivisible, la sentencia de instancia, confirmada en este punto por la Audiencia, condena a la división en la forma que determina el artículo 420 del Código civil. En el recurso de casación se alega que la Audiencia comete violación, interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 402 del Código civil, sólo aplicable al caso de que los partícipes acuerden dividir la finca por sí mismos o por árbitros o amigables componedores que ellos voluntariamente nombren... siendo lo dispuesto en dicho artículo potestativo y no preceptivo, sin que sirva para una división de la cosa común impuesta como modo procedente de salir de una situación en la que algún interesado no quiere continuar"... "sería un absurdo obligarla (a la parte demandada) a nombrar árbitros o amigables componedores, pues si la recurrente se niega... no se puede hacer por ella los nombramientos, ni suponer conformidad con el formulado por la parte adversa".

Afirma, no obstante, el Tribunal Supremo que los fallos "dictados para casos análogos en 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915 y 15 de abril de 1916 contienen doctrina de la que deducir la procedencia de que solamente al juez, en ejecución de la sentencia pronunciada por la Audiencia... incumbe la designación de la persona que con carácter de árbitro o componedor amigable, representase a una parte si ésta se negara a hacer el nombramiento".

Parece, pues, que la práctica para dividir la cosa común será el procedimiento marcado en el artículo 402. Si el actor, al ejercitar la acción divisoria propone el procedimiento, deberá resolverse sobre este extremo, sin que sea óbice la negativa al nombramiento del arbitrador porque el Juez lo puede suplir. Cuando hay condena a hacer la división, sin determinar la forma procesal para ello, creo con GAYOSO (Naturaleza y desarrollo procesal de la acción "comuni divi-

dundo", en Revista de Derecho Privado, 1920, pág. 217 y ss.) que será el de los artículos 923 y 925 de la L.E.C., completados por los artículos 1.061 y ss. de la misma Ley, aplicados *caute et cum juditio*, teniendo en cuenta que no se trata aquí de dividir un patrimonio. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, habrá que estar también a la forma de división del artículo 402, venciendo el Juez la voluntad rebelde al cumplimiento, porque de otro modo quedaría al arbitrio del comunero la división o disolución de la comunidad.

Ahora bien: cabe preguntar hasta qué punto es exacta esta doctrina. Creemos que el artículo 402 se refiere a los procedimientos de división voluntaria; en otras palabras, se aplican cuando haya acuerdo entre los interesados. Pero cuando se ejercita la acción divisoria, el artículo 402 es, en sustancia, inservible por las grandes lagunas que origina en cuanto a la intervención de las partes en las operaciones divisionales. El artículo 402 viene a ser, en el ámbito de la comunidad de bienes, lo que los preceptos que el Código consagra en cuanto a la división del patrimonio hereditario; reconocimiento de que las partes pueden practicar por sí mismas la división, o por un contador-partidor que nombren al efecto. Pero cuando no exista acuerdo para la división (bien porque discrepen en cuanto al procedimiento que se va a emplear para dividir, bien porque no todas consientan en la división), la división judicial habrá de atenerse a los preceptos del juicio voluntario de testamentaría, en lo que sean realmente aplicables. Es evidente que las normas sobre nombramiento de peritos o contadores, aprobación por las partes de las operaciones particionales, etc., cumplen una función mucho mayor que la simple remisión al artículo 402.

En cuanto a la venta en pública subasta, la sentencia de 16 de diciembre de 1954 negó la pretensión del actor de que si no hubiese postor en la subasta se haga aplicación de los artículos 1.504 y siguientes de la L.E.C. Dice el Tribunal Supremo que tales disposiciones no son aplicables más que a los procedimientos para pago de acreedores, como se evidencia por las personas y fines que expresamente mencionan y por estar incluidas en el título 5.º del libro II de esta Ley.

EFECTOS DE LA DIVISION

La sentencia de 7 de febrero de 1962 señala como tales el de entenderse por Ministerio de la Ley que cada uno de los partícipes de la cosa común ha poseído exclusivamente durante la indivisión la parte que al disolverse la comunidad le correspondiere. Agrega también el de la responsabilidad por evicción o saneamiento de los bienes adjudicados salvo estipulación en contrario. Es discutible, a nuestro juicio, si esta declaración indica que el Tribunal Supremo toma partido en favor de la tesis amplia sobre el significado del saneamiento en la partición;

es decir, si se entiende que la garantía afecta tanto a la evicción como al saneamiento por vicios ocultos.

LOS TERCEROS ANTE LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD

El precepto del artículo 405 consagra la regla de que no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición, al igual que los derechos personales contra la comunidad.

El Tribunal Supremo, sin embargo, en la sentencia de 22 de diciembre de 1955 ha hecho una aplicación poco afortunada de esta regla, al fundamentar en ella la legitimación pasiva de un comunero contra el que se ejercita la acción divisoria, a pesar de que al tiempo de ser demandado por esta razón sostenía un litigio con otra tercera persona respecto a la propiedad sobre su cuota en la comunidad, que se trataba de disolver mediante la división de la cosa común. La reclamación judicial de la cuota no puede enervar, dice nuestro Alto Tribunal, la acción ejercitada, "conservando siempre su fuerza el derecho que al tercero corresponda contra los demás partícipes".

El recurrente, con toda razón, aducía que el artículo 405 se refería a los derechos reales sobre cosa ajena, y no al dominio. Mientras no esté determinada la titularidad de uno de los partícipes, cuantitativa ni cualitativamente, la división no debería realizarse. "Si la división se practica —alegaba el recurrente— sin estar determinada la titularidad de esta participación, no se conserva el derecho de copropiedad que (al tercero) pueda corresponder. Por el contrario, al concretarse en propiedad plena e ilimitada sobre una porción determinada de la finca sin que el mismo intervenga, resulta un posible perjuicio nacido del concierto de los condóminos."

Ahora bien: si desde un punto de vista técnico el artículo 405 no puede amparar en modo alguno al tercero que demanda la titularidad de una cuota, quizá la decisión jurisprudencial esté forzada en este caso por un defectuoso planteamiento de la posición del recurrente. En efecto, no se puede negar a los demás copropietarios la posibilidad de pedir la división de la cosa común por el hecho de que un tercero reivindique la titularidad de una cuota. Pero, al mismo tiempo, tampoco se puede afirmar que la partición sea un acto que haya de realizarse con olvido de su posición jurídica (titular de un *ius ad rem*, y más en este caso en el que se había anotado preventivamente la demanda del tercero en el Registro de la Propiedad). En otras palabras, que el tercero tiene derecho a concurrir a la división en base a una interpretación integradora del artículo 403.

El artículo 405 salva siempre los derechos de tercero. Pero cabe preguntar si en determinadas circunstancias no protege también al comunero. Concretamente se plantea la cuestión cuando el comunero

es arrendatario. ¿Subsistirá el arrendamiento después de la división de la cosa común? Si tenemos en cuenta que la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que no es óbice la cualidad de comunero para poseer la cualidad de arrendatario de la cosa en su totalidad, sin que ello implique limitación al ejercicio de los derechos que como comunero pueda tener en relación con la comunidad (ss. de 26-2-1908, 2-7-1926, 25-2-1928, 7-2-1944), parece necesario sustentar que después de la división sigue el contrato de arrendamiento produciendo sus efectos legales, o en otras palabras, que la división de la cosa común no es causa de extinción, *per se*, del mismo, excepto, naturalmente, en la parte que se le adjudique al propio comunero arrendatario.

Puede suceder que la disolución de la comunidad tenga lugar por otro procedimiento distinto de la división. Así, por la venta en pública subasta. Parece obvio que, respecto de los demás derechos reales, la situación quede amparada por el artículo 405, ya que su *ratio* precisamente consiste en la extinción de la comunidad, que puede conseguirse por otros medios legales distintos de la división. No hay que olvidar que el legislador contempla como *excepciones* todo procedimiento que no sea la división. En la situación del arrendatario-comunero el 405 debería jugar en los términos antedichos. Pero ocurre que se plantea la duda sobre el juego del artículo 1.571. Creemos que este precepto queda pospuesto en aquellas formas de disolución de la comunidad, porque si bien el adquirente es un comprador respecto de los comuneros-vendedores, no lo es menos que la motivación de tal negocio jurídico es la disolución de una comunidad. Hay que hacer predominar esta faceta sobre la del negocio consecuencia de la misma. El Tribunal Supremo, por otra parte, en la sentencia de 2 de octubre de 1915 concede preferencia al párrafo 2.º del artículo 405 sobre el 1.571.

LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD Y EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que la división de la cosa común puede dar lugar al juego del precepto citado. En la sentencia de 10 de abril de 1929 dice: "Durante la vigencia de nuestro Derecho anterior al Código civil, fue reiterada la jurisprudencia estableciendo la doctrina como principio de Derecho que en nada se oponía a la Ley 14, título 31 de la Partida tercera, en que se fijaba la forma de constituirse la servidumbre, de que si al pertenecer a distintos dueños por dividirse una finca antes bajo un solo dominio o separarse dos que había estado también sujetos a uno solo, existían signos aparentes de servidumbre, y no se convenía su desaparición continuando en tal estado, constituían título de tal servidumbre aquella en que los signos consistían, doctrina que la misma juris-

prudencia viene sosteniendo constantemente...” La sentencia de 10 de octubre de 1957 matiza más: “La *ratio iuris* de esta disposición... es la misma en el supuesto de la enajenación de una de las dos fincas contiguas pertenecientes a un propietario, como literalmente expresa dicho precepto, que en el de la división material de una sola poseída en común por varios dueños, tanto si se entiende que ésta da lugar a una verdadera transmisión del dominio en cuanto a la porción adjudicada a cada partícipe, como si se reputa de carácter meramente declarativo... “En modo alguno puede estimarse requisito esencial para la válida aplicación del artículo 541 la circunstancia de que el signo aparente haya sido establecido por el mismo propietario que verificó la enajenación o por los que practicaron la división (sucesores de aquél), pues basta para este efecto con que uno u otros hayan mantenido o conservado el establecido con anterioridad más o menos remota por otras personas.” (Vid. también ss. de 7-7-1883 y 6-2-1904.)

«La sucesión abintestato en favor del Estado»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Valladolid

SUMARIO: Introducción.—I) *Planteamiento previo: sistemas históricos y de Derecho comparado*: a) La privatización del planteamiento publicista del Derecho romano: 1) Su consideración por el *pandectismo*. 2) Imposibilidad de una construcción de la sucesión del Estado partiendo de la sucesión intestada o testada, romanas. 3) La legislación *caducaria* como *sedes materiae* de la que arranca la consideración de la adquisición del Estado de los *bona vacantia* como *in heredis loco*. b) la idea del *dominio eminente* del Estado propia de la tradición germánica y feudal y el Derecho francés: 1) La adquisición de todos los bienes vacantes se opera por *consolidación*. 2) La construcción del *droit de déshérence*, como consecuencia, se configura como un supuesto de sucesión anómala. 3) Influencia de esta concepción en el Derecho español histórico y reacción contraria. c) La sucesión del Estado como sucesión en sentido técnico: 1) Los gérmenes históricos de este planteamiento. 2) La doctrina de SANTORO PASSARELLI: el Estado, sucesor a *título singular*. 3) La concepción dominante en los Derechos italiano, alemán, suizo, portugués y español: el Estado, sucesor a *título universal*.—II) *Planteamiento sistemático: consecuencias que comporta esta calificación y encuadramiento adecuado de las especialidades que presenta*: a) Fundamento y función del llamamiento a favor del Estado. b) La adquisición de la herencia por el Estado y su *posición jurídica* como heredero. c) La *naturaliza jurídica* del derecho hereditario concedido al Estado y sus consecuencias. d) Presupuestos previos para que tenga lugar el llamamiento en favor del Estado. e) Normas de Derecho internacional privado.

INTRODUCCION

El Código civil español, en su artículo 913, llama a la herencia al Estado, en defecto de herederos testamentarios, parientes o cónyuge viudo, considerándole propiamente como heredero (1). Constituye así, la sucesión abintestato del Estado, con independencia de su capacidad para suceder por testamento (2), un orden de suceder o llamamiento,

(1) Cfr. *A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, a los parientes legítimos, y naturales del difunto, al viudo o viuda y al Estado.*

(2) Suele decirse, sobre todo en la doctrina italiana, que mientras el Estado es sucesor excepcional de las personas físicas, resulta, en cambio, el único sucesor de las personas jurídicas; pero esto no puede tomarse rigurosamente porque las personas jurídicas no tienen sucesión *mortis causa*; no obstante, es curiosa cierta

aunque en defecto de los demás, dentro de la sucesión intestada. Los artículos 956 a 958 C. c. contienen, por otra parte, las escasas normas que se dedican a esta materia. Los dos primeros, conforme a la nueva redacción que recibieron, por la reforma del texto originario, llevada a cabo por el *R. D. L. de 13 de enero de 1928*, que modificó, también, el límite de los llamamientos en favor de los colaterales, reduciéndole hasta el cuarto grado (arts. 954 y 955 C. c.), y, asimismo, el destino que había de darse a los bienes heredados por el Estado, al reservar una tercera parte para el Tesoro (precisamente la que anteriormente se atribuía a las instituciones de beneficencia e instrucción de carácter general) y manteniendo las otras dos en favor de las instituciones municipales y provinciales, como originariamente, aunque, equiparando a las anteriores, instituciones de otro tipo (profesionales, de acción social, etc.): artículo 956 C. c. Otras normas, en fin, como veremos, fuera del marco del Código y con indudable carácter administrativo, establecen el procedimiento a seguir o desarrollan aspectos secundarios, en este campo o en otros vecinos, ofreciendo el tema mismo aspectos de confluencia de ordenamientos que no dejan de ser interesantes, sobre todo, porque, valorados inadecuadamente, pueden aportar alguna confusión respecto de un correcto planteamiento dogmático de la materia.

Por todo ello, el tema de la sucesión del Estado es muy interesante, desde diversos puntos de vista y, además, entre nosotros, no ha sido objeto por la doctrina de la atención que merece (3). Por otra parte, la reciente publicación de la *Ley de Patrimonio del Estado*, le da cierta actualidad, aunque sea tangencialmente, pero contribuyendo, no obstante, como veremos, a confirmar el planteamiento de su propia fundamentación, la cual ha de centrarse en la consideración de su naturaleza jurídica, en contraste con otros sistemas, donde se ha instrumentado técnicamente de modo distinto.

Se suele decir por los tratadistas que, en la organización del Derecho de Sucesiones, intervienen tres elementos: el individuo, la familia y el Estado, cada uno de los cuales halla su participación en la herencia a través de la libertad de testar, de la legítima y de la sucesión intestada, y del impuesto sobre las transmisiones hereditarias (4). Ahora bien; esto no tiene nada que ver con la sucesión del Estado, ya que ésta no es otra cosa que un supuesto más dentro de la sucesión intes-

analogía, en el sentido expresado, entre el destino de los bienes adquiridos por el Estado como heredero, según el artículo 956 C. c. y el que ha de darse a los bienes de las personas jurídicas que se extinguen (generalmente, hay que pensar se tratará de fundaciones y asociaciones), según lo dispuesto en el artículo 39 C. c.

(3) Por ello, pretendemos aquí ofrecer un estudio dogmático de su regulación, desde el punto de vista del Derecho civil, pues tampoco es tan escasa su importancia práctica como para relegar el tema a un segundo plano, lo que, sistemáticamente, en modo alguno parece admisible.

(4) Así, VALVERDE, siguiendo a CIMBALI (Comp.: *Opere complete*, I, *La nuova fase del Diritto civile*, Torino, 1907, págs. 204 y ss.), en *Tratado de Derecho civil español*, V, Valladolid, 1939, págs. 84 y ss.; anteriormente, en *El Estado y las sucesiones*, en RGLJ, núm. 105 (1904), págs. 526 y ss.

tada, aunque no haya faltado quien pretenda que el derecho tributario o fiscal del Estado a percibir el impuesto deba configurarse como *legítima* del propio Estado (5). Pero es evidente que esa participación del Estado en toda herencia responde a un fundamento jurídico-público, distinto de un derecho privado de sucesión *mortis causa*.

En los diferentes sistemas jurídicos la atribución de la herencia, o de los bienes que la componen, al Estado, se ha instrumentado, bien como un *derecho hereditario* o, al menos, sucesorio, en virtud de un alargamiento de la participación en la sucesión por la comunidad, por lo que se pone al Estado en lugar de la familia y a falta de ésta; o bien como un derecho *sui generis* del Estado, cuya naturaleza varía según los sistemas, y que no hace al Estado sucesor, sino simple adquirente, en virtud de un derecho de adquisición preeminente por razón de soberanía (atribución de los bienes vacantes), de las cosas y derechos que la componen, pero que, en todo caso, como veremos, no tiene un carácter jurídico público, sino más bien mixto. De todos modos, el fundamento último, filosófico, como se decía en la época de la codificación, puede ser el mismo para ambos sistemas principales; en cambio, de cara a la consideración de su naturaleza jurídica difieren notablemente, como se expresa con toda la distancia conceptual que va desde considerar que se fundamenta en la *voluntad presunta* del causante, hasta estimar se trata de un *Heimfallsrecht*; y, como consecuencia, su régimen jurídico, aunque presente a veces aparentes analogías, es recíprocamente distinto (6). Vamos ahora, seguidamente, a exponer las manifestaciones en la Historia y en el Derecho comparado de estos sistemas principales contrapuestos, como examen obligado y previo al estudio de esta materia.

(5) El mismo VALVERDE defendió este punto de vista, porque el Estado, según este autor, para cumplir sus fines sociales "debe ser un coheredero en todas las sucesiones para que la herencia cumpla el fin social, además del individual y familiar que ha de cumplirse también, siendo preferible que se le asigne al Estado una cuota legítima, que la permisión de un impuesto como ahora sucede que grave las transmisiones, y que tiene un aspecto fiscal que no le hace simpático" (*Tratado*, V, págs. 208-209). Esa misma orientación tuvo su época entre los autores socialistas, para ello: RIGNANO, *La question de l'heritage*, 1905; LANNES DE MONTEBELLO, *Les critiques de l'heritage chez les socialistes français au XIX^e siècle*, Th., París, 1929; para una idea general de esta cuestión en la Rusia soviética: DAVID-ELAZARD, *Le droit soviétique*, I, París, 1954, pág. 123. En un principio el Estado recibía a título hereditario todo lo que pasase de 10.000 rublos, pero esto ha cambiado posteriormente; véase: M. ALONSO Y LAMBÁN, *Esquema del Derecho sucesorio soviético en los Principios civiles de 1962*, Zaragoza, 1964 (ed. sep. de "Temis"), pág. 105.

(6) El olvidar esto puede presentar a la hora de la construcción dogmática de la institución derivaciones inadecuadas: así resulta típica en la doctrina italiana, conforme al error que denunciamos, la doctrina ofrecida por el ilustre civilista SANTORO PASSARELLI, *Teoria della successione legittima dello Stato*, en *Scritti in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, págs. 586 y ss.; después incorporado a *Les Saggi di Diritto Civile*, II, Napoli, 1961, págs. 595 y ss.

I

PLANTEAMIENTO PREVIO: SISTEMAS HISTÓRICO Y DE DERECHO
COMPARADO

a) *La privatización del planteamiento publicista del Derecho romano.*

1) Su consideración por el *pandectismo*.

Más que la influencia del Derecho romano, en la formación de la institución que nos ocupa, nos interesa en el presente caso la que se proyecta sobre la conciencia científica del *pandectismo*, en la que aparece, como dominante, la teoría de que el Estado adquiere los bienes que integran la herencia vacante y sin dueño, como si fuera heredero, es decir, sucede a *título universal, in heredis loco* (7), ya que esta concepción va a influir, a su vez, sobre las codificaciones modernas que configuran este derecho del Estado con carácter sucesorio. Bien es verdad que esta teoría, aunque dominante, en la época indicada, es discutida y polémica, dibujándose, ya entonces, otras posturas, así considerando que el *Fisco* adquiere los bienes de la herencia en virtud de una *ocupación* privilegiada (8), concepción que recibe la influencia del Derecho feudal y, después, del Derecho francés; pero como incurre en una valoración inadecuada de las diversas piezas de esta influencia, cede terreno, bien pronto, en provecho de la concepción dominante (9). Más adelante, con el progreso de los estudios históricos, se llega a fundamentar este derecho del *Fisco* —en relación con el Derecho romano—, sin que tenga nada que ver con una configuración de naturaleza sucesoria, sino como un *derecho de adquisición* que tiene su origen en normas de carácter puramente fiscal y, por el cual, según

(7) SAVIGNY decía que este derecho del *Fisco* tiene la naturaleza jurídica de una herencia, de la cual no le falta más que el nombre, *Sistema de Derecho romano actual*, VI, trad. esp., 2.^a ed., Madrid, s/d., pág. 300; en el propio sentido del texto: ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, trad. it., III, Bologna 1879, págs. 351-352; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Marburg-Leipzig, 1867, págs. 577 y ss.; DERNBURG, *System des römischen Rechts*, 2, lib. V, Berlín, 1912, págs. 1019-1020; WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, trad. it., III, Torino, 1925, págs. 396-398 y, en estos autores, otras referencias.

(8) Esta doctrina se suscita por BLUME, en un artículo publicado en la *Rheinisches Museum für Jurispr.*, IV, 6 (1833), 212, seguido por ELVERS, en la *Prakt. Arbeiten*, 2 (1836), 12, teniendo en contra, de acuerdo con la doctrina dominante, a C. A. SCHMIDT, *De successione in bona vacante ex iure Romano* (disertación académica premiada), Jena, 1836, y a los autores citados en la nota anterior, así como a GLÜCK, BUCHHOLTZ, SCHÜTZER, BRINZ, ROSSHIRT, SCHMIDDER, RUMMEL, KELLER, DANZ, etc. (Estas referencias han sido tomadas de los autores citados en la nota anterior.) Para esto, sobre todo, en la doctrina italiana y siguiendo la orientación dominante en el *pandectismo*: PERSICO, *Il diritto dello Stato sulle successioni vacanti*, en RDC, VIII (1916), págs. 322 y ss., y allí bibliografía antigua muy interesante.

(9) PERSICO, *op. cit.*, en RDC, VIII (1916), págs. 333 y ss., señala, certamente, el error de esta construcción diciendo que no es compatible el ejercicio de un *derecho de ocupación* con la *adquisición preeminente* reservada al Estado.

SCIALOJA, que es el máximo representante de esta tendencia, el *Fisco* aparece como adquirente de una *universitas*, que es lo único que confiere a la adquisición cierto sentido de adquisición a *título universal*, aunque no pueda ser considerado como heredero (10), en sentido técnico. Opinión que es compartida también por BONFANTE (11) y por la generalidad de los romanistas modernos (12), precisándose aún más, con el descubrimiento de nuevas fuentes, que esta adquisición en favor del Fisco se opera en virtud de un *derecho privado de apropiación* perteneciente al Estado (13), o como entiende SANTORO PASSARELLI, mediante una adquisición a *título singular* de un patrimonio, respondiendo a un fundamento *publicístico* (14), o, en fin, como supone BESTA, mediante una *translatio* de los bienes que tenía lugar sobre el activo, a través de una *agnitio*, que no era propiamente una ocupación, pero que presuponia un *ius habendi* (15). Doctrinas todas ellas más o menos discutibles, mejor o peor perfiladas históricamente, pero que nos demuestran que, ya en el Derecho romano, se hallaba presente la distinción planteada en el Derecho moderno, tal y como se ha configurado por los sistemas principales contrapuestos, según los cuales una herencia puede adquirirse por el Estado, bien por un *derecho especial de adquisición* o a *título hereditario* (16), y todo con independencia de que en Roma se decidiera la cuestión, como históricamente parece más cierto, en favor de la primera solución, lo que demuestra, en el presente caso, que la historia y la dogmática siguen a veces caminos distintos.

Vamos ahora a dar una idea del desarrollo de esta cuestión en el Derecho romano, para advertir cómo en su planteamiento general es contrario a la construcción del *pandectismo*, mientras que, en cambio, ciertos aspectos y tendencias de su desarrollo vienen a fundamentarla o, al menos, a darla una explicación coherente.

(10) *Diritto creditario romano*, Roma, 1934, págs. 251 y ss.

(11) *Corso di Diritto romano*, VI, *Le successione*, Roma, 1930, págs. 317 y ss.

(12) Por todos, SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, págs. 286 y 294; VOGL, *Diritto creditario romano*, I, Milano, 1960, págs. 430 y ss.

(13) Esta es la conclusión a la que llega WEISS, *Die erbrechtliche Stellung des römischen Staatsschatzes un der Gnomon des Idios Logos*, en *Zeits. Savigny St. (römisch. arbeiten)*, 53 (1933), págs. 256 y ss. y concretamente, páginas 273-274 (en cambio, este mismo autor en el KLANG, *Kommentar zum ABGB*, III, Wien, 1952, pág. 794, con referencia al Derecho austriaco, dice se trata de un derecho público, un *Finanzregale*); esta orientación es seguida, también, por S. VON BOLLA, *Zum römischen Heimfallsrecht*, en *Zeits. Savigny St. (römisch. arbeiten)*, 59 (1939), págs. 546 y ss. Y, en el plano histórico, viene aceptada igualmente por MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale: successione legittima*, Milano, 1961, págs. 221 y ss. (autor que cita, también, a los autores indicados).

(14) *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 598 y 602-603.

(15) *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Milano, 1961 (ristampa), pág. 127.

(16) Así, S. VON BOLLA, *op. cit.*, en *Zeits. Sav. St. (röm.)*, 59 (1939), pág. 546.

- 2) Imposibilidad de una construcción de la sucesión del Estado partiendo de la sucesión intestada o testada romanas.

Efectivamente, la sucesión en favor del Estado, testada o intestada, es extraña al sistema sucesorio romano. Por lo que respecta a la intestada se comprende fácilmente que al hacer depender ésta de los vínculos de familia, no existiera en favor del Estado por ser ajeno a tales vínculos; a la misma conclusión se llega, dice SCIALOJA, si se tiene presente la segunda parte de aquella norma de la *Ley de las XII Tablas* (V, 4 y 5), según la cual eran herederos del difunto, el *suus* o heredero testamentario y, en su defecto, el *agnado* más próximo; faltando éstos recibía la herencia el círculo más amplio de los *gentiles*, no estableciéndose un ulterior llamamiento (17). Respecto de la sucesión testamentaria, no existen testimonios en las fuentes de los que se pueda deducir la admisión de una verdadera sucesión hereditaria; o se trata de la exteriorización unilateral de verdaderos tratados internacionales, como aquellos por los que, los soberanos de algunos Estados, que habían entrado en relación pacífica u hostil con Roma, dejaban a su muerte, en "herencia", sus propios reinos a favor del "pueblo romano", y de los que existen notables testimonios (18), o son casos en que se refiere la disposición en favor de Roma-Ciudad, no como Estado (*populus romanus*), sino como municipio o urbe, de los que también existen vestigios (19), o se trata, en fin, de una leyenda, como el famoso mito de *Acca Larentia* (20) que ha dado mucho que hablar a los historiadores y filólogos.

(17) *Diritto ereditario romano*, pág. 251; S. VON BOLLA, *op. y loc. cit.*. El texto citado es el siguiente: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habeto* (Comp. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 7.^a ed., *pars prima*, Tübingen, 1909 (reimpresión, 1958), pág. 23; también, RICCOBONO-BAVIERA-FERRINI, etcétera, *Fontes iuris romani antejustiniani, pars prima*, Florentiae, 1941, pág. 38).

(18) El más célebre, acaso, es el testamento de Atalo, rey de Pérgamo, respecto del cual, la mayor parte de los escritores antiguos hablan de institución de heredero, de herencia, de bienes hereditarios, y algunos hasta de legado; existiendo otros similares, el de Nicomedes, rey de Bitinia; el de Ptolomeo, rey de Cirene, etc. (Vid. SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 259 y ss.).

(19) Así, el testamento del prefecto del pretorio del emperador Gordiano III, o los conocidos legados hechos por Julio César y Augusto (Vid. SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 263 y ss.). Esta materia, no obstante, cobra otro desarrollo, muy interesante, y al que luego aludiremos.

(20) De esta leyenda se han ocupado la mayoría de los historiadores antiguos, desde Plutarco y Macrobio, hasta Tertuliano y San Agustín; según una de las versiones más comunes, una cortesana, llamada *Acca Larentia*, amada del dios Llerentes y desposada por su inspiración con el rico joven etrusco, Taracio, el cual a su temprana muerte le instituye heredera de todos sus bienes, una vez viuda, nombra heredero a su vez al *populus romanus*, erigiéndosele a su muerte, en agradecimiento, un monumento sepulcral y dedicándosele un sacrificio anual. En otras versiones se le hace aparecer como nodriza de Rómulo, o se sitúan los hechos en el reinado de Anco Marcio, o en época más tardía. De todos modos, esto parece un imposible, pues, en tales épocas primitivas, no había otra forma de testamento que el *in calatis comitiis*, del cual no podían servirse las mujeres, *quoniam cum feminis nulla comitorum communitio*

Por otra parte, según el *ius civile vetus*, la herencia que no fuera recibida por su heredero (salvo que se tratara de los *heres sui* y *necessarii*), podía ser ocupada por cualquiera y adquirida mediante la *usucapio pro herede*, pudiendo ser objeto también de la *bonorum venditio*, de los acreedores; con lo que se reducían las posibilidades de su *vacantia* y, por tanto, de su adquisición por el Estado. Pero la *usucapio pro herede*, tema éste sometido, por otra parte, a notables discusiones, viene posteriormente modificada y al fin prácticamente abolida (haciéndose valer contra ella la *hereditatis petitio*), precisamente, al parecer, para fortalecer lo que las leyes de Augusto habían dispuesto respecto de la atribución al *aerarium populi romani* de los *bona vacantia* (21). Y es en estas leyes, según unánime doctrina, donde se encuentra por la jurisprudencia romana la base para atribuir la *herencia vacante* al Estado (22), discutiéndose su carácter y alcance.

Ha venido a esclarecer esto el estudio de un texto de GELIO (*Noct. att.*, I, 12, 9) que refiere un pasaje de LABEON, a propósito del destino que ha de darse a los bienes de la *vestal* que muere intestada. El planteamiento de esta cuestión es el siguiente: “la mujer que entraba en el colegio de las vestales —dice SCIALOJA— salía de la patria potestad y devenía independiente. Por esto adquiría la capacidad de testar, pero no podía suceder abintestato, ni podía ella misma tener herederos abintestato. Si moría, entonces, sin hacer testamento, ¿qué suerte seguían los bienes? LABEON, en el lugar referido por GELIO, dice que caían *in publicum*, esto es, eran confiscados en beneficio del Estado, discutiéndose por qué derecho tenía esto lugar. Ello es, para nosotros, de la máxima importancia, porque demuestra con la autoridad de un gran jurisconsulto que la sucesión del pueblo romano a las vestales no era a título hereditario, sino a título de confiscación, lo que induce a tener en cuenta que, en casos semejantes, fuese negada al pueblo romano la cualidad hereditaria (23). Por otra parte, el campo propio de las leyes de Augusto (principalmente *lex Julia et Papia Papea*) es el de la legislación *caducaria*, que se inicia en el terreno de la sucesión testamentaria y no en el de la intestada, aunque, por lo que parece, en el tiempo de Augusto se amplían los supuestos de aplicación del concepto de *caduca* a situaciones no previstas en el De-

est (GELIO, 5, 19, 10) y, además, como observa BONFANTE, el hacer testamento debía ser, dada su función originaria, un derecho exclusivo del *pater familias* (Vid. SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 252 y ss.; BONFANTE, *Corso*, VI, págs. 317 y ss. y allí referencias).

(21) Sobre esto, SCIALOJA, *op. cit.*, pág. 267, nota 1; una amplia exposición puede encontrarse en PERSICO, *op. cit.*, en RDC, VIII (1916), págs. 323 y ss.; también S. VON BOLLA, *Zum römischen Heimfallsrecht*, en *Zeits. Sav. St. (röm. arb.)*, 59 (1939), págs. 546-548.

(22) Por todos: DERNBURG, *System*, 2, lib. V, pág. 1019; ARNDTS, *Trattato*, III, pág. 351; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, pág. 397; SCIALOJA, *op. cit.*, págs. 264 y 267; SCHULZ, *op. cit.*, págs. 286 y 294; VOET, *Diritto ereditario rom.*, págs. 430 y ss.

(23) *Op. cit.*, págs. 267 y 264. S. von BOLLA, *Op. cit.*, en *Zeits. Sav. St. (röm. arb.)*, 59 (1939), págs. 550-551.

recho antiguo; tendencia que seguirá en aumento durante toda la época clásica.

- b) *La legislación "caducaria" como "sedes materiae" de la que arranca la consideración de la adquisición del Estado como "in heredis loco"*.

Los *caduca* eran bienes o porciones hereditarias que, por diversas causas, no habían sido adquiridos por los llamados a su titularidad y que no podían serlo, a las que se unían otras situaciones en que el obstáculo o imposibilidad era de tipo legal, buscado de propósito por el legislador con fines fiscales y que, por ello, tales bienes eran atribuidos al *arvarium populi romani*, en principio, y después, parece ser que con la reforma de Caracalla, al *fiscus Caesaris* (24). Ahora bien, a los *caduca* se asimila, también, la situación de los *bona vacantia* y de la *hereditas* cuando no existen herederos civiles o *bonorum possessores* pretorios, tal y como aparece en GAYO (*Inst.* II, 150) (25) y en ULPIANO (*Reg.* XXVIII, 7) (26). Toda esta configuración ha dado base para considerar que este derecho del Estado presenta carácter *publicístico* (27) basado en la soberanía, aunque parece más propio que, esto, alude a su fundamento que a su propia carac-

(24) SCIALOJA, *Op. cit.*, págs. 267 y ss. SCHULZ, *Op. cit.*, pág. 286 y ss. y 194; VOGL, *Op. cit.*, vol. cit págs. 430 y ss.

(25) "*Sane lege Julia scriptis non auferitur hereditas, si bonorum possessores ex edicto constituti sint. Nam ita demum ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo heres vel bonorum possessor existat*".

(26) "*Intestati datur bonorum possessio per septem gradus; primo gradu liberis; secundo legitimis heredibus; tertius proximis cognatis; quarto familiae patroni; quinto patrono patronae, item liberis parentibusve patroni patronaeve; sexto viro ut uxori; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem. Furiam plus mille asses capere licet, et si nemo sit, sit quidem, sed suum omiserit, populo bona deferentur ex lege Julia caducaria*". (Por todos SCIALOJA, *Op. cit.*, págs. 264 y 267 y ss. El tenor de los textos citados es reiterado en otros posteriores, así, aparte de varios pasajes circunstanciales a los que nos iremos refiriendo, en C. 10. 10, 4 y 5 y en la Novela 1, 1, 3.)

(27) Sobre todo, SANTORO PASSARELLI, *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 589 y ss. MENGONI, *Op. cit.*, págs. 222-223, hace un resumen de la concepción que atribuye al derecho del *fisco* carácter publicístico, diciendo que goza "de un derecho de ocupación privilegiada sobre la herencia vacante, análogo al *droit de déshérence* o al *Heimfallsrecht*, propio de la tradición del Derecho feudal, con la diferencia de que, mientras en Derecho romano la adquisición de los *bona vacantia* por el *arvarium populi romani*, y más adelante por el *fiscus Caesaris* venía a ser un instituto de Derecho público, fundado en la soberanía del pueblo, o, respectivamente, del emperador; en cambio, en el Derecho feudal el fundamento de la sucesión del señor o del monarca a la herencia vacante, se determinaba, en su esencia originaria, a través de una confusión entre el Derecho público y el Derecho privado, esto es del concepto publicístico de soberanía territorial con el concepto privatístico de dominio eminente (*Oberhoheit*) perteneciente al soberano sobre todos los bienes situados en el territorio sujeto a su jurisdicción (*nulle terre sans seigneur*) por lo que la adquisición de la herencia vacante concretaba propiamente un fenómeno de consolidación".

terización jurídica, ya que aquél no es incompatible con su consideración como un *derecho privado de apropiación* (28). Pero de todos modos, y es lo que aquí interesa y, además, lo que sirve de explicación a la concepción dominante del pandectismo, sea como fuere, esta institución se *privatiza* tomando numerosos elementos del esquema regulativo de las sucesiones, que permiten atribuir al *aerarium* y, después, al *fiscus* la posición *in heredis loco*, aunque esto haya podido ser una elaboración tardía, seguramente fruto de la *Glosa* (29). Pero el caso es que se configura una *vindicatio caducorum* por medio del *Senatus Consultum Iuventianum* (año 129 después de J. C.) que viene a ser un género especial de la hereditatis petitio (D. 5, 3, 20, 6 y 7) y que, debido a las interpolaciones, ha podido suscitar mayores equivalencias (30); asimismo se establece la posibilidad de ceder en favor del comprador del *Fisco*, de todo o parte de la herencia, de las acciones para reclamar todos los bienes, al igual que al que se le restituye ésta por aplicación del *Senatus Consultum Trebeliánico* (D. 5, 3, 54, pr.). Además, se aplican a la adquisición en favor del Fisco otras muchas normas que son propias de la herencia: así se le puede imponer un fideicomiso (D. 30, 114, 2) y quedar obligado, en ocasiones, al pago de legados y entrega de fideicomisos (D. 30, 96, 1), beneficiándose, a veces, de la *cuarta Falcidia* (D. 36, 1, 3, 5) y viéndose obligado a aceptar la herencia, lo mismo que en determinados supuestos otros herederos, para facilitar la adquisición del fideicomisario (D. 36, 1, 6, 3.); e incluso se llega a plantear, lo que ha sido objeto de violentas discusiones en la doctrina, la obligación de pagar las deudas (D. 49, 14, 11 y D. 49, 14, 1, 1) (31), o la de asumir otras obligacio-

(28) WEISS, *Op. cit.*, en *Zeits. Sav. St. (röm. arb.)*, 53 (1933), págs. 273-274; S. von Bolla, *Op. cit.*, en *Ibid.*, 59 (1939), págs. 553-554.

(29) De este modo, lo entiende SANTORO PASSARELLI, *Op. cit.*, en *Saggi*, II, página 598; y, en ello mismo, insiste también SCIALOJA, *Op. cit.*, pág. 269, indicando *a contrario sensu* que las incorrecciones terminológicas se encuentran más en los textos en que, podríamos considerar, se trata de la materia desde el punto de vista administrativo; así, los oficiales o funcionarios encargados de reclamar una herencia por cuenta del *fiscus Caesaris* se llamaban *procuratores hereditarium*. Por otra parte, esta opinión sustentada por los contradictores de la doctrina en que nos apoyamos, tiene aún más valor; de todos modos, parece que a partir de la *Glosa* viene a ser ésta la opinión dominante con la que conecta el pandectismo: PERSICO, *Op. cit.*, en *RDC*, VIII (1916), págs. 328 y 329, notas 6, 7 y 1, recoge de acuerdo las opiniones de ACCURSIO, VIACIO, DONELLO, RANCHINO y, de la que únicamente se aparta BARTOLO, seguido después por los autores de la Escuela racionalista del Derecho Natural y algunos prácticos (VOET, PUFENDORF, COCCIO, LAUTERBACH) que se inclinan por la concepción del Derecho feudal, pero en cierto modo fuera ya de la tradición romanística.

(30) SCIALOJA, *Op. cit.*, págs. 269-270; SCITLIZ, *Op. cit.*, págs. 294-295.

(31) Respecto de su limitación prevalece el criterio de que la adquisición en favor del Estado se refiere, únicamente, a los *bona*, es decir, al activo. Vid.: MENGONI, *Op. cit.*, pág. 225, nota 27; SANTORO PASSARELLI, *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 600-603; SCIALOJA, *Op. cit.*, págs. 274-275; WINDSCHEID, *Diritto della Pandette*, III, pág. 397, nota 3, quien indica que la controversia es poco práctica, pues, en todo caso, el oficial del *Fisco* llevará a cabo un inventario del patrimonio vacante como se establece en C, 10, 10, 3 y 5 (*Constituciones de VALENTINIANO, VALENTE y GRACIANO y TRODOSIO y VALENTINIANO, respectivamente*).

nes del heredero (D. 49, 14, 9); estableciéndose, en fin, un régimen de adquisición propiamente dicho de técnica sucesoria (D. 49, 14, 1, pr.; D. 49, 14, 1, 2).

- c) *La idea del dominio eminente del Estado propia de la tradición germánica y feudal y el Derecho francés.*
- 1) La adquisición de todos los bienes vacantes se opera por *consolidación*.

En el *sistema francés* (y más aún, en el sistema inglés), partiendo de la conciencia social de los pueblos germánicos, se desarrolla la aplicación de principios propios del *feudalismo* y obtiene, al fin, esta peculiar tendencia, su consagración definitiva en el *Code civil* de Napoleón, quedando comprendido el tratamiento de la sucesión del Estado dentro del sistema general de la adquisición de los bienes vacantes, y como un supuesto particular del mismo.

Efectivamente, entre los primitivos pueblos germánicos, el Estado —según SCHUPFER— era propietario de todo el territorio, y los particulares únicamente le usufructuaban por concesión transitoria, lo que viene a manifestarse en la sucesión, ya que, faltando todos los parientes llamados por la ley, los bienes volvían al Estado por razón de su *dominio eminente* (32). En ocasiones, el *comun* estaba representado por el grupo, los vecinos o los propincuos, lo que, con el tiempo, es absorbido por el señor territorial, o por el rey, exclusivamente (33). Esto explica que este derecho de reversión (*Heimfallsrecht*), tenga lugar, al menos en su fundamento, mediante *consolidación* del *dominio eminente* (*Obereigentum*) del señor territorial, mezclándose el concepto publicístico de *soberanía territorial* con el concepto privatístico de *dominio eminente* (34), que es la concepción propia del Derecho feudal, la cual se extiende por toda la Edad Media europea, considerándose este derecho de adquisición, últimamente, como una *regalia* (*iura regalia*) perteneciente al soberano (rey o señor) o a la *cámara*

(32) *Il diritto privato dei popoli germanici*, II, Citá di Castello, 1907, página 121. "Si faltaba una persona con derecho a la herencia el caudal relicto revertía por principio al pueblo. En el período Franco, en la posición del pueblo se subrogó el rey. Sin embargo, en dicho período y en relación con las fincas vacantes, era todavía preferente el derecho de reversión de la antigua unión de la *Sippe*, la cual se había transformado en la "asociación de la aldea" (*Dorfgenossenschaft, vicinitas*). Conforme al antiguo Derecho sálico el indicado derecho de reversión tenía lugar sólo si existían hijos varones; más adelante, tan sólo si también faltaban hijas, hermanos y hermanas; finalmente los derechos del común fueron restringidos de manera decisiva por los derechos de los parientes y se convirtieron en simples derechos de los propincuos o derechos de preferencia (*Näherrechte*). Así surgió victorioso el derecho de reversión del Fisco sobre el caudal relicto vacante" (PLANTZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, pág. 355).

(33) BESTA, *Op. cit.*, pág. 127.

(34) MENGONI, *Op. cit.*, pág. 223 y allí bibliografía; SANTORO PASSARELLI, *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 603 y ss.

regia (35). Según tal concepción, el señor o el rey, al que pertenecía todo el territorio en virtud de ese *dominio eminente*, podía ceder todo o parte de él reservándose siempre un derecho superior, en virtud del cual volvían a él los bienes sin dueño y la herencia en *déshérence* (36). De este modo, la *déshérence*, consiste en el derecho perteneciente al Estado sobre todos los bienes de los que mueren sin herederos legítimos y sin testamento (en que hayan instituido un sucesor: según el sistema francés, legatario) (37). Porque, según aclara DOMAT, el fundamento de esta atribución de bienes, que no tienen dueño, hay que hallarle en que los bienes que se encuentran en este estado “pasan naturalmente al uso del público y son adquiridos por el príncipe, que es su jefe” (38), aplicación correcta del principio “*nulle terre sans seigneur*”, que viene a reiterar el propio *Code civil* de Napoleón, en su artículo 539, según el cual: “*todos los bienes vacantes y sin dueño, y los de las personas que mueren sin herederos, o cuando las sucesiones son abandonadas, pertenecen al dominio público*”. Lo que reitera el artículo 713: “*Los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado*”. Si bien hay que hacer constar, según unánime doctrina, que la expresión *domaine public* significa aquí *domaine de l'Etat* (es decir, dominio privado, patrimonial; aunque el fundamento de su adquisición se halle en la soberanía) (39). No es aquí del caso discutir, ni siquiera plantear, si la adquisición se produce auténticamente por *consolidación*, o bien entender que el término empleado no es más que expresión de una fundamentación teórica, ya que esto sería objeto de examen de un tema muy próximo al planteado en este trabajo, pero distinto del mismo (40) y que no afecta a la sucesión del Estado concretamente. De todos modos, en el Código civil francés predominó tal concepción, aunque, como la práctica puso de relieve en seguida, esto se debe, en parte, a defecto de técnica legislativa (41); algo parecido, parcialmente, le sucedió a nuestra *Ley de Mostrencos* (42). Lo que,

(35) Tanto en Derecho longobardo, como en Derecho francés, alemán o español, e incluso en el Derecho común. Por todos, aparte de los autores últimamente citados, PERSICO, *Op. cit.*, en RDC, VIII (1916), págs. 332 y ss.; RAMBOURG, *La déshérence*, th., París, 1922, págs. 13 y ss.

(36) Así, LAURENT, *Principes de droit civil*, X, 189 (cit. por PERSICO, *Op. cit.*, en RDC, VIII (1916), págs. 334 y ss., nota 1).

(37) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil* de PLANTOL, III, París, 1951, pág. 581; COLIN Y CAPETANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., VII, Madrid, 1927, págs. 95 y ss.; JULIOT DE LA MORANDIERE, *Droit civil*, IV, París, 1959, págs. 275 y ss.

(38) *Les lois civiles, lib. IV, pref. n.º 11*, en *Oeuvres complètes*, ed. Rémy, II, París, 1835, págs. 303-304, también, POTHIER, *Traité des successions*, Chap. VI, en *Oeuvres*, ed. Bugnet, IV, París, 1830, pág. 518.

(39) RIPERT-BOULANGER, *Traité*, III, pág. 581.

(40) Este tema sería el de la adquisición por el Estado de los bienes vacantes y sin dueño.

(41) Con independencia de las alusiones posteriores, DEMENTHON, *Traité du domaine de l'Etat*, París, 1964, págs. 475 y ss.

(42) Ya que, a pesar de declarar su arts. 1.º y 2.º qué bienes corresponden al Estado, como si quisiera indicar el automatismo de la adquisición, pero la

en cambio, rectifica, entre otros códigos extranjeros, el BGB (§ 928-2) (43) y, también, nuestra *Ley de Bases de Patrimonio del Estado* (B. III), no exenta, sin embargo, de alguna reticencia; pero, sobre todo, su *Texto articulado* (arts. 19 y ss.).

- 2) La construcción del *droit de déshérence*, en consecuencia, se configura como un supuesto de sucesión anómala.

Como se ve, en sustancia, aparece una configuración, en apariencia, muy parecida a la romana, aunque su construcción sea notablemente diferente; pero no viene al caso precisar en ello, ni tampoco establecer distinciones en relación con el desenvolvimiento histórico de la institución, así concebida y basada en el Derecho feudal, aunque modernamente se hable de *soberanía*, baste constatar que, en muchos casos, ha dejado su huella impresa en la doctrina, aun fuera del Derecho francés.

En cuanto al Derecho francés mismo, nos encontramos con que la sucesión del Estado, tanto históricamente como en la actualidad (artículos 723 y 768 C. c. fr.) (44), viene a ser un caso particular de la atribución al Estado de los *bienes vacantes*, como nos lo demuestra la propia redacción de los artículos 539 y 713, anteriormente citados, de acuerdo con la doctrina tradicional, y tal como se deduce de sus principios generales, que brevemente hemos indicado. La consecuencia de todo ello, en el plano dogmático, debe consistir, como dice MENGONI, en que la institución se separa del concepto de sucesión (adquisición derivativa) para encuadrarse de lleno en el concepto de adquisición originaria (*iure occupationis*) (45). Aunque ya veremos hasta qué punto esto es exacto.

La aplicación más general e inmediata de esta consecuencia se encuentra, por otra parte, en el carácter con que se adquieren los bienes. Y así, en este sentido, el artículo 724 C. c. fr. considera al Estado, lo mismo que al cónyuge supérstite, como *sucesor irregular*, no investido de la *saisine* hereditaria y obligado, por ello, a pedir la posesión de los bienes (46). Ya BAGUET, en la doctrina antigua, decía que el rey o el señor "*haut justicier*" no son herederos, sí sucesores

interpretación que ha prevalecido en la jurisprudencia indica otra cosa (S. de 19 de febrero de 1932)) y a lo que aludiremos más adelante; y, sin ir tan lejos, el propio art. 10 de la misma Ley.

(43) Cifra.—"El derecho a la apropiación de la finca abandonada corresponde al Fisco del Estado federado en cuyo territorio está la finca. El Fisco adquiere la propiedad por la circunstancia de hacerse inscribir en el Registro como propietario".

(44) Cifra.—"*La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes et les héritiers naturels. A leur défaut, les biens passent à l'époux survivant, et s'il n'y en a pas, à l'Etat*" (art. 723). "*A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat*" (art. 768).

(45) *Op. cit.*, pág. 222.

(46) Por todos, RIPERT-BOULANGER, *Traité*, III, núm. 1807 y 1810.

universales, "*sed successores honorum vel successores in universum*" (47), por ello se utiliza el concepto impropio de *ocupación privilegiada*, así dice POTIER que no es adquirida la propiedad de pleno derecho por el rey o por el señor, sino solamente el derecho de ocupar los bienes como vacantes y de apropiárseles con preferencia a todos (48), concepto que, como sabemos, ha dado qué hacer a la doctrina (49) y que ya dijimos implicaba una contradicción.

Las consecuencias de esta configuración se manifiestan en la regulación del *droit de déshérence*, produciéndose discusiones sobre su naturaleza jurídica, no faltando quienes, por influencia de la doctrina romanista, entienden se trata de un derecho propiamente *sucesorio*, aunque a la vista de la regulación legal, y conforme a la opinión de la doctrina dominante, esta tesis resulta insostenible (50). Lo cierto es que el Estado no adquiere la herencia *en déshérence* a título sucesorio, pero tampoco, por ello, adquiere por *ocupación* los bienes que la componen, ya que nunca han sido *nullius*, perteneciendo al Estado por disposición del artículo 723 y del artículo 768 C. c. fr., lo que confirman los artículos 539 y el 713; de modo que la adquisición se funda en el derecho de soberanía, que implica una atribución del dominio de estos bienes y que, impropiamente, se ha llamado, en ocasiones, *ocupación privilegiada* (51). Pero, a pesar de lo que queda dicho, tampoco puede considerarse que el título de adquisición del Estado sea *originario*, sino que, más bien, por los efectos que produce parece *derivativo*: y por otra parte, aunque recayendo sobre una universalidad, viene considerado a título singular, lo que le resta, también, alcance derivativo de modo indirecto. Esto explica el que el Estado se vea obligado a pedir la posesión de los bienes hereditarios (52), y a que reciba no solamente el *activo*, sino también el *pasivo*, hasta el límite del activo, pero sin necesidad de acudir al beneficio de inventario, e igualmente, el que tenga la facultad de aceptar o renunciar la heren-

(47) *Traité de droit de déshérence*, 1608 (cit. PERSICO, *Op. cit.*, en RDC, VIII (1916), pág. 334, nota 1).

(48) *Traité des fiefs*, en *Oeuvres*, VI, París, 1831, pág. 386.

(49) Esto explica, también, la expresión utilizada por DOMAT, en el pasaje anteriormente citado, cuando se dice que, "pasan al uso del público", nota 38 *ut supra*.

(50) Se había mantenido aquella opinión en una lista de jurisprudencia de COLÍN, en *Sirey*, 1902, 2, 37 y en algunas tesis doctorales: Vld. RIPERT-BOURLANGER, *Traité*, III, núms. 1808 y 1809; COLÍN y CAPITANT, *Curso*, VII, páginas 95-96; JOSSELAND, *Cours de droit civil*, París, 1930, pág. 432; J. DE LA MORANDIERE, *Droit civil*, IV, págs. 275-276; también, PERSICO, *Op. cit.*, en RDC, VIII (1916), pág. 335, nota 1; MENGONI, *Op. cit.*, pág. 224; SARTORO PASSARELLI, *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 604-606, texto y notas. Y por último, igualmente, RAMBOURG, *Op. cit.*, págs. 28-42.

(51) De este modo su título de adquisición, constituye una combinación de principios de Derecho público y de Derecho privado, es decir, del concepto publicístico de *soberanía*, con el concepto privatista, de origen feudal, de *dominio eminente*. (Así, MENGONI, *Op. cit.*, pág. 223.)

(52) Recientemente, por una ordenanza de 24 de octubre de 1958, ha sido modificado el procedimiento a seguir en esta materia.

cia, no pudiendo ser compelido por los terceros a la aceptación o renuncia y gozando, en virtud de privilegio, de un procedimiento especial para el pago de las deudas (arts. 769 y ss. C. c. fr.) (53). No obstante, el problema de la facultad de aceptar o renunciar no aparece claro en la doctrina francesa; algunos autores, como RAMBOURG, se deciden por la negativa, apelando a la naturaleza jurídica del derecho de *deshérence*, pero reconociendo que no existe precepto expreso en el Código que decida la cuestión (54). AUBRY et RAU se deciden, en cambio, por la afirmativa, invocando el precepto general contenido en el artículo 775 C. c. fr. (55) y más de acuerdo con el régimen general establecido: en particular, no adquisición automática de la posesión y pago de deudas hereditarias. De este modo, podemos concluir que, lo mismo que el pandectismo ha podido calificar la posición del Estado, *in heredís loco*, a la vista del sistema francés y teniendo presentes ciertos aspectos de la regulación de los legados en nuestro Derecho y, si acaso, en el Derecho italiano, que en el derecho de *deshérence* el Estado se encuentra en una situación muy semejante al legatario, *in legatario loco*.

3) Influencia de esta concepción en el Derecho español histórico y reacción contraria.

En nuestro antiguo Derecho sucede lo mismo que, en general, en toda la etapa del Derecho intermedio europeo, pues en ella confluyen, de una parte, la concepción feudal, impulsada por el *vulgarismo* jurídico y, de otra, apunta la concepción romanista, que va desarrollándose después con el pandectismo; todo ello supone una gran confusión, al menos en el plano teórico, pero pueden señalarse algunos matices que resulta interesante destacar.

Así, en las *Partidas* (ley 6.^a, tít. XIII, P. 6.^a) se hace notar una tendencia que acusa la *Glosa*, aunque no de forma tan acentuada como los pandectistas modernos (siglos XVIII y XIX), puesto que, de acuerdo con las fuentes romanas, permanece al menos tendencialmente aquella *privatización* de un originario planteamiento *publicista* que veíamos reflejado en las propias fuentes a propósito de la legislación *caducaria* (56). El texto citado de las *Partidas* se expresa de la si-

(53) Por todos, RIBERT-BOULANGER, *Traité*, III, págs. 582 y ss.; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, X, París, 1918; págs. 384 y ss.; RAMBOURG, *Op. cit.*, págs. 73 y ss.

(54) *Op. cit.*, págs. 73-74. En este autor parece influir el Derecho alemán, al que se refiere directamente, y en el que la adquisición, como veremos, es automática, a pesar de configurarse el derecho del Estado como un propio derecho sucesorio.

(55) *Op. cit.*, X, pág. 385.

(56) Esto es natural, porque tanto la *Glosa*, como los *pandectistas*, se hallan más propicios a detectar esta *privatización* que cualquier otro género de diagnosis crítica, por la propia exigencia metodológica de su actitud teórica, lo que no supone, en modo alguno, que les faltara la sensibilidad jurídica necesari-

guiente manera: “*E si por aventura, al que assi muriese sin parientes non fuesse casado, estonce heredara todos sus bienes la Cámara del Rey.*” Pero, a pesar de ello, la *interpretatio* de este precepto, que forma parte de una ley en la que se establecen otras normas del orden de suceder abintestato, entiende que, en tal caso, no se trata de una verdadera sucesión (57), de acuerdo con la doctrina del Derecho común, a la que repugnaba que pudiera construirse un supuesto de sucesión intestada más allá del vínculo familiar (58). Pero esto no quita para que, como anteriormente hemos indicado, la adquisición del Fisco o de la Cámara regia, en estos supuestos, se tratara de construir como si fuera una adquisición hereditaria (59), lo que parece se aplica en el precepto contenido en la propia ley de Partida (60).

En cambio, en el *Fuero Real* (III, 5, 3), igualmente debido a la iniciativa de Alfonso X el Sabio, pero respondiendo a la tradición jurídica vernácula que trata de conservar, se plantea ésta cuestión de manera distinta. Así, dice el texto citado: “*Si el home que moriese no hubiere parientes ninguno, é si hiciere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda según la fizo: e si no hiciera manda háyalo todo el Rey.*” Como se ve, no se dice nada respecto del posible título por el que se adquieren los bienes; de este modo, la adquisición de bienes hereditarios vacantes es un supuesto más del derecho de adquisición del rey sobre todos los bienes vacantes, por cualquier concepto que sea (61), como aplicación de la doctrina del *dominio eminente*. Lo que se mantiene ya, como una constante, en la evolución legislativa posterior: así, Don Enrique III vuelve a reiterar la disposición del Fuero citado, en términos análogos (62), lo que constituye, más adelante, la Ley 12, tít. 8, lib. 5.º de la *Nueva Recopilación*, pa-

ria para advertir los diversos aspectos que ofrece el planteamiento y desarrollo de esta materia.

(57) Esto se comprueba por las referencias textuales que tal *interpretatio* contiene de las fuentes romanas, aludiéndose al C. 10, 10, 1, donde aparece esta materia, a diferencia de los textos del *Digesto*, antes citados, alejándose incluso de toda configuración analógica respecto de la sucesión: así, MONTALVO, *La cuarta y quinta partida*, etc. ed. a cargo de F. VELASCO, Venecia, 1528, folio CXXVII v.; GREGORIO LÓPEZ, *Las siete Partidas del sabio rey Don Alfonso el nono*, II, Madrid, 1789, pág. 217.

(58) BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, II, Padova, 1939, pág. 151. Como se ve, el motivo no es metódico, se halla tomado de la conciencia social de la época en la que influyen, también, las concepciones germánicas o vulgares.

(59) Véase nota 29, *ut supra*.

(60) Contrasentidos que son propios de la verdadera disyuntiva que la especulación jurídica tiene planteada en la Edad Media, oscilando entre el respeto a las fuentes romanas y las concepciones de la época.

(61) Fenómeno que es propio de todo proceso de vulgarización, por el cual, se borran todos los matices técnicos de los diversos medios jurídicos que se han arbitrado, vulgarización que se encuentra ya en los propios textos romanos antes citados (C. 10, 10, particularmente).

(62) Cífr.—“*Todo hombre o muger que finare, y no hiciere testamento en que establezca heredero y no hubiese heredero de los que suben o descenden de línea derecha o de traveso, todos los bienes sean para nuestra Cámara.*”

sando, finalmente, a formar parte del título de la *Novísima Recopilación* (Ley 1.^a, tit. 22, lib. X), que trata: "De los bienes vacantes y mostrencos", donde la orientación apuntada queda tan patente que nos releva de cualquier otro testimonio.

Por eso, la Ley de 9 de mayo de 1835, llamada *Ley de Mostrencos*, no hace más hasta cierto punto, que reiterar una tradición anterior (63), y quedando, conforme a ella, regulada esta materia hasta la promulgación del Código civil. Pero, paradójicamente, como viene sucediendo en este campo, y se observa a lo largo de su evolución, es manifiesta, también en la *Ley de Mostrencos*, la tendencia contraria, seguramente por influencia del Código de Napoleón, pero yendo más allá de donde éste había ido a parar (64). Así, mientras el artículo 2.^o de la misma comprende la adquisición por el Estado de los bienes hereditarios, entre otros supuestos que contempla su artículo 1.^o (65), y reproduciendo con ello la técnica de expresión utilizada por otros precedentes más antiguos, el artículo 8.^o expresa: "*La sucesión intestada a favor del Estado se abre por la muerte natural*"; y, lo que es aún más importante, los artículos posteriores (a diferencia del Derecho francés) establecen una serie de disposiciones que hacen pensar se trata de dar a este derecho de adquisición del Estado una configuración propiamente sucesoria: así, la alusión al juicio universal de testamentaría y abintestato por el artículo 9.^o; la sumisión a los principios y formas del Derecho común, que proclama el artículo 10, y que supone también la sumisión a la jurisdicción ordinaria (art. 17); y otras normas que vienen a completar tal configuración (66), como viene

(63) Mientras tanto la doctrina, a lo largo de esta extensa época, oscilará entre las dos tendencias apuntadas, aunque distinguiendo entre el Derecho romano y el Derecho Real, bien que la preponderancia de éste se acentuará a partir del siglo XVIII, sobre todo, como consecuencia del centralismo borbónico que se manifiesta en una serie de disposiciones de carácter general. Para ello, por todos: Vid. SALA, *Instrucción del Derecho Real de España*, II, Valencia, 1803, págs. 229 y ss.; modernamente: ROCA Y TARRUELLA, *La sucesión intestada en Cataluña*, en RJC, 22 (1916), págs. 328 y ss.

(64) El Código francés no puede sustraerse, a pesar de representar la consagración de la concepción feudal, de la influencia pandectista, sobre todo por obra de POTHIER, pero, seguramente al implicarse la idea del *dominio eminente*, propia de la concepción feudal, o mejor dicho al renovarse con la idea revolucionaria de la *soberanía* de la nación, se queda a mitad de camino; de una parte considera la adquisición del Estado de los bienes hereditarios como un caso más de la adquisición de los bienes vacantes (art. 539, que viene reiterado por el 713), pero de otra, regula tales adquisiciones, sistemáticamente, a propósito de la sucesión intestada (arts. 723, 724, 768, etc.), aunque considera al Estado como *succesor irregular*, como ya hemos visto.

(65) Cfr. — "Corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes" (art. 2.^o, inciso primero).

(66) Es curioso hacer constar que la *Ley de Mostrencos*, contiene otras dos modificaciones sustanciales en el campo propio del Derecho civil y que han dado mucho que hablar a la doctrina; así, el mismo art. 2.^o, establece, a renglón seguido del texto antes citado, una ampliación en los llamamientos de la sucesión intestada, llevándola hasta el décimo grado en la línea colateral, modificando de este modo el régimen entonces vigente por Derecho de Castilla (ley

siendo reconocido, por otra parte, por la doctrina civilista española anterior al Código civil (67).

c) *La sucesión del Estado como sucesión en sentido técnico.*

1) Los gérmenes históricos de este planteamiento.

Ya hemos visto, tanto al ocuparnos del Derecho romano como al aludir al pandectismo que, a pesar de un origen adverso, existe una tendencia uniforme dirigida a aproximar la adquisición por el Estado de los bienes hereditarios vacantes al esquema de la sucesión *mortis causa*; lo que ocurre, incluso en estos términos, hasta en el propio Derecho francés. Ahora bien: esta aproximación responde no sólo a una modelación técnica, sino que tiene también un contenido material en el que se encuentran los precedentes históricos a los que ahora vamos a referirnos.

Pero lo más importante de todo esto, dada, sobre todo, la regulación de nuestro Código civil de la materia, es que tales precedentes no responden ni derivan de un criterio fiscal. Correspondiéndose con un fin distinto, generalmente de beneficencia o de otro interés público de análoga naturaleza.

En este sentido pueden citarse numerosos precedentes en el Derecho romano, en particular, procedentes del Bajo imperio. Así en favor de ciertas comunidades o corporaciones se configuran los más variados supuestos de sucesión intestada y aun forzosa. De este modo,

1.^a, tít. 11, lib. 2.^o de la NR; ley 6.^a, tít. 22, lib. 10 de la Novísima, etc.) cuestión esta que había sufrido muchas modificaciones y reformas y que se prestaba a interpretaciones contradictorias. Para esto, véase: GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, III, Madrid, 1871, págs. 628 y siguientes, presentando problemas con el Derecho foral, aún después del Código civil; CORBELLA, *Sucesión intestada común por Derecho general de Cataluña*, en RJC, 22 (1916), págs. 324 y ss.; MASPONS, *Jurisprudencia sucesoria en los llamados territorios forales*, en RDP (1927), págs. 372 y ss. Más importancia tiene el problema que plantea la *Ley de Mostrencos* al derogar las leyes 49 y 50, tít. 28 de la P. 3.^a, en las que se reconocía la posibilidad de adquirir los bienes abandonados por ocupación y establecer, después, el art. 609 C. c. el reconocimiento de la ocupación como un modo de adquirir, en general, mientras que el art. 610 y siguientes sólo aluden a la ocupación de bienes muebles, lo que ha llevado a dividir las opiniones doctrinales sobre la posibilidad de adquirir por ocupación bienes inmuebles. Para esto: ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, II, 2.^a ed., Madrid, 1960, págs. 88 y ss., cuya opinión, destacándose de la doctrina, en un tiempo dominante, ha llegado a prevalecer en el criterio que adapta la reciente *Ley de Patrimonio del Estado* (texto articulado de 15 de abril de 1964), según la posibilidad que dejan libre los arts. 19 y ss., de acuerdo también, en cierto modo (y en ello se hallaba implicado el problema de la subsistencia de la *Ley de Mostrencos* después del Código civil), con la interpretación de la jurisprudencia: S. de 18 de diciembre de 1928 y RDGR, de 8 de julio de 1920.

(67) GUTIÉRREZ, *op. cit.*, III, págs. 628 y ss.; NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, I, Madrid, 1880, pág. 570; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1877, págs. 104-105; VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, II, Valencia, 1879, pág. 455, etc.

la legión hereda de los soldados (C. 6, 62, 2; 28, 3, 6, 1); la comunidad de los decuriones, naviculari, etc., de sus miembros (C. 6, 62, 1 a 5); las iglesias y los conventos, de sus clérigos y de sus monjes (C. 1, 3, 20; Nov. 131, 13) (68). Algo parecido sucede respecto de los *Municipia* romanos, ya desde la época clásica, aunque con referencia, en cambio, a la sucesión testamentaria, pese a que existe para ello un clima desfavorable al considerarse que el municipio no tiene capacidad para suceder por falta de aptitud natural para ello (69). Pero como no puede negarse al municipio el derecho de patronato, se le concede también la facultad de adquirir, por medio de un representante, la herencia que en su favor hubiera dejado, por testamento, un liberto, según indica GIRIODI, solución que se generalizó en virtud de una disposición del emperador LEÓN (año 469) (70). En cambio, parece que a título de legado la capacidad para adquirir del municipio por este medio viene reconocida desde épocas más antiguas. Así, en en D. 30, 117, y 30, 122, pr., se recogen dos textos de MARCIANO y PAULO, respectivamente, en los que se indica el fin de ornato, beneficencia o instrucción a que estas disposiciones deben referirse, basados en sendas constituciones de los emperadores NERVA y ADRIANO; otro tanto se había establecido por un rescripto de MARCO AURELIO, en favor de los *vici*, según un texto de GAYO (D. 30, 78, 1) (71). En resumen, estas formas y medios de adquisición en favor de los municipios y corporaciones debían estar tan extendidas, sobre todo a partir de DIOCLECIANO, e incluso suplantando, en ocasiones, con más o menos fundamento, respecto de la sucesión intestada, al Fisco, que no tiene nada de extraño que, las constituciones imperiales, recuerden los derechos de aquél y ordenen la máxima diligencia a los procuradores y funcionarios encargados de velar por tales intereses, así las recogidas en C. 10, 10.

Ahora bien, esta situación que se observa, en relación con el Derecho romano, reaparece en el Derecho intermedio, debido a la continuidad de las fuentes bajo romanas, a la influencia de la Iglesia y del Derecho canónico y a la propia recepción del Derecho romano, a pesar de toda la importancia que alcanza, como hemos visto, la concepción *feudal* en materia de sucesión abintestato en favor del señor o del príncipe. Además, cabe pensar que las concepciones germánicas que se desarrollan en un campo paralelo al que hemos considerado respecto del Derecho romano, no tienen tanta entidad (72) ni, por otra parte, ejercen tanta influencia en las concepciones sociales y

(68) Vid. NICOLA DE CRESCENCO, en *Nuovo Digesto italiano*, 12, Torino, 1940, pág. 963.

(69) Así, ULPIANO, en la regla XXII, 5 (*Reglas de Ulpiano*, ed. HERNÁNDEZ TEJERO, ed. INEJ., Madrid, 1946, pág. 35).

(70) C. 6, 24, 12.

(71) *Il comune nel Diritto civile*, Torino, 1891, págs. 126 y ss., del que tomamos, en general, las noticias a que se alude en este párrafo del texto.

(72) Así, situaciones análogas en favor de la Sippe o de la Marca, véase PLANTZ, *op. cit.*, págs. 70 y ss.

jurídicas de la época como las anteriores. Para convencernos de ello, baste recordar, de una parte, la llamada institución *en favor del alma*, que ha sobrevivido en el Derecho moderno y aparece recogida en el artículo 747 C. c. (73), presentando extraordinaria semejanza, en cuanto al destino de los bienes, que la que ofrece el artículo 956 C. c. respecto de la sucesión del Estado (74), y de otra, la existencia de las llamadas *mandas forzosas*, impuestas al testador, que se desarrollan, sobre todo, en idéntico campo, dando lugar a los *legados piadosos* que aparecen como *mandas pías* a favor de una iglesia o monasterio, o con fines de beneficencia, más o menos determinados, u otras, como *legados inciertos*, asignándoles el ordenamiento un fin de índole religiosa o benéfica, e incluso, para ello, cediéndoles como privilegio en favor de determinadas Ordenes (75). El mismo sentido tenía el privilegio del llamado *quinto* de los abintestatos, que fue notablemente restringido por una *pragmática* de los Reyes Católicos de 1501 (76). Algo parecido sucedía también en las *Partidas* (ley 3.^a, tít. 1, P. 6.^a) respecto de la sucesión abintestato de los bienes de los *romeros*, en contraste con la sucesión de los súbditos en favor de la Cámara del Rey, a lo que antes hemos aludido (ley 6.^a, tít. 13, P. P.^a), más que por tratarse de extranjeros, por consideración de haberles sorprendido la muerte en el país, destacando en tal supuesto el destino de sus bienes para obras pías.

Todo esto pone de relieve dos cosas. De una parte, tanto en el Derecho romano como en el Derecho europeo posterior, se vence la repugnancia a configurar situaciones sucesorias "mortis causa" que no se hallan basadas en la voluntad del causante o en los lazos de familia; tránsito que se opera en el Derecho romano, definitivamente, en la época postclásica, cuando la sucesión deja de considerarse, en absoluto, como sucesión en la persona y se considera como sucesión

(73) Cifr. "Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán sus bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia."

(74) Vid. MALDONADO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944.

(75) Vid. ALFONSO GUILARTE, "Legados piadosos" en *el antiguo Derecho castellano*, en RCDI, 1946, págs. 603 y ss. Según este autor, el examen de numerosos documentos del siglo XVI aclaran la existencia, en aquella época, y con un claro origen medieval de legados de esta naturaleza de alcance forzoso, establecidos en beneficio de las Ordenes de la Trinidad y de la Merced. Todo testador debía establecer un legado de esta especie; si no lo hacía, las citadas Ordenes tenían el derecho de que se les adjudicaran bienes por valor de la mayor manda establecida en el testamento. Por otra parte, cuando el beneficiario del legado no había sido fijado con exactitud, se adjudicaba, también, a las Ordenes indicadas.

(76) ALFONSO GUILARTE, *op. cit.*, en RCDI, 1946, pág. 604.

en el patrimonio (77); y, en el Derecho intermedio, cuando la herencia deja de estar anulada por la concepción dominante de la familia, según las concepciones germánicas (78), o se libera de su configuración exclusiva como sucesión legítima. Siendo así que es precisamente en este ambiente donde se desarrollan las tendencias que hemos examinado, vienen a encontrarse, en el segundo caso, con aquella concepción, nacida del feudalismo, que atribuía los bienes vacantes y las herencias sin dueño al rey o al señor. Nada tiene por ello de extraño que apareciera expresada la conciencia social de la época, que nace con el Estado absoluto, con aquel famoso aforismo: "*l'État est le cousin de tout le monde*", aunque carezca de todo valor científico (79). Por otra parte, la consecuencia de todas esas prácticas y regulaciones sucesorias a que hemos aludido, y en las que se expresa un fin de beneficencia o análogo, vienen a influir, a la larga, en el fundamento material sobre el que descansa la sucesión del Estado, sobre todo cuando, al *secularizarse* la vida social, en los siglos XVII y XVIII, el naciente Estado moderno, con el Despotismo ilustrado, tiene que irse haciendo cargo, en un constante incremento de su actividad, del cumplimiento de aquellos fines benéficos atendidos otrora sin su curso. De ahí que el contenido de aquellas regulaciones y prácticas salga al paso de la concepción puramente patrimonialista y feudal del *dominio eminente* del Estado, resultando de la confluencia la regulación de la materia, en el Derecho moderno, por los diversos caminos que han seguido las legislaciones, pero, sobre todo, este argumento actúa en favor de la solución que ha aceptado el legislador español, aun materialmente, al igual que, hasta cierto punto, el Derecho alemán o el suizo. Algo de esto, también, se puede encontrar en la concepción de DOMAT, a que antes hemos aludido, cuando al plantearse el fundamento de la adquisición por el Estado de los bienes vacantes, dice que hay que hallarle en que los bienes que se encuentran en esta situación pasan al *uso público* (80), y que reaparece, como veíamos, en el artículo 539 C. c. fr., aunque este "mal entendido" viene aclarado después por la doctrina, en relación con la interpretación que se hace del mismo, entendiéndose se trata de *bienes patrimoniales* del Estado, no de bienes públicos. Esto revela que hay algo que se queda en el fundamento de la adquisición misma y que no trasciende a la configuración de su *forma* jurídica, presentándose como una consecuencia de la diferente concepción del Estado, respecto del *antiguo régimen*, aunque se aprovecha, en esta materia, la misma idea del *dominio eminente* del Estado, como ponen de relieve los trabajos pre-

(77) ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, Madrid, 1963, páginas 784 y ss.

(78) PLANTZ, *op. cit.*, págs. 355 y ss.

(79) Así, MENGONI, *op. cit.*, pág. 231, nota 43. Según este autor, el aforismo citado procede de Tácito, *Anales*, 3, 28, siendo divulgado por obra de CULACIO, *Opera*, IX, Prati, 1839, col. 1370: "*hodie vacantia fisco, sive principii, deferentur aequè, ut parente omnium*".

(80) *Les lois civiles*, lib. IV, pref. núm. 11 (*ed. cit.*, II, págs. 303-304).

paratorios del *Code civil* (81). Idea que, en lo que aquí nos interesa, se va a manifestar en la consideración de que el Estado se encuentra en una situación de preeminencia, lo que llevará a configurar, fuera del Derecho francés, pero debido a su influjo, la sucesión del Estado, no como una *sucesión anómala*, especial o privilegiada, sino, como seguidamente vamos a ver, concebida como sucesión a *título singular*, penetrando de esa manera aquellas ideas en una configuración que la admite como sucesión en sentido técnico.

2) La teoría de SANTORO PASSARELLI: el Estado, sucesor a *título singular*.

Confluyen en este planteamiento, como hemos dicho, no sólo la implicación romanista de que el Estado sucede *in heredis loco*, sino, también, el Derecho francés y el ABGB austríaco y, con ello, todas las incitaciones temáticas desarrolladas en el Derecho intermedio, aparte de un punto de vista *pseudopublicista*, el cual, por las razones anteriormente apuntadas, olvidando se trata de la adquisición de bienes con carácter *patrimonial*, considera que el Estado no puede despojarse de su natural personalidad eminente y, por ello, necesariamente, influye en la naturaleza del derecho que se le atribuye.

Esta orientación se refleja, entre los autores modernos, sobre todo, en SANTORO PASSARELLI, según el cual, en los ordenamientos romanísticos, que no se han dejado ganar por la *concepción patrimonial* de la soberanía, que se manifiesta en la idea del *dominio eminente* del Estado, propia del Derecho feudal y que es aceptada por el Derecho francés (82), se concibe la adquisición del Estado, como sucesión en sentido técnico, tomando a su cargo la crítica del sistema francés (83) y de su influencia sobre la doctrina italiana, en torno al Código de 1865, dado, por otra parte, la parquedad con que éste regula la mate-

(81) Por todos: MENGONI, *op. cit.*, pág. 224 y referencias allí contenidas. Es de recordar aquí, para advertir la continuidad de la misma línea ideológica y técnica, la separación respecto de la doctrina romanista que se advierte en la Escuela racionalista del Derecho Natural, ya a partir de GROCIO (*De iure belli ac pacis*, lib. 2, cap. 3, § 19, n. 3), según el propio MENGONI (*Ibid.*, pág. 223, nota 23).

(82) Esta concepción acaba también por imponerse en el Derecho austríaco (*supra* nota 13). El § 760 ABGB se refiere al Fisco o a las personas que por disposiciones de Derecho público tuvieron derecho a ocupar las cosas vacantes, después de la Ley de 12 de octubre de 1914, se atribuyen al Estado. UNGER, a pesar de ello, es partidario de considerar que el Estado es un sucesor *in heredis loco* (*System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, IV, *Das österr. Erbrecht*, Leipzig, 1874, § 90, págs. 384 y ss.), no así otros autores más modernos: KRASNOPOLSKI-KAFKA, *Lehrbuch des österr. Privatrecht*, V, *Oesterr. Erb.*, München-Lipsia, 1914, § 43, págs. 206 y ss. (cit. de SANTORO PASSARELLI); KRANZ-PEAFF-REHRENZWEIG, *System des österr. Allgemein. Privatrechts*, II, 2, Wien, 1921, § 491 (cit. del mismo), e igualmente WEISS, en KLANG, *Kommentar zum ABGB*, III, cit., pág. 794; GSCHNITZER, *Lehrbuch des österr. bürg. Rechts*, Wien, 1964, págs. 20, 59.

(83) *Op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 606 y ss.

ria (84), aunque concibiendo la adquisición, en favor del Estado, con carácter sucesorio. Ahora bien, después de rechazar que ésta no tiene lugar por *ocupación*, entre otras razones porque no es susceptible de adquirir por este medio una universalidad, como es la herencia, ni compatible el derecho sucesorio del Estado con una situación de vacancia de los bienes, critica a los que consideran que el Estado es un sucesor a título universal, basado en que la circunstancia de la limitación de la responsabilidad *intra vires*, que la doctrina italiana toma del Derecho francés, presta dificultades a esta calificación, cuando, por otra parte, se apoya en la construcción del *dominio eminente* del Estado, cuyas consecuencias también ha rechazado, pero tomando por base el Derecho romano, donde se da igualmente la adquisición de una universalidad, sin que por ello se trate de sucesión a *título universal*, considera que el Estado cuando es llamado a la sucesión, adquiere la herencia a *título singular*, como legatario (85). Para esto, habida cuenta de que la adquisición concedida al Estado no puede ser renunciada, según la interpretación corriente en la doctrina francesa, entiende se trata de un derecho *necesario*, y como en el Derecho moderno no existen herederos necesarios (como sucedía en el Derecho romano), tal adquisición no puede ser a título de heredero, sino, por esto mismo, una especie de legado *ex lege*.

Peró en esto influyen, en SANTORO PASSARELLI, consideraciones que provienen del fundamento teórico de la atribución misma, las cuales no es lícito que sean utilizadas para dar una explicación técnica, porque en este plano sólo deben intervenir consideraciones puramente sistemáticas. Verdad es que no se puede fundamentar la sucesión del Estado en una extensión analógica del fundamento familiar que se halla explícitamente considerado en la sucesión abintestato, ni aun acudiendo a la presunción de la voluntad del causante (86), como no sea buscando esto por otros caminos, como luego veremos. Ahora bien, tampoco parece convincente fundamentarla en la *soberanía*, tal y como lo entiende el ilustre profesor de la Universidad de Roma, no sólo porque esto sería volver a caer en la doctrina del *dominio eminente* que el mismo rechaza (87), sino porque nada nos autoriza a

(84) Así, su art. 721, llama a la sucesión abintestato al patrimonio del Estado en último lugar y en defecto de parientes, y el art. 758 establece que: "A falta de personas llamadas a suceder, según las reglas establecidas en las secciones precedentes, corresponde la herencia al patrimonio del Estado."

(85) Teoría que bajo el imperio del antiguo Código tuvo buena acogida, aunque la opinión dominante iba por otros derroteros, véase, para esto, el mismo SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 606 y ss.; y recientemente, MENGONI, *op. cit.*, págs. 224 y ss.

(86) En este sentido, PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, 9.^a ed., V, *Trattato delle successioni*, I, Torino, 1928, n. 41 (cit. también por SANTORO PASSARELLI, *Ibid.*, pág. 624, nota 63).

(87) Objeción a la que sale al paso el propio SANTORO PASSARELLI, argumentando que los privatistas muestran desconfianza por esta fundamentación al pensar en la doctrina del *dominio eminente*, cuando el fallo de esta doctrina

considerar, cuando se trata de la adquisición de un derecho patrimonial, que el Estado, en este caso, sumple una *función soberana*, desarrollando su personalidad en la esfera del *interés público* (sobre todo si éste no aparece de una manera evidente) y que, por ello, al fundarse el derecho de adquisición de que se trata en el *ius imperii*, sea este *ius imperii* el que configure la naturaleza de la adquisición; explicándose, de este modo, sus propias anomalías (88). De todos modos, aparte de esta objeción metodológica, fundamental, existen otras, en contra de su tesis, de tipo material, que difícilmente pueden eludirse. Así, MENGONI indica, certeramente, que por la conclusión a la que llega SANTORO PASSARELLI, configurando el derecho del Estado como título sucesorio singular, tampoco se explica cómo puede conciliarse el que se trate de una sucesión de esta naturaleza y recaiga sobre una herencia, ni por qué se halla privado de la facultad de renunciar (89).

3) *La doctrina dominante en los Derechos italiano, alemán, suizo, portugués y español: El Estado es sucesor a título de heredero.*

Al fin ha acabado por prevalecer en la mayoría de los Derechos romanistas la consideración de que el Estado, en el supuesto que nos ocupa, adquiere los bienes a título de heredero y en la misma situación que cualquiera otro, sin que pueda establecerse, como en Derecho romano, una distinción entre heredero y sucesor a título universal (90). En otras palabras, este derecho atribuido al Estado, con independencia de su fundamento, se instrumenta sistemáticamente como un derecho privado de naturaleza hereditaria, sin que influya para nada ni la base sobre la que descansa tal atribución ni la calidad del ente al que se atribuye. Los matices, como veremos, son más bien accidentales y, además, tienen una explicación precisa, en el propio plano sistemático, sin necesidad de escapar hacia otros diferentes (91). Cuan-

estriba no en partir de aquel fundamento, sino en la confusión que se plantea, y a la que tantas veces nos hemos referido, *op. cit.*, en *Saggi*, II, págs. 633 y ss.).

(88) En esto había incidido, también, BONFANTE, respecto del Derecho romano, *La "successio in universum ius" e l'"universitas"*, en *Scritti Giuridici Varii*, I, Torino, 1925, págs. 300 y ss.

(89) *Op. cit.*, pág. 226.

(90) V. MENGONI, *op. cit.*, pág. 222, texto y nota 17, con referencia al intento de UNGER, para el Derecho austríaco, a que anteriormente hemos aludido.

(91) Dice el propio MENGONI que esta consideración del fundamento de la sucesión abintestato del Estado, basada sobre la *soberanía*, no la explica más que desde el punto de vista político, pero no en su dimensión técnico-jurídica, porque una cosa es reconocer que ha de ser al Estado al que se atribuya ese derecho y, de este modo, asegurar al que muera abintestato, y sin parientes, la seguridad de un heredero, y otra, bien distinta, admitir que ese poder que se reconoce en el Estado sea también el título jurídico de la adquisición, pues no cabe duda que la "función pública de la sucesión del Estado puede ser realizada perfectamente utilizando un medio técnico tomado del Derecho privado: ya que no por la función, sino por el modo conforme al cual la sucesión es organizada". "Naturalmente.—añade—que este criterio metodológico vale, única-

do, por otra parte, aún queda algo que hablar sobre el fundamento mismo de la institución, lo cual trataremos de esclarecer, a propósito de nuestro Derecho, poniéndola en relación con la *función* que como tal cumple.

Por lo que se refiere al Derecho italiano, anterior a 1942, a pesar de la parquedad con que se expresaba, en esta materia, el Código civil de 1865 y pese, también, a la desorientación de la doctrina, tan directamente influida por el Derecho francés, no sólo no han faltado autores que hayan defendido el carácter de herejero a favor del Estado, sino que esta doctrina puede considerarse como dominante (92). Lo que de una manera más acusada aparece después de 1942 en que se puede hablar de concepción unánime en favor de esta tesis. Por lo demás, así como el *Codice civile* derogado no dedicaba a la sucesión del Estado más que dos artículos, el 721, en que se configuraba la atribución como *sucesión*, y el 758, en que se hablaba de *herencia*, en el *Codice civile* vigente, el artículo 565 viene a ser reproducción del primero de los citados del Código de 1865, mientras que el artículo 586 establece las particularidades que presenta este tipo de sucesión hereditaria (no necesita aceptación, no puede renunciarse y se

mente, para aquellos ordenamientos que, como en el nuestro, les es extraña la idea de un derecho patrimonial soberano del Estado sobre los bienes situados en su territorio. En caso contrario, la sucesión del Estado viene a ser, necesariamente, como dice DOMAT, una *matière de droit public*, en cuanto que se constituye como puro efecto del dominio eminente del Estado" (*op. cit.*, pág. 228, texto y nota 35). Por eso, en relación con nuestro Derecho, es de alabar la nueva redacción que, más que las Bases (III), el texto articulado (arts. 19 y ss.) de la *Ley de Patrimonio del Estado* han sabido dar a esta materia—y digo nueva redacción porque la idea a que responde ya estaba en la conciencia jurídica— respecto de la *Ley de Mostrencos*, parcialmente influida, como decíamos, por el Derecho francés, poniendo de acuerdo una y otra regulación (la adquisición de los bienes vacantes por el Estado con la sucesión abintestato a su favor); lo que se fortalece aún más utilizando la aguda argumentación de MENGONI, sobre la configuración de la naturaleza jurídica de la sucesión del Estado como sucesión hereditaria en sentido técnico, aunque esto no sea una novedad para nuestra doctrina, pero sin que por ello se hayan dejado de manifestar en ella tendencias desacertadas, como veremos.

(92) Así, POLACCO, *Delle Successioni*, I, Roma, 1928, págs. 124 y ss., quien establece una argumentación equivalente a la que desarrolla MENGONI, en cuanto a la relación que guarda esta materia con la adquisición de los bienes vacantes por el Estado, señalando las diferencias que se plantean respecto del Derecho francés. Algo parecido viene a hacer PERSICO, seguramente en el trabajo más profundo que se haya escrito sobre la materia, antes de 1942, *op. cit.*, en RDC, VIII, (1916), sobre todo, págs. 351 y ss.; y, en sentido análogo, por último, LUGO, ya al filo de la nueva regulación y tomándola en cuenta, argumentando, también, en contra de la tesis aislada de SARTORIO PASSARELLI y conteniendo un resumen del estado de la doctrina anterior, *La successione dello Stato nel nuovo Libro del Codice civile*, en RDC, XXXII (1940), págs. 337 y ss., y especialmente págs. 347 y ss. Por otra parte, entre los autores antiguos, fieles a esta orientación: GAMBRA, *Indole del diritto dello Stato nella successioni vacanti*, en "Foro it.", 1897, I, págs. 986 y ss.; ESPERSON, *Successione dello Stato nella eredità vacante*, Milano, 1913; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., II, Madrid, 1931, págs. 1107 y ss.; PACTIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile*, VI-1, Torino, 1927, págs. 140-141, etc.

limita la responsabilidad del Estado como heredero, *intra vires*), particularidades que, según considera la doctrina, no obstan a aquella calificación (93). Ahora bien, como especialidades de la nueva regulación se hace notar, no sin censura, que el artículo 565, a diferencia de su precedente el artículo 721 del C. c. de 1865, extiende también al Estado el concepto de *orden sucesorio*, olvidando que el derecho del Estado ocupa una posición autónoma, como categoría independiente. Por otro lado, para resaltar que la herencia no ha devenido vacante, por falta de otros herederos de orden preferente, se ha utilizado por el legislador una expresión inadecuada que trata explicar, también, los efectos automáticos (sin necesidad de aceptación) de la adquisición, diciendo que "*l'acquisto si opera di diritto...*", con lo que, en contra de los principios conforme a los cuales se organiza la herencia en el Derecho italiano, parece que los efectos de la adquisición se producen *ipso iure*, lo mismo que sucede respecto de los herederos *legítimos* de la tradición germánica y que, modernamente, reflejan hasta cierto punto los Derechos alemán y francés. De esta manera penetra un elemento extraño en el sistema sucesorio italiano.

El Derecho alemán moderno adapta la tradición romanista al esquema privatista del Estado como sucesor a título de heredero, estableciendo, también, con alguna minuciosidad las peculiaridades propias del caso, descansando la mayoría de ellas en que el derecho que se establece no se funda en los lazos familiares. Este derecho hereditario le establece el § 1936 BGB a favor del *Fisco* del Estado, o Estados federados a que el causante pertenezca y, en su defecto, al *Reich*. No obstante, cuenta con numerosas peculiaridades que aparecen ciseminadas por el Código. La más importante de todas es la del § 1942-2, según la cual el *Fisco* no puede repudiar la herencia. Teniendo en cuenta que en el párrafo primero de este precepto, a diferencia de los Derechos español e italiano, se establece que la herencia se adquiere automáticamente a no ser que sea repudiada (adquisición provisional). Por otra parte, el § 1964 establece un procedimiento especial para la adquisición de los abintestatos en favor del *Fisco*; y el § 2011 que, en ningún caso, deviene responsable más allá del límite del importe de los bienes adquiridos; existiendo otras normas particulares (94). Apar-

(93) MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, III-2, 8.ª ed., Milano, 1954, págs. 66-67; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 5.ª ed., Torino, 1958, págs. 1080 y ss.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I-II, Napoli, 1962, págs. 165-166; MENGONI, *op. cit.*, págs. 221 y ss.; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, Padova, 1959, págs. 296 y ss.; BRUNELLI-ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1951, págs. 260 y ss.; BUTERA, *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1940, págs. 217 y ss., etc.

(94) Así, el § 1938 BGB, dispone que el *Fisco* no puede ser excluido, al contrario que los demás herederos legítimos, sin institución de otro heredero; el § 2104 no comprende al *Fisco* entre los herederos legítimos llamados a la sucesión al cumplirse el término o la condición resolutoria bajo la que se establece la institución de heredero; y, por último, el § 2149, tampoco le com-

te de ésto, conforme al Derecho territorial existen numerosas excepciones a la atribución al Fisco de los abintestatos, establecidas en favor de ciertas ciudades, corporaciones y establecimientos de beneficencia, recordando a las disposiciones de esta naturaleza propias del Derecho romano y que, en Alemania, se habían conservado por aplicación del Derecho común (95).

En la misma línea se sitúa también el Derecho suizo, aunque por la especial estructura política del país la herencia se defiere en favor del cantón o del municipio designado por el Derecho del cantón (artículo 466 ZGB) y con análogas características a las observadas en los Derechos alemán e italiano (96). Y otro tanto sucede, entre los Derechos latinos, con el Derecho portugués, en favor del Estado, según los artículos 2.006-2.008 C. c. p. (97).

En nuestro Derecho, ya vimos cómo, a pesar de que en la *Ley de Mostrencos*, cuyos artículos 1.º y 2.º establecían, al menos teóricamente, la atribución automática en favor del Estado de los bienes vacantes y, entre ellos, de los abintestatos, al regular específicamente esta materia se organizaba este derecho de adquisición como un derecho hereditario, según entendía comúnmente la doctrina. En el *Proyecto de Código civil de 1851*, es natural que se acogiera también esta configuración, pese a la influencia francesa que se le ha atribuido: así, en los artículos 783 a 785, estableciendo concretamente el artículo 784 que: “*Los derechos y obligaciones del Estado, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos*”. Por lo que la calificación de la naturaleza jurídica de este derecho no ofrece lugar a duda (98). No obstante, la regulación era incompleta, pues no establecía las particularidades propias que, de esta sucesión, habían de configurar otros ordenamientos más modernos. Pero este defecto aparece ya superado, en sus líneas generales, por el Código civil. De todos modos, lo más significativo de la regulación del Código civil español es el destino que se asigna a los bienes adquiridos por este medio en

prende entre los herederos legítimos a los cuales se entiende legado el objeto excluido de la herencia del heredero instituido.

(95) Para esto y, en general, por todos: STROHAL-PLANCK, *Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch*, V, Berlín, 1927, págs. 38 y ss.; BINDER, *Derecho de Sucesiones*, trad. esp., Barcelona, 1953, pág. 169; KIPP-ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, V-1, trad. esp., Barcelona, 1951, págs. 53 y ss.; COING-KIPP-ENNECCERUS, *Lehrbuch des Bürg. Rechts*, V, Tübingen, 1960, págs. 31 y ss.; BOEHMER-LEHMANN-SEYDOL, en *Staudinger's Kommentar zum BGB*, V, Berlín, 1954, págs. 336 y ss.; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, Berlín-München, 1962, págs. 126 y ss.

(96) ROSSEL et MENTHA, *Manuel de droit civil suisse*, I, Lausanne, s/d., págs. 508 y ss.; TCOR, en GÜR, *Kommentar zum sweizer. Zivilgesetzbuch*, III, Zurich, 1909, págs. 22 y ss.

(97) ANDRADE-MATOS, *Código civil português*, Coimbra, 1960, pág. 664; DIAS FERREIRA, *Código civil português*, III, Coimbra, 1898, págs. 507 y ss.; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil português*, X, Coimbra, 1936, págs. 422 y ss.

(98) Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, págs. 194 y ss.

favor del Estado, a diferencia de los restantes sistemas romanistas, si hacemos abstracción de lo que en la práctica llega a prevalecer en Alemania por Derecho territorial, mediante disposiciones particulares, o en Suiza, por razón del ente beneficiado por la atribución. Esta cuestión tiene más importancia de lo que parece, pues ha de influir en el fundamento de la institución y, sobre todo, en su función. Aunque después de la reforma de 23 de enero de 1928 la regulación ha perdido unidad, hasta cierto punto, yendo a parar sólo los dos tercios de la herencia a las instituciones de beneficencia, instrucción y análogas llamadas por la ley, a diferencia del sistema primitivo (99), y el tercio restante al Estado en forma de Tesoro (100). Pero aun así y todo, el significado integral de la institución no se altera con ello, apareciendo que el Estado es heredero, antes totalmente, ahora parcialmente, para que se cumpla el fin que se ha asignado a los bienes. Con lo cual es claro que se conecta con aquella regulación y práctica que se había venido observando en nuestro antiguo Derecho, a propósito de las llamadas *mandas forzosas* y del *quinto* de los abintestatos, y a las que anteriormente nos hemos referido. Lo que hay que mirar como un acierto más de la codificación que, como en otras ocasiones, nos complace en destacar (101).

(99) Art. 956, redacción primitiva: "*A falta de personas que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita, por el orden siguiente:*

1.º *Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.*

2.º *Los de una y otra clase de la provincia del difunto.*

3.º *Los de beneficencia e instrucción de carácter general.*"

(100) Art. 956, redacción por R. D.-L. de 23 de enero de 1928 (Confirmado por Decreto de 18 de agosto de 1931: "*A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a Instituciones de Beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, sean de carácter público o privado; y otra tercera parte a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto en unas como en otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte, se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación*". Posteriormente, al suprimirse la Caja de Amortización de la Deuda Pública, por R. O. de 1 de abril de 1931, se sustituyó ésta por el Tesoro.

(101) La rectificación parece que se introduce en el Proyecto de Código civil de 1882 (arts. 965 y 966), según indica MUCROS SCABOYA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, XVI, Madrid, 1900, pág. 462, lo que parece cierto pues no aparece en el Proyecto de Bases que ALONSO MARTÍNEZ, envía a las Cortes en 22 de octubre de 1881. Por otra parte, conforme a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, la *Base 18.ª*, que se refiere a la sucesión intestada y a otras cuestiones, establece: "*Sustituirán al Estado en esta sucesión cuando a ella fuera llamado, los establecimientos de Beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto los de la provincia; a falta de unos y de otros, los generales*".

En cuanto a la consolidación que ha supuesto, para la concepción del Estado heredero, la rectificación que ha llevado a cabo la *Ley de Patrimonio del Estado* (Bases y reglamento articulado) y, a lo que ya nos hemos referido, no cabe duda que ésta es evidente, y a ello volveremos a aludir más adelante, lo mismo que a otras modificaciones posteriores sufridas por el Código, y a las que también acabamos de aludir, ya que afectan a diversos aspectos parciales de la regulación. Unicamente, para completar el cuadro legislativo, cabe decir aquí que, por Derecho foral, existe la modalidad establecida en el artículo 42 del *Apéndice* de Aragón, en virtud de la cual subsiste en favor del *Hospital de Nuestra Señora de Gracia* de Zaragoza el privilegio que le fue concedido por acto de Cortes en 1626, por el que sucederá abintestato "en toda clase de bienes muebles e inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento, o en las casas de alienados que de él dependan..." Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.635 C. c. quedan excluidos, objetivamente, del derecho que corresponde al Estado, las fincas enfitéuticas que se hallaren en el abintestato, por establecer dicho precepto una especie de *mortis causa capio* en favor del dominio directo (102).

II

PLANTEAMIENTO SISTEMÁTICO: CONSECUENCIAS QUE COMPORTA ESTA CALIFICACIÓN Y ENCUADRAMIENTO ADECUADO DE LAS ESPECIALIDADES QUE PRESENTA

a) *Fundamento y función del llamamiento a favor del Estado.*

Ya hemos visto cómo en la doctrina italiana se ha acabado por reaccionar contra la implicación inadecuada que, debido a la influencia del Derecho francés y a la parquedad con que se expresaba el Código civil de 1865, se había manifestado en algunos sectores de la misma, entendiéndose que las especialidades de la sucesión del Estado, en la mayoría de los casos, e incluso en algunos, como sucede con SANTORO PASSARELLI, su propia *naturalaleza jurídica* dependía del fundamento político de esta atribución como una supervivencia de la concepción feudal que hacía aplicación a la materia de la doctrina del *dominio eminente* del Estado. Pero esta situación no se ha planteado en nuestra doctrina, seguramente por la claridad con que se ha expresado el artículo 957 C. c., a pesar de que, en su redacción originaria (antes del R. D.-L. de 23 de enero de 1928) aludía, únicamente, a los establecimientos de beneficencia e instrucción, en el caso de que sean herederos conforme al artículo 956, estableciendo que sus derechos y

(102) Así, ROCA SASTRE, en *Notas a KIPP, Op. cit.*, V-1, pág. 57.

obligaciones “serán los mismos que los de los otros herederos” (103), lo que nuestra doctrina aplica también al Estado; interpretación que se halla de acuerdo con el precedente de este artículo en el *Proyecto* de 1851 (art. 784), y con el contexto de este artículo 957, en relación con el anterior (104). Por otra parte, según indicaba MANRESA, el *Código* “igualaba al Estado con los demás herederos. Al heredar, cae bajo el imperio de las leyes de carácter civil, tanto sustantivas como adjetivas. No habría razón para conferir al Estado un privilegio sólo por la importancia de su personalidad, y no se le confiere la ley” (105); y, en el mismo sentido, MUCIUS SCAEVOLE (106) y SÁNCHEZ ROMÁN (107). Lo que viene a corroborar la reforma de 1928, al incluir también al Estado en el texto del artículo 957 C. c. junto a las instituciones de beneficencia, instrucción y análogas a que se refiere el texto reformado del artículo 956; por eso, los autores posteriores a la reforma guardan silencio respecto de esta problemática (108), y tampoco puede pensarse que las circunstancias de la regulación cambian con ella, pues la institución, en cuanto a su carácter y naturaleza, sustancialmente es la misma, antes y después de 1928.

Efectivamente, esta participación del Estado como beneficiario de la herencia, directamente, implantada después de 1928, no viene, en esencia, a modificar la situación, conforme la estableció el propio *Código* civil; otra cosa es que se pueda considerar acertada o desacertada (109), ya que el destino que se da a los bienes de manera predo-

(103) Art. 957, redacción primitiva: “Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia e instrucción en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos”.

(104) Art. 784, *Proyecto*, de 1851: “Los derechos y obligaciones del Estado, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos”.

(105) *Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, pág. 142.

(106) *Código civil*, XVI, pág. 461.

(107) *Estudios de Derecho civil*, VI-3, Madrid, 1910, págs. 1671 y ss.

(108) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, págs. 303 y ss.; VALVERDE, *Tratado*, V, págs. 420 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral (Notarios)*, IV, Madrid, 1943 págs. 633 y ss.; LACRUZ, *Notas*, a BINDER, *Op. cit.*, pág. 170; ROCA SASTRE, *Notas a KIPP, Op. cit.*, V-1, págs. 56-57; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1964, págs. 452-463; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-III, Barcelona, 1963, págs. 429 y ss.

(109) VALVERDE, la alaba y ve en ella una manifestación de la llamada sucesión corporativa (?) (*Tratado*, V, pág. 431), pero a su juicio es, en general, favorable a la reforma, por otras razones muy explicables y que el propio VALVERDE reconoce (*Tratado*, V, págs. 428 y ss.). A nuestro juicio no nos parece justificada, responde seguramente a las corrientes de la época y a un acercamiento de nuestro Derecho a los restantes Derechos romanistas, pero esto es precisamente lo censurable, el no haber sabido mantener una peculiaridad jurídica que, desde todos los puntos de vista, es digna de toda alabanza; así mismo, desde el punto de vista dogmático la modificación resta unidad, introduciendo un añadido en un planteamiento uniforme que puede llevar a algunas confusiones. Pero para ser justos, hay que reconocer que la reforma de 1928, contiene otros aspectos distintos del que aquí nos ocupa e incluso en materia de sucesión

minante, viene a ser el mismo, aunque resultando el beneficio que recibe el Tesoro como un añadido. De esta manera, a pesar de todo, queda sustancialmente en pie el carácter con que se establece la sucesión del Estado por el Código, en cuanto a lo que a su *fundamento* y *función* se refiere y, entonces, nos encontramos con que no solamente el fundamento teórico basado en la *soberanía* ha de quedar relegado a la hora de un planteamiento sistemático, sino que como la *función* de la sucesión del Estado nos revela, conforme al destino predominante que ha de darse a los bienes adquiridos, cabe pensar que el fundamento que ha tenido presente la codificación descansa sobre una sede diferente, naciendo del propio sistema privatista que organiza la *sucesión intestada*, en general, sobre la base evidente de la *voluntad presunta* del causante (aunque para ello se utilice la vía de los lazos de parentesco como medio de objetivación de aquella voluntad presunta). Que esto es así, nos lo revelan los propios trabajos preparatorios del Código civil cuando, por otra parte, esta concepción viene fortalecida precisamente por la reforma de 1928 y se manifiesta de forma palmaria en la derogación que de las reglas de distribución de la herencia contenidas en el artículo 956 establece este mismo precepto, al disponer que tal distribución se hará "*prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general*". En cuanto a los trabajos preparatorios, nos lo revelan las propias palabras de ALONSO MARTÍNEZ y que merecen de SÁNCHEZ ROMÁN, tan riguroso en general con la codificación, un juicio favorable, diciendo que el llamamiento a favor del Estado "no significa simplemente la adjudicación de aquellos bienes en favor del fisco, o de la Hacienda pública—y en pasados tiempos al Rey y a la Real Cámara—como una propiedad de la libre disposición y aprovechamiento del Estado, y sí, más bien, por una *representación formal* del orden social, que a éste corresponde, dentro de una Nación determinada y con anticipado destino o aplicación a intereses sociales recomendables y laudables: pues entonces éstos, en la protección, medios y garantías que reciben con ellos, son los verdaderos llamados a esa sucesión intestada bajo una especie de natural patronato del Estado (110), lo que es preferible a una adjudicación directa en favor de éste, pues, como expresa el propio ALONSO MARTÍNEZ, el Estado representa casi ordinariamente para el ciudadano no más que una abstracción; y cuando la ve como una realidad, suele ser bajo la figura repulsiva del Fisco. Naturalmente es, pues, que sienta tanta aversión por éste como simpatías por las instituciones benéficas que vio al nacer y que ha mostrado muchas veces con orgullo al forastero que ha visitado su pueblo natal. Por otra parte, el Estado está demasiado le-

del Estado, a propósito del mismo art. 957, y por los que merece un juicio decididamente favorable, como veremos.

(110) *Estudios*, VI-3, pág. 1671.

jos del individuo para que éste se encariñe con él, mientras que hablan a su corazón y a sus recuerdos esos institutos piadosos que tiene cerca de sí, lindando con su propio hogar o con la casa paterna. ¿Cómo no presumir que el muerto *abintestato* habría destinado con gusto sus bienes al mejoramiento de su aldea, prefiriéndola al Fisco? Y lo que digo del pueblo de su nacimiento, es perfectamente aplicable a la provincia en oposición al Estado. La graduación establecida por la Comisión es la misma que existe en los afectos humanos: el calor de éstos se va apagando en razón de las distancias, sintiéndose más en el municipio que en la provincia, y siendo más vivo que en ésta en la nación, cuando no se trata de algún ultraje del exterior que hiera la fibra del patriotismo" (111). Ahora bien: con la reforma de 1928, en general, al atribuir al Estado, definitivamente (Deuda Pública, después Tesoro), el tercio asignado por el Código a las instituciones de beneficencia e instrucción de carácter general, sustancialmente, no se han alterado las cosas, ya que el sostenimiento de estas instituciones corre a cargo, en definitiva y generalmente, de los fondos del Estado. Lo que tampoco resulta modificado por la *Ley de Patrimonio del Estado*, ya que en el preámbulo de la Ley de 23 de diciembre de 1962, aprobando las bases para su régimen, se dice que el importe de la liquidación de estos bienes y los frutos de los mismos van a parar al Tesoro (112).

De esta manera, aun antes de la *Ley de Patrimonio del Estado*, y, sobre todo, por el *fundamento* que nos revelan los trabajos preparatorios del Código civil y la misma *función* que se le asigna a la sucesión del Estado, como se evidencia en el destino de los bienes, pese a la reforma de 1928, la contradicción que planteaba la *Ley de Mostrencos*, entre el carácter de la adquisición por el Estado de los bienes vacantes y la configuración privatista de la adquisición de los abintestatos en que era llamado a heredar, carecía totalmente de relevancia que pudiera desfigurar la naturaleza del derecho sucesorio que al Estado se le atribuye por el Código civil. Pero, incluso, este pequeño resquicio, por donde asomaba la concepción del Derecho feudal, ha sido corregido por la *Ley de Patrimonio del Estado*, no sólo al respetar las normas civiles de la adquisición de los abintestatos cuando aquél es llamado a heredar, sino también al considerar la adquisición de los bienes vacantes como un derecho de ejercicio preferente en favor del Estado, no como una adquisición automática (113).

(111) *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, edición conmemorativa, Madrid, s/d., págs. 269-270.

(112) Dice textualmente el citado preámbulo: "Como complemento de la base séptima, la siguiente arbitra el destino de los frutos del Patrimonio del Estado y del importe de la liquidación de los bienes y derechos del mismo, haciendo destinatarios de uno y otro al Tesoro público, en estricto cumplimiento del principio de unidad de caja del artículo cuarto de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública". Vid., también: Bases VII y VIII; y Texto articulado, arts. 31 y ss.

(113) Bases III, IV y V; arts. 19 y ss. y concordantes.

b) *La adquisición de la herencia por el Estado y su posición jurídica como heredero.*

Nuestro Código civil no contiene ninguna norma equivalente a la del artículo 586 del C. c. italiano de 1942, en la que se establezca, como allí se dice, que “*la adquisición se opera de derecho sin necesidad de aceptación y no puede ser objeto de renuncia*”. Sino que el Estado es un heredero *como otro cualquiera*, sin que haya que acudir, para configurar la natural especialidad de su derecho, a reconocer que el Estado es un sucesor *necesario*, en el sentido del Derecho alemán o francés, al producirse esta adquisición automática de la herencia sin la *previa aceptación*, como es propio del sistema romano que sigue, en general, el Derecho italiano y, de forma absoluta, el nuestro; resultando, de este modo, que la regulación de esta materia se desarrolla contrariando las líneas generales del propio sistema (114). Lo único que establece nuestro Código, en el artículo 957, reformado, y esto es un acierto de la reforma de 1928, es que “*se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1.023*”. Lo que en nada modifica la condición de heredero y su posición jurídica como tal, pues el utilizar el beneficio de inventario no supone que el heredero pierda la cualidad de tal (art. 1.010 C. c.), sino que tiene por objeto limitar la responsabilidad del heredero y evitar la confusión de patrimonios, cuando, por otra parte, el establecer que, en todo caso, así haya de verificarse la adquisición del Estado como heredero, haya justificación en la *función* que cumple la institución misma. Y ya entonces, como una consecuencia, se impone el que el Estado pueda libremente aceptar o repudiar la herencia, a pesar de que el Código nada diga al respecto y que, generalmente, haya sido silenciado por la doctrina, llevando incluso a algún autor a considerar que el Estado no puede renunciar la herencia que se le atribuye abintestato (115), pero esta posición es insostenible porque aparte de ser contraria sistemáticamente, es, además, contraria institucionalmente, ya que ningún

(114) Como algunos autores han reconocido: MENGONI, *Op. cit.*, pág. 231; BUTERA, *Op. cit.*, pág. 219.

(115) Así, ROCA SASTRE, *Notas a KIPP, Op. cit.*, V-1, pág. 56 igualmente, PUIG BRUFAC, *Fundamentos*, V-3, pág. 431, buscando un punto de apoyo inexplicable, en los arts. 4 y 7 del R. D. de 23 de junio de 1928, como se deduce del propio contexto de los preceptos citados, y haciendo gala de unos razonamientos que, aparte de estar superados en la doctrina extranjera, donde también han sido utilizados (especialmente en Italia), lo mismo sirven para defender el punto de vista contrario. Si el derecho del Estado es un derecho hereditario, no se puede ir más allá de lo que autoriza su configuración dogmática sin que exista ninguna norma que lo imponga. No cabe, tampoco, invocar el sentimentalismo de que, de éste modo, habría causantes abintestato que quedarían sin herederos, pues esto es una razón que no tiene ninguna fuerza, ni aún en perjuicio de tercero, ya que los acreedores del difunto se hallan protegidos por el art. 1.001 del C. c.

precepto del Código elimina en este caso, como observa certeramente LACRUZ, la aplicación del artículo 988 C. c. (116).

Por último, para que no haya dudas en cuanto a la normal situación del Estado como heredero, el artículo 958 C. c. establece que para que “*pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero*”, norma que, como vimos, tiene su equivalente en otros Derechos, lo que no quita para que, antes de la declaración de herederos, pueda tener alguna intervención, natural y lógica, para el ejercicio de sus derechos, como, por otra parte, establece el Real Decreto de 23 de junio de 1928, en el que se establece el procedimiento administrativo a seguir para la adquisición de los bienes y para la distribución de la herencia, normas que aquí, sustancialmente, no interesan (117).

c) *La naturaleza jurídica del derecho hereditario concedido al Estado y sus consecuencias.*

El que el Estado es sucesor abintestato a título de *heredero* no ofrece lugar a dudas ahora bien: aquí lo que se trata es de determinar la naturaleza específica del derecho hereditario del Estado, dada la *función* que cumple la institución misma, como se expresa en el destino que ha de darse a los bienes, según el artículo 956 C. c.

En la regulación primitiva del Código, como el Estado, a pesar de llamarle heredero el artículo 956, no era beneficiario de ninguna cuota a parte de los bienes, la doctrina encontraba que el derecho del Estado como heredero era propiamente el de un *heredero fiduciario*, y los establecimientos de beneficencia e instrucción, a los que también calificaba de herederos el artículo 957, aparecían como *herederos fideicomisarios*. Así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (118) y CLEMENTE DE DIEGO (119), aunque, para este último, la reforma de 1928 viene a afectar a los razonamientos que utiliza en este sentido, de todos modos su argumentación es muy interesante y no podemos resistir la tentación de transcribirla. Así, dice: “El Estado adquiere el concepto de heredero; en él recae el derecho de sucesión, pero se transmite el

(116) Notas a BINDER, *Op. cit.*, pág. 170, después de afirmar que siendo el Estado llamado como heredero, necesita aceptar la herencia, pero también puede repudiarla, añadiendo que: “El art. 957 como el 992 - debe entenderse en el sentido de prohibir la aceptación pura, más no la repudiación: para ello sería preciso una norma expresa”.

(117) El R. D. citado, sustituyó al R. D. de 5 de noviembre de 1918, desarrollado para la aplicación del art. 956 C. c. Posteriormente, el primero de los citados, viene indirectamente modificado por el Reglamento de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 27 de julio de 1943, algunas Circulares interpretativas de aquella Dirección General, y lo que pudiera resultar de la *Ley de Patrimonio del Estado*. Pero todo esto tiene un alcance administrativo y de régimen interior que hace que nos encontremos relevados de tomarlas en consideración.

(118) *Estudios*, VI-3, págs. 1675-1676.

(119) *Instituciones*, III, págs. 304-305.

título de heredero con sus derechos y obligaciones a estas entidades por una especie de subrogación impuesta por la ley; aquél es a modo de heredero fiduciario, sirve de intermediario para hacer llegar bienes a éstas, con lo cual se cumple el voto presumible del difunto, más ligado con estos organismos que con la entidad abstracta del Estado, se ordena mejor la distribución útil de los bienes y se facilita la transmisión, ya que el Estado tiene mayor certidumbre en su existencia y mejor organizada su representación y defensa. Por esto quizá el artículo 957 declara que los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia e instrucción serán los mismos que los de los otros herederos, poniéndose en aparente contradicción con el artículo anterior, que dice que el Estado heredará, y con el siguiente, que le somete a la exigencia de pedir la declaración de heredero. Ambos, pues, son herederos: el Estado, fiduciario; los establecimientos, fideicomisarios; y como, en definitiva, éstos son los herederos, sobre ellos recaen los derechos y pesan las obligaciones de tales. *Qui sentit commodum et incommodum sentire debet*, y con esta intención debió escribirse el artículo 957" (120).

Con la reforma de 1928 de los artículos 956 y 957, y al aparecer como beneficiario directamente el Estado en un tercio de la herencia, en lugar de las instituciones de beneficencia e instrucción de carácter general, se ha desarticulado toda esta construcción, pues esta participación del Estado aparece como un añadido que resta unidad lógica a la dualidad de planos conforme a la que inicialmente concebía el Código en el planteamiento de la cuestión. ROCA SASTRE, no obstante, mantiene la anterior calificación para las dos terceras partes que se atribuyen a las instituciones municipales y provinciales, llamadas por el artículo 956 C. c., reformado, criterio que es seguido por BONET RAMÓN y por PUIG BRUTAU; pero con una diferencia, pues mientras ROCA SASTRE considera que, respecto del tercio del que el Estado resulta beneficiario, éste es un heredero *sub modo* (121), BONET RAMÓN entiende que es un heredero más (122), y PUIG BRUTAU no se plantea directamente la cuestión, siguiendo la opinión del anterior (123).

A la vista de este planteamiento, no hay más remedio que tomar un partido. Pero el que hemos de tomar ha de ser rechazando ambas posturas; sin que, por ello, dejemos de reconocer que, con anterioridad a la reforma de 1928, la construcción de SÁNCHEZ ROMÁN y de CLEMENTE DE DIEGO nos parece muy aceptable. Ahora bien: después de 1928 ya es distinto, la construcción pierde unidad porque el planteamiento legislativo ha dejado de ser unitario, restando así toda utilidad a la calificación, si es que alguna vez pudo tenerla. Porque, desde otro punto de vista, hay que entender que la referencia a la cualidad de *fiduciario*, aplicable al Estado, y a la de *fideicomisarios*,

(120) *Ibid.*

(121) *Notas a KIPP, Op. cit.*, V-1, pág. 56.

(122) *Código civil comentado*, Madrid, 1962, pág. 721.

(123) *Fundamentos*, V-3, págs. 431-432.

aplicable a las instituciones de beneficencia, es más bien fruto de una analogía ideal que de una analogía verdadera, como no cabe dudar que pensarían los ilustres autores citados. Es natural que así sea, porque es absurdo pensar que las respectivas situaciones de *fiduciario* y de *fideicomisario* podían nacer de una situación *análogicamente* equivalente a la que se plantea en la *sustitución fideicomisaria* (artículos 781 y ss. C. c.), ya que no existe tal equivalencia más que de una manera teórica, vaga y puramente referencial (124); ya de entrada, habría que conceder una especialidad; la establecida por la mecánica de los artículos 956 y siguientes del Código civil, para luego encontrarnos con la dificultad de que la materia de las sustituciones fideicomisarias se desarrolla únicamente en la sucesión testada y no en la intestada.

En definitiva, la especialidad que en este sentido presenta la sucesión del Estado se halla en su *función*, y es ella la que configura una naturaleza jurídica especial—dentro de estos límites—al derecho hereditario que se atribuye al Estado. Tiene aquí lugar, en este punto, una confluencia de ordenamientos—civil y administrativo—, aunque no una colisión. Para el ordenamiento civil, el Estado, tanto antes como después de 1928, y lo mismo las instituciones de beneficencia, instrucción, etc. (para ciertos efectos), son igual que otros herederos cualquiera: tendrán que cumplir los legados y pagar las deudas, no estableciéndose distinción alguna para mejor garantía de los derechos de aquéllos, o de los terceros (125). Para el ordenamiento administrativo, se establecen por el R. D. de 23 de junio de 1928 una serie de normas internas, como si dijéramos, que no trascienden al plano civil; y algo de esto es lo que el Código traduce al establecer la *función* de la sucesión del Estado; pero, en definitiva, el curso que siguen los bienes, en cuanto a su distribución y liquidación—respetando el límite del llamamiento (126), que es cuestión

(124) No parece probable que en la orientación que comentamos haya podido influir el Derecho romano, donde encontramos textos como el D. 30, 114, 2, en el que se lee: “*El que muere sin testamento, y sabe que sus bienes vacantes pertenecen al Fisco, puede gravar al Fisco con fideicomiso*”.

(125) Cuando las instituciones se mantienen dentro de sus límites, dentro de un sistema jurídico, tan largamente madurado por una experiencia secular, es natural que se configuren situaciones de seguridad para esos posibles terceros. Así sucede, en este caso, al aplicarse rectamente el alcance de la naturaleza jurídica del derecho del Estado, como nos pone de relieve la propia jurisprudencia: actuando en defensa del tercer poseedor de los bienes del abintestato, al declarar las S.S. de 10 de enero de 1894 y 10 de junio de 1897, que para que el Estado pueda ocupar unos bienes a título de heredero, precisa que previamente justifique su derecho frente al que los posee, de modo que, en este caso, no pueden aplicarse las prerrogativas que concede a la Administración la *Ley de Patrimonio del Estado*, arts. 8 y ss. O amparando los derechos de los herederos del cónyuge, cuando el causante, al que el Estado hereda, haya sido casado, al establecer la *Resolución de la DGR. de 20 de julio de 1916*, que no se pueden adjudicar los bienes a favor del Estado, si el difunto era casado y no se practicó la partición.

(126) Que se refiere no a la herencia que recae en el Estado, sino a la dis-

civil—, hace referencia: a la estructura interna de la organización del Estado, al propio estatuto jurídico de las instituciones llamadas, y a la tutela de aquél sobre éstas (127), mientras que el Código no se ocupa más que de asegurar el cumplimiento de los propios perfiles de la *función*: en favor de los llamados como herederos y como beneficiarios de la herencia (128), al establecer que la adquisición se presumirá siempre hecha a beneficio de inventario, y también en favor de acreedores (129) y legatarios (130), haciendo responsables

tribución de los bienes, la cual, en cuanto proporción (*cuota*) es también cuestión civil, tanto en cuanto a la ordenación tipo, como en lo que concierne a las excepciones que establece el propio art. 956.

(127) Incluso en el planteamiento originario del Código, la apariencia de *sustitución* viene impuesta, más que, porque se trate de verdadera sustitución porque en ese doble llamamiento se tienen en cuenta los deberes y derechos del Estado en la representación y tutela de tales instituciones. Esto fue visto, certeramente, por MANRESA, según el cuál, la palabra sustitución, empleada por la Base 18.^a, podía ser "entendida en dos diversos sentidos: Según uno de ellos, el Estado desaparecería en nuestro Derecho como heredero o sucesor, y en su lugar serían llamados los expresados establecimientos públicos o privados, defendidos por sus legítimos representantes. Según el otro sentido el derecho a suceder recaería en el Estado; pero en su nombre y representación recibirían aquellos establecimientos los bienes. Entendióse esto último, y con arreglo a tal idea, se redactó el art. 956, en virtud del cual, heredará el Estado; pero destinándose los bienes a los establecimientos de Beneficencia e instrucción" (*Comentarios*, VII, pág. 137).

(128) Por eso, según CLEMENTE DE DIEGO, heredero sólo lo es propiamente, el Estado (*Instituciones*, III, pág. 306), y lo mismo SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-3, pág. 1674.

(129) Esta obligación parece evidente y no puede ponerse en duda, únicamente, tiene la limitación del beneficio de inventario. Ahora bien, como ha declarado la *S. de 12 de enero de 1900*, procede reclamarlas previamente a la Hacienda por la vía gubernativa, lo que viene a confirmar lo que decimos en el texto; pero, por otra parte, éste no elimina la posibilidad de ejercitar la facultad que a los acreedores les confiere el art. 1.001, en el caso de que el Estado no quiera aceptar, o no acepte dentro del plazo.

(130) Es posible la subsistencia de legados aunque herede el Estado, generalmente, por que la herencia haya sido renunciada por el heredero, declarada nula la institución de heredero, o aun por otras causas, pues bien, no cabe duda que en estos casos el Estado como heredero se halla obligado a cumplir el legado; esto dado el procedimiento establecido por el R. D. de 23 de junio de 1928, corresponde hacerlo por medio de sus órganos competentes (Delegado de Hacienda, Abogacía del Estado, Alcalde, etc.), pues parece propio que se lleve a cabo en la fase de liquidación de la herencia. Ahora bien, si surgiera una cuestión de esta naturaleza después ¿qué alcance tendría en relación con esas instituciones lo dispuesto en el artículo 957 al considerarlos, también, herederos? No creemos que el legatario perjudicado, haya de dirigirse contra ellas, se dirigirá contra el Estado, criterio que se deduce de la *S. de 12 de enero de 1900*, antes citada en materia de pago de deudas, lo que sucede es, que la distribución que haya hecho el Estado del caudal no le perjudica, porque a estos efectos, estas instituciones son también herederos, como establece el Código. Este y, no otro, es el alcance de tal calificación, o mejor dicho, para ser más exactos, por estos caminos hay que buscarle. Así, por ejemplo, si se trata de un legado de cosa cierta y determinada (art. 882 C. c.), en poder de una de esas instituciones o establecimientos el legatario no habrá de dirigirse contra ellas sino contra el Estado, sin perjuicio de que pueda intentar las actuaciones preparatorias o con-

—hasta el límite indicado—tanto al Estado como a los entidades beneficiadas por el llamamiento, que a estos efectos vienen también consideradas como herederos. Esta es la verdadera especialidad de la sucesión del Estado, que hace de ella una categoría independiente, *sui generis*, respecto de los otros grados u órdenes de suceder abintestato, basados en los vínculos familiares, especialidad que hay que encontrar, civilmente, en su *función*. Pero, por lo demás, como decíamos, la posición jurídica del Estado es equivalente a la de cualquier heredero, correspondiéndole idénticas facultades y derechos, y hallándose sometida a las mismas limitaciones y obligaciones (131).

Ahora bien, la naturaleza *sui generis* del derecho del Estado, como sucesor abintestato y la especial disposición de la misma, en virtud de su *función*, como revela el destino que ha de darse a los bienes, hace que no se pueda aplicar a ella, como entendía generalmente la doctrina antigua, anterior a 1928 (132), y en relación con la participación en la liquidación de la misma de las distintas instituciones llamadas a beneficiarse de ella, el *derecho de acrecer*. Por ello, la doctrina reciente, salvo raras excepciones (133), silencia este planteamiento, lo que es natural, pues no puede haber *derecho de acrecer* desde el momento que no existe más que un único llamamiento a

servativas que crea conveniente dirigiéndose contra aquéllas (arts. 460 y ss., 497 y ss. LEC). En otra suerte de legados el problema será menor, evidentemente.

Es curioso, por otra parte, que la compatibilidad entre sucesión del Estado y legados se haya mantenido incluso cuando el derecho del Estado sobre el abintestato se hallaba configurado como una consecuencia de la idea del *dominio eminente*. Así, VALLET DE GOYTISOLO, al ocuparse de la percepción de los legados por los legatarios, plantea, en los términos que acabamos de indicar la compatibilidad aludida, invocando un testimonio histórico que hace referencia a la situación que indicamos, en la opinión que recoge de ACEVEDO, según el cual, a pesar de que los bienes corresponden al Fisco "*tamquam vacantia, non tamquam hereditaria*", resuelve que "*tamen Fiscus fungitur vice heredis, et tenetur ad omnia onera hereditaria*" (*Apuntes de Derecho Sucesorio*, ed. sep. de ADC., Madrid, 1955, págs. 126-127, texto y nota 28).

(131) Así, en el primero de los sentidos indicados, la *S. de 17 de noviembre de 1898*, establece que corresponde al Estado la acción para pedir la nulidad de un testamento; pero hay, también aquí, un problema de organización interna del Estado, y por eso, la propia sentencia citada reconoce que ha de actuar representado por los Abogados del Estado. Es decir, aquí, lo mismo que cuando antes nos hemos ocupado de las limitaciones y obligaciones del Estado como heredero, vemos que, claramente, se advierte la confluencia de ordenamientos en la materia a que antes nos referíamos y, también, que el verdadero heredero es el Estado.

(132) Vid. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, III, pág. 306.

(133) Así, BONET RAMÓN, *Código civil*, pág. 722, basado en el texto del artículo 26-6.ª del R. D. de 23 de junio de 1928, el cual utiliza esta expresión al desarrollar las reglas para la distribución de la herencia por la Junta distribuidora de herencias del Estado; pero, es claro, que la expresión utilizada está tomada en sentido vulgar, pues al decir que si "llegaran a cubrirse las necesidades municipales previstas en el art. 956 C. c. el remanente *acrecerá* por mitad, al grupo de las provinciales y a la Caja de Amortización...", esto no quiere decir que se trate de un verdadero *derecho de acrecer*.

favor del Estado, no pudiendo existir, por tanto, *cuotas hereditarias*, y aquel derecho se coniere entre herederos o legatarios en el caso de *porción vacante* de la herencia (arts. 981 y ss. C. c.) (134). Esto mismo nos aclara que la determinación concreta de quiénes son los beneficiarios, en el estricto orden *particional* (adjudicación de lotes o partes), según la proporción establecida por el Código en el artículo 956 (antecedente dispositivo o llamamiento de la mera partición y adjudicación), no es una cuestión civil, sino administrativa: único aspecto de verdadera especialidad de la sucesión del Estado, por razón del sujeto del derecho, y por razón del fin práctico (*función*) de la atribución (pero que en nada modifica el concepto privatístico de la sucesión), ya que lo único que éste hace, implícitamente, antes y después de la reforma de 1928, es remitirse a la legislación especial de beneficencia e instrucción, etc., que es la que ha de ser aplicable (135). Sobre todo, además, si tenemos en cuenta que esta distribución tampoco supone partición de la herencia *en sentido técnico*, porque el que hereda es el Estado (136), con la *carga* de llevar a cabo tal distribución (137), ahora bien, este *onus* que el Estado asume y que sistemáticamente se expresa con la *función* misma de la institución, por la que se configura como una categoría autónoma, *sui generis* (pero sólo den-

(134) Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-3, pág. 1674, criticando a MANRESA y MUCIUS SCAEVOLE.

(135) Antes de la reforma de 1928, los comentaristas, no sólo por fines prácticos, sino, en ocasiones, creyendo se trataba de que estas instituciones eran verdaderamente herederos, en el plano interno, dedican extraordinaria atención a esta materia, indicando como el Código sigue, en la primitiva redacción del artículo 956 la clasificación de los tres tipos de instituciones de beneficencia admitidas por la legislación especial de la materia. Después de la reforma de 1928, aun con mayor complejidad la situación viene a ser la misma, y la cuestión práctica aparece resuelta por el R. D. de 23 de junio de 1928 y disposiciones complementarias.

(136) De acuerdo, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-3, pág. 1674; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, III, pág. 306.

(137) Así se expresa claramente en la *S. de 12 de noviembre de 1961*, según la cual, "si bien es verdad que el art. 956 dispone que en los casos a que alude será heredero *abintestato* el Estado, el que asignará una tercera parte de la herencia a las Instituciones municipales que especifica, sean de carácter público o privado, y otra a las de la provincia del finado, prefiriendo aquellas a que el causante haya pertenecido y haya consagrado su máxima actividad, como inspiándose en un propósito de atender a la presunta voluntad del difunto, y no precisamente al Municipio y a la Provincia, como tales, reservándose otro tercio, no es menos cierto que como las disposiciones del Auto de declaración de heredero *abintestato* al Estado, con la obligación de dividirla en tres partes iguales, de las que se reservará una, entregando las dos restantes una al Ayuntamiento y otra a la Diputación, han de ponerse en relación con la que establece que los referidos bienes serán entregados por el Juzgado a la Delegación de Hacienda a los fines determinados en el R. D. de 23 de junio de 1928, ha de entenderse que aquel destino de los dos tercios de los bienes a que el Código alude debe referirse a las Instituciones pertenecientes a la Provincia y el Municipio que resulten en definitiva destinatarias de los bienes mediante la actuación de la Junta distribidora, creada por el mencionado R. D. y presidida por el Delegado de Hacienda, al que ha de hacerse entrega de ellos".

tro de este sentido y en este ámbito), no alterando para nada la naturaleza del derecho del Estado, y desarrollándose en otro terreno diferente como una *carga* que, si bien es tomada en cuenta por el legislador, de un lado, para configurar el derecho funcionalmente, de otro se manifiesta en un terreno que no influye en nada para configurarle, desarrollándose conforme a un planteamiento de Derecho administrativo, como consecuencia de las necesidades prácticas de la institución.

d) *Presupuestos previos para que tenga lugar el llamamiento en favor del Estado.*

Esta cuestión no presenta problema alguno, ya que viene dispuesto, con perfecta claridad, por el artículo 956 C. c., al establecer que: “*A falta de personas que tengan derecho a heredar conforma a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado...*” Por otra parte, el artículo 913 establece que: “*A falta de herederos testamentarios, la Ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, a los parientes legítimos y naturales, al viudo o viuda, y al Estado*” (138). Ahora bien: de esta manera se determinan todos los supuestos posibles en los que el Estado pueda heredar, con claridad, aunque el Código expresamente no indique lo que, por otra parte, se deduce de la misma naturaleza de las cosas. Así es obvio que el Estado heredará cuando, a pesar de existir herederos legítimos o testamentarios del causante, éstos hayan renunciado a la herencia o no la hayan aceptado (arts. 988 y ss. y 1.004 y ss. C. c.). Por otra parte, a diferencia del sistema feudal, que descansa sobre la idea del *dominio eminente* del Estado, ha de entenderse que el derecho que le corresponde a los abintestatos se entiende referido con sus propios súbditos (139), pero esto plantea conflictos de Derecho internacional privado, a los que aludiremos brevemente en seguida.

(138) En esto, como sabemos influyó la reforma de 1928, reduciendo el límite de la sucesión abintestato de los parientes colaterales al cuarto grado. ROCA SASTRE, resume los precedentes de esta cuestión diciendo: “La limitación del derecho sucesorio intestado de los parientes colaterales en beneficio del Estado, mediante llamar sólo a los parientes hasta el cuarto grado, no constituyó una novedad al reformarse este extremo en 1928, pues este límite ya fue adoptado por la Instrucción de Carlos III de 26 de agosto de 1786 (Ley 6, tít. 22, lib. X de la Nov. Recop.) y más antes por la Real Cédula de Carlos I de 20 de noviembre de 1522 (Ley 1, tít. 11, lib. II de la Nov. Recop.), lo cual significó una notable reducción atendido que la Ley de Partidas (Ley 6, tít. 13 de la Partida VI), siguiendo la opinión de Azón, fijó el límite del décimo grado, y que antes el Poder Juzgo estableció en el séptimo. El real Decreto de 31 de diciembre de 1829 en Instrucción de 7 de marzo de 1831 confirmó dicho límite del cuarto grado. La Ley denominada de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 restableció aquel límite del décimo grado seguido por la Ley de Partidas, límite que el Código civil redujo al sexto grado, hasta que el referido Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928 reprodujo el antiguo tope del cuarto grado”. (Notas a KIPP, *Op. cit.*, V-1, pág. 57.)

(139) Las Partidas, ya veíamos establecían una excepción a favor de los peregrinos o *romeros* (3.^a, 1, 6.^a).

Por último, es de considerar lo que pone de relieve cierto sector de la doctrina italiana, criticando la redacción del artículo 565 del Código civil de 1942, según la cual, y a diferencia de la fórmula usada por el artículo 721 del precedente, parece que se extiende al Estado el concepto de orden sucesorio. Porque, según esta doctrina, "la sucesión del Estado no es el último grado de los órdenes legítimos, sino que ocupa en el sistema una posición independiente" (140). En nuestro Derecho la norma equivalente al artículo 565 del Código civil italiano de 1942 viene constituida por la contenida en el artículo 913, la cual, si bien no es de términos análogos, presenta con ella cierta semejanza al respecto, si se tienen en cuenta las diferencias de todo tipo entre la sucesión del Estado y los restantes llamamientos abintestato, como expresa la diversa *función* de una y otras. Por ello, parece perfectamente adaptable a nuestro Derecho la opinión de MENGONI, cuando dice que: "El concepto de orden sucesorio presupone una pluralidad de sucesiones, teniendo cada uno de ellos, por su título, un llamamiento inmediato a la herencia, estableciéndose una gradación de los diversos títulos a modo de cualificación conforme al grado asignado a cada uno. Pero el Estado no es un sucesor graduado en el último puesto, ya que sucede *post mortem*, no en defecto de los otros títulos sucesorios prevalentes del suyo, sino, al contrario, porque la falta de otros sucesores es un hecho constitutivo del título a suceder del Estado" (141).

e) *Normas de Derecho internacional privado.*

La sucesión del Estado presenta necesariamente problemas conflictuales de Derecho internacional privado, dadas las distintas concepciones conforme a las cuales se la organiza dogmáticamente; así, dentro de Europa, Francia, Austria, Inglaterra, configuran el derecho del Estado como una consecuencia de la *soberanía*, extendiéndose por todo el territorio y comprendiendo, naturalmente, por lo menos, los bienes inmuebles que en él se encuentran, aunque pertenezcan a

(140) Vid. MENGONI, *Op. cit.*, pág. 231.

(141) *Op. cit.*, pág. 231. Porque la sucesión del Estado, añade: "no se distingue de las otras hipótesis de sucesión legítima, simplemente, por razón de grado, sino que constituye una especie autónoma, contrapuesta a la sucesión familiar y teniendo, respecto a ésta, una función subsidiaria" (*Ibid.*, págs. 231-232). En cambio, otras consecuencias que establece MENGONI, discutibles y espinosas para el Derecho italiano, creo no son aplicables a nuestro Derecho. Por otra parte, la diferencia apuntada por MENGONI, entre sucesión del Estado y los otros órdenes de suceder abintestato, queda aun más patente en nuestro Derecho, como se indica en el texto. No sólo por la función, sino por el diferente fundamento, los demás órdenes de suceder están basados, si bien en una presunta voluntad del causante, directamente, en los lazos familiares, en el parentesco; mientras que la sucesión del Estado sigue, directamente, el curso de la voluntad presunta del causante (trabajos preparatorios del Código civil, SÁNCHEZ ROMÁN, y S. de 12 de noviembre de 1951, etc.

extranjeros. Pero esto no es lo más grave, sino la disparidad de normas conflictuales de los distintos países (142).

Ahora bien: conforme a las normas conflictuales del sistema español de Derecho internacional privado, la solución parece fácil, aunque pueda considerarse perjudicial para el Estado español en muchos casos. Fácil porque, de acuerdo con el artículo 10 del Código civil, las sucesiones, tanto legítimas como testamentarias, siguen la ley nacional del causante; perjudicial porque, de acuerdo con la aplicación de la doctrina del *dominio eminente* del Estado en los países donde se aplique, regirá la ley territorial, y entonces los bienes no pueden ser adquiridos por el Estado español; además, por otra parte, de acuerdo con otros sistemas de normas conflictuales, puede establecerse que la herencia se defiera por la ley del domicilio y ésta no sea favorable a la sucesión del Estado español en aquel caso (143) tampoco; pero, en fin, el casuismo de esta materia nos dispensa de un análisis minucioso y ordenado que, por otra parte, sólo tiene sentido, en la práctica, frente al caso concreto.

(142) RAAPE ha llegado a decir que esta materia es una de las cruces del Derecho internacional privado, *Internationales Privatrecht*, Berlín u. Frankfurt, 1955, pág. 410 (cit. MENGONI, *Op. cit.*, pág. 232, nota 45), véase: BATIFFOL, *Traité élémentaire de Droit internationale privé*, París, 1959, págs. 723 y ss.; WOLFF, *Derecho internacional privado*, trad. esp., Barcelona, 1958, págs. 141 y ss. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, págs. 495 y ss.

(143) Así, LACRUZ, *Notas a BINDER, Op. cit.*, págs. 169-170.

La tutela de los hijos adoptivos

BERNARDO MORENO QUESADA

Catedrático de la Escuela de Comercio
Profesor Adjunto de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. *Influencia de la adopción sobre la patria potestad.* 1. Tutela y patria potestad. 2. La adopción como medio de adquirir la patria potestad. 3. Atribución de la patria potestad vacante al extinguirse la adopción. A) Situación anterior a la reforma de 24-IV-58. B) Régimen actual: a) En la adopción menos plena. b) Respecto a la adopción plena.—II. *Presupuestos de la tutela de los hijos adoptivos.* 1. Extinción de la patria potestad sobre el adoptado. A) Los diferentes casos de ineficacia de la adopción y la extinción de la potestad sobre el adoptado. B) Supuestos de extinción que requieren constituir la tutela. 2. Inexistencia de otro titular de la patria potestad. 3. Menor edad o incapacidad del adoptado.—III. *La tutela testamentaria de los hijos adoptivos.* 1. Nombramiento hecho por los padres adoptantes. A) La cuestión y sus soluciones antes de la reforma del Código. B) Influencia en la materia de la nueva regulación. C) Solución que se propugna: el fundamento de la facultad de nombrar tutor y la justificación de reconocerla al adoptante. 2. Nombramiento que hagan los padres por naturaleza.—IV. *La tutela legítima de los hijos adoptivos.* 1. El problema de la preferencia. 2. Los llamamientos en la adopción plena. 3. Personas llamadas en la adopción menos plena.—V. *La tutela dativa de los hijos adoptivos.*

I. INFLUENCIA DE LA ADOPCIÓN SOBRE LA PATRIA POTESTAD

1. Comoquiera que en nuestro Derecho la tutela es una institución de carácter subsidiario o supletorio de la patria potestad, establecida para los que no están sujetos a ella —cosa que pone de relieve el artículo 199 del Código civil, afirmando que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse a sí mismos”—, resulta indudable que el dilucidar todo cuanto se refiere a la patria potestad sobre los hijos adoptivos será premisa insoslayable en un tema, como el presente, que ha de ocuparse de la tutela de los mismos.

Porque, en efecto, con la tutela el legislador provee, como pone de relieve Royo Martínez (1), a la necesidad de organizar un sistema que

(1) *Derecho de familia*. Sevilla, 1949, pág. 323.

asegure—en la medida de lo debido—la guarda de la persona, la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los menores e incapacitados necesitados de guarda y representación legal, pero no sometidos a la patria potestad, ya porque carezcan de progenitores conocidos, ya porque ambos hayan muerto o porque, aun existiendo, no puedan desempeñarla o haya dejado de tener efecto debido a la emancipación. Sánchez Román, por su parte, dice (2) que “intégrase el concepto legal de la tutela, según el Código, con las otras dos condiciones negativas que aquel texto señala a los tutelados, a saber: 1.º Que no estén bajo la patria potestad, por incompatibilidad entre ambas situaciones civiles, toda vez que la patria potestad es institución familiar y la tutela cuasi-familiar, y, por consiguiente, supletoria de aquélla e innecesaria cuando la primera existe...”

Y siendo esto así, para que pueda entrar en juego la institución tutelar respecto a un hijo adoptivo, es necesario que éste no sea objeto de patria potestad que, en principio, pueden ejercitar respecto de él, ya los padres adoptivos, ya los que lo sean por naturaleza. De aquí el que convenga examinar determinados aspectos referentes a la influencia de la adopción sobre la patria potestad de los afectados por ella.

2. Como hace notar Castán Vázquez en su estudio sobre la patria potestad (3), el acto de la adopción produce el nacimiento de un vínculo legal de paternidad y filiación entre adoptante y adoptado, existiendo, por consiguiente, una “filiación adoptiva” que, como las otras, deberá producir determinados efectos, uno de los cuales es precisamente la atribución al adoptante de la patria potestad sobre el adoptado. La conveniencia de que se produzca este efecto, perdiendo por consecuencia la patria potestad sobre el adoptado sus padres por naturaleza, ha sido discutida en base al argumento de que la transmisión de la patria potestad al adoptante es algo contrario a la naturaleza cuando el hijo tiene padre y madre (4), y con apoyo en el ejemplo de algunas legislaciones históricas (5).

Ahora bien: si en un examen superficial de la institución puede resultar violento la adquisición de la patria potestad por el adoptante, máxime configurándose tal poder como el medio más apto para cumplir deberes graves que son cúspide donde convergen ciertos derechos, aparte de la intervención, o posibilidad de ella, que tienen sus padres

(2) *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. II, Madrid, 1812, pág. 1315.

(3) *La patria potestad*, Madrid, 1961, pág. 140.

(4) Vid. como recoge este argumento BLETRÁN FUSTERO en *Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la patria potestad cuando un hijo suyo es adoptado por la esposa?* En la *Rev. Der. Priv.*, 1952, pág. 395.

(5) Cfr. sobre esto, de todas formas, el trabajo de OTERO VARELA *La adopción en la Historia del Derecho español*, en “Dos estudios histórico-jurídicos”, Cuaderno del Instituto Giuridico Spagnolo a Roma, Roma-Madrid, 1955.

por naturaleza, o la de pedir judicialmente, en las condiciones del artículo 175, que se declare extinguida la adopción —pudiérase añadir—, y de quedar más robustecida, entre otras cosas por ser el medio de que el adoptante pueda cumplir los deberes que a los padres impone el artículo 155 del Código, si no se concediera, ¿a qué queda reducida la adopción sino a un simulacro? (6).

Con más razón ha de mantenerse la posición favorable a la atribución de la patria potestad al adoptante en los supuestos —precisamente los más numerosos y en los que se fija fundamentalmente el legislador— de que la adopción se haga de menores abandonados o expósitos, y ello porque, se ha dicho (7), “nadie en estos casos podría disputar la patria potestad al adoptante, que la necesita para poder cumplir los deberes de protección inherentes al estado que ha perseguido establecer”. Y la conveniencia de favorecer la adopción de aquellos niños sin familia —hoy generalmente estimulada por los legisladores que buscan fórmulas, como la legitimación adoptiva y otras figuras afines, que amplíen los efectos de las adopciones y aumenten su número— aconseja que se admita el ejercicio de la patria potestad por el padre adoptante.

Por todo ello, y de acuerdo con lo que sobre el particular disponen la mayor parte de las legislaciones —en las que constituye uno de los fines esenciales de la adopción en caso de menor edad del adoptado (8)—, en la reforma del Código civil, por obra de la Ley de 24 de abril de 1958, se incluye un primer párrafo en el nuevo artículo 174, según el cual “la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad”, reiterando de una forma expresa lo que ya resultaba del párrafo 2.º del artículo 154, así como del 167, núm. 3, que no eran en aquella ocasión objeto de reforma (9).

3. Establecido que la patria potestad sobre el menor adoptado corresponde al adoptante, a los fines de considerar las circunstancias de la tutela de los mismos, y como quiera que, según decía antes, ésta constituye un instituto supletorio de la patria potestad, deberán estudiarse los supuestos de su extinción que son los que pueden dar entrada a la necesidad del organismo tutelar.

Dejando aparte los supuestos que son de sustitución de la patria potestad —y que en esta materia se produce cuando la adopción, sea plena o menos plena, la han realizado los cónyuges conjuntamente, al

(6) Cita BELIRÁN FUSTERO, en su relacionado trabajo, págs. 396 y ss.

(7) CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit., pág. 144.

(8) ANCEL (y colaboradores), *L'adoption dans les législations modernes* (Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives a l'adoption). París, 1943, pág. 57.

(9) MAJADA, *La reforma del Código civil*, Barcelona, 1958, pág. 64, dice que “los reformadores, aun con la justificación que manifiestan en la Exposición de motivos, olvidan que ya se dice lo mismo por el artículo 154, párrafo 2.º”. Pero puede comprobarse en lo que allí se dice que no hay tal pretendido olvido, sino razones muy atendibles para establecerlo.

amparo de la autorización del artículo 73, núm. 4—, en los cuales pasará a la mujer en defecto del marido, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 154 del Código civil, y pudiendo hablarse, en los mismos términos y hasta el mismo punto que en la filiación legítima, de coparticipación en la patria potestad (10), conviene ver lo que sucede en orden a la guarda del menor cuando se extinga la patria potestad del adoptante.

Primordial cuestión en este orden de cosas es la de establecer si en defecto del adoptante, extinguida la patria potestad que con base en la adopción se venía ejerciendo por el mismo, pasará ésta a los padres por naturaleza del adoptado o si, no teniéndose a éstos en cuenta, deberá constituirse la tutela correspondiente.

A) Con anterioridad a la reforma de 1958, se presentaban dudas sobre la materia atendiendo a que, según lo dispuesto en el artículo 167, núm. 3, del Código civil, la patria potestad se acaba por la adopción del hijo, interpretando este acabamiento como definitivo para sus padres por naturaleza (11); no obstante ello, frente a tales dudas, declaró la Dirección General de los Registros, en Resolución de 6 de febrero de 1900, que la disposición del artículo 167 del Código civil, en virtud de la cual acaba la patria potestad por la adopción, es una consecuencia natural y necesaria del precepto consignado en el artículo 154 del mismo Código, según el cual los hijos adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre o madre que los adopte, ya que sin aquella disposición se hubiera sancionado la imposibilidad natural y jurídica de coexistir sobre un mismo sujeto individual dos derechos absolutos, de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos a favor de dos personas distintas. Y por otra parte, y habiendo desaparecido por la muerte del adoptante la causa de semejante contradicción, parece que, según el pensamiento del legislador, debe reconocerse el derecho de potestad del padre o madre sobre sus hijos naturales y legítimos, conforme a la conocida regla de hermenéutica legal, tomada de la lógica, “*sublata causa tollitur effectus*”, de la cual el legislador ha hecho aplicación expresamente al prever en los artículos 72, 73, 168 y 172 del Código civil la recuperación de aquel derecho por haber desaparecido las circunstancias que en cada caso motivaron la pérdida del mismo. Confirman, además, esta interpretación las disposiciones del Código que organizan la tutela

(10) CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad* cit., pág. 153. En el mismo sentido se resolvía la cuestión antes de la reforma del Código para el supuesto de adopción conjunta; así PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TORRENAS en sus *Notas al Derecho de Familia*, de WOLFF, vol. 2.º, tomo IV del Tratado de Temmeccerus, Barcelona, 1946, pág. 175.

(11) Cfr. *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, con arreglo a las explicaciones del Dr. D. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, VII, Madrid, 1927, págs. 341 y s., donde dice que “en cuanto a los hijos adoptivos, la muerte del adoptante extingue la patria potestad; pero si los adoptantes fueron los dos cónyuges conjuntamente, muerto uno de ellos, la patria potestad se deriva en el otro”.

de los menores de edad, incluso el Consejo de familia, en todas las cuales se parte del hecho de que éstos carecen de padre y, en su defecto, de madre, naturales y legítimos, y que no han sido emancipados legalmente y ya que el Código no reconoce entre los modos de emancipación la muerte del padre adoptivo; por ello, debe reputarse que el padre legítimo del menor ha recobrado la patria potestad sobre éste a consecuencia del fallecimiento del padre adoptivo."

De acuerdo con el contenido de la doctrina de la Resolución que acaba de exponerse, resuelven el problema la generalidad de los autores (12). La base doctrinal de esta posición parece encontrarse en la compensación ofrecida a los padres naturales que se ven privados de la patria potestad mediante el reconocimiento en ellos de lo que se ha llamado una "potestad virtual", por virtud de la cual los padres del adoptado están respecto del adoptante en una situación similar a la que tiene la madre respecto del padre: pueden provocar la pérdida de la patria potestad del adoptante o impugnar sus abusos, exigir que cumpla sus obligaciones, etc. (13).

B) Veamos ahora cuál es el régimen vigente en la materia.

a) Como consecuencia de la posición expuesta, en la regulación específica que hace el Código después de su reforma de la adopción menos plena, se ha recogido expresamente este principio, y el artículo 180, en su párrafo 2.º, declara que "en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza"; es de observar que la amplitud de la expresión "en defecto del adoptante" lleva consigo el que la consecuencia del renacimiento de la patria potestad en sus padres por naturaleza se produzca cualquiera que sea la causa por la que deje de ejercitarla el adoptante, por el cual habrá que entender a uno y otro de los cónyuges cuando al amparo del artículo 173, número 4.º, adoptaran conjuntamente, pues ya hemos visto que la ejercerán sucediéndose en ella de acuerdo con el orden prevenido en el artículo 154, o bien el cónyuge que adoptara individualmente, ya que el consentimiento del otro, que exige el artículo 173, núm. 4, no le atribuirá coparticipación alguna en este derecho, permaneciendo en su calidad de cónyuge del adoptante, y extrañamente, por tanto, a la relación creada al adoptar, o ya finalmente cualquier otra persona a la que se haya permitido adoptar según el artículo 173.

b) Esto por lo que se refiere a la adopción menos plena; ¿qué

(12) Así SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 1318; PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, en Rev. Der. Priv., 1948, pág. 1045; BELTRÁN FUSTERO, op. cit., pág. 398; PÍÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*, en los A. A. M. N., VIII, Madrid 1954, pág. 177; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Madrid, 1956, pág. 275.

(13) Son la designación y argumentos de PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. esp. I. Habana, s. a. (1927), pág. 330, que BELTRÁN FUSTERO califica de acertados, aunque quizá, dado lo que añade, más por el hecho de renacer la patria potestad que por los derechos que conserva mientras la ejerce el adoptante. La rechaza GAMBÓN, op. cit., en la nota siguiente, pág. 210.

sucedirá cuando la forma de adopción sea la plena? ¿Renacerá, en defecto del adoptante, la patria potestad sobre el adoptado en sus padres por naturaleza?

En el articulado del Código no se resuelve, de manera expresa y directa, la cuestión, por lo que serán convenientes unas consideraciones sobre el particular, que dejen suficientemente fundada la solución que haya de adoptarse.

Y el problema se plantea porque si bien únicamente pueden ser adoptados en forma plena los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (art. 178, párrafo 2.º), esto no presupone que se desconozcan sus padres naturales, y, por consiguiente, que no quepa el llamarlos al ejercicio de la patria potestad.

En efecto, la adopción plena no se ha reservado para los huérfanos, y antes bien, tal cualidad por sí sola no es título bastante para ello, lo que quiere decir que la posible existencia de los progenitores en el momento de la adopción no constituye un obstáculo para la misma; se reserva esta forma para los que llama el Código abandonados o expósitos, con lo que se introduce, como dice la Exposición de motivos de la Ley de reforma, una terminología para la que se prevé en los primeros momentos los inconvenientes de la novedad, pero que se ha preferido a otros términos, como "acogimiento", "afiliación", "prohijamiento", que tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador.

Entre nosotros, Gambón Alix (14) pone de relieve, con acierto, que deben reputarse abandonados aquéllos respecto de los cuales las personas a quienes incumbía el deber de su cuidado han dejado de prestárselo, sin que ello obste la convivencia de ambos en estas circunstancias (cfr. art. 487 del Código penal); lo que sí importa es que el abandono tenga cierta permanencia, la suficiente para que pueda reputarse definitivo. Los expósitos son aquellos menores que, si bien en un sentido amplio han sido abandonados, puesto que sus padres han dejado de atenderlos, sin embargo, en un sentido más restringido no lo son desde el momento en que fueron puestos bajo el cuidado de organismos oficiales o privados especialmente dedicados a este objeto; pero, de todas formas, cabe observar que si bien esto tendrá importancia a los efectos de estimar una posible manifestación expresa o tácita sobre la dejación de las funciones propias de la patria potestad, en cuanto al problema que aquí nos ocupa, lo interesante es que no se restringe esta forma de adopción a sólo los hijos de padres desconocidos; siendo, por otra parte, indiferente el conocimiento o no de sus progenitores en el momento de la adopción, porque cualquiera que sea esta circunstancia es con posterioridad, en el momento de faltar el

(14) *La adopción*, Barcelona, 1960, págs. 126 y s.

adoptante, cuando tendría ésta importancia y habría que atender al conocimiento o no de la existencia de los progenitores.

Y teniendo en cuenta esto, es de notar que el legislador español ha contado con el posible conocimiento de datos sobre la filiación del adoptado, precisamente de los abandonados o expósitos: así, cuando el párrafo 3.º del artículo 178 se refiere a que los apellidos del adoptante o adoptantes los ostentará como únicos el adoptado “aunque conste su filiación”; y cuando el 178 se refiere a que el Registro civil no publicará a partir de la adopción “dato alguno que revele su origen”, y cuando el 179, 2.º y 3.º párrafos, regula las relaciones entre el adoptado y sus “ascendientes o colaterales por naturaleza”. Es decir, que en los dos artículos que específicamente se dedican a la adopción plena, está prevista la posibilidad de que se conozca la filiación por naturaleza del adoptado.

Y dado el caso, posible, de que efectivamente se conozca, ¿deberán ser tenidos en cuenta los padres por naturaleza para que pase a ellos la patria potestad en defecto del adoptante? Desde luego, contra la que pareció ser la decidida voluntad del legislador sobre el asunto (cfr. la Exposición de motivos de la Ley), en el texto reformado del Código la solución negativa no deja de suscitar algunas dudas.

Porque, en efecto, si bien es verdad que según el párrafo 2.º del artículo 179, el adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes y colaterales por naturaleza, ello deberá ser interpretado “constante adoptione”, ya que dice “está” y no “queda” u otro término que denote situación definitiva. Por otra parte, abonarían la transitoriedad de la privación los mismos argumentos que llevaron a la Resolución antes referida de 6 de febrero de 1900, respecto a la imposibilidad de coexistencia sobre un mismo sujeto individual de dos derechos absolutos de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos a favor de dos personas distintas, como es en este caso la patria potestad, que lleva al legislador a atribuirla a uno solo —el adoptante—, y que habiendo desaparecido la causa de tal incompatibilidad debe renacer el derecho en el padre o madre por naturaleza, y toda vez que la tutela se organiza a los menores que carecen de padre y madre, y no han sido emancipados legalmente, efecto que no produce la muerte del adoptante; estos argumentos, si viene a corregir la insuficiencia de la anterior regulación, insuficiencia antes de la reforma, y hoy se consagran expresamente por un artículo, el 180, dedicado a la menos plena que a aquélla sucedió, deben reconocerse aplicables a la forma plena. Y ello, toda vez que la misma viene a corregir la insuficiencia de la anterior regulación, insuficiencia que se mostraba más acusada, al decir de la Exposición de motivos, “ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de ser rotos por la familia natural”, circunstancia que no se

daría en este caso, ya que la intervención de los parientes por naturaleza se produciría por defecto del adoptante; resultando igualmente de aplicación el considerar que “la posición del padre natural se refuerza si se producen ciertas eventualidades, como fallecimiento del adoptante o concurrir en él alguna de las causas a que hacen referencia los artículos 169, 170 y 171 del Código, dado que entonces recobra la patria potestad, pues no resultaría airoso el sostener que se nombrase tutor al adoptado teniendo padre” (15).

Pero ésta, como decía, no era la intención de los reformadores del Código que, en la Exposición de motivos de la ley respectiva, dicen que “al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad, la patria potestad se extingue”, dándose así paso a la tutela. Y si, a pesar de todo, esto encuentra apoyo en el texto del Código, como seguidamente vamos a ver, resultará, se ha puesto de relieve (16) que la situación en que se halla un hijo expósito o abandonado constituye una causa legal de pérdida de la patria potestad del padre por naturaleza, causa que actúa con independencia de su culpabilidad, ya que la inocencia sólo sirve para, mediando otras condiciones, poder recobrar la patria potestad, pero no para impedir de raíz la pérdida anterior, que ni será debida a incurrir en una causa típica —legalmente predeterminada— ni a ser reo del delito de abandono de familia (que exigiría la correspondiente sentencia de la jurisdicción criminal), ni debido a la ausencia, pues el regreso del eventual ausente destruiría los efectos “ex nunc” (art. 197).

A pesar de todo ello, y a la falta de un precepto que consagre expresamente la intención de los autores de la reforma de que “al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad la patria potestad se extingue”, no debiéndose producir, por consiguiente, un renacimiento automático de la patria potestad en los padres por naturaleza, diversas consideraciones abonan la conclusión de que esa postura termina por encontrarse reflejada en el articulado del Código.

Quizá el argumento principal en favor de ello es el de que si el paso de la patria potestad a los padres por naturaleza en defecto del adoptante, es una consecuencia específica de la adopción menos plena (por encontrarse en el artículo 180, dedicado exclusivamente a esta forma de adoptar), es porque no es aplicable a la adopción plena, pues para ello se hubiera requerido que tal disposición se repitiese en los artículos dedicados a regularla, o que se hubiere incluido en la Sección I del Capítulo, dedicada a las disposiciones generales para ambas clases de adopción.

Además, está lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 179, según el cual los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho respecto al adoptado, y aunque pudiera suscitarse dudas la escueta calificación que con este término se hace de la patria potes-

(15) BELTRÁN FUSTER, *op. cit.*, pág. 398.

(16) GAMBÓN ALIX, *op. cit.*, pág. 400, nota (b).

tad, la realidad es que "en el Derecho español puede afirmarse el aspecto de derecho subjetivo que, junto al de función, ofrece la patria potestad" (17). Tal precepto se ha visto además, por algún autor, como la norma que corrobora las indicaciones del preámbulo referentes a la patria potestad o tutela del adoptado plenamente, cuyos padres civiles mueren durante su minoridad (18).

Otro argumento importante a favor de que la extinción de la patria potestad, que se produce para los padres como consecuencia de la adopción plena de sus hijos, es definitiva y no cabe su remanimiento por falta del adoptante, es el contenido en el artículo 47, párrafo 2.º, reformado, del Código civil: en efecto, cuando se trata de establecer a quién corresponde otorgar la licencia para el matrimonio de los hijos adoptivos, señala al adoptante, y añade: "en su defecto, si la adopción es plena, se solicitará al Consejo de familia", lo que demuestra la no existencia de un titular de la patria potestad cuando falta el adoptante, ya que existiendo, con él hubiera sido incompatible la constitución de los organismos tutelares; y, además, la solución dada por este precepto tiene un decisivo valor de interpretación sobre este problema del paso de la patria potestad a sus padres por naturaleza, porque se demuestra en el mismo que ha sido no sólo tenido en cuenta, sino, además, contemplado como elemento determinante, pues así lo pone de manifiesto el resto del párrafo cuando establece que "si es menos plena, antes que a éste (el Consejo de familia) se pedirá (la licencia para el matrimonio) a las personas de la familia natural a quienes corresponda", toda vez que así lo hace posible el artículo 180, párrafo 2.º, cuando dispone que, en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los parientes por naturaleza (19).

Con esto creo que, a pesar de las dudas que pueden suscitarse por la falta de un precepto expreso que refleje en el texto del Código la intención del legislador de abrir automáticamente paso a la constitución de la tutela en defecto del adoptante, queda justificado con suficiencia que ésta es la solución correcta en el actual ordenamiento de la adopción en nuestro Derecho.

II. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

Como ya tenía ocasión de recordar al comienzo de estas líneas, el organismo tutelar de nuestro Derecho es una institución que tiene ca-

(17) CASERÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad* cit., pág. 36, con citas doctrinales sobre el tema de CIVI en *La filiazione*, Torino, 1951, pág. 284, y de BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino (Familia)* II, Buenos Aires, 1955, pág. 152.

(18) GAMBÓN ALIX, op cit., pág. 400, aunque en la pág. 220, texto y nota (2), argumenta también a base del párrafo 2º del artículo 180.

(19) Este me parece que es el valor argumental del precepto, y no el pretender que en el mismo se encuentra dispuesto con carácter general la formación del organismo tutelar, como sostiene C. SÁNCHEZ-CASERÁN, *La adopción y figuras afines*, en Rev. Cr. Der. In., 1959, pág. 52.

rácter sustitutivo respecto de la patria potestad y, por consiguiente, sólo ha lugar a organizarse en defecto de ella, según resulta además expresamente de los términos del artículo 199 del Código civil. Y ello es así, aunque con carácter excepcional pueda coexistir con la patria potestad la administración de un extraño en el supuesto final del artículo 162, porque en este caso, como pusiera de relieve mi maestro el profesor Ossorio Morales (20), el administrador de estos bienes dejados al hijo, ni en sus funciones ni en su posición cabe pueda confundirse con las del padre o de la madre, toda vez que su actuación, como sucede en el caso previsto en el artículo 210, habrá de limitarse a los bienes procedentes de quien lo nombró, quedando, por tanto, excluido de su intervención cuanto se refiere a la guarda personal del menor y al resto de su patrimonio, y ajeno, en consecuencia, a lo que representan los principios informadores de la tutela.

De aquí que sea presupuesto de la tutela de los hijos adoptivos que no se encuentren sometidos a la patria potestad de persona alguna, y ello supondrá, por una parte que se haya extinguido la que nació a consecuencia de la adopción, y de otra que no exista otro posible titular al que haya de transferirse, así como que el adoptado sea menor y no esté emancipado legalmente. Examinémoslos por separado:

1. ¿Cuáles serán las causas que al producir la extinción de la patria potestad sobre el adoptado determinan la consecuente necesidad de constituir la tutela para el mismo?

En principio, puede pensarse que todas aquellas que traigan consigo la desaparición del vínculo adoptional, puesto que al producir esto como consecuencia más inmediata la extinción de la patria potestad que por virtud de la adopción corresponde al adoptante sobre el adoptado, si éste es menor, y siempre, por supuesto, que no exista otra persona en condiciones de asumir la patria potestad vacante, deberá proveerse al cuidado de su persona y bienes, mediante la constitución de los correspondientes organismos tutelares.

A) Para ver si esto es realmente así, procede examinar las distintas causas por las que desaparece la eficacia de la adopción. Dos autores se han ocupado específicamente del tema, dedicando al mismo un estudio detenido y proponiendo una sistemática de dichas causas, diferente una de otra por el modo de agruparlas y por las consecuencias prácticas que en la mayoría de los casos extraen de ellas.

Puig Peña, en un trabajo dedicado a estudiar "las situaciones finales de la adopción" (21), examina las causas determinantes de la extinción partiendo de la consideración de que siendo tres las bases fundamentales de la adopción, ésta desaparecerá al afectarse fundamentalmente alguna de ellas, por lo que procede estudiar la doctrina

(20) *La pluralidad de tutores*. (Contribución a la reforma del régimen tutelar español, en el Boletín de la Universidad de Granada, año X, núm. 49, Granada, 1938, pág. 27 de la separata.

(21) En la Rev. Der. priv. 1948, págs. 1045 y ss.

de la nulidad del negocio jurídico adoptional, las causas finales de la patria potestad y la revocación del lazo adoptivo.

Aplicando al instituto de la adopción la doctrina de la nulidad del negocio jurídico, estudia las nulidades absolutas por falta de los elementos esenciales del negocio, como son consentimiento de alguno de los partícipes, objeto (entendido como patria potestad del adoptante), causa (teniendo en cuenta que se trata de un negocio de liberalidad), así como los motivos que impulsan a realizarlo; falta de las formalidades mandadas observar tanto en la fase judicial como en la notarial, y, finalmente, los supuestos de adopciones realizadas en contra de las prohibiciones legales que se contienen, hoy, en el artículo 173.

En un segundo grupo estudia la destrucción o desvalorización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria potestad del adoptante, considerando que la adopción tiene como principal cometido el transferimiento de la patria potestad del padre adoptante, por lo que, si bien la extinción de la patria potestad puede, en algún momento, dejar subsistente la relación paterno-filial adoptiva, sin embargo, por punto general, se determinará la destrucción de ésta dada la consustancialidad de la misma con aquella institución. Estudia los casos de extinción sin culpabilidad (muerte del padre o hijo, y emancipación de éste), y los que se producen por culpa del padre, distinguiendo que lo sea por modo extrajudicial (el de la madre que pasa a segundas nupcias, en el antiguo art. 168 del Código) o judicial, y, dentro de esto, si se produce en un Tribunal de lo criminal (en delitos contra la honestidad, contra la familia y otros en los que propugna su utilización, así como los casos en que una congena lleve aparejada la interdicción civil) o en un Tribunal de lo civil (en las hipótesis de dureza excesiva del trato u órdenes, consejos o ejemplos corruptores, del art. 171, y en las de divorcio).

Y, finalmente, en tercer lugar, bajo el epígrafe impugnación de la adopción, estudia los casos de la realizada por el adoptado (ya la verifiquen sus representantes, ya él mismo al llegar a la mayoría de edad o recuperar la capacidad) y la realizada por el adoptante.

También Gambón Alix, en su extenso libro sobre la adopción (22), dedica un gran espacio a estudiar la "ineficacia de la relación adoptional", noción en la que integra todos aquellos conceptos que implican "ex tunc" o "ex nunc" la cesación de los efectos jurídicos que caracterizan a la institución adoptiva, refiriendo a ellas las ideas de inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad, rescisión, resolución y revocación, de todas las cuales analiza las peculiaridades, condiciones y consecuencias que surgen de este enfoque especial, y haciendo además un apartado final, en el que examina cuantos acontecimientos pueden provocar la cesación de la adopción como consecuencia de haber afectado al poder paterno o a cualquiera de las notas esenciales de la institución.

(22) *La adopción* cit., págs. 301 a 427.

Dentro de lo que llama ineficacia radical, comprende la inexistencia y la nulidad. Como supuestos de inexistencia examina los provocados por defecto de consentimiento (simulación absoluta o falta de consentimiento en el expediente exigido por el artículo 176 o en la escritura a que alude el artículo siguiente), de objeto (como Puig Peña, cree que debe considerarse así a la patria potestad), ausencia o ilicitud de la causa (que será aquí la mera liberalidad del bienhechor) y el defecto de forma esencial (falta del expediente previo, de su aprobación por el Juez o de la escritura subsiguiente). Como casos de nulidad radical examina, comunes a ambas formas de adopción, las provocadas por infracción de los requisitos y prohibiciones del artículo 173, y específicas de la plena, las contenidas en el 178, añadiendo el de las que puedan realizarse conteniendo pactos y condiciones contrarios a la esencia de la adopción, así como la que considera prohibición tácita, por razón de parentesco entre adoptante y adoptado.

Como casos de ineficacia voluntaria examina: los de anulabilidad, debidos a vicios del consentimiento o defectos en la capacidad (incluyendo en este caso la falta de consentimiento del cónyuge del adoptante y del adoptado, que exigen, respectivamente, los artículos 173 y 176 del Código); los de rescisión, que limita al caso de la que pueden pedir el padre o madre que durante la minoría o incapacidad del adoptado, si era abandonado o expósito, acrediten su no culpabilidad respecto a tal situación y buena conducta desde entonces, y que regula en el apartado 1.º del artículo 175; los de revocación, que podrían ser por libre voluntad de los sujetos (y en ella el mutuo acuerdo, que defiende pese a reconocer no procede en nuestro Derecho vigente), por voluntad unilateral del adoptado (que no cree admitida en el Derecho español) y por voluntad condicionada, que es como califica al supuesto contenido en el apartado 2.º del artículo 175, que autoriza al adoptado, en los cuatro años siguientes a su mayoría de edad o capacidad, a pedir que se declare extinguida la adopción siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes; y los de resolución, que son los que puede instar el Fiscal (apartado 1.º, art. 175) cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado, y la que puede solicitar éste, una vez plenamente capaz, si el adoptante le ha negado alimentos sin motivo legítimo (art. 175, 2.º, en relación con el 854, causa segunda).

Por último, y como causas de lo que llama ineficacia forzosa de la adopción, expone las que producen la cesación de sus efectos porque desde un punto de vista jurídico-conceptual se ha hecho imposible su mantenimiento; dice que son supuestos de cesación de la relación adoptiva que comportan modos de extinción de la misma, que tienen su fundamento en la aparición de un hecho cuya consecuencia es la imposibilidad jurídica de que la adopción pueda subsistir; puede deberse a un hecho físico, entre los que examina la muerte (tanto del

adoptante como del adoptado), la ausencia y el abandono que del domicilio del adoptante haga el hijo adoptado (que no produce la extinción), o jurídicas, examinando en este apartado la extinción, pérdida o cesación del poder paterno (que no tiene por causa extintiva de la adopción), la celebración de matrimonio entre adoptante y adoptado de distinto sexo (que no cabe, pero sí entre aquél y los descendientes de éste, según afirma), el reconocimiento o legitimación del hijo adoptivo (que si es realizado por un tercero no afectará a la adopción, y si es por el adoptante la extinguirá), la superveniencia o supervivencia de hijos (extintora ésta, pero no aquélla, a su entender, de la relación adoptiva) y el de nulidad del matrimonio celebrado entre los adoptantes (que hará cesar la adopción en el caso de que fuera de la preceptivamente conjuntas).

En estos cuadros que, esquemáticamente, acaban de exponerse, podemos considerar que se encuentran comprendidas las diversas causas que teóricamente pueden presentarse y son aptas para producir la ineficacia de la relación adoptiva, y con ella de la patria potestad, que constituye presupuesto, como ya se dijo, para que pueda y deba pensarse en la constitución de la tutela.

B) Ahora bien, conviene aclarar que si en todo caso es preciso que desaparezca la patria potestad sobre el adoptado (efecto principal de la extinción estudiada) para que procega la tutela, no siempre, sin embargo, la desaparición del poder paterno atribuido por la adopción es causa de que se constituya aquélla: pueden, en efecto, presentarse casos en los que, producida la nulidad de una adopción, el menor vuelva a la potestad de las personas que la ejercían con anterioridad, no procediendo, por consiguiente, establecer la tutela; y otros, en los que por virtud de esa misma carencia de efectos de la pretendida adopción, aun debiéndose constituir el organismo tutelar por no existir personas a quienes corresponda el poder paterno, la tutela, sin embargo, se deferirá según las normas comunes y no de acuerdo con las específicas que estudiamos como de aplicación para los hijos adoptivos, toda vez que no habría posibilidad de atribuirles esta consideración por no haber existido una adopción válida. De aquí la conveniencia de examinar los diferentes supuestos en que desaparece la adopción, para hacer posible una enumeración de los casos en que verdaderamente corresponde organizar la tutela propia de los hijos adoptivos.

En primer lugar, puede afirmarse que en los casos incluidos por Puig Peña en el primer grupo, que se corresponden con los que Gambón reúne bajo el epígrafe de ineficacia radical y que son los de inexistencia y nulidad del negocio jurídico adoptivo, como quiera que la ineficacia se produce por causas que inciden sobre el mismo negocio constitutivo, produciendo, aun sin necesidad de declaración de los órganos jurisdiccionales, y con efectos "ex tunc", una total falta de consecuencias en orden a la constitución del correspondiente "status", tendremos que los elementos personales de este ne-

gocio, que no ha llegado a ser eficaz, se encontrarán en la situación que estuvieran con antelación a él, por lo que si el que iba a ser adoptado se encontraba bajo la potestad de sus padres por naturaleza, en ella continuará, y si estaba sometido a tutela, en cualquiera de sus clases, seguirá en esta misma situación.

También puede darse el caso de que el titular de la patria potestad, o el que ejercía la tutela del que ineficazmente se pretendió adoptar, falten en el momento en que resulte la inexistencia o nulidad del negocio, y no sea posible reintegrarlos en la posición de que legalmente no han salido, por lo que procederá nombrarle tutela; en este caso, ¿con arreglo a qué normas se harán los nombramientos? No pueden caber dudas de que no serán las propias de los hijos adoptivos, porque no han llegado a tener esta consideración, por más que una apariencia sobre el particular debiera respetarse interinamente; de aquí que deba considerarse ineficaz a todos los efectos, y concretamente a este sobre delación de la tutela, por lo que regirán las disposiciones comunes en la materia.

Otro tanto puede afirmarse respecto de los supuestos en que se extinga por el ejercicio de la acción que nace del vicio en el consentimiento o defecto de capacidad, puesto que si bien estos supuestos de anulabilidad son diferentes efectivamente de los anteriores, en cambio, por lo que se refiere a sus consecuencias respecto al punto que aquí nos interesa, una vez declarada la nulidad del negocio, son plenamente equiparables.

En cuanto al que califica de rescisión, supuesto recogido en el artículo 175, apartado 1.º, como quiera que la acción encaminada a lograr que se extinga la adopción es ejercitada por el padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado, es evidente que no puede hablarse de atribuir tutela a cualquier otra persona, ya que el hijo pasará automáticamente a la potestad del que haga la impugnación, puesto que en caso de que no se le considerara merecedor de ello se denegaría su petición, toda vez que a ella se accede no como sanción infligida al adoptante, sino en consideración a circunstancias del que la formula.

Con referencia al caso del artículo 175, apartado 2.º —supuesto de revocación, en el sistema de Gambón Alix—, como resulta que la petición de que se declare extinguida la adopción ha de realizarla el mismo adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad o desaparecida la incapacidad, es claro que de prosperar la misma, la consecuente extinción de la relación adoptiva no provocaría oportunidad de constituir tutela de clase alguna.

Por último, y dentro de estos supuestos de ineficacia voluntaria, en el caso de resolución del vínculo adoptional a instancia del adoptado, provocada por la causa 2.ª del artículo 854 en relación con el artículo 175, 2.º, estamos en el mismo supuesto del anterior, pues al extinguirse la adopción por esta causa, quedaría el adoptado mayor

de edad y con plena capacidad, lo que excluye todo posible establecimiento de organismo tutelar.

Diferente es el caso, también considerado de resolución, en que, de acuerdo con el inciso final del apartado 1.º del artículo 175, pida el Ministerio fiscal, y así se resuelva judicialmente, que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado; y es distinto este caso porque, como consecuencia de la extinción de la adopción, un hijo adoptivo —y puede hablarse de él porque hasta ese momento lo ha sido, ya que existía una relación adoptiva plenamente eficaz— sobre el que no se ejerce patria potestad necesita se le constituya el organismo tutelar, lo que habrá de hacerse de acuerdo con las normas que rijan este supuesto específico, que son las estudiadas aquí.

Entre las causas que Gambón Alix llama de cesación de la adopción, el reconocimiento o legitimación del hijo adoptivo no produce en ningún caso el efecto de abrir la tutela, pues si se hace por un tercero, no afectará a la adopción (art. 175, párrafo último), y si lo es por el propio adoptante y se extingue aquélla, como sostiene este autor (23), ello es porque pasa del sometimiento como adoptado al que se produce como hijo de sangre, con lo que sigue sometido a la potestad del mismo que antes, aunque sea por diferente causa, sin que quepa, por ello, el establecimiento de la tutela.

En cuanto a la supervivencia de hijos, se muestra partidario Gambón de considerarla causa de cesación, y entre los efectos que produce dice que si el adoptante es menor renacerá la patria potestad en el padre o madre por naturaleza (indudablemente debe referirse a la adopción menos plena), y de no vivir “se constituirá la tutela o reconstituirá si ya estuvo erigida al tiempo de la adopción”: según su tesis de que cesa la adopción creada porque “infringe objetivamente el Derecho positivo y lleva en sí misma una razón de ineficacia”, no habría llegado a ser hijo adoptivo y procedería la reconstitución de la tutela anterior o el constituir la de nuevo por las reglas comunes; pero esto contradice su afirmación de que son los efectos semejantes a los de la cesación por muerte del adoptante, en que hay una adopción válida y eficaz; y es que para ser consecuente con la justificación que aduce, aunque sea para lograr un resultado que no le es grato según manifiesta, tendría que haber trasladado el supuesto al grupo de la nulidad radical por contravenir la prohibición contenida en el artículo 173, número 2.º; y en razón de ello, la tutela, caso de ser preciso constituir la “ex novo”, lo será de acuerdo con las normas comunes, y no con las específicas para la de los hijos adoptivos.

En cuanto a la nulidad del matrimonio celebrado entre los adoptantes, ha de estarse de acuerdo en que se extingue la adopción cuando ésta es conjunta preceptiva, y entonces como la ineficacia es con-

(23) Op. cit., págs. 417 y ss.

secuencia de haberse infringido una prohibición legal, hay un vicio determinante de la nulidad de pleno derecho de la adopción, con lo que, caso de nombrarse tutela, para nada será tenida en cuenta la relación adoptiva nula.

Finalmente, quedan por considerar los supuestos en que se produce directamente una verdadera extinción de la patria potestad. A los efectos que aquí se persiguen, y aparte registrar la coincidencia sobre el hecho de que la muerte del adoptante extingue la patria potestad provocando la necesidad, en su caso, de constituir la tutela, no nos interesa entrar en la discrepancia que separa a los dos autores a que me vengo refiriendo acerca de si la pérdida de la patria potestad cuando se imponga como pena por sentencia firme en causa criminal, y cuando así se declare en pleito de separación matrimonial, es causa de revocación (que exige solicitarla en base a ella), como pretende Gambón Alix (24), o de cesación de la adopción, dada su consustancialidad con ella, como defiende Puig Peña (25), toda vez que en un hecho hay que estar conformes, y es precisamente el que interesa a nuestros fines: que al producirse estas situaciones extinguiéndose la patria potestad, resultará necesario, en su caso, proceder a la constitución de la tutela del que hasta entonces estuvo adoptado; esto encuentra confirmación en el artículo 173, número 2.º, donde al tratar de los efectos de la ejecutoria de separación, ante el caso de que ambos cónyuges fueren culpables, como quiera que pierden la patria potestad, “el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código”; lo reitera en el mismo número y artículo, al mandar que a la muerte del cónyuge inocente, si no fuere posible que el culpable recobre la patria potestad sobre los hijos, “se les proveerá de tutor”.

Resumiendo, podemos decir que los supuestos en que la extinción de la patria potestad en la adopción, sin que exista otra persona a quien deba atribuírsele, determina la constitución de la tutela de los hijos adoptivos, son los siguientes:

Muerte del adoptante, de acuerdo con el artículo 167, número 1.

Declaración judicial de extinción de la tutela a solicitud del Ministerio Fiscal, en el caso prevenido por el apartado 1.º, parte final, del artículo 175.

Privación de la patria potestad cuando por sentencia firme en causa criminal se imponga como pena (art. 169, núm. 1.º, del Código civil), que serán:

(24) En las págs. 410 y ss. de su citada obra. También LÓPEZ ALARCÓN, *La adopción y el Registro civil*, en la Revista “Pretor”, 1956, n. 41-2, páginas 5 y ss., niega que la extinción de la patria potestad suponga la de la adopción, en base de estimar que si bien es verdad que la transmisión de la patria potestad es efecto principalísimo de la adopción, no es el único, y de aquí que la desaparición de lo que es sólo una facultad no siempre ha de llevar consigo la de toda la institución.

(25) *Las situaciones finales de la adopción cit.*, pág. 1051.

1) A la persona bajo cuya potestad legal estuviera un menor y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste, por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no lo recoja y ponga en su guarda o a disposición de la autoridad (art. 452 bis. e), primer párr., del Código penal).

2) Al que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, abandonando maliciosamente el domicilio familiar o por causa de su conducta desordenada, siendo potestativo del Tribunal acordar la privación de la patria potestad (art. 487 del Código penal).

3) A los autores de delitos consignados en leyes como la de 26 de julio de 1878, dictada para combatir la explotación de la infancia abandonada, ya que la condena por hechos previstos en ella (ejercicios y profesiones peligrosas para los menores, entrega para la explotación en mendicidad o vagancia, etc.) llevará consigo la privación (temporal o perpetua) de los derechos de patria potestad, a juicio del Tribunal sentenciador (26).

4) Por delito al que se imponga pena que lleve aneja la accesoria fundamental de interdicción civil, que privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad (art. 43 Código penal). Y esto porque si bien se nombrará al interdicto un tutor, y éste vendrá obligado, además, a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapacitados que se hallaren bajo la autoridad de aquél, ello será sólo, como dice el artículo 229 del Código civil, hasta que se les provea de otro tutor, que en el caso que nos ocupa habrá de hacerse, y con arreglo a las normas propias del nombramiento cuando se trata de hijos adoptivos.

Por sentencia dictada en Tribunales civiles:

1) Privación de la patria potestad cuando por sentencia firme en pleito de separación legal así se declare, mientras duren los efectos de la misma (art. 169, núm. 2.º, del Código civil), con los efectos prevenidos en el artículo 73, número 2.º, a que antes se hacía referencia.

2) Privación en las hipótesis del artículo 171 del Código civil, cuando los padres tratasen a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores, y el Tribunal (tutelar de menores, según D. de 11 junio 1948) haga uso de la facultad —potestativa y discrecional, según reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de junio de 1931 y 14 de octubre de 1934, entre otras muchas— de acordar la privación en lugar de la suspensión del poder paterno.

2. Ahora bien; decía anteriormente que para la constitución de la tutela de los hijos adoptivos, no sólo es preciso que desaparezca la patria potestad que por virtud de la adopción se ha atribuido al adoptante, sino además que la patria potestad sobre el adoptado no se

(26) PUIG PEÑA, op. cit. y loc.

transfiera a cualquier otro titular, bien recuperándola si se trata de sus padres por naturaleza, bien adquiriéndola "ex novo", si es cualquier otra persona con derecho a ello.

Tal es la razón por la que más arriba rechazábamos como supuestos aptos para dar entrada a la tutela del hijo adoptivo, todos aquellos que provocando la nulidad del negocio adopcional mismo, impedían que éste produjera efectos con lo que el pretendido hijo adoptivo tendría que continuar en su situación de origen, sometido a la potestad primitiva; y de ser ello imposible, así como la correspondiente sustitución, debiéndosele por ende constituir en tutela, ésta no sería la de un hijo adoptivo, puesto que la adopción no llegó a tener virtualidad, sino la regulada por las normas generales.

Procederá, pues, la tutela sólo en los casos en que, cesando en su ejercicio el titular de la patria potestad, falte otra persona a la que corresponda desempeñarla; en cambio, no procederá en los supuestos de sustitución de la patria potestad, como consecuencia de la muerte o declaración de fallecimiento, ausencia, incapacidad e interdicción civil del padre, así como en caso de hallarse impedido de hecho, en todos los cuales, viviendo la madre, a ella pasa la patria potestad.

Igual debe decirse en el caso específico de sustitución en la potestad del hijo adoptivo, tanto en el caso de adopción conjunta (artículo 173, 3.º) como en el de que uno de los cónyuges adopte, en forma menos plena, al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte (art. 180, párrafo 1.º) ya que entonces la patria potestad se atribuye a ambos por el orden establecido en el artículo 154.

En cambio, y a pesar de que respecto a la no procedencia de la tutela del adoptado produzca sus mismos efectos, no podrá considerarse como un caso de sustitución en la patria potestad el paso de la misma, en la adopción menos plena, a los padres por naturaleza cuando por alguna de las circunstancias relacionadas o cualquiera otra que pueda producir tal efecto, haya de cesar el poder paterno que el artículo 174, párrafo 1.º, atribuye al adoptante. Y es importante la diferencia entre una simple transmisión de la patria potestad de un cónyuge a otro -que en definitiva han venido siendo copartícipes en la función que ella representa-- y la extinción de la potestad paterna en una persona y su nacimiento sucesivo en otra distinta, porque sus consecuencias son diversas, ya que en este último caso ambos ejercicios son independientes entre sí, del mismo modo que lo son las resultas de uno y otro.

Serán, por consiguiente, los supuestos en que extinguiéndose la patria potestad del adoptante que de forma válida y eficaz la haya venido ostentando, y no habiendo otra persona a quien corresponda su atribución, los que determinarán la necesidad de constituir el organismo tutelar que corresponda.

3. Por último, será presupuesto necesario para que proceda la tutela del hijo adoptivo, que al tiempo de extinguirse la potestad ejer-

cida por su padre adoptante se encuentre él en la menor edad y no emancipado legalmente, o en estado de incapacidad; y es que, se considere preeminente la función cuasi-familiar de la tutela, o su finalidad de complemento de los estados de incapacidad que por diversas circunstancias pueden presentarse en la vida del Derecho, que les impide participar por sí mismos y libremente en la realización de los actos jurídicos que les afectan, lo cierto es que la tutela, como dice el artículo 199 del Código civil, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

En cuanto a quiénes son los que no pueden gobernarse por sí mismos, y como complemento del artículo 32 que enumera los que tienen restringida su capacidad de obrar, determina el artículo 200 las personas que están sujetas a tutela, que son los menores de edad no emancipados legalmente, los locos o dementes y los sordomudos que no sepan leer y escribir, los declarados pródigos y los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil, cuyos casos no presentan especialidad por concurrir en hijos adoptivos, como presupuesto para la constitución de la tutela.

Los menores de edad, no está de más insistir en ello, sólo deberán constituirse en tutela cuando no se hallen bajo la patria potestad, de forma que si lo están y el padre o madre (y hay que entender entre ellos a los adoptivos) tuvieren un interés opuesto al suyo, si no se encuentran emancipados, se les nombrará un defensor que los represente en juicio y fuera de él, como dispone el artículo 165. Y además, sólo en el caso de que no estén emancipados legalmente, ya que en otro caso se produce una situación especial que, por una parte, determina la extinción de la patria potestad (art. 167, 2.º), y por otra, pese a la terminología del Código, no da lugar a una verdadera tutela, sino a un procedimiento destinado a suplir la falta de capacidad para determinados actos (27), lo que igualmente es de aplicación a los hijos adoptivos.

Por otra parte, es de tener en cuenta sobre este punto que, como puso de relieve la Resolución de 6 de febrero de 1900, "el Código no reconoce entre los modos de emancipación la muerte del padre adoptivo", por lo que producido este evento y descartado el supuesto de ejercicio de la patria potestad por otra persona, deberá serle constituida la tutela, y precisamente la llamada plena, que se distingue por sus caracteres de permanente y orgánica, y que puede referirse, según el artículo 204, por testamento, por la ley o por el Consejo de familia, dando lugar, según los casos, a las tutelas testamentaria, legítima o dativa, que en su relación a los hijos adoptivos iremos examinando por separado.

Sólo especialidades derivadas de su particular situación como miem-

(27) Cfr. mi estudio sobre *Los supuestos de administración legal en el Código civil español* en el Libro-Homenaje a Ignacio Serrano, Valladolid, 1965.

bro, en la adopción menos plena, de dos familias distintas representa la tutela de los adoptados que siendo mayores de edad estén incapacitados, y esto debido a que el ligamen de filiación civil que crea la adopción no se interrumpe porque el adoptante pierda la patria potestad sobre el adoptado a consecuencia de su emancipación, sino que permanecen vinculados a semejanza de lo que sucede entre los padres e hijos que lo son por la sangre. Por ello, cuando se presente el caso de incapacidad de un adoptado mayor, se observarán, como veremos seguidamente, las reglas estatutivas para los demás casos, en cuanto la singularidad del supuesto no exija, en un aspecto concreto de la regulación, tener en cuenta la naturaleza especial del vínculo creado por la adopción.

III. LA TUTELA TESTAMENTARIA DE LOS HIJOS ADOTIVOS

1. A la vista de lo dispuesto por el Código civil, en su artículo 206, sobre que los padres puedan nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, y de que en la enumeración que hace de los mismos —legítimos, naturales reconocidos, o alguno de los ilegítimos a quienes según el artículo 131 están obligados a alimentar— no se han incluido los adoptivos, se ha venido discutiendo en la doctrina acerca de si esta facultad de nombrarles tutor correspondería al adoptante o a los padres por naturaleza.

Y no resulta ocioso ocuparse del problema en la situación actual, y en los términos en que venía planteado, toda vez que el examen de las distintas posiciones mantenidas al respecto nos proporcionará datos de mucho interés para determinar cuál sea la regulación vigente en la materia que, pese a la reforma sufrida por el articulado del Código que de ella se ocupa, no ha quedado claramente establecida, como lo prueba el hecho de que algún autor tan caracterizado como el profesor Castán sigue manteniendo posiciones contrarias a las que, según anuncia la Exposición de motivos de la Ley de Reforma del Código, se pretendía plasmar en el nuevo texto.

A) En efecto, desde los primeros tiempos de la publicación del Código, la consideración de que en el artículo 206 del Código civil no se incluye al adoptante como persona que puede nombrar tutor o protutor al hijo adoptivo, sin embargo de tener sobre él —según el artículo 154— la patria potestad, es una de las que llevan, junto con el reconocimiento de esa facultad al padre de hijos ilegítimos y de mayores incapacitados, y al que deje a los menores o incapacitados herencia o legado de importancia, a la conclusión a que se llega por la generación de los autores de que, a diferencia de cuanto sucedía en el Derecho histórico, la patria potestad no es en el Código la determinante

de la posibilidad de nombrar tutor testamentariamente: tal es la argumentación al respecto de Sánchez Román (28). En el mismo sentido, y con referencia a la vinculación de esta facultad de nombramiento de tutor con la patria potestad, dice Valverde (29) que "hay quien tiene la patria potestad, como sucede al padre adoptante, y no puede nombrarle"; y Casso (30), "que la tutela testamentaria constituía en el Derecho antiguo una prerrogativa de la patria potestad, pero en el Código ha perdido este carácter, puesto que hay casos en que el padre o la madre no pueden nombrar tutor, como ocurre con el padre adoptante"; y Clemente de Diego, para el que "hoy en España la tutela testamentaria no se funda en la patria potestad, pues quien la tiene como adoptante (art. 154) no puede nombrar tutor (arts. 206 y 207" (31); y De Buen (32), cuando afirma que este nombramiento "ha dejado de ser una prerrogativa de los padres—no se les reconoce a los adoptivos—que la ejercen". Por su parte sostiene Castán (33) que "en el Código civil hay quienes ejercitan la patria potestad y no pueden nombrar tutor (tal sucede, según opinión probable, a los padres adoptantes)", afirmación que ha reiterado después de la reforma de la materia en el Código civil (34), y que también había mantenido, con Pérez González, en sus notas al "Derecho de familia" de Kipp y Wolff (35), considerando que "no concede el Código civil facultad expresa al padre adoptante para nombrar tutor por testamento al hijo adoptivo y, ante este silencio, opinamos que sólo gozará de esa facultad en los términos limitados que un extraño cualquiera, instituyendo heredero al menor o dejándole manda de importancia", lo que quiere decir que no le reconocen esa facultad como tal padre adoptante.

Frente a ellos, algún autor ha defendido la atribución al adoptante de la facultad de nombrar tutor a los hijos adoptivos: así Mauresa (36) considera que por estarle atribuida la patria potestad en el artículo 154, "el padre adoptante podrá también nombrar tutor al hijo adoptivo que carezca de padres naturales", condicionándolo a esta circunstancia quizá porque sostiene con anterioridad (37) que "si muere el adoptante, recobrarán los padres naturales la patria potestad".

(29) *Tratado de Derecho civil español* IV, 3.^a ed. Valladolid, 1926, pág. 604.

(30) *Derecho civil español* (Notarías) I, Madrid, 1926, pág. 202.

(31) *Curso elemental de derecho civil* cit., IV, pág. 416.

(32) *Derecho civil común*, II, 3.^a ed. Madrid, 1936, pág. 382.

(33) *Derecho civil español, común y foral*, IV, t. ed. Madrid, 1944, pág. 86.

(34) En el t. V, vol. 2.^o, 7.^a ed. de su obra, en la que colabora J. María Castán Vázquez, Madrid, 1958, pág. 269.

(35) T. IV, vol. 2.^o del Tratado con Emeccerus, Barcelona, 1946, pág. 289.

(36) *Comentarios al Código civil español*, II, 6.^a ed., revisado por BORJA RAMÓN, Madrid, 1944, pág. 282. Algún autor (OYUELOS, *Digesto. Principio de doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, I, pág. 302, párrafo 10) ha estimado que el padre adoptante puede nombrar tutor, gozando en todo caso de preferencia para el ejercicio del cargo el designado por el verdadero padre, según cita SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 278.

(37) Op. cit., pág. 115.

Igualmente es partidario de la solución afirmativa Escobar de la Riva, que la basa en los siguientes argumentos (38):

1) Que si bien debe reconocerse que la posibilidad de nombrar tutor testamentario no deriva sólo de la patria potestad, por otra parte tampoco está absolutamente desconectada de ella, como lo demuestra la circunstancia de conferir, antes que a nadie, dicha facultad a los padres mismos, y con extensión excepcional, en cuanto pueden designar protutor y Consejo de familia; de modo que, estando el adoptante en el ejercicio de la patria potestad, tanto en el momento de nombrar tutor como en el de fallecer, no parece que existan razones para privarle de una facultad que el artículo 206 confiere al padre y a la madre; menos aún si se piensa que la adopción pone de manifiesto un afecto evidente hacia el adoptado.

2) Porque, conforme a la jurisprudencia (S. T. S. 17 octubre 1908), no se exige para la validez del nombramiento testamentario del tutor (e incluso protutor y Consejo de familia) la continuidad temporal entre el instante del fallecimiento de quien le nombró y el de la efectividad de la tutoría prevista. Pero esto, más que argumento favorable a la facultad del adoptante de nombrar tutor testamentario al adoptado, lo es de que las condiciones del ejercicio de este derecho encajan en la regulación vigente, pero dando aquélla por supuesta.

3) Porque si es exacto que el Código no menciona a los adoptantes entre quienes pueden nombrar tutor testamentario, también lo es que tampoco incluye a los abuelos y, sin embargo, la Sentencia del T. S. de 16 de octubre de 1908 le atribuye dicha facultad equiparándolos al extraño "cuando deja herencia de relativa cuantía para sus nietos, siquiera tenga ésta el carácter de forzosa, porque sería anómalo, contrario al sentido de la ley y espíritu que la informa y a los intereses de los mismos menores, desconocer en tal supuesto el derecho del abuelo en quien, natural y racionalmente, es obligado reconocer, por regla general al menos, mayor afecto hacia sus nietos que el que pueda sentir un extraño respecto de éstos"; por otra parte, interpreta con amplitud la frase herencia o legado de importancia del artículo 207, considerando bastante la relativa cuantía de la herencia que el abuelo deje a sus nietos y, por último, invoca en pro de esta interpretación del 207 "el principio de interés y afecto que regula todo lo prescrito acerca del organismo tutelar", que es de creer (en opinión de Escobar) sería suficiente para reconocer a aquéllos la facultad de nombrar tutor a sus nietos cuando no lo estorbare (vid. S. T. S. 17 octubre 1908) otra designación hecha para éstos por su padre o madre. Pero aunque, como dice, el supuesto parece no encajar en el artículo 207, la verdad es que el Tribunal Supremo ha resuelto este caso con respecto a él, y esta solución, propugnada por Pérez González y Castán, ya veremos más adelante que no se enfrenta directamente con el problema aquí planteado, que es el de si los padres adoptantes, en cuanto

(38) *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 74 y ss.

tales, pueden nombrar por testamento el organismo tutelar para sus hijos adoptivos.

B) Después de la reforma de 1958 siguen existiendo dudas sobre el particular, puesto que si bien la Exposición de motivos de la Ley reformadora da por supuesta esta facultad —“no habiéndose, en su caso, dispuesto nada sobre la delación tutelar por el testamento del adoptante”—, en el texto reformado no aparece el precepto que sin duda recoja la intención expuesta, y eso que ocasiones no han faltado, pues a más de los relativos a la adopción, ha sufrido reforma y consiguiente nueva redacción, entre otros, el artículo 206, de cuyos términos surge la cuestión que nos ocupa.

Esta frase de un párrafo del preámbulo, del que se ha dicho que es “a la manera de comentario de una norma fantasmal que no se halla en parte alguna tal vez por descuido” (39), da por supuesto una norma que en el único precepto donde podría encontrar encaje es en el párrafo 6.º del artículo 174, que se dedica a las relaciones derivadas de la tutela y defensa y representación del ausente, entre adoptante y adoptado. Pero, ¿realmente puede ampararse el reconocimiento de la facultad del adoptante de nombrar tutor exclusivamente en esta disposición? Por lo menos no parece ser esta su finalidad.

Efectivamente, dice el artículo 174, en su párrafo 6.º, que “en orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo”, y según ello cabría pensar que puede el adoptante designar en su testamento las personas que han de componer el Consejo de familia (facultad que el art. 294 reserva al padre o madre) y, aunque con más dificultad, dado que los adoptivos no están incluidos entre los que relaciona el artículo 206, que podría, interpretándolo muy ampliamente, considerarse que cabe les nombren igualmente tutor y protutor. Pero es que el precepto no termina ahí, sino que añade: “serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos”; y esto hace cambiar considerablemente, restringiéndolo, el sentido del párrafo que, examinado en su conjunto, parece poner de manifiesto que la consideración del adoptante y adoptado como padre e hijo lo es en situaciones en que cabe la preferencia entre unas y otras clases de filiación, esto es, cuando se da un llamamiento legal que se refiera a padres o a hijos (art. 181, 8.º; 220, 2.º y 3.º; 227, 1.º y 3.º, etc.), habiendo entonces de incluirse entre unos y otros, en el lugar que les correspondía, adoptante y adoptado.

C) Entonces, ¿cuál será la solución? ¿Podrá el padre adoptante nombrar el organismo tutelar para sus hijos adoptivos?

Creo que para responder a esta pregunta es requisito previo hacer

(39) GAMBÓN ALIX, *La adopción* cit., pág. 220.

unas consideraciones sobre el fundamento que tiene la facultad de designar testamentariamente las personas que van a encargarse de la guarda del menor o incapacitado cuando haya necesidad de constituir los distintos organismos de la tutela.

Se ha dicho (40) que el nombramiento de tutor testamentario fue una prerrogativa de la patria potestad y consecuencia de ella, en el antiguo Derecho romano, mientras la tutela tuvo la consideración de "potestas", que sólo el padre, y para sus inmediatos sometidos, podía hacer. Pero cuando adquirió fisonomía propia de protectorado económico, como dice Kuntze, era muy natural que se mirase como una facultad patrimonial enlazada directamente con los sistemas patrimoniales. Entonces ya se dijo que era el interés y afecto hacia los menores, aunque fuese sólo interés patrimonial; por eso las reglas se modificaron y ampliaron, permitiendo que la madre y el extraño nombraran, pero dejándola munda de importancia o instituyendo heredero; aun así y todo, sin confirmación del magistrado no valía. Unido esto a la degeneración del formalismo romano para los actos civiles, nos explica suficientemente la evolución de esta institución en sus dos puntos principales de forma y facultad de nombrar.

¿Qué se deduce sobre el particular de la regulación dada a la materia en nuestro Código? Desde luego, y ello está perfectamente claro, que la delación testamentaria de la tutela no es una contrapartida o consecuencia exclusivamente de la patria potestad porque, aparte del caso de extraños a quienes se les concede esta facultad en las condiciones del artículo 207, se prevé el caso de progenitores que sin tener la patria potestad sobre un hijo —ilegítimo no natural emancipado o mayor incapacitado— pueden hacer uso de ella también.

En cambio, lo que ya no resulta tan claro es que igualmente pueda deducirse correlativamente, que no a todos los investidos de patria potestad corresponda la posibilidad de hacer este nombramiento: quizá como conclusión lógica que completaría el presunto ciclo evolutivo de esta materia pueda pasar (originariamente era una facultad consustancial al poder paterno; hoy, no, porque se le concede a quien no la tiene —y se citan los casos antes señalados—, y... no se le concede a quien la tiene —¿...? ... los padres adoptivos—), pero le falta el rigor argumental de establecer primero la efectiva exclusión de los adoptantes. Es decir, se pretende obtener el fundamento buscado aceptando una exclusión que precisamente porque se discute si lo es o no, precisa del fundamento para decidir sobre ello.

Y es que ¿de dónde se obtiene la exclusión de los adoptantes, que es la que lleva a decidir que no siempre a la patria potestad acompaña esta posible forma de deferir la tutela? Los que, sin limitarse a darlo por supuesto sin más preocupaciones de fundamentarlo, hacen alguna consideración sobre el particular, lo basan exclusivamente —Pérez

(40) CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil* cit., págs. 415 y s.

González y Castán (41)— sobre el silencio del legislador al no incluirlos expresamente en el artículo 206; y debe convenirse en que esa única circunstancia no suele ser obstáculo para otras interpretaciones superadoras hechas por estos mismos autores que, por su acierto y afán renovador dando acomodo en los preceptos legales a las soluciones más acordes con los dictados de la equidad, con frecuencia encaminamos calificándolas de progresivas. Quizá pueda pensarse que la justificación de esa actitud viene dada por el hecho de que, en sede práctica, no se siente la necesidad de encontrar una solución a algo que se considera ya la tiene, aunque sea por vía indirecta: en este caso la del artículo 207, pues considerando al adoptante como un extraño y en base de los derechos que en su herencia le suele atribuir al hijo adoptivo, aquél tendrá esa misma facultad que el artículo 206 no le reconoce expresamente como padre adoptante. Pero realmente esto no basta; aparte de lo que pudiera haber de vejatorio e injusto en esta solución, está el hecho de que por este procedimiento, de una parte se limitarían las posibilidades del nombramiento, reduciéndolas a sólo el de tutor, y de otra que como la eficacia del así hecho se supedita a que el Consejo de familia resuelva aceptar la herencia o el legado, estaríamos ante una situación incompatible con las normas sucesorias que han de regir la adquisición hereditaria del hijo adoptivo.

De aquí que invoquemos la posibilidad de no considerar resuelta la cuestión por la sola omisión legislativa, sobre todo después de la reforma del Código en abril de 1958, ya que a partir de entonces el silencio del artículo 206 difícilmente puede ser interpretado como exclusión de los padres adoptantes, puesto que el preámbulo de la ley deja bien claro que la intención del legislador era atribuirles esa facultad; por consiguiente, ahora se podrá discutir si tal intención se ha llevado al articulado del Código de forma más o menos clara, e incluso si se ha llevado o, por olvido, se dejó de incluirla, pero lo que no permite dudas ni autoriza a interpretaciones “a sensu contrario”, es el que la intención era esa y, de aquí, que no pueda obtenerse la opuesta de un precepto que, además, se redactó en tal ocasión, cuando tan explícitamente se manifiesta cuál era la intención del legislador.

Todo esto impone, sin duda, una interpretación de la materia favorable a la concesión de esa facultad a los padres adoptantes; ahora bien, ¿encaja esa solución en la expresa legalidad vigente? Unas consideraciones sobre ésta nos proporcionarían datos de interés.

Decía antes que la facultad de deferir testamentariamente la tutela no es ya, entre nosotros, consecuencia exclusiva de la patria potestad, fundamentándose, por lo general, en el interés y afecto que hay que presumir en ciertas personas hacia los menores o incapacitados; es decir, se da un fundamento de mayor amplitud que la simple titularidad del poder paterno, con el fin de que abarque también a los supuestos en que se concede a los que no gozan del mismo; pero,

(41) En su obra y lugar citados.

desde luego, con esta nueva forma de fundamentarla no sólo no se excluyen casos concretos de titulares de la patria potestad, sino que se comprenden todos ellos, porque nada más lógico que presumir en estos casos el interés y afecto hacia los menores e incapacitados que se encuentran bajo su dependencia; y en esa presunción, naturalmente, deberán incluirse los padres adoptantes, en los cuales tendrá especial fuerza dada la voluntariedad en la constitución del vínculo parental. Y es que, en definitiva, de lo que se trata es de hacer posible que quien tiene ese interés y afecto —bien presumible dada su vinculación familiar, o demostrado por la herencia o el legado que le atribuyen— pueden dejar establecida para el futuro una situación que asegure al menor o incapacitado un cuidado o atención similares a los que él mismo les viene prestando —caso de los padres— o a los que desea se les preste —caso del extraño, que por eso no tiene efectividad mientras existan sus padres, que normalmente atenderán a ello—.

Por otra parte, es de notar que se trata de una facultad que se concede pensando exclusivamente en el interés del hijo, ya que al que ha de hacer el nombramiento sólo se le tiene en cuenta como depositario de los intereses del tutelable, y cualquier utilización que haga de esa facultad en desconocimiento de ellos, por medio de un nombramiento arbitrario o caprichoso, no tendría más alcance que el de una actuación personal en el mismo sentido, y ni uno ni otro serían más que extralimitaciones, pero en ningún caso determinantes del poder conferido y ni siquiera previstos y admitidos de antemano por el legislador, al regular una institución como la tutela, organizada en beneficio del que va a estar sometido a ella. De aquí se deduce un argumento más en favor de la atribución a los padres adoptantes de la facultad de nombrar los órganos tutelares: y es que como quiera que la adopción según su nueva forma de regularse, y a diferencia de lo que ocurría antes, se concibe preferentemente en provecho del adoptado, éste gozará de cuantos beneficios puedan derivarse, aunque sea con interpretación marcadamente favorable, de tal situación, y siendo, por otra parte, la posibilidad de esa forma de delación una ventaja para él, en la duda, deberá serle reconocida.

Todas estas consideraciones, respaldadas por la terminante declaración de la Exposición de motivos de la ley de reforma del Código, autorizan una interpretación del párrafo 6.º del artículo 174 que, prescindiendo de la parte segunda y el cambio de sentido que ésta pueda suponer, atribuya todo su valor a la frase “en orden a la tutela... adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo”, de tal forma que en el mismo encuentre su reflejo la decisión del legislador de conceder al padre adoptante la facultad de nombrar testamentariamente el organismo tutelar para su hijo adoptivo, con independencia

de que reciba o no bienes en su herencia, como resulta de ponerlo en relación con los artículos 206 y 294 del mismo Código civil (42).

Como quiera que, según esto, el nombramiento lo harán como padres del adoptado, en nada le afectará de forma distinta que a la de los demás el que, en la tutela menos plena, a la muerte del adoptante vivan los padres por naturaleza del adoptado y por ello recuperen la patria potestad; entonces, si esos padres fallecen a su vez sin haber designado tutela, tendrá eficacia la deferida por el adoptante, ya que, según la Sentencia del T. S. de 17 octubre 1908, el derecho de los padres para nombrar a sus hijos tutor, protutor y vocales del Consejo de familia es absoluto, siquiera en algunos casos no llega a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, durante el cual, en el caso de la Sentencia, había ejercido la madre la patria potestad; si, por el contrario, alguno de los padres por naturaleza nombra tutor, o lo tenía nombrado de cuando aún el hijo no había sido adoptado, entonces será de aplicación lo prevenido en el núm. 1.º del artículo 209 cuando dispone que "si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo al designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad" (43).

2. Esto nos plantea la cuestión de la eficacia del nombramiento de tutor que para su hijo pueden hacer los padres por naturaleza del que ha sido adoptado (44). Este nombramiento puede ser hecho en

(42) Posiblemente, además, fue la creencia del reformador haberlo dejado resuelto en este punto. Podría, quizá, pensarse que para llegar a esta solución no merecía la pena plantear el problema, incluso considerando críticamente los argumentos de los que la propugnan, e incluso el precepto legal en el que termina apoyándose; pero, a mi entender, toda la argumentación está justificada por cuanto que los autores que, como CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, y GAMBÓN, se han ocupado del tema con posterioridad a la reforma, no lo han estimado claramente resuelto; los primeros mantienen, como opinión más probable, la opuesta a la que defiendo, y el segundo, en la pág. 219 de su obra, dice que "queda por ver si la preferencia del adoptante sobre el padre natural se extiende sólo a la redacción a favor suyo del cargo de tutor, o también comprende la facultad de designarlo en testamento con arreglo al art. 206. De ser posible nos inclinariamos por esta segunda tesis...".

(43) Y esto aunque haya de convenirse en que dicha norma, dados sus antecedentes, tiene por finalidad primordial resolver los conflictos planteados sobre preferencia entre tutores nombrados por el padre y por la madre; pero una consideración objetiva de la misma, vista la redacción que se le dio en la reforma, permite sin duda, además, su utilización para el caso que hemos contemplado.

(44) Todas las apreciaciones que siguen se refieren a los supuestos de adopción menos plena y, tratándose de las realizadas en forma plena y en cuanto resulte posible, al único caso de recuperación de la patria potestad por los padres legítimos o naturales cuando pidan judicialmente, y consigan, que se declare extinguida la adopción en las condiciones prevenidas por el art. 175, número 1.º, del Código civil.

tres momentos diferentes respecto de la adopción: 1.º, antes de que se lleve a cabo, es decir, cuando todavía no ha salido de su potestad; 2.º, mientras, vigente la adopción, está bajo la patria potestad del adoptante, y 3.º, cuando, una vez extinguida la adopción, ha recuperado sobre él la patria potestad.

En este último supuesto no habrá dificultades, toda vez que se tratará de una relación normal, que un padre realiza al amparo de lo preceptuado en el artículo 206, y que, como antes veíamos, en caso de colisión con el nombramiento hecho por el padre adoptante, sería preferente a este último, por aplicación del artículo 209, núm. 1.º

En el primero de los supuestos, habrá que resolver igualmente a favor de la eficacia de su nombramiento, sin que a ello afecte la posterior adopción y consiguiente extinción de la patria potestad y adquisición de la misma por el adoptante, puesto que será aplicable la doctrina de la Sentencia del T. S. de 17 de octubre de 1908 a que antes me refería; pero, claro es, que esto será cuando el adoptante, antes de morir, no haya nombrado la tutela, pues entonces, al aplicar el artículo 209, párrafo 1.º, se discerniría el cargo al nombrado por éste, que sería el padre que ejerció últimamente la patria potestad.

Finalmente, en el caso de que el nombramiento lo haga mientras, vigente la adopción, el hijo está bajo la patria potestad del adoptante, creo que debe admitírsele igualmente la facultad de nombrar, sin que para ello sea obstáculo la solución negativa que pueda sostenerse en relación con las personas que se encuentren en circunstancias parecidas a consecuencia de la privación judicial de la patria potestad; y es que el fundamento de la negativa en este caso se hace sobre la base de considerar (45) que si el padre o madre estaban privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad en el momento de designar tutor, es de creer que el nombramiento fuese inválido, pues aun cuando, según nuestro Código, la facultad de hacerlo no derive únicamente de la patria potestad, cuando se hace por los padres parece indudable que la razón de que así sea permitido por la ley entronca directamente con el poder paternal mismo, en el punto de la confianza de que nadie ha de querer mejor para el hijo que su propio padre; pero cuando los padres dan lugar a que sobre ellos recaiga una sanción tan grave como la pérdida o suspensión de la patria potestad es que o tenemos la prueba contraria a aquella confianza o, al menos, ha de faltar base para presumirla. Y esta argumentación no la creo aplicable al caso del padre que ha perdido la patria potestad por adopción de su hijo, como tampoco la que pudiera deducirse del párrafo 2.º del artículo 206 de considerar referida la necesidad de que el tutelable no se halle sometido a la potestad del otro, al instante de hacerse el nombramiento, que debería aplicarse igualmente a los supuestos de privación judicial de la patria potestad, porque, a mi entender, existen varias razones para ello:

(45) ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela* cit., pág. 73.

1.º) Que en ningún caso puede presumirse falta de interés o afecto por su hijo en el padre que consiente la adopción del mismo, porque las condiciones en que habitualmente se produce ponen de manifiesto lo contrario: transigencia de un padre ante la mejora de situación de su hijo, que es lo que suele traer consigo la adopción; y el hecho mismo de que se preocupe el padre del futuro de su hijo nombrándole un tutor para el caso de que por falta del adoptante y de él mismo haya de constituirse la tutela, es una prueba indudable de ese interés y afecto, en el que se pone la nota decisiva para atribuir la facultad, y cuya falta lleva, como acabamos de ver, a que se rechace en los supuestos aludidos antes.

2.º) Que la pérdida de la patria potestad que, según el artículo 167, núm. 3, se produce para el padre por naturaleza, no es resultado de una sanción que se le imponga por consentir en la adopción, sino consecuencia de lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 154 y 1.º del 174 sobre su adquisición por el adoptante, que provoca una incompatibilidad de ambas, que en ningún caso pueden coexistir.

3.º) Que prueba concluyente de lo acertado de estas apreciaciones la proporciona el mismo Código cuando en su artículo 180, párrafo 2.º, dispone que en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza.

Claro es que la efectiva eficacia del nombramiento realizado dependerá, como en los supuestos anteriores, cuando entre en colisión con el que pueda efectuar el adoptante, de la aplicación que habrá de hacerse del núm. 1.º del artículo 209 para discernir el cargo al tutor designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad sobre el hijo al que se le hace el nombramiento.

IV. LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

1. Dice el artículo 204 del Código civil, en su núm. 2.º, que la tutela se defiere por la ley. Y en efecto, el capítulo III del título IX, dedicado a la tutela, con esa rúbrica, estudia en cuatro secciones la tutela que por el legislador se establece para los menores, los locos y sordomudos, los pródigos y los que sufren interdicción.

Pone de relieve De Diego (46) que el viejo Derecho romano encomendó a la familia la tarea de proteger a los necesitados; era éste asunto de familia, de "gens"; por eso la primera tutela que aparece en la Historia es la legítima; es un caso de aplicación particular de la solidaridad familiar. Más tarde, y en reconocimiento del poder paterno, existieron los tutores testamentarios que, como recibían la investidura de una "datio", se llamaron dativos, no pudiéndoseles obligar a desenpeñar el cargo, hasta que más tarde se realizó el carácter de "officium" que, si bien de naturaleza moral, producía consecuencias jurídicas; ya con el nombramiento de tutor testamentario la tutela

(46) En su citada obra, pág. 385.

salía fuera de la familia, aunque por acto familiar o del poder familiar. La decadencia de la "gens" y otros sucesos, como guerras, etc., hicieron surgir la necesidad, remediada por la "lex Atilia", para Roma, y las "Julia" y "Ticia", para provincias, "cui nullus omnino tutor est"; esto marca el momento en que el Estado interviene por medio del Pretor y Tribunos en el nombramiento del tutor, que es ya asunto de la ciudad, y que lo impone como "munus publicum".

Recojo estas ideas sobre aparición de los distintos modos de delación de la tutela, porque tiene interés para el estudio de la correspondiente a los hijos adoptivos poner de relieve que no siempre el orden preferente entre ellos, a establecer con la finalidad de saber cuándo deberá constituirse la legítima, objeto ahora de consideración, fue el que por la generalidad se pretende ver en el Código de absoluto predominio de la deferida testamentariamente, aunque esta opinión sólo sea, a veces, presupuesto para declarar inadmisibles determinadas consecuencias que con ella se obtienen una vez que el Código ha permitido (art. 206) el nombramiento de tutor testamentario también para los incapaces (47).

Precisamente, lo absurdo de estos resultados hacen más justificada la interpretación del profesor De Castro (48), que en base a los antecedentes (Partidas, Proyecto de 1851, Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881), y a la sistemática del Código, empleando argumentos convincentes, pone de relieve la necesidad de distinguir, y mientras para los menores no sometidos a la patria potestad reconoce la preferencia de la delación testamentaria, respecto a los incapacitados considera, con apoyo además en la misma letra del articulado del Código, que debe preferirse la tutela legítima.

2. Esto cobra especial significado cuando se trata de áferir la tutela para los hijos adoptivos que, sobre todo en lo que se refiere a los que lo son en forma plena, dan lugar a situaciones muy diferenciadas según se trate de menores o de incapacitados, dada su peculiar posición por lo que se refiere a las relaciones de parentesco,

Porque, en efecto, la primera cuestión que habrá de resolverse, partiendo de la base de que según el artículo 174, 6.º, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo en orden a la tutela, es la de qué parientes son los llamados a ejercer los cargos de la misma, si los que el hijo adoptivo tiene por razón de la sangre, o los que se le crean a consecuencia del vínculo civil de la adopción, o bien conjuntamente unos y otros.

Habrà de tenerse en cuenta, en primer lugar, que es regla general aplicable de ambas formas de adopción, que ésta produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra, pero no respecto a la familia del adoptante, con

(47) SÁNCHEZ ROMÁN, obra y tomo cit., pág. 1323; MANRESA Y BONET, op. cit., págs. 306 y s.; CASTÁN TOBEÑAS Y CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit., pág. 208.

(48) *Derecho civil de España*, II, parte 1.ª, Madrid, 1952, págs. 294 y ss.

la excepción—que ahora no interesa considerar—de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales. Esto quiere decir que en ningún caso, salvo el supuesto de que se trate del propio adoptante, se entenderán llamadas personas de la familia adoptiva, que por ningún parentesco se encuentran unidas al adoptado.

¿Quiere decir esto que deberá recurrirse a sus parientes por naturaleza? Para contestar a ello habremos de distinguir entre que el adoptado lo haya sido en forma plena o en forma menos plena.

Dice el preámbulo de la Ley de reforma de esta materia en el Código civil, que éste, “influido por las tendencias entonces dominante, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos”. Por tal causa, afirma, “el arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales con los que el adoptado está unido con vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza”; y es de notar que su solución nos proporcionará la del problema que a nosotros se nos plantea al elegir entre parientes de una u otra familia a la hora de constituir la tutela legítima de los hijos adoptivos.

El legislador se enfrentó con la cuestión distinguiendo entre una y otra clase de adopción. En el caso de la plena, por una parte se dispone que “el adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes” (art. 178, 3.º), y el artículo 179, después de declarar que en cuanto a los derechos sucesorios tienen, por ministerio de la ley, los correspondientes a la filiación natural reconocida, dice que “el adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza” (salvo los sucesorios y de alimentos), y que “los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho” (salvo los padres a alimentos en un caso muy concreto). Es decir, se produce una ruptura de vínculos del adoptado con su familia por naturaleza, que impedirá por ello que los componentes de la misma puedan ser tenidos en cuenta en los llamamientos a la tutela legítima. Y que ésta es la solución pretendida por el legislador, resulta bien claro de la Exposición de motivos tan citada, según la cual “la solución que se da en el caso de la adopción plena es sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva” (49).

(49) Pone de relieve GAMBÓN ALIX (op. cit., pág. 241) que la situación creada por nuestra adopción plena no tiene la fuerza que las originadas por la legitimación adoptiva francesa, en la que desaparecen la obligación alimenticia recíproca y todos los derechos sucesorios, toda vez que la conservación de derechos sucesorios y a alimentos denotan la permanencia, también en esta clase de adopción, de una relación de parentesco con la familia natural, si bien es característico que los efectos se producen unilateralmente; y, desde luego, debe convenirse que no repercuten en esta cuestión de la tutela.

De esta forma tenemos que los parientes por naturaleza, en la adopción plena, no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de constituir los órganos de la tutela legítima para el menor adoptado; y como quiera, ya lo hemos visto, que tampoco es posible sean llamados a ella los parientes del adoptante, llegaremos a la conclusión de que la tutela de estos menores, cuyo orden de llamamientos figura en el artículo 211, no podrá constituirse, sucediendo lo mismo para el Consejo de familia, según se deduce de lo dicho en relación con el artículo 294, 1.º, del Código civil. Por lo que se refiere a los mayores incapacitados, la exclusión no es tan absoluta, ya que además de los ascendientes y colaterales se llama a otras personas, y así tendremos que tratándose de la tutela de un loco, sordomudo o interdicto, si es casado, será designado el cónyuge no separado legalmente, y si no lo es, el padre o madre adoptivos, aplicando el párrafo 6.º del artículo 164, y en su defecto los hijos, y sólo de no existir ninguno de ellos nos encontraríamos sin posibilidad de constituir la, pues resultaría ineficaz, como antes decíamos, la remisión que se hace a los llamamientos contenidos en el artículo 211. Si se tratare de un prógigo corresponderá la tutela al padre o madre adoptante, o en su defecto, no pudiendo llamarse a los abuelos por no estar emparentados con él, al mayor de los hijos varones emancipados, y de faltar también, se provocaría la misma imposibilidad de constituir la.

Cabe preguntarse si esta consecuencia de dejar sin efecto la tutela legítima para los menores adoptados en forma plena, y casi sin él la correspondiente a los que con esta calidad, siendo mayores, haya de constituirseles por incapacidad, pueda ser aceptada sin más; y no hay lugar a dudas de que así debe ser porque en la tan repetidamente citada Exposición de motivos de la reforma, tratando del radicalismo con que se regula la eficacia de la adopción plena, dice que "en consecuencia, al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad, la patria potestad se extingue. Los ascendientes y colaterales del adoptado no son llamados a la tutela legítima. Al quedar tan notablemente restringido el número de estos llamados, y no habiéndose, en su caso, dispuesto nada sobre la delación tutelar por el testamento del adoptante, serán frecuentes los supuestos de designación judicial del Consejo de familia y los de Tutela dativa. El legislador, que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes la organización tutelar...", lo que es suficientemente expresivo sobre el particular.

3. ¿Y en cuanto a la adopción menos plena? Por lo que a ella respecta, la reforma ha sido limitada, y la configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida. Se decía (50), a propósito del sis-

(50) PUIG PEÑA, *La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco*, en la Rev. Der. Priv., 1948, págs. 304 y 306.

tema en él recogido, que la adopción moderna, a diferencia de la romana, no saca por completo al hijo de su familia natural, y la relación de parentesco entre ambos permanece intacta, ya que sólo se produce un transporte de los beneficios de la patria potestad articulada ahora en el adoptante. Porque, en efecto, respecto a los antecesores, y prescindiendo de lo que ocurría con la adopción menos plena en las Partidas, que por no traspasar la patria potestad al adoptante, dejaba subsistente el estado legal anterior, tenemos que ya el Proyecto de 1851, en su artículo 141, declaró que el adoptado conservaría los derechos que le correspondieran en su familia natural, principio que se mantuvo en el Código civil, añadiéndole la excepción de los relativos a la patria potestad (51).

Después de la reforma no se encuentra un precepto expreso equivalente al citado, pero del artículo 180 que regula específicamente la adopción menos plena, se deduce sin lugar a dudas que, en todo cuanto no se diga lo contrario, continúa el hijo adoptivo integrado en su familia de origen: así en cuanto a la patria potestad que recuperan automáticamente sus padres en efecto del adoptante; así en cuanto al apellido de su familia de origen, que conserva siempre, pudiendo usar el del adoptante sólo si se expresa en la escritura de adopción. Es decir, y ésta es la consecuencia importante, que esa cierta integración en la familia adoptiva, aun de la forma limitada en que puede efectuarse, sólo se da cuando expresamente así quede establecido, y en todo lo demás sigue vinculado a la suya por naturaleza. principio general en cuyo favor queda, por ello, establecida una presunción muy significativa al respecto (52).

Como consecuencia de ello, cuando a un adoptado menos plenamente haya de constituirsele tutela legítima, los llamamientos se entenderán hechos a sus parientes naturales, con la única excepción de que tratándose de incapacitados, la referencia al padre o madre contenida en los artículos 220 y 227 se estimará hecha de acuerdo con lo prevenido en el artículo 174, párrafo 6.º, preferentemente a los adoptantes, y sólo a falta de ellos —y a diferencia de lo que ocurre en los casos de adopción plena— a los que lo sean por naturaleza, que en este orden de cosas sustituirán a los adoptivos por aplicación de la regla general, lo que concuerda, además, con lo prevenido para la patria potestad en el artículo 180, 2.º

(51) Cfr. GAMBÓN ALIX, págs. 239 y s. que cita, además, el art. 224 del Proyecto de Código de 1844.

(52) A este mismo resultado llega GAMBÓN (pág. 240), no obstante los párrafos 5.º y 6.º del artículo 174, pues dice que “a pesar de que la referencia a los derechos sucesorios parece excluir todos los demás efectos del parentesco por naturaleza, del mismo modo podría decirse que la mención de la tutela y ausencia puede dar a entender que en todo lo demás no expresado queda subsistente el parentesco de sangre”.

V. LA TUTELA DATIVA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

En nuestro Código civil, desarrollando la forma de delación de la tutela prevista en el número 3.º del artículo 204, se dispone que “no habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del artículo 200” (art. 231), consagrando de esta manera la llamada tutela dativa.

Esta forma de nombramiento de los tutores que supedita a la no existencia de los parientes a quienes llame la ley, o a que éstos no puedan desempeñarla, el que intervengan los designados por el Consejo de familia, viene de tiempo siendo combatida en nuestra patria (53), fundándose en que el orden de llamamientos establecido por la ley entre determinados parientes, puede dar lugar a que sea nombrada una persona falta de la aptitud necesaria, demostrada incluso en la gestión de su propio patrimonio, sin que de no existir una causa legal de inhabilidad, pueda hacerse nada para impedir que entre a su ejercicio, por lo que, a falta de tutela testamentaria, consideran debe entrar en juego la dativa; y citan en apoyo de tal solución los Códigos alemán (art. 1.778), suizo (art. 380) e italiano (art. 346), que posibilitan se obvien esos inconvenientes a través de un procedimiento más flexible por el cual puede la autoridad nombrar persona diferente de la señalada por la ley.

Pues bien; la acusada limitación en los llamamientos para el ejercicio de la tutela legítima, que provoca la especial situación familiar del hijo adoptivo, hace que de hecho nos encontremos en situación análoga a la propugnada por estos autores, y ello parece haberse tenido en cuenta por el legislador cuando en el Preámbulo de la Ley reformadora del Código afirmaba que, en la adopción plena, al no llamarse a los ascendientes y colaterales del adoptado, no cabiendo, por ende, la tutela legítima, “serán frecuentes los supuestos de designación judicial del Consejo de familia y los de tutela dativa. El legislador, que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes, en la organización tutelar, no los ha excluido, sin embargo, de estos llamamientos supletorios, para los que, en principio, son hábiles todas las personas: en contemplación de las circunstancias de cada caso, tales llamamientos se harán con amplia libertad, eligiendo las personas que para ello se consideren idóneas, ya pertenezcan a una u otra familia, ya no formen parte de ninguna de las dos”.

De esta forma, se aplica una vez más el principio moderno informador de la tutela, que pone en la intervención de la autoridad y en la flexibilidad de la norma, los dos elementos que oportunamente de-

(53) Cfr. ESCOBAR DE LA RIVA, op cit., págs. 85 y s.

situados proporcionan soluciones equitativas para los diversos supuestos que pueden presentarse, criterio que también se utiliza en los reformados artículos 70, 71 y 73, dentro de la discrecionalidad que se atribuye al Juez civil para mejor acomodarse a las peculiaridades de cada caso, todo ello cuando se dan motivos especiales.

Notas de Derecho Puertorriqueño

ALEJO DE CERVERA

LAS LLAMADAS "SERVIDUMBRES DE EQUIDAD"

El aumento de la población, y las dificultades que hoy derivan del trazado de las ciudades tradicionales, han dado lugar a las exigencias de la moderna urbanística de que se tengan en cuenta las lecciones derivadas de tales circunstancias, y que se tengan en cuenta desde el momento más inicial posible. A esto responden los llamados planes de urbanización, imponiendo al derecho de propiedad restricciones que rebasan ampliamente las restricciones tradicionales, sobre todo cuando implican la conversión en centros urbanos de grandes extensiones hasta ese momento del todo ajenas a tal dedicación.

Pero también la iniciativa privada se ha venido haciendo eco de tales exigencias. En efecto, se ha hecho cada vez más frecuente que un propietario divida en lotes sus terrenos, y los venda como solares independientes a los efectos de la edificación sobre los mismos. En estos casos se ha hecho también práctica corriente que el propietario incluya en las ofertas de venta alguna cláusula según la cual el comprador queda obligado a respetar ciertas restricciones a su derecho a edificar, como la obligación de no edificar sino a cierta distancia, la de respetar cierto estilo, la de no elevar, la de no dedicar a tales o cuales finalidades, etc.

A propósito de estas cláusulas no podía tardar en presentarse el problema de su fuerza vinculante. La manera como la validez jurídica de estas restricciones se ha abierto camino en el derecho de Puerto Rico merece algún comentario, si bien el pleno despliegue de los argumentos posibles en torno a esta cuestión no podía sino producirse gradualmente.

Su fuerza vinculante.—En *Glines v. Matta* (1) se sanciona por primera vez la fuerza vinculante, y, por tanto, la validez, de unas restricciones que según contrato de compraventa afectaban a un solar, y que provenían inicialmente de la decisión unilateral de una cooperativa urbanizadora, decisión consignada en escritura que se inscribió en el Registro. Desde esta sentencia se reconocerá en lo sucesivo que estas restricciones son vinculantes, si bien la actitud de sentencias posteriores conducirá a la perfilación de una doctrina acerca de estas restricciones, de la cual surgirán causas para la no imposición de su observancia, o requisitos para su observancia, etc. Por ello, procederá decir ahora que en *Glines* se reconoce en principio su fuerza vinculante, y que sólo si se trata de verdaderas restricciones procederá imponer su observancia.

(1) 14 D. P. R. 409 (1913).

Su naturaleza jurídica.—Como era obligado, el Tribunal intenta en *Glines* justificar su actitud mediante una calificación de la figura jurídica elaborada por los interesados, lo cual equivale a establecer la naturaleza jurídica atribuible a tales restricciones. Ya en esta sentencia el razonamiento jurídico oscila entre la postulación de su validez sobre la base de tratarse de algo aceptado por contrato, pues la sentencia dice que el demandado estaba obligado a respetar las restricciones dado que había comprado los terrenos en tales condiciones (2) y la postulación de tal validez a través de su calificación como derecho real, pues el Tribunal apoya tal validez, ya basada en el contrato, en el hecho de que las restricciones constaban en el Registro; añadiendo que “todo comprador adquiriría un derecho en la línea de cada uno de los demás propietarios” (3). Prevalece, en definitiva, la calificación como derecho real, pues el Tribunal descansa sobre todo en su calificación como “servidumbre en equidad”, reguladas por los principios de equidad (4), esto es, porque es equitativo imponer su observancia.

La denominación “servidumbre en equidad” procede del derecho norteamericano (“equitables servitudes”), y se usa para mentar una figura también conocida en los países de derecho civil (como opuesto al derecho común anglonorteamericano) bajo la denominación de “servidumbres de propietario”, figura que implica y consagra la fuerza vinculante de tales restricciones. A esta denominación, y a la admisión de la figura correspondiente, acude el Tribunal sin hacerse cargo al parecer de las dificultades inherentes a su calificación como “servidumbres” bajo la vigencia de un Código idéntico en cuanto a las servidumbres al Código español. Estas dificultades no tardarían en presentarse:

Pudo esperarse que por presentarse como restricciones al derecho de propiedad se pensara en el concepto de servidumbre, sobre todo porque aparecen como restricciones que gravan un inmueble en beneficio de otro u otros. En *Fiol v. López de la Rosa* (5), se hace el Tribunal eco por primera vez de la opinión según la cual estas restricciones equivalen a un gravamen o servidumbre, que participa en su esencia de la naturaleza de determinadas servidumbres, y de que se trata de servidumbres negativas. De esto se hace eco el Tribunal en sentencias posteriores.

En efecto, esta calificación estaba encaminada a que terminara negándose la validez de estas restricciones, pues si en efecto se trataba de servidumbres, se trataría de servidumbres impuesta en rigor por el dueño de las dos líneas, cuando aún no estaban segregadas y en manos de diferentes propietarios, lo cual sería imposible, pues el Código niega que así pueda constituirse servidumbre alguna, con base en el conocido principio “nemini res sua servit”.

(2) Este argumento es reproducido en *LAWTON v. RODRÍGUEZ*, 35 D. P. R., 487 (1926).

(3) *Supra*, nota 1, pág. 415.

(4) Como se dice en *Colón v. San Patricio*, 81 D. P. R., 242 (1959).

(5) 46 D. P. R. 749 (1934).

Sin embargo, una vez admitido que tales restricciones eran vinculantes, la evolución iniciada había de producirse en el sentido de que se consideraran buenos los argumentos que podían neutralizar las objeciones en contra de la validez de tales restricciones y nacidas de su calificación como servidumbres. Así, en *Baldrich v. Registrador* (6), el Tribunal dice que no porque se haga uso, por analogía con las servidumbres prediales del Código, de las expresiones "predio dominante" y "predio sirviente", cabe inferior de tal uso que las restricciones de urbanización sean verdaderas servidumbres prediales (7). El Tribunal insiste en su calificación como servidumbres en equidad; y para justificar su inscribibilidad en el Registro, nunca negada ante los tribunales, el Tribunal viene a decir que no es necesario que se trate de una servidumbre predial ortodoxa, sino que basta que se trate de un derecho real, aunque sea un derecho real innominado, al amparo del criterio del "numerus apertus" que inspira tanto al Código como a la Ley Hipotecaria. El Tribunal se cuida bien de advertir a este respecto que, a pesar de ello, no todos los derechos resultantes de estas servidumbres en equidad tienen el carácter y los efectos de un derecho real a los fines del Registro, pues todo depende de la naturaleza del derecho específico de que se trate, cosa que se deja a la jurisprudencia y a la doctrina. Tan decidido está el Tribunal a llegar a la proclamación en principio de la validez de estas restricciones que en *Colón v. San Patricio* (8), dice incluso que si se impusieran las consecuencias derivadas de la calificación como servidumbres habría que ir francamente contra los principios que inspiran la regulación del Código.

Pero el comentario más completo acerca de esta cuestión de la naturaleza jurídica de estas restricciones aparece en el reciente caso *Regino v. Registrador* (9), a propósito de la modalidad especial del anterior problema que se presenta cuando en ley especial se ordena al propietario que establezca tales restricciones. Por ejemplo, cuando un terreno se dedica a urbanización, las leyes de planificación suelen ordenar restricciones en cuanto a destino de dichos predios, tales como la reserva de ciertas extensiones para uso público. En efecto, la misma objeción partiendo del artículo 465 del Código (artículo 530 del Código español) se ha esgrimido en contra de la figura así resultante. Pero el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha proclamado su legalidad, apoyándose en la tendencia también consagrada en varios derechos europeos.

En esta sentencia, de la que fué ponente don Marco A. Rigau, Juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Tribunal no acude a la figura de la servidumbre en equidad. No hace falta, dice. Pues —añade— del mismo Código resulta la posibilidad de tales res-

(6) 77 D. P. R. 739 (1954).

(7) Argumento también usado en *Colón v. San Patricio*, supra, nota 4.

(8) *Ibid.*

(9) Tan reciente que todavía no ha aparecido en los repertorios oficiales. Esta sentencia se publicó el 28 de octubre de 1964.

tricciones, por analogía con las llamadas por el Código “servidumbres legales”. Al desenvolver estos argumentos, el razonamiento del Tribunal resulta también válido para proclamar la validez de las restricciones impuestas por el propietario sin iniciativa ni impulsión alguna por parte de la ley o de los reglamentos.

En efecto, el Tribunal combate, en primer lugar, la prohibición que resulta del artículo 465 (art. 530 del Código español), pues—nos dice—el Código ha de interpretarse sistemáticamente, y del artículo 466 (art. 531 del Código español) ya resulta una excepción al primero. El Tribunal argumenta también positivamente la validez de las restricciones especiales de que se ocupa en este caso, viniendo a decir que la figura de tales restricciones es conocida y sancionada por el Código de las llamadas servidumbres legales, esto es, restricciones impuestas por el Código; pues de éstas debemos concluir la validez de las impuestas por reglamentos especiales, dado que este hecho no debe ser óbice al razonamiento por analogía.

Que el criterio del Código es lo suficientemente amplio para permitir también una conclusión en favor de la validez de las restricciones impuestas sin iniciativa oficial resulta de su articulado mismo, según el cual las servidumbres legales pueden establecerse por utilidad pública (art. 486, que corresponde al art. 550 del Código español), y en el interés de los particulares (art. 487, que corresponde al art. 551 del Código español), sobre todo en vista de que considera tal distinción artificiosa al disponer que, respecto de todas ellas, el Código es supletorio siempre, sin duda porque todas las servidumbres legales se establecen siempre en vista del interés público, aunque en algunas el interés público está más claro que en otras. Si, por tanto, hay restricciones válidas llamadas servidumbres legales, impuestas en favor de particulares, en las que el interés público estará envuelto, lo cual nos lleva a admitir que también puedan imponerse estas restricciones por reglamento, parecen disiparse todas las objeciones en contra de la definitiva admisión de las servidumbres en equidad, que también afectan al interés público.

Apurando el articulado del Código, todavía podría encontrarse un nuevo argumento en favor de la validez de estas restricciones no impuestas por iniciativa oficial alegando que en realidad tales restricciones representan servidumbres en potencia, que sólo llegan a servidumbres cuando una de las fincas pasa a un propietario diferente, y que esta figura tampoco es ajena al Código, pues algo sumamente parecido está reconocido y consagrado en su artículo 477 (art. 541 del Código español).

Requisitos para la validez de estas restricciones.—Era inevitable que, una vez admitido que tales restricciones pudieran inscribirse, cosa que sólo se ha discutido en cuanto a las restricciones impuestas por reglamentos especiales, en el caso *RIXNO*, *supra*, se terminara exigiendo la inscripción para que pueda declararse la fuerza vinculante de tales restricciones. Esta exigencia aparece en el

caso LAWTON v. RODRÍGUEZ (10), y a la vez las exigencias de que tales restricciones sean razonables, que obedezcan a un plan general de mejoras y que consten específicamente en el título. Sin embargo, y según esta sentencia, el elemento "daño" no es algo que haya que tener específicamente en cuenta, pues "el comprador tiene derecho a gozar y disfrutar de la propiedad en la forma y modo estipulado, y no es contestación decir que el acto del cual un demandado se queja, no le inflige ningún daño o no le reportará beneficio alguno (11). Con base en GILLES, *supra*, esta sentencia declara que el mero hecho de que se falte al contrato es suficiente para que se dicte un interdicto. Todo lo cual equivale a imponer la observancia de la restricción en todo caso, con sólo demostrar que no ha sido respetada. Lo cual también equivale a decir que hay una presunción de daño de otra índole.

Este problema acerca de cuál sea la entidad de los daños para que proceda la imposición de la observancia de la restricción aparece abordado de nuevo indirectamente en el segundo caso LAWTON v. RODRÍGUEZ (12), con solución contraria a la anterior, al declarar el Tribunal que no procederá imponer la observancia de tales restricciones cuando sólo se trate de molestar o dañar al demandado, lo cual equivale a exigir al demandante la prueba de la existencia de un daño de entidad diferente al que resulta de la mera violación de la restricción. Esto es, se niega que la violación de la restricción implique una presunción de daño de otra índole. En adelante, el Tribunal va a oscilar entre estos dos criterios (13).

En cuanto a la inserción en un plan de mejoras, de lo que se habla en el primer caso LAWTON, *supra*, sin duda que no se hace alusión tan sólo a las restricciones de este tipo impuestas por ley o reglamento, sino que se refiere también a las que resultan de planes de urbanización elaborados por particulares, para excluir aquellas restricciones que se impongan aisladamente, y cuya observancia eventual daría lugar a dificultades especiales, además de las suscitadas por las demás restricciones que nos ocupan.

Extinción de estas restricciones.—Las alusiones anteriores a daños que no sean los implicados de la mera violación de las restricciones, la exigencia de su inserción en un plan de mejoras, y, asimismo, el que haya de tratarse de restricciones razonables, implica ya el comienzo de una doctrina acerca de la extinción de tales restricciones, pues resulta ya que un cambio en cuanto a planes generales, en cuanto a la situación del demandante, o en cuanto a la razonabili-

(10) *Supra*, nota 2.

(11) *Id.*, pág. 500.

(12) 38 D. P. R. (1928).

(13) En *Fíol v. López de la Rosa*, *supra*, nota 5, se dirá que no todo quebrantamiento de una restricción es un perjuicio *per se*; pero en *Santalla v. Perón*, 60 D. P. R. 552 (1942), y en *Pérez v. Pagán*, 79 D. P. R. 195 (1956), se mantiene el contrario criterio.

dad de las restricciones, estaría ocasionado a la extinción de las mismas.

Como hemos visto, al establecimiento de una doctrina acerca de tales circunstancias como causas de extinción de estas restricciones se llega por iniciativa de los interesados, pues todo hablar de requisitos que haya que cumplir para que resulten válidas equivale a señalar causas de extinción, pues en cuanto faltan, la validez de lo así menoscabado ya no podrá mantenerse. En efecto, todo exigir ante los tribunales la observancia de estas restricciones estaba encaminado a que se objetara que a consecuencia de un cambio en las circunstancias, la restricción había dejado de tener valor para quien exigía su observancia. Esto es lo que representa el segundo caso *LAWTON*, *supra*, por más que el Tribunal se limita a su proclamación, pero sin dar lugar a la extinción de la restricción tal como la reclamaba el demandado, sino que impone su observancia dado que no aprecia que se hubieran producido los cambios que alegaba el demandado, ordenando consecuentemente la destrucción de lo hecho no respetando la restricción. En *MACATEE v. BLASCOECHEA* (14), la doctrina de la extinción ya no se centra en que haya o no daños, o qué clase de daños, sino en que hayan o no sobrevenido cambios radicales en la vecindad, lo cual, según el Tribunal, puede dar lugar a que las cláusulas restrictivas pierdan fuerza vinculante; aunque esta vez las circunstancias del caso no lleven al Tribunal a negar la fuerza vinculante de la restricción cuya observancia se reclama. En *CARRIÓN v. LAWTON* (15), se mantiene la misma doctrina, pero no se usa la expresión "radical" para decirnos cómo tiene que ser el cambio para que proceda negar la fuerza vinculante de la restricción.

En *COLÓN v. SAN PATRICIO*, *supra*, nos dice el Tribunal que no es posible aplicar los modos de extinción de las servidumbres de que habla el Código a estas servidumbres en equidad, porque nacidas de determinadas necesidades, deben dar lugar a que pierdan su fuerza vinculante. El que se entienda que ello ocurre cuando sobrevienen cambios radicales en la vecindad responde a este razonamiento. Por lo demás, esta sentencia señala otros motivos para esta modificación o extinción, en definitiva, y *servata distantia*, los mismos que modifican o extinguen las servidumbres prediales tradicionales. En este caso, el Tribunal hace grandes esfuerzos por precisar cuándo la alteración de la vecindad justifica una negativa a dar fuerza vinculante a estas restricciones. Ello pone de relieve que esto no puede ser de apreciación del Tribunal; que, por tanto, el Tribunal actuará con poderes, en cierto grado, discretionales; y que, por último, no podrá ser de otra manera mientras se mantenga como causa de extinción los cambios en la vecindad.

Legitimación activa.— Desde luego, no hay dificultades para admi-

(14) 37 D. P. R. 1 (1927).

(15) 44 D. P. R. 463 (1933).

tir que quien vendió no podrá sino estar legitimado para reclamar la observancia de estas restricciones. El problema se presenta en cuanto a sus causahabientes. En GINES, *supra*, se reconoce tal legitimación a tales causahabientes, y no sólo a los precisamente contiguos, pues el Tribunal dice que cada propietario tiene un interés común en que se respete la restricción, y que al comprar se adquiere "un derecho en la finca de cada uno de los demás propietarios" (16). La misma doctrina resulta de FIOU Y. LÓPEZ DE LA ROSA, *supra*, y de PÉREZ V. PAGÁN (17).

Esta cuestión se presenta también a propósito de la extinción de estas servidumbres. Se dice que puede ser extinguidas, de manera paralela a cómo pueden extinguirse las servidumbres prediales tradicionales, por convenio entre los interesados. ¿Entre qué interesados? No hay declaración alguna de los tribunales que nos puedan anticipar cuál sería la actitud del Tribunal si el caso se presentara.

Un comentario.—El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha logrado un compromiso satisfactorio entre la necesidad de dar fuerza vinculante a las restricciones que nos han ocupado, y la necesidad de no caer en la figura de las restricciones a perpetuidad. Para lo primero, ha logrado hábilmente evitar su calificación como servidumbre estricta. Claro es que también hubiera podido llegar a la misma conclusión de su fuerza vinculante partiendo del contrato, esto es, apoyándose en una construcción de tal figura, no como derecho real, sino como una *obligatio*; entonces, hubiera podido calificarse de derecho de crédito derivado del contrato al derecho a que se respeten tales restricciones; claro que así la legitimación activa de los causahabientes del primitivo propietario pasaría a depender de lo que se resuelva a propósito de la validez y alcance de las estipulaciones en beneficio de tercero. Este cambio en la calificación, a los efectos de lograr un resultado deseado, procedería paralelamente a lo que se recomienda cuando, para dar validez a una servidumbre predial que consista en hacer, y para salvar las dificultades que para tal validez resultan de su calificación como servidumbres *in faciendo*, se recomienda su calificación como *obligaciones propter rem*.

Si se hubiese llegado a calificar a estas restricciones de obligaciones contractuales, tal vez no se hubiera proclamado la necesidad de la inscripción en el Registro. Todas las posibilidades aquí implicadas se presentarían si algún día se pidiera la observancia de una restricción que no esté inscrita en el Registro. Pero tal vez este caso no se presente nunca: En primer lugar, no se ha presentado todavía; y, en segundo lugar, dado el vigor con que se ha exigido la inscripción, o no se presentará en el futuro, o la pretensión correspondiente estará alocada a su desestimación. Consideraciones similares hay que hacen en cuanto a la eventual pretensión de que se imponga la observancia de una restricción de las que nos ocupan impuesta aisladamente, esto es, no incluidas en algún plan general.

(16) GINES V. MATTA, *supra*, nota 1, pág. 415.

(17) *Supra*, nota 13.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

Recuerdo de Francisco Carnelutti

El sentimiento de los que sobrevivimos por Francisco Carnelutti (entendiendo, de aquellos que lo trataron no de un modo superficial cotidianamente, sino de quienes lo han oído, leído y conocido) evoca y añora el jurista excelso de fama internacional, el escritor de casta, el maestro incomparable, la fuente inagotable de una doctrina imperecedera. Advertimos su estilo y método científico que cautiva sobremanera y que incita a la meditación, su tratamiento valiente de los problemas, su ansia implacable de investigación, la sinceridad de las construcciones conceptuales y la coherente rectitud de las soluciones propuestas. Distintos son los campos que ha abarcado su pensamiento con un recio análisis: la teoría general del derecho, en su variada trama, debe a Carnelutti una renovación fundamental, el sistema del derecho procesal civil —con sus lecciones tenidas en la Universidad de Padua hasta las magistrales elaboraciones dogmáticas editadas por la Cedam— le debe un avance decisivo, el problema de las relaciones entre la obligación y acción, entre acción y proceso —de los estudios en honor de Chiovetta hasta el volumen de introducción del tratado editado por la firma Morano—, aparece hoy desentrañado definitivamente. Lo mismo tenemos que decir respecto a la problemática de una serie de instituciones con las que opera la lógica del derecho: la teoría de la prueba y, en particular, la teoría del documento en sus relaciones con la declaración representada, la teoría del título legal y de la circulación, la teoría de la alteración, la teoría general de la culpa, la teoría del proceso penal, la teoría general de los actos jurídicos deben a su elaboración exhaustiva una renovación radical. Aquí, la sinceridad constructiva del jurista aporta sus pruebas más brillantes. ¿Quién no deja de tener presente las inspiraciones ofrecidas en el cuarentenio de la “Rivista di diritto processuale civile” convertida después en “Rivista di diritto procesuale”, comprensiva del proceso penal? ¿Quién no recuerda la construcción de los vicios de los actos jurídicos y en concreto de la simulación? Ninguna discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino entre la causa típica del negocio (entendido como un medio para un fin) y el intento práctico de las partes. ¿Quién puede haber olvidado su toma de posición en el problema de la eficiencia evolutiva de la interpretación o en la problemática concerniente a la función hermenéutica de la dogmática jurídica en el estudio histórico del derecho? Efectivamente, no todas las concepciones y soluciones por él propuestas se encuentran admitidas. ¿Cuándo se puede estar totalmente de acuerdo con los problemas que propone el estudio del derecho? Por ejemplo, nosotros no compartimos su punto de vista que postula un tercer sujeto intermediario en el procesamiento interpretativo, ni su modo de valorar las antinomias que se presentan al juez de lo penal (cfr. el proceso como instrumento de justicia, 10).

¿Qué incentivo había dado su palabra viva y la hospitalidad de la revista —desde la primera aparición (1924)— que fundó y dirigió. Nuestras notas a las sentencias las suscitaba y las seguía atentamente, por el aprecio que daba a este género de crítica a la jurisprudencia y el profundizar en los supuestos a la luz de los principios. Se puede decir que había seguido a través de las notas y de otras contribuciones, la progresiva formación de nuestro curso de derecho procesal, que acogió su edición con palabras cálidas de elogio. (“*Rivista di diritto processuale*”, 1936, 223.)

Quien tuvo la ventura de volver a ver al maestro últimamente, en ocasión de la reunión organizada por el Centro de cultura de la fundación Giorgio Cini, a propósito del tema “Del derecho tradicional africano al derecho moderno”, celebrado el 3-4 de octubre de 1963, pudo quedarle impreso en la memoria el admirable discurso en que con palabra lúcida y fascinante contrastó “derecho consuetudinario y derecho legal”. Exponía cómo, una vez aceptada la disciplina del Código napoleónico, nuestros juristas se habían interesado por los métodos pandectísticos de modo que se pasaba del análisis exegético a la síntesis del sistema y a la teoría general, alcanzando y superando las posiciones de la ciencia alemana (con Scialoja, Bensa, Vivante, Chiovenda, Cammeo, Orlando, Anzilotti), afrontándose los problemas del arte del derecho, esto es, de berlo hacer según la justicia, ya fuese en su formación espontánea, fundada sobre la experiencia y respondiendo a las necesidades de la comunidad, a través de la costumbre (en la cual es menos fácil la comprobación) o bien fuese en su formación artificial mediante la ley (*statute law* en contraposición a *common law*); método que con la inflación de las leyes está actualmente en un momento de profunda crisis. A este respecto, advertía: “La palabra del orden actual es la planificación, con la que se entiende no sólo la planificación privada sino la oficial”. con fines y medios impuestos por el derecho. Y observaba: “Ciertamente, alguno al predisponer su planificación puede equivocarse, pero no tiene mayores probabilidades de que se equivoque el privado tanto como el hombre público y desdichadamente los errores de este último son más fáciles y peligrosos; más fáciles porque si se equivoca no paga con lo propio, como el privado; más peligrosos porque si la planificación se impone a una colectividad, el daño que deriva del error se multiplica. Y añadía a propósito de las tentaciones del poder: “más graves son las tentaciones para el legislador”. Se derivan las improvisaciones de las leyes, que es uno de los aspectos más graves de la crisis. La diferencia entre el derecho legal y consuetudinario no consiste tanto en la forma como la que hay entre la ley y la experiencia. La crisis es debida a una anticipación siempre mayor de la ley sobre la experiencia, la cual es necesaria para garantizar la justicia. Y dirigiéndose a los africanos concluía así: “Protejeros y no dejaros encantar del mito del legislador. Antes bien, pensar en el juez que es la figura verdaderamente central del derecho. Es más provechoso a un pueblo tener leyes malas con buenos jueces que no jueces malos con buenas leyes. No quiero exagerar hasta el punto de aconsejaros de

repudiar el derecho legal; pero tengo la conciencia tranquila al amonestaros de no abusar como lo hacemos nosotros. Y sobre todo proteger la dignidad, el prestigio, la libertad del juez y de no atarle las manos muy fuertemente”.

Pues bien, las enseñanzas que el maestro ha confiado con su palabra viva, son como la buena simiente sembrada en un terreno que las contingencias más variadas pueden hacerlo fecundo o refractario, según la sensibilidad y la actitud de quienes son llamados a recogerlas. Viene en mente la imagen de la parábola evangélica del sembrador (Lucas, 8, 4-14; Matth. 13, 3-15; Marc. 4, 3-12). Para los lectores inteligentes, para los oyentes atentos, se ha establecido entre ellos y el maestro una comunicación perenne que va más allá del fenecimiento de los despojos mortales: una comunidad espiritual, en la cual —diría Séneca (“de brevitae vitae”, 15, 4)— “nobilissima ingenia tibi dabunt ad aeternitateb iter et te in illum locum, ex quo nemo deicitur, sublevabunt; haec una ratio est extendae mortalitatis, immo in immortalitatem vertendae”. En esta comunicación, para nosotros, que lo hemos escuchado y conocido, Francisco Carnelutti permanece íntimamente nuestro, todavía presente y cercano, sugestivo, que no supone desaparición.

EMILIO BETTI

(Tradujo J. B. C.)

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: "Instituciones de Derecho Civil", Derecho de Cosas, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964.

Acaba de aparecer el segundo tomo de las Instituciones de Derecho civil que en el año 1961 comenzó a publicar el profesor ALBALADEJO. Posee, pues, este volumen las mismas virtudes que la obra de que forma parte que es ya conocida del lector de este ANUARIO. Destacan en ella sobre cualesquiera otras la claridad, el esfuerzo por facilitar la comprensión y el buen orden, que hacen de este libro un instrumento didáctico muy estimable.

La obra de ALBALADEJO es además la única que en estos momentos existe en la literatura civilista española que siga el modelo de los libros de *Instituciones*, que cuentan con el sólo precedente del libro de DE DIEGO. Un libro de Instituciones me parece que es un punto de equilibrio entre la esquemática sencillez de un Manual y la majestad de los Tratados. El paradigma sigue siendo, a lo que creo, el libro de Ruggiero.

El carácter de la obra es claramente didáctico: tiene unos destinatarios muy concretos que son los estudiantes universitarios. El estudioso del Derecho civil, lo mismo si su fin es teórico que si el estudio lo realiza con fines prácticos, encontrará en esta obra agudos planteamientos de los problemas clásicos de nuestra disciplina y el punto de vista del autor, siempre muy personal y sumamente interesante.

El tema del libro lo constituyen las instituciones del llamado con terminología alemana "Derecho de Cosas", que se va realizando a través de siete capítulos.

Los tres primeros contienen una Parte General o una Teoría General de los Derechos Reales, que constituye, a mi juicio, una novedad en la literatura española. El Autor sitúa en ella el derecho real en general, la posesión y la constitución, adquisición, publicidad y extinción de los derechos reales. Especial importancia tiene situar la doctrina de la posesión en una parte general de los derechos reales y abrir con ella prácticamente todo el estudio, lo que significa ya por sí sólo un modo de concebir el fenómeno. Bajo la rúbrica de constitución y adquisición de los derechos reales el Autor sitúa toda la problemática de los modos de adquirir, así como la teoría del título y el modo, estudiando después la tradición y la usucapión. Las páginas dedicadas a esta última figura poseen relieve especial. Un capítulo aparte se destina a la extinción y pérdida de los derechos reales, examinando cada una de sus formas: renuncia, consolidación, etc.

La idea de una parte general del Derecho de Cosas me parece fructífera y aún creo que se podría ampliar, por ejemplo, situando en ella la

comunidad de bienes como cotitularidad de un derecho real y ampliando el estudio de la publicidad de los derechos reales, respecto del cual el Autor se limita a una pura referencia (pp. 152 y 153). Creo que sería bueno que en los libros de Derecho civil las líneas maestras del sistema de Registro se estudiarán dentro de esta parte general, sin romper la armonía del conjunto como ocurre cuando se habla de "Derecho Hipotecario" o de "Derecho Registral". También en esto podríamos seguir la pauta de los autores alemanes.

Un capítulo entero (pp. 155-297) se dedican al estudio del derecho de propiedad. Al estudiar el régimen jurídico de la propiedad el Autor distingue entre "límites del poder del propietario" y "limitaciones a la propiedad". Entiende por *límites* las fronteras o punto normal hasta donde llega el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder del dueño y por *limitaciones* las que procediendo de muchas causas pueden reducir en casos singulares el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. Los límites son establecidos en interés público o en interés privado (relaciones de vecindad, medianería y derechos reales de adquisición de origen legal). Entre las limitaciones se incluyen las servidumbres administrativas y las prohibiciones de disponer. En el estudio de los modos de adquirir la propiedad se sitúan aquellos que no han sido objeto de la parte general (accesión, ocupación, hallazgo y tesoro). El tratamiento de estos fenómenos tiene un corte clásico. Dentro del análisis de la protección del derecho de propiedad poseen gran interés las páginas dedicadas a la acción reivindicatoria (pp. 218-224) y a la acción publiciana respecto de la que el Autor toma partido considerando que no es una acción admisible como acción autónoma en nuestro Derecho Positivo. El capítulo concluye con el examen de la pluralidad de propietarios y de las propiedades especiales (aguas, minas, propiedad intelectual y propiedad industrial).

El capítulo siguiente (pp. 299-449) se dedica a los derechos reales de goce, estudiando bajo esta rúbrica el usufructo, las servidumbres, la enfiteusis y figuras análogas, el derecho de superficie y los censos.

El capítulo de los derechos reales de garantía se abre también con una teoría general donde se estudian los problemas comunes a todos ellos para examinar después la prenda con y sin desplazamiento y las hipotecas mobiliarias e inmobiliarias.

El último capítulo estudia los derechos reales de adquisición, estructurándolo en una teoría general, un examen de los derechos de adquisición legales y de los derechos de adquisición voluntarios (retracto convencional y opción).

Dice el refrán que "cada maestrillo tiene su librillo". Es posible que si tuviera que optar por una sistemática del Derecho de Cosas quien escribe estas líneas alterara en algún punto la del Autor del libro que comenta. Es posible también que respecto de determinados temas y de determinadas soluciones la discrepancia pueda en ocasiones también producirse, porque el Derecho es un fructuoso discrepar para ir construyendo trabajosamente soluciones de justicia. Quien escribe estas líneas reconoce

la gran labor llevada a cabo por el Autor del libro, quien admira sinceramente, deseando que en fecha no lejana dé cima a su propósito de construir estas Instituciones de Derecho Civil, no sólo como instrumento utilísimo del aprendizaje del Derecho civil por las nuevas generaciones, y como aportación fecunda a las letras jurídicas españolas, que en obras de carácter general atraviesan una situación no demasiado brillante, sino para que sean en su día un libro clásico de nuestra literatura civilista.

LUIS DíEZ PICAZO

ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO
Tomo XIII, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1962

Juan Antonio ARIAS BONET, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valladolid: "El matrimonio en el Derecho romano".

Inicia su estudio asegurando que la Historia de las "nuptiae" romanas es un índice muy significativo para el conocimiento de los modos de operar de la Jurisprudencia romana y para explicar la insólita eficacia del Derecho romano, y que, contra lo que se supone, el matrimonio en Roma, presenta muchos puntos de contacto con los modernos conceptos, y, por el contrario, gran semejanza frente a los demás Derechos de la Antigüedad; el principio monogámico y la ausencia de toda idea de compra de la mujer, así lo corrobora.

Revisa las antiguas concepciones clásicas de que el matrimonio romano, en síntesis, descansaba sobre las ideas de convivencia efectiva y de la intención de permanencia en ella, y apoyado en textos de Volterra, Orestano y Schulz demuestra la inveracidad de aquella teoría y que por el contrario la más impresionante realización del genio jurídico romano la constituye el hecho de que el matrimonio existía en cuanto se manifestaba la voluntad efectiva y perseverante de establecer la relación conyugal.

Se extiende en un análisis cuidadísimo de la "affectio maritalis" y sus manifestaciones externas, y cita, extraído de la Apología de Apuleyo, un caso histórico de matrimonio celebrado en el campo, no en la Ciudad, sin publicidad por tanto, y que fue admitido, si bien esto ocurrió en Sabrata, Ciudad Africana, ante el pro-cónsul Claudio Máximo.

Estudia muy ampliamente la exigencia post-clásica de la forma documental para acreditar la exteriorización del "consensus" y la influencia del cristianismo en la evolución matrimonial, afirmando que la creencia de que las "tabulae nuptiales" era requisito indispensable para la validez del matrimonio fue lo que motivó su extensión y su práctica continua, sin que la mentalidad de la jurisprudencia post-clásica, tuviera fuerza intelectual bastante para hacer frente a aquellas desviaciones, que hubiera escandalizado, sin duda, a los juristas clásicos opuestos por completo a los "matrimonialis a documenta".

Francisco FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, Catedrático de Derecho civil: "Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva".

Centra su conferencia en la responsabilidad sin culpa en los daños ocasionados por las cosas, y observa cómo hasta el siglo XIX, la responsabilidad tiene como base indestructible el hecho propio o el de las personas por las que se debe responder, concepto romano que se extiende a la obra codificadora, que tiene su expresión en los artículos 1.382 y 1.383 del Código francés y en el 1.903 del español, y que requieren que el responsable ha de ser también culpable: sin embargo, añade, el Código francés, en su artículo 1.384, contenía una expresión, la de que se respondía "por las cosas que están bajo la guarda del responsable", que se creyó sin importancia por la doctrina, salvo Laurent, y que es el arranque de la moderna concepción sobre el tema. Comenta el proyecto de Código de García Goyena, análogo en este punto al Derecho francés, y los artículos 1.905 al 1.908 del Código civil de España, afirmando que a pesar de que contemplan supuestos de daños ocasionados por las cosas se hallan impregnados por la idea de culpa, sin la cual no hay responsabilidad. Sin embargo presenta cuatro casos dentro del Código civil español de responsabilidad sin culpa, como son los daños causados por un animal, que ha de indemnizarse por su dueño aunque se le escape o extravíe (artículo 1.905), por los humos nocivos (art. 1.908-2.º), por los árboles colocados en sitios de tránsito (art. 1.908-3.º), y por las cosas que cayeren de una casa (art. 1.910), dando a los mismos una justificación histórica.

Afirma, que el moderno concepto de la responsabilidad objetiva es la consecuencia del desarrollo de las técnicas y de la presión de los grandes problemas sociales y traza la síntesis del desarrollo del problema en Francia, con un estudio doctrinal y jurisprudencial muy acabado, citando la frase de Orlando que vaticinó que la materia de la responsabilidad acabaría por independizarse del viejo elemento de la culpa.

Sitúa las teorías defensoras de la responsabilidad sin culpa en dos grupos; el primero de ellos, representado por la existencia de un ligamen causal entre el acto y el daño, "casum sentit dominus", y como quiera que coexisten dos inocentes, el agente y el dañado, se estima que el daño debe ser soportado por el que lo produce, no por el que lo padece. Considera las teorías de este grupo como una regresión a los primitivos tiempos del Derecho, y que deja sin explicar numerosos puntos de controversia: el otro grupo de teorías basamentan la responsabilidad objetiva en tres principales fuentes, la equidad, el sacrificio y el riesgo, sobre las que se extiende con consideraciones de alto valor científico, afirmando que en definitiva tienen su apoyo en la equidad, bien o mal entendida, tendiendo a privar a la responsabilidad causal de su carácter automático y a buscar su fundamento en las exigencias de la justicia. Examina la jurisprudencia española al respecto, cuando dice que la responsabilidad objetiva no tiene carta de naturaleza, revelando cómo en el fondo, el Tribunal Supremo, ha aceptado, sin decirlo, casos de responsabilidad sin culpa. Distingue el caso fortuito y la fuerza mayor,

distinción en la que el Sr. Fernández de Villavicencio cree que está la verdadera solución del problema, y estima que la jurisprudencia, cuando los ha unificado a efectos legales sólo ha querido decir que ni el término fuerza mayor ni el de caso fortuito monopolizan un tipo de hechos determinados, con lo que saca la consecuencia de que bien puede distinguirse entre los hechos fortuitos propios y normales de una actividad y aquellos otros de carácter general.

Realiza un acabado análisis de los artículos 1.104, 1.575 y 1.784 del Código civil, asegurando que, en nuestro Derecho, es posible construir un concepto relativo del caso fortuito y la fuerza mayor, y al mismo tiempo conformar dos tipos de tales conceptos, uno de los cuales afecte a las previsiones propias de una actividad determinada, y el otro a las previsiones extrañas a dicha actividad.

Concluye su trabajo extrayendo unas conclusiones de gran rigor científico, citando la frase de Ripert, de que la Ley Civil se esfuerza por corregir los golpes de la suerte y que una decadencia de la idea religiosa impide a los hombres creer que las desgracias pueden ser queridas por la Providencia como un sufrimiento adecuado para purificar el alma, y sólo un deseo intenso de goce y la creencia en un dicha siempre posible, impulsa a los hombres a tener cada golpe de la suerte como una inmerecida desgracia.

José M.^a ROVIRA BURGADA, Letrado Mayor del Consejo de Estado:
“El impuesto sobre emisión de valores mobiliarios y las modificaciones de los estatutos sociales”.

Después de poner de manifiesto la importancia teórica y práctica de las Leyes Fiscales, realiza el estudio de la Ley de 13 de marzo de 1943, poniendo de relieve, que por la falta de logro de la regulación del impuesto sobre emisión y negociación o transmisión de valores mobiliarios, se produjo la publicación de la orden ministerial de 30 de julio de 1952, la que, por haber variado la esencia de la ley a la que servía de desarrollo, no puede dársele valor legal alguno, como así lo afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1957, citando el autor los textos legales que aconsejaron tan sana medida, como son el Fuero de los Españoles, que en su artículo 9 preceptúa que “nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a ley, votada en Cortes”, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando expresa que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior”.

Realiza un minucioso análisis de las disposiciones de la Ley de 1943, en relación con la materia específica del trabajo, esto es, a los títulos-acciones como objeto impositivo y a la modificación de los estatutos, por lo que se refiere al eventual nacimiento de la obligación de contribuir, conjugándolos con los pertinentes artículos de la Ley de Socié-

dades Anónimas, para lo que lleva a cabo una detallada exégesis legal y jurisprudencial.

Termina su conferencia estudiando el problema de si la modificación estatutaria relativa a la libre o condicionada transmisión de las acciones determina, o no, la exigibilidad del Impuesto de Emisión, razonando muy prolijamente su posición negatoria de la procedencia del gravamen.

Jorge ROURA ROSICH, Decano del Colegio Notarial de Baleares: "Los patrimonio de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios".

La materia de este interesante trabajo la constituye la innegable actitud práctica observada por muchos matrimonios que, al ordenar sus últimas voluntades, quieren realizar un igual reparto de bienes entre sus hijos, olvidando que los bienes son de titularidad distinta y que, por tanto, no pueden ser dispuestos por aquel a quien no pertenecen, cuando lo que inspira esta disposición de los cónyuges tiene un fundamento moralmente irreprochable, cual es el de la idea del patrimonio familiar, el de la igualdad entre los hijos, el interés de evitar proindivisiones y litigios y el de que el reparto se haga conforme a las necesidades, conveniencia y posibilidades de los hijos. Esta distribución indistinta de los patrimonios de ambos padres y el común, entre los hijos, resulta más fácil en Derecho foral; así, en Aragón, a través del testamento mancomunado, la parvedad de su legítima, el nombramiento de fiduciario-comisario del artículo 29 del Apéndice, la sociedad legal continuada, la posibilidad de imponer gravámenes y sustituciones a las legítimas; en Vizcaya, con su absoluta libertad de testar, y lo mismo en Derecho catalán y navarro con sus peculiares distribuciones sucesorias.

Con relación al Derecho común, divide los medios a utilizar para conseguir tal fin en directos e indirectos: Entre los primeros estudia las escrituras de compraventa, de las que deliberadamente se aparta por no considerarlas remedio eficaz para resolver el problema, ya que se incurriría en simulaciones y ficciones fácilmente impugnables; la donación *inter vivos*, que analiza con gran autoridad; la donación *mortis causa*, dentro de cuya solución hace un acabado análisis del artículo 620 del Código civil; la mejora, donde estudia la promesa de mejorar; la *inter vivos*, con entrega de bienes, y las delegaciones de la facultad de mejorar; también considera como remedio indirecto el aplazamiento de la partición, examinando la realizada en su día por los herederos, por el cónyuge supérstite y por contador-partidor, y por último, la partición conjunta por actos *inter vivos*, donde estudia muy ampliamente el problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de la misma.

Entre los medios directos analiza la partición testamentaria combinada, que enlaza con el problema de la revocación de uno de los testamentos de los cónyuges, planteando la doctrina de la causa de las disposiciones testamentarias como solución al desequilibrio práctico que podría producirse, examinando cómo la quiebra del procedimiento de ésta partición

testamentaria combinada puede provenir de la deslealtad de un cónyuge con el otro, faltando al tácito convenio, o del no acatamiento por los hijos de la voluntad de sus padres, dado que los testamentos individuales pueden de hecho lesionar sus derechos de sucesión forzosa.

El testamento particional combinado lo estudia en un doble sentido, a saber: que se ponga en marcha el proceso sucesorio en vida del viudo, o que se aplaze hasta el fallecimiento de ambos padres; dentro del primer apartado examina los casos de la aceptación de los favorecidos, la posición de los no favorecidos y los supuestos de disconformidad, con gran lujo de argumentos y con indudable sentido práctico, llevando a cabo una exégesis certera del artículo 812 del Código civil desde el punto de vista histórico, gramatical y teleológico.

Con relación al segundo supuesto de aplazamiento de las particiones, enseña cómo los problemas más fundamentales se darán precisamente por la falta de acuerdo entre los herederos, y reconociendo que la partición combinada no resulta clara en el Código, invoca como principios generales para defender su subsistencia el de el *favor testamenti*, el *favor partitionis*, el de la antieconomicidad de las proindivisiones y razones de orden rescisorio por lesión que autorice el artículo 1.077 del Código.

Con unas fórmulas prácticas que indica para lograr la eficacia de las particiones combinadas y con una llamada a la instauración del testamento mancomunado, gran remedio para la problemática que tan acertadamente presenta, termina este interesante trabajo.

Isidoro AURELIO FERNÁNDEZ ANADÓN, Notario: "Derecho privado cotidiano".

Parte de la base de que el Derecho debe ser algo cotidiano, porque la vida también lo es y que la gran mole de doctrinas, exégesis, teorías y ensayos legislativos, es erosionada por las formidables fuerzas de la vida diaria y el sentido común.

Plantea la deshumanización del Derecho privado, influido exageradamente por la técnica, con olvido del subsuelo filosófico que irrecusablemente tiene el Derecho. Exige imperiosamente la concatenación del Derecho y la vida, pues aquél no es delectación de manifiacos, sino instrumento para arbitrar soluciones reales, debiéndose huir de organizar sabiamente discrepancias. El Derecho, lejos de ser una clase de adorno o una disciplina de lujo, plantea diariamente problemas vivos, angustiosos y decisivos, que es preciso resolver.

Se refiere a la legislación fiscal y, reconociendo la justicia impositiva, acusa ciertas nostalgias que le inspiran su sistema práctico y el exceso de leyes.

Bajo el subtítulo de "Winscheid en el suburbio", hace un parangón de la vida moderna y el hecho de que los jueces sigan aplicando los libros en latín que regían a Roma y Bizancio, haciendo un panegírico de

su sabiduría y de su permanencia. Adiciona este trabajo tan singular con unas notas muy interesantes, sobre la calidad no jurídica del verbo "prestar" y sobre la teoría del contrato, dos desconfianzas y un notario; glosa un epigrama de Marcial con motivo de una medida policiaca de Domiciano, y las obras de Schkaff, de D'Avenel y Galbrun sobre la depreciación monetaria, la usura y el aspecto matemático del Seguro, respectivamente, terminando con la pregunta de si existe en España la letra de cambio, pues afirma que los efectos económicos de la letra, a salvo su carácter especial de instrumento de compensación de deudas de plaza a plaza, difieren muy poco de los del pagaré.

Narciso de FUENTES SANCHEZ, Registrador de la Propiedad, licenciado en Ciencias Políticas: "Problemas de expropiación forzosa".

Sienta, en primer término, la afirmación de que la expropiación forzosa, considerada en su conjunto, no es una institución de Derecho Administrativo, sino que el Derecho civil es marco adecuado para su tratamiento y desarrollo; expone la interevención del notario en esta materia, glosando el artículo 52 de la Ley vigente, y como la expropiación forzosa presupone una posible avenencia en cuanto al hecho, de la transmisión de la finca y el precio, que requiere, claro es, titulación clara y liberación de cargas, representan dos misiones típicas de la intervención notarial.

Hace un esbozo de la proyección histórica de la expropiación, poco estudiada, comentando las fundamentales disposiciones sobre expropiación forzosa en España (1836, 1879 y 1954), observando cómo a pesar de todos los sistemas seguidos, es difícil conocer la norma aplicable, suponiendo en este aspecto una mejora el Reglamento de 1957, que, a pesar de su obligada sumisión a la Ley, tiene mayor orden y claridad.

A continuación estudia la naturaleza jurídica de la expropiación, con citas de Wolff, Gierke, Roca, etc., etc., para entrar en el examen del momento en que se consuma la expropiación forzosa, es decir, cuando deba entenderse que el expropiado ha perdido la facultad de disponer, con el concomitante problema de la posesión, dado que en el procedimiento de urgencia la ocupación por la administración precede al pago del justiprecio y hasta este momento pudiera estimarse que se conserva la titularidad de disposición.

Se refiere a las "vías de hecho" y a las defensas legales interdictales y de la Ley Hipotecaria, en este punto.

Respecto de la legitimación activa, alaba la concreción de la vigente Ley, no así en cuanto a la causa legitimadora de la expropiación, comentando el artículo 71; en apartado especial analiza la legitimación pasiva, tratando separadamente las figuras del titular expropiado y del representante especial del titular, así como la capacidad y facultad de disposición y las garantías especiales referentes al depósito del justo precio.

Con relación a la avenencia entre los intereses opuestos que la expropiación supone, y que la Ley fomenta, dice que es materia poco estudiada por la doctrina, tratando de los dos momentos en que dicha avenencia puede producirse, esto es, con anterioridad al proceso expropiatorio, y con posterioridad, o sobrevenida, cuya naturaleza jurídica estudia.

Aspecto fundamental como el de las cargas es tratado con todo detenimiento por el señor Fuentes, entendiendo que el medio más idóneo sería el de aplicar las normas de los procedimientos judicial-sumario y ejecutivo ordinario, y que al expedirse la certificación del dominio y cargas, se extendiera una nota marginal cuya fecha determinaría a un tiempo la necesidad de citar a los titulares anteriores, según Registro, y la posibilidad de cancelar automáticamente los asientos posteriores.

Crítica la tendencia de la Administración a olvidarse de los interesados en las cargas y glosa la antigua resolución de 11 de diciembre de 1894, que exigió se entendiera la expropiación no sólo con el propietario, sino con los titulares de censos y cualquier clase de gravámenes y servidumbres; advierte que existen otras cargas—notas de afección de plusvalía, utilidades, impuesto de Derechos reales, etc.—, sin que se conozca el procedimiento oportuno para su cancelación.

El derecho de recobro o reversión es analizado asimismo con gran amplitud; lo califica de cautela contra desviaciones del fin propuesto, y realiza una exégesis de los precedentes legales en la materia, sus efectos y su extinción, para la que recaba la intervención Notarial. Se plantea la pregunta de si en materia de urbanismo cabe la reversión, ante la dificultad de prueba de que no se haya atendido al fin propuesto, estudiando la materia en la Ley de expropiación, artículo 52, y en la Ley del suelo, artículos 90, 123 y 151, y ante la ausencia de concreto precepto legal que lo imponga, estima que el procedimiento para hacer constar la realización de la finalidad expropiatoria sería el hacer uso del artículo 56 del Reglamento Hipotecario, con el fin de no dejar indefinidamente en suspenso el derecho de quienes adquieren fincas expropiadas.

Termina su trabajo con una alusión a la expropiación forzosa de carácter parcial, suscitando muy acertadamente la problemática en cuanto a las cargas y gravámenes que pesen sobre la finca, sólo en parte destinada a la satisfacción del interés general. En nota indicadora al final pone de relieve el autor que muchos de los problemas apuntados a lo largo de su conferencia, fueron obviados por la nueva redacción dada al artículo 32 del Reglamento Hipotecario, por la reforma de 1959.

Alberto BALLARIN MARCIAL. Notario de Madrid: "Titularidad solidaria".

En el preámbulo de su trabajo expone el señor Ballarín Marcial que la titularidad solidaria es una de las formas posibles de organizar frente a tercero la actuación de un interés común, construyéndose como una

forma de comunidad, próxima a la personalidad, que carece de tratamiento en el Código Civil español, en el que no hay más que créditos u obligaciones solidarias. Después de realizar un repaso histórico sobre el origen de la solidaridad, en el Derecho Romano, Germánico, Intermedio y en la época precodificadora y el análisis de los términos solidaridad y correalidad y sus efectos, inicia el estudio de la cuestión en Derecho comparado, empezando por el Código Napoleónico en el que —dice— la solidaridad es un término equivalente al mandato mutuo, apartándose tanto del Derecho Romano como de Domat y Pothier; comenta después el Código Italiano antiguo, que, al seguir al francés, también se basa en el principio indicado; con relación al Derecho alemán, distingue los tres casos de: relaciones obligatorias divididas, obligaciones en mano común —más en las que cada acreedor no puede exigir la prestación para sí sólo, ni en todo ni en parte, ni exigirse tampoco de un sólo deudor, ni en todo ni en parte—, y las obligaciones solidarias propiamente dichas, suponiendo esto una excepción, pues la regla general es la de la parcialidad; en el nuevo Código Italiano se mitigan los efectos de la solidaridad, expone el señor Ballarín, con tendencia doctrinal contraria a la admisión de la idea de representación o mandato; y por último estudia el problema en varios Códigos Hispanoamericanos y en el Japonés.

Analiza el sistema Romano-español y los Códigos que lo siguen, para desembocar en el estudio especial del sistema del Código Civil español, presentando la antinomia de los artículos 1.141 y 1.143, que resuelve, según el parecer general, a favor de la última norma; la tesis del mandato mantenida por la Jurisprudencia y por la Dirección General de los Registros, es combatida y sobre los argumentos de la doctrina científica, que expone, añade su punto de vista, obstaculizador de aquella configuración, cual es, que las partes no puedan solidarizarse sin aceptar al propio tiempo la aplicación del régimen legal en su integridad.

Distingue el mandato de la solidaridad en función de los diversos efectos que produce la muerte del mandatario y el fallecimiento de un acreedor solidario, porque afirma que la solidaridad activa no es un negocio idéntico al mandato, ni a la Sociedad, por más que esté relacionado con ellos, en cuanto la confianza común es el denominador del que deriva, en todas las hipótesis, la posibilidad de que un sujeto gestione el interés ajeno. Termina este apartado con un detallado y ajustado estudio del cómo y por qué se produce el nacimiento frente a terceros de una titularidad plena.

Examina los rasgos más esenciales de dicha titularidad, como son, la unidad del vínculo, que basamenta en argumentos históricos y lógicos, apoyando asimismo su tesis en la interpretación de los artículos 1.138, 1.146 y 1.148, del Código Civil; la identidad de la prestación; la unidad del objeto, y la identidad de causa, de la que discrepa, pues defiende el principio de que la solidaridad puede existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

Estudia la vigencia de los rasgos esenciales de la solidaridad dentro

de las normas del Código Civil, exponiendo lo concerniente al nacimiento de la solidaridad y su concatenación con el debatido principio de presunción de la solidaridad pasiva, y la pugna entre el "favor debitoris" y el "favor creditoris" y sobre la solidaridad de origen tácito. Respecto de sus efectos distingue las relaciones externas de las internas; con relación a las primeras estudia ampliamente, el obrar único, la constitución de hipoteca en garantía del crédito, los actos conservativos o de refuerzo, los efectos extintivos del pago y los problemas de preferencias en el mismo, la cuestión de la posición de los acreedores frente a la reclamación iniciada por uno de ellos y las duplicidades en cobros o pagos; asimismo contempla los diversos sistemas legales de extinción de deuda, como la novación, la compensación, la confusión, la remisión —dentro de la cual lleva a cabo una exégesis del artículo 1.146, en relación con el 1.143—, la sentencia, el juramento decisorio, la confesión, el reconocimiento, la transacción—a la que aplica el sentido restrictivo del Código italiano—, la cesión de crédito solidario, y cualquier cambio de persona dentro de la relación solidaria.

En el apartado de las relaciones externas, estudia el derecho de regreso, que califica de derecho subjetivo derivado de la esencia misma de la solidaridad, con sus problemas de oposición al mismo y *contratación* procesal.

Con un breve panorama de la extinción de la solidaridad, termina su trabajo con el examen de los posibles casos de titularidad solidaria en Derecho español; en el campo contractual —excluyendo aquellos cuya solidaridad sea de disfrute—, en el mandato —expresando que no el poder, sino la responsabilidad, han de ser solidario—, en los Derechos Reales —negando toda posibilidad de asentamiento del concepto sobre ellos, —excepción hecha de la hipoteca y del Derecho de tanteo—, y en el Derecho de familia, cuya naturaleza impide su aplicación.

Se muestra partidario de una suavización del Instituto de la solidaridad y dice que al Notariado le corresponde el ir preparando el camino, debiendo tener una especial atención para establecer con precisión y orden, en las escrituras, los mecanismos correctores correspondientes.

José Luis ALVAREZ ALVAREZ, Notario de Madrid: "El aumento del capital de las sociedades anónimas y la sociedad de gananciales".

A efectos de su trabajo, reduce los cuatro sistemas de aumento de capital que recoge el artículo 88 de la Ley de Sociedades Anónimas, a dos grandes grupos; aumento por aportaciones nuevas y aumentos por transformación. Sobre el primer punto muestra su disconformidad con la tesis de que las acciones nuevas adquiridas durante el matrimonio, son gananciales, para lo que, en primer término hace un detallado análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre la materia, examinando gran número de sentencias, antiguas y modernas, poniendo claramente de relieve que el problema no es unitario y que en él converjen

conceptos de muy diverso origen, como el de frutos—parte General del Derecho Civil—, gananciales —Derechos de familia—, derecho de suscripción—Derecho Mercantil—, etc., etc., que es necesario desentrañar. Para ello, hace un original estudio de la Sociedad y el socio, y de los frutos, de los que dice no pueden ser comparados con el derecho de suscripción, por no haber en éste ni organicidad, ni separación, ni periodicidad, por lo que no cabe identificarlos ni en sentido vulgar ni el técnico-jurídico; para cimentar su posición negatoria de tal asimilación, hace una exposición muy documentada del incremento de valor y del rendimiento, como términos distintos, aquél no fructífero y éste sí, acudiendo a la subrogación, en todo caso, de modo que el derecho de suscripción de acciones nuevas conservaría el concepto —privado o ganancial— que mereciera la acción primitiva; con gran autoridad examina los conceptos de beneficio neto y dividendo, de aquél dice que es la indicación de valor de una parte del patrimonio social que ha de ser destinado por los Estatutos o por la Junta a incrementar el capital, a repartirse entre los socios, a cubrir pérdidas anteriores, reconstituir el capital, o, a amortización del activo, por lo que no es fruto propiamente dicho, aludiendo a las teorías que lo califican como un producto, como un accesorio de la acción, como fracción del capital, como compensación, y como elemento esencial de la acción; la problemática se hace más densa cuando distingue, con gran acierto, entre el derecho de suscripción y la suscripción misma, y por ende lo que ocurrirá si un derecho privativo de suscripción se materializa con dinero ganancial: a favor de la tesis ganancial de las acciones emplea diversos argumentos, que funda en los artículos 1.385 y 1.401 de un lado, en el 1.407, de otro, y en el 1.404 y 1.405, finalmente; aunque para el autor la consideración decisiva de su carácter ganancial viene dada por el artículo 1.401, cuando determina que los bienes adquiridos a costa del caudal común durante el matrimonio y a título oneroso, son gananciales, aunque la adquisición se haga a nombre de uno de los dos esposos. Examina los razonamientos contrarios, es decir, los que suponen la privatividad de la acción nueva, entre ellos el de la asimilación del Derecho de suscripción y del de retracto, y del contenido del artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas. Ofrece dos soluciones que considera como únicas viables, o las acciones son gananciales, con un crédito a favor del socio titular de las acciones antiguas por el valor del derecho de suscripción, o las acciones son privativas con un crédito a favor de la Sociedad de gananciales.

Respecto de la condición de las acciones nacidas por transformación, examina el supuesto en la reservas legales y voluntarias, y con relación a éstas últimas hace la distinción de las estatutarias y facultativas realizadas por acuerdo de la Junta, mas, como de naturaleza semejante, resuelve afirmando que las nuevas acciones tendrán el mismo carácter privativo o ganancial que tuviese la reserva.

Con relación al aumento de capital, con cargo a plus valías o reservas ocultas, distingue las reales y las ficticias; aquellas no hacen sino reflejar el valor real de los bienes, aumentando el activo y compensando

el pasivo con un correlativo aumento; éstas, dice, es un fenómeno monetario puro, fruto del sistema nominalista y en el que lo único que se debe vigilar para proceder al aumento es que la desvalorización esté suficientemente consolidada y que sea irreversible.

Por último, hace referencia al aumento de capital por conversión de las obligaciones en acciones, tanto en Derecho alemán como en el español, para afirmar que en éste las acciones serán privativas o gananciales según lo fueran las obligaciones, aludiendo al problema que plantea la necesidad legal de que el valor nominal de las acciones quede cubierto por el tipo de emisión de las obligaciones, y si existe diferencia se abone por los obligacionistas o se cubra con los beneficios o reservas libres de la Sociedad, problema que resuelve de modo similar al del desembolso parcial y sucesivo en la suscripción de acciones.

Pascual MARIN PÉREZ, Magistrado y Catedrático de Derecho civil:
“La familia y el derecho de familia”.

Dos observaciones hace al iniciar su estudio: la de que el Derecho de familia es la Rama del Derecho civil, donde existen más interferencias de otras disciplinas científicas: Religión, Moral, Sociología, Medicina, etcétera, y la de que el Derecho de familia no está regulado de manera unitaria y orgánica, por el Código civil.

Con carácter previo examina el concepto de familia desde un punto de vista etimológico y dogmático, con citas de Clemente de Diego, Wolff y Jenhs, señalando los caracteres que la familia tiene en Derecho español.

Se adentra en el estudio del Derecho de familia y las notas que le atribuye Ruggiero, las comenta ampliamente, y así respecto del fondo ético de sus instituciones, aún admitiéndolo, expone el profesor Marín, que sus normas son de un puro carácter jurídico; tampoco se muestra conforme con la nota de que hay un auténtico predominio de las relaciones económicas o patrimoniales sobre las personales, y sobre la primacía del interés social sobre el individual, manifiesta que la concreción de la especial naturaleza y estructura jurídica de la familia puede establecerse diciendo que sus normas son de orden público, imperativas e inderogables, que los Derechos de familia no se sientan sobre un plano de igualdad de las partes, que por regla general dichos derechos están denominados por la nota de reciprocidad, que las relaciones de estado familiar son a la vez derechos y deberes, que el estado familiar es una cualidad permanente de la persona y que, finalmente, no cabe la idea de la representación en el Derecho familiar.

Se plantea la pregunta de si el Derecho de familia es público o privado, sentando las conclusiones de que presenta rasgos coincidentes con el Derecho público, sin entrar verdaderamente en su sistema, que las normas del Derecho de familia a pesar de ser preceptivas y necesarias presentan excepciones de índole personal y de índole patrimonial, que las

normas del Derecho de familia deben derivarse de un auténtico Derecho privado, que la relativa autonomía que dentro de dicho Derecho privado, debe concederse al Derecho de familia no impide su indudable relación con el Derecho patrimonial y que la familia debe ser estudiada en diversas ramas de Derechos como el civil, político, canónico, penal y natural.

Estudia en un triple estadio histórico la familia analizando la organización jurídica romana, la organización jurídica germana y la organización jurídico-cristiana.

Respecto a la primera combate la exagerada postura del absorbente "pater familias", apoyándose en Ihering cuando dice que la casa romana era un oasis lleno de frescura en el desierto árido del Derecho y que la mujer romana era la compañera de su marido en la más amplia acepción de la palabra, puesto que la "manus" no era un poder salvaje; considera que la cohesión de la familia en Roma tuvo por causa la naturaleza sedentaria de un pueblo de labradores, girando todo en torno del hogar, en donde reinaba la figura de la madre.

Con relación al antiguo Derecho germano, distingue dos círculos familiares, uno estricto y otro amplio; el primero representado por la casa "Das Haus", comunidad erigida sobre la potestad del señor de la casa, y otro, caracterizado por la "Sippe", que desempeñaba funciones jurídicas de carácter público y que tenía la doble consideración de parentesco y genealogía, constituyendo la asociación de paz más antigua, pues excluía toda hostilidad o enemistad entre sus individuos.

Al tratar de la organización jurídico-cristiana, la estudia en los Evangelios, glosando las notas de la indisolubilidad de la unidad matrimonial, considerando al cristianismo como dulcificador de las relaciones entre padres e hijos y de indudable influencia en la desaparición de la esclavitud. Previene de la crisis que parece notarse en los últimos tiempos en la familia moderna y concede gran importancia a las conclusiones del recientísimo Congreso Nacional de la Familia española.

Termina su conferencia con alusiones acertadas a la intimidad de las relaciones jurídico-conyugales, que no deben ser publicadas, solicitando que debe llevarse a cabo una modificación de las normas relativas a los derechos de familia y sucesión para aproximarlas al Derecho de las regiones forales; solicita asimismo el reconocimiento entre la doctrina de las fuentes del Derecho, de la jurisprudencia notarial y registral y que se exija un gran rigor formal para los actos jurídicos familiares.

Hermenegildo BAYLOS CORROZA, Letrado del Consejo de Estado:
"Algunas indicaciones sobre la naturaleza jurídica de la propiedad industrial".

A modo de prólogo de su trabajo, expone su autor que la propia denominación de su estudio indica que no pretende afiliarse en una concepción determinada ni menos suministrar una calificación distinta de las al uso de lo que sea el derecho de los inventores.

Pone de manifiesto la penuria bibliográfica y la falta de curiosidad científica sobre la materia, y pasa inmediatamente a hacer un inventario de las doctrinas existentes, destinadas a examinar en qué categorías de poderes jurídicos debe encuadrarse la exclusiva del inventor sobre su creación y la del comerciante y del fabricante sobre su marca o su nombre.

Analiza la teoría del Derecho de personalidad, afirmando que, si tal fuese su fundamento, no se entendería entonces la duración limitada en el tiempo de los derechos de propiedad intelectual, ni que su libre ejercicio lleve anejo la prohibición de la misma actividad para los demás ciudadanos, olvidando al propio tiempo el carácter transmisible de esta clase de derechos. Pasa revista a la teoría del derecho de propiedad, a la que hace objeciones de gran interés, tales como el que esta especial propiedad haya de adquirirse a través de una actuación administrativa previa; la de su temporalidad, que mal se aviene con la perpetuidad del dominio; la ausencia de la "plena in re potestas", característica de la propiedad en los derechos intelectuales. Reconoce el gran predicamento de esta doctrina, que utiliza el recurso de que un mismo tipo de Derecho es diferente cuando recae sobre objetos de distinta naturaleza. Admite que la teoría del derecho especial sobre bienes inmateriales, de Köhler, supone una gran aportación, puesto que trazó magistralmente la línea que separa a las cosas físicas de las creaciones del espíritu humano; pero que esta concepción unas veces matiza la tesis de la propiedad y otras, por el contrario, robustece las objeciones formuladas contra la misma.

Sobre la tesis del contrato entre el inventor y la sociedad, dice que si bien expresa la razón de la protección, no resuelve el problema de la naturaleza jurídica de los derechos de que se trata. Entiende que el problema de la naturaleza jurídica de la propiedad industrial está íntimamente ligado al estudio de la naturaleza y peculiaridades de estos objetos jurídicos, y lo que realmente sucede es que falta la formulación de una ontología de las creaciones del espíritu humano como objetos de derecho.

Conviene con Guasp en que la teoría del objeto del derecho se ha rezagado sensiblemente con respecto a la doctrina del derecho subjetivo; la clasificación de las cosas en corporales o incorporeales, romanista, es *inservible para el encuadramiento de unas realidades no existentes en aquella época*, y por otra parte, se pregunta si las creaciones del espíritu humano, cuando van a convertirse en objetos de un señorío jurídico, son sólo meras inmaterialidades, sin otra determinación, rectificando la doctrina de la materialización de las creaciones para la que esta materialización, en una cosa física, produce el que la creación se quede en una simple idea, cuando, por el contrario, la creación es algo tan real como cualquier cosa del mundo de la naturaleza; estima, también por vía de rectificación, que en las creaciones humanas no hay ejemplares, son ejemplares únicos, por muchas copias que se realicen. Con gran autoridad y originalidad, discurre sobre el tema de las copias, de la reproducción de los ejemplares, que es por donde se acerca a las fronteras

del Derecho; manifiesta que el problema de los ejemplares de la creación se hace real cuando el sentido de la creación se convierte en un mero enunciado de condiciones, en una norma, en un "deber ser" dirigido a la materia; a la transformación del sentido de una creación en ese "deber ser", le denomina "formalización de sentidos", y a su resultado le llama "prototipo" o modelo.

Clasifica las creaciones del espíritu humano en tres grupos: Creaciones que expresan un sentido formal; creaciones de sentido intelectual, y creaciones que expresan su sentido en un aspecto finalista. En las primeras sólo una única materialización es capaz de proporcionar el "prototipo", como la pintura; en las segundas, cualquier materialización sirve para realizarla, como el libro, y el último grupo se caracteriza porque ninguna materialización da formalizado el "prototipo", y su obtención se realiza a través de actuaciones ante la Administración.

Esto establecido, afirma, que bien se comprende el que la Ley no exija al pintor actuación alguna para disfrutar de un derecho exclusivo del "prototipo"; porque cuando se trata de creaciones intelectuales, la Ley concede un acceso directo al derecho, pero con la obligación del autor del depósito de la obra y, por último, se hecha de ver que no es un capricho del legislador la existencia de la patente, ya que en ninguna de las materializaciones de su invento se encuentra formalizado el "prototipo" a garantizar.

Termina su trabajo con las siguientes conclusiones: Que el objeto que protege el derecho de los creadores no es la creación misma, sino otra cosa profundamente diferente de la creación, que es su "prototipo" que cuando ningún ejemplar material formaliza el "prototipo", debe existir una actividad jurídica del sujeto dedicada a constituir el objeto del derecho futuro, por medio de declaraciones ante la Administración Pública, o inscripción en Registros; y, por último, que el problema fundamental que existe en esta fase intermedia, que va desde la creación hasta el derecho, es si la "exclusividad y la temporalidad" con que el derecho aparece, son notas que afectan al contenido del derecho mismo, o son características con que resulta ya adornado el objeto. Afirma, por tanto, que la teoría de la naturaleza jurídica de la propiedad industrial empieza antes de tiempo, porque empieza antes de que haya terminado el fenómeno.

Manuel OTERO PEON, Notario: "La comparecencia de los religiosos en el instrumento público".

Dice del Notario que no es propiamente un técnico de Derecho notarial, sino que ha de ser un jurista, con conocimiento y visión de todas las doctrinas jurídica y de todo el ordenamiento legal en que pueda estar encuadrada la capacidad jurídica de actuación de las personas físicas o jurídicas que ante él comparecen; afirma que el juicio de capacidad que ha de formar el notario es un complejo resultado de contemplar una serie

de hechos y de preceptos jurídicos que determinan la adecuación entre medio y fin; en cuanto a los hechos, admite que son de variadísima naturaleza y que van desde la simple aptitud psicológica del querer y del obrar hasta las más complejas situaciones de vida de los que actúan, y que las normas jurídicas que ha de tener presente el notario son las del ordenamiento jurídico nacional, aunque a través de ellas exista de hecho remisión a normas ajenas, por lo que el ámbito se amplía en grandes proporciones.

Para resolver el problema del juicio de capacidad, cuando se trate de un religioso, destina un primer apartado al análisis del estado religioso, del que dice que es uno de los estados jurídico-canónicos de perfección evangélica. Hace un minucioso repaso histórico de cómo han sido las relaciones entre el Estado e Iglesia, en España, hasta el Concordato, y en éste, glosando sus artículos II y IV. Estudia la perfección evangélica y los estados jurídicos para alcanzarla, examinando los medios directos e indirectos para su consecución; entre los medios directos, cita la Gracia de Dios, los Mandamientos y los Sacramentos, y entre los medios indirectos, la castidad, la pobreza y la obediencia.

Estudia las religiones en el Derecho Canónico vigente, y previo el concepto de religión, que define como sociedad de bautizados aprobada por legítima autoridad eclesiástica, en la que los miembros viven en común, y, según las leyes propias de la misma sociedad, emiten votos públicos para tender a la perfección evangélica, mediante el cumplimiento, cuando menos, de los Consejos Evangélicos llamados Generales, analiza las personas, la aprobación por la autoridad legítima, la vida en común, las leyes propias y los votos públicos.

Clasifica las religiones en clericales y laicales, de voto solemne y de voto simple, de Derecho Pontificio y de Derecho Diocesano, en exentas y no exentas, y, por último, en jerárquicas y no jerárquicas.

Desarrolla el régimen de Jerarquía, bajo el que se gobierna la Iglesia, haciendo la distinción de una jerarquía externa y otra interna, que estudia con gran detenimiento.

Dedica un capítulo especial de su trabajo al estudio de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de los actos realizados en contra de la materia de los votos, realizando un análisis del canon once del Código o Derecho canónico, desentrañando con gran rigor científico los conceptos de invalidez e ilicitud.

La segunda parte, de gran interés profesional, la destina a las consecuencias prácticas de la comparecencia en un instrumento de un religioso, para lo que, en primer término, trata de la designación del religioso, concediendo la primacía a su nombre en religión, en virtud de su "status" jurídico-religioso; examina asimismo las autorizaciones para comparecer, quién ha de concederlas y manera de reflejarlas en el instrumento; los diversos conceptos en que puede intervenir el religioso, es decir, por razón de oficio o cargo, por su propio derecho e interés, y en funciones de representación de un tercero, parando la atención en la actuación en nombre propio, tan unida a la materia del voto de pobreza,

tratando con gran extensión las prohibiciones de renuncia de bienes de los novicios (canon 585), de los religiosos profesos en Congregaciones religiosas o de voto simple, en las Ordenes religiosas (cánones 583 y 581), y la pertenencia de los bienes que les venga después de la profesión (canon 582).

Hace a continuación una completa exposición de las obligaciones positivas que crean y mantienen el ambiente en que ha de desarrollarse la materia del voto de pobreza, y en especial de aquellas que se traducen en actos jurídicos susceptibles de constar en instrumento público.

Y con una acabada exposición de las materias de administración, uso, usufructo, y sus aplicaciones prácticas, cierra este interesante trabajo con una confrontación de la legalidad vigente expuesta y lo que ocurre en la realidad, y con el estudio de la forma en que han de justificarse al notario y éste incorporar al instrumento las autorizaciones o licencias, las dispensas o indultos en su caso y la vigencia de normas especiales en las Reglas y Constituciones, destacando el agudo problema de la ausencia de toda regla legal respecto de las Congregaciones de religiosas o de religiosos, no clericales, exentos.

**Antonio CANTOS GUERRERO, Abogado Fiscal del Tribunal Supremo:
"Grandezas y títulos nobiliarios".**

Hace una exposición, en primer término, de la proyección histórica y de la situación actual de la legislación sobre la materia, y dice que para una debida comprensión de la verdadera naturaleza jurídica del título nobiliario, debe empezarse por estudiar la naturaleza del nombre, analizando en los diversos estadios legislativos y cronológicos. Considera que la especialidad del título nobiliario dentro del género "nombre", está en la forma de ser transmitido, pues así como el nombre familiar se transmite en forma plural de padres a hijos y se extingue con la carencia de descendencia, el título se transmite de forma singular, en régimen de mayorazgo, y no desaparece jamás.

Examina con gran detenimiento la doctrina de la "transmisión civilísima" de la Ley 45 de las de Toro, y, contra la opinión de algún sector de doctrina contrario a su vigencia, invoca los argumentos por los que afirma sigue subsistente la legislación secular, entre los que cita el artículo 13 de la Ley desamortizadora de 11 de octubre de 1820 y gran número de sentencias del Tribunal Supremo, sentando la conclusión de que las mercedes se transmiten "ipso jure" y que sólo el "óptimo poseedor" posee el título, aunque lo detente otro, contra el que tiene en todo momento expedita la acción reivindicatoria.

Estudia separadamente los conceptos de creación, caducidad, rehabilitación y sucesión, dando el debido tratamiento jurídico-legal a los mismos, terminando su interesante estudio, que hay que unir a los escasos sobre la materia, con la referencia a la jurisdicción y al procedimiento,

comentando la intervención del Ministerio fiscal a través del ordenamiento positivo y Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Cree que en los pleitos sólo debe prosperar el derecho ejercitado por el óptimo poseedor y que, por el contrario, debe respetarse la situación administrativa creada cuando sólo se discute el mejor derecho relativo entre precaristas.

Wolfgang KUNKEL, Catedrático de la Universidad de Munich: "El concepto de libertad en Cicerón y bajo el Principado".

Con la cita de Lotario Wickert, que adopta una posición que presenta gran analogía con la tesis de D'Ors, estima que la libertad del ciudadano romano consistía en la posibilidad de moverse libremente dentro de los límites trazados por la política, por la religión y por la moral y de tomar parte de lleno en la vida y especialmente en la vida política; esto durante el período republicano, puesto que en la época del Principado la "libertas" se equipara a la "securitas", es decir, que lo que primaba era la seguridad jurídica en particular, de escaso relieve en la República, donde era frecuente el sacrificio del ciudadano al arbitrio del que detentaba el "imperium" y de otros grandes señores, con sus consecuencias de opresión, doblegamiento de la voluntad y maltrato, de los que hay gran cantidad de testimonios; extrae la conclusión de que la definición de libertad romana en Wickert, mejor encaja dentro del ambiente pacífico y de orden del Principado que en los tiempos de crisis de la República; analiza el término "libertas", en el juriseconsulto Florentino, añadiendo que para comprender el concepto romano, no se debe partir de sus propias definiciones, pues aun los juristas eran malos definidores, y que es preferible atenerse a los hechos del Derecho Romano, a la vida estatal y a otras manifestaciones concretas de los autores romanos, cuyas concepciones de libertad alumbran aspectos muy determinados.

Estudia la tesis de Fritz Schulz, quien califica el concepto romano de libertad de claro, limitado, práctico, jurídico y quizá algo escueto.

Comenta a Tácito en su identificación entre la monarquía y la opresión y las concepciones de Cicerón respecto a la "libertas rei publicae"; para quien, a pesar de idealizar la monarquía con la doctrina del "rex" romano, que no habría sido señor, sino padre y custodio, es en último término también de la opinión de que sólo un estado organizado republicánamente puede ser libre; considera que la libertad en las cosas públicas fué siempre la ideología de un círculo cerrado, es decir, de los que se sentían llamados a participar en el mando, exponiendo las ideas de la época de que sólo el Senado y el estamento senatorial eran los llamados a gobernar.

Estudia a Augusto, de quien dice dió a su nueva regulación el carácter de una restauración de la república y que la "asunción de la tribunitia potestas" no tenía solamente un valor político puro, sino que quizá

dicha asunción tuviera el carácter de ejercicio de un "jus auxilii" en favor del ciudadano particular.

Termina afirmando que la época del Principado, pese a los abusos de algunos de los príncipes, fué guiado por los principios de la civilización, de la moderación y de la Justicia.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ, Notario de Madrid: "La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil".

Se trata de una extensión en cierto modo, de un trabajo del mismo autor comentando las orientaciones de la Dirección General de los Registros con relación al problema de la eficacia que, frente a la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pueda tener la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso por mujer casada, y en especial la confesión de su esposo afirmativa del carácter privativo del dinero con yue fué satisfecho el precio de la compra; dice que la Resolución de la Dirección General de 11 de marzo de 1957, de argumentación análoga a la tesis por el autor mantenida en su anterior trabajo, y las críticas de Vallet de Goytisolo a aquella Resolución es lo que ha motivado su presente trabajo.

Divide su estudio en dos partes: la primera de ellas es destinada a la confesión extrajudicial, afirmando que su problemática radica en si se le otorga eficacia porque se supone que lo confesado responde a la verdad, o por que, aunque no responda a ella, debe asegurarse la libre disponibilidad de la persona sobre sus propios intereses.

Presenta las dos posiciones que se han mantenido respecto de la confesión a lo largo de la historia: la doctrina del Derecho común, basando el proceso en el principio de disposición y en el de la verdad formal, por lo que se tenía a la confesión por la reina de las pruebas, y la doctrina moderna procesalista que ha relegado a la confesión a un plano secundario.

Proporciona las notas distintivas de la confesión judicial y de la extrajudicial, para entrar en el campo de la naturaleza jurídica de esta última. Esquemáticamente, las soluciones las refiere a dos grupos: los que ven en la confesión un simple medio de prueba (Bethmann-Hollweg y Furno- y los que la consideran como un negocio jurídico (Bähr y Messina), que analiza con gran precisión, si bien reconoce la existencia de una posición intermedia, defendida en Italia, que da a la confesión extrajudicial el valor de un negocio de reconocimiento o fijación (acertamiento) que constituye la causa del negocio. Antes de exponer su teoría personal sobre este punto, el señor González Enríquez establece ampliamente unas bases previas, con fundamento en el Derecho positivo, que han de sustentar su opinión y son: que la confesión se regula como medio de prueba de las obligaciones; si ha de recaer sobre simples hechos o puede recaer sobre relaciones jurídicas —que desarrolla muy acertadamente—, distinguiendo aquel supuesto en el que la confesión tiene por finalidad

crear a favor de su destinatario el título mismo de la relación, y aquél otro en que sólo se trata de admitir la existencia de una relación como supuesto de hecho de un efecto concreto y determinado, perjudicial al confesante, y que no es el típico de la misma; la de la causa de la relación jurídica confesada, y por último la de la eficacia de la confesión extrajudicial, asegurando que el artículo 1.232, párrafo primero del Código civil es aplicable a la confesión extrajudicial y que el mismo artículo impone el carácter de prueba plena.

Después de sentadas tales bases centra las siguientes conclusiones básicas: que la confesión extrajudicial no es un negocio jurídico; que es un medio de prueba legal que atribuye a su destinatario una posición jurídica substantiva con ciertas semejanzas a la que resultaría de la celebración de un negocio jurídico; y que por ello se aplican a la confesión algunas normas del negocio, o bien mecanismos de función análoga a otros previstos para el negocio.

Afirmación de que no es un negocio jurídico; aquellos —dice— que han configurado la confesión extrajudicial como tal negocio, lo conciben, unos, como negocio constitutivo, para lo que parten de la distinción entre confesión verdadera y falsa, y otros piensan que, en todo caso, existe un negocio, ya que la voluntad se dirige no a crear la relación, sino a fijar la situación existente. Rebate ambas teorías y extrae la consecuencia de que la confesión, si es conscientemente falsa, no puede ser considerada judicialmente como negocio y que el único medio de escapar al dilema confesión verdadera-confesión falsa, y dar una naturaleza jurídica unitaria, es preciso negar relevancia jurídica a la voluntad negocial que pueda haber dentro de ella y detenerse por tanto en su consideración como medio de prueba, añadiendo que la confesión como expresión voluntaria no es voluntad de efecto, sino simple voluntad de acto, es decir, que no existe la voluntad propia de todos los actos jurídicos no negociables.

Afirmación de que sólo es un medio de prueba con características muy especiales, entre las que se encuentran su carácter tasado, legal, de eficacia predeterminada y preconstituida.

Por último, respecto de la afirmación o conclusión de aplicarse a la confesión algunas normas del negocio jurídico, parte de la consideración de que el ordenamiento legal, al conceder a la persona un ámbito de autonomía en la fijación de sus situaciones jurídicas, le permite un doble camino; o bien por el instrumento que supone el negocio jurídico, o por el contrario fijando libremente aquellos supuestos de hecho de los que ha de depender la aplicación de normas jurídicas que impongan consecuencias también jurídicas a cargo del confesante. Fija el carácter de la confesión diciendo que no se debe poder conseguir por dicha vía lo que no sea posible obtener por el camino del negocio jurídico: manifiesta la necesidad de capacidad para hacer la confesión, la doctrina de la causa, y por último la exigencia de que la materia de la confesión esté entregada por la Ley a la libre disponibilidad del confesante. Pone de relieve que el sistema de control de la confesión es totalmente diferente a la del

negocio jurídico, pues en éste se afirma la voluntad de provocar de manera directa un efecto que antes no existía y en la confesión se afirma la existencia previa de los hechos que darían lugar a determinadas consecuencias jurídicas, examinando el por qué de esa diferencia de control. Termina afirmando que el negocio jurídico, la confesión y los actos propios —a los que brevemente se ha referido—, no son sino tres manifestaciones de un principio básico y primario en el Derecho natural: la libertad que por mandato del propio Derecho se ha de otorgar a toda persona, trae consigo una vinculación de ésta a las manifestaciones de voluntad o de verdad que realice expresa o tácitamente en uso de esa libertad. Los tres conceptos, persona, libertad y vinculación o responsabilidad, son interdependientes entre sí.

La segunda parte del valioso trabajo del señor González Enríquez, es dedicada a desentrañar si la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil, según el cual se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, puede o no desvirtuarse mediante la confesión extrajudicial que uno de los esposos realice afirmando que un bien determinado pertenece privativamente al otro.

Para el autor dicha confesión, versa de manera inmediata sobre una facultad de uno de los cónyuges para hacer valer frente al otro la existencia de un título atributivo de un bien determinado con carácter privativo; y de manera mediata sobre éste mismo título, y que no hay propiamente confesión de una relación jurídica, aunque si algo muy análogo, ya que lo confesado es una situación jurídica y no un mero hecho.

Distingue tres aspectos en la fijación de la "ratio juris" del artículo 1.407: Las relaciones con terceros, el régimen de los bienes durante el matrimonio, y su destino a la disolución de la sociedad de gananciales. Respecto del primero dice que el artículo 1.407, funciona con carácter imperativo y así lo cree también respecto del segundo aspecto, es decir el del régimen interno de los bienes del matrimonio, estimando por tanto que el bien será ganancial a todos los efectos durante el matrimonio hasta el momento en que se consiga probar que no lo es; y con relación al tercer aspecto, el del destino de los bienes a la disolución de los gananciales, se muestra partidario de que no hay razón alguna para sostener el carácter imperativo de la presunción, porque ya no hay fines matrimoniales que cumplir, ni cargas comunes que levantar, ni adscripción de los bienes a funciones legales preordenadas, concluyendo en su consecuencia que un negocio jurídico que durante el matrimonio celebraran los cónyuges para sustraer un bien de la presunción del artículo 1.407, no tendría efectos respecto de terceros, incluidos los legitimarios del confesante, y respecto del régimen de ese bien durante el matrimonio, pero que sería decisivo para la naturaleza del mismo a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y que, por tanto, en esa misma medida será eficaz o ineficaz la confesión destinada a desvirtuar la presunción del artículo 1.407 del Código civil.

José PUIG BRUTAU, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona: "La interpretación del testamento en la jurisprudencia".

Afirma que la eficacia del testamento se funda en la voluntad del testador y en la sanción legal, pero que tal eficacia está encauzada por la jurisprudencia cautelar de los notarios y la jurisprudencia decisoria de los Tribunales de Justicia. Los Notarios —dice— son los intérpretes de una voluntad que ha de durar después de la muerte y les corresponde convertir un estado de ánimo o una realidad psicológica en una situación jurídica, dando con esto idea cierta de la labor notarial en este aspecto.

Pone de relieve, que del mismo modo que el notario debe lograr una clara y precisa conversión de la voluntad del testador en una regulación de efectos jurídicos, las Sentencias del Tribunal Supremo fijan inalterablemente el alcance de aquella voluntad, creyendo que el riquísimo contenido de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es debidamente conocido.

Examina el contenido del artículo 675 del Código civil, aseverando que la prudencia del notario se ha de dirigir a lograr el resultado de que el sentido literal del testamento coincida con la clara expresión del testado. Comenta la sentencia de 8 de julio de 1940, que declaró que un escrito ológrafo, en el que se habían observado los requisitos de forma, no era tal testamento por entenderse que no había intención de testar. Desarrolla el principio de la literalidad del testamento y la intención del declarante, exponiendo la tesis de que la regla fundamental en esta materia, es la de averiguar la verdadera voluntad del testador, sin perjuicio de que deba desprenderse del texto literal. Examina con todo detenimiento muy diversas sentencias del Tribunal Supremo, resolviendo casos prácticos del mayor interés.

Trata también no sólo de las cláusulas oscuras y ambiguas, sino de las lagunas, distinguiendo la manifestación tácita y la presunta; de aquella dice que no deja de ser manifestación de voluntad y de ésta que se funda en indicios manifestados en circunstancias determinadas, y que las consecuencias jurídicas no se fundan tanto en la comprobación de una voluntad concreta, como en la regularidad con que debe admitirse la voluntad en tales determinadas circunstancias. Crítica la dición legal del artículo 675 del Código civil, ya que recurrir a "lo más conforme" no es comprobar una voluntad subjetiva —dice—, sino contentarse con una aproximación justificada por las circunstancias del testamento, por lo que cabe preguntarse si se busca lo verdaderamente querido o lo que resulta más procedente ante una situación determinada. Trata brevemente de la interesante cuestión acerca de las dudas de si el primer llamado es un usufructuario o un heredero fiduciario. Termina su conferencia exponiendo que para evitar disposiciones caprichosas y conseguir una clara delimitación de lo querido y lo excluido por el testador, es fundamental la intervención de la Jurisprudencia cautelar del Notariado, que con-

tribuirá de este modo a facilitar la misión definidora y generalizadora de los Tribunales.

Francisco HERNÁNDEZ-TEJERO, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Madrid: "Algunos de los problemas que plantea la periodificación del Derecho romano".

Pone de manifiesto cómo esta periodificación puede enfocarse, o situándose en el punto de vista de los propios romanos, o bien desde un punto de vista moderno, para considerar en este caso al Derecho Romano como una realidad histórica, coincidiendo el final de la evolución de este ciclo histórico con la iniciación de la supervivencia del Derecho Romano. Cita a Orestano y Maschi como autores que han seguido el primer punto de vista. Discrepa el autor de este trabajo de la tesis mantenida por Orestano de la existencia de un distanciamiento ideal entre Roma y Constantinopla, afirmando, por el contrario, su continuidad histórica, pues aunque se encuentran en Grecia Bibliotecas y Museos llenos de manuscritos y tesoros de arte helénico, lo cierto es que el latín es el lenguaje jurídico por excelencia y que Justiniano, al emprender la tarea de compilar el Derecho, lo hace llevado de un pensamiento genuinamente romano; no cabe, pues, reducir la noción del Derecho romano al vetusto Derecho quirritario.

Al observar la periodificación como realidad histórica, dice que uno de los problemas que se plantean es el de la exacta calificación del "jus quirritium", citando a Mitteis y Guarino, como sector de doctrina que se ha esforzado en distinguir y aislar ambos conceptos; estudió Bozza, para quien el "jus quirritium" habría designado en la primitiva ciudad la ciudadanía "optimo jure", pero fundada en un punto de vista de origen del dominio, contra el que reacciona el autor del trabajo, la explicación de Bozza, cae por su base. Estudia asimismo la teoría de Coli sobre el "regnum", para quien la ciudad y el pueblo pertenece a la segunda fase de la historia constitucional romana y, consiguientemente, el "regnum" perteneció a la primera fase: En él el elemento de unificación de la masa sería el poder del rey, mientras que en la ciudad estaría constituida por el "jure sociati". Punto de vista contradecido por De Martino, alegando que el cuadro presentado por Coli es de época tardía.

Desentraña también el autor el problema de si en la periodificación del Derecho Romano se debe o no considerar un subperíodo dentro de la época preclásica, es decir, el espacio de tiempo que va de la pretura urbana a la aparición de la pretura peregrina, reflejando opiniones de Daube, Wlassak, Scrao, Arriat, etc., sentando la conclusión de la existencia de una jurisdicción comprensiva de peregrinos y ciudadanos romanos y, por tanto, inclinado a admitir la existencia de un subperíodo en el período preclásico.

Se extiende también sobre los conceptos "jus gentium" y "jus novum", de los que dice que, aunque no son utilizados para significar un

período histórico, constituyen, sin embargo, sólidos puntos de referencia en la periodificación del Derecho Romano.

Otro problema de los que trata es el del clasicismo de los clásicos, citando a Beseler como autor que ha dado pie para una distinción entre clásico y no clásico, dentro del período clásico; sin embargo, pone de relieve que la dificultad para hacer tal distinción es que Gayo y los otros juristas escribieron obras de casuística y de comentario, del propio modo que los juristas típicamente clásicos también fueron autores de obras didácticas elementales y vulgarizadoras.

Sobre la terminología "derecho greco-romano", dice que plantea la duda de si se trata de un Derecho griego romanizado ó de un derecho romano helenizado, considerando preferible el señor Hernández-Tejera hablar de derecho bizantino con referencia al tiempo posterior a la muerte de Justiniano, y hasta entonces utilizar simplemente la expresión derecho romano, en aras de la claridad y de la precisión.

Guillermo A. BORDA, Catedrático de Derecho civil de Buenos Aires:
"El experimento divorcista en Argentina".

Se trata de un trabajo tendente a poner de manifiesto la disociación que en el aspecto social causa de hecho la institución del divorcio, refiriéndose concretamente al artículo 31 de la Ley de reformas en el régimen de familia argentina de 1955, concesor del divorcio vincular, a cuyo experimento puso término otro Decreto de 1.º de marzo de 1956.

En párrafos de gran altura literaria, pone de manifiesto las gravísimas objeciones que pueden oponerse a la disolución del vínculo, pues afirma que si el matrimonio se celebra con tal posibilidad, la tolerancia, característica de la unión familiar, prácticamente no existirá; se refiere al problema de los hijos que son conducidos a dramáticas situaciones, por la proliferación de los divorcios; cita el caso de Rusia, donde se ha tenido que pasar del amor libre al casamiento, y el divorcio de hecho, y aunque éste se mantiene reglamentado, quien incurre en él tiene cerrada su carrera como funcionario, como militar o como miembro del partido; afirma que es de pura competencia de la Iglesia el problema del divorcio, porque conoce el efecto productor de los malos ejemplos y la debilidad de los hombres ante la tentación. Comenta el pasaje famoso de San Mateo, cuando habla de la respuesta de Jesús a los fariseos: "pero yo os digo que aquel que repudie a su mujer, salvo por infidelidad, comete adulterio", palabras "salvo por infidelidad" que no serían sino una interpretación errónea de la palabra del Maestro, poniendo de relieve cómo el Concilio de Trento proclamó el carácter sacramental del matrimonio y fulminó con anatema a quien negare su indisolubilidad, incluso en el caso de adulterio.

Se refiere asimismo a que la experiencia universal ha demostrado que los jueces no pueden ser los defensores del vínculo matrimonial, afirmando que en su país la batalla por el divorcio no ha cesado a pesar

de la publicación del citado Decreto de 1956 y que es considerable la campaña propagandística en este aspecto, y sobre las perspectivas de su reimplantación las califica de inciertas, pues votarían en contra del divorcio todos los hombres y mujeres que forman el hogar medio argentino, ese hogar en que las disensiones matrimoniales han sido superadas por un espíritu de generosidad y amor, por un hondo y valioso sentido de sacrificio personal. Toda esa enorme legión de ciudadanos prudentes votarán por mantener la familia argentina dentro de la sana tradición de sus mayores..

Max KASER, Catedrático de la Universidad de Hamburgo: "Compra-venta y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna".

El tema de su conferencia lo centra en la vinculación jurídica de la compraventa y la transmisión, que presenta un relieve especial tanto desde el punto de vista histórico como del dogmático, afirmando que es innegable que las instituciones engendradas por el Derecho romano continúan hoy en día gravitando sobre las legislaciones actuales de influencia romana. Estudia muy detalladamente los instrumentos tradicionales en Roma que servían para la transmisión de la propiedad, como la "mancipatio", la "in jure cessio" y la "traditio", siendo éste el negocio traslativo más corriente y que se empleaba para todas las cosas que no estuvieran sometidas al régimen de los dos sistemas anteriores. Con gran extensión y autoridad trata del requisito de la "iusta causa traditionis", siendo la regla general que sin justa causa no se transmitiera la propiedad al adquirente, estudiando con gran detenimiento la causa "solvendí", la "solutio", la causa "emptio", "donatio", "dotis", etc.

Califica la "mancipatio" y la "in jure cessio" como negocios traslativos de carácter abstracto, y la "traditio" como de carácter causal, exponiendo con perfiles certeros el desenvolvimiento de las transmisiones de la propiedad del Derecho romano en el Imperio de Occidente y en el Imperio de Oriente.

Estudia el sistema de las modernas legislaciones atendiendo a las líneas fundamentales de las mismas, diciendo que aparecen contrapuestos tres sistemas: el de la adquisición de la propiedad con el mismo negocio causal (sistema del Código civil francés y de los Derechos que de él proceden); el sistema de la transmisión causal (Derecho holandés, austríaco y español), y por último, el sistema de la transmisión abstracta (sistema del Código civil alemán, imitado recientemente en lo referente a cosas muebles por el Código civil griego). Afirma que cada uno de estos sistemas se remonta, de un modo u otro, al Derecho romano, y que el sistema francés tiene su raíz en el Derecho vulgar, el causal en la "iusta causa traditionis" y el sistema abstracto en el "animus transferendi dominii". Sienta la conclusión de que la génesis de los ordenamientos jurídicos actuales tiene su arranque en un puro fundamento romano,

que con una imperecedera fuerza creadora sigue hoy dominando los derechos de los Estados civilizados.

Carlos ABRAIRA LOPEZ, Notario: "La idea del Derecho en Vázquez de Mella".

Se trata de una obra apologética de la figura del gran patricio, del que dice era un extraordinario conversador, de ideas geniales, de palabra justa y acertada al servicio de un pensamiento cumbre y que presentaba los problemas de tal forma que sus oyentes tenían la solución antes de que llegaran las palabras del tribuno. Califica su inteligencia de genial, y que si alguien hubiera tomado nota diaria de su conversar, España y el mundo tendrían en la actualidad un tesoro inagotable de lecciones.

Pone de relieve que todos los elementos y características que comportan la idea del Derecho, las reúne Vázquez de Mella, hasta el punto de que en su estudio van totalmente incluidas y su fuerza es de tal naturaleza que los elementos integrantes, incluso el católico, sirven a la Patria en tanto son tradicionales y por serlo. Dice del tradicionalismo informante del derecho patrio, que existen hechos diferenciales, que reduce a la asunción íntegra del cristianismo, a la expulsión del elemento bárbaro, al desinterés por Europa y al interés por ultramar. En Derecho político, Mella no incidió nunca en la errónea teoría del Derecho divino de los Reyes, proclamando que no ha habido más autoridad de origen divino que la paterna y la pontificia, impartida por Cristo a Pedro y sus sucesores.

Analiza los conceptos de tradición, progreso, libertad y democracia, que desarrolla a través de la obra del gran tribuno.

Dedica un especial capítulo a la tan debatida cuestión de la igualdad jurídica de sexos, criticándola muy certeramente, pues afirma que la posición actual de la mujer en las leyes y costumbres españolas, que considera de privilegio, tendría que ser renunciada para llegar a la igualdad de derechos con los varones; todo proviene, a su decir, del desgraciado intento de dar preferencia a lo accidental del matrimonio (sociedad) sobre lo que tiene de básico (institución), haciendo un análisis del alcance y caracteres de la reforma del artículo 1.413 del Código civil.

Sobre el llamado Derecho social, dice que la idea de Mella se fundamenta en la estructura y autonomía sociales, que vertebraron a España cuando el municipio y su organización jurídica, fundada en sus peculiaridades, se formaba como una comunidad de familias o vecinos con propiedad comunal, patrimonio familiar inalienable y acertadas previsiones para contingencias penosas. Se opone a las nuevas ideas por las que el Derecho social se presenta como una rama específica, cuando con toda razón afirma que todo Derecho ha de ser, en algún sentido, social. Afirma con Mella que con una extensa caridad se resolvería el problema social.

sin acudir a campañas calcinadoras de la propiedad privada, que a todos interesa conservar y a todos debe servir.

Sobre las sociedades intermedias de la Organización Mundial, pone de manifiesto el pensamiento de Mella cuando expresaba su temor de que los organismos internacionales que se crearon después de la Guerra Europea no dieran entrada en los mismos a valores morales y científicos, ajenos al egoísmo político, realizando una acertada crítica de los hoy existentes.

Por último, añora el que las fervientes multitudes y grupos selectos, que no le faltaron a Mella, hoy se hallen disgregados, y que el reconocimiento tardío de su calidad de estadista ideal pueda servir para la íntegra consecución de los ideales patrios.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

ASCARELLI, Tulio: "Iniciación al estudio del Derecho mercantil" (Introducción y traducción de Evelio Verdura y Tuells). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Ed. Bosch, Barcelona, 1964. Un volumen de 389 págs.

I. Con este título se publica la traducción de la tercera edición del "Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa" (Milano, 1962), del malogrado maestro italiano Tullio Ascarelli. Publicada con posterioridad a su muerte, constituye una amplia reelaboración de la edición anterior ("Lezioni di diritto commerciale. Introduzione", Milano, 1955). Los lectores de habla española encuentran así facilitado el estudio de una de las obras de Derecho mercantil más interesantes y representativas de los últimos años. Es como una síntesis de las aportaciones fundamentales del profesor Ascarelli en la esfera del Derecho mercantil, tanto en lo que se refiere a las cuestiones básicas de nuestra disciplina, como al estudio concreto del empresario, la empresa y el establecimiento. De este modo aparece ofrecido, ahora ya en forma definitiva, aquel pensamiento penetrante, sugestivo, y en no pocos aspectos original, como el resultado de una obra, tal vez inacabada, pero de excepcional valor por el esfuerzo que representa y la influencia que ha ejercido, incluso en la doctrina que ha manifestado una mayor resistencia a sus concepciones.

Los cinco primeros capítulos recogen en forma magistral la concepción historicista del Derecho mercantil, a la que tan constante y devota atención dedicó el gran maestro italiano. En ellos se encuentra, en efecto, un desarrollo adecuado de su concepción del Derecho mercantil como categoría histórica, que se insinúa ya en la publicación de sus famosos "Appunti di diritto commerciale" en 1931, y le lleva posteriormente a una constante penetración en la estructura de nuestra disciplina, siguiendo la misma evolución de la Economía y el Derecho. En

algo más de cien páginas de esta "Iniciación al estudio del "Derecho mercantil" se recoge ahora el resultado de esa labor, exponiendo con gran brillantez las líneas fundamentales de evolución del Derecho mercantil desde sus orígenes medievales hasta nuestros días. En atención a las tres fases principales de la misma—período comunal, período mercantilista y período liberal o capitalista—, se examinan los presupuestos económicos y sociales que determinan la especial caracterización del Derecho mercantil en cada etapa histórica. Se estudia así, en relación con el primer período, la razón del desarrollo medieval del Derecho mercantil en función de una civilización burguesa y ciudadana que se abre paso en contraposición con la civilización feudal, y el sentido que tiene en ese momento su configuración como un Derecho profesional y corporativo, Derecho de producción y aplicación autónomas, de formación eminentemente consuetudinaria y de gran uniformidad internacional. Continuando en la misma línea, se examinan después los cambios que se operan en el período mercantilista, destacando, por un lado, los efectos que la formación del Estado moderno y la nacionalidad del Derecho producen en aquella caracterización del ordenamiento mercantil—fenómeno que se hace especialmente visible en las célebres Ordenanzas de Luis XIV—, y de otro lado, en el plano más concreto de las instituciones, el interés que ofrecen las Compañías coloniales, la difusión del endoso en la letra, el desarrollo de un mercado de capitales y de dinero a través de las Bolsas y los Bancos, las manifestaciones de una formulación progresiva de la propiedad industrial y la expansión del seguro. El tercer y último período se abre con la codificación napoleónica, y en él se pone de relieve la particular importancia que revisten, la progresiva objetivación del sistema jurídico-mercantil, y la no menos progresiva ampliación de su campo de aplicación, todo ello como consecuencia también de la evolución de la estructura económica y social, en la que juega un papel fundamental el triunfo de la libertad de iniciativa y el relieve que alcanza la producción industrial en masa.

Todo este estudio, en el que se incluye una consideración especial de la codificación mercantil italiana, ha permitido ir mostrando el sentido de la especialidad del Derecho mercantil en las distintas etapas de su evolución y conduce finalmente a la unificación del Derecho de obligaciones. El último de los capítulos de esta primera parte está dedicado, en efecto, a la exposición de su pensamiento sobre la unificación del Derecho de obligaciones, fenómeno que se produce como consecuencia de la superación de la especialidad del Derecho mercantil, al generalizarse sus principios e instituciones ("el Derecho mercantil celebra su triunfo y revela la fuerza de sus principios", como dice ahora volviendo sobre una feliz idea que ha sido unida siempre a sus reflexiones sobre la función que cumple la dicotomía del Derecho privado), es decir, como consecuencia de la "comercialización del Derecho privado", y que se explica por la misma generalización de las estructuras económicas o, en otros términos, por "la superación de la contraposición tradicional entre comercio e industria, por un lado, y agricultura por otro", y la influencia ejercida en

ese proceso de generalización por el desarrollo del capitalismo y la revolución industrial.

Los que hayan seguido asiduamente los trabajos de Ascarelli advertirán a través de este pobre guión una línea de pensamiento ensayada ya en sus primeras obras, y sucesivamente reelaborada. Por ello parece oportuno señalar que en esta su última formulación, se presenta considerablemente enriquecida, constituyendo uno de los más estimables esfuerzos realizados hasta el momento en orden a una concepción histórica del Derecho mercantil. Cualquiera que sea la posición que se adopte frente a esta concepción, y cualquiera que sea la opinión que merezcan sus puntos de vista sobre tantas cuestiones como ofrece la evolución de esta rama tradicional del Derecho privado y que él tan sugestivamente ha desarrollado, no se podrá negar, a nuestro juicio, el singular valor de esa aportación, su fina y bella inspiración, y la influencia beneficiosa que ha ejercido y seguirá ejerciendo para un nuevo planteamiento de las cuestiones básicas de nuestra disciplina desde una perspectiva positiva y doctrinal más amplia.

II. La segunda parte de la obra está dedicada al desarrollo de una parte fundamental de su sistema de exposición del Derecho mercantil: el estudio del empresario, la empresa y la hacienda. La figura del empresario se concibe como una figura general, aplicable a toda actividad empresarial (relevante, por tanto, en toda la disciplina de la concurrencia y en la misma disciplina pública de la economía) y que lejos de servir de fundamento a una nueva autonomía del Derecho mercantil viene a corresponder en un plano subjetivo a lo que representa la unificación del Derecho de obligaciones en el aspecto objetivo. La noción básica de toda esta concepción se encuentra en la idea de la empresa como actividad, tal como se desprende del artículo 2.082 del Código civil italiano. Los capítulos VI al VIII constituyen en este sentido una acertada exposición de su doctrina. En ellos se hace referencia a la relación empresario-actividad y se recoge un estudio particularmente interesante acerca de la significación jurídica de la "actividad" (un concepto que puede servir de ejemplo de aquella su preocupación por la elaboración de nuevas categorías jurídicas en consonancia con los fenómenos propios de la producción industrial en masa), contemplando después cuidadosamente los caracteres objetivos de la actividad del empresario (económica, organizada y dirigida a la producción o intercambio de bienes o servicios) y los distintos problemas que plantea la nota de "profesionalidad".

La determinación del concepto de "actividad" en que consiste la empresa es seguida por el estudio del empresario en sus distintas manifestaciones. En el capítulo IX recoge el autor las cuestiones relativas al pequeño empresario, tal como aparece concebido en el ordenamiento italiano, y llama la atención, por otro lado, sobre la distinta acepción que, a su juicio, ha de darse a la noción de empresario, tanto en el Derecho de la navegación (en el que ha de referirse a la explotación de la nave y no al ejercicio de una actividad económica), como en el Derecho laboral (en el que ha de concebirse en función de la disciplina de la

relación de trabajo subordinado, con independencia de los demás requisitos del art. 2.082). Pero sobre todo conviene señalar la específica atención que merece el estudio del empresario mercantil pues ello supone que, aun manteniendo aquella noción general en la que se deben integrar tanto el empresario mercantil como el empresario agrícola, Ascarelli no deja de reconocer que "a la unificación del Derecho civil y mercantil se corresponde aún una especial disciplina subjetiva (esto es, concerniente al sujeto y no individualmente a los actos realizados por este o la actividad desarrollada) del empresario mercantil". Partiendo de esta consideración se examinan detenidamente las cuestiones de caracterización de la figura del empresario mercantil (capítulo X) y el estatuto particular de estos empresarios, estudiando la especialidad de las normas relativas a la publicidad, teneduría de libros de contabilidad, capacidad e incompatibilidades para ser empresario individual, auxiliares dotados de poder, y régimen específico de la insolvencia (capítulo XI). Al lado del empresario y de las empresas como actividad, la "hacienda" es concebida como el instrumento al servicio de esa actividad, es decir —siguiendo los términos del artículo 2.555 del Código civil—, como conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa. Se contemplan así, por un lado, las cuestiones que afectan a la noción general de la hacienda como conjunto de bienes (capítulo XII), y por otro, los problemas concretos que plantea la materia relativa a los negocios sobre la hacienda, tanto en lo que se refiere a su configuración como objeto de negocios jurídicos, como a las cuestiones propias de la transmisión ("aviamento" y clientela, sucesión en los contratos, cesión de créditos y responsabilidad del adquirente respecto de las deudas derivadas de la explotación de la hacienda cedida, prohibición de concurrencia, y una referencia específica a los supuestos de transmisión de la hacienda en usufructo o arrendamiento) (capítulo XIII).

Concebida la empresa como actividad y la hacienda como conjunto de bienes, y desarrollada la materia relativa a las mismas, la exposición general se cierra muy oportunamente con tres capítulos en los que se vuelve sobre la noción de empresario y empresa y se contempla la significación de esta última en el sistema de los contratos. En el primero de ellos se trata de contrastar la idea de empresa como actividad con otras orientaciones sobre la misma, y con este propósito se estudian y someten a crítica las concepciones organicista, institucional y funcional de la empresa, dentro de una línea que en algún sentido puede parecer excesivamente formal o conservadora, pero que se muestra como fruto de una bien lograda consideración positiva y técnica de las distintas orientaciones sobre la empresa. En los otros dos capítulos se considera, por un lado, la cuestión acerca de la posible clasificación típica de los contratos en atención a la calidad de empresario de una de las partes, para concluir rechazando la utilización de este criterio de la empresa en la identificación del tipo de contrato; por otro, se recoge un estudio de gran interés sobre normas e instituciones del Derecho de obligaciones que, aun no estando caracterizadas por la presencia de un empresario, "encuentran su ra-

zón de ser en los caracteres que viene asumiendo la economía como consecuencia de la producción en masa y el desarrollo del mercado" (contratos de adhesión, contratos normativos, contratos-tipo, títulos de crédito, títulos de mercancías, títulos de inversión, Bolsas y mercados, etc.).

La obra se cierra con un capítulo de "conclusión", en el que, al lado de lo que tiene de síntesis de la obra, merece destacarse la exposición sobre lo que debe constituir actualmente el "programa" o contenido de un curso de Derecho mercantil, teniendo en cuenta las enseñanzas y resultados que ofrece el estudio de la evolución de esta disciplina. La empresa como actividad económica autónoma, se presenta aquí también como la noción fundamental, el "hilo conductor" de la totalidad de la materia. Ese hilo conductor sirve, en efecto para explicar la principal atención que ha de merecer en un "curso" de Derecho mercantil "la disciplina de los empresarios entre los que adquieren particular importancia los mercantiles", y por qué la exposición ha de pasar después al estudio de la teoría de la concurrencia "en cuyo cuadro se pueden situar los bienes inmateriales", continuar con la teoría de las sociedades (sociedades simples y sociedades mercantiles) y concluir con la materia relativa a los procedimientos concursales característicos de los empresarios mercantiles. El "curso", tal como aparece proyectado por Ascarelli en estas páginas de "conclusión", ha quedado interrumpido en un volumen, que incluye las materias referentes a la introducción y a la doctrina del empresario, la empresa y la hacienda, aunque nos quede en gran medida desarrollado a través de otras publicaciones, entre las que, recordamos ahora, por su especial significación en lo que sería ese "curso", la "Teoría della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale" (3.^a edi., Milano 1960), cuya versión española se anuncia también en la introducción de esta "Iniciación al estudio del Derecho mercantil". En todo caso, la obra que ahora comentamos alcanza un relieve especial por la significación fundamental de su orientación y su contenido. Toda ella es una obra inspirada en esa "preocupación dinámica" que debe sustituir a la estática del Derecho tradicional, obra que se nos presenta con un pulso a la vez ponderado y renovador, obra en definitiva de equilibrio, sólida y muy atenta al mismo tiempo a la necesidad de elaborar las "categorías jurídicas aptas para dominar los fenómenos de la producción en masa y de las estructuras económicas que a ellos se refieren". Es sorprendente comprobar en qué medida todo ese pensamiento, tan acertadamente recogido en esta "Iniciación" en su parte fundamental, está *ya* en la ciencia jurídica como algo definitivamente incorporado a las creaciones de nuestra época. El "Curso" es así—como ha dicho Ferri—una obra "única e insustituible"; creo que, por ello mismo, una obra *ya* clásica, y en cierto modo, el testamento científica de uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo.

III. No es posible concluir esta nota sin referirnos a la traducción e introducción del Prof. Verdera. Merced al cuidadoso trabajo realizado se han logrado conservar todas las virtudes de la obra en su versión original. Las dificultades que presenta la traducción de una obra técnica,

se han superado felizmente para ofrecernos una exposición que conserva íntegramente el rigor, la claridad y la riqueza de matices que hacen particularmente interesante su lectura. Al lado de ello, hemos de destacar el meritorio ensayo de introducción acerca de la personalidad y la obra del Prof. Ascarelli. Constituye una exposición ponderada y crítica realizada con amor y con verdad sobre la fecunda labor científica del insigne jurista. Al lado de una espléndida semblanza de su personalidad y una oportuna valoración de la influencia ejercida en su formación por sus maestros Vivante, P. Bonfante y V. Scialoja, se hace un cuidadoso examen general de su obra, destacando su preocupación metodológica, su profundo interés por el Derecho comparado, el mérito que concurre en sus estudios sobre el derecho de sociedades, el negocio indirecto y el contrato plurilateral, su polémica revisión del concepto de persona jurídica, y sus aportaciones en el campo del Derecho monetario y del Derecho industrial. Quien desee penetrar en el estudio de la personalidad y la obra de Ascarelli encontrará aquí una "introducción" elaborada cuidadosamente en la que se examina y sitúa con gran acierto la obra realizada por el inolvidable maestro. Con todo ello se enriquecen también estos "Studia Alborno-tiana" publicados por el Real Colegio de España en Bolonia y que constituye una muestra más de la brillante labor que viene realizando el Profesor Verdera, al frente de aquella prestigiosa institución.

AURELIO MENÉNDEZ

BONET CORREA, J.: "La legislación turística comparada y su evolución actual". Madrid, 1965, pub. Instituto de Estudios Turísticos. "Cuadernos Monográficos", núm. 2, 216 págs.

El presente estudio—Premio del Instituto de Estudios Turísticos—constituye el primer tratado completo que se publica sobre la materia. Con decir sólo esto bastaría para poner de relieve el extraordinario mérito del autor y la importancia de su obra, de no ser porque en ésta los méritos y alcances logrados son mucho más importantes y numerosos.

El autor ha realizado un estudio realmente exhaustivo de fuentes y doctrinas como solamente un profundo conocedor de la materia y un depurado investigador podía haber realizado.

El aspecto más sobresaliente, a nuestro modo de ver, de los muchos que presenta esta nueva publicación de Bonet Correa, estriba en haber tratado una tan vasta y, hasta ahora, dispersa materia como la que constituye el complejo fenómeno turístico desde un punto de vista estrictamente jurídico. Trata el autor, asimismo, los problemas político-sociales y económicos del turismo, pero es precisamente en el planteamiento y solución de las consecuencias jurídicas que el mismo plantea donde radica la novedad y principal importancia de la obra y donde el autor pone de relieve sus finas dotes de agudo jurista. Al enfrentarse a la tradicional dualidad normativa que incide sobre el fenómeno turístico:

normas de forma legislativa que se dictan por los Estados y normas de carácter negocial formadas entre los particulares y las asociaciones privadas (págs. 202-203), establece una *nova media via* al precisar que el turismo implica un conjunto normativo propio, y éste, a su vez, un ordenamiento específico, el Derecho turístico; la naturaleza de este ámbito jurídico alcanza—dice el autor (pág.206)—relaciones de Derecho público y Derecho privado. Ciertamente, la compleja gama de actividades turísticas—magníficamente recogida por el autor en el capítulo segundo—no puede ser enmarcada en bloque en el campo del Derecho administrativo, como pretende la doctrina italiana y francesa, ni es posible encasillarla en el campo del Derecho privado, como sugieren la anglosajona y germánica, sino que el marco donde estas actividades jurídicas se relacionan, como muy bien ha visto el autor, armonizando ambas corrientes, se encuentra en una amplia zona comprensiva de lo público y privado.

En la rigurosa metodología seguida, el autor ha sabido coordinar el criterio tradicional con el correspondiente a su propia concepción jurídica del fenómeno turístico, antes esbozado.

La obra está dividida en tres capítulos. En el primero, dedicado a la "organización turística y sus fuentes normativas", trata el autor de las fuentes de conocimiento de la legislación turística (págs. 9-28) y de la organización turística y su planificación normativa (págs. 29-77). En el capítulo siguiente estudia "la actividad turística y sus normas legislativas, distinguiendo las actividades que denomina directas (págs. 78-113) de las indirectas (págs. 114-185). Finalmente, en el tercer capítulo, expone el autor sus conclusiones al estudio de la legislación turística comparada a través de los dos apartados de que consta el capítulo—al igual que los anteriores—: la legislación turística y su evolución (páginas 186-201) y el Derecho turístico (págs. 202-210). Una Introducción (págs. 5-8) y un completo Índice de materias abre y cierra, respectivamente, este magnífico libro que marca, sin duda, el punto álgido de los estudios turísticos en España y que con su impronta estamos seguros abrirá una nueva y fecunda etapa en estos estudios.

ALFREDO CALONGE

BOULANGER, François: "Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne". París, 1964, 248 páginas.

El método comparado aplicado no sólo al campo del derecho privado, sino aun al del Derecho internacional privado, está empezando a dar sus frutos en principio desde el punto de vista bilateral. Los ejemplos más recientes los tenemos en los *Bilateral studies in private international law*, de la *Parker school of foreign and comparative law*, de la Universidad de Columbia, y en la obra colectiva *Le droit international*

privé de la famille en France et en Allemagne (Tübingen-París, 1954).

El breve prefacio de Henry Batiffol es sumamente expresivo del contenido de esta valiosa monografía. Los estudios de Derecho internacional privado comparado, escribe, constituyen la superación del particularísimo exclusivista y del universalismo *a priori*, que ignoran mutuamente la realidad de los sistemas vigentes y las causas de sus divergencias. Estos estudios bilaterales permiten apreciar el alcance exacto de las soluciones de conflicto, puesto que se les ve aplicarse a instituciones determinadas y que forman un sistema: tales como las instituciones alemanas del contrato de herencia o del certificado de heredero, e inversamente las concepciones francesas de la reserva y de la toma de posesión de los bienes sometidas a los tribunales alemanes.

La aplicación de este método al derecho de sucesiones es especialmente interesante por el hecho de que es la materia donde confluyen todas las ramas del Derecho civil; de aquí la gran dificultad de determinar la ley aplicable en Derecho internacional privado y la significación de la materia para caracterizar los rasgos de un sistema jurídico en Derecho comparado.

Con un sentido muy seguro de la investigación histórica, añade Batiffol, ha sabido aclarar Boulanger los orígenes del contraste entre el sistema alemán, unitario, y el sistema francés, dualista. Pero estima frágil la oposición histórica de los dos sistemas; de hecho, uno se sorprende de ver cómo una historia originariamente común ha podido llevar a una divergencia tan acusada. Pero como los alemanes no parecen dispuestos a abandonar su sistema, al menos en su principio, es preciso creer que la oposición traduce, a pesar de todo, una cierta realidad, bien de método, bien de los problemas a resolver.

La obra, además, como subraya Batiffol, aporta una contribución particular al derecho comparado al aclarar la interacción de los dos sistemas: la aplicación en Renania del Código Napoleón hasta 1900 ha suscitado en Alemania conflictos de leyes internas que han iniciado a los tribunales alemanes en las instituciones sucesorias francesas, y el mantenimiento en vigor del Código civil alemán en Alsacia-Lorena después de 1918 ha desempeñado una función comparable. Boulanger ha puesto de relieve que la noción francesa del domicilio de los extranjeros llevó hasta 1927 a la aplicación de la ley nacional instaurada por el Código civil alemán, mientras que los tribunales alemanes se regían anteriormente por el domicilio. Percibe en las excepciones hechas a la competencia de la ley nacional en Alemania la influencia de factores que han predominado en Francia.

Boulanger incluye también en su obra lo que actualmente se denomina conflictos de sistemas: ¿puede un juez tener en cuenta en un caso determinado un sistema de conflicto extranjero? El problema es así el de reenvío, que ha nacido precisamente en las relaciones franco-alemanas en materia sucesoria. Pero también aborda los conflictos de calificaciones, especialmente en lo que afecta a la distinción entre muebles e in-

muebles, sobre la que el derecho alemán presenta una *óptica* diferente a la del Derecho francés.

En cuatro títulos desarrolla el autor el contenido del libro: en el primero estudia la génesis histórica de la divergencia entre el sistema francés dualista y el sistema alemán unitario; en el segundo, la determinación de la ley aplicable; en el tercero, el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, y en el cuarto, los conflictos de sistemas y su influencia sobre el problema de la pluralidad de masas. Estas cuestiones le llevan a algunas conclusiones: por una parte, la imposibilidad de que una ley única rija el conjunto de la cuestión sucesoria; por otra, la extrema dificultad de proceder a una reglamentación de conjunto de la sucesión desde el momento en que se aplican varias leyes. El error de la doctrina ha sido dejarse encerrar por el dilema unidad-dualidad. El ejemplo alemán muestra que las oposiciones no tienen más que un valor relativo. En su punto de partida, es opuesto al sistema francés, pero lleva a la división a consecuencia del reenvío. A la inversa, en el sistema francés, especialmente en materia de *prélèvement* y de partición, la jurisprudencia francesa razona como si la sucesión fuera un todo.

Boulanger sienta como conclusión la posibilidad de mejorar los dos sistemas en estos puntos:

1.º Ampliar, tanto en derecho alemán como en derecho francés, la categoría de los *inmuebles*, como en otro tiempo lo había propuesto Niboyet. Pero habría que precisar qué bienes muebles podrían ser *inmovilizados*; es concebible una *noción internacional del inmueble que englobe a todos los bienes muebles registrados o que sean objeto de inscripción en el registro* (fondos de comercio, marcas de fábrica, etc.).

2.º Lamentar el papel perturbador del conflicto positivo o negativo. La jurisprudencia francesa no ha sabido utilizar el reenvío para realizar la unidad sucesoria. Se le debe admitir, sin embargo, cuando exista *de la ley de la situación extranjera a la ley nacional*. Con esto se evitaría provisionalmente el inconveniente de la aplicación de dos leyes distintas.

3.º *Restringir cuidadosamente el ámbito de la ley de situación*. La ley de la situación del inmueble *no sería competente más que para la sucesión inmobiliaria y la organización de la masa indivisa*.

4.º La elección entre la conexión de la ley del domicilio y la ley nacional no debe resolverse de forma absoluta. La *Cour de Cassation* debería ejercer *control sobre la calificación del domicilio dada por los jueces que estatuyen sobre el fondo*.

En la elaboración de esta comunidad jurídica de los países del Mercado Común, tarde o temprano, *alemanes e italianos podrán quizá ser llevados a reconsiderar su posición en favor de la ley del domicilio en los conflictos entre Estados miembros*.

Con estas afirmaciones, escribe Batiffol, constata Boulanger la necesidad de concesiones más o menos matizadas a la ley de la situación de los bienes. La unidad de la ley aplicable no le parece realmente practicable más que si las leyes en presencia dan la misma solución a la

cuestión inicial de la sucesión: no parece insólito que la solución del conflicto se resienta eventualmente del alcance de las leyes en presencia; ésta es la idea fecunda de Lerebours-Pigeonière para explicar el reenvío. De otra manera se podría admitir que la ley de la situación tendría una competencia excepcional, limitada a la sucesión de los inmuebles y a la organización de la masa indivisa: ésta sería quizá, en efecto, la vía más practicable para hallar una ley que rija en principio el conjunto de la sucesión, especialmente en relación con los problemas del pasivo o de la partición.

Digamos, finalmente, que la obra de Boulanger, apoyada en el derecho comparado y en el análisis de sentencias judiciales, constituye una contribución notable al estudio comparativo bilateral de un tema importante de Derecho internacional privado.

A. MARÍN LÓPEZ

DUMAS, André: "Le remembrement rural. Etude juridique et pratique". Sirey, 1963. 667 págs.

El tema ofrece entre nosotros una vertiente de gran actualidad motivada por el impulso que las operaciones de concentración han recibido en el Plan de Desarrollo. Por otra parte, no puede negarse a estas alturas que la concentración interesa por igual a jusprivatistas y a juspublicistas, como se ha podido comprobar en el Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario celebrado el pasado otoño en Zaragoza. Allí se puso de manifiesto que las necesidades a que responde *el remembrement rural* son hoy comunes a la mayoría de los países de economía agrícola similar, de suerte que podría hablarse de un Derecho común latino—y quizá europeo occidental, si se piensa en Suiza y Alemania (1)—en materia de concentración parcelaria.

La presente obra se debe a un práctico sin que ello signifique menosprecio en su autor por los problemas teóricos, que son tratados en forma sucinta, aunque suficiente. El civilista leerá con interés, en la parte 3.^a y 4.^a, los apartados relativos a la naturaleza de la concentración y sus efectos civiles. El autor se inclina por la tesis de la permuta forzosa, pero que no se realiza parcela por parcela, sino en bloque a través de una redistribución de tierras. Con anterioridad se habían sostenido las tesis de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y de la comunidad de bienes.

Después de la fundamental obra de Schmerber, *La réorganisation foncière en France. Le remembrement rural* (Paris 1950), la presente—con cierto predominio de los aspectos administrativos—viene a ofrecernos un completo panorama de las concentración parcelaria en Francia, en el que se recogen las últimas modificaciones legislativas.

Gabriel GARCÍA CANTERO

(1) Sobre la concentración parcelaria en Alemania cfr. últimamente KROSCHEWITZ: *Landwirtschaftsrecht*, 1962, p. 24 ss.; con abundante bibliografía monográfica; BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts* (München und Berlin 1963), p. 225.

MARTY, Gabriel, et RAYNAUD, Pierre: "Droit civile". Tome II: "Les biens", 2.º volume. Sirey, 22, Rue Soufflot. París, Vº, 1965, 460 págs.

Empieza la obra con un capítulo preliminar titulado "Relaciones de derecho y de hecho concernientes a los bienes", en el que hace notar cómo el ámbito de los objetos posibles de los derechos de propiedad y derechos reales se ha ampliado en el mundo moderno, ya por obra de descubrimientos técnicos que han hecho objeto de apropiación la energía bajo sus diversas formas, ya por la aparición de categorías de objetos o bienes nuevos como la propiedad intelectual e industrial, los bienes incorpóreos, participaciones sociales y de bienes que suponen una menor diferenciación entre las categorías de derechos reales y personales como los llamados títulos al portador, en los que el derecho incorporado al título se materializa y quedan sometidos a las vicisitudes de los derechos sobre las cosas.

Para estos juristas, la diferencia entre derechos reales y personales se caracteriza fundamentalmente por la posibilidad de obtener directamente y sin intermediario las utilidades que el bien pueda procurar. En cuanto a la creación de nuevos tipos de derechos reales, el principio de libertad, dominante en la doctrina, está restringido por la moderna jurisprudencia a los límites que suponen el cuadro de derechos reales admitidos por la ley.

En el capítulo I de este libro se trata de las siguientes cuestiones:

De la posesión, en el que se estudian, en primer lugar, los problemas clásicos del fundamento de la protección posesoria y de los elementos constitutivos de la posesión, pronunciándose a favor de las concepciones objetivas, pues más que de la adquisición de un derecho (*possessio ad usucapionem*), se trata ante todo de proteger la situación del poseedor (*possessio ad interdicta*). El Código civil alemán sólo excluye de la protección posesoria a los detentadores, simples empleados sometidos a las instrucciones del poseedor verdadero. El Código civil francés, por el contrario, se alinea en la posición subjetiva, definiendo a la posesión de una manera bastante poco precisa en el artículo 2.228 como "la detentación o goce de una cosa o de un derecho", por ello no son poseedores en el Derecho francés el arrendatario o el depositario. Sin embargo, la jurisprudencia francesa se orienta, en la actualidad, en un sentido más objetivo, permitiendo el ejercicio de acciones posesorias y en especial de la acción de reintegración en la posesión al inquilino y al arrendatario. El artículo 2.230 contiene una presunción muy elogiada por Ihering, según la cual "se presume que ha poseído por sí y a título de propietario, si no se prueba que ha comenzado a poseer por otro. La jurisprudencia ha establecido que una posesión en la que concurren los requisitos de *corpus* y *animus*, no se pierde en tanto quede a disposición del poseedor, es decir, con tal que se conserve el *animus* y siempre que otra posesión no sea instituida sobre la cosa. El artículo 2.229 enumera como requisitos de la posesión los de "continua y no interrumpida, tranquila, pública, no equívoca y a título de propietario". La Corte de Casación ha

establecido que una posesión es continua cuando ha sido ejercida en todas las ocasiones y momentos en que debiera serlo, sin intervalos anormales de tiempo entre estos actos posesorios.

De la teoría general de la propiedad, haciendo un especial estudio de las limitaciones que los derechos del propietario, tales como fueron configurados por el Code civile, han sido ocasionadas por: a) La aplicación por la jurisprudencia de la teoría del abuso del derecho; b) por las servidumbres impuestas a la propiedad por razones de utilidad pública; c) por la protección a titulares de derechos personales como el explotador, el usuario o el ocupante de la cosa, en forma de prerrogativas que por su importancia y estabilidad constituyen verdaderas desmembraciones del derecho de propiedad; d) asegurando el mantenimiento forzoso de la indivisión o la atribución preferencial de ciertos bienes a ciertos herederos (arts. 815 a 832 del C. c., modificados por la Ley de 19 de diciembre de 1961); e) la difusión de la copropiedad y la cada día mayor extensión de la propiedad pública y las nacionalizaciones.

A continuación estudia los derechos del propietario, en especial el derecho al uso de la cosa y de retirar sus frutos que el Code civile considera como una manifestación de la accesión (arts. 547 y sigs.). El artículo 549 concede también el derecho a los frutos al poseedor de buena fe; pero este derecho no alcanza a los productos que no constituyen una ganancia regular, sino excepcional, que no ha podido motivar la realización de desembolsos. La jurisprudencia y la doctrina han declarado que es suficiente para la atribución de los frutos la posesión de un título putativo, como es el del legatario en el caso de que con posterioridad a la atribución de su derecho, el testamento sea revocado o se declare falso. El poseedor de mala fe debe restituir los frutos *in natura*, y si ello no es posible, su valor estimado en el momento del reembolso (núms. 60-64 de la Ley de 17 de mayo de 1960). A continuación estudia la llamada perpetuidad y transmisibilidad del derecho de propiedad. En la propiedad, dicen, sólo puede hablarse de prescripción adquisitiva o usucapión; sin embargo, en la práctica, el no uso prolongado contradeciría la función social que hoy día se atribuye al derecho de propiedad (v. gr., legislación sobre tierras incultas o abandonadas) y, desde luego, no pueda hablarse de la perpetuidad del derecho de propiedad en materia mobiliaria.

En cuanto a la transmisibilidad de la cosa, el artículo 1.138 establece que la obligación de entregar la cosa es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes; pero, sin embargo, este principio consensual tiene limitaciones; por ejemplo, en caso de cosas futuras, la transferencia sólo puede realizarse en el momento en que la cosa exista, en el de cosas fungibles o genéricas, en el de su individualización o especificación.

Otra facultad del derecho de propiedad es el de su libre disponibilidad. La jurisprudencia francesa ha establecido que las cláusulas de inalienabilidad (frecuentes sobre todo en donaciones y testamentos) sólo son válidas si están justificadas por un interés serio o moral y la inalienabi-

lidad que establezcan sea de carácter temporal. El Decreto de 4 de enero de 1955 declara obligatoriamente registrables "los actos entre vivos dirigidos a constatar cláusulas de inalienabilidad temporal".

El capítulo IV de la obra trata del Usufructo y de la Nuda propiedad. El artículo 578 define el usufructo como el derecho de gozar de las cosas de un propietario como el propietario mismo, pero con la carga de conservar su sustancia. Los autores de esta obra critican la definición legal porque omite: que el usufructo es un derecho temporal y en la mayoría de los casos vitalicio y que es un derecho real y que como tal se ejerce inmediatamente sobre las cosas. La jurisprudencia ha establecido que si una enajenación independiente del usufructo o de la nuda propiedad es dañosa a alguna de las partes, puede ordenarse que la licitación se extienda a ambos derechos. La doctrina critica la concepción del *Code civile*, que inspirándose en los precedentes romanos, considera al usufructo y a la nuda propiedad como derechos reales coexistentes sobre la cosa, pero de vida independiente entre sí. Así, en materia de seguro, cada parte puede contratarlo con relación a su respectivo derecho. Sin embargo, el artículo 64 de la Ley de 26 de octubre de 1946, con relación a los inmuebles siniestrados por efecto de la guerra, estableció "que si el inmueble siniestrado está gravado con un usufructo, su reparación demandada por el usufructuario debe ser efectuada por el nudo propietario y la carga de la reparación debe ser repartida, según lo dispuesto por el art. 609 para las cargas excepcionales". Según el mencionado artículo el usufructuario debe intereses por las cantidades abonadas en concepto de cargas y si el pago de estas cantidades fue adelantado por el usufructuario, no podrá obtener el reembolso de capital (sin intereses) hasta el fin del usufructo.

En caso de expropiación, el art. 18 de la Ordenanza de 23 de octubre de 1958, establece una indemnización única, que el usufructuario disfrutará bajo caución hasta el fin del usufructo. La jurisprudencia ha es-Tribunales los actos que sean necesarios y útiles a los intereses de ambas partes. Existe, pues, una reacción contra la consideración de que los derechos de usufructuario y nudo propietario puedan vivir y ejercitarse de un modo independiente.

La concepción social del Derecho ha influido también en la configuración de esta institución y así el Decreto de 30 de septiembre de 1953 ha acordado un derecho de renovación o prórroga del arrendamiento, después que ha transcurrido el plazo de su vida legal.

Según el art. 587, modificado por la Ley de 17 de mayo de 1960, la restitución de las cosas al fin del usufructo, debe consistir en cosas de la misma cantidad y cualidad o su valor estimado en el momento de la restitución. Sin embargo, esta regla, no implica la prohibición de estipulaciones en cuanto a la fijación de la cantidad que se estima se debe restituir al fin del usufructo.

Respecto al usufructo de renta vitalicia, el art. 588 establece que el usufructuario percibirá los atrasos en concepto de frutos y sin tener el obligación de restitución al fin del usufructo. En caso de usufructo de

un crédito, las primas o lotes son considerados como un acrecentamiento del capital perteneciente al titular del crédito, solamente su goce puede ser reclamado por el usufructuario.

La jurisprudencia ha establecido que el poder de administración del usufructuario, no le faculta para convertir los títulos nominativos en títulos al portador o proceder a su reunión o a su división.

En cuanto al usufructo de participaciones sociales, si las reservas sociales son distribuidas en forma de acciones nuevas, el usufructuario sólo tiene sobre ellas un derecho de goce. El usufructuario puede evitar la pérdida del derecho de suscripción en caso de inactividad del propietario del título y así la "Cour de Cassation" con fecha 5 de junio de 1960 ha establecido que si no ejerce el derecho de suscripción falta a sus deberes de conservación y administración, que debe cumplir por su cualidad de usufructuario.

La reglamentación del uso y habitación es muy semejante a la del Código civil español. El art. 628 establece que el uso y habitación se regularán por su título constitutivo y en su defecto por las reglas que se indican en los artículos siguientes. La jurisprudencia, ha modificado el alcance práctico de esta reglamentación, permitiendo al propietario renunciar a ciertas reglas prescritas en su interés y al usuario o habitacionista realizar ciertas cesiones o locaciones, cuando por razón de las circunstancias, la utilización personal y directa de su derecho haya venido a ser imposible.

Título II. Cuestiones relativas a los inmuebles.—Según el art. 552 del Código civil el propietario de un terreno es dueño de lo que está por encima y por debajo de él, pudiendo realizar todas las construcciones y plantaciones que juzgue a propósito, salvo las limitaciones establecidas por la ley. Estas servidumbres y limitaciones son cada día mayores, por exigencias de la vida moderna.

Los autores estudian a continuación la accesión en sus dos formas, de accesión natural y artificial. Respecto a esta última el art. 554 modificado por la Ley de 17 de mayo de 1960, establece que el propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u obras con materiales que no le pertenecen debe pagar su valor, estimado en el momento del pago, el de los intereses y el de los perjuicios ocasionados, pero el propietario no tiene derecho a demoler estas obras o construcciones. Se trata pues, de una aplicación del principio superficies sólo cedit para la que se prescinde de la buena o mala fe con que se hizo la construcción o plantación.

En principio, también (art. 555) el propietario del suelo adquiere por vía de accesión la propiedad de plantaciones o construcciones hechas por un tercero sobre su propio terreno. Si el propietario, en caso de mala fe no exigiese su derecho de opción a exigir su demolición, y la misma regla es aplicable en caso de buena fe del constructor o plantador, tiene obligación de indemnizar por el valor que supondría el costo de materiales y mano de obra necesarios para obtener una construcción semejante en el momento del reembolso.

El art. 637 define a las servidumbres como “una carga impuesta sobre una heredad, para el uso y utilidad de otra perteneciente a otro propietario”. La Corte de Casación (9 de junio de 1959), ha establecido que la existencia de un fundo dominante y otro sirviente no es esencial a la de la servidumbre, cuando ha sido creada por la ley. En la jurisprudencia reciente se observa una tendencia a aplicar las reglas de las servidumbres a las llamadas de utilidad pública. Así la anterior sentencia de 9 de junio de 1959 ha reconocido a un particular lesionado por el desconocimiento de una servidumbre consistente en la prohibición de edificar por encima de cierta altura, el derecho a ejercitar acciones posesorias, y son numerosas las sentencias que consideran como una verdadera servidumbre la de “non aedificandi” impuesta por la ley por razones de higiene y declaran la responsabilidad del vendedor que no cumple, la obligación impuesta por el art. 1.831 del C. c., de declarar las servidumbres no aparentes. Un Decreto de 4 de diciembre de 1958, en un caso de servidumbre de patio común consistente en imponer cierta distancia entre construcciones vecinas, ha establecido que en defecto de acuerdo de las partes, esta servidumbre puede ser establecida por el Presidente del tribunal de instancia. En cuanto a las causas de extinción, la doctrina ha establecido que es aplicable a las servidumbres la prescripción de diez o veinte años, siempre que concurran los requisitos de buena fe y justo título. Sin embargo la jurisprudencia ha establecido que sólo es aplicable a las servidumbres, la prescripción consistente en el no uso por treinta años. La doctrina crítica esta solución, pues con ella se llega a la consecuencia de que el tercer poseedor con relación al propietario goza de una posición más ventajosa que el que lo es con relación al titular de la servidumbre.

El arrendamiento enfiteútico debe durar, como mínimo, dieciocho años, y como máximo, noventa y nueve años.

Dentro del Derecho francés, es posible la existencia del derecho de superficie, porque los artículos 553 y 664 prevén derogaciones al principio, que atribuye la propiedad de lo que está encima del suelo al propietario de éste. La jurisprudencia ha establecido que, como el derecho de propiedad, el de superficie es perpetuo por naturaleza y es susceptible de hipoteca y de prescripción.

Existen dos clases de acciones, que no pueden acumularse en su ejercicio para la protección judicial de la propiedad y posesión: la petitoria de competencia del Tribunal de gran instancia y las posesorias de la del tribunal de instancia. Sin embargo, el Decreto de 22 de diciembre de 1958 ha extendido la competencia de los tribunales de instancia, al permitirles examinar acciones de carácter petitorio opuestas al ejercicio de acciones posesorias. La obra se detiene especialmente en el estudio de la acción de reintegración en la posesión. La Corte de Casación, contradiciendo una tendencia de jurisdicciones inferiores, ha establecido que esta acción no puede emplearse en caso de inejecución de una convención y por ello el arrendatario no puede ejercer esta acción contra el arrendador y sí, en cambio, contra un tercero que, por el empleo de vías de hecho, haya sido causante de la desposesión.

Bajo el epígrafe "La propiedad inmobiliaria y el medio social", se hace un estudio de los regímenes particulares de la copropiedad inmobiliaria. La Ley de 28 de junio de 1939 regula las sociedades que, bajo forma civil o mercantil, se dedican a la construcción o adquisición de viviendas para su distribución a los asociados en propiedad o en uso; a su disolución se asignan a los socios las respectivas propiedades, que se registrarán en lo futuro por el régimen de copropiedad por apartamentos. La Ley de 28 de junio de 1939 estableció que el disfrute y administración de la copropiedad por apartamentos se regirá por un reglamento, que puede surgir como consecuencia de un contrato sinagmático o de una decisión mayoritaria adoptada en el sindicato de copropietarios por la doble mayoría de la mitad más uno de los copropietarios y de las tres cuartas partes de los votos. La Corte de Casación ha establecido que, en ausencia de un reglamento para regular la copropiedad, las disposiciones de la ley, en especial las que afectan a las condiciones de validez de las decisiones de la asamblea y del sindicato, tienen carácter imperativo. El artículo 12 dispone que si el sindicato decide, por mayoría, la reconstrucción del inmueble destruido por el fuego u otro acontecimiento, salvo convención contraria, su decisión obliga a todos los copropietarios. El Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 ha establecido que si una persona tiene derecho a construir sobre el terreno de otro, puede constituir hipoteca sobre los edificios de construcción comenzada o simplemente proyectada, de lo que la jurisprudencia ha establecido que los copropietarios tienen la facultad de hipotecar su derecho y, en consecuencia, pueden obtener la concesión de préstamos para las construcciones que pretendan realizar en régimen de copropiedad.

El capítulo III de la obra se dedica al estudio de las relaciones de vecindad, haciendo un especial estudio de la medianería a la que el Código civil considera como una servidumbre legal; pero, como hacen notar los autores, una vez establecida la medianería es imposible distinguir en ella un fundo dominante y otro sirviente, por lo que su naturaleza se asemeja más a la copropiedad que a la servidumbre. Con carácter general para todas las relaciones de vecindad, el artículo 686 dice "que está permitido a los propietarios establecer sobre sus propiedades o en favor de ellas las servidumbres que crean convenientes, siempre que no sean impuestas a la persona ni en favor de una persona, sino solamente a favor de un fundo y sobre un fundo."

El objeto del capítulo IV es el estudio de las servidumbres y limitaciones impuestas a la propiedad por razones de utilidad pública, en especial por razones de urbanismo (Decreto de 31 de diciembre de 1958) y las limitaciones al derecho del propietario de repartir en parcelas los terrenos de su propiedad (Decreto y Ordenanza de 31 de diciembre de 1958). En líneas generales, esta reglamentación consiste en la obligación del que se propone realizar la repartición de solicitar la aprobación de su proyecto. La realización de la repartición sólo es posible después de la aprobación de su proyecto y sólo es posible su realización ateniéndose a las condiciones impuestas en la autorización, que afectan tanto al enajenante

como a los adquirentes de los lotes. El objeto de esta legislación es no sólo el de combatir la especulación, sino también asegurar un desenvolvimiento racional y armonioso de las aglomeraciones urbanas; la Corte de Casación ha declarado que debe ser aplicada aunque se trate de empresa no dedicada a esta actividad de una manera profesional. Una característica de este libro es la extraordinaria extensión dedicada al estudio de las servidumbres legales y limitaciones al derecho de propiedad y de materias netamente administrativas, como la concentración parcelaria, la renovación de fincas urbanas, pero que delimitan el contenido real del derecho de propiedad.

El Título III de la obra se titula "Cuestiones referentes a los bienes muebles". Con relación a la regla del artículo 2.279, según la cual, "respecto a los muebles, la posesión equivale al título", sostienen que cumple, en tanto que consolida la situación del adquirente a non domino un papel análogo a la prescripción de diez o veinte años en materia de inmuebles. Sin embargo, esta prescripción de diez o veinte años no tiene, ipso facto, un efecto liberatorio o extintivo de las cargas reales que puedan existir sobre los inmuebles. La posesión de buena fe en materia de muebles, en la medida que la buena fe se extiende precisamente a la ignorancia de estas cargas, entraña tanto la extinción de ellas como la de la acción de reivindicación. La posesión del artículo 2.279 requiere el *animus domini* por lo menos con la intención de ejercer un derecho real como el usufructo o la prenda, y ha de ser una posesión real o efectiva, no es suficiente, por ejemplo, una posesión por recibo o un constituto possessorio, y sí, en cambio, lo es la remisión de un warrant representativo de cosas depositadas. La reivindicación, sin embargo, es procedente, en caso de muebles perdidos o robados, siempre que se ejerza en el plazo de tres años. Respecto a las cosas adquiridas en establecimiento comercial, al igual que nuestro Código civil, establece que su reivindicación sólo es posible previo reembolso al poseedor del precio pagado. Termina la obra con un capítulo titulado "Reglas particulares de la propiedad sobre muebles y bienes incorporales". El artículo 1.141 del Código civil, al decir que "si la cosa que se ha obligado a dar o librar a dos personas sucesivamente, es cosa mobiliaria, aquella de las dos personas que ha sido puesta en posesión real de la cosa es preferida y considerada propietaria, aunque su título sea de fecha posterior, siempre que su posesión sea de buena fe", parece contradecir el principio consensual que en materia de transferencia de propiedad informa al Code civile. Su finalidad es no sólo el de solucionar el conflicto entre dos adquirentes que han recibido el mismo mueble del mismo transmitente, sino también garantizar al segundo adquirente en el caso de que el enajenante no sea propietario, es decir, sancionar una adquisición non domino.

La obra de los profesores Marty y Raynaud, de la que hemos referido sólo aspectos parciales de las diferentes instituciones tratadas, con la finalidad de dar una idea total de su contenido, tiene, entre otros méritos, el de que por sus constantes referencias a la jurisprudencia de

los tribunales del país vecino, constituye una exposición no sólo del Derecho tal como resulta del articulado del Code civile sino también de su aplicación en la realidad.

LUIS SIMÓN DÍAZ

MILANI, Francesco: "La proprietà forestale" (Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato. Firenze), Giuffré, Milano, 1961, 234 págs.

El autor es docente de Derecho Agrario en las Universidades de Modena y de Bolonia, y era ya conocido en España por otras publicaciones de la especialidad que cultiva. La presente monografía ofrece una sistemática clásica: un primer capítulo está dedicado a los problemas generales de la propiedad forestal, y es el más extenso; le sigue otro con mayor contenido de Derecho positivo, que tiene por objeto su regulación; concluye con un capítulo más sucinto relativo al estudio de los derechos reales y negocios jurídicos que tienen por objeto el bosque. Ya se comprende que las cuestiones estudiadas en el primero son las que ofrecen un interés científico general.

El profesor Milani configura la propiedad forestal como una subespecie de la propiedad inmobiliaria que tiene el bosque como objeto; el bosque es una comunidad de elementos que representan algo más y distinto de los árboles que lo componen, y que constituye un *corpus ea distantibus*. La propiedad forestal tiene especiales relaciones con la personalidad humana y es uno de los principales fundamentos de la convivencia civil. Afirmaciones que merecen destacarse en un mundo que avanza por los caminos de la civilización urbana y técnica, y, por tanto, deshumanizada y deshumanizadora. Para el autor, la propiedad forestal, antes que derecho de gozar y disponer—que sin dejar de existir, se colocan en segundo plano—, es poder de administrar en interés indirecto de la comunidad. El principio de la conservación de los bosques exige una intervención del Estado, y así resulta que el propietario forestal está exento de responsabilidad cuando se ha atendido a las normas reglamentarias emanadas de la Administración. La propiedad forestal es el ejercicio privado de un servicio público, lo que por razón del interés nos coloca en la órbita del Derecho público, pero el propietario no es un funcionario, sino que desempeña una función análoga. Desde un punto de vista objetivo, examina el autor las diferencias entre esta propiedad y los bienes demaniales, y con los que son objeto de propiedad pública; a su juicio, se trata de una propiedad cuasi-demanial y relativamente indisponible, pues los actos de enajenación requieren el concurso de la Administración pública; se trata, por último, de una propiedad vinculada, y el capítulo se concluye con el análisis de esta noción que se resuelve en una sumisión, al menos parcial, a la autoridad pública, que se ejercita mediante providencias administrativas de imposición de cargas y mediante órdenes.

En el capítulo segundo se examina el detalle de los diversos vínculos administrativos que pesan sobre la propiedad forestal; de naturaleza hidrogeológica, de defensa, militar, económico y por razón de las bellezas naturales. Por su índole fundamentalmente positiva interesa menos al lector no italiano.

La especialidad de la propiedad forestal matiza el contenido de los distintos derechos reales que recaen sobre el bosque, así como el de los negocios jurídicos que al bosque tienen por objeto. Así son estudiados la enfiteusis, el usufructo, la hipoteca, las servidumbres, los usos cívicos y las pertenencias; se cierra el capítulo con unas breves consideraciones sobre los negocios jurídicos en el campo forestal.

En esta monografía resplandecen la amplia cultura, la profundidad de pensamiento y el rigor científico de su autor. De destacar es que se cita el estudio de Sancho Rebullida sobre usufructo de montes (aunque se ha deslizado una errata, disculpable, en el nombre), lo que revela una encomiable preocupación e interés por la doctrina no italiana. Cuando entre nosotros se observa un esperanzador resurgir del Derecho Agrario, puede ser ejemplar la labor callada llevada a cabo por la actual generación de agraristas italianos, de paciente reconstrucción de las instituciones, lo que en su día permitirá elaborar una obra de conjunto con caracteres de solidez.

G. GARCÍA CANTERO

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: "El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)". Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Centenario de la Ley del Notariado. Sección Cuarta: "Fuentes y Bibliografía", volumen I. Madrid, 1965, 777 págs.

Creo que éste libro de Peña es un libro importante. Esta afirmación se hace con mucha frecuencia en las notas críticas, en los comentarios y en las recensiones, aunque desgraciadamente la mayor parte de las veces no sea verdad. La afirmación debe ir, por tanto precedida de una previa revalorización. La afirmación de que el libro de Peña es importante debe valer, pues, como afirmación revalorizada.

La causa de la importancia me parece evidente. Estamos por primera vez frente al antecedente inmediato, del texto de nuestro Código civil. La obra de Peña tiene importancia como hallazgo del texto del Anteproyecto, lo que supone ya por sí solo un hombre erudito y buscador. Tiene importancia, en segundo lugar, porque nos proporciona el texto del Anteproyecto pulcra y cuidadosamente estudiado y anotado y enriquecido con las concordancias de aquellos cuerpos legales de que los autores del Anteproyecto se sirvieron. Tiene importancia además porque el libro se abre con un estudio preliminar de gran interés.

Del hallazgo Peña había dado cuenta ya en este ANUARIO (XIII, 4, 1960, pág. 1171 y sigs.). El Anteproyecto es uno de los antecedentes más importantes de nuestro Código civil, que era hasta ahora desconocido o

confundido. De ahora en adelante quienes sienten curiosidad por conocer el proceso de formación histórica de nuestro Derecho civil habrán de recurrir necesariamente al libro de Peña que se coloca así en paridad con la clásica obra de GARCÍA GOYENA, única fuente de que hasta ahora disponíamos para conocer los precedentes del Código.

El texto del Anteproyecto se ha formado con el Proyecto de 1882, es decir, los libros I y II, a los que se añaden ahora los libros III y IV tal como aparecen en la impresión que en su día hizo la propia Comisión de Codificación probablemente para su uso interno. Se respeta la división en cuadernos y la numeración provisional e independiente que muchos proyectados artículos tuvieron.

El texto da los precedentes que los redactores tuvieron a la vista, por lo cual su valor es inestimable. Al anotar el texto a pie de página, Peña ha tenido buen cuidado y nos ha hecho el inestimable servicio de darnos enteros estos preceptos a los que los redactores hicieron referencias. Se citan de esta manera, por orden de importancia, el Proyecto de 1851, los Códigos italiano y holandés, el Anteproyecto belga de Laurent, el Código de Luisiana y el del Cantón de Vaud, el Código portugués, el argentino, el mexicano, el chileno, etc.

El estudio preliminar, muy cuidado, nos da cuenta de la historia del Anteproyecto, de los ejemplares del mismo, de sus autores y de sus fuentes, puntos todos en los que Peña hace gala de una extraordinaria erudición y de un profundo conocimiento de la codificación española, tema casi virgen en nuestra literatura jurídica, por un inexplicable abandono. La publicación de este "Anteproyecto del Código civil" nos sugiere precisamente esta idea: la cantidad de material que tiene que existir en los archivos esperando que alguien se ocupe de él, e intente la historia completa de nuestra codificación. Hace falta esta historia con una recopilación de textos, de discursos, de trabajos preparatorios, que nuestros historiadores del derecho deberían haber realizado hace tiempo. Pero nuestros historiadores del derecho son medievalistas y iuspublicistas y la historia reciente del derecho privado es algo que les permanece extraño. El mejor libro de la historia del derecho español del siglo XIX es la obra de nuestro maestro el profesor CASTRO. Yo espero desde aquí y hago votos para que esta historia de la codificación civil española sea la obra de uno de sus predilectos discípulos, Manuel Peña, a quien debemos felicitar por lo que ya ha hecho, pero a quien tenemos que pedir por favor que siga adelante.

LUIS DíEZ PICAZO

REVISTAS

A cargo de Carlos MELON INFANTE
y Antonio Manuel MORALES MORENO.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

JORDANO BAREA, Juan Bautista; *Derecho civil y Derecho agrario*. RDP, septiembre 1964; 721-731.

«El Derecho privado de la agricultura, se nos aparece como una categoría histórica frente al Derecho civil».

Hacia finales del primer tercio de siglo un inminente jurista, Hedemann, definió así la situación de la tierra: «atomización de la tierra, endeudamiento de la tierra, egoísmo de la tierra». A esta situación se había llegado por la acumulación de circunstancias. a) La obra de Justiniano (de tanto valor para la cultura jurídica posterior, no recogía la regulación agraria existente en Roma. b) La Revolución francesa (igualitaria y liberal), y su influencia sobre la codificación, hace que los primeros Códigos mantengan un régimen uniforme en la propiedad. c) El Pandectismo alemán (abstracción). Pero esta situación de injusticia, hace surgir un sentimiento de reacción. En Derecho agrario, nacerá impulsado por un movimiento de reforma agraria, y como superación de la concepción abstracta del Derecho privado. Tras esta superación se esconde la idea de transformación de los elementos de la relación jurídica agraria (explotación rústica, cultivador).

El Derecho agrario plantea el problema de su construcción y el de su especialidad. Importa el criterio de la empresa agraria, como elemento constructivo y centro del mismo, destacando sus diferencias de la empresa mercantil. Actualmente sobre esa base constructiva, el Derecho agrario es *ius specialis* referente al sector agrícola. Pero no parece seguro que pueda y convenga considerarle como Derecho totalmente independizado del civil.

JORDANO BAREA, Juan Bautista. *Derecho civil y Derecho mercantil*. RDP, marzo 1964; págs. 175-183.

El Derecho mercantil aparece durante la Edad Media. Si en Roma, el *ius praetorium* inyectó buenas dosis de flexibilidad en el *Ius civile*, la Edad Media presenta otro panorama. Ni el Derecho romano compilado y petrificado, ni las legislaciones locales, toscas e incipientes, sirven de aparto normativo para los *mercatores*, que han de adoptar su propio Derecho (profesional). Esta concepción profesional se quiebra en la historia tras la publicación del C. de c. francés (1807). Sustituida por un concepto objetivo, en torno a los actos de comercio, el Derecho mercantil llega a ser bifronte, regulando el acto aislado y el propio de la repetición profesional. «El Derecho civil y el Derecho mercantil tendrán así una zona común de difícil diferenciación téc-

nica: la de los actos de comercio impropios realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes».

Las reacciones contra la concepción objetiva o de los actos de comercio, desplazan el campo normado por el Derecho mercantil, hacia los *actos realizados en masa* (Heck, Radbruch y Lochez) o hacia los *actos en que se traduce la actividad empresarial* (Wieland, Mossa, Escarra, Garrigues). Precisamente por esta vía, considerándole como un Derecho de los empresarios, se vuelve al punto de partida, a la concepción subjetiva.

El Derecho mercantil es, en frase de Jordano, un Derecho privado especial (y, en ocasiones, también singular o excepcional) dotado de autonomía sustancial (y, a veces, formal): pero no independiente del Derecho civil, derecho privado nuclear o general (Art. 16 C. c. y 20 y 50 C. de c.).

Hoy el derecho de la economía, comprensivo de la actividad industrial e invencionista (economía planificada) del Estado, y de las normas imperativas que informan la legislación mercantil e industrial de nuestro tiempo (solidaridad económica) señala el ocaso del Derecho mercantil clásico (liberal). La actividad del Estado mencionada va a desembocar en el terreno propio del Derecho administrativo. Y en cuanto a las normas imperativas que informan la legislación mercantil, no hay que exagerar su influjo. El Derecho mercantil, lejos de desaparecer con esa influencia, absorbido por el Derecho de la economía (tesis de Rubio), muda de signo.

LUNA SERRANO, Agustín y FERNÁNDEZ-BOADO, Pedro. *Método y posibilidad de una planificación agraria en España*. RCDI, año XL, núms. 428-429, enero-febrero 1964; págs. 27-93.

La realidad española impone una planificación que tienda a lograr una mayor productividad de la tierra, resolver problemas de paro y emigración y mejorar las condiciones de vida en el campo. Esta tarea exige un método adecuado, y aún así plantea el problema de su propia posibilidad en España, que trata de despejarse.

RIGARDO LEZON, Manuel. *Las dos legislaciones civiles vigentes en Vizcaya*. RCDI, año XXXIX números 426-427, noviembre-diciembre 1963; páginas 796-810.

Como es sabido, en Vizcaya existen dos legislaciones civiles. Por un lado el Código civil. Por otro, la Compilación que rige en el ámbito territorial que ella determina. Se tratan las líneas históricas del desenvolvimiento de este territorio para indagar la causa de la dualidad de regímenes jurídicos.

SCHLESINGER, Rudolph. *Il nucleo comune dei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*. RDDC, año IX, número 1 enero-febrero 1963; págs. 65-81.

En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se reconoce la existencia de «principios generales del derecho reconocidos por

las naciones civilizadas». Igualmente, los estudios históricos y comparatistas han puesto de manifiesto un núcleo común a los diferentes sistemas jurídicos. El presente artículo ofrece un cuadro de algunos de los problemas más generales y dificultades de todo esfuerzo de indagación de ese núcleo común que utilice el método comparado. Así, la elección de los sistemas jurídicos objeto de la búsqueda y de los propios manipuladores del método. El procedimiento comparado, y los problemas de formulación.

TRABUCCII, Alberto. *Un nuovo Diritto*. RDDC. anno IX, mayo-junio, 1963; páginas 259-272.

En el seno de las Comunidades europeas va surgiendo un nuevo Derecho. Se analiza la posición de los estados miembros frente al mismo.

2. Derecho de la persona.

CIAN, Giorgio. «*Lata culpa dolo aequiparatur*». RDDC, año IX, número 2 marzo-abril 1963; págs. 148-178.

El tema del artículo es una indagación sobre la existencia, en el ordenamiento jurídico privado italiano de un principio general en virtud del cual sean *equiparables* dolo y culpa grave. Tal equiparación significa una correlación entre los caracteres interiores y exteriores de ambas figuras, que las haga inseparables una de otra, recibiendo un mismo régimen jurídico. En el ordenamiento jurídico privado italiano no existe una norma, que en términos generales establezca esta equiparación. De un lado existen normas que atribuyen a ambas las mismas consecuencias jurídicas, y de otro, normas que contemplan sólo el dolo. Las tesis mantendoras del criterio unificador son vulnerables a la crítica: así la indistinguibilidad conceptual, la equiparación como presunción de dolo, la igual reprobabilidad del dolo y la culpa grave. Por eso se niega el principio equiparativo.

Se estudia la pretendida equiparación en el Derecho romano, profundizando en el problema a través de diversas observaciones sobre los textos.

Negada la equiparación de figuras, las normas sobre la culpa grave potencian una mejor adecuación de ciertos intereses en situación particular ostentados por el titular del bien lesionado y el sujeto que causa el daño.

DABIN, Jean: *Une nouvelle définition du droit réel*. RDDC, año 61. enero-marzo 1962; págs. 20-44.

En 1960 publicó el profesor Ginossar una obra titulada *Droit réel, propriété et créance*, que por su importancia es expuesta y criticada por el profesor Dabin. El autor del libro modifica la clasificación tradicional de los derechos patrimoniales. Analiza por un lado la *propiedad*, y la ve como «relación por la cual una cosa pertenece a una persona», y por otro el *crédito*, que

es para él «anticipación de una prestación futura». En el crédito, hay también una propiedad de un derecho y no de una cosa. Por fin, los derechos sobre la cosa de otro han de plantear la mayor problemática, que resuelve encuadrándoles entre los derechos de crédito, como obligaciones reales. Sobre ellos igualmente se ejerce la propiedad de un derecho.

Podríamos caracterizar así la tesis de Ginossar: 1) El patrimonio se compone únicamente de derechos absolutos, pues todos ellos son derechos de propiedad.

2) La propiedad se ejerce sobre bienes corporales e incorporales (créditos).

3) Los bienes incorporales comprenden derechos relativos o de obligación, reales (cuando se es deudor en función de una cosa) o personales, y derechos intelectuales de carácter absoluto, cuyo objeto es una representación abstracta y referidos a prohibir actos de imitación.

El profesor Dabin, critica la extensión a los créditos de la noción de propiedad. Porque se emplea equivocadamente tal concepto. En un principio propiedad y derecho de crédito, se entienden, según la aceptación habitual, como dos especies de derechos patrimoniales, para luego convertirse la propiedad en género y el crédito en especie.

Por otra parte, en su concepto, el derecho de propiedad se confunde con la cosa, retrocediendo en la distinción doctrinal entre objeto y contenido del derecho subjetivo. M. Ginossar no concibe que el derecho de crédito que es esencialmente relativo, pueda imponerse a tercero, y por eso le presenta bajo la cobertura de la propiedad, derecho absoluto, sin caer en la cuenta que todo derecho, incluso relativo (referido a la prestación de un sujeto [deudor]), es absoluto en cuanto oponible a otro.

En segundo lugar somete a juicio la afirmación de que los derechos reales sobre las cosas de otro no son tales derechos reales, sino que se descomponen en una obligación, y como tal, derecho relativo. ¿Cuál es el objeto de esta obligación? Puede ser una prestación positiva (facere), o negativa (non facere). Siendo negativa la obligación real, lo más frecuente para Ginossar, se distinguiría de la obligación pasiva universal, en que es un individuo particular el que, en razón de un bien «que posee», tiene la carga. Sobre esta afirmación ejerce su juicio el profesor Dabin. No hay por qué distinguir esta obligación de la pasiva universal. Siendo positiva la prestación, se trata de una obligación personal, porque quien debe es una persona (propietario actual) y no la cosa. Siendo negativa estamos en presencia de la obligación pasiva universal.

FORCHIBELLI, Paolo: *La colpa lievissima*. RIDDC, año IX, número 2 marzo-abril 1963; págs. 179-219.

En los trabajos preparatorios del nuevo Código italiano se decía: «se ha tenido presente la unidad del criterio de medición de la culpa, sea contractual o extracontractual. Para ambos se ha considerado el comportamiento del hombre de media o normal diligencia, esto es, del buen padre de familia». El legislador recogía la opinión dominante de la doctrina del momento. En la

actualidad, u consecuencia de ello, la jurisprudencia ha cambiado sus líneas originarias, para adaptarse a las enseñanzas del nuevo legislador. Pero no faltan escritores importantes que afirman la relevancia de la culpa levísima en el sector extracontractual.

Para el autor, el principio de la relevancia de la culpa levísima, no sobrevive ni tan siquiera en los casos especiales de responsabilidad agravada.

GINOSSAR, S.: *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, RTDC, 61 año octubre-diciembre 1962: págs. 573-589.

Este artículo es contestación al publicado en la misma revista por el profesor Dabín, criticando el libro del profesor Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*.

El derecho de crédito liga la actividad de una persona a otra, obligándola. Este contenido obligacional se ha reconocido también en los derechos reales por la vía de la obligación pasiva universal. Mas como esta obligación negativa universal no es específica de los derechos subjetivos sobre cosas, sino que se puede aplicar igualmente a los de crédito, surge en los últimos el problema de explicar la duplicidad de obligaciones (personal y universal). Ginossar nos habla, creyendo haber encontrado la solución, de *propiedad de créditos*. El derecho de propiedad, teniendo por objeto en este caso un derecho de crédito, del cual se distingue, quedando fuera de su estructura típica, potencia un reconocimiento de ese crédito por parte de todos; el deber consiguiente de abstención. Con esta construcción encaja igualmente el usufructo y la prenda de créditos. Ambos no serían explicables fuera de la propiedad del crédito.

Pasa a continuación a analizar la noción de derecho real sobre las cosas de otro. Es cierto para todos, que el propietario debe respetar el derecho constituido sobre su propiedad y limitativo de ella. Se ha justificado, haciendo pesar sobre él la obligación pasiva universal. Pero Ginossar cree que se trata de una obligación que se transmite con la propiedad y que es diferente de la negativa que afecta a todos.

Junto a la actitud negativa que acabamos de ver, hay derechos reales que excediéndola, imponen al propietario de la cosa sobre la que recaen, una actuación de contenido positivo. Se trata, en tal caso, de los derechos reales *in faciendo* y obligaciones *propter rem*.

La concepción clásica, encuentra una contradicción en los términos (*derechos reales* = abstención, *in faciendo*). Ginossar piensa que toda obligación positiva exige una persona determinada, no importa cómo. En las obligaciones *propter rem* se determina el sujeto obligado por su relación con la cosa.

Pero los clásicos aún pretenden demostrar que las conveniencias prácticas exigen un límite en la creación de las cargas reales, lo que fue favorecido por la Revolución francesa. Dabín incluso afirmará, no existen en el Código francés, con un poco de ingenuidad, por cierto, para Ginossar.

Por fin, la escuela clásica, reconociendo, por no tener más remedio, la existencia de estas obligaciones positivas, las conceptúa como personales, de tipo especial, (*propter rem*) que acompaña al derecho real, pero distintas de él. Decir que son obligaciones personales es una tautología, sólo explicable por el deseo de los clásicos de extraer este tipo del derecho real limitativo

de la propiedad, al que acompaña, distinguiéndose. No son obligaciones, éstas, de las que engendran responsabilidad patrimonial por su incumplimiento. Y su creación por los particulares se mantiene siempre dentro del marco de un derecho real, como carga del mismo.

Para justificar el respeto que debe la comunidad a estos derechos reales limitados, Ginossar vuelve a la misma construcción empleada para las obligaciones. La propiedad montada sobre ellos justifica el respeto general.

GUYONE, Yves: «*De l'obligation de sincérité dans le mariage*. RTDC, año 63, septiembre 1964; número 3, págs. 473-498.

Se dice, comunmente que en el matrimonio engaña quien puede. Por eso el tema se nos muestra de sumo interés. Todo el artículo se ordena al análisis de los efectos que en Derecho francés produce sobre el consentimiento de uno de los contratantes, de buena fe, la falta de sinceridad del otro.

Para la postura clásica, aceptada con bastante frecuencia por los tribunales franceses, el dolo no vicia el consentimiento matrimonial. Y esto, porque no hay ningún texto en Derecho francés que imponga la obligación de sinceridad, y tal obligación sería inútil y peligrosa. No deja de acusarse en ella la influencia del Derecho canónico (Matrimonio Sacramento). La evolución de esta postura se produce, potenciada por el carácter contractual destacado con mayor fuerza, desde que en 1884, es posible la disolubilidad del matrimonio. El carácter contractual impone la obligación de «agir le visage découvert», y da especial relevancia a su violación.

Si el matrimonio es un contrato, el deber preconyugal de sinceridad tiene, no obstante, una fisonomía propia, que se analiza. Y para completar el horizonte problemático de este tema, un segundo apartado aborda esa misma obligación de sinceridad, traspasada la puerta de la vida conyugal.

I.—El Código civil francés, en cuanto al *deber preconyugal*, no obliga a los futuros esposos a hacerse una mutua confesión general. Pero, aun admitida su existencia, a través de otros cauces positivadores, es de suyo limitada, porque los esposos no podrán traspasar la frontera del *dolus bonus*. Se puede traspasar, en cuanto al hecho, disimulado y en cuanto a la misma disimulación: a) En cuanto al hecho disimulado, éste ha de ser «compatible con los fines esenciales del matrimonio». Esta relevancia del hecho es apreciable en unos casos, en abstracto (defectos orgánicos, dudoso en los económicos). Fuera de esos casos, la apreciación del hecho incompatible con el vínculo conyugal, se opera *en concreto* por los tribunales, que indagan si el hecho disimulado resulta o no esencial para los futuros esposos.

b) En cuanto a la disimulación, el autor da un criterio, el suyo, y una dirección jurisprudencial, la dominante, en torno al problema de si la reticencia constituye violación del deber preconyugal de sinceridad.

No solamente, afirma, la prueba de la reticencia será difícil, sino además, la moral triunfará, muy a menudo, en detrimento de la unión conyugal. El matrimonio, se dirige al futuro, porque da la vida a los hijos, mucho más

que a un pasado inmutable en todo caso, y sobre el que no conviene volver indefinidamente.

La jurisprudencia, por su lado, condena la reticencia con dos paliativos. Caso de ignorancia del hecho ocultado por el reticente, y caso de hechos notorios.

Las sanciones de la violación de la obligación preconyugal de sinceridad, helas aquí: *a)*, condena a daños y perjuicios; *b)*, anulación y *c)*, divorcio. La condena a daños *y perjuicios*, establece un equivalente, no satisfactorio, entre el dinero y los sentimientos, y, por otra parte, el matrimonio implica de *facto* (si no de *iure*) una comunidad de intereses entre los esposos. La *anulación*, ni los tribunales acostumbra a concederla, ni los litigantes, por considerarla medida demasiado excepcional, a pedirla. El Código civil francés no incluye el dolo entre los vicios del consentimiento matrimonial. Se dice que deja el consentimiento en libertad, pero, en realidad, el consentimiento (provocado) del equivocado, sólo es libre en apariencia. ¿Podría el demandante, haciendo abstracción del dolo fundar su acción exclusivamente sobre el error resultante del dolo? En sentido negativo, se pronunció en 1862 el Arrêt Berthon. Esta postura negativa fundada en la estabilidad matrimonial, tiene posible réplica. Así, pensemos, que tratándose de matrimonio putativo, se producirían efectos civiles para el cónyuge de buena fe. Igualmente, tal demanda sería inadmisibles, pasados seis meses de cohabitación (con plena libertad o sin error). Y aún se alega como tercera réplica, el contraste inconsecuente entre esta postura, en beneficio de la estabilidad conyugal y la admisión en tales casos del *divorcio*, por la Corte de casación, sobre todo a partir de la Ley de 2 de abril de 1941. Aparte de la inconsecuencia, resulta difícil para los no partidarios del divorcio sanción, cómo aplicarlo por injurias prematrimoniales. Pero otros sectores doctrinales no encuentran esta postura criticable. Para ellos, la causa del divorcio, no son las injurias prematrimoniales, sino las consecuencias producidas en el matrimonio por el descubrimiento del hecho ocultado. Y creen que esta solución, es ventajosa, pues permite se dé al inocente una pensión alimenticia.

II.—La *obligación conyugal* de sinceridad es concebida de dos maneras. *Ampliamente*, obligando a los cónyuges a una transparencia total de vida. *Restringidamente*, conciliando la sinceridad con la discreción. En el Derecho francés, las maniobras fraudulentas, o reticencias, sólo son causa de divorcio, cuando son graves y reiteradas y hacen intolerable el mantenimiento de la unión conyugal (art. 232 C. c.). En materia pecuniaria, se ha adoptado la vida de las disposiciones preventivas, tratando de evitar engaños. Esta detallada regulación en materia prematrimonial, contrasta con el silencio que rodea a los fraudes en materia extrapatrimonial. Se tienen en cuenta por los tribunales a efectos de divorcio, pero quizá exigiéndose demasiada sinceridad. La jurisprudencia nos habla, además, de un deber de confianza.

El dolo, puede igualmente, motivar el divorcio, como circunstancia agravante de otro hecho en el sentido del artículo 232 del Código civil.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Actos de disposición por sociedad representante en suspensión de pagos*. RDP, abril 1964; págs 269-274.

Se consagra este artículo al estudio de dos cuestiones dentro del marco problemático que delimita su título: 1.º Naturaleza jurídica de la representación conferida a la sociedad. 2.º Intervención o no de los interventores.

NAUROIS, Louis: *Aux confins du Droit privé et du Droit public la liberté religieuse*. RTDC, año 61, abril-junio 1962; págs. 241-266.

El problema de la libertad religiosa se puede descomponer en dos partes. *La opción religiosa*, que en lo que tiene de interior se encuentra en Francia muy protegida. *El comportamiento exterior*, de inspiración religiosa, que según el autor debe estar sometido a las exigencias del orden público soberanamente definido por el Estado. Lo que importa es que el Estado, al definir el orden público sea respetuoso con el hombre y sus convicciones religiosas.

PARDO LÓPEZ, José Luis: *El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos*. RDP, enero 1964; págs. 3-12.

Se divide el estudio en cuatro apartados (según la introducción del propio autor).

En el primero, se hace una breve exposición del concepto de derecho subjetivo, desde el punto de vista del ejercicio del mismo, como premisa necesaria para comprender y centrar los problemas del uso, abuso y no uso del mismo.

En el segundo se examinan las cuestiones que plantea el uso del derecho subjetivo, distinguiendo un uso normal (concepto, modalidades y limitaciones del mismo), y un uso anormal (posesión, usucapión y adquisiciones a *non domino*).

En el tercero se examina el abuso del derecho subjetivo. Primero, centrandolo en la cuestión en relación con la naturaleza y estructura de éste. Después, con un breve examen de la doctrina del abuso del Derecho (Historia, doctrina científica y Derecho español).

En el cuarto y último estudia el no uso del Derecho subjetivo, comparativamente con el uso normal para examinar brevemente la prescripción extintiva, el no uso, la caducidad y la prescripción inmemorial.

DEL PISO Y CALVO, Carlos: *Actualización del estudio del accidente «in itinere»*, RDP, mayo 1964; págs. 409-421.

El accidente *in itinere*, es creación de la jurisprudencia, y al estudio de las últimas evoluciones de ella dedica, el autor, este trabajo. Destacando los distintos requisitos exigidos en esta figura, pasa luego a analizarlos uno a uno, con abundantes citas de sentencias, que compara, entresacando la línea evo-

lutiva de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Este análisis lo hace sobre los siguientes puntos: trayecto, interrupciones del trayecto, imprudencias en su recorrido, medios de locomoción a emplear, conocimiento o autorización por las empresas de los medios utilizados, y plazo prudencial de acaecimiento del siniestro, domicilio legal de los trabajadores del mar.

3. Derecho de cosas.

GROSSO, Giuseppe: *Alberature e servitù «amoenitatis» causa». RDDC, año IX número 1 enero-febrero 1963; págs. 99-108.*

Es admisible la servidumbre *amoenitatis causa* para obligarse a mantener en el predio sirviente un cierto tipo de paisaje. Incluso puede ser un camino provechoso para la realización por el Estado, a través de cauces privatísticos, de sus planes ordenadores de la configuración del paisaje.

LOPEZ MEDEL, Jesús: *Planificación de la propiedad territorial. RCDI, año XXXIX número 426-427, noviembre-diciembre 1963; págs. 811-819.*

«Tiene por objeto el aumento de la productividad de la propiedad, rústica y urbana, en virtud del uso adecuado de la tierra y suelo, para el cumplimiento de una función social económica y jurídica». Se buscan las causas que exigen la planificación inmobiliaria, zonas y una perspectiva de la misma hacia el futuro.

MESSINEO, Francesco: *Intorno a una figura di servitù de costituire «amoenitatis causa». RDDC, año IX número 1 enero-febrero 1963; págs. 109-115.*

Es claro que se puede admitir la existencia de la servidumbre *amoenitatis causa* en cuanto venga a constituir cualidad permanente del fundo y adquiera valor *erga omnes*, no limitándose a ser ventaja personal del propietario actual. Se estudian algunos problemas de construcción de la figura.

SIMONCELLI SCIALOJA, Vittorio: *Servitù «amoenitatis causa» e miglioramento paesistico. RDDC año IX número 1 enero-febrero 1963; págs. 90-98.*

Se puede constituir una servidumbre que suponga como gravamen una cierta configuración en el predio sirviente, y que implique, de ventaja para el dominante, un cierto grado de belleza en el paisaje.

4. Obligaciones y contratos.

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo: *La obligación de sanear en el arrendamiento*. RDP, mayo 1964; págs. 367-379.

El autor viene a sostener en el trabajo, que pese a la declaración del artículo 1.553 del Código civil («son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa»), el funcionamiento del arrendamiento impide hacer realidad ese precepto. En el Derecho comparado falta una norma de remisión semejante a la nuestra.

BONET CORREA, José: *Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias*. RDN, año XI número XL, 1963; abril-junio.

Después de la reacción absoluta y extrema que aportó el *valorismo*, la doctrina más equilibrada trata de seguir manteniendo el principio nominalista, si bien con una nueva interpretación del mismo (nominalismo material), aceptando su naturaleza derogable y posible corrección. Esta corrección es obra de una técnica: intervención legislativa, revisión judicial, cláusula previsoras o de estabilización. Importan ante todo estas cláusulas, fruto de la voluntad contractual, y que determinan la cuantía de moneda a pagar por comparación con el valor de otro producto o de un porcentaje ponderado del coste de vida. Su naturaleza fraccionada planteará el problema de si exceden al ámbito de la autonomía de la voluntad, de su validez y eficacia, lo que lleva al autor a un estudio previo de cada una de las cláusulas, para después abordar la cuestión central.

COTTINO, Gastone: *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto dis società di persone*. RDIC, año IX, número 3 mayo-junio 1963; páginas 272-323.

El Código civil italiano no toma posición con el problema de la invalidez de las sociedades de personas y asociaciones de derecho privado, como lo hace en el artículo 2.332 para las sociedades por acciones, estableciendo que, inscrita la sociedad en el registro de las empresas, la declaración de nulidad del acto constitutivo no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la sociedad. Ante la laguna son posibles dos soluciones. Aplicar la disciplina del artículo 2.332 o la general relativa a la invalidez del contrato. El profesor Cottino, tras exponer aquellas teorías que propugnan la disociación de las relaciones internas y externas de la sociedad, se inclina por una solución unitaria, y la inaplicabilidad del artículo 2.332 a la nulidad del contrato de sociedad de personas.

Indaga las bases del derecho positivo y la disciplina de la liquidación de la sociedad (y asociación) con contrato nulo (y anulable).

GALGANO, Francesco: *Direzione e rischio dell'impresa nella società semplice*. RDDC, año IX, número 2, marzo-abril 1963; págs. 123-147.

El artículo 2.267 del nuevo Código civil italiano a propósito de la responsabilidad por las obligaciones sociales, dice así: «... De las obligaciones sociales responden el personal, y, solidariamente, los socios que han actuado en nombre y por cuenta de la sociedad y, salvo pacto contrario, los otros socios». De sus palabras parece derivarse una responsabilidad unida a la representación. Pero esta interpretación admite discusión, ya algún autor ha suscitado el problema de si en la sociedad simple, son responsables todos los socios administradores aunque no aparezcan hacia el exterior.

GORLA, Gino: *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*. RDDC, anno IX, enero-febrero 1963; págs. 1-30.

Se plantea el problema de la posibilidad de ceder la oferta de contrato oneroso, lo cual significa la cesión del poder, del que recibe la oferta para formar el contrato con ser la aceptación, no mediando el consentimiento del oferente. La solución, no prevista explícitamente en el derecho italiano, se busca a través de la indagación de los intereses del oferente a resistir a la cesión de la oferta. En principio, éste, no puede esgrimir un interés a tener como acreedor en el futuro contrato al que dirigió la oferta, a no ser que en ella lo establezca expresamente (comp. art. 1.260 C. c.). Esto sentado, se pueden mencionar ciertos intereses en abstracto, tales como la confianza personal, riesgo de invalidez (en sentido amplio) del contrato, carácter del contratante, cambio eventual del *locus contratus* o del *locus solutionis*. Se analizan estos intereses, y su relevancia a efectos de la posible cesión de la oferta contractual.

Estudia igualmente la cesión de la opción y del *ius contrahendi* derivado de un contrato preliminar.

LA LAGUNA, Enrique: *Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación*. RDP, abril 1964; págs. 275-299.

Para armonizar los campos de aplicación de dos preceptos del Código civil, los artículos 623 y 629, se escribió este trabajo. Basta tomar el Código civil para darse cuenta de los enormes problemas que se plantean en el punto concreto de este estudio. Proyección de la nutrida variedad de opiniones en torno a la naturaleza de la donación. Para el profesor La Laguna, la donación es contrato y modo de adquirir, es contrato formal dispositivo (art. 618, 828, 635, 609). A través de este contrato se opera, a la manera del Derecho francés, el cambio jurídico real, sin necesidad de tradición y si la tradición existe, queda plenamente colocada en el espacio obligacional, como una forma de pago. El autor cree que este tratamiento del problema transmisivo tiene su paralelo en el artículo 1.462, 2.º Código civil (*traditio*

instrumental). Se expresa a este propósito en estos términos: «Los contratos obligatorios de finalidad traslativa que por su naturaleza consensual requieren en principio, para producir el efecto real, la mediación de la *traditio*, pueden operar directamente la transmisión con la intervención de una cierta forma, en los términos que previene el artículo 1.462, 2.º (pág. 285).

Los argumentos esgrimidos por el profesor La Laguna para afirmar la naturaleza contractual de la donación son: a) su génesis bilateral (arts. 618, 623, 626, 627, 629, 630, 631, 632, y 633 C. c.); b) su sumisión al régimen general de las obligaciones y contratos (art. 621 C. c.); c) la exigencia de capacidad tanto para hacer como para recibir donaciones (arts. 629, 626 C. c.). Su naturaleza de acto positivo la apoya en los artículos 618, 628, 609 y la propia localización de la figura en el L. III del Código civil.

En la redacción del 629 («la donación no obliga al donante, ni produce efecto sino desde la aceptación»), se encuentran mencionados dos aspectos de la donación. Por una parte, el transmisivo (produce efecto), y, por otro, el obligacional (obliga), referido a la entrega de la cosa donada. La entrega, en este caso, en un efecto obligacional del contrato, transmisivo, ya de por sí, del derecho real. El problema se plantea al existir además otro precepto, el 623, que resuelta ya la cuestión vuelva a enturbiarla («La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario»). Para explicar esta forma hay que distinguir, en base a los antecedentes: a), *perfección genética* del acto de donación, referida al problema de la perfección negocial y eficacia de la donación (art. 629); b), *donación irrevocable* a partir del momento en que la donación gana firmeza definitiva (art. 623). La facultad revocatoria del artículo 623 presupone la existencia jurídica material y la eficacia inicial de la donación. Por eso, si por muerte, el donante no llegase a impugnar la donación, y esta muerte se produjese antes de conocer la aceptación del donatario, la eficacia inicial de la donación se hace inatacable, aun cuando el donante ya nunca puede reconocer la aceptación de la otra parte.

MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, Juan: *Breves consideraciones generales sobre el despido*, RDP, marzo 1964; págs. 207-215.

El despido en la ruptura unilateral del contrato de trabajo, que para el autor puede ser contemplado en diferentes aspectos. Alude al aspecto del acto humano, hecho histórico, económico, hecho sociológico, acto jurídico, objeto de la política social y causa de litigios. Como acto jurídico que «crea, modifica o extingue relaciones de Derecho, de conformidad con los preceptos legales que lo regulan», la Ley de contrato de trabajo prevé diferentes casos en que el despido se produce a instancia de los trabajadores (art. 78 L. C. T.).

PELLIZZ, Giovanni: *Appunti sul rapporto fra delegante e delegato nella «delegatio solvendi»*. RIDIC, año IX, número 1 enero febrero 1963; págs 82-89.

La delegación no crea la relación entre delegante y delegado, sino que sucede al revés. Si se quiere hablar de delegación en sentido unitario no se puede referir a un negocio concreto, sino a un carácter común a negocios di-

versos. El legislador italiano se limita a un supuesto de delegación engendrada por una relación de carácter pasivo, lo cual es arbitrario. Dice así el artículo 1.269 C. c.: «si el deudor para ejecutar el pago ha delegado a un tercero».

El efecto típico de la «delegatio solvendi» es la normal irrepitibilidad del pago entre *delegado* y *delegatario*, lo cual es manifestación de la independencia (abstracción) de la tercera relación (delegatoria). En caso de aceptación, se manifiesta en la inoponibilidad de excepciones.

El problema de la relación entre *delegante* y *delegado* es descriptivo y empírico.

5. Derecho de familia.

BERR, Claude J.: *Les tenances du droit contemporain en matière de conflits filiations*. RTDC, año 63, octubre-diciembre 1964; número 4 páginas 635-679.

Los conflictos de filiación suponen un conflicto de leyes que hay que resolver, pero implican a la vez un profundo problema de orden práctico. El niño que ha vivido cierto medio familiar puede verse brutalmente cambiado, en virtud de la decisión de su filiación, a la guarda de personas de quien recibirá un afecto y educación nuevos. Si en momentos anteriores los jueces aplicaron para la solución de estas colisiones de filiación las normas jurídicas determinantes de la presente, se ha ido creando el hábito de tomar en consideración al mismo tiempo los efectos de orden humano que pesarán sobre el niño. Y en esta orientación el autor incluso cree practicable una solución salomónica: atribuir la filiación a quien el Derecho designa, pero permanecer bajo la guarda de los que desde el nacimiento han tenido la calidad de educadores.

Se analizan en dos apartados diferentes aquellos conflictos que escapan a la previsión del legislador, señalando su fuente y solución (jurisprudencial y deseable) y aquellos otros en que interviene el legislador a través de reglas preventivas.

FERRI, Luigi: *Osservazioni a un disegno di legge sul riconoscimento di figli adulterini e sull'adozione*. RDDC, año IX, número 2 marzo-abril 1963; páginas 230-238.

Se comenta un proyecto de ley número 1.752/S. presentado a la Presidencia el 10 de noviembre de 1961. Viene a cambiar parcialmente el artículo 252 del C. c., introduciendo en el párrafo sustituido la siguiente redacción: «Puedan ser reconocidos por el progenitor que al tiempo de la concepción estuviese unido en matrimonio cuando el matrimonio sea disuelto por efecto de la muerte del otro cónyuge o por sentencia judicial. También podrán ser reconocidos cuando lo consienta el otro cónyuge». Se hacen observaciones a esta norma restrictiva del reconocimiento de la prole adulterina, y

protectora de la familia legítima. El artículo 260 del C. c. se sustituye por el siguiente: «El progenitor que ha reconocido, dentro de los tres años del nacimiento al hijo natural tiene, respecto a él, los derechos derivados de la patria potestad, a excepción del usufructo legal».

En materia de adopción se introducen también modificaciones.

...

MANCINI, Tommaso: *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell articolo 29 della Costituzione*. RDDC, año IX, número 2, marzo-abril 1963: páginas 220-229.

El artículo 29, párrafo segundo, de la Constitución italiana dice así: «El matrimonio se ordena bajo la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por las leyes en garantía de la unidad familiar». Esta declaración ha supuesto un paridad de los sexos en la vida matrimonial. El concepto de familia, tope de esta tendencia, se debe tomar de la *comunis opinio* del momento histórico. Y para el autor, el actual concepto de familia está fundado sobre los principios de cohabitación, fidelidad, asistencia y autoridad marital atenuada, consecuencia de la diversidad de atribuciones que comporta el concepto de sociedad.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *En torno a la familia foral*. RDP, mayo 1964: páginas 380-408.

Se recogen en este artículo una serie de consideraciones incluso de carácter extrajurídico, en torno al tema de la familia foral. Dos son los puntos centrales del estudio: las instituciones de heredero, y la institución de heredero para después de los días.

6. Derecho de sucesiones.

AZZARITI, Giuseppe: *In tema di azione di riduzione ad integrandam legitimam*. RDDC, año IX, número 3 mayo-junio 1963: págs. 336 3ª4

El nuevo Código civil italiano dispone que «el testador puede *dividir sus bienes* entre sus herederos comprendiendo en la división también la parte no disponible». Las porciones, señaladas por los bienes determinados que las componen, no impiden que la disposición sea a título universal, si el testador ha asignado los bienes como cuota del patrimonio (art. 588). En esta división el testador ha de inspirar en los criterios que la ley establece para la tutela de un interés público preeminente (conservación de bibliotecas, colecciones...), y está dentro de su poder atribuir derechos de crédito a ciertos coherederos para obtener de otro, que recibió las cosas, su parte, en dinero; como dentro del de los coherederos está el de ejercitar la acción de reducción (art. 735).

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: *El testamento militar español*. RDN, enero-marzo 1964; páginas 145-213.

La figura, cuyos antecedentes se remontan a Roma, encuentra hoy razón de ser en las circunstancias en que se encuentra el testador, que justifican la excepcionalidad de la forma. Es evidente que el testamento militar es hoy un caso de *ius singulare*, y la desviación de la regla normal está justificada por la especial situación en que encuentra el testador. Estudia el autor los requisitos, que los clasifica en: personales, de tiempo y de lugar y las formas y solemnidades, a saber: forma ordinaria abierta, ordinaria cerrada, extraordinaria abierta y extraordinaria cerrada. A cada una de estas formas corresponde alguna peculiaridad en la conservación y protocolización. La subsistencia del testamento plantea los problemas de la validez y la caducidad. La *validez* exige ciertas circunstancias (surgiendo la cuestión) de si la existencia de tales circunstancias debe demostrarla quien pretende aquélla o, por el contrario, debe reputarse válido *prima facie*, siempre que haya sido debidamente remitido por el Ministerio del Ejército, sin perjuicio de que su eficacia pueda ser impugnada por aquellos a quien perjudique. Por fin se estudia el testamento militar y el registro de actos de última voluntad y esta figura en el Derecho Foral.

MARTÍNEZ SARRAÍÓN, Angel: *Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer*. RDP, febrero 1964; págs. 89-107.

El artículo, consagrado a determinar qué trascendencia jurídica tienen las cláusulas testamentarias en que se recogen obligaciones de no vender y prohibiciones de disponer, centra el enfoque del tema desde dos perspectivas, la histórica, y la jurídica positiva actual. En el primer ámbito del estudio, la solución del Derecho romano, de origen postclásico, se contiene en un texto del Digesto (D. 30, 114, 14). Si resumimos las consideraciones a que da lugar el mismo, resulta: a), que la prohibición de enajenar es válida con tal que el testamento contenga la expresada referencia a una causa (causa típica) de dicha prohibición. b) La no expresión de la causa determinante de la prohibición, origina su nulidad, viniendo a ser considerada *cuasi nudum praeceptum*. c) Siempre que se acredite la existencia de una persona que pueda resultar favorecida con la no disposición hay que afirmar que el negocio ha devenido causal. Fuera de este texto comentado (D. 30, 114, 14), el único que sienta un principio general, apenas aparecen otros que hagan aplicaciones concretas.

Para analizar, el Derecho histórico español, se aportan el Fuero de Cuenca y las Partidas. En el Fuero de Cuenca, L. 38 (De filio qui misericordiam cum patre ajeno nom fecerit), está previsto un caso curioso en esta materia. *Las Partidas*, por su parte, (L. 44, Tit. 5, Par. 5.^a), imponen, para que la prohibición de disponer sea eficaz, que tenga carácter causal. Gregorio López, elabora en torno a este texto, la *doctrina de las conjeturas*: si se prohíbe enajenar el castillo o la torre, no es necesaria la expresión de la causa. Tenemos presente, que en aquellos momentos está en el ánimo de todos el valor

trascendental que tiene la casa solariega, apoyo del prestigio familiar. Se ha pretendido junto a este texto desempolvar otro del mismo cuerpo jurídico (L. 10, Tit. 33, part. 7), para ver en él una dirección opuesta. Las prohibiciones de disponer, serían válidas aun sin causa. Pero el texto no tiene valor sustantivo, y no es aprovechable. Disciplina conceptos generales y aclara el sentido que atribuyó el legislador a los vocablos.

La otra perspectiva de encuadre, la jurídica positiva, recoge el Derecho español vigente. En primer término la jurisprudencia se pronunció allá por el año 1884 (6 de febrero), admitiendo la venta de un finca, sobre la que pesaba una cláusula testamentaria de no venta «porque la prohibición de vender no se estableció como condición, ni como fideicomiso, ni con expresión de causa, ni en tal concepto puede invocarse la voluntad del testador, que no es libre sino en cuanto no se aponga a las prescripciones legales». En otra sentencia de 12 de enero de 1907, afirma nuestro Tribunal Supremo: «considerando que... cuando es desconocida la finalidad de la prohibición de enajenar impuesta por un testador a un heredero o legatario, se impone la aplicación estricta de tal precepto (D. 14, 114, 30) en las regiones que, como Cataluña, forman ese Derecho (se refiere al D.^o Romano) parte de su legislación foral...»

La complicación de Derecho civil de Cataluña en su artículo 117 se refiere a este tema y adopta una resolución semejante al Derecho romano, en lo referente a la causa. Pero el C. C. (art. 785) nos sorprende. «Solo interesa el tiempo de permanencia, sin hacer referencia a la índole o naturaleza de estas prohibiciones temporales, ya que la finalidad que únicamente preocupó al legislador fue la de impedir el establecimiento de vinculaciones más o menos duraderas y de forma indirecta» y los tratadistas inmediatos a la Codificación civil, prescindieron casi unánimemente del elemento causal. Interesa a esta materia la resolución de la D. G. de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 1963.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Efectos de la retroacción de la quiebra de Sociedad Anónima en la responsabilidad de los socios gestores*. RDP, enero 1964; pags. 13-21.

Se analiza la responsabilidad de los gestores de una Sociedad Anónima en el tiempo entre la constitución (escritura) y la inscripción, a partir de la fecha en que se retrotraen los efectos de la quiebra de dicha sociedad. Respondiendo los gestores, como se piensa debe suceder en el caso concreto desde el cual se analiza este problema, su forma de responsabilidad es solidaria, y paralela a la de los socios colectivos (art. 7 L. S. A.: art. 127 C. de C.). Para llegar a la solución propuesta previamente se analizan algunas cuestiones conexas, tomando postura entre los problemas que implican. La personalidad jurídica en la Sociedad Anónima, se dice, tan solo se obtiene con la inscripción, señalándose el paralelismo con el derecho real de hipoteca. La atribución de personalidad jurídica, entiende el autor, se traduce en la autonomía patrimonial y la limitación de la responsabilidad.

ONDEI, Emilio: *Per un piú ampio diritto di successione dello Stato nei beni dei privati*, RDIC, año IX número 3 mayo-junio 1963; págs. 324-335.

Más allá de los límites de la parentela, el Estado, en la sucesión abintestato, adquiere los bienes del causante. Se estudian algunos problemas de la sucesión del Estado.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ALVAREZ ROMERO, CARLOS Y LÓPEZ MEDEL, Jesús: *El Derecho inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria*. RCDI, año XL número 428-429. Enero-febrero 1964; págs. 1-26.

Sobre tema paralelo, López Medel, publicó un artículo titulado «sentido social de las instituciones inmobiliarias registrales de la propiedad de Austria», reseñando en el número anterior. El presente artículo aborda los principios hipotecarios: libros, asientos y documentos; procedimiento; el Registro de la propiedad como oficina y su relación con otras oficinas públicas; las fincas y los derechos inscribibles.

DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Las anotaciones preventivas*. RDN, año XII número XLIX abril-junio 1964; págs. 7-28.

Analizado el paralelismo de esta figura en otros derechos (alemán, suizo, italiano) y el concepto que de la misma han dado en España diferentes autores, trazan el método a seguir en la investigación. «Un estudio serio de construcción de la figura general de las anotaciones preventivas debe abandonar el camino dogmático, y plantearse en un terreno realista, examinando cuidadosamente las diferencias de contenido y de eficacia que existen entre los asientos registrales».

Las anotaciones preventivas son para Díez Picazo «unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles».

Se trata de situaciones jurídicas no inscribibles, de eficacia limitada. Manifestaciones de la eficacia limitada: no se produce el efecto legitimador previsto en el artículo 38 L. H.; el anotante no es tampoco un tercero hipotecario, sólo en muy limitada medida puede hablarse del juego del principio de prioridad.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El sistema registral francés* RCDI, año XXXIX números 426-427, noviembre-diciembre 1963; págs. 721-795.

Antes de la revolución, salvo en los países del «antisement», Bretaña y en las donaciones (insinuación), las transmisiones y gravámenes se realizaban o constituían sin publicidad. En el período revolucionario se llega a un sis-

tema francamente avanzado: las transmisiones requieren la transcripción para ser oponibles a tercero. Esta línea, tras el paréntesis del Código civil, se reforzará en la Ley de 23 de marzo de 1855. Las importantes modificaciones llevadas a cabo en los últimos diez años de técnica legislativa defectuosa, merecen para Peña el juicio siguiente: «El sistema francés estructura un Registro mecanizado y ágil, pero no proporciona la seguridad deseable al tráfico inmobiliario».

Se estudia el aspecto orgánico del Registro de la Propiedad, su contenido, reglas para llevar a cabo la inscripción, eficacia, hipotecas y privilegios.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades.

PROVINCIALI, Renzo: *Sociedad de capitales y apariencia jurídica en el Derecho italiano*. RDP, abril 1964; págs. 265-269.

En el marco de la economía posbélica, afirma Provinciali, se ha exagerado y abusado de la posibilidad de emplear la sociedad como medio de limitación de responsabilidad. (sociedades con capital de 50.000 liras; sociedades *di comodo*: un solo accionista). No tiene, en este clima, nada de extraño, el movimiento de opinión contrario a estas formas de sociedad desarrollado en la jurisprudencia y en algún sector doctrinal italianos. Se acude, con ánimo correctivo de las deficiencias a que injustamente llegan los abusos, a una serie de figuras correctoras. La corrección se hace posible, si en tales casos se emplea la doctrina de la sociedad aparente, o la de la responsabilidad solidaria del socio único y la sociedad.

Provinciali, en su trabajo, llama la atención y pone unos límites a la reacción contra los abusos. «Puesto que la ley prevé la posibilidad de la creación de la sociedad persona con patrimonio propio y con efecto limitativo de la responsabilidad de los socios, no puede haber la menor duda de que todos pueden aprovecharse de esa posibilidad y no hay abuso o desviación en sus funciones que puedan constituir causa para llevar a la nulidad una institución jurídica predispuesta como tal por la ley». Estos límites, le hacen rechazar la doctrina de la simulación, porque la realidad de la sociedad se identifica con la forma. La fraudulencia debe igualmente excluirse, así como la expectativa del tercero que contrata con la sociedad (importa lo que es el ante con quien se contrata y no lo que se espera de él) y la apariencia, en donde se aplica el mismo razonamiento que quizá pudiéramos llamar tipo realista u objetivo.

IV. DERECHO NOTARIAL

MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: *Repercusiones prácticas de las escrituras notariales.* RDP, marzo 1964; págs. 183-207.

Se dedica el artículo a una serie de cuestiones prácticas:

a) Competencia del notario sustituido para recurrir contra la nota de un Registrador, puesta en una copia autorizada por el mismo notario, de una escritura, en la autorización de cuya matriz fue sustituido por un compañero.

b) Las condiciones resolutorias expresas o explícitas por falta de pago del precio aplazado de las compraventas.

c) Las erratas en los poderes ¿pueden comprobarse en su interpretación?

d) La venta o la hipoteca de bienes gananciales hecha conjuntamente por marido y mujer, donde se comenta el criterio de la Dirección General. Se ha pensado por dicho organismo que en la disposición conjunta queda cumplida, con exceso, el artículo 1.413 C. c.

e) Las cuotas en los elementos comunes o en el valor total del inmueble constituido en comunidad horizontal.

f) En caso de venta por parte de un comunero a otro de una cuota, parte indivisa de un resto de finca, ¿deben, o siquiera pueden estos dos comuneros, sin el concurso de los demás, describir ese resto con efectos registrales?

PÉREZ-ORDOYO CILLERO, LUIS: *Esbozo para una historia del documento notarial.* RDN, enero-marzo 1964; págs. 215-230.

Su estudio es materia de la Diplomática. En lo jurídico está por hacer la historia del documento según caracteres jurídicos. La estructura del documento tiene este molde básico: Protocolo inicial, texto, protocolo final o escatocolo. Cada una de estas partes comprende una serie de menciones. En cada época existen peculiaridades documentales. Así, el autor estudia este problema en: la Edad Media española, época carolina, ciclo de la escritura gótica, las Partidas y el ordenamiento de Alcalá.

RODRÍGUEZ ABRADOS, ANTONIO: *El Derecho notarial en el Fuero de Soria y en la Legislación de Alfonso X el Sabio.* RDN, año XII, número XLIV: abril-junio 1964; págs. 29-160.

Se dedica el trabajo a estudiar el Derecho notarial en cuatro textos históricos: el Fuero de Soria, el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas. Su segunda parte lleva por título «los Escribanos Públicos», estudiando las normas que rigen su actuación en estos textos.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

CAPPELLETTI, MAURO: *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law-common law»*. RDDC, año IX, número 1 enero-febrero 1963; págs. 31-64.

Muchas normas del proceso civil italiano se encuentran fuera del *Codice di procedura civile*. Así, en el *codice civile* se encuentran normas reguladoras de la parte sustancial del sistema de la prueba e incluso algunas normas fundamentales sobre la función jurisdiccional y sus efectos. En la Constitución italiana, en vigor desde primero de enero de 1948, se constitucionalizan, el derecho de acción de cualquier sujeto, incluso contra la Administración, la organización de la magistratura... Este complejo de normas procesales representada la confluencia de un movimiento político-ideológico-cultural, que encuentra antecedentes en en s. XVIII y que no se restringe a Italia. Encuentran analogía en las disposiciones de los llamados países occidentales y en particular en los ordenamientos de los países del common law, potenciada por el creciente interés de la doctrina y jurisprudencia italianas hacia ciertas manifestaciones procesales del constitucionalismo anglo norteamericano (p. e. j. «due process of law clause» de la Constitución de los Estados Unidos). El momento presente es de acercamiento de sistema. Si el anglosajón respondía a los módulos romanos clásicos y el europeo continental a los potclásicos y bizantinos, las diferencias radicales se van desdibujando, al compás que en los s. XIX y XX se toman elementos del sistema contrario.

CHEVALLIER, J.: *Utilisation par le juge de ses informations personnellis*. RTDC, año 61, enero-marzo 1962; págs. 5-19.

Se estudia en este trabajo el problema de la utilización por el juez de informaciones tenidas por él, fuera de las alegaciones de las partes.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Intituto Giuridico Spagnuolo 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 Offentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociales (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (La Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fé, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).

- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Socialés (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de 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 de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RI = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).

- RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svenski 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. *Legado de un tercio de la herencia para sufragios y obras de caridad: el artículo 747 del Código civil no tiene carácter imperativo y habrá de aplicarse como supletorio en el supuesto de que el testador haya manifestado su voluntad en forma indeterminada y sin que el albacea haya recibido instrucciones concretas sobre el destino de los bienes. Por tratarse de un legado de parte aliecuota del tercio hereditario será necesaria la previa partición de la herencia con objeto de delimitar los bienes que corresponden al único heredero y los que han de atribuirse para el cumplimiento del legado establecido. Capacidad jurídica de las parroquias. Carácter personal de la obligación asumida por la parroquia sobre misas y sufragios.*

A) El carácter no imperativo del contenido del mencionado artículo 747 resulta fundado no sólo en una interpretación literal del texto de dicho precepto, que expresa que se aplicará cuando el testador no haga "indeterminadamente y sin especificar", sino también de una interpretación lógica, pues de esta manera se compagina y armoniza con artículos tan fundamentales como el 675, que establece que la voluntad del testador es la ley de sucesión; el 763, que autoriza la libre disposición de los bienes, siempre que se dejen a salvo los derechos de los herederos forzosos, y el 901, que permite atribuir al albacea todas las facultades que le confiera el testador; y este mismo carácter le atribuyen los tratadistas de Derecho Civil y la doctrina de este Centro, manifestada principalmente en las resoluciones de 20 de abril de 1906 y 26 de enero de 1910.

B) El artículo 885 del Código Civil prohíbe que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ya que deberá pedir su entrega al heredero o albacea que se halle autorizado para darla, por lo que como regla general, y siempre que esté instituido solamente un heredero, no será necesaria la previa partición de bienes, pues bastará a dicho heredero—único adjudicatario de la herencia y, por tanto, sin nada que partir—realizar la entrega de los bienes legados. Pero en este caso concreto no hay que olvidar que se trata de un legado de parte aliecuota del tercio del as hereditario, y que su régimen es distinto del legado de cosa específica—cualquiera que sea la posición doctrinal adoptada acerca de su naturaleza—por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de

bienes—aunque sea por diferente título—, que obliga a que concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro, y sin que esto obste a las amplísimas facultades que en la cláusula sexta del testamento confiere la difunta al albacea, que podrá ejercitarlas una vez se haya dado cumplimiento a la anterior exigencia y señalado los bienes que componen el tercio dejado para sufragios por el alma y obras de caridad.

C) El artículo 38 del Código Civil, tras de establecer en su primer párrafo que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, declara en el párrafo segundo que la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, norma de carácter formal que remite al concordato vigente de 27 de agosto de 1953, que en su artículo cuarto prescribe que el Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir de las Instituciones religiosas y en particular, entre otras, de las Parroquias, todo ello de acuerdo con las normas del Código de Derecho Canónico, principalmente los cánones 1.495 y 1.499. Por ello hay que estimar en cuanto a este defecto que aparece legitimado el Párroco para aceptar en la escritura calificada la entrega de legado hecha por el albacea, sin más obligación que la de ponerlo en conocimiento del Ordinario, según prescribe el canon 1.516.

D) En cuanto al último defecto, al no tratarse de un derecho real, sino de una simple obligación personal, la asumida por la Parroquia de decir misas y sufragios por el alma de la testadora, no tiene acceso al Registro, dados los términos de los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, pues no se ha constituido ninguna carga o gravamen real que limite el pleno dominio de la finca transmitida. (Res. de 8 de marzo de 1965. "Boletín Oficial" de 26 de marzo.)

2. *La notificación notarial realizada por correo certificado con acuse de recibo, con arreglo al artículo 202 del Reglamento notarial, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

A) El artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en los casos de ventas por pisos o de finca en que exista una sola vivienda, la obligación de que el vendedor "notifique en forma fehaciente" la decisión de vender al arrendatario, así como el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión, y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador, y en el artículo 48 prescribe idéntica formalidad, cumplimiento u omisión de cualquiera de estas circunstancias, todo ello con la exclusiva finalidad de que el inquilino sea debidamente informado y exista certidumbre o seguridad de que tiene cabal conocimiento de la operación realizada, por si quisiera ejercer los derechos de tanteo o, en su caso, de retracto para adquirir el inmueble.

La propia Ley de Arrendamientos exige, entre otros, en los artículos 32, cuarto; 58, tercero, y 65, esta misma forma de notificación fehaciente, con idéntica finalidad a la ya señalada, y como quiera que de su exacto cumplimiento van a estar pendientes los derechos de los interesados, se hace necesario que el Notario requerido con este objeto extreme su cuidado, y no sólo cumpla rigurosamente los preceptos que sobre la autorización de actas notariales establece la sección tercera del Reglamento Notarial, sino a la vez supla lagunas y deficiencias en esta materia, no suficientemente reglamentada, procurando que la finalidad de la Ley resulte lograda.

En consecuencia, este tipo de notificaciones deberían en rigor ser practicadas por inmediatividad del notificado o sujeto pasivo ante la presencia del Notario requirente en el domicilio señalado, situado dentro de su distrito, o por conducto de otro Notario que actúe a través del requerimiento del primero, si el domicilio de la persona a quien se va a hacer la notificación está fuera del territorio de su competencia; mas como quiera que este segundo procedimiento—en teoría el más idóneo—ofrece una serie de inconvenientes, entre los que no puede dejar de tenerse en cuenta el encarecimiento del instrumento por la intervención de varios fedatarios, la práctica notarial utiliza en aquel último supuesto, y aun en el primero, en grandes núcleos de población, la remisión de la cédula de notificación, a través del correo, conforme a lo establecido en el artículo 202 del Reglamento Notarial.

En efecto, este precepto, en su párrafo tercero, faculta al Notario para que discrecionalmente, y siempre que la Ley no lo prohíba, pueda efectuar notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de cédula o copia remitida por correo certificado con acuse de recibo—como sucede en el presente caso—, por cuyo mecanismo queda constancia fehaciente del texto literal de la misiva, de la introducción de la carta en el sobre, de su entrega al funcionario de correos y de la expedición del correspondiente recibo de imposición, y, posteriormente, por la recepción del acuse de recibo se confirma la entrega de la carta en el domicilio del interesado por el cartero, el cual no sólo está autorizado, sino obligado en el ejercicio de su misión, a realizar la entrega conforme a la norma del artículo 149 del antiguo Reglamento de Correos, así como del vigente, cuyo cumplimiento presupone que la cédula o copia llegó al destino indicado, ya que los "certificados" que expide la Oficina de Correos son documentos que dan certeza.

B) Cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos habla de "notificaciones fehacientes" no entiende que necesariamente hayan de hacerse inmediatamente a la persona notificada, pues esto, en la mayoría de los casos, sería prácticamente imposible de verificar, incluso aunque no hubiera conducta maliciosa en el requerido, sino que lo que pretende es que objetivamente se hayan adoptado todas las medidas que prudencialmente sean necesarias para que llegue a su poder, y por eso, el mismo artículo 202 señala con quién se entenderán las diligencias en el caso de que el Notario no encuentre la persona a quien van dirigidas en el domicilio indicado, y el

Reglamento de Correos—servicio público de reconocida eficacia—, respecto a quién puede entregarse la carta certificada y acusar recibo de ella, sea o no el destinatario.

C) A mayor abundamiento, la Ley de Procedimiento Administrativo establece norma similar en el artículo 80, segundo, al declarar que de no hallarse el interesado en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de ella cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo. (Res. de 1 de abril de 1965. "Boletín Oficial" de 19 de abril.)

DERECHO MERCANTIL

1. La expresión en milésimas de las participaciones sociales no suponen vulneración del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.—Cesión de participaciones realizadas por un socio a los otros dos, únicos que forman parte de la sociedad.—Una persona jurídica puede ejercitar los derechos nacidos de una copropiedad de participaciones.

A) Reconocido por el Notario y Registrador la indivisibilidad de las participaciones sociales conforme al artículo primero de la Ley, lo que no impide que pueda pertenecer en proindiviso a dos o más personas, según establece el artículo 23 de la misma disposición legal y declaró ya la Resolución de 16 de noviembre de 1961, la discrepancia surge de aparecer hecha la atribución en la escritura en milésimas—666/1.000 y 333/1.000—, respectivamente, lo cual motiva que en la nota de calificación se estime que ha habido división material de la participación social, mas fácilmente se advierte que no ha habido tal operación, y que tan número quebrado existe en las fracciones $2/3$ y $1/3$ —fórmula señalada por el funcionario calificador como en 666/1.000 y 333/1.000—, pues en uno y otro caso el cociente es el mismo, y bastaría realizar una sencilla operación de reducción para demostrar matemáticamente el aserto, sin más desprecio que $1/1.000$, por tratarse de una fracción periódica pura residuo que no existe en la división por terceras partes, y que, en efecto, por ello, resulta siempre más exacta.

B) Al haber comparecido en la escritura de transmisión de participaciones sociales los tres únicos socios de la compañía y teniendo en cuenta además, y en último término, que el artículo 14 de la Ley permite que los acuerdos puedan adoptarse por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, y es indudable que ésta aparece suficientemente demostrada bajo la fe notarial, al querer realizar la cesión uno de los socios a los otros dos, por lo cual—aparte de que no es necesario cumplir con las limitaciones establecidas en la base sexta de la escritura de constitución, prevista para transmisiones a personas extrañas a la sociedad, lo que aquí no tiene lugar—la comparecencia de todos los socios disipa toda posible duda, puesto que ellos pueden, de mutuo acuerdo,

modificar los términos del contrato que pactaron para este caso concreto.

C) El artículo 23 de la Ley señala que siempre que una participación social pertenezca proindiviso a dos o más personas, éstas habrán de designar a una de ellas para que ejercite los derechos inherentes a la participación, prescribiendo que ha sido cumplida en este caso por los copropietarios, designando a uno de los condóminos—la persona jurídica "Asturiana de Manufacturas, Sociedad Limitada"—, y sin que tal designación vulnere el contenido del artículo 16 de la Ley, que se refiere a la representación "del socio" por medio de otra persona, y prohíbe confiarla a la jurídica, pero no al supuesto de que el mismo condeño comparezca en la Junta en su nombre y en el de los demás, pues de interpretarlo en la forma pretendida en la nota, ninguna persona jurídica podrá asistir a las deliberaciones de las juntas para defender sus propios intereses. (Res. de 17 de febrero de 1965. "Boletín Oficial" de 3 de marzo.)

2. *La representación legal de una hija menor de edad por la madre natural, no es necesario justificarla documentalmente si le consta por notoriedad al Notario autorizante; pero éste deberá hacer constar expresamente la prestación de fianza por la madre para la administración de los bienes de la hija.—No se requiere autorización judicial para la transmisión de participaciones sociales de una hija menor de edad, pues los títulos-valoros tienen el carácter de bienes muebles.—La escritura de ratificación de un documento privado de cesión de participaciones sociales no vulnera el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.—Efectos de la obligación impuesta por el artículo 22 de dicha Ley sobre comunicación a la sociedad de la adquisición de participaciones sociales.*

A) Con arreglo al artículo 164 del Reglamento Notarial, cuando uno de los otorgantes intervenga en nombre de otro, se reseñará el documento del que surge la representación, salvo cuando ésta emane de la Ley, en que no será preciso que se justifique si le consta por notoriedad al autorizante, que es lo que ocurre en el presente caso, en el que el Notario expresa en la escritura el carácter con que interviene la compareciente como representante de su hija natural reconocida, y suple bajo fe la necesidad de aportar la documentación justificativa de la relación materno-filial; mas como quiera que con arreglo al artículo 166 del Código Civil no se tiene por los padres la administración de los bienes de los hijos naturales si no se ha prestado la fianza correspondiente, no es suficiente la aseveración general hecha por el Notario, quien, por estar obligado a velar por el cumplimiento de todas las formalidades legales debe extremar su cuidado y celo y hacer constar expresamente el cumplimiento de esta formalidad de garantía.

B) La autorización judicial que exige el artículo 164 del Código Civil se refiere exclusivamente a los supuestos en que se realice una transmisión de bienes inmuebles, circunstancia que no ocurre en el presente caso, que trata de la cesión de participaciones sociales, las cuales, como todo

título-valor, tiene el carácter de bien mueble, sin que el hecho de que las posibles instalaciones propiedad de la Compañía sean inmuebles afecten a la cuestión debatida por tener la Sociedad una personalidad jurídica independiente de la de los socios y las participaciones sociales de éstos, incorporadas al título, lo son en la cifra capital y no, por lo menos inmediatamente, en el patrimonio de aquélla.

C) Teniendo en cuenta que en la escritura debatida se ratifica por las partes sociales, contenida en un documento privado del que no se testimonian totalmente sus cláusulas, e independientemente de la relación que pueda haber entre el documento primario y el de ratificación—si hubo o no renovación—, es indudable que con aquélla se ha operado una cesión en la que concurren todos los elementos esenciales para su validez, que se halla formalizada en escritura pública, según previene el último párrafo del artículo 20 de la Ley, y cuyo contenido es el que debe tenerse en cuenta exclusivamente para la inscripción en el Registro Mercantil.

D) El artículo 22 de la Ley establece que cuando, por cualquier título, se adquieran participaciones sociales habrá de comunicarse la adquisición a la Sociedad para que ésta tenga conocimiento no sólo del nuevo socio, sino también del que ha dejado de serlo, formalidad que, en efecto, es obligado cumplir, aunque los cesionarios sean otros dos componentes de la misma—pues cabe que la administración no corresponda a los socios.—La omisión de tal notificación no tiene más alcance que aquel, riguroso por cierto, que el mismo artículo 22 le confiere de que, hasta tanto no se realice aquélla, “no podrá” el nuevo socio “pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden en la Sociedad”, es decir, cabrá que ésta le desconozca antes de tenerle por tal y, por tanto, sin riesgo alguno de nulidad de los actos o acuerdos ya tomados con su consentida intervención, riesgo que, de existir, sí impondría estimar como defecto la no constancia de la repetida notificación. (Res. de 2 de marzo de 1965. “Boletín Oficial” de 16 de marzo.)

3. *El nombramiento de un solo liquidador no contradice el artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas.—El funcionario calificador no puede pedir que conste en el acta o escritura de disolución la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Estado y periódico de mayor circulación, ni tampoco la confección del inventario y balance inicial.*

A) El hecho de nombrar un solo Liquidador no contradice el artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas, que prescribe que el número de los mismos habrá de ser siempre impar, pues la unidad se encuentra comprendida dentro de esta categoría matemática, con lo cual se cumple la prevención legal de evitar posibles empates en los acuerdos, y se acomoda tanto al precepto de los Estatutos sociales, los cuales expresan que “la Junta designará al Liquidador o Liquidadores”, como a las necesidades reales de una Compañía de pocos socios o de tipo fami-

liar, en donde la disolución y liquidación no presenta los problemas ni el número de operaciones a realizar que en las grandes Sociedades.

B) El artículo 153 de la Ley establece que el acuerdo de disolución inscrito en el Registro Mercantil se publique además en el "Boletín Oficial del Estado", y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social, como un complemento de la publicidad registral. sin que, por tanto, el funcionario calificador pueda pedir su constancia en el acta o escritura de disolución, por tratarse de una exigencia al margen de su calificación, que puede tener lugar incluso después, y que tendría su sanción en caso de incumplimiento por su cauce adecuado —la responsabilidad de los Administradores con arreglo al art. 79—, y otro tanto cabe decir en cuanto al defecto sexto, ya que la confección del inventario y balance inicial es el primer acto que el Liquidador o Liquidadores han de realizar una vez aceptado el cargo, por lo que es acto posterior al de la escritura de aceptación de su nombramiento y subsiguiente inscripción. (Res de 15 de marzo de 1965. B. O. del 31 de marzo.)

4. *No puede el marido constituir hipoteca sobre un buque presuntivamente ganancial, sin consentimiento de la mujer.*

Si bien la ficción jurídica de la inmovilización del buque establecida en el artículo primero de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, debe su origen a la necesidad de soslayar el obstáculo que en dicha época suponía la admisión solamente de los inmuebles como bienes susceptibles de hipoteca, dificultad que hoy aparece, hasta cierto punto superada, al estar legalmente reconocida la hipoteca mobiliaria —lo cual evita, en primera garantía y sobre otros bienes muebles identificables, acudir a aquella ficción— y pese además al actual paradójico resultado de haber de exigir unos requisitos más rigurosos para la hipoteca —que es lo menos— frente a la venta, conforme al artículo 585 del Código de Comercio, no afectado todavía por la reforma del artículo 1.413 del Código civil —que es lo más—, se hace forzoso reconocer que, dada la clara y terminante redacción del mencionado artículo primero y de su intencionada no derogación por la Ley de 16 de diciembre de 1954, no puede el marido constituir por sí sólo garantía hipotecaria sobre un buque presuntivamente ganancial, sino que será necesario para la plena eficacia del acto que, con arreglo al artículo 1.413 del Código civil, prescrite también su consentimiento la mujer. (Res. de 9 de abril de 1965. Boletín Oficial del 21 de abril.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Juan J. BERNAL-QUIROS, Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GARCIA VILLAVERDE, Justo J. GOMEZ-YSABEL, Antonio IPIENS, Antonio MIRALES, José M. PENA, José PERE RALVY, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PENA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *Cuando la demanda se dirigió contra una Empresa en la persona de su dueño actual, comparecido éste se identifica con aquella, y por tanto, no incurre en incongruencia la sentencia dictada contra él.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No constituyen documento auténtico a los efectos del núm. 7 del art. 1.692 L. E. C. el sobreseimiento provisional dictado por la Audiencia provincial, en el sumario que precedió al pleito, ni los informes periciales.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Según constante doctrina el T. S. sólo son admisibles cuando se alegan como supletorios en defecto de ley y de costumbre aplicable a los puntos contravertidos.*

CASACIÓN: HECHOS: *Las apreciaciones fácticas hechas por el tribunal "a quo" deben ser acatadas, sin que contra ellas valga oponer las del juzgador de primera instancia. [S. 18 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

En una colisión entre un turismo y un autocar de la Empresa V..., muere el conductor del primer vehículo. El sumario, contra el conductor causante del accidente, se sobresee. En la vía civil, el Juzgado desestima la demanda del cónyuge superviviente por daños, pero la Audiencia Territorial, se pronuncia estimatoriamente, sin que admita la casación el T. S. (A. M. M.)

2. DOCTRINA LEGAL: *Una sola decisión jurisprudencial carece por sí misma de la fuerza suficiente para integrar el concepto de doctrina legal. [S. 30 de enero de 1965; no ha lugar.]*

3. ACTOS CONTRA LEY: ART. 4.º DEL C. C.: *El art. 4 del C. c. se limita a formular un principio de gran generalidad lo que restringe mucho su eficacia práctica como resorte para dar impulso a la casación, por lo que debe interpretarse con criterio flexible, no rígido, sin que sea posible admitir que*

toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que la validez de los actos contrarios a la ley tenga que ser ordenada de modo expreso y textual en la misma.

ART. 4 C. C.: DIFERENTES TIPOS DE ACTOS CONTRA LA LEY: *Hay que clasificar los actos contrarios a la ley en tres grupos: 1.º Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga; 2.º Actos contrarios a la Ley, en que, la ley misma, disponga, a pesar de ello, su validez; 3.º Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez. En el primer caso la nulidad ha de decretarse, incluso de oficio, por los Tribunales: estos, por el contrario, han de reconocer validez al acto "contra legem" en la segunda hipótesis; en el tercer evento, el juzgador ha de extremar su prudencia, en uso de una facultad, hasta cierto punto discrecional, anulizando para ello: la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite, y sancionándole con nulidad, si median transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la Moral o el orden público.*

NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRA LEY: *No es nula la garantía hipotecaria aceptada por el Banco de España, aunque vaya en contra de un precepto reglamentario, ya que éste mira más bien a definir su esfera de acción, frente a otra entidad bancaria similar, que al contenido intrínseco del acto.*

PRESCRIPCIÓN: FUNDAMENTO: *La opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial reconocen la existencia de la prescripción como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos estarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia.*

PRESCRIPCIÓN: FINALIDAD: *La prescripción está encaminada a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a estricta Justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida.*

PRESCRIPCIÓN: ACTOS NULOS RADIALMENTE, ILÍCITOS O INMORALES: *El mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público se purifica de sus defectos, ni lo originariamente inválido cobra eficacia por la acción del tiempo.*

PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN CONSECUENCIA DE LOS CONTRATOS RESCINDIDOS O NULOS POR CAUSA TORPE: *En los artículos 1.295 y 1.306 del C. c.*

se establecen las obligaciones de las partes en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su art. 1.965.

PRESCRIPCIÓN: ACTOS NULOS: Si por voluntad de las partes, aunque sea a socaire del negocio riciado de nulidad, se han creado situaciones de hecho, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminan siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos.

DEFICIO FORMAL DEL RECURSO: Es incorrecto y da lugar a la inadmisión del motivo, el alegar en un mismo párrafo la infracción de un precepto por "interpretación errónea" y "aplicación indebida", pues va contra el 1.720, II L. E. C. que, según conste jurisprudencia, exige, no sólo que se expresen en párrafos separados y numerados, cuando sean dos o más los motivos del recurso, sino cuando uno sólo, pretenda hacerse variable, a través de fundamentos distintos. [S. 27 de febrero de 1964; no ha lugar.]

4. **ACTOS REALIZADOS POR LA MUJER SIN LICENCIA DEL MARIDO:** Si bien el artículo 62 C. c. los declara nulos, tal nulidad no es absoluta, pues al estar subordinada al ejercicio de la acción que sólo compete al marido o sus herederos (art. 65 C. c.) el acto es simplemente anulable.

ERROR DE HECHO COMO MOTIVO DE CASACIÓN: El 1.691 7.º L. E. C. exige que el error de hecho surja por modo manifiesto mediante el cotejo entre las afirmaciones de la Justicia y lo que dicen, sin necesidad de acudir a presunciones, conjeturas, ni deducciones más o menos legítimas, los documentos auténticos, los que para poder ser cotejados han de obrar en autos, por lo que no se puede invocar eficazmente el documento no admitido por la Sala y, por ello, no obrante en el proceso. [S. 18 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

5. **FUNDACIÓN:** Hay que entender establecida una fundación benéfico-docente cuando el testador deja bienes para un fin de tipo social y dispone las personas que se han de encargar de la administración de tales bienes, los cuales tienen el carácter de administradores-patronos.

ALBUCEAZO.--CATALUÑA: En tal supuesto no puede estimarse que lo que existe es un albuceazo de confianza, dado el carácter permanente de la institución, en contra de la siempre limitada y temporal de tal albuceazo.

FUNDACIÓN. PROTECTORADO: Acreditada la existencia de una fundación benéfico-docente, es inexcusable la obligación de los patronos-administradores de someterse a la intervención y fiscalización de la administración del Estado, del protectorado y a la rendición de cuentas de su gestión, si el testador no les reveló de forma expresa de esa obligación. [S. 12 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

6. **PRESTAMO Y PACTO DE RETRO: SIMULACION:** *Cabe considerar una venta con pacto de retro, como negocio simulado que encubre un préstamo cuando a la muerte del comprador, en la escritura de partición, en lugar de las fincas, lo que se reparte es un crédito de 3.000 pesetas (precio de la venta) contra doña N... (vendedora) formalizado en la misma escritura en que se vendió.*

NEGOCIO JURÍDICO, SIMULACIÓN: PRUEBA: *No es suficiente que una de las partes haya celebrado otros negocios, de iguales características y al mismo tiempo, que no resulten con tal vicio.*

ACTOS DEL CAUSANTE: *Son los actos del causante los que vinculan a los herederos y no a la inversa. [S. 15 de octubre de 1964; ha lugar.]*

En 1902 fueron celebrados por doña N... dos ventas con pacto de retro, siendo los compradores su tío y hermano respectivamente. Pero aquella continuará durante toda su vida, con el consentimiento de las otras partes y causahabientes, disfrutando de las tierras y ejercitando facultades inherentes al dominio de las mismas. Pocos años después, muerto el tío, sus herederos, entre los que se encuentra el otro comprador y hermano de la vendedora, hace inventario de un crédito, contra doña N. de 3.000 ptas. (valor que representaba el precio de la venta) constituido en el mismo documento que ésta. Las fincas no se mencionan. Este crédito fue debidamente liquidado.

A la muerte de doña N. su hermano había fallecido. La esposa del hermano en 1955 vende las fincas a los arrendatarios. Uno de ellos la dona, a su vez, a sus hijos.

La demanda se formula por los herederos de doña N. en base a que ésta no traspasó la propiedad de las fincas en los contratos de 1902. Todas las apariencias llevaban al convencimiento de que su antecesora envolvió con la compraventa (negocio simulado) un préstamo disimulado. El parentesco de los contratantes, el reconocimiento de los herederos del tío, la continuada persistencia a la utilización de sus facultades dominicales eran indicios de ello. Entre los demandados, se allanaron los sucesores del tío que comparecieron. Los demás, es decir, los que encontraban fundamento a sus respectivos derechos, en la transmisión al hermano, se opusieron a la demanda. Tras dos sentencias contrarias, la primera estimatoria, recurren en casación los propios demandantes. El T. S., en base a la doctrina indicada, casa parcialmente la sentencia. Considera negocio simulado la venta al tío, sin que esto prejuzgue la otra que es el verdadero título transmisivo de propiedad verificado en documento público.

Conviene advertir que aunque el T. S. no se pronuncie expresamente sobre el valor traditorio de la entrega por escritura, cuando, como en este caso, la vendedora continúa poseyendo medio siglo, sí adopta una posición favorable a su operatividad transmisiva. (A. M. M.)

7. **ERROR DE DERECHO EN CASACIÓN: ART. 1.214 C. c.:** *El 1.214 C. c. regulador del "onus probandi", por su carácter genérico, es extraño a la eficacia que debe*

otorgarse a los elementos probatorios aportados al juicio y no autoriza la casación.

ERROR DE HECHO EN CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: Carece de autenticidad a los fines del 1.692, 7.º LEC., aquellos documentos sobre cuya interpretación e inteligencia se haya discutido en el juicio y resuelto en la Sentencia. [S. 21 de septiembre de 1963; no ha lugar.]

8. COSA JUZGADA REFERENTE A DECLARACION DE LA TITULARIDAD ARRENDATICIA: El hecho de que en anterior proceso de resolución arrendaticia basado en traspaso ilegal se reconociera la existencia del traspaso, aunque se desestimara la acción ejercitada por entenderse legítima la cesión realizada, impide, en ulterior proceso sobre derecho de retorno, considerar como arrendatario y, por tanto, legitimado activamente para postular el derecho de retorno, a quien, en el primer proceso, se reputó como cedente del derecho arrendaticio. [S. 21 de febrero de 1965; no ha lugar.]

9. COSA JUZGADA: SENTENCIAS DE DESAHUCIO O DE RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: Las sentencias de desahucio, cuando contengan alguna declaración sobre la legitimación activa de la parte actora, no producen los efectos de la cosa juzgada respecto a los ulteriores pleitos declarativos que puedan surgir, entre los mismos interesados, sobre tales cuestiones; equiparándose a los juicios de desahucio, los tramitados con arreglo a la LAU que versen sobre la resolución del contrato de arriendo, las declaraciones que, en orden a la posesión real del arrendador, contengan las sentencias dictadas en tales juicios resolutorios, carecen de fuerza vinculante para la acción reivindicatoria ejercitada en ulterior pleito.

CONGRUENCIA: No coinciden en incongruencia las sentencias que contienen declaraciones sobre extremos implícitamente comprendidos en las cuestiones discutidas en el proceso, si son la consecuencia lógica y legal de estas o suponen extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos fundamentales, conduzcan a la efectividad del fallo. Solicitada la declaración de propiedad de una porción indivisa de una tienda lindante con otra enclavada en el mismo edificio, no es incongruente la sentencia que acoge tal pretensión con el aditamento de precisar el lindero ideal que separa ambos establecimientos.

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS INTERPRETADOS EN LA INSTANCIA: Los documentos que fueron objeto de discusión en el pleito y de análisis en la sentencia, no pueden servir de apoyo a un recurso de casación al amparo de la causa 7.ª, pudiendo serlo con base en la causa 1.ª cuando las consecuencias jurídicas extraídas de ellas, contradigan las normas de interpretación del Código civil.

DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS DE CASACION: No tienen el carácter de auténticos los testimonios expedidos por los Secretarios Judiciales, ni las certificaciones libradas por los órganos administrativos del Estado en materia tribu-

taria, ni los recibos de contribución y arbitrios, ni los referentes al percibo de alquileres para justificar la propiedad, ni las afirmaciones vertidas por las partes en la confesión judicial, ni las diligencias de reconocimiento judicial, dictámenes de peritos, planos de arquitectos, ni los documentos expedidos por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana. [S. 4 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

10. MINUTA DE ABOGADO MUERTO: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: INTERRUPCIÓN: *No cabe aplicar el art. 1.967 C. c. porque el plazo prescriptivo fue interrumpido al reclamarse el pago de la minuta al año de haberse dejado de prestar los servicios y con la jura de cuentas que se tramitó seguidamente, sin que pueda enerraz esta interrupción la posterior anulación del trámite adjudicatario dado el mantenimiento de la pretensión por el minutante y sus causahabientes en los diversos litigios seguidos, cuya última manifestación es el que origina este recurso.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No cabe estimar error de hecho en la apreciación de la prueba: a) porque el dictamen oficial del Colegio de Abogados sobre importe de la minuta discutida no tiene valor de documento auténtico a los efectos de casación, y b) porque los Tribunales tienen plena libertad para estimar el valor de los trabajos realizados por un Letrado, sin que les sea vinculante el parecer de ningún Colegio de Abogados, y la Sala sentenciadora sienta su valoración teniendo en cuenta el conjunto de la prueba practicada y no solamente el dictamen del Colegio de Abogados. [S. 22 de enero de 1965; no ha lugar.]*

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: EXIGENCIA DE TÍTULO DE DOMINIO: *La exigencia de título de dominio, como requisito primordial para el éxito de la acción reivindicatoria, no implica que aquél haya de ser necesariamente escrito, ni menos forzosamente inscrito, ya que, en nuestro Derecho, los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado y la inscripción registral de las transmisiones del dominio es simplemente potestativa.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Están proscritas del ámbito del recurso de casación las cuestiones nuevas, entendiéndose por tales las que al no plantearse en el periodo expositivo del juicio, no pudieron ser objeto de prueba, por la parte afectada por ellas, ni ser acogidas por el Tribunal en la sentencia cuya casación se pretende. [S. 12 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

2. MARCAS: TRANSMISIÓN: EFECTOS FRENTE A TERCEROS: *No puede estimarse en modo alguno que por el hecho de adquirir una marca con la consecuencia inmediata y lógica de utilizarla en exclusiva en la fabricación de los objetos por ella distinguidos, se asuman, de no pactarse expresa y terminantemente,*

ni las obligaciones que el vendedor tuviera con suministradores de elementos de fabricación, ni mucho menos las deudas que hubiera contraído. [S. 22 de octubre de 1964; no ha lugar.]

3. **MODELO INDUSTRIAL; REQUISITOS:** *El artículo 169 del Estatuto de la Propiedad Industrial, al diferenciar el modelo de utilidad y el modelo industrial, no exige que este último represente una mejora o innovación.* [S. 12 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

4. **PATENTE DE INVENCIÓN; NOVEDAD; EXPLOTACIÓN ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO:** *No priva de novedad a un procedimiento su explotación con anterioridad a la inscripción del mismo en el Registro, cuando la explotación ha sido realizada en calidad de ensayo por el propio inventor y para comprobar la eficacia del invento.*

PATENTE DE INVENCIÓN; PRESUNCIÓN DE PROPIEDAD: *La presunción iuris tantum de propiedad establecida en el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial es aplicable a las patentes de invención, porque si bien es verdad que este precepto, en el párrafo primero, parece referirse sólo a marcas y a nombres comerciales, como si únicamente la concesión del registro de unas y otros implicase la presunción iuris tantum de propiedad, sin embargo, en el párrafo segundo alude a todas las modalidades de la propiedad industrial que hayan obtenido el correspondiente certificado de inscripción en el Registro, a todas las cuales debe entenderse aquella presunción.* [S. 21 de mayo de 1964; no ha lugar.]

5. **COMUNIDAD DE VECINOS; COMUNIDAD GERMÁNICA; TRANSMISIÓN DE PARTE DE LA FINCA POR MAYORÍA DE LOS CONDUENOS:** *La facultad de disposición no puede ser ampliada, de forma que se disponga de más de lo que a cada condueño corresponde.*

RETRACTO DE COMUNEROS DE LA PORCIÓN SEGREGADA DE LA VENTA REALIZADA: *El condueño, frente a los actos que los demás realicen, excediéndose de lo que les sea permitido por su titularidad, pueden reaccionar: a) o ratificando el acto transmissivo, lo que le confiere la calidad de transmitente, y b) o impugnando tal acto para que se declare su invalidez. Lo que no cabe es impugnarlo y, a continuación apoyarse en él para ejercitar a su favor la acción de retracto.* [S. 19 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

6. **RETRACTO DE COMUNEROS; PROPIEDAD MINERA; TRANSMISIÓN DE PERMISOS DE INVESTIGACIÓN:** *La autorización administrativa que exige el art. 15 de la Ley de Minas y 67 de su Reglamento, para la transmisión de los permisos de investigación no tiene más alcance que controlar el Estado el cumplimiento de las limitaciones referentes al sujeto titular del permiso de investigación.*

FALTA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: *No afecta a la perfección del contrato celebrado con anterioridad. En consecuencia cabe el retracto de comu-*

ros, pues la transferencia se produce y perfecciona dentro del derecho de obligaciones.

VENTA DE CONCESIONES DE EXPLOIACIÓN: *Las transmisiones de este tipo están sujetas a los preceptos generales del Código civil (arts. 35 de la Ley y 119 de su Reglamento). En consecuencia cabe también el retracto de comuneros.*

TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES ARRENDATICIAS: *Es improcedente el retracto de comuneros, por tener por objeto la simple integración del dominio, que en este supuesto no ocurriría. [S. 16 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

7. **COMUNIDAD DE GANADOS EN ARAGÓN; USUCAPIÓN:** *El hecho admitido de que todos los vecinos del pueblo recorrieron y pastaron juntos en todas las fincas particulares de cada uno de ellos, e incluso en las que poseían proindiviso, bajo la vigilancia de unos mismos pastores, es constitutivo de una especial comunidad de ganados generalizada en Aragón, muy diferente de un aprovechamiento con ánimo de adquirir la propiedad de las fincas pastoreadas.*

ACTOS DE TOLERANCIA: *No sirven para adquirir por usucapión los actos de aprovechamientos parciales de leñas, maderas y cenizas, realizados por tolerancia. [S. 6 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

8. **PREARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:** *Está legitimado activamente para el ejercicio de la acción de desahucio por precario el comprador por escritura pública inscrita en el Registro, que adquirió del demandado el inmueble litigioso, continuándolo éste ocupando sin título alguno ni pago de renta o merced, por mera liberalidad del nuevo propietario.*

COMODATO: *La acción de desahucio por precario puede dirigirse contra el comodatario según declaró la sentencia de 21 de junio de 1934.*

REQUERIMIENTO: *El art. 1.565 LEC no determina la forma en que ha de llevarse a efecto el requerimiento para que pueda prosperar la acción de desahucio, por lo que es válido a estos efectos un documento suscrito por el demandado en el que reconocía haber finalizado el plazo de preaviso y prórroga que el actor comprador le había concedido, y se comprometía y obligaba formalmente a desalojar la finca en el plazo de dos meses; la existencia de este documento no supone complejidad. [S. 16 de febrero de 1965; no ha lugar.]*

La sentencia de 2 de abril de 1951 negó legitimación activa, por carecer de la posesión real, a los compradores de un inmueble mientras que su derecho a pedir la entrega de la cosa no se haya actuado de modo material o simbólico (cfr. ADC IV-3, p. 1243). Pero en este caso el comprador adquirió la posesión por tradición instrumental, aunque autorizó en documento privado al vendedor para seguir ocupándola hasta determinada fecha a título de mera tolerancia, transcurrida la cual sin haber desalojado la finca, el vendedor sus-

cribió otro documento en el que reconocía haber vencido el plazo de preaviso y prórroga concedido por el actor y se comprometía nuevamente a desalojarla en determinada fecha. Lo singular del presente caso es la forma del requerimiento de desalojo, del que sólo existe la prueba del reconocimiento hecho por el propio requerido, y que el T. S. reputa válido con base en una interpretación amplia del art. 1.565 LEC.

En la doctrina recientemente se ha pronunciado en favor de la separación entre precario y comodato SEGURA, *Desalucio por precario* (Barcelona, 1962), página 113 s. (G. G. C.)

9. PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La publicidad registral se produce desde la fecha de la inscripción y no desde la de la nota del Registrador denegando por defecto subsanable dicha suscripción.*

ACCESIÓN. ART. 361 C.C.—OBRA EN EJECUCIÓN DE UN CONTRATO: *El art. 361 del C.c. no es aplicable cuando las obras se efectuaron en virtud de un contrato.*

OBRAS REALIZADAS POR EL USUFRUCTUARIO.—ART. 487 C.C.: *El Art. 487 C.c. solo contempla las mejoras útiles o de recreo, caracter que no tienen las obras de reconstitución de la finca. [S. 20 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

10. ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO.—CUESTIÓN NUEVA: *Ejercitándose la acción negatoria deservidumbre y solicitando el demandado la absolución de la demanda sin reconvenir para el establecimiento de una servidumbre legal, no cabe en casación solicitar la constitución de ésta, por tratarse de una cuestión nueva, sin perjuicio de que pueda reclamarla en pleito aparte.*

ABUSO DE DERECHO: *Esquemáticamente puede describirse como una colisión entre un derecho sin interés y un interés sin derecho, y tal situación no se da cuando frente al ejercicio de la acción negatoria el demandado pudo ejercitar la acción de paso forzoso. [S. 18 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

11. INCOMPETENCIA DEL JUEZ COMO MOTIVO DE RECURSO DE CASACIÓN: *El número 6.º del artículo 1.963 LEC se refiere únicamente a los supuestos de incompetencia territorial; mientras que los casos de incompetencia por la materia, cuantía o grado jurisdiccional están remitidos al número 8.º del artículo 1.692 LEC.*

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41 LEC: *La Sentencia dictada en el procedimiento especial del artículo 41 LEC no es recurrible en casación por infracción de Ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.694 LEC, por no producir excepción de cosa juzgada. [S. 4 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

III. Obligaciones.

1. OBLIGACIONES RECÍPROCAS: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: EMPLEO DEL TÉRMINO "RESCISIÓN": *Ejercitada la acción de resolución de las obligacio-*

nes recíprocas por incumplimiento de uno de los obligados, con invocación del artículo 1.124. C. c., es irrelevante el error padecido por el actor al emplear inadecuadamente el término "rescisión", en lugar de resolución.

CONTRATO PARCIARIO DE SOCIEDAD: ERROR EN LA CALIFICACIÓN: Carece de trascendencia la denominación que la parte actora y la sentencia atribuyen al negocio litigioso, que califican como "contrato parciario de sociedad", cuando en realidad, la sociedad se caracteriza por la existencia y persecución del fin común, mientras que en los contratos parciarios no es preciso que las partes se agrupan para la adquisición y ganancia comunes, sino que basta que una de ellas haga la adquisición y la ganancia por sí sola, limitándose a dar a la otra una participación en las ganancias a cambio de ciertas prestaciones.

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: Son acumulables la pretensión encaminada a obtener la resolución del contrato por incumplimiento y la dirigida a obtener el pago de los beneficios dejados de satisfacer, por ser de la competencia del mismo órgano jurisdiccional, tener que ventilarse en el mismo procedimiento, y ser compatibles entre sí, pues la segunda es consecuencia obligada de la primera. [S. 17 de marzo de 1961; no ha lugar.]

Los actores eran propietarios de un bar, cuya explotación habían cedido a unos sobrinos con el pacto de repartir los beneficios, entregando mensualmente una cantidad fija a cuenta de estos últimos. Los demandados no habían rendido cuentas y a partir de determinada fecha habían dejado de realizar la entrega mensual a cuenta. En la demanda se solicitaba la resolución del contrato y la entrega mensual a cuenta de los beneficios dejados de percibir. La demanda fue desestimada en primera instancia por haber solicitado dos peticiones incompatibles: en apelación fue revocada la sentencia dándose lugar a la resolución y al abono de 40.000 pesetas en concepto de beneficios dejados de liquidar. El recurso es desestimado.

La compatibilidad entre las dos acciones ejercitadas parece clara. Como se dice en el 9.º Código citando doctrina jurisprudencial: "La resolución, aunque implica la extinción de la relación contractual no sólo para el tiempo venidero, sino también con alcance retroactivo, no debe entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo cual equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto"; y que "el texto del artículo 1.124 faculta a pedir al que opta por la resolución de un contrato, que se le resarzan los daños y se le abonen intereses, frases que, sinómnimas a la indemnización de daños y perjuicios, implican en cuanto a éstos una falta de aumento del patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, que no se hubiera producido con el exacto cumplimiento de la obligación, o sea, un *lucrum cessans*, como ganancia que ha dejado de obtener".

Aunque de valor marginal en cuanto al fondo del pleito, interesa resaltar la calificación del negocio como parciario, y la diferenciación que la sentencia establece respecto del contrato de sociedad. Ya se sabe que la noción de negocio parciario se debe a CROME, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischen u. heutigen Recht* (Bonn, 1897), según el cual el pacto por el que la merced se fija en una cuota de las utilidades o productos origina un "partiarische Moment" que constituye una cláusula accesoria que puede unirse a diversos tipos contractuales (arrendamiento de cosa o de obra), sin transformarlos o desnaturalizarlos. Orientación modernamen-

te seguida por LARENZ, *Derecho de Obligaciones* (trad. esp. Santos Briz) II (Madrid, 1959), pág. 251: según este autor el contrato parciario se diferencia de la sociedad en que en ésta el fin ha de ser perseguido en común, y ser promovido o fomentado mediante la cooperación de todos, mientras que en el negocio parciario, aun cuando pueda hablarse de una finalidad económica común, las ganancias sólo se obtienen a través de la actuación de una de las partes, o por su cuenta o bajo su dirección. La categoría adquiere mayor relieve con BARASSI, *Appendice al Tratt. Dir. civile de Baudry-Lacantinerie, Della locazione I* (Milano s. f.), pág. 988, para quien la presencia de una cláusula de esta clase cambia el tipo, excluyendo la categoría de los contratos de cambio y confiriéndole una impronta asociativa: dirección que culmina en BREGLIA, *Il negozio giuridico parziario* (Napoli, 1916). Pero últimamente en la doctrina italiana se observa una reacción, y así con referencia a los contratos agrarios CARRARA *I contratti agrari* 3 (Torino, 1954), pág. 405 ss., sostiene que no hay contratos parciarios, sino contratos provistos con cláusula parciaria, y, volviendo a la orientación de CROME, entiende que no se trata de una categoría *a se*, sino de un momento de diversos tipos negociales. Le sigue IRUI, *I negozi parziari tipici in agricoltura* en *RTDP*. 14 (1960), 1395, para quien la función del negocio parciario no es asociativa, sino de cambio, diferenciada por un intrínseco vínculo entre la contraprestación y el éxito de la empresa, constituyendo una categoría autónoma junto a la conmutativa y aleatoria.

La doctrina española ha recogido esta figura: CASTÁN, *Derecho de Obligaciones* (Madrid, 1952), pág. 573; ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho civil* (Barcelona, 1960), pág. 874 s.; COSSIO-GULLÓN, en *Notas a DE DIEGO, Instituciones* (ed. 1959), II, pág. 179 ss.; URIBE SORRIBES, *Teoría general de los negocios parciarios* en el vol. *Estudios de Derecho Privado II* (Madrid, 1965), pág. 202 ss. (G. G. C.)

2. COMPENSACIÓN DE DEUDA: REQUISITOS: *Es preciso, para que pueda darse la compensación de la deuda, que la cantidad sea líquida, vencida y exigible.* [S. 23 de diciembre de 1964; estimatoria.]

3. CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS": *Esta cláusula es un remedio jurídico no tenido en cuenta por el C. c., por contrariar el espíritu individualista reinante a la fecha de su promulgación, siendo de exclusiva elaboración doctrinal, aunque tan vigorosa que no ha podido por menos de producir la debida repercusión jurisprudencial.*

ADMISIBILIDAD RESTRINGIDA POR LA JURISPRUDENCIA: *El T. S. si bien admite la cláusula "rebus sic stantibus", impone severas restricciones a su efectividad por los evidentes e innegables peligros que su generalización representaría para la seguridad del tráfico contractual, la eficacia de la voluntad manifestada y el mantenimiento del orden jurídico.* [S. 31 de octubre de 1963; no ha lugar.]

4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: CUESTIÓN DE HECHO: *Es tarea del Tribunal de instancia la fijación de los elementos de hecho encaminada a determinar cuál fue la manifestación de voluntad, su forma, contenido, motivación, fidelidad o disconformidad entre lo querido y lo expresado, actos preparatorios, simultáneos y subsiguientes que puedan servir para establecer aquélla, aclararla o contradecirla, y tales elementos de hecho sólo*

pueden impugnarse en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 L. e. c.

CUESTIÓN DE DERECHO: *Consiste en indagar la valoración jurídica de los elementos de hecho determinado, por el juego de los factores gramatical, lógico, histórico y sistemático, la trascendencia, repercusión y efectos que cabe asignar en derecho a cuanto de hecho aparece concertado por los contratantes, puntualizando, a efectos de su ejecución, cuál sea la prestación cuyo cumplimiento se reclama; labor censurable en casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO VERBAL: *Cuando las partes se valgan de la simple manifestación verbal del consentimiento, a la hora de la consumación del negocio falta el texto del contrato, pero no el contrato mismo, y es labor esencial y primaria del Tribunal sentenciador precisar cuáles sean los "términos" a que se refiere el artículo 1.281 C. c. —pensando, sin duda, en que se constaten por escrito, lo que no es óbice a la posibilidad de su mera expresión verbal—, y cuya apreciación podrá combatirse por el doble concepto del número 7.º, ya que no es imposible, aunque sí difícil, que exista un documento o acto auténtico que evidencie el error de hecho en calidad de antecedente o consecuente del contrato, que no sea el contrato mismo, y por el error de derecho, que no sólo es modo posible, sino realmente el único para combatir las afirmaciones del Tribunal de instancia.*

CONTRATO VERBAL DE OBRA: INTERPRETACIÓN: *Si el Tribunal sentenciador llega a la conclusión fáctica de que lo convenido verbalmente no fue el pago de un precio alzado, ello sólo puede combatirse al amparo del número 7.º.*

PRECIO POR UNIDAD DE OBRA: *El artículo 1.592 C. c. no se refiere al contrato realizado por ajuste alzado, por no ser lo mismo la unidad de medida a los efectos de entrega, de parte de la cosa y percepción parcial del precio, que la unidad de obra tenida en cuenta al señalar el precio total como suma de las parcialmente proyectadas y superadas luego en la realidad.*

CARGA DE LA PRUEBA: RECIPROCIDAD DE INTERESES: *No puede invocarse el artículo 1.214 C. c. cuando la divergencia entre las partes sobre la verdadera naturaleza del contrato en cuestión no va acompañada de la existencia de ninguna presunción a favor de tesis determinada, lo que implica la precisión de alegar y probar los hechos que cada parte juzgue procedentes para la demostración de la suya respectiva; por lo que, en definitiva, el Tribunal sentenciador en uso de sus privativas facultades fija el resultado de la prueba, y sin desconocer la duda que siempre flota sobre el contenido exacto de un convenio meramente verbal, atiende a la reciprocidad de intereses que para interpretar los contratos onerosos manda observar el artículo 1.289 C. c. [S. 11 de abril de 1964; no ha lugar.]*

5. **CUESTIÓN SOBRE QUIENES CONTRATARON:** *La fijación de entre qué per-*

sonas fue constituida una relación contractual presenta los caracteres siguientes: 1.º) Es una cuestión anterior y distinta de la interpretación contractual. 2.º) Su naturaleza es esencialmente fáctica, aunque para dilucidarla se haya de escrutar el valor de los antecedentes y constatación del contrato. 3.º) A efectos de casación, la apreciación de la Sala sentenciadora sólo podrá impugnarse denunciando error de hecho, evidenciado por documento auténtico que demuestre quién fue el verdadero contratante, o error de derecho, por no dar el Tribunal sentenciador a alguno de los medios aportados al efecto el preferente valor probatorio que la Ley le conceda.

PERFECCIÓN Y CONSUMACIÓN DE CONTRATO: VALOR PROBATORIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA FRENTE A TERCEROS: Cabe que la Sala reconozca la perfección del contrato y niegue su consumación, sin que con ello desconozca el valor de la escritura pública. Esta sólo acredita, en cuanto a tercero, la perfección del arrendamiento de la industria, que motivó su otorgamiento y su fecha, pero no que el arrendador cesase en el ejercicio de la industria y lo asumiese el arrendatario, desprendiéndose, por el contrario, de cuantos hechos se detallan, que en todas las relaciones concernientes al establecimiento continuó figurando como industrial el primero y no el segundo.

VALOR DEL ARTÍCULO 1.253 C. C.: PRESUNCIONES NO ESTABLECIDAS EN LA LEY: El artículo 1.253 C. c. no es una norma apta para alegar error de derecho en la apreciación de la prueba. La infracción de dicho precepto requiere la vía del número 1.º y no la del número 7.º del artículo 1.692 LEC ya que las presunciones no constituyen medios de prueba que las partes aporten al proceso y el sentenciador deba valorar. [S. 20 de junio de 1964; no ha lugar.]

NOTA: La sentencia se ocupa fundamentalmente de la cuestión práctica de la responsabilidad por las obligaciones contraídas frente a un tercero de buena fe. Respecto a la relación existente entre el recurrente y la persona que contrató con el tercero, por virtud de la cual se hace responder al primero de las obligaciones en nombre de él contraídas por el segundo, la sentencia habla simplemente de "utilizar la gestión o servicio", pero sin incluir el supuesto concretamente dentro de una de las diversas relaciones de gestión o servicios tipificadas en los Códigos de Comercio o civil. En algún considerando parece admitirse que pudiera considerarse la relación como la correspondiente entre principal y factor. (J. J. B. Q.)

Aunque la sentencia no hace expresa referencia a ello, late en su fondo el principio de la protección a la seguridad del tráfico que tan fuertes manifestaciones tiene en el Derecho Mercantil (adquisición de mercaderías, apoderamientos o representaciones, títulos, valores, etc.)

Quien contrató y viene obligado es el recurrente, si bien lo hiciera utilizando la gestión o servicio de X, por los argumentos siguientes, según el T. S.: 1.º) Que los pedidos se hicieron a nombre del recurrente, empleando el membrete y sello de su establecimiento. 2.º) Que a su nombre se remitieron las mercancías y se hicieron los giros, siendo él quien figura como titular de las operaciones en los libros de comercio del actor, llevados le-

galmente. 3.º) Que en su nombre se realizaron los pagos por otras operaciones análogas. 4.º) Que el recurrente y no X es quien continúa figurando como industrial en Sindicatos, Hacienda, Cámara de Comercio y demás organismos oficiales. 5.º) Que, careciendo X de autorización administrativa para el ejercicio de la industria, el recurrente le entregó la suya para que la utilizase, hecho positivo que le obliga a responder del uso que de ella se haya efectuado y de las obligaciones en su virtud contraídas, sea el cesionario factor o persona extraña a la empresa.

6. ARTÍCULO 1.459 DEL C. C.: PROHIBICIÓN DE COMPRA POR ABOGADO: *Para que sea aplicable la prohibición de compra que el 1.459, 5.º, III, impone a los abogados, es indispensable no sólo que las cosas y derechos sobre que recaiga la compra "fueren objeto de un litigio" en el que el comprador "intervenga por razón de su profesión", sino también que aquella contienda judicial y esta intervención existan precisamente en el momento de celebrarse el contrato. [S. 29 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

7. NEGOCIO JURÍDICO: SIMULACIÓN: *La doctrina de la simulación relativa, a tenor del artículo 1.276 C. c. y de reiterada jurisprudencia, exige, para que pueda admitirse la validez del negocio disimulado, que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y que las formalidades exigidas por la Ley hayan sido cubiertas.*

DONACIÓN DISIMULADA: REQUISITOS: *Es necesario para admitir como válida una donación disimulada que se exprese la escritura el *ánimus donandi*, los bienes donados y en su caso el valor de las cargas impuestas al donatario y la aceptación de éste. Es igualmente exigible la forma de escritura pública.*

CASACION: CUESTIÓN NUEVA Y ARGUMENTO NUEVO: *No puede confundirse la cuestión nueva con el argumento nuevo, que razona cuestiones de derecho, que, por primera vez pueden ser planteadas en casación. [S. 1 de diciembre de 1964; ha lugar.]*

Dofia N..., de avanzada edad, hace testamento instituyendo como herederos por partes iguales a tres parientes lejanos. Con posterioridad, vendió, simuladamente, a uno de éstos, el demandado, la totalidad de las fincas sobre las que había testado, componentes de su patrimonio inmueble. Con este negocio se encubría una donación onerosa, a cambio de la cual se exigía una pensión vitalicia. Incumplida la obligación del donatario, la donante exige judicialmente la declaración de nulidad de la compraventa, por simulación, o en su caso de la donación onerosa por incumplimiento del modo. El demandado invoca la eficacia de la donación, siendo ésta la petición que prospera en las instancias. El Tribunal Supremo casa la sentencia, considerando que en la escritura de venta no consta el "*ánimus donandi*", ni las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste, ni se

observó el requisito de la forma exigido con carácter imprescindible, dado que la escritura pública otorgada fue para amparar a un contrato que se declara nulo, por lo que esta inobservancia de los requisitos legales hace que el contrato disimulado no pueda estimarse válido”.

Se recoge la doctrina más acomodada al Derecho español. Don Federico de Castro (vid. ADC, 1953, páginas 1003 y ss.) la juzga razonable y ajustada a nuestro Derecho positivo. Responde, en cuanto a lo primero, la conveniencia de que el demandado proceda con mayor deliberación y evite posibles fraudes, especialmente a otras personas con derechos sucesorios. La prestan su apoyo el artículo 633, el criterio general de nuestro C. c., en orden a la exigencia de forma en los actos gratuitos y la enemiga de nuestro ordenamiento a los negocios simulados.

Importa destacar el valor del artículo 633, norma específica de la forma en las donaciones. Su fuerza es tal, que pese al valor del artículo 1.276, argumento favorable a la validez de la donación disimulada, se impone, viniendo a exigir la forma pública en toda donación con expresión en ella del objeto donado y valor de las cargas. ¿Qué sucede con la *causa donandi*? ¿Ha de expresarse? “El común sentir de los autores concluye que la forma ha de cubrir todos los elementos esenciales del contrato” De esos elementos no es posible excluir la causa, que precisamente, es la determinante del tipo de negocio. (Castro, pág. 1010.)

Nuestro T. S. ha seguido esta línea sana en otras sentencias anteriores, con alguna esporádica desviación, hacia el criterio mantenido por la práctica judicial italiana, que mereció la crítica de Ferrara. Para ésta, “la donación enmascarada bajo cualquier otro tipo de contrato será válido, aunque la donación misma no se haga en escritura pública, con tal que sea escriturado el acto o contrato simulado”. (Castro, pág. 1007.)

Interesa también la interpretación que da esta sentencia de la voz *cargas* del artículo 633 C. c. Una vieja jurisprudencia de la DGR, R. 3 diciembre de 1892, dio un sentido restrictivo a esta palabra, refiriéndola tan sólo a las reales que pesen sobre el inmueble. Manresa y Mucius, con mejor criterio, encuentran el sentido referido a todo tipo de causas de las donaciones onerosas, que es forzoso expresar en la escritura, para así fijar el saldo positivo de lo donado. La sentencia que comento acoge este criterio amplio, pues, las cargas que deberían haberse hecho constar en la escritura son una pensión debida a título personal por el donatario. (A. M. Morales.)

8. ARBITRAJE: IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUZGADO: *No existiendo contrato preliminar de arbitraje, es impugnabile el auto del Juzgado que hace las recces del mismo sustituyendole en todas sus consecuencias legales.*

CONVERSIÓN DE RELACIONES DE DERECHO PRIVADO EN RELACIONES DE DERECHO PÚBLICO: *Las relaciones entre las compañías aseguradoras y sus agentes, aunque no pierden su naturaleza eminentemente privada, ello no es óbice para*

para que "en la función tuitiva que la organización sindical implica, regule con carácter público el modo de resolver las discrepancias entre las empresas y sus productoras, y como consecuencia aquellas relaciones de Derecho privado las convierta en de Derecho público en cuanto a su ejercicio". [S. 22 de enero de 1964; ha lugar.]

Una compañía de seguros celebró, en 1945, un contrato con el señor V., para que éste se encargara de su delagación de Barcelona, sin pactarse nada acerca de un futuro arbitraje. En 1959, la Compañía no contenta con los servicios del señor V., le envía una carta manifestándole su decisión de prescindir de ellos. El agente de Barcelona, requirió a la Compañía para que se sometiesen las discrepancias a arbitraje de equidad, y por negarse aquélla a formalizar el compromiso, se vio forzado a pedir la formalización judicial. El auto del Juzgado accedió a ella, pero en forma de arbitraje de Derecho, tal como lo había querido la compañía en el escrito de contestación. El T. S., desestimado un recurso de casación contra el laudo arbitral por quebrantamiento de forma, estima otro, por infracción de Ley, contra el laudo arbitral y el auto del Juzgado.

El verdadero problema que plantea esta sentencia es el siguiente: ¿Es posible, no existiendo contrato preliminar de arbitraje, la formalización judicial de éste? La cuestión parece no plantear demasiadas dudas si una disposición somete el tipo de relación jurídica de que se trate al juicio arbitral. Así sucedería en este caso de ser aplicable la O. M. de 7 de mayo de 1947 (vid., art. 32), pero esta norma es de dudosa aplicabilidad, por el imperio derogatoria del artículo 1.º de la Ley 22 de diciembre de 1953. No es muy convincente la argumentación del T. S. que atribuye carácter público a la relación en litigio. En la Ley de arbitraje privado (vid. artículos 6 y 9), la formalización judicial exige un contrato preliminar de arbitraje. Sin embargo, en el marco de lo problemático se puede pensar si, en este caso, al admitir la Compañía en el escrito de oposición al del señor V. ante el Juzgado de primera instancia, la sumisión de la cuestión a arbitraje, como éste proponía, y sólo discrepar de él en la forma de resolver los árbitros, no se había producido un acuerdo preliminar de arbitraje (A. M. M.)

IV. Arrendamientos de cosas.

1. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CALIFICACION DEL ARRIENDO: *Ni el hecho de que en un contrato de arrendamiento de finca de explotación agrícola se incluyeran pequeñas edificaciones destinadas a vivienda del colono, cuadra y gallinero, ni la circunstancia de que la renta se estipulase en metálico y no en trigo, ni la de que el arrendatario ejerciese la profesión de ganadero y suministrase algunas partidas de leche al arrendador, son bastantes para desvirtuar la calificación del órgano "a quo" que reputó al contrato contrvertido como de arrendamiento rústico sometido al Código civil, por*

apreciar la concurrencia de circunstancias excluyentes de la aplicación de la legislación especial arrendaticio rústica.

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO CONTROVERTIDO EN EL PLEITO: *No puede basarse la impugnación del error de hecho en el documento objeto de discusión y análisis en el pleito y en la sentencia de instancia.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No revisten carácter de documento auténtico ni las certificaciones municipales o del Catastro, relativas a informaciones practicadas en dichos centros, ni las manifestaciones de los litigantes en sus escritos o al absolver posiciones, ni lo dictámenes periciales. [S. 21 de enero de 1965; no ha lugar.]*

2. ARRIENDO DE LOCAL Y ENSERES: ALCANCE DE LA SENTENCIA RESOLUTORIA DE ARRIENDO: *En la sentencia de instancia resolutoria de contrato de arrendamiento de local y enseres industriales, hay que considerar estimado implícitamente el pedimento de devolución de dichos enseres, como consecuencia obligada de la resolución del contrato de arrendamiento, del mismo modo que, como secuela de tal resolución —decretada por causa de subarriendo— se entiende estimado el pedimento de resolución de los contratos de subarriendo derivados del arrendamiento de autos. [S. 29 de enero de 1965; ha lugar.]*

3. SOLARES: COMPETENCIA JUDICIAL Y COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: *Los Tribunales no pueden entrar a revisar las causas, hechos o fundamentos que haya tenido en cuenta la Administración para calificar de solares a determinadas fincas, a fin de establecer la relación y situación de ellos con la Administración y, por su parte, los Tribunales, para declarar los derechos y obligaciones civiles que nazcan entre los particulares de esa situación administrativa, no tienen que sujetarse al punto de vista que haya informado la resolución administrativa.*

EDIFICACIONES PROVISIONALES: CALIFICACIÓN: *No está reñido con la lógica calificar como provisionales a unos barracones de categoría ínfima en el orden urbanístico, más aún, si están situados en lugar céntrico.*

RESOLUCION PARA REEDIFICAR: *Tratándose de edificaciones provisionales, ni la LAU vigente, ni la anterior conceden al arrendatario el derecho de retorno previsto para las edificaciones normales objeto de la segunda causa de denegación de proroga. [S. 16 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

4. ARRIENDOS EXCLUIDOS DE LA LAU: ARRIENDO DE SOLAR DESTINADO A CINE AL AIRE LIBRE: *Debe conceptuarse excluido del ámbito de la LAU el arriendo de un solar, cuyo casi total espacio, está al aire libre, sin que en él exista edificación permanente y habitable y si sólo cabina para poder insta-*

lar aparato proyector de películas, bar y sanitarios. [S. 26 de enero de 1965; no ha lugar.]

5. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO: KIOSCO EN UN VESTÍBULO: HABITABILIDAD: *El concepto de habitabilidad, referido a los locales de negocio, presupone la existencia de espacio cerrado, con techumbre, en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad, para servir las exigencias de su destino el orden al desenvolvimiento de las actividades del comercio o industria, cualidad que no puede negarse al espacio ocupado por un arrendatario en un vestíbulo-escalera en el que tiene instalado un kiosco destinado al comercio de bisutería de lujo, sin que sea óbice a su calificación como local de negocio que el que no se trate de local separado propiamente dicho, pues a los fines de la LAU basta con que se trate de espacio acotado y delimitado en un vestíbulo-escalera, susceptible de aprovechamiento independiente.*

INERACCIÓN DE LEY: ORDENANZAS MUNICIPALES: *Las Ordenanzas municipales no revisten carácter de Ley.* [S. 11 de marzo de 1965; ha lugar.]

NOTA: Mantiene la anterior sentencia un amplio y satisfactorio criterio en torno a la noción de habitabilidad, ratificando la doctrina que de modo explícito en S. de 8 de noviembre de 1955 y de forma más bien implícita en S. 6 de febrero de 1954 había mantenido ya el Tribunal Supremo.

6. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO URBANO: VIVIENDA EN LA QUE SE EJERCE LA PROFESIÓN DE AGENTE COMERCIAL: *Debe calificarse como arriendo de vivienda el destinado a tal finalidad, aunque en la vivienda tenga el inquilino su despacho de Agente Comercial Colegiado.* [S. 8 de febrero de 1965; no ha lugar.]

7. DESAHUCIO DE FINCA URBANA POR CAUSA DE NECESIDAD SOCIAL: COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN: *El Ministerio Fiscal, y sólo él, está facultado para ejercitar la acción de desahucio por necesidad social, debiendo deducirse la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *Constituye defecto de formalización del recurso, causante de desestimación del mismo, la acumulación de fundamentos diversos en un solo motivo, defecto en el que incurre el recurrente que, al formular uno de sus motivos dice que hace suyos integralmente los tres motivos articulados por otro recurrente.* [S. 19 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

8. RENTA ARRENDATICIA URBANA: DEVOLUCIÓN DE INCREMENTOS DE RENTA: CADUCIDAD: *El "dies a quo" del plazo de caducidad de tres meses, referente a una acción de devolución de incrementos de renta que el arrendatario que los pagó considera ilegítimos, viene determinado por la fecha de pago de tales incrementos.*

REPERCUSIÓN DE ARBITRIO SOBRE EDIFICACIÓN DEFICIENTE: *No procede la devolución de la cantidad repercutida por razón de arbitrio de edificación*

deficiente, porque la Ordenanza que estableció tal arbitrio permite la repercusión del mismo entre los arrendatarios, en armonía con lo establecido en la LAU. [S. 27 de enero de 1965; no ha lugar.]

Nota: Sigue el Tribunal Supremo insistiendo en su tesis relativa a la repercutibilidad de los arbitrios municipales sin finalidad fiscal, pese a que con ello, al liberar al propietario de la carga que supone el arbitrio, se destruye totalmente la finalidad perseguida con el establecimiento del mismo que no es otra que la de compeler al propietario a subsanar deficiencias de la edificación o de sus servicios: las sentencias de 16 de mayo y 2 de octubre de 1963 sostuvieron semejante criterio que la que encabeza la presente nota en la que se esboza un argumento en favor del mismo escasamente convincente: el de que la Ordenanza fiscal que estableció el arbitrio afirmó la repercutibilidad del mismo: una Ordenanza Fiscal, aún aprobada administrativamente, no parece tener rango suficiente para determinar el régimen de relaciones entre arrendador y arrendatario. (J. P. R.)

9. RETRACTO: ABUDICACIÓN DE VIVIENDA POR DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN; AGRUPACIÓN DE PISOS: *Cabe el ejercicio del retracto por el inquilino, siempre que la división no sea consecuencia de una adquisición por herencia o legado. No importa que el móvil de la agrupación no sea el de defraudar los derechos expectantes del inquilino, porque buscando o no de propósito, el resultado es contrario al perseguido por la Ley.*

PRECIO ASIGNADO: FALSIDAD DE PRECIO: *No puede invocarse el propósito ilícito de cometer un fraude fiscal, para tratar de desvirtuar la eficacia y valor probatorio atribuidos por el artículo 1.218 del Código civil, a la escritura pública. [S. 15 de julio de 1964; ha lugar.]*

10. RETRACTO ARRENDATARIO: FINCA INDEPENDIENTE Y UNIDAD REGISTRAL: *La finca independiente, a efectos arrendaticios, es diferente del concepto de finca o unidad registral.*

La unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca, que en el Registro aparece como una sola, en la realidad está formada por varias, ya que dar valor decisivo a la inscripción, equivaldría en muchos casos a hacer ilusorios los derechos de tanteo y retracto, dada la voluntariedad de aquélla y la posibilidad de las agrupaciones. [S. 6 de marzo de 1965; no ha lugar.]

11. RETRACTO ARRENDATARIO: NOTIFICACIÓN VENTAJENTE: *Para que empiece a correr el plazo del ejercicio del derecho de retracto, se requiere notificación fehaciente. No es suficiente la publicidad del Registro de la Propiedad, ni tampoco la supe un acto de conciliación que tuvo un objeto distinto del de notificar. [S. 6 de febrero de 1965; ha lugar.]*

12. RETRACTO ARRENDATARIO: RENTA VITALICIA: *No cabe el ejercicio del retracto por el inquilino en el caso de cesión de un inmueble en base a un contrato de renta vitalicia.*

ANALOGIA: *No cabe la aplicación analógica —artículo 8 LAU— a hechos que no encuadran dentro de la compra o cesión solutoria a que se refiere el artículo 48 de la LAU. [S. 9 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

13. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: EFECTO DE LA LEY DE REFORMA DE LA LAU, RESPECTO A LOS PROCESOS ARRENDATICIOS EN TRÁMITE DE INJUSTICIA NOTORIA: *La doble subrogación que autoriza el artículo 60 de la LAU, en la redacción dada al mismo por la Ley de 11 de junio de 1964, es aplicable aún a los procesos iniciados con anterioridad a la reforma, pero que al entrar en vigor ésta se hallaren en el trámite del recurso de injusticia notoria.*

COSTAS: *Si la desestimación de la demanda resolutoria promovida por fallecimiento del heredero del primitivo arrendatario de local de negocio, se debe a la aplicación de las normas de derecho transitorio de la Ley de reforma de 1964 que determinaron, con efecto retroactivo, la ineficacia del proceso, respecto al fin propuesto, al dimanar la desestimación de una causa extraña por completo a la voluntad del actor y cuyo acaecimiento no pudo prevér, no procede aplicar el criterio del vencimiento establecido en la LAU. [S. 21 de noviembre de 1964; ha lugar, en parte.]*

NOTA: La Audiencia Territorial de Valencia en 4 de mayo de 1962 dictó sentencia revocatoria de la de primera instancia, desestimando la demanda resolutoria con base en el fallecimiento del arrendatario de un local de negocio que ostentaba tal cualidad por ser heredero del primitivo arrendatario y la doctrina jurisprudencial que no admitía más que una sola transmisión "mortis causa" del derecho de arriendo del local de negocio. El actor interpuso recurso de injusticia notoria alegando la infracción de la reiterada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo sobre unicidad de transmisiones, recurso resuelto al cabo de dos años y medio y con posterioridad a la vigencia de la Ley de reforma de la LAU, de 1964, en la que, de modo concreto se reconocen dos sucesivas transmisiones arrendaticias "mortis causa". La sentencia del Tribunal Supremo, confirma la desestimación de la demanda, aunque por fundamento distinto, ya que el que alega es la disposición transitoria octava, bis de la Ley de 11 de junio de 1964 —actual disposición transitoria 12 del texto refundido de 24 de diciembre de 1964—, pero revoca el pronunciamiento sobre costas de la sentencia de apelación que, en cumplimiento del artículo 149 de la LAU había impuesto las de la primera instancia al demandante. La sentencia de injusticia notoria afirma que la vigencia de la Ley de 13 de junio de 1964 (que llegaba a proyectar sus efectos respecto a los procesos en trámite al tiempo de entrar en vigor dicha Ley), ha determinado la ineficacia radical del proceso resolutorio, afirmación que cabría suscribir si no se diera la circunstancia de que, precisamente, la reforma de la LAU de 1964 ha venido a desautorizar en el fondo, aunque no se haya dicho así expresamente una interpretación jurisprudencial de la LAU de 1955 en abierta contradicción con la norma de esta Ley sobre subrogación *mortis causa*. La actual disposición transitoria 12 puede escandalizar y parecer aberrante a quienes no advierten el carácter de jurisprudencia contra Ley que tenía la doctrina del Tribunal Supremo sobre unicidad de transmisiones. No cabe hablar de que la reforma de 1964 ha violado los derechos que habían adquirido los arrendadores que con anterioridad a la misma plantearon procesos para impugnar la segunda transmisión arrendaticia, ya que los que tal

nicieron, no habían adquirido ningún derecho, y lo cierto es que el artículo 60 de la LAU de 1955, básica para la resolución de los litigios al tiempo de promoverse, autorizaba de modo clarísimo, la segunda y aun ulteriores transmisiones arrendaticias; no cabe hablar de violación de derechos adquiridos, pues los derechos emanan de la ley y no de la jurisprudencia. Por ello, ni aun la relevación de costas a los actores vencidos acordada en la sentencia objeto de esta nota tiene un estricto fundamento jurídico, ya que sobre que el artículo 149 de la LAU no hace distinción alguno, la actuación del demandante, si bien se amparaba en una reiterada jurisprudencia, tenía en frente una clara norma legal de rango superior, una norma cuyo sentido pareció tan inequívoco a la mayor parte de los comentaristas y de los Tribunales de instancia que provocó en la mayor parte de las decisiones de instancia una actitud de enfrentamiento con la jurisprudencia que, por lo extensa y decidida—tanto más si se tiene en cuenta la habitual facilidad con que suelen doblegarse los Tribunales de instancia ante las doctrinas jurisprudenciales más opuestas a su particular sentir—resultó sorprendente y evidenció lo insostenible de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 60 de la LAU. De todas formas, hay que reconocer, que la decisión sobre costas, responde, si no a postulados de estricto derecho, a criterios de equidad muy atendibles.

Con fecha 13 de noviembre y de 16 de diciembre de 1964 se han citado sentencias en las que se contiene análoga doctrina a la de la que es objeto de la presente nota, siendo de notar que las dos sentencias de instancia correspondientes a la última de las citadas, habían ya desestimado la demanda resolutoria. (J. P. R.)

14. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": LOCAL DE NEGOCIO: MECANISMO DE LA TRANSMISIÓN: *La subrogación se produce en favor del heredero único si es uno solo el llamado a la sucesión o el plural si son varios, pudiendo estos últimos renunciar a su derecho a continuar el arrendamiento en favor de uno o de alguno de ellos, aparte de que si la herencia no está dividida, hasta tanto no lo sea, la facultad de sustituir al causante en el vínculo locativo corresponde al conjunto de todos los herederos.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: ACTAS NOTARIALES: *El contenido de un acta notarial en la que se exteriorizan unas manifestaciones testificales, no es apto para demostrar el error de hecho.* [S. 9 de marzo de 1965; no ha lugar.]

15. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA" EN EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONSECUENCIAS DE LA REFORMA DE 1964: COSTAS: *Aunque la reforma de la LAU realizada en 1964 obliga a desestimar la demanda resolutoria basada en el hecho de haberse producido una segunda transmisión "mortis causa" (ya que dicha reforma autoriza dos subrogaciones sucesivas) el hecho de que la desestimación de la demanda se haya producido como consecuencia de un cambio de sistema jurídico—ocurrido durante la tramitación del juicio— imprevisible para el actor, es equiparable a estos efectos, a la fuerza mayor, de la que no puede derivar responsabilidad civil y por ello no es aplicable el criterio del vencimiento, ni puede imponer las costas de la primera instancia a la parte actora.* [S. 23 de diciembre de 1964; ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONGREGACIÓN DEDICADA A LA ENSEÑANZA: EXPANSIÓN DE LA ENTIDAD: *La declaración de necesidad realizada por el*

organo "a quo" al basarse en la existencia de un proyecto de construcción de diversas edificaciones para realizar un programa de expansión de la Congregación propietaria en orden al cumplimiento del fin social a que se halla dedicada, expansión impuesta por el constante aumento de los alumnos que reciben enseñanza profesional y la necesidad de construir instalaciones deportivas y un grupo de duchas y vestuarios, expresamente reconocida por la Delegación de Educación Física y Deportes, se halla ajustada a derecho, ya que la necesidad no es sólo lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino también lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin lícito y útil. [S. 4 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD; REQUERIMIENTO DENEGATORIO; TIEMPO: El requerimiento o preaviso que la Ley exige, no implica que en todo caso, el arrendatario tenga derecho a continuar en el uso del bien arrendado durante un año más, contado desde el vencimiento contractual del arriendo, por lo que tal requerimiento puede practicarse en cualquier tiempo, siempre y cuando el año de preaviso venza con posterioridad a la expiración del plazo contractual del arriendo y, naturalmente, se ejercite la acción resolutoria una vez transcurrido este último término. [S. 17 de marzo de 1965; no ha lugar.]

18. NECESIDAD; RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA ADMINISTRATIVA: La reclamación previa en vía administrativa tiene la misma finalidad que el acto de conciliación cuando el demandado es el Estado, y puede utilizarse como medio fehaciente de requerimiento denegatorio de prórroga cuando reúne los requisitos exigidos por la LAU. Aunque figure como arrendatario, del local arrendado para la realización de un servicio público, el Director General correspondiente, es correcto dirigir la reclamación previa denegatoria de prórroga al Ministro de Departamento. [S. 23 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

19. ACCIÓN DE RECOBRO DEL LOCAL DE NEGOCIO RECLAMADO POR RAZÓN DE NECESIDAD Y NO OCUPADO, DENTRO DE PLAZO POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRORROGA; LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE FINCA EN RÉGIMEN DE USUFRUCTO: Si la demanda de recobro del local se dirigió sólo contra el nudo propietario del inmueble —que es quien realizó el requerimiento denegatorio de prórroga— y no se demanda al usufructuario del mismo (que es a quien corresponde el uso y disfrute del local, con exclusión del nudo propietario que en su calidad de tal no puede entregar el local que se le reclama por corresponder su uso y disfrute legalmente a otra persona), no cabe estimar la demanda ya que no cabe condenar al usufructuario a la entrega del local sin haber sido el mismo oído y vencido en juicio. [S. 11 de noviembre de 1964; ha lugar.]

20. DERECHO DE RETORNO A LOCAL REEDIFICADO; DERECHO A OCUPAR LA SUPERFICIE LEGALMENTE ESTABLECIDA: La normas de la LAU, en cuanto señalan la superficie mínima que debe tener el local que se asigne al arrendatario que optó por el derecho de retorno, no dejan al arbitrio del arrendador el cumplimien-

to de la obligación de reservar local de tal superficie sin otras sanciones, para el caso de incumplimiento, que la reducción de renta prevista los artículos de la LAU, sino que hay que entender que las normas sobre superficie son de rigurosa observancia para el arrendador, salvo que causas ajenas a su voluntad le impidan su cumplimiento y por ello debe ser estimada la pretensión del arrendatario de que el arrendador proporcione al primero en el inmueble de autos, y como complemento de la planta baja reservada al mismo, la superficie necesaria para totalizar el área total mínima autorizada por el derecho de reserva. [S. 27 de enero de 1965; no ha lugar.]

NOTA: El régimen de la causa segunda de denegación de prórroga prevista por la LAU - denegación para derribar y reconstruir el edificio con mayor número de viviendas -, es extremadamente defectuoso por no garantizar debidamente que la reedificación se efectuará en condiciones que permitan de modo efectivo, un derecho de retorno a vivienda o local similar: las sanciones previstas en la LAU para el incumplimiento total o parcial de la obligación de reserva de viviendas o locales son manifiestamente insuficientes y, pese al castísimo legal, se abren al arrendador grandes posibilidades de fraude que, en no pocos casos, son de imposible corrección por vía judicial. La reducción de renta correspondiente al piso o local reservado, de poco servirá al arrendatario a quien en el inmueble reconstruido se haya reservado una vivienda o local de negocio manifiestamente inadecuado para sus necesidades. Por ello, merece aplauso la decisión con que en la sentencia objeto de esta nota se sale al paso del fraude --en un caso en que había posibilidad material de combatirlo-- afirmando el derecho del inquilino o arrendatario que optó por el retorno a obtener un complemento de superficie, respecto a la reservada, hasta alcanzar el área mínima que le era debida y negando que, cuando exista superficie bastante para completar el área mínima, el arrendador quede liberado de sus obligaciones entregando una superficie menor con la simple reducción de renta establecida en el artículo 35 de la LAU; cierto es que la letra de la LAU no resuelve claramente la solución planteada, pero no lo es menos, que una interpretación finalista de la LAU (y nunca se insistirá bastante en la necesidad de utilizar una hermenéutica teleológica en la aplicación de la LAU), conduce inevitablemente a la tesis mantenida por el Tribunal Supremo. (J. P. R.)

21. RESOLUCIÓN POR CIERRE: ACTIVIDAD ESPORÁDICA Y CIRCUNSTANCIAL: *La realidad del cierre es perfectamente compatible con el hecho de que en el local se desarrolle una actividad, de modo puramente esporádico y circunstancial. [S. 5 de octubre de 1964; desestimatoria.]*

OBSERVACION: En el último motivo del recurso se denunciaba la infracción del artículo 114, II.ª LAU, en relación con el artículo 62, 3.ª de la misma, aplicado indebidamente por cuanto que en la sentencia recurrida no contiene --dice el recurrente-- ninguna afirmación acerca de que el local en cuestión estuviera cerrado durante más de seis meses en el curso de un año, limitándose a decir: 1) Que en la tienda no se desarrollieron otras actividades comerciales que las precisas para intentar su traspaso; 2) Que las ventas tenían carácter esporádico, y 3) Que la tienda casi no tenía géneros y no funcionaba durante la jornada laboral propia del ramo a que se dedicaba. A esta alegación responde el T. S. que si la sentencia recurrida decreta la resolución por la causa alegada del cierre por más de seis meses, es indudable que reconoce que ha estado el local cerrado durante ese tiempo.

22. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR CIERRE: NEGOCIO QUE SE DESENVUELVE EN DOS LOCALES: *Tratándose de un solo y único negocio que se desenvuelve en dos pisos de una misma casa, no implica el cierre el que, por razón de mayor comodidad para el público, se mantenga el contacto y despacho con el mismo en el piso más abajo desarrollándose el negocio, sin interrupción, en ambos pisos.* [S. 27 de mayo de 1964; desestimatoria.]

23. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR FALTA DE NECESIDAD DEL INQUILINO: ANALOGÍA DE CARACTERÍSTICAS: *El inquilino no puede imponer al arrendador la prórroga obligatoria del contrato, cuando tenga a su disposición, como titular de un derecho real de goce o disfrute, otra vivienda intercambiable, por sus características, con la que disfruta en arrendamiento, por lo que en tal caso cabe la denegación de prórroga, con mayor motivo, si se afirma que la esposa del arrendatario es propietaria de un tercer piso que, aunque no consta que esté desocupado, es una vivienda más amplia, que pudiera servir para cubrir sus actuales necesidades alegadas como defensa.* [S. 27 de marzo de 1965; ha lugar.]

24. PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS: MODALIDADES DE EJERCICIO: *Cada una de las causas de resolución relacionadas en la LAU es susceptible de dar lugar al nacimiento de una acción jurídica distinta, que puede ejercitarse aislada o acumulativamente, requiriéndose, en este último caso, que cada una de ellas se estudie y resuelva decidiendo todos los puntos litigiosos, por lo que si el fallo no los especifica, ha de relacionarse con los argumentos de los "considerandos" para saber si se estiman o desestiman en su totalidad.*

RECURSO DE APELACIÓN: PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS: *No puede recurrirse más que para reparar agravios inferidos al derecho subjetivo del recurrente, por lo que el demandado no puede apelar más que contra el pronunciamiento que le perjudica. Consentida por el arrendador la sentencia dictada en primera instancia que si bien dio lugar a la resolución del arriendo, lo hizo sólo por una de las causas invocadas, no cabía en la apelación el examen de la eficacia resolutoria de las causas que en la primera instancia se estimaron inoperantes, respecto a la resolución pretendida.* [S. 14 de noviembre de 1964; ha lugar.]

25. RESOLUCIÓN POR SUBARRENDAMIENTO: INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *Es lógico presumir que de cualquier transmisión total o parcial del aprovechamiento y disfrute a un tercero, ajeno a la relación arrendaticia, tiene conocimiento y es responsable el arrendatario ante el arrendador.*

SUBARRENDAMIENTO O RELACIÓN LABORAL: IMPUGNACIÓN DEL CRITERIO DEL ÓRGANO DE INSTANCIA: *Negada por la Sala de instancia la realidad de la relación laboral entre un tercero ocupante del local y el arrendatario—relación alegada por este último— sólo a través de la prueba documental podría impugnarse tal apreciación del órgano de instancia.* [S. 11 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

26. L. A. U.: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *La presencia de un tercero en el local arrendado, sin que el arrendatario justifique suficientemente que aquél actúa por orden y cuenta del propio arrendatario, es causa de resolución del contrato. Para la resolución del contrato no es preciso concretar el concepto en que se ha llevado a efecto la ocupación del local por parte del tercero, bastando la actividad de éste por cuenta propia.*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO: PRESUNCIÓN: *Acreditada por los albaranes la presencia del tercero, que el propio arrendatario reconoce, no es bastante a justificar que actúe por orden y cuenta de este último el hecho de que la documentación fiscal y administrativa siga a nombre del arrendatario, cuyo nombre figura también, mediante un sello de goma, en algunos de los citados albaranes, sin que pueda estimarse verosímil que para acreditar un establecimiento conocido tenga que propagarse que lo adquiere otro industrial, que empieza a serlo y que, por ello, no ofrece la garantía del anterior. [S. 29 de abril de 1964; desestimatoria.]*

NOTA: Frente al criterio mantenido en la primera instancia, la Sala de la Audiencia resolvió el contrato de arrendamiento basándose en que hubo introducción de tercero que actuaba por cuenta propia, entendiéndose que este extremo quedó acreditado por los albaranes, en cuyo membrete figuraba su nombre como domiciliado en el local arrendado. Frente a ello, no se reconoce significación a las circunstancias de que dicho tercero fuera hermano de la mujer del arrendatario con quienes convivía; a la enfermedad grave del arrendatario (fallecido durante la substanciación del pleito); al hecho de que la titularidad fiscal y administrativa, así como el teléfono, sigan a nombre del arrendatario; y a que en los mismos albaranes (en los que se basa la sentencia recurrida, junto con la no comparecencia del tercero que tampoco se defendió en el procedimiento) figurase el nombre del arrendatario. La referencia que el T. S. hace, en el último de los anteriores extractos, a lo inverosímil de la explicación dada por el demandado respecto de la presencia del tercero responde a la alegación que figura en la contestación de la demanda, según la cual, ante el descenso experimentado en las ventas, debido a la enfermedad del arrendatario, su cuñado "tuvo la idea de confeccionar los albaranes con vistas a conseguir nuevos clientes, ya que los antiguos tenían constancia de la verdadera titularidad del almacén; por lo tanto, su fin era exclusivamente comercial, pero sin que su confección entrañase cambio alguno en la propiedad del negocio".

27. RESOLUCIÓN POR ACTUACIÓN DE UN TERCERO EN EL LOCAL: ARRENDAMIENTO EN FAVOR DE TERCERO: *No es deducción ilógica, absurda o inverosímil, la que realiza la Sala al afirmar que el verdadero arrendatario del local es la persona que ejerce el negocio en él, y no el que figura como tal en el contrato de arriendo, deduciendo tal conclusión de los siguientes hechos: El ejerciente del negocio, al tiempo en que se estipuló el contrato de arriendo, adquirió del antiguo arrendatario, la maquinaria y útiles que este último empleaba en el local de autos; el propio ejerciente, es mecánico, siendo extraño a tales actividades industriales la persona que figura como arrendatario en el contrato; el propietario intervino con el citado ejerciente de la industria, en la negociación de las letras de cambio derivadas del negocio explotado en el*

local arrendado, al que envió sus reclamaciones en múltiples ocasiones, para que fueran reparados por el citado industrial, cuyo nombre figura en el rótulo del establecimiento y en las facturas; y, finalmente, la persona que figura como arrendatario en el contrato reside en población distinta de la del local de autos, procediendo, por ello, declarar que no ha habido subarriendo, cesión o traspaso. [S. 23 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

28. PRESENCIA EN EL LOCAL DE UN TERCERO QUE NO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN: Si bien cuando una persona no arrendataria, usa en derecho propio, total o parcialmente el local arrendado sin autorización del arrendador, se produce una transmisión del uso de cosa ajena que es causa de resolución, cuando la sentencia de instancia sienta como probado que la presencia del tercero en el local se debe al parentesco que le liga con uno de los socios de la entidad arrendataria y no por un interés en ésta ni en el negocio, no es posible admitir que se haya producido transmisión en el uso de la cosa arrendada, causante de resolución.

PREFERENCIA DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA: No puede darse preferencia a las disquisiciones interpretativas del recurrente, respecto a las de la Sala de instancia, mientras no se pruebe que las de ésta son absurdas, no prudentes o ilógicas. [S. 18 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

29. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCION: ERROR DE HECHO: Si el Tribunal a quo, basándose en la prueba directa, rechaza la existencia del traspaso o subarriendo, no cabe oponer a su criterio el del recurrente que se basa en que el cambio en la titularidad fiscal del negocio lleva en sí la presunción de sustitución del usuario. [S. 4 de mayo de 1964; desestimatoria.]

30. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCION: Si la persona demandada, extraña a la relación arrendaticia, se hizo cargo de toda la organización y desarrollo de la enseñanza de una sección del Colegio del arrendatario, cuidando de la propaganda, pago del material escolar y profesorado—al que podía contratar libremente—de dicha sección, con cargo a los honorarios que mensualmente percibía de los alumnos, honorarios que hacía suyos, entregando al arrendatario una cantidad determinada proporcional por alumno y mes, en concepto de gastos, contribuciones, impuestos y conservación de material, es correcta la deducción del Tribunal sentenciador al afirmar la existencia de un subarriendo.

RENTA: PUEDE ESTAR CONSTITUIDA POR UNA CANTIDAD FIJA Y OTRA VARIABLE: El pago de una cantidad constituida por una cantidad fija y otra accidental o variable debe calificarse como renta. [S. 24 de abril de 1964; desestimatoria.]

31. SUPUESTA CESIÓN O SUBARRIENDO: COARRIENDO: ARRENDAMIENTO A SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: CAMBIO DE GESTOR DE LA SOCIEDAD: El que en el contrato de arrendamiento se dijera que determinada persona actuaba en nombre

propio y en representación de una empresa (que explotaban dicha persona y otra) no tiene otro sentido que el de indicar que dicho contratante actuaba por su participación en el negocio y por la de los demás interesados en la llamada empresa, que, por falta de condiciones de sociedad constituida, ha de estimarse civil irregular, que se rige por las normas de la comunidad de bienes. Siendo así, hay que entender que se concertó el arriendo con tal comunidad y se arrendó el local a los señores que la constituían; el cambio de la gestión de la comunidad que ha pasado a ser regida por el otro comunero no supone introducción de tercero extraño al contrato, en el objeto de arriendo, ni es causa de resolución. [S. 31 de diciembre de 1964; ha lugar.]

32. INTRODUCCIÓN DE TERCERO POR CAUSA DE SINIESTRO: SOLIDARIDAD HUMANA; CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Si la sentencia recurrida declara, sin que tal declaración haya sido desvirtuada en el recurso, que parte del local arrendado fue ocupado por una tercera persona por causa de necesidad provocada por el imprevisto derrumbamiento del edificio donde dicho tercero tenía instalada su industria, causa y hecho de la ocupación conocidos y humana y lógicamente consentidos por el arrendatario y la arrendadora, no sólo a efecto de una situación de necesidad, sino claramente aceptados, por el cumplimiento del más leve deber de solidaridad humana, es impropediente la estimación de la demanda resolutoria. [S. 18 de enero de 1965; no ha lugar.]*

NOTA: Aunque la fundamentación de la anterior resolución no ofrezca una absoluta nitidez y aunque las afirmaciones de la misma, remitiéndose las declaraciones de hechos probados de la resolución recurrida, no parezcan demasiado convincentes en cuanto a la existencia del consentimiento del arrendador, es indiscutible el acierto de las diversas resoluciones al desestimar la acción resolutoria ejercitada. Al mismo resultado pudo haberse llegado sin la necesidad de invocar un consentimiento del arrendador no demasiado claro si, prescindiendo de la errónea doctrina que ve en todo aprovechamiento de la cosa arrendada por un tercero un acto constitutivo de cesión o subarriendo, se hubiera afirmado simplemente que el aprovechamiento del local de autos, dadas sus circunstancias, no era presumible se realizase a título oneroso y que por lo tanto el acto del arrendatario, al entregar temporalmente al damnificado el *ius utendi* de parte del local, para subvenir a la situación excepcional planteada, constituía un acto plenamente legítimo no encuadrable en ninguno de los supuestos de hecho a los que la LAU atribuye eficacia resolutoria (J. P. R.)

33. PRESUNCIÓN DE CAMBIO DE USUARIO BASADA EN EL SIMPLE EFECTO DEL ABONO TELEFÓNICO: *El que en la guía telefónica figure como abonado en un local, en la relación general y en la sección de abonados comerciantes, el hijo de la arrendataria pone de manifiesto el cambio subjetivo de usuario del local —de la arrendataria a su hijo— sin que se oponga a ello el que los recibos de agua, luz, pólizas de seguro y trájico con los proveedores se efectúe a nombre de la arrendataria.*

ALCANCE DE PRONUNCIAMIENTO RESOLUTORIO: ARRIENDO CONJUNTO DE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: *Si la vivienda y el local de negocio forman parte inte-*

grante de un solo contrato, la resolución del arriendo por haberse subarrendado o traspasado el local, debe abarcar, tanto a éste, como a la vivienda. [S. 19 de diciembre de 1964; ha lugar.]

NOTA: Frente al más prudente y racional criterio de algunas resoluciones del Tribunal Supremo que parecían acusar una tendencia restrictiva respecto a la más antigua jurisprudencia, propicia a desbordar de modo desmesurado el alcance de las causas 2.^a y 5.^a del artículo 114 de la LAU, la sentencia objeto de esta nota vuelve a los antiguos cauces, y contra el más ponderado criterio de la Audiencia Territorial y contra la tónica habitual en Casación e Injusticia Notoria, de respetar los hechos probados sentados por el órgano *a quo*, salvo en los supuestos de manifiesto error de este último, deduce el hecho del subarriendo o del traspaso del simple dato del abono telefónico, sin atender a los poderosos elementos de juicio que la Audiencia tuvo en cuenta para sentar una conclusión contraria. Los cambios de criterio que refleja la casuística de Injusticia notoria, producen indudablemente una enorme desorientación y multiplican las dificultades suscitadas por la aplicación de una Ley como la de Arrendamientos Urbanos, cuya problemática radica, no tanto en sí misma, cuanto en la forma en que es interpretada; por otra parte, el rigor en la apreciación de supuestas cesiones o subarrendos entre próximos familiares conduce frecuentemente a lastimosas consecuencias y dificulta extraordinariamente la explotación conjunta de pequeños comercios o industrias por familiares tan allegados como son padres e hijos.

(J. P. R.)

34. RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO O TRASPASO: IMPUGNACIÓN DE PRESUNCIONES: *Infringe las normas sobre presunciones del Código civil la sentencia de instancia que no estima probada la introducción o uso por un tercero del local arrendado, por la circunstancia de que una sociedad, de la que forma parte el arrendatario, aparezca domiciliada en el local arrendado, a efectos del Instituto Nacional de Previsión y guía telefónica.* [S. 26 de febrero de 1965; ha lugar.]

NOTA: En la anterior sentencia se advierte una censura un tanto libre del presupuesto fáctico sentado por el órgano "a quo", que rebasa la habitual y lógica prudencia con la que la Sala I suele proceder en materia de presunciones aceptadas o rechazadas por los órganos de instancia y que incide en un criterio de rigor en la aplicación de las causas 2.^a y 5.^a del artículo 114 de la LAU, que vulnera el principio estabilizador de los arriendos y relaja excesivamente la ya habitual laxitud en materia de prueba relativa a las indicadas causas resolutorias, con olvido del principio fundamental que grava al actor con la carga de probar los hechos constitutivos de la demanda e impone la desestimación de la demanda en todo supuesto de duda acerca de la realidad del presupuesto fáctico invocado por el actor. Véase nota a la S. de 19 de diciembre de 1964 sobre materia análoga. (J. P. R.)

35. SUBARRIENDO: PRESUNCIONES: *No es absurdo ni falta de lógica afirmar que si el alojar temporalmente a pariente o amigo en casa, puede no ser subarriendo, el admitir a varias personas simultáneas o sucesivamente, rebasa los límites de lo tolerado y entraña el subarriendo prohibido.* [S. 27 de enero de 1965; no ha lugar.]

36. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES: *Si durante el tiempo que el arrendatario tuvo cerrado al público el local arrendado, éste fue utilizado por un extraño a la relación arrendaticia como depósito de sus mercancías, distribuidas mediante vehículos que también fueron introducidos en el local, cuya llave tenían los conductores de aquéllos, empleados de dicho tercero, sin que el arrendatario figure como empresario con personal afiliado a los seguros sociales, no es ilógica ni inverosímil la deducción que la Sala hace de que se ha producido un subarriendo inconscntido.* [S. 25 de marzo de 1964; desestimatoria.]

37. SUBROGACIÓN: CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO: PRUEBA: ACTOS PROPIOS: *Cuando está probado que la subrogación locacional ha sido consentida por el arrendador, es inoperante el estudio de la doctrina de los actos propios (que invoca el recurrente), con miras a justificar que no ha realizado ninguno por el que reconozca al actor como sucesor en el arrendamiento del local discutido.* [S. 21 de abril de 1965; no ha lugar.]

38. PRESUNCIÓN DE TRASPASO O SUBARRIENDO: IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO: *Los documentos, recibos y facturas que acreditan que algunos impuestos y arbitrios, el flúido eléctrico y algunos géneros propios del negocio que se desenvuelve en el local arrendado se pagan a nombre del arrendatario, no son suficientes a revelar el manifiesto error que se atribuye al órgano de instancia, ya que tales documentos no justifican la presencia, en el local arrendado, del tercero, cuya introducción estima probada el órgano "a quo".* [S. 6 de febrero de 1965; no ha lugar.]

39. TRASPASO ILEGAL: ERROR DE HECHO: *No procede la resolución por traspaso realizado por la arrendataria a una comunidad de bienes si de los documentos obrantes en autos se deduce que la persona que figura en el contrato como arrendataria no actuó por sí en el local de autos, siendo la verdadera arrendataria la comunidad y siendo el domicilio señalado en el contrato de arriendo a la parte arrendataria, no el particular de esta última, sino el de la comunidad de la que aquélla forma parte.* [S. 22 de marzo de 1965; ha lugar.]

40. TRASPASO ILEGAL: ERROR DE HECHO: *Si de la prueba documental alegada en apoyo del recurso, se deduce que la arrendataria trasladó su residencia a Méjico el año 1952 y desde entonces hasta 1961, la madre de la arrendataria ejerció en el local en su propio nombre y por su cuenta y riesgo un negocio, procede afirmar el error del órgano "a quo" al denegar la resolución del arriendo, ya que de aquellos hechos se deduce la existencia de una cesion, traspaso o subarriendo ilícitos y debe rechazarse la excepción de prescripción por no haber transcurrido los quince años que señala el Código civil para esta clase de acciones.* [S. 21 de noviembre de 1964; no ha lugar.]

41. TRASPASO ILEGAL: PRESUNCIÓN POR LA INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO *Probada la aparición de un tercero en el local arrendado y no justificada*

su presencia con el carácter de dependiente o asalariado del arrendatario que se le atribuye, se ajusta a derecho la presunción de que se ha producido una cesión o traspaso ilegal del local arrendado. [S. 9 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

42. TRASPASO INCONSENTIDO: BAJA EN LA CONTRIBUCIÓN PARA SIMULAR POBREZA: *Procede la resolución del contrato si un extraño al mismo ocupa el local arrendado y el arrendatario no ha conseguido probar que se trate de una simulación para justificar su situación de pobreza.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo son aquéllos que pueden servir de base para llegar, previas deducciones y juicios, a una conclusión contraria a la de la Sala, pero que, por sí solos, no muestran la contradicción evidente.* [S. 4 de mayo de 1964; desestimatoria.]

43. TRANSFORMACION DE LOCAL DE NEGOCIO EN VIVIENDA: *Es causa de resolución del arrendamiento la transformación de un local en vivienda, cuando de la prueba practicada se desprende que la vivienda construida en el local agota prácticamente todas las posibilidades de aprovechamiento útil del mismo.* [S. 5 de abril de 1965; no ha lugar.]

44. CAMBIO DE DESTINO: CONVERSIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO EN COCHERA PARTICULAR: *Es causa de resolución el hecho de que un local arrendado para negocio, aunque tuviera parte destinada a vivienda, se haya venido utilizando durante varios años para encerrar el automóvil particular de su actual ocupante, ya que el vehículo no constituye un elemento de la industria que se ejercía en el local y, por consiguiente, el destino que se da al objeto del arriendo, no es el propio de local de negocios.* [S. 21 de diciembre de 1964; no ha lugar.]

45. OBRAS INCONSENTIDAS: MODIFICACION DE LA CONFIGURACIÓN: *Se entiende que se ha alterado la configuración del local, cuando en el contrato se ha convenido mantener libre de todo uso una parte de aquél, y de las pruebas practicadas se revela la existencia de agujeros y tacos empotrados en la pared, cuyo tamaño y especial disposición hacen suponer que han sido colocados para la instalación de un cuarto de aseo.* [S. 22 de febrero de 1965; no ha lugar.]

46. CAMBIO DE CONFIGURACION: CONSENTIMIENTO TACITA: *La "reiteración", por escrito, del contrato de arriendo, en fecha posterior a la realización de las obras por el arrendatario, conocida por el arrendador, entraña una autorización implícita de tales obras que priva al propietario de la acción resolutoria.* [S. 20 de febrero de 1965; ha lugar.]

47. RESOLUCIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA L. A. U. VIGENTE: IRRETROACTIVIDAD: *Como limitación al principio de re-*

troactividad consignado en la disposición transitoria primera L. A. U. vigente, la disposición transitoria 15 establece la excepción de que las modificaciones efectuadas en el capítulo 11 de la L. A. U., sólo serán aplicables a los hechos previstos en él, cuya producción se haya iniciado después de la entrada en vigor de la presente L. A. U.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 15: INTERPRETACION: ACTIVIDADES PERMANENTES: *Deben distinguirse aquellas actividades que, iniciadas bajo el imperio de la L. A. U. derogada, quedaron agotadas, en aquellas actividades permanentes, consistentes en hechos que se vienen repitiendo sin solución de continuidad a través del tiempo, debiendo aplicarse la Ley antigua a los hechos realizados antes de entrar en vigor la L. A. U. vigente y, en cambio, habrá de regir esta última a los verificados como subsistentes con posterioridad a la promulgación de la misma.*

ACTIVIDAD PERMANENTE: CASUÍSTICA: *La venta de mercancías en el local arrendado es una actividad de tipo permanente.*

ACTIVIDADES PELIGROSAS: Apreciación de su existencia en cada caso concreto: *La peligrosidad de la actividad desarrollada en el local constituye una circunstancia que incumbe determinar a los Tribunales en cada caso concreto, sin que sea dable establecer una regla general.*

ACTIVIDAD PELIGROSA: NATURALEZA DEL RIESGO: *No puede confundirse el riesgo aleatorio, inherente a toda actividad humana, con el peligro basado en un estado permanente de inminencia que se traduce en una posibilidad constante de que el daño se produzca.*

ACTIVIDADES INCÓMODAS. INSALUBRES O PELIGROSAS: CARÁCTER NO VINCULANTE DEL REGLAMENTO QUE LAS ENUMERA: *El Reglamento de 17 de noviembre de 1925, que contiene el Nomenclator de Industrias o establecimientos incómodos, insalubres o peligrosos, no vincula a los Tribunales. [S. 12 de febrero de 1964; desestimatoria.]*

48. PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: CAUSA DE LA PÉRDIDA: *La pérdida de la cosa arrendada, produce la resolución del arriendo, con todas las consecuencias en orden a la extinción de las obligaciones de ellas derivadas, ya obedezca la pérdida a caso fortuito o a culpa o negligencia de una persona, sin perjuicio en este último caso, de la acción de daños y perjuicios a utilizar contra el causante de tal pérdida. [S. 19 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

49. OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN: PÉRDIDA "TÉCNICA" DE LA FINCA: INDENNIZACIÓN: *Como tiene reiterado el T. S. en una copiosa jurisprudencia, de la que pueden citarse como más representativas las SS. de 3 de julio y 30 de noviembre de 1957 y 24 de enero de 1953, para que la pérdida de la cosa arrendada se produzca no es necesaria la destrucción total de la finca, sino*

que basta con que exceda del 50 por 100, pues en uno y otro caso las obras necesarias para reconstruir o reparar las fincas dan a éstas la consideración de nuevas; y es tal carácter el que constituye el fundamento de la resolución de los contratos, y ésta es procedente ya obedezca a caso fortuito o a culpa o negligencia, sin perjuicio, en este caso, de la acción del arrendatario para obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento por parte del dueño de sus obligaciones contractuales; la Ley no distingue el origen que pueda tener la pérdida de la cosa arrendada, pues el sentido gramatical del siniestro a que la misma Ley se refiere equivale a avería grave o pérdida de importancia que sufra la propiedad y el presupuesto de la acción resolutoria es la pérdida de la cosa con independencia de la causa que la produce.

CUESTIÓN JURISPRUDENCIAL: Es misión de los Tribunales y no de la autoridad administrativa, el decidir sobre la procedencia de las acciones resolutorias del contrato de arrendamiento, y determinar si éstas se producen por ruina, cuya declaración previa compete a la Administración, o si se ha producido la pérdida a que se refiere el artículo 118 de la L. A. U., en cuyo caso la competencia pertenece privativamente a los tribunales. [S. 1 de marzo de 1965; no ha lugar.]

50. OBRAS DE REPARACIÓN O SITUACIÓN DE RUINA: PRINCIPIO "IURA NOVI CURIA": No hay incongruencia sino aplicación del principio "iura novit curia", si el Tribunal aplica de oficio el artículo 118 L. A. U., al sólo efecto de calificar una situación del inmueble como de ruina y no como necesitada de reparación-

COSTE DE LAS OBRAS DE REPARACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA: El valor dado a las obras de reparación basándose la Sala en el conjunto de la prueba practicada, no puede desvirtuarse por un dictámen pericial considerado aisladamente. [S. 6 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

NOTA: El arrendatario en su demanda pedía que se condenara al arrendador a realizar ciertas obras de reparación en el local arrendado. El arrendador se opuso a la demanda alegando, por un lado, que el estado del local era consecuencia de obras realizadas por el arrendatario, siendo éste, por consiguiente, quien debía reparar los daños; y, por otro, que el importe de las obras necesarias excedía del cincuenta por ciento del valor en venta del edificio (por lo cual había promovido expediente de ruina del que, según parece desprendirse de la sentencia, desistió posteriormente). Ambas instancias fueron favorables al arrendador, interponiendo el arrendatario recurso de injusticia notoria denunciando la infracción del principio *iura novit curia* y la incongruencia en que la sentencia incurrió al aplicar "sin que nadie se lo pidiera" el artículo 118 L. A. U. (resolución por pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio), que consagra una acción resolutoria —se dice— que sólo pudo utilizar el demandado por vía de reconvencción, lo que no hizo, ya que se limitó a pedir que se le absolviera de la demanda. El T. S. rechaza las alegaciones del recurrente diciendo que, ante las dos situaciones de hecho que las partes califican contradictoriamente (estado de deterioro que exige obras de reparación *versus*

estado de ruina, cuya reposición al uso normal requiere obras de reconstrucción), lo que la sentencia hace es acudir al artículo 118 L. A. U. para calificar el estado físico de la finca, pero sin aplicarlo como causa de resolución del contrato.

51. SUBARRIENDO: DIFERENCIA CON LA CESIÓN O TRASPASO: *En el subarriendo continúa el contrato de arrendamiento principal subsistiendo, frente al arrendador, los derechos y obligaciones del arrendatario, a diferencia de lo que ocurre en la cesión o traspaso en el cual la personalidad del antiguo arrendatario-cedente desaparece de la relación jurídica, siendo sustituido en ella por el nuevo arrendatario-cesionario, quedando aquél liberado de sus responsabilidades para con el arrendador.*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO COMO SUBARRIENDO O TRASPASO: *Si el arrendatario, después de vender a un tercero el negocio instalado en el local arrendado, ha continuado pagando al arrendador las rentas correspondientes, contra recibos girados a su nombre, y a su vez, ha venido percibiendo de dicho tercero determinadas cantidades por la ocupación del local, es lógico concluir que la relación jurídica creada es un subarriendo y no un traspaso.*

SUBARRIENDO SIN PLAZO CONTRACTUAL; PLAZO LEGAL: *Al establecer la sentencia recurrida que el subarriendo se ha hecho por un mes, en atención a no haberse fijado plazo de duración del contrato y pagarse por meses el precio del subarriendo, no ha utilizado presunción alguna, sino que se limita a aplicar el artículo 1.581 C. c., cuyo contenido constituye la interpretación legal de la intención de los contratantes. [S. 6 de mayo de 1964; desestimatoria.]*

52. SUBARRIENDO CONCERTADO POR TIEMPO INDEFINIDO: EL REQUISITO DE TEMPORALIDAD: *El acuerdo de que la prórroga automática del subarriendo por meses se sustituya por la prórroga indefinida, equivale a negar al subarrendador la facultad de darlo por terminado, como hasta entonces, al finalizar cualquier mes de la prórroga; lo cual no quiere decir que desaparezca la temporalidad, que es nota característica de los contratos locativos, pues debe entenderse que el tiempo es determinado cuando es determinable, como ocurre en el presente caso, puesto que siendo el subarriendo un arrendamiento de segundo grado que se apoya sobre otro anterior si la duración de aquel queda supeditada a la de este último, el plazo viene a ser el mismo y la determinación es perfecta sin que tenga que entrar en juego el artículo del C. c.—1.581— que solo encierra una norma supletoria para cuando la voluntad de las partes no se haya manifestado. [S. 25 de enero de 1965; ha lugar.]*

NOTA: Resulta muy satisfactorio advertir la dulcificación de criterios respecto al requisito de temporalidad del arriendo —tendencia que se advierte ya en la S. de 16 de diciembre de 1963—; es cierto que el fundamento básico esgrimido en la sentencia objeto de la presente nota —basado en la vinculación del subarriendo al arrendatario—, no es muy sólido,

sobre todo, si se tiene en cuenta que a su vez el arrendamiento puede resultar indefinido y en cierto modo perpetuo, a voluntad del arrendatario si éste es una persona jurídica (J. P. R.)

V. Familia.

1. ARTÍCULO 1.413 C. C.: DERECHO TRANSITORIO: *El artículo 1.413 C. c. en su nueva redacción no es aplicable a una compraventa en la que concurrieran consentimiento, objeto y causa antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958.*

DISPOSICIÓN SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER: LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR EL ACTO: *La posible acción de impugnación sólo corresponde a la mujer y sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante del contrato y causante del vicio perseguido. [S. 7 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

VI. Sucesiones.

1. PARTICIÓN HECHA POR LOS HEREDEROS PRESCINDIENDO DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA: *En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.058 de C. c., los herederos con plena capacidad de obrar pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y partir la herencia como tengan por conveniente: creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia. [S. 28 de enero de 1964; no ha lugar.]*

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: ESTATUTOS SOCIALES COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Aún cuando los estatutos de una Sociedad Anónima tengan fuerza vinculante para ésta y para sus miembros, reconocida por la Ley, no son suficientes por sí solos para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal.*

QUORUM DE ASISTENCIA A LA JUNTA GENERAL EN SEGUNDA CONVOCATORIA: *Los quorums de asistencia a la segunda convocatoria de la Junta General Extraordinaria, menores que los requeridos para la primera, tienen por fin facilitar el desenvolvimiento de la vida social y evitar que la inasistencia de determinados grupos de accionistas minoritarios imposibilite la solución de problemas pendientes del ente social, lo que no se conseguiría, de no someterse a un régimen de asistencia y votación más benévolo que el requerido para la primera convocatoria.*

SUPRESIÓN ESTATUTARIA DE LA CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL EN SEGUNDA CONVOCATORIA: *La autorización concedida por el artículo 51 LSA para aumentar los requisitos, a que ha de ajustarse la celebración de la Junta, no puede entenderse en el sentido de que se les permita suprimir la segunda convocatoria o equipararla a la primera, en cuanto a las mayorías que deben con-*

currir para la efectividad de sus acuerdos, lo que se opondría al artículo 58 LSA.

SIGNIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO, RESPETO DEL ACUERDO INSCRITO: *Los asientos registrales del Registro mercantil no pueden sanar los vicios invalidatorios de los títulos, a que se refieren y, concretamente, de los acuerdos sociales inscritos. [S. 18 de febrero de 1965; desestimatoria.]*

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Las acciones de carácter personal están sometidas a la competencia del Juzgado del lugar en el que la obligación deba ser cumplida, entendiéndose por tal lugar —si no existe sumisión expresa a fuero determinado con renuncia del propio del denunciante—, aquél en que la mercancía hubiere sido entregada.*

RENUNCIA A FUERO PROPIO Y SUMISIÓN A FUERO DETERMINADO: CONDICIONES DE EFICACIA: *Para ser eficaz la estipulación de renuncia al propio fuero jurisdiccional y de sumisión a fuero determinado ha de hacerse por renunciante de forma explícita e indubitada.*

TRANSPORTE DE MERCANCÍAS: “FRANCO PORTE”: *Las mercancías que viajan con “franco porte” lo hacen por cuenta y riesgo del vendedor, debiendo efectuarse la entrega en el domicilio del comprador, siendo este domicilio aquel por el que ha de regir la cuestión de competencia. [S. 20 de enero de 1965; resuelve competencia.]*

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: NULIDAD RADICAL APRECIADA DE OFICIO: *Las normas sobre competencia objetiva y funcional son de orden público, y cuando un Juez o Tribunal actúa en contra de ellas, lo hace viciosamente, dando lugar a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones, determinando un vicio in radice revelable de oficio.*

COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA MUNICIPAL: *Les corresponde el conocimiento de los juicios de desahucio seguidos al amparo de la legislación común con base en los supuestos del artículo 1.562. [S. 25 de febrero de 1965; ha lugar.]*

Se trataba del desahucio de un local destinado a garaje que una Inmobiliaria se había reservado al enajenar los pisos. Ante la pretensión de subir la renta, el inquilino-copropietario se negó a abonarla y la Inmobiliaria acudió al desahucio planteando el juicio ante el Juzgado de Primera Instancia, obteniendo sentencia favorable en ambas instancias. En el recurso se alegaba infracción de las disposiciones administrativas sobre tasas. Sin embargo, el Fiscal informó la existencia de carencia de jurisdicción por falta de competencia por razón de la materia, ya que el desahucio

no tiene por objeto una industria o establecimiento mercantil, sino un local destinado a garaje, por cuyas razones el T. S., abteniéndose de conocer del recurso, declara de oficio la nulidad de todo lo actuado. (G. G. C.)

2. **COMPETENCIA:** *Como las nulidades que se reclaman—de la declaración de herederos, inventario y partición— son el presupuesto necesario para lograr el reconocimiento de la propiedad de una finca, objeto esencial de la demanda, esta acción real de reconocimiento de propiedad, por ser la fundamental, es la que determina la competencia. [S. 29 de enero de 1964.]*

3. **LITIS CONSORCIO NECESARIO:** *Se incumplen las reglas del litis consorcio pasivo necesario, de auténtico interés público y apreciable de oficio, cuando no han sido llamados al litigio todos aquellos que puedan tener interés en el mismo.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO: FUNDAMENTO: *El evitar que nadie pueda ser condenado sin ser oído. [S. 17 de octubre de 1964; ha lugar.]*

NOTA: Puede verse S. 12 de marzo de 1964, A. D. C. XVII-III, pág. 743.

4. **POSTULACIÓN: PODER A PROCURADOR OTORGADO POR PRESIDENTE DE CÁMARA OFICIAL DE LA PROPIEDAD URBANA:** *No cabe afirmar la infracción de las normas del Código civil sobre poderes para pleitos si la parte actora aportó a los autos un poder notarial, otorgado por el Presidente de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana a favor del Procurador (comparecido a nombre del actor en concepto de asociado a los servicios jurídicos de dicha Cámara), facultándole para que, en nombre y representación de los asociados a la Sección de servicios ejercite cuantas acciones correspondan a dichos asociados y se ha aportado también certificación del Secretariado de la indicada Cámara, justificativo del derecho del actor a utilizar los servicios jurídicos de la misma. [S. 1 de febrero de 1965; no ha lugar.]*

5. **HECHOS NOTORIOS: CONOCIMIENTO PERSONAL DE UN HECHO POR EL JUEZ:** *No es contrario a las normas legales sobre prueba, el admitir como ciertos los hechos geográficos o urbanísticos, de tal manera patentes, que por no dejar lugar a dudas, hagan inútil la prueba judicial, porque su conocimiento pertenece al dominio general de los ciudadanos, cuando el propio Juez participa personalmente de tal conocimiento. [S. 4 de diciembre de 1964; no ha lugar.]*

6. **RECURSO DE APELACIÓN FORMALIZADO POR LA PARTE VENCIDA EN PRIMERA INSTANCIA SIN QUE SE ADILERA A LA APELACIÓN EL RECURRIDO: EFECTOS:** *Al recurrir de la totalidad de la sentencia, la parte perjudicada, aunque el recurrido no se adhiera a la apelación, el Tribunal de segunda instancia tiene facultad plena para el estudio de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia, pudiendo valorar el material probatorio de distinta manera a como lo hizo el Juez de Primera Instancia y llegar a conclusiones*

diametralmente opuestas a las mantenidas por éste. [S. 2 de mayo de 1964; desestimatoria.]

7. ACCIÓN NULIDAD EN JUICIO UNIVERSAL DE QUIEBRA: *El recurso de nulidad en juicio universal de quiebra, como extraordinario que es, no cabe sin que, previamente, se hayan agotado los ordinarios, debiendo ser ejercitado dicho recurso dentro del mismo procedimiento en que se declaró el estado de quiebra. [S. 12 de noviembre de 1964; desestimatoria.]*

8. AMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD: RECONOCIMIENTO DE DEUDA POR PARTE DEL ARRENDATARIO: *Dentro del juicio especial de desahucio no cabe la discusión de cuestiones complejas, relativas a la naturaleza de los contratos y obligaciones que de los mismos puedan derivarse. El hecho de que en el contrato de arriendo se inserte una cláusula por la que los arrendatarios reconocen adeudar al arrendador una determinada cantidad que se obligan a satisfacer por mensualidades durante la vigencia del arriendo con sanción de posible resolución en caso de impago, no altera la verdadera naturaleza del arriendo y no entraña complejidad. [S. 23 de enero de 1965; ha lugar.]*

9. ARRENDAMIENTO URBANO (LEY 1.956): RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: POBRES: FALTA DE CAUCIÓN JURATORIA: *Constituyen causasa de inadmisión del recurso no haber prestado los recurrentes que están declarados pobres, la caución juratoria exigida por el artículo 14, número 4.º, L. E. C., ni haber acreditado, al tiempo de formalizar el presente recurso de injusticia notoria, hallarse al corriente en el abono de la renta por su pago o consignación, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 L. A. U. [S. 3 de febrero de 1965; no ha lugar.]*

10. ERROR DE HECHO: VALOR PROBATORIO DE UN DOCUMENTO: *Al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 LAU, no se puede plantear el problema del valor probatorio de un documento acompañado a la demanda. [S. 27 de mayo de 1964; desestimatoria.]*

11. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador las actas notariales que ya han sido objeto de interpretación por el tribunal "a quo", desvirtuándolas con elementos de otras pruebas. [S. 15 de marzo de 1965; no ha lugar.]*

12. CASACIÓN: *El recurso extraordinario de casación lejos de poder ser confundido con una tercera instancia, se dirige, mediante los motivos expresamente determinados para cada una de sus modalidades a mantener la rectitud en la interpretación y aplicación de la Ley, sin que sea dable por ello hacer una libre valoración de los hechos pruebas y fundamentos tenidos en cuenta en la sentencia recurrida.*

CASACIÓN: PRUEBA ERROR DE DERECHO: *La interposición de un recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692, 7.º L. E. C.), "exige la cita de un precepto valorativo de la prueba que haya sido violado".*

CASACIÓN: PRESENTACIONES: *Combatir tanto los hechos básicos de la presunción cuando el enlace de estos con otros hechos que traten de deducirse requiere acudir al cauce procesal del número 1 del artículo 1.692, L. E. C. [S. 21 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

13. **ERROR DE DERECHO:** *Para que pudiera prosperar el error de derecho alegando al amparo del artículo 1.692, 7.º L. E. C., sería preciso fijar el precepto valorativo de la prueba que se estime infringido por el Tribunal sentenciador. [S. 10 de noviembre de 1964; no ha lugar.]*

14. **CASACION: NUEVOS ELEMENTOS PROBATORIOS:** *Las probanzas aportadas después de la sentencia definitiva son intrascendentes a los efectos de casación, pues en la casación civil le está vedado al Tribunal Supremo tener en cuenta otros elementos probatorios que aquéllos que tuvo presente el Tribunal de Instancia para emitir su fallo. La censura de la sentencia recurrida, en este orden probatorio, tiene que hacerse solamente por el restringido cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., pero mal pudo incurrir el Tribunal de Instancia en error de apreciación de elementos probatorios que cuando dictó su fallo no obraban en autos. [S. 15 de octubre de 1964; no ha lugar.]*

15. **L. A. U.: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA:** *Para que pueda prosperar el recurso fundado en denegación de prueba en primera instancia ha de haberse utilizado a tiempo el remedio de la subsanación.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es suficiente para la desestimación del motivo del recurso, el que se ampare en el número 1.º del artículo 136 L. A. U., cuando se denuncia un defecto de tramitación, que ha de llevarse por el número 2.º. [S. 20 de marzo de 1964; desestimatoria.]*

NOTA: El T. S. entra, sin embargo, en el fondo planteado en el único motivo del recurso, "por si se tratara de un error material, porque es absurdo tan manifiesto yerro".

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil.

1. **AMBITO DE APLICACIÓN DE LA L. A. U.:** *El art. 101 de la L. A. U. ha de estimarse de aplicación en lo relativo a las repercusiones por el suministro de calefacción a los edificios acogidos a la denominada Ley Suñón.* (Sentencia de 5 de abril de 1965; no ha lugar.)

2. **SUBARRIENDO: PRUEBA DE EXISTENCIA:** *Para declarar la existencia del subarriendo o la cesión no es obligado que se prueben todos y cada uno de sus elementos, aunque esto no quiere decir que no haya necesidad de probar nada.* (Sentencia de 28 de enero de 1965; no ha lugar.)

3. **SUBROGACIÓN: DERECHO DEL CÓNYUGE SUPERSTITE:** *El derecho de preferencia que la L. A. U. otorga al cónyuge viudo para subrogarse en el arrendamiento de la vivienda en que el matrimonio convivió, no tiene más alcance que el de obligar al arrendador a reconocer la continuación del arrendamiento a favor del cónyuge superstite, pero de ninguna manera este reconocimiento, puede llevar consigo el lanzamiento del resto de los familiares que hasta el fallecimiento del titular arrendatario convivieron con él, mientras no se ejercite la correspondiente acción fundada en circunstancias que lleven aparejado el obligado desalojo del piso.* (Sentencia de 25 de enero de 1965.; ha lugar.)

4. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: PLAZO:** *El plazo a observar desde el requerimiento de denegación de prórroga no puede ser alterado por motivaciones o eventos que no afectan a la real y actual existencia del derecho subjetivo del propietario arrendador y a la acción de que ese derecho dimana, como es la promoción o pendency de un juicio de retracto.*

ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *El que deniega la prórroga del contrato no teniendo propio hogar y vivienda independiente no sólo no abusa del derecho ni obra en fraude de la Ley para con base en la apariencia del amparo en un precepto de derecho objetivo perjudicar el derecho o interés de otra persona, sino que actúa lícitamente y usa del suyo, con lo que ni a nadie daña ni obra antisocial o antifijurídicamente.* (Sentencia de 28 de abril de 1965; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: CÓMPUTO DEL NÚMERO DE FAMILIARES: *Sólo se pueden computar como miembros de la familia, los que unidos por dicho vínculo, viven con el arrendatario bajo su patria potestad, atendidos por él y dependiendo del mismo.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: VALIDEZ DEL REQUERIMIENTO: *El hecho de que no se celebrara el matrimonio antes de vencer el año del requerimiento, no quita virtualidad a éste, si se celebró después, pues hace viable la presunción de necesidad derivada de que tenga lugar este acontecimiento. (Sentencia de 15 de enero de 1965; no ha lugar.)*

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *No se puede estimar que las necesidades del arrendador hayan aumentado, puesto que tiene los mismos hijos que cuando se firmó el contrato de arrendamiento, sin que aún hayan dejado de ser niños, con la única diferencia de contar tres o cuatro años más, lo que nada hace variar las referidas necesidades. (Sentencia de 17 de abril de 1965; no ha lugar.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Si los esposos se hallan separados por convenio pactado en documento privado, de tal situación, no puede deducirse, como consecuencia jurídica que dicha separación meramente privada, suponga la necesidad indispensable de ocupar dos pisos, pues no es lo mismo, ni tiene idénticas consecuencias, a efectos de los preceptos tutelares de la L. A. U., una separación matrimonial pactada privadamente, que la amparada en decisión judicial en procedimiento adecuado, no sólo por las garantías de veracidad que ofrece este último, sino porque el primero puede enubrir intereses particulares que la legislación especial de alquileres no puede tutelar, y porque si es cierto que la separación de los cónyuges exige vivir en sitios distintos, no supone de forma indispensable que lo sea ocupando además de la vivienda propia otra en régimen de alquiler, que regula la legislación especial de arrendamientos urbanos. (Sentencia de 23 de febrero de 1965; ha lugar.)*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: RECUPERACIÓN: *Si no tuvo lugar el previo requerimiento que específicamente consigna el art. 68 de la L. A. U. y el inquilino dejó la vivienda por su libre albedrío, no puede recuperarla aunque esté desocupada. (Sentencia de 2 de febrero de 1965; no ha lugar.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Para que prospere la denegación de prórroga por desocupación, es requisito "sine qua non" la desocupación del inquilino, sino de toda clase de personas que en la vivienda habitasen. (Sentencia de 14 de abril de 1965; no ha lugar.)*

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DOBLE OCUPACIÓN: PRESUNCIÓN DE NECESIDAD: *Si en los seis meses anteriores al requerimiento se tiene a disposición vivienda, en iguales condiciones que la arrendada, se estima que*

no existe necesidad, de igual forma, se ha de entender, cuando ello tiene lugar antes de la presentación de la demanda. (Sentencia de 24 de marzo de 1965; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DOBLE OCUPACIÓN: PRESUNCIÓN: *No existiendo prueba del momento en que empezó a no ser necesaria la vivienda, hay que estimar que esta necesidad no existió nunca. (Sentencia de 21 de marzo de 1965; ha lugar.)*

12. RESOLUCIÓN: INEXISTENCIA: *No ha existido infracción del art. 116 de la L. A. U., toda vez que el mismo, ni concede ni niega la posibilidad de solicitar del órgano jurisdiccional, que se obligue al inquilino a permitir la entrada en la vivienda para la realización de obras. (Sentencia de 21 de enero de 1965; no ha lugar.)*

13. RESOLUCIÓN: CESIÓN: *La introducción de tercera persona en la vivienda, es cesión inconstentida. (Sentencia de 10 de abril de 1965; ha lugar.)*

14. RESOLUCIÓN: DECLARACIÓN DE RUINA: *El Juzgador de instancia no puede dictar resoluciones que traten de sustituir a las que corresponden a la Administración, sino que, a la vista de los dictados por ésta, se limita a comprobar si concurren los presupuestos a que la L. A. U. condiciona el ejercicio de la acción, interpretando los términos en que está redactada la declaración de ruina, para fijar su verdadero alcance y extensión. (Sentencia de 11 de marzo de 1965; no ha lugar.)*

15. RENTA: AUMENTO: REQUISITOS: *Si por el arrendador no se solicitó aumento de renta, el Juez de instancia no puede decretar la elevación de la merced arrendaticia. (Sentencia de 26 de abril de 1965; ha lugar.)*

16. RENTA: AUMENTO: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *Las notificaciones de los aumentos de renta fueron defectuosas, ya que al decirse en ellas que la elevación de renta pretendida, se basaba en los aumentos legales autorizados hasta la fecha, no quedaba adecuada y claramente determinada la causa de la elevación, pues para que los inquilinos notificados conocieran debidamente y pudieran discernir si era aquélla legal y justa, debieron los arrendadores manifestar, especificándolos, cuáles eran esos aumentos legales y las disposiciones que los autorizaban, porque sólo así podían los arrendatarios saber a qué atenerse, en cuanto a la pertinencia de la elevación. (Sentencia de 29 de enero de 1965; ha lugar.)*

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMA: *Es inaceptable un recurso de suplicación que no indica los preceptos que se consideran infringidos y el concepto en que lo han sido.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ALTERACIÓN DE HECHOS PROBADOS: *Para que se puedan alterar los hechos considerados probados en la Sentencia recu-*

rrida, cuando en dicha Sentencia se hace una valoración equivocada de la doctrina del abuso de Derecho, es preciso que en la Sentencia se haga aplicación, por lo menos negativa, de tal doctrina, lo que presupone que ha sido alegada en el momento oportuno. (Sentencia de 4 de febrero de 1965; ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMA: *Para que prospere un recurso de suplicación, por infracción de doctrina legal, es indispensable que se concreten las Sentencias del Tribunal Supremo que se reputan infringidas.* (Sentencia de 25 de febrero de 1965; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *Los problemas de legitimación pueden ser objeto de suplicación, pues afectan al derecho que mediante dicha acción se ejercita y recae sobre el fondo del litigio, por lo que no hay duda de que están incluidos en la infracción de ley o doctrina legal a que hace alusión la L. A. U.* (Sentencia de 10 de febrero de 1965; ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *Por doctrina legal ha de entenderse únicamente la del Tribunal Supremo, pero no la de las Audiencias Territoriales.* (Sentencia de 12 de marzo de 1965; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *Sólo se puede invocar como motivo de suplicación la doctrina del abuso del Derecho, cuando la Sentencia impugnada haya acogido en sentido positivo tal doctrina, estimando que en el caso se ha incurrido en tal abuso, no cuando, en ella, se desecha la existencia de él, ya que si se rechaza, ni el párrafo 1.º del artículo 132 de la L. A. U. autoriza el recurso de suplicación, ni tampoco que se ataque lo que el juzgador declara probado, acusando la equivocada valoración de la prueba en el juicio practicada.* (Sentencia de 28 de abril de 1965; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EJECUCIÓN: *En el trámite de ejecución pueden plantearse y decidirse todas cuantas cuestiones tengan relación con el fallo y con su cumplimiento.* (Sentencia de 20 de mayo de 1965; no ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTO COMPLEJO: EXCLUSIÓN DE LA LAU: *Si en el contrato de arriendo se advierte cierta indeterminación, en cuanto al precio y se dejan a cargo del arrendatario la mayor parte de las obras encaminadas a habilitar el local para vivienda, se trata de un arrendamiento complejo excluido de la LAU; es complejo el contrato en el que, con las cláusulas principales propias del arrendamiento, se entrecruzan —no meramente se yustaponen— otras que alteran el régimen normal del contrato.* (S. 2 noviembre 1964; no ha lugar.)

2. DURACIÓN DEL ARRIENDO: PRESUNCIÓN LEGAL: *La norma del Código civil que presume mensual la duración del arriendo si el pago se efectúa por períodos mensuales es aplicable, en defecto de previsión cont actual sobre duración del arriendo, aunque en este se especificara que el inquilino podría detraer la mitad de la renta estipulada hasta reintegrarse del importe de la cantidad que anticipó para la construcción del piso, si el propio contrato facultaba al arrendador a efectuar, en cualquier momento, el pago de la totalidad de las obras al inquilino o a hacer entregas parciales a cuenta del total.* (S. 27 enero 1965; no ha lugar.)

3. ARRIENDOS REGIDOS POR LA LAU: ARRIENDO DE HABITACIONES: *No desnaturaliza el carácter de arriendo regido por la LAU, el que el arrendador dijera que el motivo que le llevó a ceder a la otra parte unas habitaciones, en su hogar, mediante precio, fue el de encontrar en esa convivencia, consuelo, compañía y, en caso extremo, ayuda, si la única contraprestación real y tangible fue la renta dineraria.*

DENEGACIÓN DE PRORROGA: REQUERIMIENTO POR ACTO DE CONCILIACIÓN: *Es eficaz el requerimiento denegatorio realizado en acto de conciliación aunque no acuda a la celebración del mismo el requerido, si la papelceta contenía las circunstancias necesarias.*

SUPPLICACIÓN: *No se da el recurso contra infracciones procesales* (S. 27 octubre 1964; no ha lugar.)

NOTA: La calificación del arriendo, no de una vivienda entera, sino de habitaciones de la misma, realizada por el propietario de la vivienda suscita frecuentes dudas; la anterior sentencia se inclina por la tesis que, pese a la imprecisión de la LAU en esta materia, resulta más probable, la de considerar tales arriendos como contratos de inquilinato sometidos a las normas de la LAU que rigen el arriendo de vivienda.

4. RENUNCIA DE DERECHOS: DERECHO AÚN NO NACIDO: *No cabe la renuncia a un derecho aún no nacido al tiempo de la renuncia. Es ineficaz la renuncia otorgada bajo una legislación que la reputa inválida, aunque una legislación posterior admitida la renunciabilidad.* (S. 21 octubre 1964; no ha lugar.)

5. HOSPEDAJE: *Constituye hospedaje el hecho de que el inquilino de una vivienda facilite a un tercero una habitación y se encargue de la limpieza de la habitación y lavado de ropa de dicho tercero.*

RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *La introducción en la vivienda, de un número de huéspedes no superior a dos, no constituye causa de resolución.* (S. 14 octubre 1964; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: DERECHO DE LA MUJER DEL INQUILINO CUYO MATRIMONIO FUE ANULADO POR BIGAMIA: *La esposa del inquilino que, tras la anulación de su matrimonio con el mismo —por bigamia— siguió conviviendo con él hasta el tiempo del fallecimiento tiene derecho a subrogarse en su derecho arrendaticio. La norma del C. c. que priva de efectos al matrimonio viciado por bigamia se basa en la posible colisión de derechos entre la familia legítima y la que no lo es, por lo que, cuando no se da tal colisión, hay que estar a la regla general sobre matrimonio putativo* (S. 14 octubre 1964; no ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NOTIFICADOR AL ARRENDADOR: *Es causa de resolución el defecto de notificación al arrendador —dentro del plazo legal— de la subrogación arrendaticia «mortis causa».* (S. 19 octubre 1964; no ha lugar.)

NOTA: Téngase en cuenta, no obstante, que como consecuencia de la reforma de la LAU de 1964 —con efecto retroactivo a tenor de la disposición 12.ª del vigente texto refundido de 24 diciembre 1964— el subrogado *mortis causa* tiene una doble oportunidad para realizar la notificación y legitimar, por tanto, su sucesión: durante los noventa días siguientes a la defunción del causante y, en su defecto, los treinta días siguientes al requerimiento realizado por el arrendador para que el subrogado notifique la subrogación

8. RESOLUCIÓN POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: MUERTE O RENUNCIA DE UNO DE LOS VARIOS SUBROGADOS: *Subrogados «mortis causa» en el arriendo de vivienda dos hermanos, la muerte o renuncia voluntaria de uno de ellos al arriendo no supone cesión, traspaso o subarriendo. No supone subarriendo el hecho de que una persona pase a ocupar una vivienda tras el matrimonio de la misma con la subrogada en la titularidad arrendaticia.* (S. 16 octubre 1964; ha lugar.)

9. NO USO: USO POR LOS PADRES DEL INQUILINO: *No procede la denegación de prórroga por no uso del inquilino si la vivienda se halla ocupada continuamente por los padres de aquél.* (S. 14 octubre 1964; no ha lugar.)

10. NO USO: CUMPLIMIENTO DE PENA COMO JUSTA CAUSA: *No supone violación de las normas sobre resolución, por no uso, la estimación del cumplimiento de una pena privativa de libertad como justa causa para que el inquilino*

no ocupe la vivienda y ello por la doble razón de que, en principio, la sanción penal de privación de libertad no debe agravarse con otra de carácter civil cual supondría la pérdida del derecho de prórroga arrendaticia, y de que las circunstancias del caso no denotan que el Juzgador de instancia haya contradicho las reglas del criterio humano (S. 4 febrero 1964.)

11. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El matrimonio tiene derecho a vivienda independiente, aunque en la vivienda de los padres haya habitaciones suficientes para alojarlos.*

SELECCIÓN: *Hay que referir las circunstancias de selección al tiempo del requerimiento denegatorio de prórroga.*

REQUERIMIENTO: *No es preciso que consten, en el requerimiento, las circunstancias de posposición concurrentes en los demás inquilinos, bastando que las atribuidas al demandado sean las determinantes de su preferente desalojo, (S. 20 octubre 1964; no ha lugar.)*

12. NECESIDAD BASADA EN MATRIMONIO: FECHA DE CELEBRACION DE ÉSTE: *El matrimonio base de la necesidad debe haberse contraído al cumplirse el año de preaviso (S. 13 marzo 1965; ha lugar.) (S. 12 marzo 1965; no ha lugar.)*

13. NECESIDAD: RELATIVIDAD DEL CONCEPTO: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *La necesidad es un concepto relativo. No constituye necesidad el mero desecho de independizar sus viviendas en un padre y un hijo —soltero— si no se concreta y prueban las circunstancias que mueven al hijo a independizar su morada de la de su padre. (S. 4 noviembre 1964; ha lugar.)*

14. NECESIDAD: BENEFICIARIOS: HIJOS ADOPTIVOS: *Los hijos adoptivos deben considerarse comprendidos entre los beneficiarios de la denegación de prórroga por necesidad. (S. 21 octubre 1964; no ha lugar.)*

NOTA: Doctrina absolutamente inadmisibles, a la que se opone el texto claro y explícito de la LAU que sólo habla de descendientes legítimos y naturales, a los que en modo alguno cabe equiparar los adoptivos, sobre todo si se considera que la LAU, en diversas normas, cuando ha querido incluir a los hijos adoptivos —véase, por ejemplo, la norma sobre subrogación— lo ha hecho de modo expreso; nótese, también, que al promulgarse la vigente LAU, no se recogió ninguna de las enmiendas encaminadas a incluir a los hijos adoptivos beneficiarios de la denegación de prórroga, y téngase en cuenta los múltiples abusos a que conduciría la conceptualización de los hijos adoptivos como beneficiarios de la denegación de prórroga. Sin embargo, una Sentencia de 19 de febrero de 1959, de la Audiencia Territorial de Albacete, incluyó también a los hijos adoptivos entre tales beneficiarios.

15. NECESIDAD: DERECHO A HOGAR INDEPENDIENTE: *Concurre la situación de necesidad en quien carece de hogar independiente conviviendo con una hermana en una portería sin condiciones adecuadas para ello. (S. 6 junio 1964; no ha lugar.)*

16. NECESIDAD: VIVIENDA INSUFICIENTE: *Se halla en situación de necesidad el matrimonio con dos hijos de distinto sexo, de cinco y tres años, que sólo dispone de dos habitaciones para las cuatro personas. (S. 30 abril 1964; no ha lugar.)*

17. NECESIDAD: ARRENDADOR SOLTERO: *No cabe la denegación de prórroga por necesidad, si el arrendador se halla en la misma situación de soltería y cargas familiares que tenía al arrendar la vivienda objeto de denegación de prórroga y no justifica la afirmación que hace de precisar la vivienda para atender a necesidades particulares, ni que haya sido desahuciado o requerido de desalojo en los lugares en que ha habitado.* (S. 19 enero 1965; no ha lugar.)

18. NECESIDAD: SELECCIÓN: *No pueden conceptuarse como viviendas, ni un departamento de dos habitaciones destinadas a despacho de odontólogo que carece de los elementos necesarios para hogar familiar, ni el formado por una sola habitación sin cocina ni water.* (S. 27 noviembre 1964; no ha lugar.)

19. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *A efecto de determinar la vivienda afectada por la denegación de prórroga, según el orden legal de selección, no es preciso incluir en el cotejo las dos viviendas de distintas características de un mismo inmueble, humilde y modesta una y de carácter deccroso otra, pudiendo elegirse directamente ésta.* (S. 27 enero 1965; no ha lugar.)

20. NECESIDAD: SELECCIÓN: FAMILIA MÁS NUMEROSA: *No cabe computar entre los familiares a efectos de selección, a un sobrino del arrendatario que, con su esposa y descendientes, convive con su tío, aunque constituyendo un grupo familiar diferente e independiente económicamente del inquilino, frente a los parientes del otro inquilino afectados por la selección que forman propiamente una familia con este último, hallándose bajo la disciplina y dependencia de dicho segundo inquilino.* (S. 10 diciembre 1964; no ha lugar.)

21. OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ADAPTACIÓN DEL LOCAL AL DESTINO CONTRACTUAL: *No procede la resolución por la realización de obras que sirven para el ejercicio normal de la actividad a desarrollar en la cosa arrendada según el destino señalado a la misma en el contrato* (S. 14 enero 1965; no ha lugar.)

22. OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: DERRIBO DE TABIQUES: *Modifica la configuración, la realización de obras consistentes: en el derribo parcial de un tabique de separación de dos dependencias para dar luz y ventilación a otra anexa, y la destrucción de un gallinero de mampostería.* (S. 18 enero 1965; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: REPARACIÓN DEFECTUOSA: *No procede la resolución si lo acreditado no fue la realización de daños dolosos, sino la desobtención de un desagüe siquiera tal labor se realizara defectuosamente.* (S. 17 diciembre 1964; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: SUJETO DE LAS ACTIVIDADES: *Procede la resolución por ejercicio de actividades inmorales realizadas por la hija de la arrendataria; no es preciso que los actos inmorales se realicen con consentimiento del arrendatario.*

LEGITIMACION PASIVA EN EL PROCESO RESOLUTORIO: *Está legitimados pasi-*

ramente, no sólo los arrendatarios, sino los que tienen intereses estimable o protegible para intervenir. (S. 6 noviembre 1964; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INCÓMODAS: *La mera situación de tirantez o enemistad entre las partes, no justifica la resolución al amparo de la causa de actividades incómodas.* (S. 27 octubre 1964; no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

1. SUPPLICACIÓN; DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.* (S. 10 noviembre 1964; no ha lugar.)

2. COSTAS PROCESALES; ESTIMACIÓN ÍNTEGRA DE LA DEMANDA: *No obsta a que se considere íntegramente estimada la demanda —a efecto de costas— el hecho de que el fallo, aun siendo estimatorio no acepte la nomenclatura jurídica utilizada por el actor en el «Suplico».* (S. 27 octubre 1964; no ha lugar.)

3. DERECHO INTERTEMPORAL; NORMAS PROCESALES: *Si no hay disposición expresa referente a la retroactividad, la Ley tiene tácitamente efecto retroactivo cuando se trata de norma de carácter procesal.* (S. 19 octubre 1964; no ha lugar.)

3. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. CARACTERES DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: INTERPRETACIÓN LITERAL QUE PUGNE CON EL SENTIDO GENERAL DEL DERECHO REFLEJADO EN LAS NORMAS: *La LAU tiene los siguientes caracteres: es social y atractiva, restrictiva, retroactiva, por regla general, protectora del inquilino y prevalente sobre la general, hallándose establecida sobre este último carácter, por la sentencia de 13 de octubre de 1952, que sin desconocer el principio de que la ley especial prevalece sobre la general, cuando de la aplicación de aquélla se trata, ni de la prioridad de la interpretación gramatical cuando el sentido de las leyes no ofrece duda alguna, no es posible esta interpretación si el tenor literal pugna con el sentido general del derecho reflejado en las normas.* (S. de 1 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: COMIENZO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *La sentencia del T. S. de 23 de junio de 1958 exige, para que pueda iniciarse el curso de ese plazo, que tal cesión, aún no consentida, sea conocida por el arrendador o, al menos, que la ocupación del cesionario aparezca tan ostensible y manifiesta que permita presumir el conocimiento de la misma por parte de aquél.* (S. de 8 de octubre de 1964.)

3. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ENTRE PARIENTES: MOMENTO INICIAL PARA EL CÁMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *En el supuesto contemplado, sin posibilidad para el arrendador de conocer la cesión por el hecho ostensible de la ocupación de la vivienda por el cesionario —único medio que señala la Ley al efecto— hay que estar para determinar cuando puede ejercitarse por aquél la acción de resolución, a la fecha en que tuvo conocimiento de la cesión.* (Sentencia de 28 de octubre de 1964; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: CARGA DE LA PRUEBA: *En el supuesto de abandono de la vivienda por el inquilino, ocupándola persona extraña al contrato, a tenor de reiterada jurisprudencia, al dueño le basta probar el hecho de la introducción del tercero y es éste quien tiene que acreditar el título que legitime esa ocupación.* (S. de 14 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO PROCEDE SI ESTÁ VIGENTE EL PLAZO CONTRACTUAL: TEMPORALIDAD DEL CONTRATO CUANDO ES DETERMINABLE LA DURACIÓN CON ARREGLO A UN CRITERIO ESPECIFICADO EN AQUEL: *La resolución por denegación de prórroga no se puede ejercitar mientras está pendiente el plazo contractual, y como en el presente supuesto la extinción del plazo*

a tenor de lo pactado, exige la denuncia por escrito de cualquiera de los contratantes con un mes de antelación, requisito no cumplido que no puede ser suplido por el requerimiento previo del artículo 78, número 2 LAU, es visto que no procede acceder a la demanda. (S. de 8 de octubre de 1964; estimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESEO DE CAMBIAR DE RESIDENCIA PARA PODER DAR A LOS HIJOS ESTUDIOS SUPERIORES: *Si ese deseo, por otra parte viable, pudo ser satisfecho por el actor de manera distinta y más simple, esto es, en lugar de comprar un edificio entero y despedir a un inquilino, fórmula más conveniente a sus intereses económicos, adquiriendo un sólo piso para habitarlo con su familia, no es constitutivo de necesidad.* (S. de 28 de noviembre de 1964; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE MATRIMONIO: CIRCUNSTANCIAS QUE NO DESVIRTUAN LA PRESUNCIÓN: *La presunción de necesidad comprendida bajo el número 3, apartado 2 artículo 63 LAU no se desvirtúa porque el matrimonio se celebre ni porque los cónyuges se instalen provisionalmente en otra vivienda en espera de poder ocupar la reclamada.* (S. de 13 de noviembre de 1964; estimatoria.)

8. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD BASADA EN EL MATRIMONIO: NO ES DABLE CONEXIONARLA CON LA AMPARADA EN EL NÚMERO 4 APARTADO 2 ARTÍCULO 63 LAU: *Pedida la vivienda por el actor, con base en el matrimonio de su hija, no obsta a la resolución el hecho de que, provisionalmente instalados los cónyuges en otra, no se haya demostrado la necesidad preteritoria de su abandono, ante un requerimiento de desalojo por precario.* (S. de 13 de noviembre de 1964; estimatoria.)

9. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD DEL CASO 3.º PÁRRAFO 2.º ARTÍCULO 63 LAU Y SU CONTRARIA DEL PÁRRAFO 3.º: Apreciación de la necesidad en aquel caso: *No sólo atendida la concurrencia de la presunción de necesidad del caso 3.º párrafo 2.º, artículo 63, sino incluso demostrada ésta, ha de ceder ante la presunción contraria del párrafo 3.º del referido artículo.*

Para la apreciación de la necesidad originada por el matrimonio se requiere no sólo, bien la realización del enlace matrimonial al cumplirse el año del requerimiento —tesis de la doctrina contenida en la sentencia del 31 de octubre de 1963— bien el propósito serio de contraerlo, sino también la demostración de que la necesidad originada por el matrimonio sólo puede satisfacerse mediante el desalojo de la vivienda objeto de la acción. (S. de 11 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD EN RAZÓN DE MATRIMONIO: CUANDO SURGE ESTA NECESIDAD: *Sólo cuando los futuros contrayentes expresan su voluntad de unirse en matrimonio es cuando surge la necesidad y no antes y se hace manifiesta al denegarse la prórroga al arrendatario.* (S. de 12 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRE-

SUNCIÓN DEL CASO 3.º, PÁRRAFO 2.º ARTÍCULO 63 LAU: *Para la aplicación de esa presunción se requiere no solamente la demostración de haber contraído matrimonio, sino, además, que dicho matrimonio deba residir en la localidad que esté situada la finca.* (S. de 31 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

12. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CUALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO A ESTOS EFECTOS: *Si bien «a todos los efectos legales» a que se refiere el número 5 del artículo 321 de la Ley de Régimen Local puede no convenir al cargo de fontanero municipal el carácter de funcionario público, no cabe duda que por su relación de empleo público con una Entidad de las que integran el Estado, a los fines del artículo 64 LAU le corresponde tal calificación, sin que a ello obste que no participe del ejercicio de funciones públicas o no le estén atribuidas funciones de decisión, pues esta Ley emplea la locución funcionarios públicos en términos de absoluta generalidad y no es lícito distinguir donde ella no distingue.* (S. de 21 de noviembre de 1964; estimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NO USO: COMPETENCIA PARA APRECIAR LA JUSTICIA O INJUSTICIA DE LA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *La apreciación de si la causa invocada determinante de la desocupación es o no justa corresponde libremente a los Tribunales, examinando las circunstancias concurrentes y eliminando aquellos motivos que sean de simple comodidad o conveniencia.* (S. de 5 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: ESCASA ENTIDAD DE LO REALIZADO POR EL INQUILINO: *No constituyen obras que alteran la configuración o debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales, por su escasa entidad, los siguientes: a), autorizar a un vecino la instalación provisional en la terraza de una antena de televisión ya desaparecida; b), sustituir por cristales los tableros de madera de la parte baja de las puertas de un balcón que estaban casi podridas; c), haber desempalmado del depósito o cisterna del water el tubo o bajante que conduce el agua a la taza; d), sustituir un trozo de tubería existente en la cocina en forma de T y deteriorado, por otro de plomo y de un sólo grifo, y f), colocar una persiana en un balcón por fuera del marco de madera y sobre la obra de la fachada principal.* (S. de 26 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

15. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 10.ª LAU: SUPUESTOS DE APLICACIÓN: *Si no se ha demostrado que la planta baja del inmueble donde está situada la vivienda litigiosa, en la que existe desde hace más de dieciocho años un local de negocio, se construyera para servir de casa-habitación, no se da el supuesto de aplicación de dicha Disposición Transitoria.* (Sentencia de 9 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUBLICACION: INCORRECCIÓN EN LA FUNDAMENTACION: *No es posible al recurrente, incluso haciendo invocación, cual sucede en el primero de los motivos en que articula el recurso, dar a la cuestión litigiosa, resuelta*

por la sentencia suplicada en perfecta congruencia con lo solicitado, una configuración y fundamentos básicos distintos a los que sirvieron de premisa al fallo. (Sentencia de 7 de octubre de 1964; desestimatoria)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN EN PROCESO DE RESOLUCIÓN DEL COPROPIETARIO DE LA VIVIENDA LITIGIOSA: *Si el actor ha demostrado en el proceso, como así lo ha reconocido la contraparte, su condición de copropietario de la vivienda objeto de la litis, con acción y facultado para actuar en la forma que lo ha realizado, por sí y como representante de la comunidad de herederos de la anterior propietaria, su legitimación ha quedado acreditada y no puede alegarse infracción, del artículo 30, número 2, del Decreto de 21 de noviembre de 1952. (S. de 8 de octubre de 1964; desestimatoria.)*

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DENUNCIA DE LA NO APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Si no aparece invocada por las partes en el juicio la doctrina del abuso de derecho, ni conjugada en ninguna de las sentencias dictadas, no es dable denunciar la no aplicación del abuso de derecho, pues lo que en este recurso se permite es totalmente lo contrario, o sea, el supuesto de haberse aplicado por el Juez: «a quo», pero con error. (S. de 23 de noviembre de 1964; desestimatoria.)*

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: *No procede acceder al recurso con base en la infracción del artículo 35º LEC si de la propia argumentación de la parte suplicante aparece que la excepción acogida en la sentencia no quedó sin plantear por la contraparte, sino que, a su entender, no probó los extremos necesarios para la apreciación de su concurrencia. (S. de 11 de diciembre de 1964; desestimatoria.)*

4. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. SITUACIONES DE CONVIVENCIA CREADAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 27 LAU 1946: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR QUE IMPUSO LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA DE LAU 1956: SU SANCIÓN: *El incumplimiento de la obligación del inquilino de notificar al arrendador el nombre de las personas extrañas a su familia y de los hijos que con él convivieren en la fecha de entrada en vigor de LAU 1956 no se sanciona con la resolución del contrato, sino solamente con una elevación en el porcentaje de la renta que venía abonado aquél.* (S. de 15 de febrero de 1965; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR GESTIÓN INCONSENTIDA: CALIFICACIÓN DE TERCERO: *Si bien para que prospere la acción no hace falta exponer la calificación exacta del ocupante, como tampoco prueba fehaciente concreta, en el aspecto jurídico que la Ley pretende a efectos arrendaticios, ha de ser ajena a la locación y convivencia.* (S. de 15 de marzo de 1965; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR GESTIÓN: NO PROCEDE SI LA VIVIENDA ESTUVO OCUPADA POR UN FAMILIAR DEL DEMANDADO NO CONVIVIENTE CON EL MISMO: *Si la única causa resolutoria aducida en la demanda es el no uso de la vivienda, por haber estado desocupada más de seis meses en el transcurso de un año, es claro que si aparece probado que el piso fue ocupado por un sobrino del demandado, aun no siendo conviviente con él, no puede hacerse aplicación del artículo 62 número 3 y en su relación del 114, causa 11.ª LAU, ya que se estaría en presencia de un subarriendo o cesión, que pudiera suponer la existencia de otra causa resolutoria.* (S. de 16 de marzo de 1965; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: COMPETENCIA PARA DETERMINAR LA PREFERENCIA ENTRE LOS FAMILIARES POSIBLES SUBROGADOS: *A tenor de reiterada doctrina jurisprudencial, el arrendador carece de facultades para determinar, por sí, la preferencia y designar el beneficiario del derecho de subrogación mortis causa en el arrendamiento de la vivienda, pues ello es privativo de los Tribunales de Justicia, siguiendo el orden establecido en el artículo 58 LAU y guardando la preferencia en el mismo establecida y con observancia de las circunstancias que deben concurrir en los interesados, imperativamente impuestas por dicho precepto.* (S. de 14 de abril de 1965; desestimatoria.)

5. NECESIDAD: SU CONCEPTO: *La necesidad no es un concepto absoluto e inmutable, sino relativo y que deberá ser apreciado en cada caso concreto, contemplando las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto*

litigioso, las que deben generar una situación cierta y real, por completo contraria a situaciones de conveniencia o simple comodidad. (S. de 30 de enero de 1965; estimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESVIRTUACIÓN DE LA NECESIDAD: *No tiene el carácter jurídico de necesario lo que pudo haber sido atendido con medios que estuvieron al alcance del que lo pretende, pues lo que se despreció a tal fin, convierte lo necesario en mera conveniencia.* (S. de 3 de febrero de 1965; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACION ACTIVA DEL CONDOMINIO: *Establecido en la demanda como supuesto un estado cierto de condominio sobre el inmueble litigioso, por referencia a la documentación justificativa del derecho de la actora sobre éste, aunque no indique expresamente que actúa en nombre de la comunidad, ese mismo antecedente expositivo de la realidad vigente revela que lo hace efectivamente así, lo que basta para legitimarla en su iniciativa.* (S. de 31 de diciembre de 1964; estimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ARRENDATARIA QUE ADQUIERE DE UN CONDOMINIO DEL INMUEBLE EL USUFRUCTO VITALICIO DE SU CUOTA: *La adquisición por la inquilina demandada a uno de los condóminos del inmueble del usufructo vitalicio de la cuota correspondiente a un quinto de la veintitresava parte del piso litigioso no le constituye como partícipe de la comunidad y si al contestar el requerimiento no insinuó siquiera haber verificado esa adquisición, por escritura de la misma fecha, en nada altera la concreta relación propia-mente locativa que vincula a aquélla con los titulares condóminos del inmueble.* (S. de 31 de diciembre de 1964; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: TRASCENDENCIA DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *El requerimiento opera constitutivamente la fijación irreversible, tanto del propósito resolutorio enunciado por el arrendador, como de las objeciones, reservas o salvedades sugeridas en el acto por el arrendatario, de tal modo que ni el primero puede alterar en su demanda la motivación negatoria de la prórroga, o, de modo unilateral, la útil disponibilidad del piso arrendado para un uso distinto, ni cabe al arrendatario suscitar cuestiones que modifiquen de hecho o de derecho la situación que asumiera sin protesta al ser notificado.* (S. de 31 de diciembre de 1964; estimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: OFRECIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN: *No es en manera alguna exigible la evaluación económica de la posible indemnización al inquilino, al verificarse su ofrecimiento y aunque lo sea en acto de conciliación.* (S. 15 de febrero de 1965; desestimatoria.)

11. REQUERIMIENTO INEFICAZ POR HABERSE OMITIDO LA EXISTENCIA DE UNA VIVIENDA ARRENDADA: FACULTADES DE DEFENSA DEL INQUILINO QUE NO ANUNCIÓ TAL CAUSA DE OPOSICIÓN EN EL AUTO DEL REQUERIMIENTO: *El requerimiento practicado sin cumplir el esencial requisito de hacer constar las circunstancias de posposición concurrentes en los restantes inquilinos carece de eficacia, siendo la única consecuencia legal de no exponer el inquilino a quien se di-*

rige las causas de oposición a la denegación de prórroga, la posibilidad de anticipar el arrendador el ejercicio de su acción y la reducción a la mitad de la indemnización que pudiera corresponder a aquél, pero no la de limitar las excepciones y defensas que el requerido pudiere oponer. (S. de 15 de febrero de 1965; estimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: OPOSICIÓN BASADA EN CAUSAS NO ALEGADAS EN EL REQUERIMIENTO: *No son formalmente estimables causas de oposición no hechas valer en el acto del requerimiento. (S. de 17 de febrero de 1965; desestimatoria.)*

13. RESOLUCIÓN POR NO USO: CÓNYUGES CON DISTINTA RESIDENCIA: EFECTOS: *Siendo la titular del contrato la esposa demandada y si, aparte el hecho de no haberse acreditado la desocupación de la vivienda, no se ha justificado que aquella permanezca o conviva con su marido en el lugar donde éste ejerce sus funciones como Maestro Nacional, no puede prosperar la acción resolutoria basada en el número 3.º del artículo 62 LAU, sin que a ello sea óbice la obligación de convivencia que a los cónyuges impone el artículo 56 del Código civil, pues razones de índole personal y familiar, económicas, de salud y otras muchas permiten y aún obligan a los esposos a permanecer temporalmente separados. (S. de 30 de diciembre de 1964; desestimatoria.)*

14. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: ENFERMEDAD DE LA ARRENDATARIA: *La arterioesclerosis generalizada e hipertensión arterial padecidas por la arrendataria octogenaria, en tanto precisa de especiales cuidados familiares en los periodos de crisis o álgidos en su proceso es justa causa de no ocupación de la vivienda, por traslado temporal al domicilio de un hijo médico. (S. de 31 de diciembre de 1964; estimatoria.)*

15. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: DECRETO DE 31 DE OCTUBRE DE 1958: *Esta normativa, de ninguna manera, permite establecer en la protección que otorga discriminaciones de rango o dedicación en el destino público determinante del traslado del arrendatario a provincias españolas y plazas de soberanía de Africa. (S. de 30 de enero de 1965; desestimatoria.)*

16. RESOLUCIÓN POR NO USO: VIVIENDA HABITADA EN AUSENCIA DEL TITULAR DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Los preceptos contenidos en los artículos 114, causa 11.ª, y 62, número 3.º, que sirven de apoyo primordial al fallo combatido, contemplan exclusivamente los casos de viviendas realmente no ocupadas, pues desde que esto no ocurre así, y en las mismas existan con efecto moradores que las usan, sea cualquiera el motivo, ello podrá originar ciertamente las correspondientes sanciones resolutorias, pero no la acción que en el caso ha suscitado la demanda, con el exclusivo fundamento de la no ocupación, susceptible tan sólo de enjuiciamiento. (S. de 15 de marzo de 1965; estimatoria.)*

17. IMPAGO DE CANTIDAD POR REPARACIONES VERIFICADAS POR EL ARRENDADOR: IMPROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN ALTERNATIVA DE LAS ACCIONES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 102, NÚMERO 5, LAU: *Según reiterada doctrina jurisprudencial, el arrendador en ese supuesto puede ejercitar la sola acción declarativa*

de legitimidad de la elevación propuesta o, con ella, la de reclamación de diferencias o bien, la de resolución del contrato, pero no es dable la acumulación alternativa de las dos últimas. (S. de 5 de febrero de 1965; desestimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: DESTRUCCIÓN DE UN LAVADERO INCORPORADO, A LA FINCA, DE FORMA FIJA: *Esa destrucción sin permiso del arrendador, causando daños, no está consentida por la Ley, ni por la doctrina jurisprudencial interpretativa, ni aún por la que ha ido atenuando la sanción resolutoria que ha culminado en la reforma del precepto.* (S. de 3 de febrero de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MATERIAS EXCLUIDAS: *La determinación legal de su ámbito, circunscrito a las infracciones propias de la Ley y de la doctrina legal que le es aplicable, excluye cualquier materia que, aun relacionada con el régimen de habitación urbana obedezca a una disciplina particular, como la de viviendas bonificables del Decreto-ley de 27 de noviembre de 1958, donde aquella Ley no tuviera la aplicación suplementaria prevista en su artículo 1.º.* (S. de 30 de enero de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXPRESIÓN DEL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Si bien la naturaleza extraordinaria, formal y esencialmente jurídica del recurso impone la inexcusable cita del precepto sustantivo o de la doctrina legal en que se sustenta y la expresión del sentido de la vulneración, éste no ha de vincularse precisamente en los conceptos que enmarcan el de casación por infracción de Ley, dada la índole menos rigurosa del de suplicación.* (S. de 31 de marzo de 1965; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DENUNCIA DE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Si en la sentencia de Primera Instancia —cuyos considerandos son aceptados por la recurrida— se razona la improcedencia del abuso de derecho y no aplican éste ninguna de las dos resoluciones, resulta improcedente e inadmisibile motivar el recurso en la errónea aplicación de esa teoría, pues entonces se establece como supuesto algo contrario a lo que hace la sentencia recurrida.* (S. de 15 de marzo de 1965; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE FUNDARSE EN LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Si el juzgador no basa su resolución en abuso de derecho o lo rechaza cuando hubiese sido alegado como fundamento de las pretensiones o excepciones que jueguen en el proceso, deviene un imposible jurídico atribuir o dejar de atribuir su aplicación a lo que ni se aplica ni se deja de aplicar, ni puede hacerse en este trámite, ya que la suplicación no constituye, por su ámbito, una tercera instancia.* (S. de 2 de abril de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DEL EX-

TESO DE RENTA POR NO REUNIR LAS VIVIENDAS REEDIFICADAS LOS REQUISITOS MÍNIMOS LEGALES; *Esta acción puede ejercitarse por los trámites de LAU, si no se le individualiza, porque la devolución de lo indebidamente cobrado es una natural consecuencia de la pretensión esencialmente reivindicatoria a que alude el artículo 35 de dicha Ley, más no si el actor no sólo le dio autonomía propia, sino que la enclavó en el artículo 1.895 del Código civil, creando así una situación diáfananamente marginada de la órbita de los derechos específicamente reconocidos en ella. (S. de 31 de diciembre de 1964: desestimatoria.)*

5. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: ACTIVIDADES QUE INTEGRAN SU ÁMBITO: *La actividad a que se refiere el artículo 4 de LAU comprende tanto el negocio puramente comercial como el industrial, puesto que ambas actividades, como tendentes a la consecución de un lucro, participan de la condición mercantil en el orden y trato jurídicos.* (S. de 10 de abril de 1964; desestimatoria.)

2. SITUACIÓN DE CONVIVENCIA FAMILIAR: *La situación de convivencia con el inquilino, sin otro significado que el desarrollo normal, natural y lógico de unas relaciones paternofiliales no constituye subarrendo ni está supeditada a la notificación prevenida en el artículo 18 LAU.* (S. de 4 de febrero de 1964; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: IRRELEVANCIA DEL AUMENTO DEL NÚMERO DE HIJOS SI NO SE APOYA LA DEMANDA EN LA PRESUNCIÓN DEL NÚMERO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 63 LAU: *Accionándose de resolución por necesidad, derivada de la insuficiencia de habitaciones en relación con el número de hijos y diferente sexo de los mismos, es irrelevante el hecho de que no haya aumentado dicho número desde que el actor ocupó la vivienda, porque aparte de que el crecimiento en edad de los hijos puede constituir un factor cambiante de las necesidades familiares, el no ejercicio de un derecho, basado en deseos lícitos, no significa conformidad con la situación existente.* (S. de 22 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: VARIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS DESPUÉS DEL PREAVISO: *Es doctrina unánime de las Audiencias Territoriales que la variación de circunstancias ocurrida con posterioridad al preaviso carece de influencia y relevancia, a efectos de resolución de las contiendas que se establecen denegando la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas, por necesitarla el arrendador para cubrir sus necesidades o las de sus ascendientes o descendientes.* (S. de 3 de abril de 1964; estimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS IRRELEVANTES: CASUÍSTICA: *La falta de luz y ventilación directas en unos dormitorios de la vivienda que habita el arrendador, cuando no carece de ellas en el resto de las habitaciones, no configuran la necesidad, sino la mera inconveniencia o comodidad, no suficientes para denegar la prórroga de otra vivienda, máxime si esa situación existía ya cuando se contrató el arriendo.* (S. de 9 de abril de 1964; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS QUE NO IMPLICAN SU DESVIRTUAMIENTO: *Si la demandante, que convivía con su madre en vivienda de la que ésta era usufructuaria, tuvo que desalojarla al morir su ascendiente y con posterioridad —en el mes de abril de 1961— quedó libre un piso de su propiedad que volvió a alquilar en agosto siguiente, alegando en la demanda de resolución del arriendo de otra vivienda, por necesidad, que tenía razones particulares e íntimas para no habitar aquél, no le es lícito a los Tribunales entrar en el examen de esas razones, porque en el actual momento ampara su posición el apartado 3 del artículo 63 LAU, que solamente rompe la presunción cuando, con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga, se hubiera desalojado vivienda de características análogas.* (S. de 17 de enero de 1964; estimatoria.)

7. NECESIDAD: CONCEPTO Y CARACTERES: FLEXIBILIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico que, revisable en suplicación, escapa a toda sistematización en reglas fijas y precisas, por ser de índole y naturaleza esencialmente subjetivas; por eso, pese a las limitaciones que la LAU impone a los derechos dominicales, no se encuentra precepto legal alguno que obligue al propietario a negar la prórroga contractual en un determinado momento u ocasión.* (S. de 17 de enero de 1964; estimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: APLICACIÓN DEL DECRETO DE 31 DE OCTUBRE DE 1958 A LOS RESIDENTES EN LA GUINÉA ESPAÑOLA: *Motivada la declaración contenida en ese Decreto en la razón de amparar a quienes contribuyen con su esfuerzo al objetivo nacional de defender intereses vitales y actualizar las riquezas naturales e industriales de nuestras provincias y plazas africanas, no puede dudarse de que la causa de justificación del no uso debe aplicarse también en el resto de los territorios españoles en Africa, por ser idéntica la razón de ley, y más cuando esos territorios fueron declarados provincias con posterioridad.* (S. de 15 de enero de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE DESTINO: ACTIVIDAD DE ENSEÑANZA DESARROLLADA POR UN HUESPED: *La actividad de enseñanza desarrollada de manera esporádica y accidental, durante unos dos meses, por un huésped en la vivienda arrendada, no implica transformación de su destino en local de negocio.* (S. de 6 de marzo de 1964; desestimatoria.)

10. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Esta Disposición Adicional no es aplicable a los locales ocupados por sus propietarios, sino a los arrendados.* (S. de 22 de noviembre de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: SU ÁMBITO: *La infracción de Ley a que se refiere el artículo 132 LAU, como reiteradamente tiene de-*

ciado esta Sala, es la de dicha Ley, tanto porque el recurso de suplicación se da únicamente contra las sentencias que dictan los jueces de Primera Instancia en litigios que se promueven ejercitando acción que se undamente en derechos reconocidos en ella, como porque la «ratio legis» del precepto no es otra que procurar la unificación de la Jurisprudencia que se vaya produciendo en la aplicación de esta especial legislación. (S. de 25 de febrero de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ACREDITAMIENTO DEL PAGO DE RENTAS HECHO POR EL CESIONARIO TRAS HABER RECURRIDO EL INQUILINO: *Se cumple con el requisito del artículo 148 LAU si recurriendo el inquilino, posteriormente el cesionario, que se había mantenido en rebeldía, se limita a adherirse a los alegatos de aquél, aportando el recibo del pago del alquiler a que se refiere el período dentro del cual se interpone el recurso. (S. de 4 de febrero de 1964; desestimatoria.)*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia.*

MOZOS, José Luis de los: *La sucesión abintestato a favor del Estado.*

MORENO QUESADA, Bernardo: *La tutela de los hijos adoptivos.*

2. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

CERVERA, Alejo de: *Notas de Derecho Puertorriqueño.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA