

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 XIV
ASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE

MCMLXI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

Protección registral del derecho de retorno

LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON

I. Después de la reforma introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959 el artículo 15 del Reglamento Hipotecario ha quedado redactado del modo siguiente: «Los inquilinos o arrendatarios, que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título constructual, judicial o administrativo, del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.»

La Exposición de motivos del mencionado Decreto se limita a consignar que en la reforma del R. H. «se regula la inscripción del «derecho de retorno» en los arrendamientos urbanos para dar publicidad, mediante la oportuna nota marginal, a situaciones antes imprecisas, susceptibles de crear graves problemas a la seguridad jurídica y al crédito», añadiéndose en el mismo lugar que, «al darle acceso al Registro, se defenderá por igual al propietario y al inquilino».

Esta nueva regulación del derecho de retorno ha conferido a esta institución un nuevo cariz y dota al estudio de la misma de un profundo interés.

Las notas que a continuación se insertan no pretenden un análisis completo y sistemático del tema. Son sencillamente el guión de la ponencia que su autor hubo de sostener en el Seminario de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. De aquí su carácter necesariamente esquemático y de aquí también el que su finalidad primordial sea más suscitar cuestiones que resolverlas. También por ello se ha despojado al trabajo de todo carácter erudito, de bibliografía y de referencias, lo que le hace aparecer, sin duda, como incompleto. Si se publica es únicamente porque tal vez pueda suponer alguna ayuda para quienes traten de interpretar nuestra ley o de construir, con más preparación y rigor, un complejo institucional que ofrece seguramente un gran interés.

Para comprender debidamente el alcance y la mecánica de este acceso al Registro del derecho de retorno es quizá necesario, o conveniente al menos, meditar, aunque sea ligeramente, sobre cuál es la significación y el sentido de tan peculiar derecho.

Determinar cuál es el conflicto de intereses subyacente en la situación jurídica objeto de nuestro análisis no ofrece graves dificultades de comprensión. Su encuentro aquí, de una parte, el interés del propietario de edificios vetustos ocupados por inquilinos antiguos que pagan rentas generalmente muy bajas. El interés del propietario consiste en derribar el edificio y construir otro que le permita obtener unos ingresos más elevados. De otra parte se encuentra el interés de los arrendatarios, que radica en no verse privados del uso de unas viviendas o de unos locales necesarios para el cumplimiento de funciones vitales (habitación, trabajo, profesión, etc.). Finalmente hay también un interés general de la comunidad, que ha de desear igualmente la modernización del conjunto urbano y la protección de los arrendatarios. La ley ha tratado de resolver este conflicto siguiendo una línea intermedia. Permite, de una parte, el derribo y la reedificación, atribuyendo para ello al arrendador un poder dirigido a obtener la desocupación de los locales arrendados, siempre que el derribo haya sido autorizado administrativamente. Trata, por otra parte, de favorecer el interés de los arrendatarios, atribuyéndoles un poder de instalarse en el edificio reedificado (derecho de retorno).

El conflicto no se presenta sólo entre el arrendador y los arrendatarios. Puede alcanzar también a terceras personas: el adquirente del dominio de la finca, que ignoraba en el momento de adquirir la existencia de los derechos de retorno; los adquirentes de derechos reales sobre ella, en la misma situación; los nuevos ocupantes del edificio reedificado, etc. Este es el conflicto que ha tratado de resolver; luego veremos cómo y en qué medida el Decreto de 17 de marzo de 1959, al regular el acceso al Registro de la Propiedad del llamado derecho de retorno.

II. Este acceso del derecho de retorno al Registro de la Propiedad nos plantea, ante todo, un problema que hasta ahora, había quedado en cierto medida oscurecido o soslayado. Concebido el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, hay que preguntarse si el derecho de retorno es o no un auténtico derecho real, para explicarse, de alguna manera, su encaje dentro del sistema de la publicidad registral. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho de retorno? No se trata de una simple cuestión teórica, planteada por un puro afán especulativo, sino que tiene una indudable trascendencia práctica. La determinación del régimen jurídico de la institución que estudiamos y la interpretación de las normas que lo regulan, se encuentran en función de la respuesta que a este interrogante demos.

a) El derecho de retorno puede pensarse como un derecho real. Se trataría de un poder jurídico, de un derecho subjetivo atribuido por la ley a una determinada persona, que recae directamente sobre una finca gravándola y que es eficaz frente a los terceros adquirentes de la misma. El razonamiento es semejante al que ya en otras ocasiones se ha hecho para explicar como derechos reales de retracto, el tanteo o la opción.

Este carácter real del derecho de retorno presenta, sin embargo, algunas dificultades. Ante todo, si convenimos en que, en principio, el derecho de retorno se presenta como una especial forma de ser del derecho arrendaticio o, por lo menos, como una situación jurídica instrumental dirigida y encaminada a permitir la creación o el nacimiento de un derecho arrendaticio, no puede por menos de producirnos una cierta extrañeza el hecho de que este derecho —instrumental o en su forma más debilitada— posea un rango superior o una naturaleza más fuerte que la del derecho principal o en su forma más vigorosa, al cual tradicionalmente se viene negando el carácter de derecho real. Más aún: el derecho de retorno tiene siempre abierto el camino del Registro, puesto que es inscribible en todo caso, en tanto que el derecho arrendaticio solo muy limitadamente puede llegar al Registro (cfr. art. 2, 5.º, L. H.). Esta dificultad es muy difícil de resolver dogmáticamente, aunque desde un punto de vista empírico su sentido sea enormemente claro. El arrendamiento no necesita la publicidad registral, porque posee una evidente publicidad posesoria que lo da a conocer, incluso a los terceros adquirentes obligados en virtud de la ley a reportarlo. En cambio, en el derecho de retorno, carente por completo de publicidad posesoria, la publicidad registral se hace necesaria.

Un argumento más en contra de la pretendida naturaleza real del derecho de retorno podría ser el siguiente: si el derecho de retorno fuera efectivamente un derecho real, su acceso al Registro de la Propiedad no haría necesario un precepto reglamentario especial, sino que penetraría en el Registro, de conformidad con la regla general establecida en los artículos primero y segundo de la Ley Hipotecaria. Todavía cabe observar que un verdadero y auténtico derecho real inmobiliario reclama un asiento de inscripción que le dote de una plena protección registral y no una simple nota marginal como la que el nuevo artículo 15 concede al derecho de retorno.

Del derecho real se ha dicho que consiste en un poder directo e inmediato sobre las cosas, aunque no se haya explicado con claridad qué significa esta inmediatividad del derecho real. La inmediatividad parece dar en entender que el conjunto de facultades que se engloba y unifica bajo la idea de derecho real, se concreta en una serie de posibilidades de conducta del titular sobre las cosas; verbigracia: usar, disfrutar, abusar, consumir, etc. La diferencia entre un derecho real y un derecho personal podría, de

esta manera, encontrarse en que el derecho real permite un hacer del propio titular sobre las cosas, mientras que el derecho personal permite beneficiarse del hacer de otro. Pues bien, si esta idea es exacta, también desde este punto de vista la naturaleza real del derecho de retorno aparece horrosa, pues el derecho no se concreta en una conducta directa del titular sobre la cosa, sino en exigir de otro una conducta, esto es, en exigir del propietario la actividad necesaria para obtener la instalación en los locales del edificio reedificado.

El derecho real, en cuanto poder inmediato sobre las cosas, presupone un objeto existente, lícito y determinado. Es cierto que no se ha hecho, ni ha intentado hacerse, una teoría general de los derechos reales, a la manera como se hace la teoría general de los derechos de crédito o de las relaciones obligatorias; pero, aun con esta falta, podemos admitir que la relación jurídico-real necesita como objeto una cosa (en sentido amplio: cosas corporales, bienes inmateriales, etc.) existente, lícita y determinada.

El objeto del derecho real ha de ser siempre una cosa existente. No hay cuestión en este punto. El problema se plantea, sin embargo, al preguntar si las cosas, para poder ser objeto de una relación jurídico-real, han de poseer una existencia actual o si basta simplemente que sean contempladas en cuanto a su existencia posible o futura. Conforme al artículo 1.273 del C. C. «pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras». No cabe duda de que sobre las cosas futuras se puede contratar. Lo que hay que preguntarse es si de este contrato sobre una cosa futura nace inmediatamente un derecho real o una relación jurídico-real. Pensemos, por ejemplo, en la concesión actual del usufructo del terreno cultivable que produzca en el futuro la desecación de una laguna, o en la atribución del dominio de un piso, o de un derecho de paso, de luces o de desagüe sobre un edificio a construir. Estos negocios son indudablemente válidos y eficaces, pero ¿originan una relación jurídico-real inmediata? Aunque admitiéramos como abstractamente atribuido a la persona un poder real típico, esto no podría ejercitarse hasta tanto la cosa no adquiriera existencial real, lo que lleva a pensar en una relación jurídico-real en estado de pendencia o acaso, mejor, en una previa relación obligatoria que prepara el camino de la relación real definitiva.

El derecho real precisa un objeto plenamente determinado. Si el objeto no se encuentra plenamente determinado, pero se han establecido los criterios de determinabilidad, cabe, a semejanza del caso anterior, un contrato lícito y eficaz, pero no una relación jurídico-real inmediata. Un poder real sobre una cosa simplemente determinable no es concebible. Pensemos en la concesión del usufructo de una cualquiera de mis fincas, la que un tercero elija, o en la promesa de prenda sobre una cosa sólo determinada genéricamente. También aquí puede pensarse que lo que

existe es una relación obligatoria previa y preparatoria de una relación real definitiva.

Pues bien, en el derecho de retorno el objeto del supuesto derecho real sería, en todo caso, un objeto sin existencia actual que, además, no se hallaría plenamente determinado. Carecería de existencia actual, porque, por hipótesis, el objeto del derecho de retorno es un local en un edificio aún no construido. Carecería, además, de una plena determinación, porque falta una previa fijación que especifique cuál de los locales, con que el edificio cuenta, ha de ser el concreto objeto de cada particular derecho de retorno.

Todo ello parece conducir a la conclusión de que el derecho de retorno no es un derecho real. Esto, sin embargo, no es óbice para que tenga acceso al Registro y goce de la protección registral. El acceso al Registro no queda, en nuestro ordenamiento jurídico, limitado a los derechos reales, sino que se extiende a las situaciones jurídicas inmobiliarias destinadas a ser eficaces frente a terceros, pudiendo, en este sentido, decirse que la publicidad registral es una condición o requisito para la oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que, de alguna manera, afectan al tráfico inmobiliario.

b) Ahora bien, si el derecho de retorno no es, así parece al menos, un auténtico derecho real ¿cuál es su verdadera naturaleza jurídica? Para resolver este problema acaso el mejor camino sea parar la atención en lo que podríamos denominar la sustancia económica del derecho de retorno. ¿Cuál es esta «sustancia económica»? Parece claro que el resultado práctico perseguido a través del derecho de retorno consiste en la reinstalación del arrendatario en el edificio reconstruido. Este resultado práctico puede obtenerse de dos maneras: bien manteniendo la vigencia de la relación jurídica anterior, o bien suponiéndola extinguida y disponiendo la creación de una nueva. Llegamos así a lo que, a nuestro juicio, constituye el centro mismo del problema, consistente en saber si el derecho de retorno es un derecho que forma parte de la relación jurídica de arrendamiento que continúa o si, por el contrario, se produce la extinción de la relación arrendaticia primitiva y la constitución de una nueva. Más claramente podemos decir que caben estas dos posiciones: 1) La continuación de una única relación jurídica a través de tres fases o momentos, el primero de los cuales comprendería hasta el abandono de los antiguos locales, el segundo desde el abandono hasta la reinstalación y el tercero desde ésta en adelante; se trataría, repitámoslo, de una relación jurídica que atraviesa tres vicisitudes distintas y que, por tanto, tiene en cada una de ellas un contenido diferente. 2) La existencia de tres relaciones jurídicas enteramente diversas entre sí: la primera de arrendamiento sobre los antiguos locales, que se extingue con la denegación de prórroga; la segunda, de retorno, y la tercera de arrendamiento sobre los nuevos locales. Una u otra

solución condicionan la naturaleza jurídica del derecho de retorno, que en el primer caso —única relación jurídica continuada— sería un derecho a una prestación, mientras que en el segundo caso sería un derecho potestativo o de configuración jurídica; es decir, el derecho a obtener la constitución de un nuevo arrendamiento. Tampoco este problema tiene un puro valor teórico y es grande su trascendencia práctica. Muchas cuestiones quedan prejuzgadas por la solución que ahora se dé. Pensemos, por ejemplo, en la situación jurídica del arrendatario en los nuevos locales y nos daremos cuenta de que esta es profundamente diversa si se trata de un nuevo arrendamiento o si se trata de una continuación del arrendamiento anterior. Si la continuación existe el arrendatario penetra en los nuevos locales con las mismas cualidades que ya tenía (v. gr.: arrendatario contratante, segundo arrendatario, sucesor en el arrendamiento, etc.), lo cual posee una gran trascendencia a efectos de determinar la posibilidad de nuevas transmisiones. Si el arrendamiento continúa, el primitivo contrato puede todavía proyectar su eficacia sobre la relación jurídica establecida en torno al nuevo local (v. gr.: eficacia de una renuncia a la facultad de traspasar, determinación del destino de los locales, eficacia de las prohibiciones estipuladas, etc.).

La solución de este problema —una única relación jurídica o tres relaciones jurídicas— es muy difícil de resolver con criterios dogmáticos. Dogmáticamente las dificultades son muy difíciles de superar, para llegar tanto a una como a otra solución. Parece claro que la ley configura el derribo como causa de excepción a la prórroga (art. 62, 2.º) y las excepciones a la prórroga como causas de terminación o de extinción del arrendamiento (art. 114, 11.º). Es indudable que algunas de las consecuencias jurídicas de la extinción del arrendamiento se producen también aquí, v. gr.: la extinción de los subarriendos, y que conceptualmente una identidad y una continuación de la misma relación jurídica después de un cambio del objeto es muy difícil de admitir.

No son, pues, criterios dogmáticos, sino criterios empíricos y de valoración de los intereses en conflicto los que deben determinar la solución del problema. En este sentido no cabe duda que la idea de la continuación de una única relación jurídica responde mejor a las necesidades prácticas, por ejemplo en las cuestiones, ya apuntadas, sobre la pervivencia de las cualidades del arrendatario o sobre la perduración de la eficacia del primitivo contrato. Ello induce, naturalmente con las necesarias reservas, a adoptar esta solución: una única relación jurídica arrendaticia que sufre una serie de vicisitudes modificativas y que atraviesa tres fases o momentos diversos.

Ahora bien, si esto es así, el derecho de retorno constituye sólo el contenido especial de la relación arrendaticia durante una de sus fases y, en este sentido, puede configurarse como un derecho y un deber que recaen sobre una prestación: la prestación

del retorno. El arrendatario tiene derecho a exigir y el arrendador debe de realizar un comportamiento económicamente valioso (prestación). Es, pues, una conducta del titular y una conducta del obligado lo que aquí se toma en consideración: el comportamiento socialmente necesario para proporcionar a¹ arrendatario su reinstalación en el nuevo edificio.

De todo lo expuesto pueden derivarse, por vía de conclusión, las siguientes indicaciones de carácter general:

1.º El derecho de retorno es un derecho de crédito que constituye el contenido especial de una relación obligatoria de arrendamiento en los casos de derribo del edificio arrendado para su reedificación.

2.º Este derecho de crédito y el correlativo deber de prestación forman una obligación que debe ser tomada como una «obligación *propter rem*», puesto que la deuda no recae en una persona individualmente determinada, sino sobre la persona que en cada caso sea propietario del inmueble.

3.º Se trata de una obligación que consiste, fundamentalmente, en un «dare», y que por ello debe, en principio, estar sometida a las reglas particulares dictadas para esta clase de obligaciones.

4.º Se trata de una obligación cuyo objeto no se encuentra plenamente determinado, sino que es solamente determinable a través de unos criterios de determinabilidad (local de condiciones análogas, etc.) previamente establecidos.

5.º Se trata, por último, de una obligación duradera que carece, sin embargo, de un plazo fijo tanto para su cumplimiento como para su determinabilidad.

III. Después de haber intentado analizar la naturaleza jurídica, debemos enfrentarnos con el régimen jurídico del derecho de retorno. Este régimen jurídico presenta, en el estado actual de nuestro ordenamiento, arduos problemas, debido a que las previsiones del legislador se han limitado únicamente a aquellos puntos que le parecieron suficientes para conformar de alguna manera la institución que trataba de establecer. En estos puntos la ley es minuciosa y prolija, pero ha olvidado, en cambio, toda una serie de temas, que la realidad social ha planteado ya, para los cuales la interpretación, la integración y la coordinación de estas normas con el resto del sistema es sumamente difícil.

El estudio de este régimen jurídico puede hacerse agrupando los diversos problemas en tres órdenes de cuestiones que pueden ser, sucesivamente, la estructura, la dinámica y el contenido del derecho de retorno.

La estructura del derecho de retorno es sencilla y no plantea problemas insalvables:

a) Los sujetos del derecho de retorno son, como ya con anterioridad hemos apuntado, dos: uno de ellos el sujeto activo, titular del derecho o acreedor del retorno, según nuestra terminología, y el otro el sujeto pasivo o deudor del retorno. Ambos quedan de-

terminados por su posición en la preexistente relación jurídica.

El titular del derecho de retorno ha de ser una persona que sea previamente arrendatario de un piso o de un local en el inmueble cuyo derribo se va a acometer. Esto resulta claramente de los artículos 81 y 82 de la LAU, donde se habla de «inquilinos y arrendatarios». La misma terminología emplea el artículo 15 del R. H. Con ello quedan excluidos del derecho de retorno todos los ocupantes de la finca que no posean previamente la cualidad de arrendatarios y que se encuentren en ella en virtud de un título distinto. Para los subarrendatarios el derribo es causa de extinción de su contrato sin derecho de retorno. Ningún derecho a reinstalarse en el edificio futuro tienen los precaristas. En cuanto a los titulares de derechos reales de uso (v. gr.: habitacionista, usufructuario) rige la norma que limita el poder del propietario de transformar la casa. La existencia de un derecho semejante impide el derribo, salvo que el propietario llegue a un convenio, del tipo que sea, con el ocupante poseedor de aquel derecho.

El derecho de retorno presupone, además, un arrendamiento protegido por la LAU o, más exactamente, incluido en el radio de aplicación de la LAU. Carecen, pues, de derecho de retorno los arrendatarios cuando el arrendamiento no esté sometido al régimen especial de la LAU. En este caso se encuentran los «arrendamientos de temporada», los arrendamientos de locales para casinos, el uso de viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñan, el arrendamiento de casa-habitación en un precio rústico, etc. Por razones especiales quedan excluidos del derecho de retorno, aunque se trate de arrendamientos sometidos a la LAU, los arrendatarios de edificios provisionales (barracones, casetas, chabolas, etc., cfr. art. 91 LAU) y los arrendatarios de edificaciones a que se aplique el artículo 149 de la llamada Ley del Suelo.

Titular de un derecho de retorno es el arrendatario únicamente cuando el arrendamiento se encuentra en fase de prórroga legal. Esto se deduce, a mi juicio, claramente de las normas reguladoras del derecho de retorno, enclavadas precisamente dentro de las normas dedicadas a regular la causa seguida de «excepción a la prórroga». Podrá aducirse que el enclave sistemático no es exacto, pues el poder que al arrendador se atribuye no es un poder de enervar la prórroga y, por tanto, de dar por terminado el arrendamiento, sino un poder de demandar una desocupación que permita el derribo, dejando vivo el arrendamiento, mas, aun siendo esto cierto, parece claro que el campo de aplicación de estas normas queda limitado a los arrendamientos en fase de prórroga legal. Si el arrendamiento se encuentra todavía en el período contractual o en una prórroga del mismo voluntariamente convenida, el arrendador no puede pretender la desocupación ni, consiguientemente, derribar la finca.

Es interesante examinar la situación de los que en sentido amplio podemos denominar «sucesores en el arrendamiento», caso en el cual se encuentran: los adquirentes por sucesión *mortis causa* de una vivienda o de un local de negocio; los cesionarios, mediante traspaso válidamente celebrado de un derecho arrendaticio sobre local de negocio, y los cesionarios *inter vivos* de una vivienda en los casos en que esta cesión se encuentre permitida por la ley (cesión en favor de los parientes, art. 24; cesión consentida o cesión en que haya caducado la acción de impugnación, art. 25, etc.). Los sucesores en el arrendamiento tienen, sin duda, derecho de retorno, aunque la situación jurídica que ocupen, una vez reinstalados, en el nuevo edificio deba ser continuación de la que ostentaban en los antiguos locales, lo cual tiene, como hemos visto, una gran importancia, a efecto de determinar la posibilidad de nuevas transmisiones del arrendamiento.

Cuando los titulares del arrendamiento sean varios; es decir, cuando exista una situación de coarrendamiento, el derecho de retorno debe entenderse atribuído conjuntamente a todos los arrendatarios.

¿Quién es el sujeto pasivo del derecho de retorno? Por lo general no cabe duda que debe ser el propietario del inmueble, puesto, que, como vimos, se trata de una obligación *propter rem*. Cuando el inmueble pertenezca proindiviso a varios condueños, todos los comuneros serán mancomunadamente deudores del retorno. Ahora bien, la LAU, al referirse al sujeto pasivo del derecho de retorno, habla siempre de «arrendador» y no de «propietario», lo cual puede suscitar algún problema cuando las cualidades de arrendador y propietario del inmueble no coincidan en la misma persona. Cabe pensar, por ejemplo, en la hipótesis de un arrendamiento establecido por un usufructuario o de un arrendamiento pactado por el dueño de un único piso, cuando el edificio esté sometido al régimen de propiedad de casas por pisos. En tales casos el derribo podrá acometerse por acuerdo del propietario y del usufructuario o por acuerdo de la Junta de Condueños. Lo que hay que saber es quién es, en tal supuesto, la persona responsable del retorno, la persona contra la cual puede el arrendatario dirigir su pretensión. En la hipótesis de usufructo parece, en principio, que el retorno debe gravar al usufructuario-arrendador, si continúa su derecho de usufructo sobre la nueva edificación. Caso de que el usufructo se extinguiese, la cualidad de arrendador pasa, por regla general, al propietario y con ella el gravamen del retorno. La misma solución parece que debe adoptarse en el caso de arrendamiento por el dueño de un solo piso.

b) El objeto del derecho de retorno es, como ya hemos visto también, una prestación del arrendador. Esta prestación consiste en la conducta necesaria para reinstalar al arrendatario en el edificio reconstruído en condiciones análogas a las que ya tenía

en el edificio derribado. Se trata, decíamos también, de una prestación de dar y de una prestación incompletamente determinada; es decir, determinable con base en unos criterios de determinabilidad previamente establecidos. El criterio de determinabilidad esencial es la analogía entre el local antiguo y el local moderno; analogía no sólo cualitativa, sino también cuantitativa. El arrendatario tiene derecho a ocupar en el nuevo edificio tantos locales independientes cuantos poseyera en el edificio derribado o demolido.

c) La duración del derecho de retorno es, con arreglo a la ley, indeterminada. En el R. H. se señala un plazo perfectamente determinado de cinco años. Pero este plazo no limita la duración del derecho, sino únicamente lo que podemos llamar su «vida registral». El derecho de retorno es, en sí mismo, un derecho de duración indeterminada. Luego veremos las dificultades que esta indeterminación temporal suscita.

IV. Además de analizar la estructura, es necesario intentar un examen, aunque sea somero, de lo que podemos denominar la «dinámica del derecho de retorno», a través, sobre todo, de sus tres principales momentos: su constitución, su transmisión y su extinción.

a) En orden a la constitución del derecho de retorno, la LAU se ha referido únicamente a un derecho de retorno de origen legal. En el R. H., sin embargo, se distinguen claramente dos formas de originación de este derecho, una legal y otra convencional, cuando se habla de tener derecho de retorno, «ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador». Ambos supuestos —constitución legal y constitución convencional— merecen ser analizados detenidamente. Convendrá, sin embargo, efectuar una leve aclaración de orden terminológico. La idea de «constitución» se aplica aquí únicamente respecto del derecho subjetivo del titular y del consiguiente deber jurídico del obligado. Contemplando el fenómeno desde la perspectiva más amplia de la relación jurídica que liga a las partes, no puede sin duda hablarse de un acto o de un supuesto de constitución, sino de un acto o de un supuesto de modificación de la relación jurídica preexistente. El acto modificativo altera el esquema del contenido de la relación jurídica —poderes y deberes de la partes— y produce en ella una vicisitud. El acto de modificación de la relación jurídica es por ello, al mismo tiempo, acto de adquisición o de atribución del derecho de retorno. El retorno puede ser, hemos dicho, legal y convencional. Veámoslo separadamente.

aa) De un «retorno legal» hablamos, sin demasiado rigor, para designar el supuesto de hecho típico de la LAU y para contraponerlo a la hipótesis de creación del derecho de retorno por convenio celebrado entre arrendador y arrendatario. En este sentido parece claro que la denominación «retorno legal» es puramente negativa e indica que el retorno que no es convencional. La

calificación «retorno legal» no es, por esto, demasiado exacta. El derecho de retorno se produce, es cierto, por disposición de la ley, pero la norma no actúa automáticamente, sino que precisa la producción sucesiva de los elementos del supuesto de hecho, entre los cuales existen, sin duda, manifestaciones de voluntad de cada una de las partes. El calificativo de «legal» no excluye de una manera absoluta la intervención de la voluntad de las partes en el nacimiento del derecho de retorno.

La norma, hemos dicho, no actúa automáticamente, sino que precisa la sucesiva producción de los elementos del supuesto de hecho. ¿Cuáles son estos elementos o presupuestos del llamado retorno legal?

1.º En primer lugar se requiere la preexistencia de una relación jurídica de arrendamiento urbano, vigente, sometida a la LAU y en período de prórroga legal.

2.º La decisión del propietario de derribar la finca para reedificarla en las condiciones previstas en el artículo 78 y la autorización administrativa necesaria para que posea eficacia. La decisión de derribar es, en sí misma, un acto jurídico unilateral. Para ser eficaz precisa el complemento de la autorización administrativa y su notificación a los arrendatarios en los plazos y forma señalados por la ley (art. 78, 2.º).

3.º La decisión del arrendatario de reintegrarse en el inmueble reedificado. El artículo 81 distingue según que el inquilino o arrendatario desee o no desee instalarse en el inmueble reedificado (§§ 1 y 4). El arrendatario es entonces titular de una facultad, en virtud de la cual puede optar por la extinción de la relación arrendaticia, obteniendo a cambio una indemnización, o por la continuación de la relación, desalojando los locales con derecho de retorno. Hay aquí un acto unilateral del inquilino de ejercicio de su facultad. Si el inquilino declara expresamente su voluntad, la situación jurídica sucesiva queda claramente configurada. ¿Qué ocurre, en cambio, si el inquilino omite declarar su voluntad? Habrá, en este caso, que interpretar su conducta, según que desocupe el local arrendado o continúe en él. La desocupación del local arrendado debe, a mi juicio, ser interpretada en la duda como voluntad de asumir el derecho de retorno, pues es la decisión de extinguir el arrendamiento la única que debe ser expresa, e incluso documental (cfr. art. 81, 4). La continuación en el local arrendado constituye una oposición a la pretensión del arrendador y da lugar a la acción de lanzamiento. Impuesta judicialmente la desocupación, cabe todavía plantearse el problema de la conservación del derecho de retorno. Puede pensarse que el in ejercicio de la facultad de opción acarrea la decadencia del derecho, pero esta solución carece de una base legal cierta, por lo cual hay que admitir, aun en este caso, el derecho de retorno.

Para el ejercicio de esta opción puede suponer problema la existencia de una pluralidad de arrendatarios. En tal caso, la de-

cisión debe hacerse por mayoría, presumiéndose iguales las partes salvo prueba en contrario.

4.º En relación con la constitución del derecho de retorno, hace la ley especial hincapié en un documento de fijación de condiciones que las partes tienen que suscribir. El carácter y la naturaleza de este documento se presentan sumamente borrosos. Parece, desde luego, claro que es necesario excluir que este documento sea el título constitutivo del derecho de retorno, y que tenga, en manera alguna, carácter de convención. Por lo demás, la ley es sumamente imprecisa al delinear el contenido del documento, que parece destinado a dejar constancia de una serie de datos de puro hecho, como son la extensión superficial, la renta y el número de los locales (art. 81, 1). Hay, pues, fijación de datos de hecho, con objeto de impedir una posterior discusión sobre ellos; pero no existe, en el contenido legal del documento, rastro de disposiciones de tipo negocial. Cabría quizá pensar en un título —ya que no constitutivo, porque el derecho nace *ope legis*— al menos declarativo o de fijación de la situación jurídica establecida entre las partes: declaración o reconocimiento de un derecho de retorno legalmente nacido.

La ley ha considerado la suscripción de este documento como una obligación de las partes, puesto que en el párrafo 2.º del citado artículo 81 se habla del «incumplimiento de esta obligación». Por lo que respecta al arrendador no hay inconveniente en admitir que se trata de una obligación o de un deber jurídico: obligación legal de reconocer la constitución del derecho. Más difícil es pensar en una obligación del arrendatario; para el arrendatario lo que hay aquí es, más que un deber, una carga —carga de constancia— de su derecho. Por esto, la omisión del documento, cuando es imputable al arrendatario ocasiona la pérdida del derecho, y cuando es imputable al arrendador da lugar a una sanción: la limitación de la renta que podrá percibirse en el edificio reconstruído.

La omisión del documento hace, además, necesaria una declaración judicial. La sentencia que recaiga será así el título declarativo del derecho de retorno.

Al hablar de la suscripción de este documento, la LAU ha pensado en la hipótesis de un solo arrendador y un solo arrendatario. La práctica, sin embargo, ha planteado ya el supuesto de que los arrendadores o los arrendatarios sean varias personas. En caso de pluralidad de arrendadores —v. gr. el edificio pertenece a una comunidad de bienes— cabe pensar, en relación con los poderes de gobierno de la comunidad, que la suscripción del documento es un acto de disposición, caso en el cual es necesaria la unanimidad, de administración, bastando la mayoría, de ejercicio de una acción útil, que uno solo puede realizar, o lo que a mi juicio es más exacto, de cumplimiento de una obligación legal. No se ha estudiado el tema de las obligaciones *propter rem*, que tienen

como deudores a una pluralidad de cotitulares. En nuestro caso, parece que debe considerarse como una deuda indivisible y, por tanto, solo realizable procediendo conjuntamente todos los deudores. En la hipótesis de pluralidad de arrendatarios parece, en cambio, que basta la presencia de uno solo para que el derecho de retorno quede reconocido.

bb) De una «constitución convencional del derecho de retorno» no habla la LAU pero no cabe duda de que el pacto de retorno es un pacto posible y perfectamente lícito.

¿En que supuestos es posible el «retorno convencional»? Cabe en los siguientes: 1.º cuando no existe un derecho de retorno de origen legal por no haberse producido los presupuestos necesarios para ello: en especial, cuando el arrendamiento no se encuentra sometido al régimen de la LAU, cuando se halla en período contractual, cuando se trata de arrendamientos para los cuales la ley excluye expresamente el retorno y cuando se acomete el derribo sin acudir al expediente administrativo especial previsto en el artículo 78; 2.º, cuando, existiendo un derecho de retorno de origen legal, las partes prefieren pactar unas condiciones diversas, más o menos completas, puesto que tiene aquí, a mi juicio, pleno campo de acción la autonomía privada; 3.º, cuando, habiendo existido un derecho de retorno de origen legal, éste se ha extinguido.

La naturaleza jurídica del negocio celebrado por las partes constituyendo el derecho de retorno es la de un contrato consensual. Para su eficacia no se exige ninguna forma especial. Unicamente, para hacerlo valer frente a terceros será necesario un documento público (cfr. art. 1.280 C. C.).

Desde el punto de vista de su repercusión en el patrimonio del arrendador parece conveniente decidir si se trata o no de un acto de disposición, lo que puede tener una gran importancia para determinar los poderes de un representante o la concurrencia de interesados en una comunidad de bienes. Los actos relativos a la creación o modificación de derechos arrendaticios sobre bienes propios han recibido tradicionalmente la calificación de actos de administración, pero hoy la similitud de este tipo de actos con los de gravamen hace aconsejable considerarlos como actos de disposición.

b) La «transmisión» es el segundo fenómeno que debe ser estudiado dentro de lo que hemos llamado la dinámica del derecho de retorno. Esta transmisión puede referirse al derecho (transmisión del derecho de retorno) o a la obligación que pesa sobre el arrendador (transmisión de la finca).

aa) La LAU no ha resuelto el problema de la transmisibilidad del derecho de retorno. Para la transmisibilidad del derecho de retorno de origen convencional no existe dificultad alguna, dado que no hay en la ley norma prohibitiva y la regla general (cfr. Civ., 1.112) admite la transmisión de los derechos subjekti-

vos patrimoniales nacidos en virtud de contrato. Mayores problemas plantea el retorno de origen legal. La intransmisibilidad de un derecho de este tipo puede entenderse fundada en una adecuada valoración de las razones, en virtud de las cuales ha sido creado. El derecho de retorno legal se crea para atender a una necesidad muy concreta e individualizada: el interés del inquilino de no quedar sin vivienda o sin local comercial. No parece, por tanto, admisible convertir este derecho, nacido para atender a un interés concreto, en objeto normal del tráfico económico. A lo más que podría, a mi juicio, llegarse es a equiparar la transmisión del derecho de retorno con la transmisión del derecho arrendaticio. Esto quiere decir que por actos inter vivos el derecho de retorno a una vivienda sólo puede transmitirse con consentimiento del arrendador (art. 25), salvo cuando se haga en favor de los parientes señalados en el artículo 24. Una dificultad, que parece puramente literal, supone el hecho de que en este precepto se exige la convivencia habitual y anterior de cedente y cesionario en el local arrendado, lo que en materia de retorno, por hipótesis, no puede producirse. El derecho de retorno a un local de negocio puede transmitirse cumpliendo las prescripciones establecidas para el traspaso: notificación fehaciente al arrendador y derecho de éste a participar en el precio o a redimir el gravamen —mal llamado «retracto del propietario»—. Las reglas de la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio son, *similia similibus*, aplicables.

bb) El cambio de arrendador, durante la pendencia del derecho de retorno, parece previsto en el artículo 94 de la LAU, el cual dice que «el cumplimiento de las obligaciones a que, conforme este capítulo, queda sometido el derecho de negar la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas y locales de negocio por la segunda excepción que se establece, será obligatorio aún en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercitarlos». Este párrafo no es, desde luego, un dechado de perfecciones, desde el punto de vista gramatical o literario, pero su sentido parece claro. El derecho de retorno subsiste, aunque el arrendador transmita a otro el dominio de la finca. El adquirente soporta el derecho de retorno y queda obligado a consumir la prestación del retorno. Si adquirió ignorando esta carga podrá pedir a su transmitente el saneamiento; pero esto no afecta al derecho de retorno, que le obliga, como obligación *propter rem*. Más difícil es decidir si el transmitente, primer obligado, se desliga por completo y queda exento de responsabilidad cuando no ha sido expresamente liberado por su acreedor. Una subsistencia de la responsabilidad del primer obligado puede tener una gran importancia práctica en orden, por ejemplo, a la solvencia para una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

c) La «extinción del derecho de retorno» tampoco ha sido

completamente regulada en la ley y las causas de extinción tienen que ser construídas poniendo en conexión varios preceptos especiales y esporádicos con las normas generales del Derecho civil.

1.º Cabe, en primer lugar, la renuncia del derecho de retorno por su titular, bien se haga gratuitamente o bien por precio, pues se trata, sobre esto no puede existir sombra de duda, de un derecho renunciabile.

2.º Una causa especial de extinción del derecho de retorno se encuentra establecida en el artículo 81, 3, de la LAU. Pierde el derecho de retorno «el inquilino o arrendatario que tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el número 5.º del artículo 62». La norma referida —el artículo 62, 5— permite al arrendador oponerse a la prórroga legal «cuando el inquilino, en un plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, hubiese tenido a su libre disposición, como titular de un derecho real de goce o de disfrute, una vivienda desocupada y apta para la satisfacción de sus necesidades y de características análogas a la arrendada». La coordinación de ambos artículos, 81, 3 y 62, 5, ofrece alguna dificultad. El artículo 62 habla solamente de viviendas, mientras que el artículo 81 se refiere también a locales de negocio, donde la posesión de una pluralidad puede ser necesaria para la empresa que se explote (v. gr.: empresa con varios establecimientos, sucursales, etc.). En el artículo 62 la disposición de otro local debe haberse producido en un plazo de seis meses anteriores a la demanda. Este plazo, ¿juega, tratándose de derecho de retorno? En principio puede pensarse que el derecho de retorno se pierde si en el momento de desalojar el local, todo lo más, en el momento de la notificación de derribo, el arrendatario dispone de otro local. Puede también pensarse que el derecho de retorno se pierde si, durante las obras de reconstrucción se dispone de otro local. Pero en ninguno de estos casos funciona el plazo de seis meses del artículo 62. La referencia del artículo 81 —«en el modo previsto en el número 5.º del artículo 62»— debe entenderse limitada al último inciso de este último precepto, donde se establecen el título: «como titular de un derecho real de goce o disfrute» (por tanto no otro arrendamiento; pero sí, en cambio, la propiedad); y el tipo general: «desocupada, apta para la satisfacción de las necesidades y de características análogas a la arrendada».

3.º Como causa de extinción del derecho de retorno puede citarse también la caducidad por retraso en la reocupación del local (art. 82, 2) y, en general, por falta de ejercicio.

4.º Finalmente, causa de extinción es también el cumplimiento o conversión del retorno en un nuevo arrendamiento.

V. Nos resta, para completar el cuadro sustantivo, del derecho de retorno, examinar someramente su «contenido». Hemos

visto con anterioridad, cómo el derecho de retorno es un derecho dirigido a obtener del arrendador una conducta dirigida a reinstalar al arrendatario en el edificio reconstruido. Debemos ahora analizar las diversas facultades contenidas en este derecho así como las medidas conducentes a lograr su efectividad. Estas medidas pueden ser estudiadas en tres momentos o fases, según que: *a*), el edificio haya sido ya desalojado, pero no demolido; *b*), haya sido demolido, pero no reedificado, o *c*), haya sido ya reconstruido.

a) La primera fase es la comprendida entre la desocupación y el derribo. Las obras de demolición, dice la ley, deben comen-zarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del desalojo total. Transcurrido este plazo, sin que hayan dado comienzo las obras de demolición, los arrendatarios pueden reocupar los mismos locales que tenían sin obligación de pago de las mensualidades transcurridas y con derecho a una indemnización del mismo importe. La acción para obtener la indemnización caduca a los seis meses (cfr. art. 80 LAU). Este artículo no preve, sin embargo, la hipótesis de que, al ejercitar el arrendatario su derecho de reocupación, el local se encuentre ocupado por otra persona. Parece, que, en tal caso, debe prosperar una solución análoga a la establecida en el artículo 88, donde se permite el lanzamiento del nuevo ocupante. En definitiva, se trata de una facultad del arrendatario de recuperar la posesión de la cosa arrendada, en un arrendamiento todavía vigente y en virtud de un derecho de carácter preferente al que pueda ostentar el tercer ocupante. Se podría incluso pensar en la posibilidad de aplicación de los interdictos. Si el arrendador no lo consiente, la facultad de recuperación tendrá que ser ejercitada judicialmente. Surge entonces el problema de las medidas que el arrendatario puede adoptar para impedir una demolición retrasada. También aquí puede pensarse en una aplicación de la idea de los interdictos o en un procedimiento análogo. Sin embargo, parece contrario a la buena fe que el arrendatario se oponga a la demolición retrasada, cuando el retardo es fortuito y carece de una razonable trascendencia.

b) La segunda fase comprende desde la demolición del edificio hasta su reedificación y es la fase que mayores dificultades plantea.

Ante todo surge aquí el problema de si el arrendador está obligado a reconstruir el edificio y, sobre todo, si el cumplimiento de esta obligación puede ser exigido por el arrendatario. El arrendador ha contraído un «compromiso de que las obras de reedificación se realizarán» en un determinado plazo y de una determinada manera. Este compromiso es contenido en una declaración unilateral de voluntad que es «comunicada» a la Administración. Lo que hay que preguntarse entonces, es si en la relación jurídica que liga al titular del derecho de retorno con el

propietario del edificio puede hablarse de una facultad de exigir la reedificación y de una estricta obligación de construir, o si esta obligación sólo existe en la relación de derecho público que liga al propietario con la Administración. El contenido de la relación jurídica que liga a arrendador y arrendatario está formado por el derecho de retorno y el deber de proporcionar el retorno. El objeto de este derecho y de este deber es lo que hemos llamado la prestación de retorno que en sí misma considerada es una prestación de dar, puesto que se dirige a la entrega de la posesión y del uso de unos locales. Los titulares de un derecho de retorno no tienen derecho al edificio, sino derecho a unos locales sitos en el edificio. Lo que ocurre, esto es claro, es que la prestación de retorno sólo puede ser cumplida realizando previamente la reconstrucción del edificio. El problema que entonces se plantea es éste: si la deuda comprende sólo la prestación estrictamente establecida en el título constitutivo de la obligación o se extiende también a todas aquellas actividades que son necesarias para proporcionar al acreedor la prestación debida. El problema, que pertenece a la teoría general de las obligaciones, es importante, porque si estas actividades previas (por ejemplo, cultivar el fundo, cuando se ha vendido la cosecha futura) forman parte de la prestación, el acreedor podrá exigir, incluso coactivamente, su específica realización; en cambio, si quedan fuera de la prestación, el acreedor lo único que podrá hacer es considerar incumplida la deuda y poner en marcha las consecuencias que el ordenamiento jurídico asigne al incumplimiento. A mi juicio, cuando estas actividades previas tienen una consistencia económica superior a la prestación, sólo pueden ser directamente exigidas si se constituyen en prestación autónoma e independiente, cosa que no ocurre en nuestro caso respecto a la reedificación. Esto quiere decir que los titulares de derechos de retorno no pueden exigir la reedificación, ni pueden pretender que el propietario sea condenado a reconstruir o que sea decretado que se reconstruya a su costa. Podrán, acaso, en la órbita administrativa, utilizar medidas indirectas: solicitar que la Administración sancione al propietario, que la finca sea incluida en el Registro público de solares y se ordene su venta forzosa, etcétera, pero no pueden exigir directamente la reedificación.

La omisión de la reedificación puede, sin embargo, ser considerada como incumplimiento del deber de prestación del retorno y como violación del correspondiente derecho del arrendatario. Ahora bien, para hablar de «incumplimiento», sería menester, en rigor, que la falta de reedificación fuera definitiva. La hipótesis normal será, en cambio, de retraso en la reedificación. Las consecuencias del retraso son, con arreglo a la LAU, muy difíciles de señalar. El retraso en reedificar origina inmediatamente un retraso en el cumplimiento de la prestación de retorno. Esta prestación carece de un plazo determinado de cumplimiento, aunque puede aplicársele el plazo administrativo de ejecución de la obra

(cfr. art. 78, 1.º LAU) o un plazo razonable al arbitrio del Juez (cfr. art. 1.128 C. C.). Transcurridos los plazos caben dos posibilidades: 1.ª La constitución en mora del arrendador y, consiguientemente, el nacimiento de una acción de resarcimiento en favor del arrendatario, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar todavía el cumplimiento. 2.ª La existencia de un incumplimiento definitivo, si con el transcurso del tiempo la prestación pierde por completo interés para el arrendatario, también en este caso con acción de resarcimiento. Pensemos en el caso de un comerciante para quien un retraso excesivo en la reapertura de su establecimiento, además de un importante *lucrum cessans*, supone la necesidad de buscar un establecimiento distinto.

En ambos casos se trata de proteger el interés de una serie de personas que, fundadas en una confianza justificada, han aceptado una situación transitoria (p. ej., una instalación provisional) con la esperanza de mantenerla únicamente durante un lapso de tiempo breve o, en todo caso, prudencial. En ambos casos habrá que valorar también el carácter fortuito, negligente o voluntario del incumplimiento (p. ej., puede existir negligencia en el hecho de acometer un proyecto de reedificación sin una previsión razonable del plan de financiación).

c) La tercera fase del derecho de retorno se presenta cuando el edificio ha sido ya reconstruido. Reconstruido el edificio, es necesario concretar la prestación que, como vimos, aún no estaba perfectamente determinada y cumplirla. El modo preferente de esta determinación es la asignación del arrendador. En defecto de ella funciona la elección del arrendatario.

aa) El acto de asignación por el arrendador es, a mi juicio, un acto de arbitrio del deudor en la determinación de la prestación de naturaleza semejante a la elección en la obligación alternativa o a la especificación en la obligación genérica. Cuando los arrendadores fueran varios será necesario el acuerdo de la mayoría de ellos. El representante del arrendador deberá poseer, por lo menos, un poder general de administración. La asignación es un acto unilateral del arrendador. Para ser eficaz tiene que ser notificada notarialmente al arrendatario, en el domicilio designado al efecto y con el contenido señalado por la ley (cfr. art. 82, 1, LAU).

Lo que la ley no prevé, y sin embargo es una circunstancia importante, es el tiempo en el cual la asignación debe realizarse. Y es importante porque la omisión de la asignación por el arrendador pone en marcha la elección de local por el arrendatario. La falta de determinación de un plazo para la asignación suscita el problema de cuándo debe entenderse omitida dicha asignación, de tal manera que puede ya funcionar la elección del arrendatario, y cuándo debe considerarse simplemente demorada y puede, por tanto todavía realizarla. Se trata de un problema que no puede resolverse *a priori* y que hay que dejar a lo que exija la buena fe con arreglo a las circunstancias de cada caso.

La asignación debe ser conforme con los criterios de determinabilidad establecidos en la ley. Estos criterios de determinabilidad son los siguientes: 1.ª La extensión superficial: el local asignado debe contar con una superficie que no sea inferior a las tres cuartas partes de la superficie del antiguo local. 2.ª La identidad de instalaciones y servicios. Como «servicios» parece que deben entenderse elementos exteriores al local y comunes a todo el inmueble (ascensores, montacargas, etc.) y como «instalaciones» los elementos interiores y exclusivos (cuartos de aseo, cocinas, etc.). La identidad de instalaciones no puede aplicarse, en cambio, a los elementos de carácter accidental (número de habitaciones, balcones, terrazas, etc.). 3.ª La analogía de altura. El local asignado debe estar situado en la misma planta en que estuviera el antiguo local (cfr. el art. 83, en relación con el art. 85, 1, donde se habla de «planta distinta»). 4.ª La analogía de posición, que se refiere a la situación, exterior o interior, del local asignado.

Por su conformidad con los criterios de determinabilidad, la asignación puede ser adecuada o inadecuada. Si la asignación es adecuada, la prestación queda completamente determinada y la obligación cumplida con la puesta a disposición del local asignado. El arrendatario tiene entonces la carga de una pronta aceptación del cumplimiento y de una inmediata ocupación del local. Si no lo hace en un plazo de treinta días, contados a partir del momento de la notificación, su derecho queda extinguido. Es interesante reflexionar sobre la naturaleza jurídica de este hecho extintivo del derecho de retorno producido por su inejercicio durante un lapso de tiempo de carácter perentorio. Ante todo cabe preguntarse si la extinción del derecho de retorno es automática, o si lo único que se produce es una excepción a favor del arrendador tendente a impedir un ejercicio posterior. También cabe preguntarse si puede ser sometido este plazo perentorio a temperamentos en virtud del principio de buena fe (v. gr., imposibilidad justificada del arrendatario o notificación hecha de mala fe por el arrendador en un momento inoportuno para el arrendatario). A mi juicio lo que aquí se produce es una caducidad o una decadencia del derecho por incumplimiento de una carga impuesta como condición del mismo, pero debe llegarse a la conclusión de que la excepción de caducidad o de decadencia, formulada por el arrendador, debe ser inadmisibles cuando se haga de mala fe.

Si la asignación es inadecuada, la prestación se concreta en algo diferente de lo debido; hay una diversidad entre prestación debida y prestación realizada y se produce, por tanto, un cumplimiento defectuoso de la obligación. Ahora bien, ¿qué consecuencias produce este defectuoso cumplimiento de la obligación? La LAU es muy poco clara en este punto. Cabe que el arrendatario acreedor del retorno acepte la prestación defectuosa, se aquiete con ella y dé por cumplida la obligación. Cabe también que el arrendatario acepte la prestación defectuosa y ponga en marcha

la sanción específica de reducción de rentas establecida en el artículo 85. Esta es, en rigor, la única solución prevista por la LAU. ¿Debe ser realmente la única? ¿Es posible llegar a la conclusión de que el cumplimiento defectuoso del arrendador no produce otra consecuencia que la facultad del arrendatario de reclamar una reducción de renta? Obsérvese que si esto se admite se llega a una conclusión contraria a los principios generales de nuestro sistema, porque se priva al arrendador de la facultad de rehusar la prestación defectuosa que le asiste siempre (cfr. artículo 1.167 C. C.), teniendo en cuenta, sobre todo, que la prestación ha de ser idónea para satisfacer el interés del acreedor.

Por ello, en la asignación inadecuada podrían distinguirse dos casos diversos: 1.º Cuando, a pesar de su inadecuación, la prestación es útil objetivamente, de tal manera que llena su destino y satisface el interés del acreedor; por ejemplo, una leve disparidad de altura (planta cuarta o quinta, etc.), una leve reducción de la extensión, etc.; en este caso, el rehusar constituiría un acto de ejercicio abusivo de una facultad; el arrendatario podrá únicamente reclamar la reducción de renta. 2.º Cuando la prestación es completamente inidónea para llenar su destino y satisfacer el interés del acreedor, es legítimo el ejercicio de la facultad de rehusar la prestación y de considerar al deudor dentro de un incumplimiento definitivo, siendo las consecuencias de este incumplimiento las mismas que en el caso de falta de asignación.

Un caso especial de aplicación de este orden de ideas se encuentra contenido en el artículo 86. El arrendatario de un local de negocio sito en la planta baja y al exterior tiene derecho a ocupar un local de iguales características cuando demuestre un perjuicio para su negocio por ocupar un local de situación distinta.

bb) Cuando el arrendador incumple definitivamente su obligación y no realiza la prestación debida, la ley atribuye al arrendatario una facultad de optar entre recibir una indemnización pecuniaria u ocupar el local que él mismo elija.

La indemnización es tasada y su importe son cinco anualidades de renta. Este carácter de indemnización tasada rompe la proporción entre indemnización y daño. No se exige la prueba del daño ni la de su cuantía. La indemnización no varía aunque supere al daño efectivo o sea inferior a él. Ni el arrendatario puede pretender una indemnización mayor, probando un daño más elevado, ni el arrendador oponer que el daño no ha existido o que ha sido inferior. De aquí que más que de indemnización deba hablarse de conversión de la prestación de retorno en una pretensión pecuniaria legalmente equivalente.

La elección de local por el arrendatario parece, en una interpretación literal de la Ley, enteramente libre, de manera que el arrendatario puede elegir a su arbitrio (*arbitrium merum*) cualquiera de los locales con que el edificio cuenta. Sin embargo, esta

interpretación no me parece admisible. El arrendatario debe ajustar su elección a los criterios legales de determinabilidad, antes enunciados. Por esta misma razón, parece inadmisibile un acto de abuso manifiesto en la facultad de elegir (v. gr., pisos ocupados habiendo otros libres; pisos notoriamente diversos existiendo otros análogos). Una elección inadecuada del arrendatario puede ser modificada por los Tribunales, conforme a *arbitrium boni viri*.

La elección produce una acción directa del arrendatario dirigida a obtener su instalación en el local elegido. Si éste se encuentra ocupado por otra persona, aunque el ocupante sea un tercero de buena fe, el titular del derecho de retorno puede pretender el lanzamiento. Cual sea la naturaleza de esta acción de lanzamiento es también cosa muy difícil de determinar. Se trata, es claro, de una acción establecida para proteger la preferencia o prioridad, que la ley concede al derecho de retorno sobre los demás derechos de ocupación. La afirmación de esta prelación produce la desposesión del tercer ocupante y una indudable repercusión en el vínculo existente entre éste y el arrendador que tendrá, en cada caso, sus especiales consecuencias (índemnizatorias, rescisorias, etc.).

La ley no ha limitado esta desposesión y, por ello, el lanzamiento se produce, en principio, cualquiera que sea el derecho del ocupante. Este problema merece, sin embargo, alguna atención. La finalidad atribuida a la acción de lanzamiento —afirmación de la prioridad del derecho de retorno— parece que excluye su viabilidad cuando el ocupante sea titular de otro derecho de retorno. No hay aquí caso de prioridad, sino de colisión de derechos iguales, en que vence la posesión anterior. En cambio, no hay obstáculo insalvable para la acción de lanzamiento cuando el ocupante es dueño del local (p. ej., por haberlo comprado) o titular de un derecho real de uso y, menos aún, cuando sea arrendatario o subarrendatario en virtud de nuevos contratos.

VI. Analizado así, a grandes trazos, el régimen jurídico del derecho de retorno, vamos a tratar de analizar ahora los problemas que plantea su acceso al Registro de la Propiedad.

a) Parece, a primera vista, que las normas hipotecarias, al imponer una determinada publicidad registral al derecho de retorno, para su efectividad frente a terceros adquirentes, han tratado de proteger, de acuerdo con los principios generales del sistema registral, el interés de estos terceros, que es, en definitiva, el interés del tráfico jurídico: suprimir los gravámenes ocultos; que el que compra de buena fe adquiera la situación jurídica que el Registro publica. Pero al protegerse el interés de los terceros adquirentes se ha barrenado y se ha mermado la eficacia del derecho de retorno. En la LAU el titular de un derecho de retorno puede pretender la efectividad de su derecho contra un tercero adquirente, sin limitación (cfr. art. 94). Ahora esta efectividad sólo es posible si el arrendatario ha cumplido la carga de dar a su

derecho una determinada publicidad registral. No cabe duda que el artículo 15 del R. H. modifica el artículo 94 de la LAU. Se plantea, con ello, un problema de jerarquía de fuentes, pues las normas de una Ley son modificadas por las normas de un Decreto.

Prescindiendo de este grave problema, que aquí sólo puede quedar planteado, preguntémosnos cuáles son los presupuestos, cuál el contenido y cuáles los efectos de esta constancia registral del derecho de retorno.

b) ¿Cuáles son los presupuestos del asiento que da al derecho de retorno acceso al Registro de la Propiedad?

aa) En primer lugar es necesario el requisito de la previa inscripción del dominio de la finca en favor de la persona obligada por el retorno. Esto plantea, a su vez, dos problemas distintos para la efectividad registral del retorno cuando la finca no está inmatriculada y cuando está interrumpido el trato sucesivo.

Si la finca no se encuentra inmatriculada, parece que el titular del derecho de retorno tendrá que seguir la vía procesal que señale la legislación hipotecaria para la «inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas» (arts. 7, L. H. : 312 y 376, R. H.). Para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido puede utilizarse el mismo procedimiento y cabe pensar también en la posibilidad de utilizar el acta de notoriedad, para la cual la ley legitima simplemente a la «persona que demuestre interés» (arts. 203 L. H. ; 289, R. H.).

bb) El segundo requisito necesario para provocar el acceso del derecho de retorno al Registro de la Propiedad es la solicitud dirigida al Registrador. «Bastará solicitud del interesado», dice el artículo 15 del R. H. Esta solicitud se rige por las normas generales establecidas en la ley para la solicitud de inscripción (arts. 6 L. H. ; 39 R. H.).

cc) Se exige, por último, la presentación de un título inscribible. El artículo 15 exige la presentación del «contrato de inquilinato y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno». Esta expresión legal, sumamente vaga, puede originar y de hecho origina algunas dificultades de interpretación. Ante todo, se exige la ineludible presentación del «contrato de inquilinato», porque la existencia y la vigencia del arrendamiento son el fundamento mismo del derecho de retorno. Ahora bien, el «contrato de inquilinato» es normalmente, un documento privado y carece, por tanto, de carácter fehaciente; presentado únicamente por el interesado solicitante de la inscripción, que es el arrendatario, queda siempre un margen de duda sobre la autenticidad, que habrá de ser, de algún modo, suplida por el título «del que resulte el derecho de retorno». Este título puede ser, según el Reglamento, convencional, judicial o administrativo.

El R. H. se refiere, en primer lugar, al «título convencio-

nal». ¿Qué debe entenderse por título convencional? No cabe duda que bajo esta denominación se engloba el negocio jurídico celebrado por el arrendador y el arrendatario, dando nacimiento a un derecho de retorno de origen convencional, siempre que este negocio jurídico conste en un documento público (artículo 3 L. H.). Pero, ¿y el derecho de retorno de origen legal? ¿Es necesario, para obtener el acceso al Registro, presentar un título convencional? Posible es, desde luego, aunque quepa siempre hacer cuestión acerca de si un título en el que se reconoce una situación legalmente creada, es en rigor un título «convencional». ¿Es el único medio para el acceso al Registro del derecho de retorno? Probablemente no. Cabe pensar que puede utilizarse con este fin el documento a que se refiere el artículo 81 de la LAU, pese a todos los reparos que antes le pusimos, siempre que sea documento público y cabe pensar también en la posible utilización por el arrendatario del acta notarial levantada a instancia del arrendador, creada en la práctica a tenor del artículo 104 de la LAU de 1946.

Por «título judicial» hay que entender la sentencia recaída en el pleito seguido por el arrendatario con el arrendador para el reconocimiento del derecho de retorno.

Mayores dificultades suscita dilucidar lo que debe entenderse por «título administrativo». En rigor, la ley se refiere a un acto administrativo que posea eficacia constitutiva o declarativa del derecho de retorno. Un acto de esta naturaleza es muy difícil hallarlo en nuestro actual sistema. No posee este carácter la autorización gubernativa para derribar ni los acuerdos municipales en que un derribo sea decretado. Estos actos pueden ser un presupuesto del derecho de retorno, pero de ninguna manera poseen eficacia declarativa, pues la declaración administrativa de que existe un derecho de retorno no tiene fuerza vinculante para las partes.

c) ¿Cuáles son los asientos a través de los cuales se realiza el ingreso en el Registro del derecho de retorno? El R. H. se ha referido únicamente a la constancia registral del nacimiento o de la existencia del derecho de retorno, que se hace por «nota al margen» de la inscripción de dominio de la finca. El primer asiento y el fundamental es, pues, una nota marginal, que pertenece al grupo de las que la doctrina hipotecaria denomina notas marginales supletorias o sucedáneas. Parece, sin embargo, que no es este el único asiento que el derecho de retorno está llamado a causar en el Registro. De la conexión del artículo 15, reformado, con el resto de nuestro sistema hipotecario parece deducirse la posibilidad de practicar en el Registro de la Propiedad, en relación con el derecho de retorno, otros asientos registrales.

Ante todo, cabe pensar en una anotación o nota marginal preventiva de demanda, conforme al artículo 42, 1.º, L. H., cuan-

do el arrendatario demanda frente al arrendador la declaración judicial del derecho de retorno. El artículo 42, 1.º, L. H. se refiere exclusivamente a «derechos reales», pero no hay inconveniente para interpretarlo de una manera extensiva como referido a «situaciones jurídicas con acceso al Registro.» De la misma manera cabe una anotación o nota marginal preventiva por defectos subsanables (arts. 49, 9.º, y 65 L. H.), pues aunque la ley se refiere aquí a títulos sujetos a «inscripción» también su interpretación debe ser extensiva.

La constancia registral de la transmisión del derecho de retorno en los supuesto en que, según hemos visto, es admisible, puede operarse también mediante la oportuna nota marginal, siempre que se presente en el Registro un documento público que acredite la transmisión.

Finalmente, se produce en el Registro la cancelación de los asientos señalados anteriormente. La cancelación puede producirse por el transcurso del plazo de vida registral de la nota. «Transcurridos cinco años desde su fecha —dice el art. 15 R. H.— las expresadas notas se cancelarán por caducidad». Esta caducidad es automática y la cancelación puede ser decretada de oficio por el Registrador. No es admisible la prórroga de dicho plazo ni la práctica una nueva nota que sustituya a la caducada. Ambas posibilidades carecen de base en la norma que claramente ha querido limitar la vida registral del derecho de retorno. Fuera de este caso de caducidad automática del asiento, la cancelación ha de producirse en virtud de documento auténtico en que conste el consentimiento del titular del derecho de retorno o en virtud de un mandamiento judicial (art. 82 L. H.).

d) Veamos, finalmente, cuál es la eficacia registral del asiento en virtud del cual penetra en el Registro el derecho de retorno. A mi juicio, el hecho de que este asiento sea una nota marginal indica que no se le ha querido conceder una eficacia registral plena como es la eficacia de inscripciones, sino una eficacia registral limitada. Si la eficacia registral plena comprende, en general: *a)* la publicidad en su aspecto negativo o inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 L. H.); *b)* la publicidad de su aspecto positivo o consumación de la adquisición a *non dominus* (artículo 34 L. H.); *c)* la legitimación del titular registral (art. 38 L. H.), y *d)* la prioridad del derecho inscrito (art. 17 L. H.), parece, en principio, que la nota marginal de derecho de retorno sólo produce el primero de los mencionados efectos. El concesionario de un derecho de retorno a *non dominus* no puede invocar la protección del artículo 34. Tampoco puede ampararse en la presunción de exactitud del artículo 38 ni pretender la prioridad de su derecho por una razón registral. Hay, simplemente, un efecto negativo de publicidad que se encuentra expresado en el propio artículo 15 del R. H., «sin esa publicidad no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho». Es decir:

1.º Si el titular de un derecho de retorno inscrito demanda su efectividad frente a un tercer adquirente de la finca, este no puede impedir ni enervar la acción del titular.

2.º Si el titular de un derecho de retorno no inscrito demanda la efectividad de su derecho frente a un tercer adquirente de la finca, éste puede oponerse con éxito a la acción del titular.

Con todo ello se puede llegar a la conclusión de que la nota marginal del artículo 15 del R. H. opera de una manera semejante a las anotaciones preventivas enervando la posible eficacia de la fe pública del Registro y, consiguientemente, la adquisición de buena fe de la finca sin la carga que de esta manera se publica.

El cumplimiento del legado de cosa ajena

BERNARDO MORENO QUESADA

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Generalidades sobre el cumplimiento de los legados*.—II. *El legado de cosa ajena. Su cumplimiento*.—III. *La obligación del heredero en el legado de cosa ajena*. A) Naturaleza de esta obligación.—B) Cumplimiento normal de la misma. 1. Adquisición de la cosa del tercero.—2. Su entrega al legatario.—C) Cumplimiento subsidiario. 1. Supuestos en que puede realizarse: a) Imposibilidad de adquirir la cosa.—b) Perecimiento de la misma. Problemas que plantea.—2. La estimación del valor de la cosa legada.—IV. *El saneamiento por evicción en el legado de cosa ajena*. A) Planteamiento de la cuestión. B) Posiciones adoptadas. Apreciación crítica.—C) Solución que se propugna. V. *Garantía registral del pago del legado de cosa ajena*. A) La garantía del pago de los legados.—B) La anotación preventiva del legado de cosa ajena.

I. GENERALIDADES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS LEGADOS

En el Derecho romano clásico, la distinción fundamental entre legado *per vindicationem* y legado *per damnationem* tenía una trascendencia práctica considerable en el momento de su adquisición, pues diferentes eran las posiciones en que uno u otro colocaban a los beneficiados con ellos; efectivamente, mientras el legado *per vindicationem* (y también el *per praeceptionem*) tenía eficacia para transmitir directamente la cosa legada a la propiedad del legatario, el legado *per damnationem* (y con él el *sinendi modo*) no producía esa transferencia de propiedad, sino que daba lugar a una obligación *ex contractu* a favor del legatario y contra el heredero. Con referencia a la situación de los beneficiados con las mandas, este distinto trato se traducía en que mientras en el primer supuesto el legatario al adquirir el legado adquiría sin más la propiedad de la cosa legada, en el otro caso sólo hacía nacer para él un derecho de crédito contra el gravado por aquella disposición testamentaria (1).

Ahora bien, este sistema, que a primera vista parece beneficiar grandemente a los legatarios en razón a la eficacia traslativa inmediata que confiere a los legados *per vindicationem*, al tener su base en un sistema rigurosamente formalista que supe- dita la validez del legado a la circunstancia —no siempre fácil de ser determinada— de que el testador fuera propietario *ex iure*

(1) GAYO, *Instituta*, II. § § 192 y ss.

quiritium de la cosa que pretendía transmitir, bien pronto resultó incómodo y desfavorable para los legatarios por los frecuentes casos de ineficacia que producía el empleo de fórmula no apropiada; para evitar estos inconvenientes es por lo que el Senado-consulta Neroniano decidió que los legados *per vindicationem* formulados *minus aptis verbis* valdrían al menos como legados *per damnationem*, tratándose de evitar por este procedimiento —que constituyó un comienzo de reacción contra el formulismo— los perjuicios que se acarreaban al legatario cuando el testador legaba *per vindicationem* una cosa que creía suya y no lo era (2).

En esta misma línea, y como complemento a la medida a la que se acaba de hacer referencia, una Constitución de Justiniano estableció la regla de que todo legado, con independencia de la forma en que fuera establecido, produjera para el legatario un derecho de crédito contra el gravado con la entrega de la cosa legada.

Además, habiendo desaparecido en el Derecho moderno aquella distinción romana sobre los dos momentos —*dies cedit* y *dies venit* (3)— que se podían apreciar en la adquisición del legado, razón por la que delación y adquisición del mismo se confunden, se produce esta última como consecuencia inmediata del fallecimiento del causante. Así lo preceptúan para el Derecho español los artículos 657 y 881 del Código civil (4), aunque hay que dejar a salvo el supuesto previsto en el artículo 759.

Por lo que se refiere al pago de los legados, es de tener en cuenta que de los mismos nace un derecho de crédito a favor del legatario y a cargo del heredero gravado con ellos (5), salvo el supuesto, entiende Díaz Cruz (6), de que toda la herencia haya sido distribuída en legados —según lo previsto en el art. 891 del Código civil—, en cuyo caso el legatario adquiere un verdadero y efectivo derecho real de dominio sobre la cosa legada por no existir herederos o albaceas a quienes reclamar el legado, criterio sustentado, además, por la Dirección General de los Registros y del Notariado (7).

II. EL LEGADO DE COSA AJENA. SU CUMPLIMIENTO

Conviene delimitar suficientemente el supuesto a que se va a hacer referencia en este estudio, supuesto que no es otro que el de legado de cosa ajena; ahora bien, debe tenerse en cuenta

(2) GÉRARDIN, "Les legs de la chose d'autrui", en la Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger. XI, 1887, pág. 717.

(3) WANDSCHEID, "Pandette" trad. ital. de FADDA y BENS. Vol. III, Torino 1925 § § 742 y otros, pág. 53 y ss.

(4) Cfr. La Sentencia del T. S. de 26 junio 1929.

(5) Cfr., los artículos 858, 859 y 885.

(6) "Los legados", Madrid, 1951, pág. 586.

(7) Resolución de 30 diciembre 1916.

que se trata del legado de cosa ajena en sentido propio, es decir, del legado de cosa que no perteneciendo a la herencia es precisamente de propiedad de un tercero ajeno a ella; esto es, no pertenece tampoco al dominio del heredero o legatario gravado con el mismo. Por consiguiente, sólo me voy a ocupar del cumplimiento del legado de cosa ajena que regula el artículo 861 del Código civil, con exclusión de los demás supuestos de legados de cosas que no son propias del testador.

Y es que, efectivamente, no todo legado de cosa que no pertenece a la herencia es un legado de cosa ajena en sentido estricto; más amplia que ésta es la categoría de los que se han llamado legados de cosas no existentes en el patrimonio del testador, dentro de la cual, y además del propio legado de cosa ajena, pueden incluirse otras figuras distintas, como son:

1.º El legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario (supuesto éste expresamente previsto y autorizado en el párrafo 1.º del art. 858 del Código civil), cuya validez se supedita a que con ello no se perjudique la legítima de los herederos forzosos (puesto que de acuerdo con el art. 813, párrafo 2.º, no puede imponerse sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie), y que obliga al heredero o legatario gravado con él a hacer entrega de la cosa legada o de su justa estimación al aceptar la sucesión (art. 863 C. c.).

2.º El legado de cosa mueble genérica cuando no haya de las mismas en la herencia, circunstancia que no obsta a su validez, según dispone el artículo 875 en su párrafo 1.º

Además de éstos, sostiene Scuto (8) que pueden incluirse igualmente en esta categoría del legado de cosas no existentes en el patrimonio del testador:

3.º El legado de una cosa futura.

4.º El legado consistente en una actividad del heredero o, en general, del gravado con él, cuando se ha legado el producto de la actividad de aquél, por ejemplo, la ejecución de un trabajo, la prestación de un servicio.

5.º El legado que tenga directamente por objeto la conclusión de un determinado contrato entre gravado y legatario, o el cumplimiento de un acto jurídico por parte de uno en favor del otro.

Más amplia también es la categoría alemana del legado de suministro («Verschaffungsvermächtniss») que se regula en el § 2.170 del B. G. B. Supone esta figura la existencia de un legado cuyo objeto no pertenece al patrimonio del testador, conociendo éste, al otorgar el testamento, esa circunstancia. Su denominación hace referencia a la carga que se impone al obligado a cumplirlo, que es precisamente procurar al legatario la

(8) "Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con speciale riguardo al legato di cosa altrui", en Rivista di Diritto Civile, VIII, 1916, página 18.

cosa legada (9). Ahora bien, esta expresión si bien es, desde cierto punto de vista, menos comprensiva que la utilizada por la doctrina italiana de legado de cosas no existentes en el patrimonio del testador, que comprende también el legado de cosas producidas «senz'altro» por las mismas cosas hereditarias, tiene la ventaja, reconocida (10), de poner de relieve el hecho de que el obligado a cumplir la manda debe proporcionar la cosa legada, adquiriéndola o produciéndola, circunstancia fundamental en esta categoría y que sirve para tipificarla por someter a los obligados a una más grave que en los casos ordinarios, en los que se trata de entregar cosas ya existentes en el patrimonio hereditario.

Aquí, pues, sólo vamos a estudiar el cumplimiento del legado de cosa ajena, entendiendo por tal el que tiene por objeto una cosa que, en el momento de abrirse la sucesión, pertenece a una persona extraña a la herencia: esto es, que no sea propia del testador o del heredero o legatario gravados.

Y estimo que el momento oportuno para calificar de ajena la cosa legada es el de la apertura de la sucesión, porque el supuesto del artículo 862, que declara nulo el legado si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, y sin embargo lo tiene por válido si la adquiere después de otorgado el testamento, sólo tiene explicación considerándolo de este modo: así la validez a que se refiere el párrafo 2.º de este artículo se establece no por convalidación de la nulidad decretada en el párrafo anterior —lo que estaría en contradicción manifieta con el carácter de nulidad radical que se le atribuye—, sino porque ha dejado de ser un legado de cosa ajena, puesto que ya le pertenece, y constando por el testamento la intención de legar la cosa y recayendo la disposición sobre cosa apta para ser objeto de legado (forma parte del patrimonio del causante en el momento de abrirse la sucesión) estaremos ante un supuesto normal de legado de cosa propia del testador.

En este mismo sentido puede argumentarse que se trata de un legado de cosa propia el del párrafo 2.º del artículo 862:

1.º Porque ha de presumirse la subsistencia de su voluntad de legar aquella cosa cuando al adquirirla no modifica el tenor de su disposición testamentaria; y no sólo ha de estimarse que subsiste su voluntad en aquel sentido, sino que puede considerarse reforzada o robustecida esa intención, pues aun sin presumir que realice la adquisición con objeto de que pueda satisfacerse el legado que hiciera (presunción que, por otra parte, no resultaría arriesgada), el hecho cierto es que mantiene la disposi-

(9) Cfr. las particularidades de su régimen legal en Binder, "Derecho de sucesiones", trad. esp. Barcelona, 1953, págs. 327 y ss.

(10) Vid. Scuto, "Il legato..." cit. pág. 18.

ción sobre una cosa cuya pertenencia le consta y de la cual había dispuesto con anterioridad.

2.º Porque si se tratara de una simple excepción de validez respecto del párrafo 1.º del mismo artículo 862, este segundo habría incluido también el supuesto de conocimiento de no ser propia la cosa legada, junto con el de su adquisición posterior, porque en ambos casos habría que estimar desaparecida la causa de invalidez —ignorancia de que pertenecía a otro— y nada se opondría a que en este supuesto de posterior conocimiento se estimara como un caso de legado de cosa ajena plenamente eficaz.

En resumen: que lo determinante de este párrafo 2.º del artículo 862 no es la desaparición de la causa de invalidez —la ignorancia de que pertenece a un tercero— sino el cambio de situación que se produce cuando el testador adquiere la cosa, que transforma este caso en un supuesto normal de legado de cosa propia del testador, aunque no lo fuera en el momento de legarla (11), pues, como se trata de demostrar, el instante adecuado para calificar de propia o ajena la cosa legada es el de la apertura de la sucesión.

Además, es otro requisito de esta figura de legado cuyo cumplimiento vamos a estudiar, el que su objeto sea una cosa cierta y determinada; y es que si se trata de cosa genérica, la situación a que da lugar es diferente por la especial naturaleza de estas cosas, lo que lleva al legislador español a reconocerlo así, configurando en vista de ello con los dispuestos sobre cosas de este tipo una categoría distinta de legados cuyas condiciones de validez, según se trate de bienes muebles o inmuebles, vienen establecidas en el artículo 875 del Código civil.

Por otra parte, cabe admitir igualmente que, dentro del legado de cosa ajena en sentido estricto, se incluyan no sólo las cosas materiales, y así Pacifici-Mazzoni (12) habla, al tratar del legado de créditos, del de un crédito perteneciente a un tercero, en base a que la voz «cosa», que utiliza el legislador al referirse al legado de ajena, es de un significado amplísimo que permite incluir estos derechos personales siempre que se dé el supuesto

(11) Razón que justifica plenamente que se rechace la pretensión de considerar este legado como una de las modalidades del de cosa ajena, como pretende, por ej. PACIFICI-MAZZONI en "Trattato delle successioni" del Codice civile commentato, vol. VII, Firenze 1914, pág. 51.: "Al principio esser nullo il legato della cosa altrui, é fatta una seconda eccezione, pel caso che la cosa legata al tempo della morte del testatore si trovi in proprietà di lui".

Cfr. en Scuto, op. cit. nota 2 de la pág. 32, cómo algún autor francés, llevado de esta errónea apreciación, encuentra dificultades para la validez de este legado en su Derecho vigente, dificultades que se evitarían de considerarlo simplemente como un supuesto normal de legado de cosa propia del testador, a lo que no sólo nada se opondría, sino que es la interpretación correcta, tal como se demuestra en el texto.

(12) "Trattato delle successioni" en el "Codice civile commentato", cit. VII, página 351.

de que su titular sea un extraño para que pueda incluirse en el grupo de los legados de cosa ajena (13).

Pues bien, acerca del cumplimiento del legado de cosa ajena —entendido en la forma que se acaba de exponer— dice el Código que «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación».

Es decir, que de acuerdo con lo que dispone este precepto legal, el legatario de cosa ajena no adquiere, ni puede adquirir, de forma inmediata un derecho sobre la cosa legada, ya que ésta se encuentra en el dominio de un tercero al que en nada afectará la disposición testamentaria; de este legado surge un derecho de crédito —«el heredero estará obligado...»— a favor del beneficiado con él, que podrá realizar frente al heredero para que éste le satisfaga el contenido del legado, o sea, para que adquiera la cosa y se la entregue, momento éste en el que adquirirá el legatario la propiedad de la misma (14).

Esta es precisamente la situación en que se encuentra el legatario de cosa ajena: tiene una acción personal «ex testamento» para exigir del heredero o derecho-habiente la adquisición y entrega de la cosa legada o, en todo caso, su justa estimación (15). Es decir, que surge como consecuencia de este tipo de legado una relación entre heredero y legatario por virtud de la cual éste puede exigir de aquél una actividad encaminada a la adquisición y entrega de la cosa legada, sin que por ningún concepto hayan de relacionarse el titular de la cosa y el legatario, porque de este legado no nace —como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Supremo (16)— una acción real reivindicatoria, sustancial del dominio, que sería la justificadora de esa relación.

En razón de esto, para cumplir el legado de cosa ajena, el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario. obligación cuyo estudio es de suma importancia en vista de que sobre ella descansará toda la eficacia de este legado que, dada su naturaleza, es incapaz de un efecto traslativo, por lo que no puede ser eficaz su cumplimiento más que por medio de esa obligación: la impuesta al heredero o legatario gravado para que adquiera la cosa y seguidamente transfiera su propiedad al beneficiario.

(13) Otros supuesto especiales pueden verse en Scuto, op. cit., págs. 31 y ss. pero aquí no interesa su consideración, por tratarse de casos que no encajan exactamente en el que examinamos, y que merecen tratamiento separado, como hace el Código civil español en el previsto por el artículo 864.

(14) TRAVIESAS, "Legados", en la Rev. de Derecho Privado, 1931, pág. 179.

(15) Cfr. La Sentencia del T. S. de 3 febrero 1930, que llega a esta conclusión a la vista del artículo 861 del Código, y del párrafo 1.º, Tít. 25, Lib. II de la Instituta.

(16) Ver la Sentencia citada en la nota anterior.

III. LA OBLIGACION DEL HEREDERO EN EL LEGADO DE COSA AJENA

Tres puntos de interés conviene tratar sobre la obligación del heredero o legatario obligado al pago del legado de cosa ajena: en primer lugar lo que se refiere a la naturaleza de esa obligación; en segundo lugar lo que respecta al cumplimiento normal de la misma, por medio de la adquisición y entrega de la cosa; y en tercer lugar lo que se relaciona con el cumplimiento subsidiario a través del pago de la justa estimación, cuando no sea posible la adquisición y entrega de la misma cosa legada.

A) NATURALEZA DE ESTA OBLIGACIÓN

Cuestión de capital importancia es la de determinar qué naturaleza jurídica tiene la obligación que surge a cargo del heredero gravado con un legado de cosa ajena; y tiene interés esta cuestión, ya que de la forma en que se resuelva dependerán una serie de consecuencias de suma trascendencia sobre el cumplimiento del legado y el modo en que sobre el mismo puedan repercutir las diferentes vicisitudes que le afecten en esa fase decisiva de la realización del mandato testamentario.

Dice sobre el particular el Código civil español, que es válido el legado de cosa ajena, si el testador al hacerlo sabía que lo era, y en este caso «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación» (17).

A la vista de tal precepto, cabe preguntarse cuál será la naturaleza de la obligación que el legislador impone al heredero, es decir, en qué tipo de obligación se puede encuadrar, con el fin de saber qué normas jurídicas regularán su desarrollo y extinción, pues, como veremos seguidamente, el calificarla de una u otra forma tiene una gran trascendencia.

Conviene consignar las diferentes soluciones propugnadas por la doctrina, considerar las razones en que se basan, y ver si las mismas pueden adaptarse al régimen legal español contenido en el referido artículo 861 del Código civil.

Como solución más extendida, ya veremos que también en la doctrina española, está la que de acuerdo con lo establecido en el Derecho positivo italiano, considera la obligación del heredero o legatario gravado como una obligación facultativa.

En virtud de esta doctrina, se considera que el obligado al pago de un legado de cosa ajena es deudor de una obligación con facultad alternativa, en la que constituye la prestación debida la adquisición y entrega de la cosa del tercero, pero en la

(17) Artículo 861. 1.º

que existe la facultad de realizar su cumplimiento mediante la entrega al legatario de la estimación o precio de la cosa objeto del legado, teniendo esta prestación plenos efectos liberatorios: es decir, que si bien a lo que viene obligado el que debe cumplir la manda, es a la entrega de la cosa misma, le está permitido liberarse entregando su justa estimación, porque si bien *in obligatione* sólo está la cosa del tercero legada, *in solutione* está también su justo precio, por lo que puede cumplir entregando, a su elección, una u otro (18).

Las consecuencias prácticas de adoptar esta solución se manifiestan, principalmente, en el supuesto de imposibilidad de entregar las cosas legadas: mientras que tratándose de una obligación alternativa tal acontecimiento supone la concentración de la obligación en la otra actividad prevista —el justo precio—, y por ello éste debe prestarse, si se trata de una obligación facultativa, en tal supuesto de imposibilidad el heredero queda liberado, porque la obligación se ha extinguido al hacerse imposible la realización de la única prestación que estaba *in obligatione*.

Se aducen en pro de esta solución, entre otras, las siguientes razones:

a) Que el atribuir al heredero la elección de cumplir el legado ya entregando la cosa, ya pagando su justa estimación, presenta la ventaja de ser el procedimiento adecuado para evitar intromisiones del legatario en las gestiones del heredero cuando trate de adquirir la cosa o que, fracasadas éstas, pueda surgir controversia sobre la diligencia empleada por el heredero, o incluso que juzgue acerca de las pretensiones del tercero, mostrándose en desacuerdo con el obligado a la adquisición; y es en que de esta forma se procura al heredero la mayor libertad posible para evitar las fricciones a que una intervención del legatario en esta fase del cumplimiento pudiera dar lugar, donde principalmente se justifica la regulación como facultativa de la obligación que recae sobre el heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena (19).

b) Que nada impediría al testador ordenar de una manera explícita la realización de unas determinadas gestiones, el pago hasta una cierta cantidad o cualquier otra circunstancia que de alguna manera coartase la libertad del obligado al pago del legado, que no podría, a consecuencia de esta circunstancia, pagar la estimación de la cosa sin antes realizar las actividades prescritas por el testador, que supeditaban la validez de ese pago subsi-

(18) POLACCO "Delle successioni", 2.^a ed. I, Milano-Roma, 1937, pág. 337; STOLFI, "Diritto civile", VI, Torino 1934, pág. 690; DEGNI, "Lezioni di Diritto civile", "La successione a causa di morte", II ed. Padova, 1935, vol. II: Successione testamentaria", pág. 36 y en general toda la doctrina italiana por las razones que luego veremos.

(19) PACIFICI-MAZZONI "Codice civile italiano", vol. VII, 4.^a ed. Firenze 1914, pág. 50.

diario, y para cuya comprobación sí habría de admitirse la intervención del legatario (20); pero si falta ese condicionamiento, podrá el heredero elegir para el cumplimiento del legado entre adquirir la cosa del tercero para entregarla al legatario, o dar a éste su justa estimación.

c) Que tal solución viene impuesta por la aplicación del principio jurídico que manda interpretar las disposiciones en la forma más favorable para el obligado por ellas, y en su consecuencia debe concederse al heredero —que es el gravado en este caso— la elección del medio que más le convenga para cumplir el legado, facilitándose en este modo por el legislador la efectividad de tales legados (21).

d) Que la voluntad del testador es procurar al legatario una determinada ventaja económica, y como el conocimiento de ser ajena la cosa —presupuesto para la validez de este tipo de legado— le advierte de antemano las dificultades que entraña el cumplimiento por medio de la entrega de la cosa misma, resulta lógico pensar que haya previsto la entrega de la estimación como forma de proporcionar esa ventaja que desea para el legatario; de aquí que resulte indiferente —de acuerdo con la voluntad presunta del testador— que se cumpla el legado entregando la cosa del tercero o una cantidad que suponga el valor de la misma (22).

Indudablemente han sido consideraciones como las que se acaban de exponer, las que han llevado al legislador italiano a configurar como obligación facultativa la que el legado de cosa ajena genera a cargo del heredero gravado con él. De acuerdo con ello se estableció el artículo 837 del Código de 1865, y para terminar con las dudas que su redacción pudiera suscitar, en el artículo 651 del Código vigente se reitera su calificación como obligación facultativa, procurando que la terminología utilizada deje bien sentada esta circunstancia (23).

¿Encaja esta solución en la legalidad vigente en la materia dentro del Derecho español? El artículo 861 de nuestro Código civil no deja lugar a dudas sobre el particular: el heredero no está facultado para elegir entre una u otra prestación, sino que éstas tienen un orden prestablecido en la Ley y sólo cuando no sea posible la adquisición de la cosa para entregarla al legatario, podrá pagarse a éste la justa estimación. Los autores que sostienen

(20) LOSANA, *op. cit.*, pág., cit.

(21) El mismo PACIFICI-MAZZONI, "Trattato delle successioni" en el "Codice civile commentato" cit., vol. VII, pág. 49.

(22) Cfr. LOSANA pág. 236 de la obra ya citada.

(23) Puede verse una detallada exposición de las vicisitudes por las que atravesó el mencionado artículo 651 hasta lograr su redacción definitiva, en GANGLI, "La successione testamentaria nel vigente diritto italiano", II, Milano, 1948, págs. 215 y ss.

dentro de nuestro Derecho, la existencia en el supuesto que nos ocupa de una obligación facultativa, más que en la letra o en el sentido de nuestro Código civil, se basan en las conclusiones sobre la materia de la doctrina italiana (24), entre la cual, como hemos visto, se justifica plenamente, y más aún dado el indudable sentido de la disposición correspondiente de su Código civil.

También se ha configurado como obligación alternativa la que pesa sobre el heredero que debe cumplir un legado de cosa ajena. Pero sobre este punto conviene hacer una importante aclaración: que generalmente no puede dársele un valor absoluto a dicha calificación porque no suele atribuírsele su verdadero alcance a la categoría de las obligaciones alternativas; así Losana (25), después de afirmar en este supuesto de legado de cosa ajena la existencia de una obligación alternativa, añade a continuación que no es que se trate de un legado alternativo, porque la cosa legada es una sola —la que pertenece al tercero— estando el precio simplemente «in facultate solutionis».

En nuestra Patria hace esta misma calificación Escriche (26), si bien no puede afirmarse tampoco, a la vista de las líneas que dedica al tema, que pese a utilizar la expresión «obligación alternativa» lo esté haciendo con conciencia del alcance que supone tal calificación, y no es raro que ésto suceda (27) pues al no haber existido siempre una clara, o por lo menos unánime diferenciación terminológica, y a veces conceptual, entre las obligaciones alternativas y las facultativas (llamadas también «con facultad alternativa»), pueden producirse confusiones a la hora de aplicar los conceptos.

En cambio, atribuyendo su verdadero significado a la obligación alternativa, puede comprobarse que a la generada por el legado de cosa ajena cabe encuadrarla dentro de ella; bien es verdad que tiene alguna especialidad respecto del grupo general de las obligaciones alternativas tal como las regula nuestro Código civil, pero de ninguna forma desvirtúan su naturaleza, según vamos a ver seguidamente.

Dice, en efecto, el artículo 861, que el heredero está obligado a adquirir la cosa legada para entregarla al legatario, y no siendo posible, dar a éste su justa estimación: o sea, que el heredero debe procurarse la cosa del tercero, y cuando no le sea posible — y aquí no distingue el legislador sobre la clase de imposibilidad, sino que se comprenden todas— deberá entregarle su precio: «plures res in obligatione»: la imposibilidad de prestar la

(24) Cfr., por ej. DÍAZ CRUZ, "Los legados", cit., págs. 167 y ss.

(25) "Successioni testamentarie", en Digesto italiano, vol. XXXI, pág. 237, nota 2.

(26) "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia". París, 1876, página 1184.

(27) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", t. VI, vol. 2.º, 2.ª ed. Madrid, 1910, págs. 1306 y ss.

cosa misma no extingue la obligación: ésta subsiste con un contenido diverso pero no nuevo, porque estaba previsto para ese caso, lo que supone, en una palabra, que se ha producido la concentración, determinándose la prestación que ha de realizar el obligado para llevar a cabo el cumplimiento y quedar liberado.

La especialidad de esta obligación dentro del grupo de las alternativas, está en la forma en que se realiza la concentración, ya que no cabe aquí la que suele ser más frecuente, es decir la elección; hay un orden legal preestablecido que se impone a la voluntad del obligado, y que realiza la concentración de una forma objetiva y necesaria, pero esto no afecta a la esencia de la obligación alternativa, para lo cual lo fundamental radica, y en ello hay acuerdo en la doctrina y en las soluciones del Derecho comparado, en que existen una serie de posibilidades de prestación (28), cualquiera de las cuales puede y debe realizarse para extinguir el vínculo obligatorio, siendo indiferente —salvo, como es natural, para ciertos efectos en orden al cumplimiento en caso de imposibilidad de algunas de ellas— que la concentración se haya realizado por la elección del deudor, del acreedor o de un tercero, o por la imposibilidad de llevar a cabo las restantes (29), uno de cuyos casos es éste del legado de cosa ajena.

Una observación más sobre la concentración en este supuesto del artículo 861 que examinamos: dada la forma en que está redactado, la situación de que se trata (ya que en ella es elemento fundamental la voluntad testamentaria), y las demás circunstancias que concurren en este supuesto, ni la simple indicación, ni aún la notificación en regla del heredero de que se propone adquirir la cosa del tercero, y ni siquiera la efectiva realización de gestiones encaminadas a lograrlo, son suficientes para concretar la obligación sobre la cosa ajena, desplazando definitivamente de ella la justa estimación. Tal cosa no tendrá lugar hasta el instante mismo en que el heredero la haya adquirido, y es a partir de entonces cuando se convierte en deudor de una cosa cierta y determinada, cuyos riesgos soportarán acreedor y deudor, es decir, legatario y heredero, de acuerdo con los principios que rigen esta materia, y que se examinan más adelante.

Por consiguiente, puede resumirse diciendo: que la obligación que genera el legado de cosa ajena a cargo del gravado con él, es una modalidad de las obligaciones alternativas, caracterizada porque el orden de preferencia en cuanto a la prestación que ha de efectuarse en el pago, así como las circunstancias que autorizan la realización de la considerada subsidiaria, vienen preestablecidas en la ley, debiendo ser observados al proceder a su cumplimiento.

La obligación primordial es una obligación de hacer y dar su-

(28) Para utilizar los conceptos de HERNÁNDEZ GIL en "Naturaleza jurídica de la obligación alternativa" en *Rev. Der. Priv.*, 1942, págs. 572 y ss.

(29) S. T. S. de 3 marzo 1943.

cesivamente: es decir, de llevar a cabo una actividad encaminada a la adquisición de la cosa del tercero, utilizando cuantos medios sean necesarios, y otra posterior que tiene por fin entregar al legatario la cosa previamente adquirida. La obligación subsidiaria será una obligación de dar, de entregar una cantidad de dinero —la justa estimación de la cosa legada— a la que deben aplicarse cuantas normas son propias de esta clase de obligaciones.

Esta es, indudablemente, la solución que se impone a la vista del artículo 861, pero no quiere esto decir que se acepte únicamente por esa circunstancia: aparte de que es la que originariamente acogiera el Derecho romano (30), y la adoptada por las Partidas y otros precedentes de nuestro Código civil (31), la abonan una serie de argumentos que contrarrestan los esgrimidos por los partidarios de configurar como facultativa la obligación del heredero.

Así, frente a la afirmación de que con el sistema de la obligación facultativa se evitan las fricciones a que pudiera dar lugar la intromisión del legatario, cabe aducir que para evitar esos posibles roces —que un legatario descontentadizo tiene ocasión de provocar en otros momentos del cumplimiento del legado— se sacrifica la principal finalidad de la manda, que persigue ante todo la entrega al legatario de la cosa ajena; y es que no puede afirmarse, como lo hacen esos autores, que resulte indiferente al testador que la ventaja económica que pretende para el legatario se le proporcione indistintamente con la cosa o con su precio, pues el conocimiento de la ajenidad de la cosa —presupuesto para la validez del legado— no autoriza a pensar tal cosa, sino antes al contrario demuestra que el testador, a sabiendas de las dificultades con que puede tropezarse para la adquisición de la cosa, la lega, lo que indica una voluntad firme de atribuir el beneficio que pretende y precisamente a través de la entrega de la cosa misma; y sólo de una forma secundaria quiere realizarlo mediante el abono de la justa estimación, pues en otro caso, de haberle sido indiferente, se hubiere limitado a disponer un legado de cantidad.

Otro argumento utilizado en pro de la conveniencia de atribuir carácter facultativo a la obligación, es el que de esta forma se aplica el principio de interpretar las disposiciones de la manera más favorable para el obligado por ellas; pero ésto podrá aducirse cuando haya una disposición que admita interpretaciones diversas, y no es bastante razón para ello el que de esta forma se facilite la efectividad del legado, ya que ésto sucedería también con los demás legados, y nuestro Código lo rechaza expresamen-

(30) Inst. Lib. 2, tít. 20, párrafo 4.

(31) Partida 6, Tít 9, Ley 10. Cfr. también GARCÍA GOYENA "Concordancias..." cit, pág. 125.

te al disponer que el heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación (32).

Frente a la consideración de que nada impide al testador ordenar de una manera expresa la realización de unas determinadas gestiones encaminadas a la adquisición de la cosa, la misma disposición testamentaria demuestra que esa es precisamente la voluntad del testador, que al legar una cosa ajena sabe que su heredero ha de llevarlas a cabo como presupuesto imprescindible para el cumplimiento del legado, de donde claramente se aparece que previo y cuenta con estas gestiones. Además, y con mayor motivo, ha de pensarse de que haber querido ahorrarle a su heredero la realización de estas actividades en orden a la adquisición de la cosa legada, estuvo en su mano hacerlo legando la cantidad que estimara conveniente, con lo que el legatario no sufriría, en principio, perjuicio económico y el heredero quedaría exento de esa molesta adquisición; y si pudiendo hacerlo no lo hizo, aparece claramente que no era tal su intención, puesto que nada impedía al testador eximir al heredero de esas gestiones.

Además que, como ya se ha advertido anteriormente, aceptando su naturaleza de obligación facultativa, se produce la necesaria consecuencia de que en caso de perecimiento de la cosa ajena legada, antes de su adquisición por el heredero, éste quedaría —al estar *in obligatione* sólo la cosa ajena— liberado de su obligación, y esto no es posible admitirlo a la vista de lo dispuesto en el artículo 861 del Código, legalidad vigente sobre la materia en el Derecho español.

B) CUMPLIMIENTO NORMAL O PRINCIPAL.

Como consecuencia de lo que se acaba de exponer en orden a la obligación del heredero para el cumplimiento del legado de cosa ajena, queda de manifiesto la necesidad que pesa sobre él de adquirir del tercero la cosa legada a fin de entregarla al legatario (el *redimere et praestare* de que hablan las fuentes romanas), poniendo de su parte en estas gestiones la diligencia exigible en el cumplimiento de toda obligación, y sólo cuando no se dé la posibilidad de realizar la adquisición le estará permitido cumplir el legado mediante la entrega de la justa estimación.

Debe tenerse en cuenta sobre el particular, lo que antes se decía acerca de los efectos del legado de cosa ajena que nos ocupa: que surge de él, a favor del legatario, un derecho de crédito frente al heredero o legatario gravado, cuyo objeto es la entrega de la propiedad y posesión de la cosa legada.

La obligación que recae sobre el heredero es la de adquirir y entregar al legatario, precisamente, esa cosa que ha sido lega-

(32) Cfr. artículo 886, 1.º.

da, y no otra distinta o su valor (33), que sólo está autorizado a entregar en los supuestos de imposibilidad, tal como se expone más adelante al estudiar el cumplimiento subsidiario; debe tenerse presente, además, que en todo lo referente al cumplimiento de esta obligación del heredero, se estará, en cuanto no contradiga su naturaleza específica, a lo dispuesto para tales casos en el Derecho de obligaciones.

Ahora bien, esta obligación del heredero o legatario gravado se desdobra en la necesidad de realizar dos actividades diferentes: la adquisición de la cosa del tercero propietario de ella, y la subsiguiente entrega al beneficiario del legado, salvo la posibilidad de que la adquisición la haga el heredero directamente para el legatario, y sea el tercero el encargado de realizar la entrega, de cuya eficacia, en definitiva, siempre quedará responsable el heredero o legatario, obligado a cumplir.

1) En lo que a la adquisición de la cosa concierne, debe tenerse en cuenta que puede realizarla el heredero por el procedimiento que mejor le parezca, ya que no está facultado el legatario para intervenir en las gestiones que se realicen para adquirirla, pues si bien no es de aplicación el artículo 885 del Código civil, tampoco puede admitirse en este supuesto la solución que da la doctrina para el caso de que un tercero tenga la cosa legada en su poder: autorizar al legatario para que la exija por sí mismo (34), y no es ello posible porque el derecho que le corresponde es el de exigir del heredero la adquisición y entrega de la cosa, o en todo caso su justa estimación, y no la acción real reivindicatoria, sustancial del dominio (35), que es la que autorizaría esa actuación.

Y al no poder inmiscuirse el legatario en la forma de llevar el heredero las gestiones para la adquisición, puede éste hacerlo por los procedimientos que le parezcan aconsejables, desde el momento que se trata de conseguir un resultado —obtener la propiedad de la cosa—, siendo indiferentes los medios de que se valga el obligado para lograrlo; por ello, el heredero llevará a cabo las gestiones directamente con el dueño de la cosa legada sin posible intervención del legatario en este punto, ya que sus facultades no le autorizan a fiscalizar la forma de realizar la gestión del que debe cumplir el legado.

En todo caso, el legatario puede exigir del heredero que cumpla su obligación, que trate de adquirir la cosa del tercero, pues en ello consiste la prestación de hacer que le impone su obligación; desde luego, si el testador fijó un término al heredero para que efectuara la entrega del legado, de no hacerlo así en el

(33) En este sentido el artículo 886, del Código civil, que prevé el caso de imposibilidad, como para el legado de cosa ajena lo hace el artículo 861, 1.º.

(34) DÍAZ CRUZ, "Los legados" cit., pág. 591.

(35) Sentencia del T. S. de 3 febrero 1930.

tiempo prescrito, incurrirá en mora, como determina el artículo 1.100 del Código civil (36). En el caso de que el testador no hiciera indicación alguna sobre este punto, podrá el legatario reclamar en cualquier momento (37) el pago del legado judicialmente, mediante el ejercicio de la acción *ex testamento* (38), acción personal derivada del testamento, que corresponde al legatario frente al heredero o persona gravada con la entrega del legado, que puede ejercitarse dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 1.025 del Código civil.

También puede el legatario intimar al heredero para que realice la adquisición de la cosa, y en el caso de que éste aduzca no serle posible conseguirlo, y pretenda pagar la justa estimación, deberá permitírsele al legatario exigir cuantas pruebas se estimen convenientes para acreditar la realidad de esa afirmación, justificando el hecho de que el propietario de la cosa no está dispuesto a venderla en condiciones tales que obliguen al heredero a realizar su adquisición para cumplir la voluntad testamentaria. En caso de que ésto sea así, y el heredero acredite la imposibilidad de adquirir la cosa, cumplirá entonces entregando al legatario su justa estimación.

Cuando, por el contrario, le sea posible hacer la adquisición, deberá efectuarla realizando las gestiones y gastos que para lograrlo se requieran —siempre, como es natural, que no sean excesivos, pues en este caso, como veremos, no viene obligado a adquirirla— y poniendo la titulación en condiciones de producir una transmisión eficaz, para de esta forma hacer la entrega al legatario y quedar liberado de la obligación que pesaba sobre él.

Las consecuencias del incumplimiento de esta primera fase de su obligación por parte del gravado, están claramente determinadas por el legislador: deberá abonar la justa estimación de la cosa legada; esto es, entrará en juego la forma de cumplimiento subsidiario previsto para tal caso.

Ahora bien, ¿deberá abonar, junto con el precio, alguna cantidad en concepto de indemnización? En este supuesto deben distinguirse dos situaciones diferentes:

Si el incumplimiento de la obligación en su forma principal no le es imputable al heredero o legatario gravado, estaremos en el caso previsto por el artículo 861, y se dará lugar, simplemente, al pago de la justa estimación.

En cambio, si esa imposibilidad de adquisición de la misma cosa legada se debe a negligencia o mala fe del que estaba en la obligación de adquirirla en virtud del mandato testamentario,

(36) Cfr. Sentencia 26 junio 1907.

(37) No hay necesidad de aguardar al término de las operaciones testamentarias para pedir el legado, según dice el T. S. en Sentencia de 7 diciembre 1901.

(38) MANRESA "Comentarios al Código civil español", t. VI, 7.ª ed. revisada por OGAYAR, Madrid, 1951, pág. 801.

además del pago de la justa estimación, que le corresponde como cumplimiento subsidiario previsto, será responsable también de los daños y perjuicios que se causaren a consecuencia de la falta del cumplimiento normal del legado. Y se justifica esta indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido causarse, por una parte, en razón a que, efectivamente, son susceptibles de producirse, y por otra, en que de no hacerse de esta manera equivaldría a dejar al puro arbitrio del obligado la elección de la forma de cumplimiento, y ésto no puede admitirse, según claramente resulta de los términos precisos del artículo 861, que hemos tenido ocasión de examinar con anterioridad.

2) El heredero o legatario encargado de cumplir un legado de cosa ajena, está obligado a «adquirirla para entregarla al legatario».

Acaba de tratarse de lo referente a la adquisición de la cosa del tercero y de las cuestiones que pueden suscitarse en esta primera fase del cumplimiento normal del legado de cosa ajena; conviene ahora hacer una referencia —que ha de ser breve, pues otra cosa no justifica la materia— a la entrega de la cosa ajena al legatario favorecido con ella.

Por supuesto, y antes he tenido ocasión de ponerlo de relieve, que la obligación que nace de este tipo de legado no se agota con la simple adquisición de la cosa, sino que es preciso, además, la posterior entrega al legatario, que sólo de esta forma verá satisfecho el crédito que frente al obligado a cumplir el legado hace surgir a su favor el testamento. Y es más, hasta tal punto es ello importante, que incluso realizada la entrega, si resulta ineficaz por producirse una ulterior evicción, se considerará como no cumplido el legado y habrá de entregársele la justa estimación, como más adelante se verá detalladamente.

En general, y en vista de la naturaleza de la obligación que produce el legado de cosa ajena, en el cumplimiento de la misma, también en esta segunda fase de la entrega propiamente dicha, deberán observarse los principios que regulan el cumplimiento de las obligaciones en general, como sucede en materia de legados cuando faltan en el Código disposiciones concretas sobre ellos.

Por consiguiente, y de acuerdo con el principio de Derecho romano *cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est* (39), recogido en el artículo 886, 1.º, de nuestro Código civil, el heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo (y es obvio que le es posible en cuanto que ya la tiene en su poder por haberla adquirido del tercero propietario de ella), por lo que no cumple con dar su estimación. Y esto, que es un principio general para toda clase de legados, no se deroga en el supuesto del de cosa ajena, porque el precepto

(39) D. 32. 1. 11, § 17.

del artículo 861, ya hubo ocasión de demostrarlo con anterioridad, sólo permite el cumplimiento por equivalencia cuando no sea posible entregar la misma cosa legada.

Por lo que se refiere a la extensión de su obligación, cabe preguntarse si el heredero o legatario gravado deberá entregar la cosa con sus frutos y rentas pendientes y si, por consiguiente, correrá la cosa legada durante ese período a riesgo del legatario, por lo que será él el que sufra su pérdida o deterioro.

La cuestión es, en resumen, si al legado de cosa ajena le es de aplicación la regla del artículo 882 dictada para el caso de legado de cosa específica y determinada propia del testador (y que impone la transmisión de la propiedad al legatario desde que aquél muere), o el artículo 884, que se refiere al legado genérico o de cantidad (y que, según dispone, sus frutos e intereses desde la muerte del testador sólo corresponderán al legatario cuando aquél lo hubiese dispuesto expresamente).

Por supuesto que no puede afirmarse sin más que al legado de cosa ajena le sea aplicable una u otra de estas soluciones, porque no se trata ni de un legado de cosa determinada propia del testador, ni de un legado de género o cantidad. Se necesitará, por tanto, realizar algunas consideraciones sobre su naturaleza y a la vista de ellas resolver sus consecuencias por lo que a este punto se refiere.

En nuestra Patria, antes de regir el Código, dice Manresa (40), se entendía que los frutos de la cosa genérica o ajena no se debían sino desde el día de la entrega, o desde el día en que el deudor incurriese en mora, entendiéndose que incurría en mora al ser demandado judicialmente, desde el día de la contestación a la demanda.

Hoy aparece más extendida otra solución: la de estimar de aplicación lo preceptuado en el artículo 882, a partir del momento en que la cosa ajena ha sido adquirida por el heredero o legatario obligado a cumplir el legado. La razón de ello está, en el sentir de Manresa, en que si el motivo de no aplicarse a esta clase de legados la regla del artículo 882, es el no constar determinadamente la cosa que se lega, parece que al individualizarse de un modo irrevocable la prestación y existir ya, por tanto, una cosa determinada, siendo el legado puro nace la obligación de entregarla; es decir, que aceptado el legado, y considerando al heredero o persona obligada como un deudor, es aplicable el artículo 1.095: el legatario tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, aunque no adquiriera derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. Por su parte, Mucius Scaevola (41), partiendo de

(40) Op. cit. VI, pág. 799.

(41) "Código civil comentado y concordado..." cit. tomo XV, página 38 y ss.

la distinción entre el derecho a la propiedad del legado, que establece el artículo 381, y el derecho de propiedad a la cosa legada, que menciona el artículo 882, afirma como indudable que el legatario de cosa ajena, «si ha sido instituido pura y simplemente, adquiere el derecho de propiedad del legado desde que el testador fallece, aunque, según el artículo 882, no adquiere todavía en ese momento el derecho de propiedad de la cosa legada, la cual antes es preciso que se despoje de su condición de ajena y pase, por lo menos, al dominio de la persona gravada con la manda».

Esta me parece la solución adecuada, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que genera el legado de cosa ajena. Precisamente es a partir del momento en que se ha adquirido la cosa del tercero cuando ha quedado concentrada, valga el término, la prestación concreta que deberá realizarse para cumplir el legado, pues a partir de ese instante —salvo en casos anormales y ya con otro carácter—, no es posible el cumplimiento subsidiario con la entrega de la justa estimación; por ello, el legado se regulará desde ese instante, y en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento, como los de cosa determinada, pues ya tiene este carácter la ajena y se encuentra en poder del que ha de entregarla para cumplir el legado. Además, y ello es importante también, que si una serie de consideraciones imponen, de acuerdo con la doctrina de los riesgos en el cumplimiento de las obligaciones de dar cosa determinada, que el riesgo de perecimiento de la cosa adquirida por el heredero y aún no entregada al legatario, lo soporte éste (salvo los supuestos de responsabilidad que puedan surgir a cargo de aquél), como expondré más adelante, justo es también que, en correspondencia, de él sean las ventajas que pueda proporcionar en ese período de tiempo. La solución de ambos casos está íntimamente ligada en cuanto son consecuencias que se derivan necesariamente del mismo principio.

Por tanto, podemos decir, con el párrafo 2.º del artículo 882, que la cosa (ajena) legada correrá desde el mismo instante (en que se adquiriera por el obligado al cumplimiento del legado) a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.

En cuanto a las demás circunstancias de la entrega de la cosa legada, se estará, como antes decía, a los principios del Derecho de obligaciones concernientes al cumplimiento de obligaciones cuya prestación consista en dar una cosa determinada.

C) EL CUMPLIMIENTO SUBSIDIARIO.

Ya hemos tenido ocasión de ver que la obligación que el legado de cosa ajena hace surgir a cargo del heredero gravado con él es, como dice el Código civil en su artículo 861, 1.º, la

de «adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible dar a éste su justa estimación»; en otras palabras, que existe una obligación primordial que impone al heredero la adquisición de la cosa legada y su ulterior entrega al legatario, y cuando ello no sea posible, surge una obligación subsidiaria de darle la justa estimación, cumpliendo así el legado que se le ordenó pagar.

1) Algunas cuestiones conviene aclarar para el recto entendimiento de esta obligación subsidiaria prevista por el legislador: en primer lugar, la de concretar en qué supuestos podrá recurrirse a ella para el cumplimiento del legado, es decir la de desentrañar el alcance de ese «no siéndole posible» que recoge el Código, pues sólo con el esclarecimiento previo de tal cuestión podrá determinarse, en cada caso concreto, la necesidad y validez de ese cumplimiento subsidiario, supeditado a la existencia de tal imposibilidad; en segundo lugar, y con referencia a la justa estimación, conviene precisar lo referente a su fijación y el procedimiento que debe utilizarse para ello.

a) Tiene interés concretar el alcance de esa imposibilidad porque no siendo la del heredero una obligación facultativa, no podrá a su elección entregar la cosa o el precio, sino que a esta segunda prestación sólo podrá recurrir cuando le sea imposible la primera, que es el requisito imprescindible para que pueda utilizarse este modo de cumplir que, como queda dicho, es de carácter subsidiario.

No hay duda de que el caso más claro de imposibilidad del heredero de adquirir la cosa es el de negativa a venderla por parte de su titular; como a éste en nada puede afectar la disposición testamentaria que impone al heredero la adquisición de la cosa de su propiedad, cuando por aquél se inician las gestiones encaminadas a ese fin, puede oponerse a su enajenación; este es el supuesto más patente de imposibilidad de adquirir la cosa ajena, y como tal viene previsto en el Derecho romano: *neget-que dominum eam vendere* (42), *quod dominus non vendat* (43). Igualmente se dice en las Partidas que deberá el heredero entregar la cosa *si gela quisiren vender* (44), y más adelante que deberá entregar su precio si el dueño *non la quisiesse vender* (45). En este mismo sentido se manifiesta la totalidad de la doctrina, ya que el claro sentido del principio impone tal unanimidad.

No está, sin embargo, tan claro qué pasará si el propietario de la cosa accede a venderla, pero pretende por ella un precio excesivo, un precio que se estime sobrepase en mucho a su valor real. ¿qué sucederá entonces? ¿Debe extenderse a este su-

(42) Digesto, lib. XXX, tít. único, 71, § 3.

(43) Digesto, lib. XXX, tít. único, 14, § 2.

(44) Partida 6.^a, tít. IX, ley 10.

(45) Partida 6.^a tít. IX, ley 38.

puesto lo establecido para el caso de imposibilidad, y en consecuencia podrá optar el heredero por el pago de la justa estimación?

Realmente aquí no se da una imposibilidad en sentido estricto, sino una excesiva onerosidad para el obligado a cumplir la obligación, por lo que puede presentar duda si le será posible cumplir con la prestación subsidiaria prevista para el caso de imposibilidad, lo que repercutiría en su beneficio, ya que le será menos gravoso en tal caso llevar a cabo esta última.

La solución afirmativa, es decir, la de equiparar al caso de negativa a vender el de exigencia de un precio excesivo, parece lo procedente por su mayor equidad y, además, es la que viene siendo aplicada tradicionalmente: así se establece en el Derecho romano, en que a pesar de la existencia de un texto que puede suscitar duda (46), aparece claramente que se dará esa imposibilidad de entregar la cosa legada, y por ello podrá pagarse con la justa estimación cuando por su propietario se pretenda un precio excesivo: *negetque dominum eam vendere, vel immensum pretium eius rei petere affirmet* (47), también *si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat* (48). En el mismo sentido se pronuncian nuestras Partidas, para las que *si por aventura non la pudiera aver por compra* (la cosa ajena) *o le demandassen por ella mayor precio de lo que vale* (49) debe pagarse su justo precio, lo que con mayor claridad aún exponen en otro sitio: «*mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandato a otro el testador era ajena, e la tuiesse tan cara aquel cuya fuesse, que la non pudiesse comprar si non por mucho más de lo que valia, o si non la quisiesse vender...*» (50); estos textos tan elocuentes constituyen el antecedente inmediato del artículo 679 del Proyecto de Código civil español de 1851 (51), del que es copia muy aproximada el artículo 861 del Código civil vigente, del que nos estamos ocupando.

No sólo abona esta solución el desarrollo histórico del principio, tal como se acaba de ver, sino algunas consideraciones sobre lo equitativo que resulta acogerle; así, es el sistema más adecuado para mantener la finalidad que en la vida jurídica tiene esta forma de legado, pues como dice Díaz Cruz (52) en este caso «la voluntad testamentaria se proyecta e inclina más hacia

(46) Digesto, lib. XXX, tit. único, 41, § 7: "Constat, etiam res alienas legari posse, utique, si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit".

(47) Digesto, lib. XXX, tit. único, 71, § 3.

(48) Digesto lib. XXX, tit. único, 14, § 2.

(49) Partida 6.^a, tit. IX, ley 10.

(50) Partida 6.^a, tit. IX, ley 38.

(51) Cfr. GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", Madrid, 1852, II, pág. 126.

(52) "Los legados", cit., pág. 166.

el precio o valor de la cosa legada que sobre la cosa misma, ya que el testador sabe perfectamente que si el propietario no quiere vender, el legatario recibirá su justa estimación, y, es más que conocido que los propietarios no siempre quieren desprenderse de sus propiedades». Debe tenerse en cuenta, además, como hace observar Ossorio Morales (53) «que al entender el legislador sustituida la prestación de entregar la cosa por la de abonar su justa estimación, interpreta la voluntad del testador en el sentido de haber querido gravar tan sólo al heredero con el verdadero valor de la cosa legada, y no con una cantidad que puede exceder en mucho de éste, según las pretensiones del dueño».

En este mismo sentido puede aducirse una observación sobre la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda, lo que constituye un elemento interpretativo muy digno de ser tenido en cuenta: con el legado de cosa ajena, el testador al instituirlo persigue beneficiar al legatario con la adquisición de una cosa determinada, para lo cual grava a su heredero con la obligación de proporcionársela; es decir, prevé un beneficio para uno a cambio de un gravamen para otro, beneficio y gravamen que serán equivalentes, porque se corresponden mutuamente; ahora bien, si para cumplir el legado el heredero hubiera de adquirir la cosa por un precio notablemente superior a su valor real, el beneficio proporcionado por la entrega de la cosa al legatario seguiría siendo el mismo y, en cambio, habría aumentado el gravamen del heredero, rompiéndose esa equivalencia antes aludida en beneficio de una persona —el tercero titular de la cosa legada— que, debe pensarse, para nada fué tenido en cuenta por el testador como posible beneficiario de su herencia.

Por todo esto, queda patente que debe equipararse el supuesto de exigencia por el dueño de la cosa legada de un precio excesivamente elevado, con el de negativa a venderla, a los efectos de estimar en ambos casos la existencia de imposibilidad de adquirirla, y como consecuencia de ello la entrada en juego del cumplimiento subsidiario, mediante el pago de la justa estimación.

b) Puede darse el caso de que el objeto propio de un tercero del que ha dispuesto el testador perezca antes de que le haya sido entregado al legatario (54), y ante esta posibilidad ha de resolverse acerca de cómo va a repercutir en la situación creada por la apertura de la sucesión; es decir, de qué manera va a

(53) "Manual de sucesión testada", Madrid, 1957, pág. 385.

(54) Como es natural, el perecimiento de la cosa una vez en la propiedad del legatario, y salvo los supuestos de saneamiento a que en otro lugar se hace referencia, deberá sufrirse únicamente por él, ya que ninguna duda presenta el que a partir de ese momento, cumplida ya la obligación del heredero, es el legatario titular normal de la cosa, y por lo tanto en él solo repercutirán las diversas alternativas que pueda sufrir la misma.

afectar a esa obligación del heredero que aún está por cumplir. El problema fundamental es el de determinar si en este supuesto se estará ante una imposibilidad de adquirir la cosa legada para entregarla al legatario y, en consecuencia, deberá dársele la justa estimación o, si por el contrario, se produce la ineficacia del legado, quedando el heredero libre de su obligación, sin necesidad de prestar la justa estimación de la cosa perdida.

Para un examen adecuado de la cuestión expuesta, es procedente distinguir los diferentes supuestos que pueden presentarse, ya que ese pericimimiento o pérdida de la cosa es posible que acaezca antes de que el heredero la haya adquirido del tercero, o después de realizada esta adquisición, pero cuando todavía no se le ha entregado al legatario; además, deberá tenerse en cuenta igualmente la conducta del heredero y su posible influencia sobre la pérdida de la cosa, pues ésta es una circunstancia que influirá en su posición respecto al legatario acreedor de esa obligación que debe cumplir.

La disposición que encontramos en el Código civil relativa a la pérdida de la cosa legada y su trascendencia sobre la eficacia del legado, es el artículo 869, según el cual «el legado quedará sin efecto: ... 3.º» Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero». ¿Resulta aplicable este precepto al legado de cosa ajena y, en consecuencia, el pericimimiento de la cosa en estas circunstancias supone la liberación del heredero de su deber de cumplir el legado mediante el pago de la justa estimación, ya que en su forma principal no le es posible?

No cabe duda alguna, y es de interés referirse a este punto, respecto a la justificación de este precepto legal: una vez desaparecido el objeto del legado, se hace materialmente imposible su cumplimiento y, en consecuencia, aquella disposición queda sin efecto. Claro es que esta regla se refiere solamente a los legados de cosa determinada, porque en los casos de legados de género o cantidad el hecho de que desaparezca una porción de ellos no hará imposible el cumplimiento, ya que podrá encontrarse más de la misma aunque sea fuera de la herencia, desde el momento en que el género —como dice el conocido aforismo— nunca perece.

Ahora bien, ¿puede encuadrarse dentro de este número 3.º del artículo 869 el caso de pérdida de la cosa ajena objeto de un legado? En el sentir de Manresa (55), a diferencia de lo que sucede con los supuestos contemplados en los otros dos números de dicho artículo, en éste se comprenden los legados de cosa determinada, sea o no propia del testador, con lo que da a entender que producida la pérdida de la cosa objeto del legado de cosa ajena, éste queda sin efecto, no debiéndose, en consecuen-

(55) "Comentarios al Código civil", cit. VII, pág. 746.

cia, la justa estimación a que hace referencia el Código civil. Partidario también de la aplicación de este precepto al caso que nos ocupa es Díaz Cruz que, después de examinar las distintas posiciones sobre el particular, opta por la solución de estimar liberado de su obligación al heredero gravado (56).

Por mi parte, no creo sea correcto incluir el legado de cosa ajena en el supuesto previsto por el número 3.º del artículo 869; aquí, efectivamente, se trata de un legado de cosa determinada, pero nada en su redacción autoriza a pensar que se refiera también al de cosa determinada propia de un tercero. Como antes decía, la justificación de este precepto se encuentra en el hecho de que una vez desaparecida la cosa objeto del legado, éste no tiene posible cumplimiento; en cambio, tratándose de un legado de cosa ajena, la circunstancia de que no pueda entregarse no produce su ineficacia, sino que dará paso al cumplimiento subsidiario previsto para este supuesto por el propio legislador, que es la entrega de la justa estimación (57); y no hay razón para pensar que esa imposibilidad que produce la necesidad del cumplimiento subsidiario, se refiere únicamente al caso de que el propietario de la cosa se niegue a enajenarla o sólo acceda a ello mediante un precio excesivo. En este mismo sentido se pronuncia Lacruz Berdejo (58), que considera más equitativa esta solución tenida cuenta, además, que la aplicación de la contraria enriquece sin causa al gravado.

Realmente en nuestro Código no se encuentra base suficiente para mantener otra solución, y sólo un desenfoque de la cuestión es lo que lleva a sostenerla; veamos el pensamiento que conduce a Díaz Cruz —que es quien argumenta sobre el tema— a defender la aplicación del mencionado número 3.º del artículo 869 al supuesto de legado de cosa ajena (59); supedita este autor la resolución del problema a la previa calificación de la naturaleza del derecho de crédito que hace surgir este tipo de legado a cargo del heredero, lo que realmente supone un planteamiento correcto de la cuestión; estima que al heredero corresponde una *facultas solutionis ex lege*, por virtud de la cual puede dar cumplimiento a la obligación con la entrega del precio en lugar del mismo objeto debido, y en tal caso es lógico la solución que él propugna, porque es de esencia en estas obligaciones facultativas el existir un solo vínculo obligatorio que se refiere al objeto debido, y si éste desaparece, tal circunstancia llevará consigo la extinción de la obligación, ya que el pago del precio, que aún resulta posible, es una facultad que se concede al deudor para el cumplimiento de la obligación, pero que no

(56) Cfr. op., cit., pág. 168.

(57) Vid. art. 861, 1.º in fine.

(58) Notas al "Derecho de sucesiones", de BINDER, 1953, pág. 333.

(59) Cfr. "Los legados", cit. págs. 167 y ss.

constituía prestación de la misma; es decir, que si *in solutione* están tanto la cosa como el precio, *in obligatione* sólo se encuentra la primera, por lo que si llega a desaparecer, se extingue la obligación.

Pero esto no es así porque, como ya te tenido ocasión de mostrar, la obligación del heredero, en Derecho español, no es una obligación facultativa, por lo que no cabe admitir la anterior argumentación, que se explica por la influencia de la doctrina italiana que mantiene, muy justificadamente, ese punto de vista de acuerdo con la redacción de los artículos 837 del Código de 1865 y 651 del vigente en aquel país. El mismo Díaz Cruz muestra lo acertada de esta suposición cuando manifiesta (60) que sigue en la materia la doctrina de Scuto que, sin más, pretende aplicar a nuestro Derecho.

Puede aducirse también, en apoyo de la no aplicación del artículo 869, número 3.º, al legado de cosa ajena, además de que otra cosa produciría un enriquecimiento sin causa al heredero gravado (61), que no existe motivo que autorice a distinguir el caso de imposibilidad subjetiva —es decir, derivada de la oposición del dueño de la cosa—, del de imposibilidad objetiva —cuando se produce como consecuencia de la pérdida de la cosa legada— como determinante de la necesidad de dar la justa estimación, pues en el Código no se hace referencia a tal distinción, ni resulta justificado un trato diverso para ambos supuestos; que, en definitiva, tanto uno como otro producen una misma consecuencia por lo que al interés del legatario respecta: la falta de cumplimiento del legado tal como se había previsto por el testador y, en su virtud, la necesidad de que se lleve a cabo el cumplimiento subsidiario establecido por el legislador interpretando la voluntad del que hizo el legado, y que consiste precisamente en la entrega de la justa estimación. Y es que no puede olvidarse que este legado no persigue de un modo exclusivo la entrega de una cosa, sino la atribución de un valor al favorecido con él, y ésto tanto se puede lograr —desde luego, guardando el orden de preferencia marcado por el legislador, que es el que mejor se conforma a la voluntad del testador—, por medio de la entrega de la cosa, como mediante el pago de su justa estimación.

Justo es también que se haga aplicación a este punto de lo que se observa antes con respecto a la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda: decía allí que con esta clase de legados se pretende un beneficio para el legatario (representada esta ventaja por la entrega de una cosa determinada o, en su caso, la justa estimación de la misma), para lo cual grava al encargado de cumplirlo con la obligación de proporcionársela; es

(60) Op. y loc., cit.

(61) Es el argumento de LACRUZ BERDEJO expuesto en la obra y lugar citados.

decir, prevé un beneficio para uno, a cambio de un gravamen para otro, beneficio y gravamen que serán equivalentes, porque se corresponden mutuamente. Y lo mismo que decía entonces que no resultaba procedente obligar al gravado a que adquiriera la cosa por un precio sensiblemente superior al justo porque se rompía esa aludida equivalencia, en el supuesto que contemplamos ahora resultaría injustificado liberar al gravado, desde el momento en que no entregaría nada, como nada recibiría el legatario: tendríamos perjudicado al presunto beneficiado, y beneficiado al perjudicado por el gravamen, y de aquí una desproporción aún mayor que en el otro caso cuya situación rechazábamos. En cambio, considerándolo obligado a pagar la justa estimación, reaparece ese equilibrio entre gravamen para uno y beneficio para otro, que es precisamente lo que se proponía el testador al instituir el legado.

Además, es de tener en cuenta, que por referirse sin lugar a dudas los otros dos números del artículo 869 a legados de cosas determinadas propias del testador (62), y no aparecer del tenor del número 3.º indicio alguno que exprese diferente alcance en este supuesto, no hay por qué extenderlo al legado de cosa ajena, máxime teniendo en cuenta que tal extensión contraría el significado y función que a esta figura atribuye el Código civil.

Por todo ésto, si la cosa objeto de un legado hecho por el que no es su titular, perece antes de haber sido adquirida por el heredero, éste vendrá obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 861, a dar al legatario su justa estimación.

Lo que se acaba de exponer hace referencia al perecimiento de la cosa legada antes de su adquisición por el heredero gravado, pero puede darse el supuesto de que la cosa parezca después de adquirida por el heredero y antes de que por éste se haya entregado al legatario, pues a partir de este momento de la entrega ya no habría cuestión por haberse extinguido la obligación que surgió a consecuencia de la disposición testamentaria.

¿Cómo repercutirá en el cumplimiento del legado la pérdida de la cosa ocurrida después de su adquisición por el heredero? ¿Estaremos ante un nuevo supuesto de imposibilidad de cumplimiento del legado en su forma primordial, y deberá el heredero realizar el cumplimiento subsidiario entregando la justa estimación? ¿Por el contrario, quedará liberado el heredero que ya había realizado los desembolsos precisos para adquirir del tercero la cosa legada?

La situación que provoca el perecimiento de la cosa en esas circunstancias, es la siguiente: si se estima que el heredero queda libre porque ha realizado las actividades y gastos encaminados a la adquisición de la cosa que, después, no puede entregar por-

(62) Y esto lo reconoce el mismo MANRESA en la obra y sitio citados.

que ha perecido, el interés del legatario no queda satisfecho, por que no sólo deja de percibir la cosa legada, sino que tampoco recibe la prestación subsidiaria de la justa estimación; si, por el contrario, pese a la destrucción de la cosa, el heredero viene obligado a satisfacer al legatario la justa estimación, su gravamen se habrá duplicado con notable perjuicio para sus intereses.

Forzando el sentido de las palabras utilizadas por el artículo 861 al establecer la obligación subsidiaria, parece que la imposibilidad que impone el pago de la justa estimación se refiere tanto a la de adquirir como a la de entregar la cosa al legatario, y de ello podría deducirse que deberá entregar la justa estimación no sólo en el caso de que no pueda adquirirla, sino también en el de que no pueda entregarla, por lo que si una vez adquirida del tercero perece y no le es posible realizar su entrega, deberá pagar la justa estimación.

Pero no puede admitirse interpretación tan forzada: 1.º porque la misma redacción del artículo 861 no la autoriza, ya que la expresión «no siéndole posible» hace referencia a la obligación que tiene el heredero de «adquirirla para entregarla al legatario», y de haber pretendido que fuera de otra manera, hubiera dicho «adquirirla y entregarla al legatario», lo que ya hubiese justificado algo tal interpretación, al surgir la duda de si la imposibilidad se referiría tanto a la adquisición como a la entrega; pero tal como se encuentra redactado ahora, la imposibilidad está referida a la adquisición para la entrega. 2.º Porque los antecedentes legales de este precepto no dejan lugar a dudas: así el artículo 679 del Proyecto de Código civil de 1851, dice al respecto que «el heredero está obligado a comprarla y entregarla al legatario: no siéndole posible comprarla cumplirá entregando la justa estimación». Esto mismo dice la Ley 10, tit. IX, partida 6.ª: «e si por aventura non la pudiere auer por compra, o le demandasse por ella mayor previo de lo que vale: entonces el heredero deuele dar...», así como el directo antecedente de estos dos textos (63) en la Instituta, libro II, tit. XX, § 4.

¿Quiere decirse entonces que el perecimiento de la cosa en poder del heredero libera a éste de su obligación de cumplir el legado? En principio así es, pero siempre que no haya intervenido culpa de su parte, y no estuviese constituido en mora.

Para llegar a esta conclusión —que es la indudable consecuencia del planteamiento correcto del problema— basta con examinar la situación jurídica respectiva de heredero y legatario en el momento de producirse la pérdida de la cosa, y aplicar las reglas procedentes. Veamos brevemente la argumentación:

El heredero, que en cumplimiento del mandato del testador ha adquirido la cosa del tercero propietario de ella, está obligado aún —para cumplir por completo lo que a él incumbe en la rea-

(63) Cfr. GARCÍA GOYENA, op. cit. II, pág. 125.

lización del legado— a entregar la cosa al legatario, es decir, es deudor de una prestación de dar, cuyo objeto es la cosa legada que él ya adquirió; por ello su relación con el legatario es la del deudor frente a su acreedor de una cosa determinada y, en consecuencia, la regla que debe aplicarse al supuesto de pérdida de la cosa legada es la que rige la atribución de los riesgos en las obligaciones de dar cosas determinadas.

Según ésto, el heredero quedará excluido de toda responsabilidad si perece la cosa en su poder por caso fortuito o fuerza mayor (64); en cambio, si responderá —y no sólo con la entrega de la justa estimación, sino indemnizando los posibles daños y perjuicios causados—, cuando la cosa perezca por su culpa o estuviera en ese momento constituido en mora (65); es decir, que aplicando los principios del Derecho de obligaciones sobre la materia, quedarán reguladas las distintas cuestiones que pueden plantearse por perecimiento de la cosa legada en esta segunda fase final del cumplimiento del legado de cosa ajena. Resulta esto igualmente de los principios más arriba expuestos sobre las características de la entrega de la cosa ajena una vez adquirida, con aplicación de los riesgos del artículo 882, a partir del momento en que la cosa se ha adquirido por el obligado a prestarla.

2) En cuanto a la estimación del valor de la cosa legada, según el precepto del Código que regula el legado de cosa ajena, cuando no le sea posible al heredero adquirirla para proceder a su entrega al legatario, deberá dar a éste la justa estimación. Es decir, que en los supuestos en que proceda el cumplimiento subsidiario de este legado, habrá de realizarse mediante la entrega del justiprecio de la cosa legada.

Realmente no corresponde tratar aquí de la determinación de la cuantía del pago que haya de hacerse en estos casos, esto es de la justa estimación, porque es simplemente una cuestión de hecho que debe resolverse en la forma que resulte adecuada para cada supuesto concreto en que pueda plantearse. Además, no sólo en el artículo 861 hace el Código referencia expresa a ese concepto, ya que en el 863 se utilizan los mismos términos de «justa estimación», en el 886 se habla de estimación, en otros (por ejemplo, el 821) se emplea el término valor, y en todos estos casos la resolución debe ser la misma, es decir la que impongan las circunstancias concretas de cada caso, de acuerdo con principios de justicia.

No hay duda de que en todos estos casos, y es lo único de interés que puede aducirse sobre el tema, las expresiones utilizadas no tienen otro alcance, aunque muy expresivo e importante, que el de limitar la suma que por uno u otro concepto haya de entregarse. Es decir que, a mi entender, el legislador

(64) Artículo 1.105 C. c.

(65) Artículo 1.101 C. c.

ha querido poner de manifiesto que la cantidad es únicamente la expresiva del valor de la cosa, sin que pueda engrosarse por suma otra alguna que suponga indemnización complementaria, que en caso de proceder deberá ser fijada, como ocurrirá en los supuestos antes examinados, por los procedimientos habituales en Derecho.

Y estos mismos procedimientos habituales serán los procedentes para la fijación de la cantidad que haya de entregarse en concepto de prestación subsidiaria, y el mismo Código señala el camino no refiriéndose de una forma concreta al valor o precio, sino a «la justa estimación» que se determinará, repito, como cuestión de hecho que es, por los medios ordinarios y pertinentes para ello.

IV.—EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN EL LEGADO DE COSA AJENA

A) Punto de interés, y muy controvertido en la doctrina, es el de la posible responsabilidad por evicción, que puede corresponder al heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena, si después de adquirida ésta y efectuada la entrega al legatario se le priva de todo o parte de ella por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega (66).

Las reglas que el Código civil establece para el supuesto de la evicción en los legados son las siguientes: el artículo 860, según el cual «el obligado a la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por género o especie», disposición que se reitera al final del número 3.º del artículo 869, por el que el legado quedará sin efecto: «3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860».

Estas son las disposiciones que contiene el Código en materia de evicción en los legados; y tales disposiciones, dice Osorio Morales (67), tienen carácter de excepción, ya que conforme al principio general de que en las transmisiones a título lucrativo el transmitente no responde del saneamiento (vid. art. 638), tampoco existe semejante obligación de garantía en los legados.

Son, pues, dos principios que sobre la materia deben aplicarse en el Derecho español: uno, para el caso que debe considerarse general y más frecuente y al que se aplica la que también puede considerarse como regla general sobre este punto, y otro, con carácter de excepción, para cuando se trate de legados que ten

(66) Este es el sentido de la evicción cuando se aplica a los legados, según resulta de la confrontación de los artículos 860 y 1.475 del Código civil.

(67) "Manual de sucesión testada", cit., pág. 361.

gan por objeto cosas indeterminadas que se señalen por su género o especie.

a) En el supuesto de legarse una cosa determinada propia del testador, no existe obligación de responder por parte del heredero o legatario gravado si llega el caso de evicción. Se justifica ésto, porque tratándose de una cosa determinada a la que se designa por sus caracteres distintivos o diferenciales, por lo que no cabe confundirla con otra, «el legatario que ha de obtenerla queda ya entonces en relación directa para con el testador; éste figura en ese caso como donante y aquél como donatario, siendo sólo el obligado a la entrega de la manda un intermediario cuya misión resultará cumplida con el traspaso material o simbólico, según los casos, de la cosa legada. Natural y justo es, por tanto, cuando eso suceda, que a dicha persona obligada no se le exijan responsabilidades o indemnizaciones que no pueden en perfecta lógica jurídica imputársele» (68).

b) En el supuesto de que la cosa legada sea indeterminada y se le señale por el género o especie sí estará, en cambio, obligado de evicción el heredero o legatario que deba cumplir. La razón de ello, el motivo de esta excepción que establece el artículo 860, es obvio, «ya que en esta clase de legados corresponde al heredero (o legatario gravado con el legado), la elección de la cosa a entregar entre las del género o especie de que se trate (art. 875, § 3.º), y, por consiguiente, si no resultara vinculado por la obligación de sanear en caso de evicción, quedaría a su arbitrio hacer ineficaz el legado entregando cosa que no fuese del testador» (69).

Estas son, pues, las reglas que sobre la materia se contienen en el Código civil, y la justificación respectiva de las mismas, cuya consideración será elemento interpretativo importante para desentrañar la cuestión que nos ocupa, porque efectivamente se presenta, desde el momento en que no aparece clara cuál deba ser la disposición a aplicar en el caso del legado de cosa ajena.

Y no lo es, porque no resulta admisible la inclusión de la evicción del legado de cosa ajena en ninguno de los dos grupos a que se refieren las reglas antedichas: en el primero, porque tratándose de un legado de cosa determinada propia del testador, el supuesto es fundamentalmente distinto no siendo, por otra parte, de aplicación las razones con que, según hemos visto, se justifica la exención de ese deber, precisamente por esa circunstancia; y en cuanto al segundo, porque también, a más de ser diferente el supuesto, es improcedente la justificación en virtud de la cual se le obliga a responder por evicción, desde el momento en que el heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena no puede elegir la cosa con cuya entrega va a cumplirlo, y

(68) "MUCIUS SCAEVOLA". Comentarios, cit., pág. 194.

(69) OSSORIO MORALES, op. cit., pág. 361.

ni siquiera es posible que decida entre hacerlo entregando la cosa legada o bien dando su justa estimación pues, como hemos tenido ocasión de ver, su regulación en nuestro Código no deja dudas sobre este particular.

B) Frente a la situación que provoca esta circunstancia, la doctrina se ha ocupado del tema tratando de encontrar, en ausencia de disposiciones legales directamente aplicables, una solución adecuada para cuando se presente el problema en la vida jurídica; y se han defendido como posiciones más importantes, las que a continuación se exponen, agrupadas en torno a las dos tendencias que pretenden rechazar o admitir la necesidad del saneamiento por evicción en el legado de cosa ajena, así como otras intermedias que tratan de armonizar una y otra solución, aunque, en definitiva, no caben soluciones de compromiso y no hay más alternativa que admitir o rechazar esta obligación del que deba cumplir el legado.

1. Se rechaza la evicción en este supuesto en base, entre otras, a estas principales razones:

a) Fundándose en que por tratarse, en definitiva, de un legado de cosa específica, no debe el obligado a su entrega responder de evicción (70). Frente a esta alegación cabe argumentar, como lo hacía más atrás, que el supuesto está lejos de ser el mismo: se da la fundamental diferencia de que la cosa no pertenece a la herencia del testador, y esta circunstancia anula la justificación en virtud de la cual se exime al heredero de responder de la evicción. No hay necesidad de insistir sobre este punto, porque a lo largo de toda la exposición que se viene haciendo, se han puesto suficientemente de relieve las importantísimas diferencias que separan del cumplimiento de un legado de cosa determinada propia del testador, el que tiene por objeto entregar una cosa perteneciente a un tercero ajeno a la herencia. Y si no se da esta identidad de situación, no podrán admitirse tampoco las consecuencias que de ella pretenden derivarse.

b) Estimando que el legatario no puede pretender la garantía por evicción del obligado al pago, porque tratándose de una adquisición a título gratuito como en la donación, y no existiendo en ésta semejante responsabilidad a cargo del donante, tampoco debe imponérsele al gravado con un legado de cosa ajena (71). Es igualmente inadmisibles esta pretendida equiparación y, por ello, la consecuencia que se obtiene; y es así porque, como dice Scuto (72) mientras quien dona lo hace espontáneamente, el gravado con un legado de cosa ajena lo hace, en cambio, porque está obligado a dar; y si se produce la evicción, en el primer

(70) TRAVIESAS, "Legados", en la Rev. Der. Priv., cit., pág. 113.

(71) MAYER, "Vermächtnisse", pág. 899, núm. 1, cit. por Scuto, op. cit. página 44.

(72) Op., cit., 45.

caso, no se podrá decir que el donante ha hecho menos que lo que debía, porque habría podido no dar nada; en el segundo caso, hay una previa relación obligatoria que vincula al gravado, por lo que cabe hablar de inexactitud o culpa en el cumplimiento. La enajenación hecha por el donante es un acto totalmente gratuito en cuanto falta en el donatario un derecho a exigir la cosa donada; el legatario, en cambio, si bien no tenía ningún derecho frente al testador, ni da al gravado contraprestación alguna por lo que se recibió —y en este sentido su adquisición puede calificarse de gratuita—, no es menos cierto que tiene, en base al legado, un derecho de crédito frente al obligado a cumplirlo; y considerada desde este punto de vista, la situación del gravado más que a la del donante podría, en todo caso y a estos efectos, equipararse a la del vendedor. Y el vendedor ya sabemos que responde del sancamiento por evicción.

c) En base a que desde el momento en que el legatario acepta la entrega de la cosa, presupone que ha estudiado y analizado debidamente el derecho que se le transmite, por lo que no puede llamarse a engaño por parte del heredero; y también, de que cuando se otorga la escritura pública de traspaso a favor del legatario, si se trata de cosa inmueble, es manifiesto que el vendedor tiene, por lo menos, una apariencia de propiedad en la cosa que vende, ya que si no resulta inconcebible el otorgamiento de la escritura de venta (73).

Pero estas afirmaciones no tienen valor alguno, desde el momento en que sólo pueden hacerse olvidando por completo la esencia de la evicción. Pretender que pueda excluirse el saneamiento por evicción, suponiendo que al adquirir el derecho que se le transmite lo ha estudiado y analizado debidamente y por eso acepta, es tanto como dejar sin efecto esta institución, que sobre esas premisas no iba a poder aplicarse. Para que fuera posible afirmar tal cosa, tendría que hacerse preceder esta afir-

(73) DÍAZ CRUZ, "Los legados", cit., pág. 170. Añade, igualmente en apoyo de su tesis negativa, que "el propio heredero puede, si los obstáculos que observa en la titulación hacen riesgosa la compra, darle al legatario la justa estimación del bien"; realmente sólo podrá hacer ésto si está en ello de acuerdo el legatario, porque la entrega de la justa estimación entra en juego únicamente cuando no sea posible la adquisición de la cosa misma; lo que sí podrá hacer el heredero es advertir al legatario de esa circunstancia y en el caso de que éste insista en recibir la cosa en tales condiciones, excluir expresamente la responsabilidad por evicción, quedando así a salvo de los posibles peligros a tiempo advertidos y conscientemente asumidos por el legatario. Y en cuanto a que "los artículos 860 y 869 del Código civil nos dan a entender que la evicción sólo se produce cuando la cosa legada fuera indeterminada", no es totalmente cierto; en ellos, lo hemos visto, se limita el legislador a imponer la evicción en el supuesto de legados de cosa indeterminada que se señale por su género o especie, a la que es distinto el caso del legado de cosa ajena, como también lo es al del legado de cosa determinada propia del testador, que es precisamente en el que debe estimarse excluida la evicción.

mación de una serie de argumentos en contra, que demostraran la improcedencia de esta garantía no ya en el ámbito de los legados, sino en otros puntos más, y sobre todo en la regulación de la compraventa, lo cual encierra bastante gravedad; es más, ya no podría hablarse de evicción, así es que no sería su ausencia característica del legado de cosa ajena, sino reflejo de una situación más general. Y además, habría que apuntarla, partiendo de esta base, como solución de *iure condendo*, porque debe reconocerse que las normas del Código civil sobre la materia son para ello un obstáculo de considerable importancia.

d) También se rechaza la obligación de saneamiento por evicción a cargo del heredero o legatario gravado, pero sin que ello suponga privar al legatario del beneficio que por tal concepto se le atribuiría, puesto que le concede el derecho de reclamarlo frente el tercero dueño de la cosa legada, es decir, al que se la vendió al heredero (74).

Pero esta variante de las teorías expuestas, especie de criterio de transición entre las que admiten y las que rechazan la evicción en esta figura de legado (ya que puede encuadrarse en uno u otro grupo, según que se contemple como punto de referencia la situación del legatario o la del heredero) no es tampoco admisible, por una sencilla razón: porque como tal evicción, no es posible hacerla servir de base para reclamarla del tercero vendedor de la cosa, desde el momento en que entre éste y el legatario no hay relación que justifique el nacimiento de esa obligación de garantía; uno y otro no se han relacionado directamente, sino que cada uno lo ha hecho con el heredero o legatario encargado de cumplir la disposición testamentaria, por lo que sólo con éste pueden surgir a favor o en contra de cada uno de ellos relaciones de esta clase. La regulación de la materia en nuestro Código civil no deja lugar a dudas sobre el particular, y el Tribunal Supremo lo ha entendido así (75).

e) Semejante en cierto modo a la que se acaba de exponer, es la posición de los que consideran que, tratándose de un legado de cosa ajena, el gravado con él sólo puede quedar libre de responsabilidad en caso de evicción si, desconociendo el peligro de que se produzca, ha puesto la debida diligencia en la adquisición del objeto determinado y cede al legatario las acciones que le asisten contra el vendedor, pues en otro caso es claro que debió adquirir la cosa de sus verdaderos titulares (76).

(74) VITALI, "Delle successione testamentarie e legittime", 1916, II, página 744.

(75) Cfr. Sentencia de 26 de diciembre 1896. Lo admite, en cambio, en Sentencia de 27 enero 1897, si el segundo vendedor hubiere cedido expresamente al segundo comprador su derecho a exigir el saneamiento contra el vendedor primitivo.

(76) LACRUZ, en las notas al "Derecho de sucesiones", de BINDER, cit., página 333.

Es decir, que se condiciona la exención de responsabilidad por esta causa a una doble circunstancia: de una parte, el desconocimiento del peligro de evicción, habiendo actuado con la debida diligencia, a lo que ya antes se ha hecho referencia, y de otro, la cesión al legatario de las acciones que le competan contra el vendedor; pero, ¿es suficiente con esto para que desaparezca la obligación de garantizar? ¿Cumple su deber de responder por evicción cediendo al legatario las acciones que le asistan contra el vendedor? Creo que no, y ello por la razón de que no es precisamente ese mecanismo a través de la cual se actualiza el contenido del saneamiento en el supuesto de evicción.

2. Además de estos casos que acabamos de ver, en los que no se atribuye la garantía por evicción al legatario frente al vendedor de la cosa, o se condiciona su ejercicio frente al heredero o legatario gravado, por otro sector de la doctrina se reconoce este derecho al legatario y la correspondiente obligación al heredero o legatario que haya entregado la cosa, fundándose en diversas consideraciones:

a) La generalidad de los juristas medievales admitían una responsabilidad del heredero frente al legatario en este caso, si bien se discutía por algunos la cuestión de si se trataba de una verdadera responsabilidad por evicción, análoga a la responsabilidad a cargo de un vendedor —si *heres tenetur erga legatarium de evictione*—, o bien debe reconocerse que existe una responsabilidad diferente —*non debetur propria evictio, sed resolvitur ipso iure legatum in valorem et aestimationem rei*—, es decir, equiparando la privación de la cosa en estas circunstancias a la imposibilidad de prestarla, dando lugar así a la necesidad del cumplimiento subsidiario (77).

b) Se reconoce también la responsabilidad del heredero frente al legatario en base a la falta de un exacto cumplimiento de su obligación, porque de haberse realizado correctamente, esto es, si hubiere hecho adquirir la cosa al legatario, la evicción no habría sido posible. Para que la obligación del gravado con un legado de cosa ajena se tenga por cumplida, es preciso que adquiera bien la cosa, es decir, que la adquiera del legítimo propietario y en base a un negocio válido; entregando la cosa así adquirida al legatario, la hará adquirir por este último, y la posibilidad de la evicción quedará excluida: si la evicción tiene lugar, debe reconocerse que el gravado no ha cumplido exactamente, y por ello será responsable (78).

(77) En el primer sentido, MENCIOLO, "De praesumptionibus", lib. 4, praes. 118, nota 10; y en el segundo, GÓMEZ, "Resolutiones iuris civilis", II, cap. 2, número 36, ambos citados por Scuto, op., cit., pág. 44.

(78) Scuto, "Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore..." cit., págs. 45 y ss. Considera que puede estimarse éste como uno de los casos en los que el cumplimiento de una obligación implica la transferencia de la cosa pagada a la propiedad del acreedor, y este último sufra posteriormente

C) Creo que, de una forma general, ésta debe considerarse, junto con otras que más adelante expondré, una importante razón para justificar la exigencia de responsabilidad por evicción al heredero o legatario que entregó la cosa ajena; y es que no hay duda sobre el hecho de que la entrega al legatario, que ha de seguir a la adquisición de la cosa del tercero, ha de ser una entrega efectiva; no se cumple con entregar la posesión, sino que es necesario atribuir la propiedad definitiva de la cosa, y si así no se hiciera —y claro es que no se ha hecho si con posterioridad se produce la evicción— no podrá considerarse cumplida la obligación que del testamento, y frente al legatario, se deriva para él que ha de cumplir el legado de cosa ajena.

Pero es que esto no es suficiente: es necesario, además, establecer una reglamentación de la materia con el fin de que tratando de aunar los intereses en pugna cuando la situación se dé, encaje en los preceptos de nuestro Derecho positivo, haciendo exigible esa responsabilidad del heredero que tantas razones importantes justifican.

Ante todo, son necesarias algunas consideraciones previas con el fin de establecer el tipo de responsabilidad que pueda surgir por evicción en el legado de cosa ajena.

De ella, y aún en un sentido amplio, no puede hablarse sino a partir del momento en que el heredero ha adquirido la cosa del tercero, e incluso a partir de este momento son posibles dos situaciones distintas:

1.^a Que suceda antes de que el heredero haya entregado la cosa objeto del legado al beneficiario del mismo.

En tal caso, la privación de la cosa que sufra el heredero para nada afecta al legatario: se le deberá la justa estimación, ya que al heredero o legatario gravado no le es posible el *redimere et praestare* a que viene obligado. Queda a salvo, naturalmente, la posibilidad de que el heredero o legatario que adquirió la cosa accione de evicción al vendedor de la misma.

2.^a Que se dé la privación una vez que el heredero entregó la cosa ajena al legatario.

Este es el verdadero supuesto de evicción que aquí nos interesa contemplar, y para la mejor solución de los problemas que plantea creo convenientes las siguientes consideraciones, que irán desentrañando la cuestión y ayudando a encontrar las soluciones parciales precisas para la conclusión de conjunto que es necesaria.

Debe tenerse en cuenta que en este caso de la evicción en el legado de cosa ajena, y frente al supuesto de evicción en la compraventa —y en los demás supuestos en que se da esta garantía— que tienen como elementos personales el comprador, el vendedor y el tercero evincente, aquí en la privación de la cosa ajena le-

la evicción, es justo que se responda de ello al amparo del artículo 1.240 del Código civil italiano de 1865.

gada una vez que se entregó al legatario, son cuatro las personas que aparecen: el legatario, el heredero o legatario que cumplió el legado, el tercero vendedor de la cosa y el tercero evincente.

Debe tenerse en cuenta que estos dos «terceros» han de ser diferentes personas: no cabe que el vendedor de la cosa legada la reivindique con posterioridad a la entrega al legatario, si no es por algún defecto de la transmisión que le hiciera el heredero o incumplimiento por éste de sus obligaciones de comprador que pudieran dar lugar a ese resultado, y en tal caso es claro que el obligado a pagar el legado será responsable ante el legatario por incumplimiento de la obligación que la disposición testamentaria pone a su cargo.

Para que entre en juego la evicción (con las peculiaridades propias de este caso) es, pues, precisa la concurrencia de cuatro personas; y este número, que es superior al que en los supuestos normales constituye el elemento personal de esta garantía, ¿qué trascendencia tiene? A mi entender provoca una especial situación que se desdobra de la forma siguiente:

Haciendo surgir, por una parte, la natural obligación de sanear a cargo del tercero que vendió la cosa al heredero, respondiendo ante éste de los perjuicios que se le ocasionen por la privación de la cosa en virtud de sentencia firme.

En cambio, no es aquí posible hablar de una obligación de garantía por evicción a cargo de ese mismo tercero frente al legatario al que se entregó la cosa, por la razón de que ninguna relación directa se ha dado entre ellos que pueda servir de base para la exigencia de esa obligación.

Pero si ello no es posible, sí debe serlo el que ese legatario se dirija contra el heredero para que éste le compense de la pérdida de la cosa entregada por él, y entonces cabe preguntarse, ¿en virtud de evicción? Creo que sí, porque no se advierte inconveniente alguno que impida hablar de ello aquí también, desde el momento en que la compensación se debe al legatario a causa de habersele privado, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega, de todo o parte de la cosa legada, que es precisamente el supuesto en que entra en juego la exigencia del saneamiento por evicción, si es que corresponde en este caso concreto.

Presentadas así las cosas, veamos cómo, efectivamente, procede la garantía por evicción del heredero o legatario gravado con un legado de cosa ajena frente al legatario beneficiario del mismo, una vez que a éste se le despoje, después de la entrega, de la cosa legada; y ello por las siguientes razones:

1.º) Porque no puede considerarse cumplido el legado si se produce esta privación de la cosa, toda vez que ello será muestra de no haberse realizado una eficaz transmisión de la cosa misma, que es a lo que el legatario tiene derecho, puesto que tal era

el mandato testamentario y el contenido del crédito que del mismo nace a su favor. Y el derecho al saneamiento por evicción remediaría, además, la situación del legatario al que esto le sucediere, que sin este reconocimiento no encontraría medio adecuado para obtener la ventaja que el legado debe suponer para él, por lo que se impone una solución que le satisfaga ese interés que de otra forma no tendría medio eficaz de actuarse; en cambio, este procedimiento pone en sus manos esa posibilidad, sin que, como ahora veremos, cause tal solución perjuicio a otro cualquiera.

2.º) Considerado desde otro punto de vista, porque si bien puede estimarse que el heredero no es por completo responsable de que la transmisión no resulte plenamente eficaz, desde el momento en que debió adquirir precisamente aquella cosa y no otra —pues sólo la situación contraria, como pone de relieve el profesor Ossorio Morales (79), es la que lleva a imponer el saneamiento en el supuesto del legado de cosas indeterminadas que se señalan únicamente por género o especie, según dispone el artículo 860 del Código civil—, también es de tener en cuenta que de no exigírsele que responda de la privación, el legatario, como acabamos de apuntar, quedaría totalmente desprovisto de medios para obtener la compensación correspondiente; en cambio, el heredero que se vea obligado a responderle de la evicción, llegado este caso, sí tendrá a su alcance un procedimiento eficaz para resarcirse de la cantidad que por tal concepto le entregara: la misma suma que en virtud también de saneamiento por evicción le corresponde por su carácter de comprador frente al que le vendiera, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.475 del Código civil.

En este punto puede surgir una duda que parece poner en peligro la argumentación. Es la que se deriva de una determinada interpretación de los términos de este artículo 1.475, a cuyo amparo se establece la evicción en el supuesto del heredero que ha cumplido un legado de cosa ajena, frente al tercero que se la vendiera; porque dice, en efecto, ese artículo del Código civil que «tendrá la evicción cuando se prive al comprador... de todo o parte de la cosa comprada», y en el caso que nos ocupamos no es el heredero (comprador) el que se ve privado de la cosa; ¿no será éste un obstáculo para admitir la garantía por evicción en tales casos?

No, no es un obstáculo para la equitativa solución que propugno, preferible a todas luces a ésta que, de pararse ante ese pretendido obstáculo, llevaría al enriquecimiento injusto del tercero vendedor de la cosa. Y no es tal obstáculo, porque la aplicación del sistema que vengo exponiendo hace desaparecer esa situación desde el momento en que si llega la evicción, el heredero

(79) "Manual de sucesión testada", cit., pág. 361.

comprador será también despojado. Tal cosa se debe a que este heredero no va a ser ajeno, ni mucho menos, al procedimiento que puede terminar con la privación de la cosa al legatario, y ello porque al estar obligado hacia él al saneamiento por evicción, que sólo deberá en el supuesto de que iniciado este procedimiento el legatario tenedor de la cosa solicite le sea notificada esa circunstancia, según preceptúa el artículo 1.481, podrá personarse también; y si lo hace, adquiere, según Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1920, el carácter de code mandado, con los derechos y obligaciones inherentes a tal carácter; ésto, a mi entender, lo legitima a su vez, como perjudicado por la posible evicción, para que tome las medidas que le corresponderían de haber sido demandado directamente, y entre ellas la principal de solicitar que se notifique la demanda al tercer vendedor de la cosa ajena legada, que frente a él es el obligado al saneamiento por evicción siempre que sea notificado de la forma dicha.

Y una vez admitido el doble juego de la evicción en este supuesto, ninguna duda puede caber acerca de la justicia de esta solución que pone a salvo los respectivos intereses de legatario y heredero, fijándose de este modo, ante el posible perjuicio que otra solución acarrearía al legatario, la equivalencia entre gravamen y beneficio que anteriormente hemos tenido ocasión de señalar, de acuerdo con la presunta voluntad del testador, al instituirse un legado de cosa ajena.

Porque, en efecto, de no admitirse la garantía por evicción en este caso, si bien no puede hablarse de un enriquecimiento por parte del heredero o legatario que entregará la cosa, en cambio, sí hay un perjuicio para el beneficiario del legado, que no tendrá medio eficaz para resarcirse de ello; este medio se le dará reconociéndole el derecho al saneamiento por evicción frente al que le hubiera cumplido el legado, entregándole la cosa de que después se le ha privado; y entonces no puede decirse se haya roto ese equilibrio de que hablaba, porque el obligado a responder de la evicción, que ha de hacer un segundo desembolso de la cuantía del legado, está a su vez facultado para dirigirse contra el tercero que le proporcionara la cosa legada. De esta forma, se arbitra un mecanismo eficaz para dejar restablecido también en este supuesto ese equilibrio entre gravamen y beneficio que, ya hemos visto con anterioridad, representa la relación fundamental que engendra el legado de cosa ajena.

GARANTIA REGISTRAL DEL PAGO DEL LEGADO DE COSA AJENA

A) En la vigente Ley Hipotecaria, dispone el artículo 42 que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: séptimo: el legatario que

no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria».

Tal es el medio que se les reconoce, en la actualidad, a los beneficiarios de legados para que puedan garantizar la efectividad de los mismos; es decir, que el legislador pone a su alcance un instrumento —la anotación preventiva— que pueden utilizar con la finalidad de que esa ventaja que la disposición testamentaria supone a su favor, se convierta en realidad, ya que de no tomarse precaución alguna a este respecto, pudiera que por actuaciones del obligado a su pago, se defraudara el interés del legatario convirtiendo en ilusorio el beneficio que le atribuye el legado.

a) Pero si esta razón que aconseja proteger el interés del legatario siempre se tuvo en cuenta, no siempre, por el contrario, se utilizó el mismo procedimiento para procurarle estas garantías, por lo que resulta de interés una referencia histórica que nos muestre los momentos más significativos de su evolución y los diferentes modos que en ellos previó el legislador para lograr esa finalidad.

En el Derecho romano, se le concedía al legatario para garantía de su derecho, una hipoteca legal sobre todo lo que el gravado hubiera conseguido del patrimonio hereditario, tanto en el caso de eficacia real del legado, como en el de eficacia meramente obligatoria. Se le imponía al gravado con la manda una prohibición legal de enajenar las cosas legadas, cuyo efecto era impedir que se adquirieran a través de la usucapión las cosas que se enajenaran contrariando esa prohibición; éstas eran las principales medidas que en orden a la garantía de los legados adoptaba el Derecho romano; además de ellas, se daba la *cautio legatorum servandorum causa*, una *missio in bona* para el caso de que el heredero no pudiera o no quisiera prestar dicha caución y, finalmente, la llamada *missio Antoniniana*, que completaban el cuadro de las garantías a que nos venimos refiriendo (80).

En nuestro Derecho la más característica manifestación en este sentido es la Ley 26 del Título 13 de la Partida V, que establece una hipoteca legal tácita: «Otro sí dezimos, que los bienes de cada un ome que fiziese mandas en su testamento, que fincan obligados a aquellos a quienes fizo las mandas, fasta que sean pagados della».

Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1861, haciendo aplicación del criterio restrictivo que adopta frente a las hipotecas ocultas (81), sustituye esa hipoteca legal tácita que tradicionalmente garantizaba la efectividad de los legados, por una anota-

(80) Puede verse una detallada exposición sobre esta materia, en GANGI 'La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano', vol. II, Milano, 1948, pág. 293.

(81) Cfr. su Exposición de Motivos.

ción preventiva, solución que se justifica, además de por las razones que impulsaron al legislador a restringir las hipotecas legales tácitas, por la consideración de que este nuevo procedimiento resulta más adecuado a la vista del carácter transitorio del peligro que se trataba de evitar (82).

No obstante, el peligro que justifica la anotación preventiva que se concede a los legatarios, tal y como resulta expuesto en la aludida Exposición de Motivos, es el de la posibilidad «de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso a la memoria de su favorecedor», que tendrían como consecuencia la frustración de los beneficios a percibir por el legatario en razón de la manda establecida, por lo que se le protege mientras, por otros medios más eficaces y directos, no puedan obtener las mandas.

b) Es de tener en cuenta que en la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los diferentes tipos de legados y sus características, en orden a la protección de los mismos se establecen tres clases de anotaciones preventivas: a) las que pueden solicitar los legatarios de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos (art. 47 L. H.); b) las que se conceden a los legatarios de género o cantidad (art. 48 L. H.), y c) las atribuidas a los legatarios de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios sin declarar personal esta obligación (art. 88 L. H.). Pues bien, a la vista de estos diferentes grupos y de las consecuencias diversas que tiene la anotación con arreglo a uno u otro (en cuanto al procedimiento, efectos, etcétera), resulta de gran interés determinar con arreglo a qué normas deberá realizarse la anotación preventiva en el supuesto del legado de cosa ajena.

B) Ya hemos tenido ocasión de ver que el legado de cosa ajena se configura de dos formas distintas, correspondientes a las dos etapas o fases en que puede encontrarse a la hora de su cumplimiento. Efectivamente, en un primer momento, a raíz de la muerte del testador, al legatario corresponde un derecho de crédito en cuya virtud puede exigir del heredero gravado que realice las gestiones encaminadas a la adquisición y entrega de la cosa legada, y no siéndole posible, la entrega de su justa estimación. En un segundo momento, que aparece una vez adqui-

(82) Cfr. ROCA SASTRE "Derecho Hipotecario", t. III, Barcelona, 19, página 490. En contra de esta solución se pronuncia CANALES e IBÁÑEZ que estiman hubiera sido más sencillo y sobre todo más eficaz, en bien de los legatarios —en particular cuando no tuvieran noticia de sus legados, por ser menores, incapacitados, ausentes o por otro motivo— "el de haber ordenado que el heredero no pudiera enajenar los bienes de la herencia hasta después de haber acreditado que habían sido satisfechos dichos legados o garantizados al menos por medio de hipotecas voluntarias constituidas de acuerdo con aquéllos" ("Legislación hipotecaria española", Granada, 1875, pág. 510).

rida por el heredero la cosa ajena, surge para el heredero la obligación de entregar al legatario la misma cosa legada, que ya está en su poder como consecuencia de las gestiones que anteriormente ha realizado, y por ello sólo cumplirá el contenido del legado entregando la cosa objeto del mismo, dando así satisfacción a la voluntad del testador y al derecho del legatario tal como resulta del testamento.

¿Qué consecuencias tendrán estas circunstancias en cuanto a las garantías que corresponden al legatario de cosa ajena respecto a la efectividad de su legado?

No cabe la menor duda de que en tanto la cosa siga perteneciendo al tercero, resultará imposible realizar una anotación sobre la misma, porque, como dice Roca Sastre (83) ésta sólo puede recaer sobre bienes hereditarios, y en este sentido llevan razón los autores que niegan tal posibilidad o, a lo sumo, admiten la anotación cuando se trate de cosa propia del heredero o legatario que hubieran aceptado la herencia o legado (84), supuesto éste que no es del que aquí nos estamos ocupando.

Pero si bien no es practicable esta anotación preventiva sobre cosa ajena, en cambio, sí resultará posible realizarla cuando la cosa legada haya sido adquirida por el heredero obligado a entregarla en virtud del mandato testamentario, ya que en ese momento ha entrado a formar parte del caudal hereditario (85) y se darán las mismas circunstancias del supuesto de legado de cosa específica existente en la herencia, y por consiguiente, el legatario podrá ser considerado como de bienes inmuebles determinados a los que se refiere el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, a los fines de concederle una especial anotación preventiva.

Frente a esta solución, considera Roca Sastre (86), que no puede admitirse esta demora en el derecho del legatario de cosa ajena para asegurar por medio de anotación preventiva la efectividad de la manda que le favorece, ya que en el tiempo que debe transcurrir hasta que el heredero adquiera la cosa legada, pudiera aquél resultar defraudado y, por ello, se muestra partidario de concederle la anotación propia de los legados de género o cantidad. A esta misma conclusión llega algún autor que ha tratado del tema. (87).

Me parece muy razonable la opinión expuesta. Efectivamente,

(83) Op. cit., pág. 494.

(84) Cfr. la cita de GAYOSO, en ROCA, op., cit., pág. 494.

(85) En este sentido MUÑOZ CASILLAS "Contestación a las preguntas de Derecho hipotecario" 1921, I, pág. 216. También MORELL y TERRY se expresa a este respecto: "que la anotación no puede tener lugar hasta tanto que se adquiera la finca, o se realice esa aceptación. Si no es posible la adquisición el legatario se convierte en legatario de cantidad". ("Comentarios a la Legislación hipotecaria" 1917, III, pág. 137.)

(86) Op. y loc. citados.

(87) Cfr. "Legislación hipotecaria", de CAMPUZANO, corregida por LÓPEZ TORRES. Madrid, 1942, II, pág. 17.

debe proveerse al de cosa ajena, como a los demás legatarios, de un medio que le asegure la efectividad de su legado y, en consecuencia, atribuirle la posibilidad de realizar una anotación preventiva sobre los bienes hereditarios, para de ese modo conseguir tal finalidad; las mismas razones que justifican la existencia de esa garantía para los demás legados, pueden ser aducidas para defender su aplicación en el supuesto del de cosa ajena, pues tan digno de protección es ante la Ley este legatario, como los favorecidos con cualquier otro tipo de legado, ya que a los mismos peligros que ellos se encuentra sometido en lo referente a la posible defraudación por parte del heredero gravado.

Por mi parte, no obstante, estimo que no se agotan las posibilidades de garantía del pago del legado de cosa ajena con la anotación preventiva propia de los de género o cantidad; a mi entender, si bien este es el cauce adecuado para lograrla en la primera fase del cumplimiento de este legado, es decir, que podrá utilizarse por el legatario desde que se produce la muerte del testador hasta que el heredero adquiere la cosa perteneciente a un extraño, esto no quiere decir que terminen con ello las posibles garantías para el pago de este legado; quiere decir, que una vez la cosa objeto de la disposición testamentaria en poder del heredero —por haberla adquirido del tercero titular de ella en cumplimiento del mandato del testador— puede el legatario solicitar nueva anotación preventiva, ésta ya sobre la misma cosa legada que fué adquirida por el heredero, por lo que cabe una anotación del tipo de las que pueden darse sobre bienes inmuebles determinados que se regulan en el artículo 47 de la Ley Hipotecaria.

Se ha opuesto a esta clase de anotación en el supuesto concreto que nos ocupa, la apreciación de que no resulta posible que la cosa ajena esté nunca en el caudal hereditario, porque al no proceder del patrimonio del causante no puede estar en su herencia (88).

Frente a esta objeción de Traviesas, se ha argumentado que realmente al adquirir el heredero la cosa ajena, ésta entra a formar parte de caudal hereditario, porque de él salieron los bienes utilizados para realizar la adquisición produciéndose, pues, una subrogación real (89).

Verdaderamente debe considerarse admisible este tipo de anotación, y a ello no es obstáculo el argumento de Traviesas, ya que con independencia de la cuestión acerca de si la cosa ajena llega o no a entrar en el caudal hereditario una vez que la adquiere el heredero obligado al cumplimiento del legado, puede resolverse sobre la conveniencia y posibilidad de conceder una anota-

(88) TRAVIESAS "Legados" en Rev. Der. Priv. XVIII (1931), pág. 182, nota 20.

(89) Esta es la solución propugnada por ROCA SASTRE, op., cit., pág. 494.

ción preventiva en esa segunda fase del cumplimiento del legado de cosa ajena.

Unas simples consideraciones alrededor de la obligación que pesa sobre el heredero respecto al pago de este legado, dejarán sentada la conveniencia de admitir esta segunda anotación preventiva que va a recaer directamente sobre la cosa legada por el testador: no debe olvidarse que si bien la primera anotación de este legado, como de género o cantidad, cumple su misión de asegurar, en todo caso, al legatario la percepción del importe de la cosa ajena que le será debido cuando al heredero no le sea posible realizar su adquisición a fin de hacerle entrega de ella, en cambio resultará inadecuada por insuficiente, una vez que se haya producido aquella adquisición; en efecto, llegado este momento desaparece para el heredero la posibilidad de cumplir entregando la justa estimación: el objeto de su obligación, la prestación que debe, será ahora la cosa legada que él adquirió del tercero que fuera su titular, y sólo cumplirá el legado mediante la entrega de la cosa misma: la obligación subsidiaria de entregar la justa estimación, que es a lo que alcanza la garantía proporcionada por la primera anotación, únicamente entrará en juego en el supuesto de imposibilidad de prestar la cosa «in natura», supuesto ya descartado desde el instante en que el heredero dispone de la cosa, según se decía más arriba.

Y si como consecuencia de lo expuesto, la garantía que produce la anotación del legado de cosa ajena como de género o cantidad, pierde virtualidad porque no puede proporcionarle la seguridad del cumplimiento del legado de la misma forma a que tiene derecho, habrá de proveerse al legatario de un instrumento que le resulte eficaz a la hora de garantizar la percepción de la manda tal como se había previsto por el testador —es decir, mediante la entrega, por el heredero, de la misma cosa legada—, y el procedimiento que mejor sirve a estos fines es permitir al legatario, que establezca una anotación preventiva sobre la misma cosa legada; la anotación de su crédito, que pudo hacer con anterioridad, sólo le garantiza la justa estimación (90), pero no la entrega de la cosa legada, que es a lo que tiene derecho, y cuya adquisición puede asegurarse por medio de esta segunda anotación preventiva.

Concurre además, en apoyo de la admisión de este sistema, el hecho de que se dan las mismas circunstancias que, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a la que antes aludía, justifica la necesidad de las anotaciones preventivas encaminadas a asegurar el pago de los legados: también aquí hay

(90) Con esta finalidad y para resolver las posibles dudas acerca de la cantidad que ha de asegurarse con esta anotación preventiva, es conveniente hacer constar que deberá tenerse en cuenta lo dicho antes acerca de cuál sea la justa estimación de la cosa legada, ya que precisamente es esto lo que se asegura con tal procedimiento.

un legatario que, de momento, no puede reclamar la efectividad de su derecho —que es recibir la cosa legada—, y por ello debe instaurarse un medio para evitar que mientras llega el instante en que le sea posible hacerlo, pueda el heredero frustrar su legítimo derecho, enajenando aquella cosa objeto del legado, que con anterioridad había adquirido del tercero propietario de ella; y al existir una misma razón de ser, deberá aplicarse un mismo procedimiento.

Conviene recalcar la trascendencia que para el derecho del legatario tiene la admisión de esta segunda anotación preventiva sobre todo en lo que respecta a la enajenabilidad de los bienes anotados, con las importantes consecuencias prácticas que este hecho supone.

En efecto, mientras que las anotaciones de legados de género o cantidad —que será la que puede obtener el legatario de cosa ajena, antes de que ésta sea adquirida por el heredero— atribuyen a sus titulares un verdadero derecho de realización de valor, semejante al de la hipoteca, pero con prelación limitada a los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación (91), en cambio, las de legados de cosa determinada inmueble propia del testador —y la del legado de cosa ajena en la segunda fase de su cumplimiento, es decir, cuando ya la ha adquirido el heredero, que debe asimilársele como se acaba de exponer— confiere el que la realiza una doble ventaja:

En primer lugar la que supone la reserva del puesto registral a la inscripción definitiva, que podrá realizarse cuando se lleve a cabo el cumplimiento completo del legado (en cuyo caso, el procedimiento a seguir es el de una simple conversión de la anotación en inscripción (92), y

En segundo lugar produce la consecuencia de cerrar el Registro, tal como se prevé en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones por defectos subsanables del título o por imposibilidad del registrador, y la doctrina reconoce la procedencia de tal solución, estimando Roca que en este caso tal poder de cierre es consecuencia lógica del cambio de titularidad que provoca esta anotación preventiva dentro de la temporalidad del asiento; y no porque implican por sí mismas prohibiciones de disponer, sino porque la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real objeto de la anotación, y ello impide la posterior enajenación por parte del heredero (93).

Además, la posibilidad de esta doble anotación cumple otra función: como es sabido, la anotación preventiva de los legados de

(91) ROCA SASTRE, "Derecho hipotecario", cit. III, pág. 508.

(92) De acuerdo con la regla 3.^a del artículo 197 del Reglamento hipotecario.

(93) Cfr. en la obra citada, III, págs. 415 y ss. el diferente efecto de la enajenación y gravamen de los bienes afectados por anotaciones preventivas de legado, según sean de género o cantidad o de cosa específica.

género o cantidad puede pedirse «sobre cualquiera bienes inmuebles de la herencia» siempre que no se trate de bienes inmuebles legados especialmente a otros (94), y sin que a ello sea obstáculo que los bienes ya estén anotados a favor de otros legatarios (95); pues bien, esta última circunstancia puede provocar que por razón de las cargas o bienes anotados, llegue la anotación, antes de extinguirse, a ser insuficiente para la seguridad del legado, y en este caso aunque el legatario, al amparo del artículo 87 de la Ley Hipotecaria, puede pedir que se constituya sobre otros bienes diferentes, si no los hay, el derecho del legatario quedará insuficientemente protegido; de aquí que una solución sea anotar a su favor la cosa que del tercero adquirió el heredero, a fin de asegurar la efectividad de su legado, mientras que la entrega de la cosa ajena por el heredero o legatario gravado autoriza a convertir la anotación en inscripción definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 3.^a del artículo 197 del Reglamento Hipotecario, de aplicación a este supuesto.

Creo que todas estas razones justifican sobradamente la admisión de esa duplicidad de anotaciones para las dos fases sucesivas del cumplimiento del legado de cosa ajena, por no existir consideración que se oponga a ello y ser medio el más eficaz de garantizar los derechos propios del beneficiario de un legado de este tipo.

(94) Ley hipotecaria, artículo 48.

(95) Artículos 48 y 54 de la Ley hipotecaria.

La compilación del Derecho civil especial de Baleares

JUAN HERNANDEZ-CANUT Y ESCRIVA

SUMARIO: 1. Antecedentes inmediatos y razón de ser de la nueva Compilación.—2. Ambito de aplicación de la Compilación Balear.—3. El régimen económico conyugal.—4. Las donaciones universales.—5. La sucesión testada: A) La institución de heredero; B) La sustitución fideicomisaria; C) La cuarta falcidia; D) La legítima y los legitimarios.—6. La sucesión abintestato.—7. Los derechos reales: A) El estatge; B) Los censos; C) Los alodios.—8. La sociedad rural menorquina.—9. Las disposiciones finales.—10. La disposición adicional.—11. La disposición transitoria.

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y RAZÓN DE SER DE LA NUEVA COMPILACIÓN

El movimiento codificador del siglo XIX planteó en España un agudo problema cuando pretendió unificar en un solo cuerpo legal el Derecho civil de la comunidad española.

El Proyecto de Código más importante, el de 1851, no llegó a ser Ley, entre otras razones, por haber desconocido las instituciones que en ciertas regiones, debido a su tradición histórica y a su autonomía legislativa, tenían una vigencia y uso muy arraigado.

De aquí que surgiera la fórmula transaccionista de los artículos 12 y 13 del vigente Código civil de 1889. Según estas normas, «las disposiciones de este título en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I», es decir lo que el título preliminar del Código civil contiene respecto a las Leyes, sus efectos y reglas generales para su aplicación, así como las que se refieren al matrimonio. «En lo demás —añade el art. 12—, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la pu-

blicación de este Código, que regirán tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.» Y el artículo 13 del mismo Código civil añadía: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.»

La cuestión, pues, era saber qué instituciones continuaban aún vigentes en la práctica jurídica balear cotermporánea con rasgos y conformación diferente a las contenidas en el Código civil; era necesario contar con una compilación escrita que paliase las dificultades de invocación de la tradición, del uso y de la costumbre que hasta la fecha actual tenían fuerza de ley entre las partes que las acogían. El Código civil las había delimitado a un doble ámbito: *a*) que estuviesen vigentes en el momento de su promulgación; *b*) que fueran opuestas a las normas contenidas en este Código. No se trataba, por tanto, de revitalizar o restaurar todos los antiguos usos y costumbres, privilegios o leyes dadas para las Islas Baleares (1). Únicamente era aceptable, por la nueva disposición civil, que se considerasen vigentes aquellos usos y costumbres que en la actualidad tenían una plena vigencia y alcance entre los pertenecientes a esta comunidad civil o regional. Además serían instituciones que fueran tratadas de modo opuesto a lo que se disponía en el Código civil.

Así lo ha expresado también la exposición de motivos de la ley de 19 de abril de 1961, que aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares. «El Código civil, en su artículo 13 —dice— sentó, con fuerza de Ley, el principio general de su vigencia en las Islas Baleares como fuente directa, dejando a salvo aquellas normas escritas o consuetudinarias que reuniesen los siguientes requisitos: ser opuestas al contenido del Código civil y estar vigentes en el momento de su promulgación.»

Diversas etapas han venido a colmar este anhelo y mandato respecto al Derecho foral balear, que se caracterizan por su enconada labor de estudio y esfuerzo por conducir las variedades que aún perviven en la región.

La etapa inicial se ha señalado en la exposición de motivos de la citada Ley de 1961, al referirse como punto de partida, para

(1) Cfr. MOLL, *Ordinacions y Sumari dels privilegis, consuecuts y bons usos del Regidre de Mallorca*, Mallorca, 1663; MARRO, *Estudio histórico-crítico de los fueros de Mallorca*. Tesis doctoral presentada en 1887; CUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca, Cédulas, Capítulos, etc.*, en 2 volúmenes, Palma, 1894-1896; SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*, en «Revista de Derecho Privado», I (1913), 33 y ss.); PASCUAL y GONZÁLEZ, *Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de Derecho Foral de Mallorca*, en «Revista de Derecho Privado», XVIII (1931), 289. PONS, *Constitucions e ordinacions del Regne de Mallorca* (S. XIII-XV). Ciutat de Mallorca, 1932.

concretar las modalidades vigentes en la práctica jurídica balear contemporáneas a la «*Memoria sobre Instituciones de Derecho civil de Baleares*» que, en cumplimiento del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, elevó a la Comisión General de Codificación el jurisconsulto mallorquín don Pedro RIPOLL y PALOU (2) y a la exposición elevada al Ministro de Justicia por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca en 30 de abril de 1881 (3). La «*Memoria*» de RIPOLL fué escrita según lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880. Como dicen PASCUAL y GONZÁLEZ (4), este trabajo merece sólo plácemes y se puede repetir lo que con galanura de estilo y exactitud en el concepto escribe PONS MARQUÉS (5): «Por su profundidad, buen sentido y notable tecnicismo superó ampliamente los fines a que estaba destinada.» Dicha «*Memoria*» contiene, al final, un Proyecto de Apéndice con su articulado dividido por materias donde se tratan: «la sucesión», «de los bienes de los casados», «de las donaciones» y «de los censos».

La «*Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del Derecho civil común y foral*» es de fecha 30 de abril de 1881 y se publicó en Palma en 1881. Este estudio va precedido de un breve preámbulo y establece, en sus trece conclusiones, las normas referentes a las principales instituciones que, a juicio del propio Colegio, es de todo punto necesario conservar. Por no haberse recogido de un modo completo en estas dos obras el Derecho civil vigente de la región balear, fue por lo que la actual Compilación tuvo en cuenta lo dispuesto por los Reales Decretos de 17 y 24 de abril de 1889 que constituían una Comisión especial encargada de redactar un Proyecto de Apéndice al Código para el Derecho foral balear. Formaban parte de esta Comisión los jurisconsultos don Pedro SAMPOL, don Manuel GUASP, don José SOCIAS, don Miguel I. FONT y don Enrique SUREDA, bajo la presidencia de don Pedro RIPOLL PALOU. Precedido de una amplia exposición, el Proyecto de Apéndice quedó redactado en 1903 con un total de 82 artículos bajo los títulos siguientes: I, «Del Estatje»; II, «De las donaciones»; III, «De la sucesión testada, con cinco secciones (1.ª, De los testamentos en general; 2.ª, De la sustitución fideicomisaria; 3.ª, De las legítimas; 4.ª, De los derechos del cónyuge

(2) RIPOLL y PALOU, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*. Palma, 1885.

(3) Cfr. «*Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada Codificación del Derecho Civil Común y Foral*». Palma de Mallorca, 1881.

(4) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca (Herencias y otras especialidades forales)*. Mallorca, 1951, pág. 37.

(5) PONS, *Derecho civil de Mallorca*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, I (Barcelona, 1950), 280.

viudo; 5.^a, De los derechos de los hijos ilegítimos); IV, De la sucesión intestada; V, Del derecho de acrecer; VI, De los bienes de los casados, con tres secciones (1.^a, De disposiciones generales; 2.^a, De la dote; 3.^a, De los bienes parafernales); VII, De los censos (6). A juicio de PASCUAL y GONZÁLEZ (7), a pesar de que intervinieron tan relevantes personalidades del foro y de la ciencia jurídica balear, el Proyecto constituye un estimable resumen del Derecho mallorquín, si bien puede objetarse que se prescindió de importantes instituciones forales, tales como la sucesión intestada, los hijos puestos en condición y la presunción muciana, omitiéndose consignar la observancia del Derecho romano como derecho supletorio preferente del Apéndice en todo lo relativo a sucesiones.

Por su parte, el Colegio de Abogados de Palma, con cierto retraso (8), emitió el 2 de junio de 1920, el Informe preceptuado por la Ley de Bases de 1888, el cual mereció la conformidad de la Diputación Provincial de Baleares en 5 de mayo de 1924. En él se decía que aspiraba al mantenimiento íntegro de lo que constituye la esencia del Derecho foral; como han podido hacer ver otros autores (9), esta finalidad no se cumple y sigue el mismo orden de materias y distribución que el anterior, omitiendo también que se declarase vigente el Derecho romano en materia de sucesiones, ya formando parte del mismo o como supletorio de primer grado.

El preámbulo de la Ley de 19 de abril de 1961 hace ver cómo «tras una dilatada pausa, la labor compiladora cobra nuevo impulso a consecuencia del Congreso de Juristas, celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre de 1946, cuyas aspiraciones fueron recogidas en el Decreto de 23 de mayo de 1947, en cuanto autoriza una «sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente». En sus conclusiones principales se descartó el sistema de Apéndices y se recomendó la necesidad de un estudio de las instituciones forales (10).

A este Decreto de 1947 le sigue la Orden de 10 de febrero de 1948, por la que se designó la «Comisión de Juristas de Baleares» que debía realizar el estudio y ordenación de las institucio-

(6) Cfr. «Proyecto de Apéndice al Código civil español» (Comisión especial de Derecho Foral de las Islas Baleares). Palma, 1916.

(7) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 57.

(8) «Derecho foral. Informe del Colegio de Abogados sobre el Proyecto de Apéndice al Código Civil». Palma, 1921.

(9) Cfr. PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 58.

(10) Cfr. PASCUAL SERRÉS, *Ante el Congreso civil de Zaragoza*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 3 (1945), 43; OLIVAR DAMI, *El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza*, en «Rev. Jur. de Cataluña», 6 (1946), 3; LACRUZ BERDEJO, «El Congreso Nacional de Derecho civil en 1946, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I (1948), 145; DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España, I. Parte General*, 3.^a ed. Madrid, 1955, pág. 232.

nes del Derecho civil especial vigentes en aquel territorio. Añade el preámbulo de la Ley de 1961 que «esta Comisión, en 22 de febrero de 1949, formuló el Anteproyecto de Compilación que culmina el dilatado ciclo de las actividades compiladoras, manteniendo en sus líneas generales el contenido de los proyectos de 1903 y de 1920» (11). El plan de Proyecto de 1949 comprende dos partes: exposición de motivos con plan, y el articulado. En la primera parte se establece el plan general bajo los límites asignados, con la aplicación razonada de las adiciones y modificaciones a los dos anteriores Proyectos. La segunda, se distribuye en títulos, secciones y 78 artículos con una disposición final.

La actual Compilación del Derecho Civil *especial* de Baleares fue promulgada por la Ley de 19 de abril de 1961. Se dice en el preámbulo que «la Compilación implica, por definición, la caducidad de los derechos supletorios regionales, que pasan a fundirse con las fuentes de derecho *principal*, con el mismo rango que éstas, en un cuerpo escrito de aplicación directa y primaria que ha de contener, taxativa y exhaustivamente, todo lo que sea el derecho peculiar de cada región, pues las materias que carezcan en sí de precepto aplicable entrarán en la órbita del Código civil vigente como derecho de primer grado». La afirmación que aquí se contiene es expresiva de la política legislativa que se llevó a cabo con la publicación de la Compilación balear y, en general, con las demás regiones forales (Vizcaya, Alava y Cataluña, hasta ahora). También se aclara «que viene determinada por exigencia del artículo 6.º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888», aunque se advierta el propósito claro de un paso, ya muy cercano, que tiende hacia la unificación de nuestro Derecho positivo civil, donde se tomen en cuenta los rasgos más esenciales de esta tradición vivida y mantenida por las diversas regiones españolas.

Con la nueva Compilación puede decirse que se cierra el largo ciclo de aplicación directa del Derecho romano postelásico, contenido principalmente en el «*Corpus iuris romanum*». El corte, sin embargo, no es repentino; la Exposición de Motivos dice que «extinguida, como se proclama en el artículo segundo y en las disposiciones finales, la imposibilidad de invocar directamente los textos romanos, surgió inmediatamente la preocupación de atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano contiene de sustantivamente vigente en Mallorca». Se pretende abrir una ruta que no conduzca a divagaciones y hacia lo múltiple; se trata de una «concentración» —dice el preámbulo— operada, sobre todo en el campo del derecho positivo sucesorio y económico-conyugal mallorquín. «Por otra parte —añade—, esta labor de

(11) La Comisión estuvo formada, como Presidente, por D. Gonzalo Fernández de Castro, y, como Vocales, por D. Manuel Cerdó, D. José Quiñones, D. Gabriel Subías, D. Germán Chacártegui, D. Juan Alemany Vich y D. Félix Pons.

integración positiva se ha completado con la exclusión de aquellas otras instituciones romanas que no han tomado arraigo en la conciencia jurídica del país y, por tanto, en nada sirven a la homogeneidad de su sistema de derecho y, en todo caso, de aquellas otras que resulten inconciliables con las exigencias de la sociedad actual.» Es decir, que si la tradición romana constituía un elemento integrante del derecho consuetudinario de la región (12), se ha procurado incorporarla a las instituciones en la medida en que compone su práctica actual, pero sin dilatarla fuera de las fronteras que carecen de vigencia. Como ha dicho Ursicino ALVAREZ (13), la verdadera piedra de toque para apreciar la subsistencia actual de un Derecho foral es el arraigo que tenga en la conciencia colectiva de la región, revelada por las costumbres jurídicas; por eso cree que la obra de los jurisconsultos debe orientarse a la contrastación y fijación de tales costumbres. Y éste ha sido el criterio de nuestro legislador a la hora de compilar el Derecho civil especial de Baleares.

2. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA COMPILACIÓN BALEAR

El artículo 1.º de la nueva Compilación dispone: «El Derecho civil Especial de Baleares tendrá aplicación en el ámbito que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.»

De este precepto se desprende el ámbito espacial de aplicación de la vigente Compilación comprensiva de la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, o sea, la que alcanza a todas las personas que habitan el archipiélago balear (Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera).

La redacción de este artículo primero creemos ha perdido en claridad respecto a la formulada en el Proyecto de Apéndice de 1949, pues allí se establecía taxativamente su vigencia en Baleares y fuera del territorio en los casos de aplicación del estatuto personal a los baleares mientras que ahora se hace tan sólo una referencia al ámbito local de aplicación. La justificación que se daba por los compiladores era de doble alcance al manifestar que «si el estatuto personal de los baleares hubiera de cambiar con el territorio en que residieren, los aforados vendrían a disponer de dos o más legislaciones para regular su vida civil y con su permanencia aquí o su traslado accidental a la España peninsular o a otro punto, podrían acomodarse a una o a otra para satisfacer bajas conveniencias o arbitrarios designios».

(12) Cfr. PASCUAL y GONZÁLEZ, *El Derecho romano como supletorio del Derecho civil especial de Baleares*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 59-2 (1960), 151.

(13) ALVAREZ SUÁREZ, U., *Los derechos provinciales romanos y el problema del Derecho Foral español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-4 (1948), 1.330.

A pesar del sentido taxativo, o de la interpretación literal, que este artículo primero de la Compilación presenta al referirse textualmente al ámbito territorial —*lex rei sitae*—, hemos de considerar que el balear que disponga de sus bienes inmuebles allí radicados, conforme a su Derecho civil especial, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, rige para él el estatuto personal. Y parece que fué innecesaria esta constatación —que supondría una mera repetición—, debido a lo ya dispuesto por el artículo 14 del Código civil. Se dice allí que «conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11 respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil».

De aquí que, el artículo 2.º de la actual Compilación balear declare: «De conformidad con lo establecido en el Código civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal.» Y añade: «Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se deriva.»

Por lo tanto, la conclusión a que se llega, respecto al ámbito de aplicación del Derecho civil especial de Baleares, es la de su aplicación territorial, dentro del complejo isleño, así como su alcance personal respecto a los nativos que tengan la vecindad civil balear (art. 15 del Código civil), aun cuando residan fuera de la región.

La novedad que aporta la Compilación, según hace ver uno de los vocales, SUBIAS FELIU (14), es la de precisar las disposiciones aplicables en cada una de las islas que forman el archipiélago balear, que no fué acogida en los proyectos anteriores.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

Una de las notas que caracterizó el régimen económico conyugal de Baleares fué la adopción del de separación absoluta de bienes. Los compiladores de 1949 habían dicho que se trataba de un principio incontrovertible (15). Sin embargo, no faltó alguna voz que abogase por la repulsión de tal régimen e hiciese

(14) SUBIAS FELIU, *La Compilación del Derecho Civil especial de Baleares*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 210 (1961), 623.

(15) En este punto la doctrina está generalmente de acuerdo; cfr. MAS-CARÓ, *Ensayos jurídicos, Derecho Foral de Mallorca*, 3.ª ed. Palma, 1904; SALVA y RIBERA, *Derecho de familia en Mallorca*. Palma, 1918; BALLESTER, *Costumbres populares de Menorca*. Mahón, 1905, pág. 39.

notar la necesidad de regular la posesión de los bienes adquiridos pro indiviso (16).

La vigente Compilación dispone en su artículo 3.º que «el régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales», por lo que se da preferencia al sistema paccionado o de autonomía de la voluntad de las partes. De este modo, los futuros cónyuges disponen a su antojo, dentro de los límites de moralidad, orden público y buenas costumbres, lo que mejor tengan a bien para regir su economía doméstica.

Por lo que a las islas de Ibiza y Formentera se refiere, también, según el artículo 66, «podrá pactarse en capitulaciones matrimoniales, conocidas con el nombre de «espolits», el régimen económico a que hayan de sujetarse los bienes de los casados».

«A falta de contrato sobre los bienes —previene, además el artículo 3.º—, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos.» En iguales términos proclama el párrafo segundo del artículo 66 para las islas de Ibiza y Formentera. El artículo 4.º se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que este régimen implica y los límites de su contenido. Dice: «En régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.» Y aclara: «Tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tienen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición, y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge.» Esta tendencia del régimen de separación fue confirmada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, quien en todo momento ratificó la singularidad existente en la región balear (17).

La nueva Compilación, como dice su preámbulo, proclama con mayor energía la autonomía patrimonial de ambos consortes en el régimen legal de separación de bienes, se omite la alusión al «excreis», como institución caída en evidente desuso en las Islas, y se suprime, decididamente, la discutida presunción muciana, confiando la protección de los acreedores y legitimarios a las acciones normales de simulación del Derecho común.

Y, el citado artículo 4.º añade, que «serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados». Por último,

(16) Cfr. COLL, *El régimen matrimonial de bienes*, en la reseña del periódico «Menorca», de 26 de febrero de 1948.

(17) Cfr. SS. 15 abril 1889, 27 noviembre 1916, 16 mayo 1928, 13 abril 1926 y 17 febrero 1940.

dice: «La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él.» Era esta última una antiquísima costumbre, y como el Derecho romano se lo prohibía, el Proyecto de 1949 hubo de añadir en su texto articulado que no era necesario renunciar a los beneficios de la Anténtica «*Si qua mulier*» y al Senadoconsulto Veleyano. Actualmente se prescinde de hacerlo constar al haberse derogado el resto de los textos romanos que actualmente no tienen vigencia y que no han sido incorporados a la nueva Compilación.

No podía faltar una norma preceptiva que cualificase aquellos bienes que, no siendo privativos, tienen una titularidad común. Por lo tanto, el párrafo final del art. 3.º de la nueva Compilación manifiesta que «perteneceán por mitad y por pro indiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno». Según SUBIAS (18), el precepto constituye algo del todo nuevo y hasta el presente desconocido en el país y cuyo engranaje con el sistema que en él rige no se ve nada claro, por lo cual y por lo mucho que se presta a discusiones y litigios, considera poco feliz su inclusión en el texto. En definitiva, cree que el precepto ha de ser entendido en el sentido de que, mediante su aplicación quedará establecida, entre los cónyuges, una comunidad de bienes de las definidas en el artículo 392 del Código civil.

Dentro del régimen económico matrimonial, en el título primero de la Compilación, bajo el artículo 5.º se recoge lo referente a la constitución de la dote o «axóvar». Aquí supone una novedad el haberse decidido por el sistema del Derecho común, aunque, en verdad, ya fue propugnada tal decisión en el Proyecto de RIPOLL (art. 20) y por la Comisión de 1903 (art. 67), si bien los Proyectos de 1920 y 1949 mencionan algunas especialidades.

Como atestigua PASCUAL y GONZÁLEZ (19), la constitución de la dote es rarísima actualmente en Mallorca, aunque más frecuente en Menorca e Ibiza. Lógica fué, pues, la redacción del artículo 5.º de la nueva Compilación al decir: «La constitución de la dote será siempre voluntaria y se regirá por las normas de la Ley común».

En cuanto a las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera, la constitución de la dote será siempre voluntaria y se regirá por las normas de la Ley común, según el artículo 67 de la compilación. Pero una especialidad la otorga el artículo 68 al decir que, «el varón puede constituir en favor de la mujer soltera, con la cual trate de contraer matrimonio, aumento de la dote o «escreix», hasta la cuantía de una cuarta parte de aquélla». Tal fue el importe ya fijado por privilegio de Sancho I

(18) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 628.

(19) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, *cit.*, pág. 102.

de Mallorca en 1316 (20), y la jurisprudencia (21) y la doctrina (22) manifiestan que su cuantía es por costumbre local en Ibiza y Menorca de un cincuenta por ciento de la dote.

4. LAS DONACIONES UNIVERSALES

La donación universal es una institución que tiene una especial modalidad en Mallorca, singularmente, cuando es realizada a favor de los hijos, en beneficio de la futura esposa, en contrato matrimonial, o bien a los extraños, pudiéndose comprender en ella todos los bienes presentes y futuros, si bien con ciertas reservas en favor de los donantes o de sus cónyuges. Tal es la doctrina tradicional que reconocen la doctrina (23), el Tribunal Supremo (24) y los sucesivos proyectos de codificación del Derecho foral (25), y que subsiste en la realidad balear.

El capítulo segundo del título segundo, de la nueva Compilación, también prescribe y sistematiza esta tradicional institución bajo el epígrafe «de las donaciones universales».

Dice el artículo 8.º que «la donación universal de bienes presentes y futuros, valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte, será irrevocable. El donante habrá de reservarse en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias».

Los autores han hecho ver cómo se trata de un verdadero pacto entre vivos, con una efectividad aplazada a la muerte del donante o de su esposa, con un valor igual que la reserva de usufructo (26).

El artículo 9.º de la nueva Compilación añade que «no altera el carácter universal de la donación la reserva que el donante hiciere de la facultad de disponer de algunos bienes o de alguna cantidad con cargo a lo donado. Si falleciere sin hacer uno en todo o en parte de tal facultad, aquello de que no hubiese dispuesto corresponderá al donatario universal». Se trata de una

(20) Cfr. *Llibre den Sant Pera*, folio 182, y CUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca, Cédulas, Capítulos*, cit., pág. 77.

(21) Cfr. Sentencias de la Audiencia de Palma, de 21 de junio de 1898 y de 7 de marzo de 1946.

(22) Cfr. BALLESTER PONS, *Las instituciones forales de Menorca. Mahón*, 1899, pág. 35.

(23) Cfr. MONTÓN y OCAÑO, *Las donaciones matrimoniales en el Derecho civil Foral*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 118, 885.

(24) SS. 14 noviembre 1887, 20 octubre 1908 y 14 diciembre 1920.

(25) Art. 5.º del Proyecto de 1903, art. 4.º del Proyecto de 1920 y artículo 6.º del Proyecto de 1940.

(26) Cfr. RIPOLL y PALOU, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*; cit. pág. 35; SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*, en «Revista de Derecho Privado», I (1913), 38. Le atribuye carácter mixto, SALVÁ, *Derecho de familia en Mallorca*. Palma, 1918, pág. 145.

reserva ya tradicional en el Derecho balear y que la jurisprudencia territorial ha tenido ocasión de contemplar (27).

Sobre la naturaleza jurídica de este donatario universal, el artículo 10 dice que el «de bienes presentes y futuros tendrá la condición de heredero del donante y, como tal, representará a la herencia en juicio y fuera de él. Su título será suficiente para promover y ser parte en el juicio de testamentaria». Es decir, que al donatario universal se le considera como un heredero, por lo que estas donaciones participan de la naturaleza de instituciones hereditarias, según reconoció también el Tribunal Supremo (28) y se hizo constar en los sucesivos proyectos de Apéndice al Código civil (29).

La nueva Compilación se preocupa de delimitar las posibles situaciones que esta figura pueda crear y las soluciones más aptas. De este modo, el artículo 11 especifica que «el designado como heredero de bienes, no incluidos en la donación universal, tendrá el carácter de instituido de cosa cierta y determinada, y será considerado como legatario». Y el artículo 12 añade que «La donación universal revoca los testamentos anteriores del donante, siendo, en cambio, eficaces los posteriores en la medida necesaria para la disposición de los bienes excluidos de la donación»... Además, según el artículo 13 «en la donación universal podrá el donante establecer cualesquiera limitaciones, condiciones y sustituciones conforme a lo preceptuado para la sucesión testamentaria. También podrá el donante encomendar a otra persona las facultades de distribución conforme a los artículos 18 y siguientes. El nombramiento de donatarios sucesivos no podrá sobrepasar los límites señalados para las sustituciones fideicomisarias. En las donaciones que otorgue el cónyuge bínubo a favor de su segunda o ulterior consorte, cuando concorra el supuesto del artículo 53, no podrá exceder del límite establecido en el mismo».

Respecto a los elementos formales hay que considerar el requisito de la insinuación, la necesidad de la aceptación y escritura pública y su inscripción en el Registro. En cuanto al primer requisito formal, el Styl 13 de las Ordenaciones de Arnaldo de Bril, de 1344, establece que no se requiere insinuación en ninguna de las donaciones otorgadas en este territorio, siempre que renuncien a las leyes que establecen la nulidad de las donaciones que se hagan sin tal requisito (30). La aceptación del

(27) Cfr. Sentencia de la Audiencia de Palma de 22 de diciembre de 1880.

(28) Sent. 14 noviembre 1887.

(29) Proyecto de 1903 (art. 10); Proyecto de 1920 (art. 10); Proyecto de 1940 (art. 11).

(30) Cfr. PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 147; RIPOLL PALOU, *Op. cit.*, pág. 321; MOLL, *Ordinacions y Sumari dels privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca*, Mallorca, 1.663, pág. 124. Y las Sen-

donatario y acuerdo de voluntades es imprescindible; tanto es así que, por los hijos nacederos, el Notario autorizante acepta la escritura (31). La necesidad de hacerse en escritura pública es algo aceptado consuetudinariamente, según confirma la jurisprudencia (32). La inscripción en el Registro es una consecuencia de su efectividad frente a terceros y de las disposiciones de la vigente Ley hipotecaria (33).

La única novedad que aporta la Compilación, a juicio de SUBIAS (34) es la de haber preferido el término «distribuidor» al de «distributivo», ya preferido por PASCUAL y GONZÁLEZ en su obra «Derecho civil de Mallorca».

5. LA SUCESIÓN TESTADA

Ha sido en la sucesión testada, aclara el preámbulo de la Ley de 1961, donde se ha sentido con mayor necesidad la de «atraer a la Compilación todo lo que el Derecho romano contiene de sustantivamente vigente en Mallorca».

Así, la sucesión testada viene regulada en la nueva Compilación balear en el capítulo tercero, donde se sistematiza en cuatro secciones, correspondientes: a) A la institución de heredero; b) A la sustitución fideicomisaria; c) A la cuarta falidia; d) Y, a las legítimas.

A) LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

La institución de heredero —dice el artículo 14— es requisito esencial para la validez del testamento. Al igual que el Derecho romano, sin institución de heredero no existe testamento y no puede haber sucesión testamentaria. Como advierten los autores (35), es la posición contraria al artículo 764 del Código civil, ya que el derecho sucesorio *mortis causa* en Mallorca, es el Derecho justinianeo. No puede, pues, existir testamento válido sin institución de heredero, ni tampoco institución de heredero que no sea hecha en testamento. Al igual que en la sucesión romana, el heredero es sucesor universal de todos los bienes, derechos y acciones de su causante, así como de sus obligaciones.

La Compilación se refiere, además, a las modalidades que

tencias de la Audiencia de Palma de 29 de diciembre de 1904 y 14 de diciembre de 1920.

(31) Cfr. Sentencia de la Audiencia de Palma de 21 junio 1898.

(32) Sent. Tribunal Supremo, 14 noviembre 1887 y de la Audiencia de Palma de 22 diciembre 1886.

(33) Cfr. Las Resoluciones de la Dirección General de 26 septiembre 1901, 8 agosto 1910 y 24 noviembre 1925.

(34) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 629, núm. 10.

(35) Cfr. MASCARÓ, *Ensayos jurídicos Derecho foral de Mallorca*, cit., pág. 15; BALLESTER, *Memoria*, cit., pág. 55; PASCUAL y RUIZ, *La institución de heredero distributivo*, en «Revista de Derecho Privado», XVIII (1931), 116; PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 180.

puede adquirir la institución de heredero. Dice el artículo 15 que «el heredero o herederos instituidos sólo en cosa cierta, cuando concurren con heredero o herederos instituidos sin esa asignación, serán considerados como simples legatarios. Pero si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta se estimarán legatarios de ella, y en cuanto al resto de la herencia, tendrán el carácter de herederos universales, por partes iguales si fueren varios. El heredero instituido sólo en usufructo se equiparará al heredero instituido en cosa cierta». El artículo 16 añade: «El que es heredero lo es siempre, y, en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio».

En estos dos artículos se sigue la tradición romana como han demostrado los romanistas (36). En Derecho romano no se puede instituir heredero bajo condición resolutoria ni a término, pues iría contra el principio *«semel heres semper heres»*. Las condiciones impuestas que tengan carácter imposible y burlesco, las prohibidas por la Ley o las contrarias a las buenas costumbres, se consideran como no puestas; sólo caben las potestativas lícitas (37). El instituido tiene un derecho eventual a la herencia; ésta se defiere al instituido, retro trayéndose la aceptación a la muerte del testador.

Según el artículo 17 de la Compilación se recoge la práctica del codicilo. «Mediante codicilo —dice— el otorgante puede adicionar o reformar su testamento o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos abintestato, pero en ningún caso puede instituir heredero, revocar la institución anteriormente otorgada o excluir algún heredero de la sucesión, establecer sustituciones, salvo las fideicomisarias y las preventivas del residuo, desheredar a legitimarios ni imponer condición al heredero. Podrá, no obstante, en el codicilo, expresar el nombre del heredero o herederos y determinarse la porción que en cada uno de ellos deba entenderse instituido, con las limitaciones establecidas en este artículo. Los codicilos han de otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos. El testamento podrá contener la cláusula de que si no pudiera valer como tal, valga como codicilo».

Son, pues, los codicilos actos *mortis causa* por los que se adiciona o reforma un testamento en sus disposiciones accesorias; también es posible otorgar codicilo sin hacer testamento, sin que se incurra en incompatibilidad de la sucesión testada e intestada. Los requisitos que debe contener el codicilo son los mismos que para el testamento. Ello se aceptó a partir de la Real Orden de 30 de junio de 1837; sin embargo, las diferencias entre ambos son de fondo, según reconocieron ya los proyectos

(36) Cfr. MAYNZ, III, 306; SERAFINI, II, 367; WAN WETTER, II, 422.

(37) Dig. 28, 5, 4, y 34.

anteriores (38) y no puede caerse en el error de confundir el testamento nuncupativo y el codicilo, tal como la Audiencia de Palma hizo en su Sentencia de 4 de julio de 1908 (39). No cabe institución de heredero en el codicilo, ni modificarla, ni establecerse sustituciones directas ni desheredar: es la diferencia esencial que existe con el testamento. El codicilo es el medio adecuado para establecer mandas, legados y fideicomisos, sin alterar la esencia del testamento.

Dice el artículo 18 de la Compilación que «el testador podrá encomendar a la persona instituída, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, que, por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio «distribuidor», libremente o con las condiciones y limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas». Y, el artículo 19, añade: «La asignación o distribución hecha por el «distribuidor» será revocable si se hace en acto de última voluntad, y no lo será si se realiza inter vivos.» «Si el «distribuidor» —prescribe el artículo 20— por cualquier causa, dejare de efectuar la asignación o distribución, se estará a lo previsto para el caso en el testamento, y, a falta de disposición especial, se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador que, sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado de entre los individual o genéricamente designados por él». «Los bienes omitidos al hacerse la distribución —añade el artículo 21— pasarán a los parientes de grado más próximo a que se refiere el artículo anterior. Por el contrario, la asignación a un solo heredero le atribuye todos los bienes sobre los que recayese la facultad del «distribuidor», aunque éste, por omisión, no los hubiere mencionado.» Además, según el artículo 22, el «distribuidor» no podrá detraer la llamada cuarta trebeliánica. Si no estuviere expresamente facultado por el testador, y los destinatarios de los bienes tendrán la condición de herederos del testador —a tenor del artículo 23—, aun cuando en la distribución se les asigne cosas determinadas, sin que en este caso el «distribuidor» pueda detraer la «cuarta falcidia».

Como hace ver PASCUAL Y RUIZ (40), el cumplimiento de la obligación o uso de la facultad distributaria, puede ser en acto inter vivos y, entonces, es irrevocable, o en testamento, siendo,

(38) Proyecto de 1903 (arts. 14 y 15); Proyecto de 1920 (arts. 13 y 14); Proyecto de 1940 (arts. 15 y 16).

(39) En ella se afirmaba que «viniendo, por tanto, esta disposición legal (R. D. 30 junio 1837) a borrar toda diferencia extrínseca, entre el testamento nuncupativo y el codicilo, pudiéndose en éste en Mallorca variar la institución de heredero o establecer nuevas condiciones según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 junio 1877».

(40) PASCUAL Y RUIZ, *La institución de heredero distributivo*, cit., pág. 118.

según la antigua costumbre, siempre revocable (41), aunque según el Tribunal Supremo es necesario distinguir: 1.º Si el distribuidor es simplemente heredero usufructuario, una vez usada la facultad, no puede revocarse, salvo que se faculte expresamente para ello. En este sentido, la sentencia de 31 de marzo de 1876 y las sentencias de la Audiencia de Palma de 13 de noviembre de 1930 y 9 de junio de 1933 afirmaban que «una vez llevada a efecto la facultad concedida por el testador, aquella queda *ipso facto* cumplida; sin que pudiera, por tanto, repetirla haciendo posteriores nombramientos; y 2.º) Si el distribuidor es propietario puede revocarla cuantas veces quiera. En este sentido también se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 1883.

Por último, el artículo 24 de la Compilación dice que «los instituidos en una misma cláusula del testamento y llamados a un mismo bien o porción señalada de bienes acrecerán entre sí respecto a ellos con exclusión de los restantes coherederos. En lo demás —añade—, el derecho de acrecer se regirá por la legislación común. Pero si por aplicación de ésta resultaren porciones vacantes, con ellas se incrementarán proporcionalmente las cuotas de todos los coherederos».

En este punto, la Compilación vuelve a mostrarnos la tendencia a integrarse con el sistema del Código civil; mientras se mantiene, por un lado, el derecho de acrecer de ascendencia romana (42), por otro, se declara como fuente supletoria, de lo no expresamente normado, por el Código civil. Si bien éste cuerpo legal se inspiró en la tradición romana a través de las Partidas, no se funda en las mismas razones en cuanto a la herencia testada, por ser perfectamente compatibles ambas sucesiones (43). Como se ha expuesto en el preámbulo de la nueva Compilación, «para caracterizar la esencia del peculiar sistema sucesorio se proclaman, trayéndolos al articulado, los principios informadores de la sucesión romana, en orden a la incompatibilidad de ambas ramas sucesorias, a la esencialidad de la institución de herederos y a la naturaleza jurídica de la porción legítima». Se prefirió, según aclara SUBIAS (44) aplicar las normas comunes en las que, con mayor sencillez, es perceptible el aliento de un mismo espíritu, que las normas sobre el derecho de acrecer del sistema romano, más complicadas y de aplicación hoy desconocida.

Respecto a las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera, dispone el artículo 70 que «solamente en «espolits»

(41) Cfr. Proyecto de Apéndice de 1903 (art. 18); Proyecto de Apéndice de 1920 (art. 10); Proyecto de Apéndice de 1949 (art. 21).

(42) Cfr. MARTÍ MIRALLES, *El derecho de acrecer entre los llamados «ex equis portionibus»*, en «Revista de Derecho Privado», XVII (1930), 65.

(43) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., IV, pág. 486, y las SS. 18 octubre 1914, 5 junio 1917, 2 marzo 1926 y 6 marzo 1944, 5 julio 1949 y 15 febrero 1957.

(44) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 631.

podrá otorgarse hereditariamente en favor de los hijos nacederos. Pueden ordenar heredamiento quienes tengan capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales según el Código civil. Podrán otorgarse personalmente o por apoderado con poder especialísimo para ello». «El heredamiento válido —añade el artículo 71— revoca el testamento anterior. El posterior sólo será eficaz en cuanto lo permita la reserva para testar o en el que expresamente se hayan excluido determinados bienes del heredamiento.» Además, según el artículo 72, «el heredamiento no quedará sin efecto por causa de preterición, sin perjuicio de que los legitimarios puedan reclamar su legítima. Limitado el heredamiento a una parte de los bienes, la parte excluida se entenderá comprendida en él si el heredante hubiera fallecido sin disponer de ella». El artículo 73 afirma que «el heredante conservará hasta la muerte el dominio y pleno goce de sus bienes, con facultad de disponer de ellos a título oneroso y de buena fe. Las enajenaciones en fraude del heredamiento serán nulas, sin perjuicio de la protección que corresponda a terceros adquirentes a títulos oneroso y de buena fe, y de las acciones de simulación que procedan». A continuación, en el artículo 74, se precisa lo que los heredantes pueden en virtud del heredamiento, así: «atribuirse recíprocamente el usufructo universal, reservarse, con las limitaciones que ellos mismos se impongan, la facultad de designar por testamento posterior el hijo o hijos que han de ser herederos; pactar que el cónyuge sobreviviente puede efectuar la elección entre los hijos comunes del o de los que han de ser herederos, caso de no haberlo hecho el premuerto, y establecer cual de ellos lo sea, sobre la base de las preferencias de masculinidad y primogenitura, para el supuesto de haber muerto los heredantes sin haber hecho la designación». «La designación de herederos —añadirá el artículo 75— hecha por el cónyuge sobreviviente en acto entre vivos es irrevocable. La designación ordenada por testamento es revocable.»

Por último, puntualiza para las islas de Ibiza y Formentera (45) por el artículo 76, que «instituido heredero en «espolits» el hijo varón no pueden representarle sin perjuicio de sus derechos legitimarios, sus hijos o descendientes, si aquél premuere al heredante, es incapaz o indigno para sucederle o repudia la herencia. En estos supuestos se entenderá llamado el hijo varón que le siga en edad o, en su caso, la hembra mayor habida del matrimonio (que sea hábil para suceder al heredante).

B) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Los fideicomisos, que tienen una ascendencia griega y romana, alcanzan una gran popularidad en el territorio balear. Dice

(45) Cfr. COSTA RAMÓN. *Derecho foral ibicenco*, en «Revista Ibiza», 20-29 (1950), 1 ss.

RIPOLL (46) en su «Memoria» que «por consecuencia de la facultad que nuestras antiguas leyes concedieron para establecer fideicomisos y vinculaciones, llegaron éstas a ser tan numerosas en este territorio, que apenas se leía un testamento que no contuviera una fundación fideicomisaria». Sin embargo, en Mallorca el fideicomiso familiar total no existía, ya que se debían de distraer las legítimas, la cuarta Trebeliánica y, también, las impensas y mejoras efectuadas por el fiduciario (47). Su característica es la de mantener y conservar en sucesivas generaciones de una familia determinada los bienes de la herencia (48).

Una de las reformas, que ha afectado más al fideicomiso balear en la nueva Compilación, es en su limitación y concordancia con lo dispuesto por el Código civil (llamamientos que no pasen del segundo grado, art. 781). Fue tradicional el criterio del Derecho romano (Novela 159), que permitía hasta el cuarto grado, y así lo había proclamado el Tribunal Supremo (49) y los Proyectos anteriores (50). El artículo 25 de la nueva Compilación dice: «En las sustituciones fideicomisarias familiares solamente tendrán eficacia los llamamientos sucesivos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación de número. En las que no sean familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos. No existirá limitación de número en los llamamientos a favor de personas que vivían al tiempo del fallecimiento del testador.» Con lo cual se modifica el Derecho hasta ahora vigente.

Según hace ver PASCUAL GONZÁLEZ (51) respecto a si la palabra «grado» (tanto en el texto romano como en el Código civil) significa «generación» o «llamamiento», se ha discutido mucho y la jurisprudencia ha sido vacilante. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1940 afirma que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las instituciones. Ya anteriormente, la sentencia de 1905 declaró que «grado» en el fideicomiso familiar equivalía a «generación», y la Audiencia de Palma recogió este sen-

(46) RIPOLL Y PALOU, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*. Palma, 1885, pág. 15.

(47) Cfr. «Sustitució fideicomisaria», en «Revista Menorca», XXI (1924-1925), 33, 65, 97, 129 y 321; BALLESTER PONS, *El fill natural davant la condició usi sine liberis*. Sustitució fideicomisaria, en «Revista Menorca», XXII (1926), 4.

(48) SS. 11 mayo 1948 y 25 abril 1951.

(49) SS. 27 mayo 1899 y 6 junio 1905.

(50) Proyecto de 1903 (art. 20); Proyecto de 1920 (art. 21) y Proyecto de 1940 (art. 23).

(51) PASCUAL GONZÁLEZ, *Op. cit.*

tido (52). Igualmente lo acepta la nueva Compilación, según se advierte de su expresión literal (53).

Una primera afirmación es la que hace el artículo 26 de la nueva Compilación al decir: «La sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar.» La sustitución vulgar es una institución subsidiaria en que se designa otro u otros herederos para el su puesto de que el primero falte. Comprende dos casos: cuando el primer heredero no quiere serlo y cuando no puede.

La Compilación recoge, después, los supuestos especiales. En primer lugar, se refiere al fideicomisario condicional. El artículo 27 establece que «el fideicomisario condicional que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus sucesores. Pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar a favor de éstos una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituido». La condición más frecuente en los fideicomisos familiares es que fallezca el heredero sin hijos o cuando éstos no lleguen a la edad de testar.

En segundo lugar, la Compilación se refiere a los «hijos puestos en condición». Con esta expresión se designa a los hijos de los herederos sucesivamente llamados por el testador, cuando éste hace depender de la existencia de tales hijos, respecto de cada uno de los instituidos, la adquisición definitiva e irrevocable de la herencia (54). Ahora se establece en el artículo 28 que «los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de un modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos». Esta ha sido una cuestión muy importante y la que doctrina (55) y jurisprudencia anteriores (56) resolvieron en este sentido que hoy recoge la Compilación.

Otra modalidad de las sustituciones fideicomisarias es que el fiduciario pueda detraer la llamada «cuarta trebeliánica», al hacerse la restitución. «La trebeliánica —dice el párrafo segundo del artículo 29 de la Compilación— consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitada previa deducción de los gastos y deudas y de las legítimas, incluso la que corresponda al propio fiduciario».

(52) Sentencias de la Audiencia de Palma de 10 de febrero de 1910 y 30 de abril de 1926.

(53) Un estudio completísimo sobre la materia puede verse en comentario que publica Jerónimo LÓPEZ, en A. D. C., III, 2, 503.

(54) Cfr. Brocá, *Distribuciones del Derecho civil catalán vigente II* (Barcelona, 1886), 366; SAGUER, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, pág. 136; PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 296.

(55) Cfr. Brocá, *Op. cit.*, II, 368; SAGUER, *Op. cit.*, pág. 136; ALMEIDA, *Dictámenes*. Barcelona, 1920, pág. 70.

(56) SS. 24 abril 1867, 5 junio 1874, 14 octubre 1879, 27 enero 1889, 7 julio 1932, 12 marzo y 11 mayo 1948, estas últimas con comentario de BONET RAMÓN, en «Revista de Derecho Privado», XXXII (1948), 712 y ss.

Procedente del Derecho romano justinianeo, fue creada por el Senadoconsulto Pegasiano para favorecer la aceptación por parte de los fiduciarios. Vigente en Mallorca, tradicionalmente, según constata la jurisprudencia de la Audiencia de Palma (57), se aceptó siempre en los Proyectos de Apéndice al Código que se fueron confeccionando (58). Ahora, el citado artículo 29 de la Compilación dispone en su párrafo primero que «el fiduciario que hubiere practicado inventario de la herencia fideicomitida podrá detraer la llamada cuarta trebeliánica si el fideicomitente no lo hubiera prohibido expresamente. Este derecho es transmisible a los propios herederos». La nueva redacción ha perfilado los requisitos que condicionan su ejercicio. El párrafo tercero del citado artículo prescribe: «Son requisitos que inexcusablemente deberán cumplirse para que pueda usar el fiduciario de este derecho:

a) Que el inventario de la herencia fideicomitida, que necesariamente deberá ser judicial o notarial, esté terminado dentro de los ciento ochenta días siguientes a su delación, a excepción de que los bienes que la constituyen se encuentren en municipios distintos, o que el fiduciario resida fuera de la Isla, en cuyos supuestos el plazo será de un año.

b) Deberá convocarse con treinta días de antelación a los fideicomisarios si fueren conocidos y, de no serlo, al representante del Ministerio Fiscal.

c) Se efectuará el inventario en el lugar donde el causante tuviere su domicilio.»

Los derechos y obligaciones del fiduciario son recogidos por la Compilación en los artículos siguientes. El artículo 30 manifiesta que «el fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones, con la obligación de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensas de ésta». «El fiduciario que no se acoja al beneficio de inventario —añade el artículo 31— responde de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho a reintegrarse con cargo a la herencia.» Y, según el artículo 32, «los gastos extraordinarios de conservación y refacción serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia». Además, «el fiduciario —artículo 33— podrá, por ministerio de la Ley, enajenar y gravar, en concepto de libre, los bienes fideicomitidos: a) mediante el consentimiento de los fideicomisarios, b) para satisfacer de su cuota legítima y de la llamada cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos; c) para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos». «También podrá el fiduciario —dice el ar-

(57) Sent. de la Audiencia de Palma de 6 de junio 1886 y 7 diciembre 1934.

(58) Ya la Real Cédula de 31 de agosto de 1736 hacía mención de la cuarta Trebeliánica, cfr. RIBOLL, *Memoria, cit.*, art. 50 del Proyecto; Proyecto de 1903 (art. 22), Proyecto de 1920 (art. 23); Proyecto de 1949 (art. 25, núm. 2).

título 34—, previa autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente, enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir su parte en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. En el expediente de autorización judicial serán citados y oídos los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal, en el caso de que no fueren conocidos o no comparecieren». Entre las obligaciones del fiduciario, el artículo 35 dispone que «el fiduciario o sus herederos vendrán obligados a entregar la posesión de la herencia al fideicomisario dentro de los treinta días siguientes al requerimiento procedente: si no lo hicieren, tendrán la consideración de meros detentadores». La Compilación sigue precisando la sustitución fideicomisaria en el artículo 36; según este precepto, «el fideicomisario no podrá entrar en posesión de la herencia fideicomitida sin la previa liquidación correspondiente. El fiduciario o sus herederos disfrutarán del beneficio de retención de los bienes fideicomitidos mientras no sean reintegrados del saldo a su favor y de la cuarta trebeliánica que pueda corresponderles». Además, dice el artículo 37, «si se sujetaren a la sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedaren al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación. El valor de los bienes de que hubiera dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda. El fiduciario viene obligado a formalizar inventario con citación de los fideicomisarios y depositar fianza, y hasta haberlo efectuado no podrá disponer de cosa o parte alguna de la herencia. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica. En caso de indigencia o extrema necesidad podrá el fiduciario disponer también de la cuarta parte».

En cuanto a las disposiciones aplicables a las sustituciones fideicomisarias en las islas de Ibiza y Formentera, dice el artículo 78 de la Compilación que «serán válidas las sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado o en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

C) LA CUARTA FALCIDIA.

La llamada cuarta Falcidia surgió en el Derecho romano como consecuencia de la posibilidad de legar, con plena libertad, todo el patrimonio hereditario. Pareció conveniente coartar esa libertad de distribuir totalmente legados con objeto de que los herederos instituidos no rehusaran adir las herencias al no comportarles algún beneficio. La Ley Falcidia dispuso que no sea lícito legar más de las tres cuartas partes de los bienes, esto es, que ya se hubiese instituido un heredero, ya muchos, quedase para él o para ellos la cuarta parte (50).

(50) Cfr. Inst. 2, 2, 1.

En la sección tercera del capítulo tercero de la Compilación, se prescribe por el artículo 38 que «el heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, retener en propiedad dicha parte, a cuyo fin serán reducidos los legados en la medida necesaria. Sólo podrá detraer esta cuarta falcidia el heredero que primeramente adquiera la herencia. Para ejercitar este derecho, el heredero deberá practicar inventario de la herencia en el tiempo y forma preceptuados para la cuarta tribeliánica». De este modo, dice el preámbulo de dicho cuerpo legal, «se completa el cuadro institucional de algunas figuras jurídicas, como la sustitución fideicomisaria y la cuarta falcidia, insuficientemente desarrolladas en los Proyectos anteriores y, por el contrario, sin lesión alguna para la coherente unidad del sistema, se sujetan otras, como los legados y el derecho de acrecer, al Código civil». Se advierte, pues, a través de todas las instituciones, un deseo de unificación con las normas comunes, aun a riesgo de conservar una tradición peculiar.

Dos artículos más dedica la Compilación a la cuarta falcidia. El capítulo 39 dice que «para la fijación de la falcidia se detraerán los gastos ocasionados por el fallecimiento y los de inventario, así como las deudas y cargas de la herencia y las legítimas, incluso las del heredero que sea legitimario» (60). Por último, el artículo 40 prescribe que «el heredero en quien concorra la condición de legitimario tendrá derecho a la cuarta falcidia, además de su legítima. El heredero fiduciario no podrá detraer sino una cuarta por falcidia y trebeliánica, constituida por la parte proporcional correspondiente a cada una de ellas».

D) LA LEGÍTIMA Y LOS LEGITIMARIOS.

El sistema legitimario romano ha tenido una honda raigambre en Baleares (61). Sin embargo, la nueva Compilación no podía quedarse en un punto muerto de la evolución jurídica operada en el sistema sucesorio. Según hace ver SUBIAS (62), la exigencia de mayores innovaciones para su adaptación a la organización familiar y social que hoy se vive, y las reformas que en cuanto a derechos sucesorios fueron introducidas recientemente en el Código civil, han concluido en la Compilación, acercándose a dichas metas.

El artículo 46 de la Compilación comienza por expresar lo que la legítima implica. Según su tenor, «la legítima atribuye derecho a una porción de la herencia y debe ser pagada en bienes de la misma siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador».

(60) Cfr. BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, V (Barcelona, 1923), 206, y Sent. 13 enero 1911.

(61) Cfr. MASSANET, *Las legítimas* (Conferencia en la Sala de Cultura de la Caja de Pensiones), en el «Correo de Mallorca» de 30 de marzo de 1948.

(62) SUBIAS, *Op. cit.*, págs. 633 y 634.

La legítima está compuesta, pues, por una parte real e integrativa del patrimonio del *de cuius*, sin que al heredero se le pueda excluir de la misma (tan sólo por una de las causas preceptivamente justificadas) por otra contraprestación de valor (como la entrega de una suma de dinero (63). Al igual que sucede en el Código civil, se trata de una posición realista que advierte la ascendencia romana y la huida de una postura nominalista. Como consecuencia, el artículo 47 afirmará que «la legítima se computará en relación a los bienes hereditarios existentes al fallecimiento del causante y por el valor que tuvieren en la fecha en que se practique la liquidación». Por lo tanto, se trata de una deuda de valor más que de una deuda pecuniaria (64).

Esta parte de la herencia o cuota de legítima la reciben los llamados legitimarios. De aquí que el artículo 46 añada: «Los legitimarios, como herederos, podrán ejercitar las acciones de petición y división de la herencia y promover el juicio de testamentaría.»

¿Quiénes son legitimarios para el Derecho balear? Según el artículo 41, «son legitimarios, en primer lugar, los hijos legítimos». Lo son, también, —añade— «los hijos naturales reconocidos y los adoptados plenamente».

Para el artículo 42 «a falta de las personas llamadas en el artículo anterior, son legitimarios los padres y ascendientes legítimos». Y lo es, también, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 45, «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado legalmente o lo estuviere por culpa del difunto».

En cuanto a la determinación de los legitimarios la Compilación ha seguido un camino más directo y minucioso utilizando un criterio discriminador particular y exacto. Los anteriores proyectos, como ocurrió con el de 1949, emplearon términos más genéricos que hubieran podido dar lugar a erróneas interpretaciones.

La cuota legitimaria es la misma que la romana de la época de Justiniano, o sea, una tercera parte de la herencia (Novela 18). El artículo 41 de la Compilación, respecto a los hijos legítimos, dice que «constituye su legítima la tercera parte de la herencia si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieran de este número, representando a los premuertos sus respectivos descendientes legítimos por estirpes»; se mantiene, pues, el criterio tradicional.

En cuanto a los hijos naturales reconocidos, el mismo artículo 41 manifiesta que tienen en la herencia de su madre los mismos derechos que los legítimos. Como ya advierte la Exposición de Motivos, se da, un paso muy grande hacia el nuevo derecho fami-

(63) Cfr. AGUILÓ VALENTI, *Legítima foral de los ascendientes según el Derecho de Mallorca*. Madrid, 1913; O'CALLAGHAN, *Legítima de los ascendientes en Mallorca*, en «Revista de Derecho Privado», V (1918), 149 ss.

(64) Para una visión clara y profunda del problema de las legítimas, cfr. VALET DE GOYTISOLO, Juan, *Apuntes de Derecho sucesoria*, A. D. C., IX-2, 221.

liar, aproximando al Código civil, en todo lo que permite la elasticidad del sistema, los derechos sucesorios de la prole ilegítima.

Así el artículo 43 de la Compilación expone que «en la sucesión del padre, los hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos, por representación y por estirpes son legitimarios por partes iguales con los mismos derechos que los legítimos». No obstante, se establecen la siguientes puntualizaciones:

a) Si concurren con descendientes legítimos, cada uno de los hijos naturales tendrá derecho a la mitad de la cuota correspondiente a cada uno de los hijos legítimos, según el número de éstos, aplicándose en cada caso lo dispuesto en el artículo 41 para análogo supuesto de concurrencia.

b) En concurrencia con ascendientes legítimos, tendrán los hijos naturales una cuota global equivalente a la de aquéllos».

El artículo 44 dispone, recíprocamente, que «en la sucesión de los hijos naturales reconocidos, los padres tendrán los mismos derechos que si aquéllos fueren legítimos».

Y ya respecto a la adopción, se dispone: «Iguales derechos tendrán los adoptantes en la sucesión de los adoptados con adopción plena. Quedan excluidos de todo derecho en esta adopción los parientes por naturaleza.» Es que, los hijos con adopción plena, se equiparan a los legítimos según se dispone por el artículo 41, tanto en la herencia del padre como de la madre adoptante. «No obstante, añade, en concurrencia unos y otros con los hijos legítimos, conservarán éstos sus derechos a la mitad o al tercio de la herencia que, según su número, les corresponda, y se detraerá el resto en cuanto quepa dentro del mismo, para cada uno de los hijos adoptivos o naturales una cuota viril de cuantía igual a la que a cada uno de los hijos legítimos corresponda.»

Las porciones viriles de los hijos adoptivos y naturales, nos aclara el párrafo segundo del artículo 45, «se atribuirán a éstos en nuda propiedad en lo que, conjuntamente con las de los legítimos, sobrepasen el límite de los dos tercios de la herencia».

En defecto de descendientes son legitimarios los ascendientes más próximos, al igual que en el Derecho romano, según el orden de la sucesión abintestato. A este respecto dice el artículo 42 que «a falta de las personas llamadas en el artículo anterior, son legitimarios los padres y ascendientes legítimos. Constituye su legítima la tercera parte de la herencia. Concurriendo ambos padres, se dividirá entre ellos la legítima por mitad, y si alguno de ellos hubiere fallecido, su parte corresponderá a los ascendientes de grado más próximo, con sujeción a las reglas establecidas para la sucesión abintestato».

Con esta fórmula se pone punto final a la discusión que ya los textos de Justiniano habían planteado respecto a si la cuantía de la legítima de los ascendientes consistía en un cuarto o un tercio

del abintestato. O'CALLAGHAN (65) y MASCARÓ (66) llegan a la conclusión de que, conforme al Derecho romano, la legítima de los ascendientes es el cuarto del abintestato para Mallorca. Se adujo, por el resto de la doctrina, (67) que estos autores no habían fundamentado tal opinión con arreglo a las costumbres mallorquinas, puesto que según ellas era tradicional el tercio de la porción abintestato. Así, RIPOLL y PALOU (68), el Colegio de Abogados de Palma, en su exposición elevada en el año 1881 (69), el Proyecto de Apéndice de 1903 (70) y AGUILÓ VALENTI (71) expresan que la cuota legítima de los ascendientes es el tercio del abintestato del descendiente de cuya sucesión se trate. Impuesta la aplicación del Código civil en la regulación de la sucesión abintestato en Mallorca, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919, se planteó un problema de gran importancia; el de si se debía aplicar el abintestato romano, a efectos del cómputo, o bien lo establecido por el Código civil. Prevalció el criterio de atenerse al abintestato romano y así adoptaron tal solución los proyectos de Apéndice de 1920 y de 1949 y la jurisprudencia local; solución ahora confirmada por la Compilación.

Por lo que a los derechos del cónyuge viudo se refiere, ya hemos visto que, según el artículo 45, si no estuviere separado legalmente, o lo estuviere por culpa del difunto, es legitimario en la sucesión de éste. La Compilación ha separado los dos casos de concurrencia posible: con ascendientes y con descendientes. «Si concurre con descendientes —dice el párrafo 2.º del artículo 45—, su porción legítima consiste en el usufructo de un tercio de la herencia, que se sacará de la parte de libre disposición.» «En concurrencia con ascendientes —añade— su porción legítima consiste en el usufructo de la mitad de la herencia, aun cuando llegue a afectar a la cuota de los hijos naturales.» Además, se especifica que «no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge viudo tendrá el usufructo de dos tercios de la herencia» y que el usufructo viudal estará, en su caso, sujeto a la reducción prevista en el artículo 53». Figura este supuesto bajo el capítulo V de la Compilación en el epígrafe correspondiente a las disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada, disponiéndose que «el cónyuge sobreviviente que concurriere con descendientes legítimos en cualquier matrimonio anterior del premuerto sólo podrá adquirir de éste, a título lucrativo, directa o indirectamente, bienes por un valor que no exceda del que corresponda al hijo legítimo menos favorecido. Lo que sobrepase tal valor quedará atribuido por partes iguales al viudo y a todos los hijos».

(65) O'CALLAGHAN, *Op. cit.*, pág. 149.

(66) MASCARÓ, *Derecho foral de Mallorca, Op. cit.*, pág. 166.

(67) Cfr. PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 223.

(68) RIPOLL y PALOU, *Op. cit.*, pág. 48.

(69) Cfr. la edición de Palma de Mallorca, 1881.

(70) Art. 50.

(71) AGUILÓ VALENTI, *Op. cit.*, págs. 38 y 39.

La nueva ordenación se acerca más a lo dispuesto en el Derecho común, prescindiéndose de los derechos de la viuda pobre o de las obligaciones de la rica, de la llamada cuarta marital romana, que vino recogida hasta el Proyecto de 1949 y fue apoyada por MASCARÓ, SALVÁ, GUASP y BALLESTER (72) y la jurisprudencia local (73). Pero, como dice el preámbulo de la Compilación, «se avanza, decididamente, hacia las nuevas metas del derecho familiar, aproximando al Código civil, en todo lo que permite la elasticidad del sistema, los derechos sucesorios del cónyuge viudo».

Por último, dentro del sistema legitimario balear se hacen algunas precisiones por la Compilación. El artículo 48 dispone que «la institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de la legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante. Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia o el legado». Además, según el artículo 49, «la disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación».

Una especialidad del Derecho de Mallorca es la llamada «definición» o donación intervivos que se efectúa a favor de un hijo o una hija como anticipo de legítima, liquidación o finiquito de ella y de los derechos hereditarios que en su día pudieran corresponderle en la herencia del donante (74). Introducida en Mallorca mediante un privilegio concedido por el Rey Don Jaime I, en 1274 (75), fue aclarada en sus términos debido a unas dudas surgidas acerca de la edad de las hijas para poderla otorgar, por Sancho I de Mallorca en el Privilegio de Perpignan (76). Más tarde se extendió a ambos sexos y actualmente a todos los hijos emancipados en general (77). El artículo 50 de la Compilación dice que «por la «definición», los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o

(72) MASCARÓ, *Derecho foral de Mallorca*, Op. cit., pág. 181; SALVÁ, *Derecho de familia en Mallorca*. Palma, 1918, págs. 153 y 172; GUASP, Op. cit., pág. 50; BALLESTER, *Las instituciones forales de Menorca*. Mahón, 1899, págs. 36 y 37.

(73) Sentencias de la Audiencia de Palma de 28 mayo 1907, 14 diciembre 1920, 27 noviembre 1924 y 18 diciembre 1924.

(74) Cfr. PONS, *Derecho civil de Mallorca*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, I (Barcelona, 1950), 282.

(75) Cfr. SALVÁ, *Derecho de familia en Mallorca*; Op. cit., pág. 148.

(76) Cfr. MOLL, *Ordinacions y sumari dels privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca*, Op. cit., pág. 274.

(77) Auto de la Audiencia de Palma de 11 junio 1940.

ventaja que éstos les hicieren en vida». De este modo puede quedar plasmado el tradicional pacto abdicativo de herencia futura, también aplicable en Ibiza y Formentera, según el artículo 80.

En cuanto a las especialidades de la sucesión testada para las islas de Ibiza y Formentera la Compilación les dedica los artículos 77 al 84. Por lo que a la legítima se refiere dispone el artículo 79, al igual que para Mallorca, que «constituye la legítima de los descendientes la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excedieran de ese número, contándose los hijos por cabeza y los demás descendientes por estirpes. Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición. Las diferencias y especialidades se advierten en cuanto al modo de pago de la legítima. Según el artículo 81, «el legitimario tendrá derecho a que su legítima se satisfaga en bienes de la herencia, salvo en los casos siguientes: 1.º Que el testador donante haya dispuesto otra cosa; 2.º Que exista pacto en contrario entre el legitimario y el obligado al pago de la legítima». Además, dice el artículo 82, que «el heredero o donante podrá, sin intervención de los legitimarios, aceptar la herencia o donación, inscribir a su nombre en los Registros Públicos los bienes heredados o donados y enajenarlos o gravarlos por cualquier título, sin perjuicio de la afección real de dichos bienes a la efectividad de la legítima». Y el artículo 83 dispone que «el legitimario no tendrá derecho de retraer en caso de venta por el heredero de los bienes hereditarios. Entre legitimarios tendrá lugar el derecho de retrácto en caso de cesión de su derecho a la legítima a un tercero que no lo sea». Por último, se prescribe por el artículo 84 que «la legítima devengará el interés legal desde la muerte del causante, y su suplemento desde que sea reclamado judicialmente. En el legado, señalamiento o asignación de cosa específica imputable a la legítima, el legitimatario favorecido hará suyos los frutos o rentas que la cosa produzca, en lugar de intereses, a partir de la muerte del causante. Mientras el legitimario viva en la casa y compañía del heredero o del usufructuario universal de la herencia y a expensas de ellos, la legítima aún no satisfecha no devengará intereses».

6. La sucesión abintestato.

La sucesión abintestato, intestada o también llamada legítima, es la fijada por las leyes en defecto de no existir la testamentaria o contractual. En Mallorca el Derecho aplicable era el romano justinianeo (Novelas 118 y 127), y, tanto la doctrina (78) como

(78) Cfr. *La sucesión abintestato en Baleares*, en «Revista de Menorca», XIV (1919), 67, ss.; RIPOLL, *Op. cit.*, pág. 17; MASCARÓ, *Op. cit.*, pág. 152; MAURA, *Dictámenes*, núm. 10, tomo IV, pág. 127; PONS, *Op. cit.*, pág. 282.

la jurisprudencia (79) reconocían este ordenamiento como el tradicionalmente aplicado.

Los autores, como RIUMBAU (80) y PASCUAL GONZÁLEZ (81) defendieron esta posición tradicional a pesar de que a partir del año 1919, por una Sentencia del Tribunal Supremo (82) se cambia el rumbo para aplicar el régimen del Código civil. Es esta una última conquista de la Compilación; como dice su preámbulo, «se da definitivo estado de derecho a la aplicación del Código civil en materia de sucesión abintestato». De aquí que, el capítulo IV, redactado para incluir la sucesión abintestato, se disponga en dos artículos una remisión al Código civil, salvo ciertas especialidades.

Dice el artículo 51: «la sucesión abintestato se regirá por el Código civil, salvas las especialidades contenidas en esta Compilación». Y el artículo 52 reconoce que «todas las personas que hubieren tenido la condición de legitimarios del causante en su sucesión testada con arreglo a lo dispuesto en la Sección cuarta del Capítulo tercero del presente título, tendrán por ministerio de la Ley, en su sucesión intestada, los mismos derechos que en aquella Sección se les reconocen».

7. Los Derechos reales.

A) EL «ESTATGE».

Según el artículo 54 de la Compilación, «la variedad consuetudinaria denominada «estatge» confiere el derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten. En lo no previsto en el párrafo anterior será de aplicación lo dispuesto en el Código civil sobre el derecho de habitación».

A juicio de los autores baleáricos, como PASCUAL y GONZÁLEZ (83) SÁEZ MARTÍNEZ (84) y RIVERA SIMÓN (85), se conserva aún esta modalidad del derecho de habitación, si bien se suele regir en la forma y términos amplios del artículo 523 del Código civil; pero creen conveniente su mantenimiento, ya que el pueblo conserva con esta expresión un concepto conocido, usado secundariamente en testamentos, escrituras inter vivos, como donaciones universales, etc. La Compilación ha seguido este criterio, si bien con la tendencia de integrarlo en la esfera de normas del Derecho común.

(79) SS. 31 mayo 1893, 12 marzo 1913, 6 noviembre 1918.

(80) RIUMBAU, *Declaración de herederos*, Inca, 1917.

(81) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 398 ss.

(82) Sentencia 13 diciembre 1919. Sin embargo, en otra ocasión se aplicó el Derecho romano, cfr. S. 29 marzo 1955.

(83) PASCUAL y GONZÁLEZ, *Op. cit.*, pág. 417.

(84) SÁEZ MARTÍNEZ, *El Estatje*, en la «Revista Ibiza» (1944), 8 ss.

(85) RIVERA SIMÓN, *Modalidades del Derecho foral subsistentes en Menorca*, Mahón, 1957, pág. 112.

En Ibiza y Formentera se da paralelamente el llamado «derecho de habitación» con una modalidad especial en favor de hijos no herederos e impuesto como gravamen al heredero (86). Esta figura se recoge en el artículo 85 de la Compilación al decir que «el derecho de habitación conferido por cualquier título se entenderá, salvo estipulación en contrario, referido a habitación independiente que cierre con llave, y comprenderá el disfrute del porche, cocina y horno, y, en lo referente a las necesidades del habitacionista, del pozo o cisterna de la casa». Este derecho de habitación, más limitado que el anterior, es una institución que refleja el sentido humanitario y de vinculación que el Derecho balear pretende tenga la relación del cabeza de familia con los demás miembros de ésta.

B) LOS CENSOS.

Los censos han tenido una gran utilidad en Mallorca en cuanto supuso una modalidad de crédito apta para el desarrollo de su agricultura e industria. Con ciertas modalidades diferentes a las del Derecho común del Código civil, los compiladores no han dejado de consignarlos.

Entre las clases más usuales encontramos el alodial o enfiteutico, el reservativo, el consignativo, el común y el vitalicio.

En cambio, en Menorca, como dice RIVERA SIMÓN (87) carecen en absoluto de importancia. Aparte de que se cuentan con los dedos de la mano los censos existentes en Menorca, se han aplicado las disposiciones del Derecho común, desde la promulgación del Código civil. Lo que sí existieron en épocas anteriores son alodios o censos enfiteuticos reales, porque casi todas las fincas en Menorca aparecen con menciones de alodios en sus primeras inscripciones; pero, desde hace más de cincuenta años, han desaparecido totalmente.

Respecto a los censos, SUBIAS (88) señala que los artículos 55 a 62 de la Compilación reproducen las particularidades que, tradicionalmente y conforme al Derecho vivo, venían siendo consignadas en los proyectos o anteproyectos precedentes, con la innovación de declarar la redimibilidad del «alodio» o nudo dominio directo, determinando cómo debe hacerse la redención.

Así, según el artículo 55, «los censos, alodios y derechos de naturaleza análoga se regirán por el Código civil, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes». Estas salvedades vienen preceptuadas en el artículo 56, al decir «el censo que se constituye cuando el dueño útil de un inmueble traspasa este dominio con reserva del derecho de percibir la pensión anual tiene igual naturaleza y carácter que el censo reservativo».

(86) Cfr. COSTA RAMÓN, *El derecho de habitación en la costumbre foral*, en la «Revista Ibiza», 21 (1946), 343 ss.

(87) RIVERA SIMÓN, *Op. cit.*, pág. 111.

(88) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 639.

«Para la redención de los censos —añade el artículo 57— si no fuere conocido su capital, se determinará éste computando la pensión al 3 por 100, salvo en los enfiteúticos, en que lo será al uno y medio por ciento.» Y el artículo 58 dice: «el censalista, al tiempo de otorgar el recibo de cualquier pensión, puede obligar al censatario a que le dé «firma» del pago y a consignar este resguardo con escritura pública, que será de cargo del mismo censalista». También, según el artículo 59 «pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo aun sin el consentimiento del censalista».

Una de las notas más características de los censos de Baleares es la imprescriptibilidad del capital. Ya la doctrina (89) defendió esta nota especial y ahora se consigna igualmente en el artículo 60. Dice dicho artículo que «el capital de toda clase de censos es imprescriptible. La prescripción afecta únicamente a las pensiones, que sólo podrán reclamarse con respecto a los últimos veintinueve años y anualidad corriente». Tampoco, según el artículo 61, «la falta de pago de la pensión del censo no produce el comiso de la finca». Es que la inexistencia del Comiso en Mallorca data de tiempo antiquísimo. Como hace constar SUBIAS (90), esa falta del comiso y la del derecho en el censalista para pedir la devolución del capital o del dominio pleno o útil, en su caso, o para compeler al censatario a la redención, impiden que nazca a favor del censalista acción alguna en cuyo no ejercicio pudiera fundarse la prescripción, y por esto han constituido uno de los pilares en que se ha apoyado la opinión jurídica mallorquina para defender la subsistencia de la imprescriptibilidad de los censos cuando la ha visto amenazada.

«Respecto del pago y cobro de las pensiones de los censos —añade el artículo 62—, habrá de atenderse al estado posesorio. El censatario no puede cesar por su propia voluntad en el pago de las pensiones alegando que el censalista no ha justificado su derecho a la percepción. Sin embargo, el censatario podrá ejercitar en el juicio correspondiente cualquier derecho de que se crea asistido para reclamar la inexistencia o caducidad.

El estado posesorio se pierde por el transcurso de diez años sin cobrar la pensión».

C) LOS ALODIOS:

Esta forma censal podía ser una pensión en metálico o bien en frutos, cuando el dueño de un inmueble transfiere el dominio útil y se reserva el señorío directo mediante un canon anual fijo y otras prestaciones.

(89) Cfr. SINGALA CERDÁ, *Imprescriptibilidad del capital de los censos y sus últimas veintinueve pensiones*. Palma, 1921, y *Nuevos datos sobre imprescriptibilidad de los censos y de sus últimas veintinueve pensiones*. Palma, 1924.

(90) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 640, núm. 23.

Fue el Rey Jaime I, después de la conquista, quien hizo un reparto de predios y casas en favor de sus capitanes y seguidores. Además del Señorío político que tenía sobre toda la Isla, conservó el poder patrimonial mediante enfiteusis y creó censos alodiales, que, más tarde, se llamaron alodios reales.

Actualmente, la Compilación establece la redimibilidad del alodio o nudo dominio directo, ya que, como expresa el preámbulo de este nuevo ordenamiento, es una «figura que ha venido a adquirir un gran relieve, al compás del desarrollo del tráfico inmobiliario urbano de las Islas».

Como consecuencia, el artículo 63 dispone que «los alodios son redimibles en cualquier tiempo, a instancia del dueño útil, mediante el pago al dueño directo de dos laudemios y dos tercios de laudemio del valor de la finca en cuya estimación se computará el de las mejoras introducidas o edificaciones realizadas en ella con posterioridad a la fecha del título constitutivo del alodio. Si al constituirse no se hubiera pactado cantidad alguna en concepto de laudemio, consistirá en el dos por ciento del valor de la finca, apreciado éste en la forma anteriormente consignada. La demanda de redención será anotable en el Registro de la Propiedad. En lo no previsto en este artículo, la redención de los alodios se regirá por el Código civil». Como apunta SUBIAS (91) el texto compilado, en contra de lo propuesto en el Proyecto de Ley, resuelve por la afirmativa de que las mejoras realizadas por el dueño útil han de ser computadas. Cuestión ésta tan debatida que, quizá, habrá de llegarse a la conclusión —según este autor— de que el problema no debe ser planteado en orden a la redención de la carga alodial, sino en relación con el pago del simple laudemio, reservando a quien corresponda decidir en su día, en vista de todos los elementos de juicio necesarios, si el actual estado de cosas debe ser mantenido o alterado.

8 *La sociedad rural menorquina.*

La sociedad rural es aquella relación contractual que surge entre el propietario de un patrimonio rústico y un cultivador. La institución conocida en Menorca —también en Ibiza y Formentera (art. 86) — con el nombre de Sociedad Rural, dice el artículo 64 de la Compilación, es «comúnmente pactada entre el titular de un predio rústico y un cultivador cabeza de familia, conforme a ambos consocios, conjuntamente, su representación. Salvo pacto en contrario, el cultivador asume la representación de los familiares que con él conviven bajo su dependencia. La Sociedad Rural no se extingue por el fallecimiento de los consocios, en cuyo lugar quedarán subrogados los respectivos sucesores. En lo no previsto en este título o expresamente establecido en el con-

(91) SUBIAS, *Op. cit.*, pág. 643.

trato constitutivo se atenderá exclusivamente a los usos y costumbres».

Que se trata de una forma contractual muy arraigada en las citadas islas y que la preside la buena fe, los usos y las costumbres inmemoriales por las que se rige, ha sido reconocido tanto por propios (92) como por ajenos (93).

Una de las cuestiones que puede suscitar dudas en la nueva redacción del texto legal de la Sociedad rural es la referente a la interpretación de la palabra «representación de los familiares»; a nuestro juicio debió de haberse empleado otro término para no introducir elementos que puedan desfigurarla. Claro está que con arreglo a una interpretación finalista, y basada en el uso y prácticas tradicionales de la región, es necesario dejar aclarado que los familiares del cultivador son elementos operativos de dicha Sociedad subordinados, en todo momento, al cabeza de familia: sólo él tiene, conjuntamente con el titular del predio rústico, las facultades de administración, decisiones de cultivo, destino de los productos y obtención de las ganancias, que la sociedad implica. A pesar de llamárseles «consocios» solo tiene virtualidad tal titularidad al ocurrir el fallecimiento del cabeza de familia: por lo demás, sus facultades representativas quedan anuladas ante dicho jefe de familia.

9. Las disposiciones finales.

La Compilación, después de haber recogido el Derecho vivo en la región balear y de haberse acomodado al Código civil en todo lo posible, con objeto de lograr una unidad coherente del sistema civil español, redacta dos disposiciones finales: una sustitutiva derogatoria, otra supletoria.

Según la primera, «las normas del Derecho civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella». La segunda dice: «en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general». Se trata, en primer lugar, de derogar la legislación anteriormente vigente y sustituirla por otra que ordena la nueva Compilación por creerla más acomodada a su espíritu de tradición y a las necesidades presentes, clave de eficacia de todo ordenamiento positivo. En segundo lugar, se introduce, con arreglo a una técnica jurídica más depurada y eficaz, al mismo tiempo que más nacional, un criterio de unidad al declarar como fuente supletoria

(92) Cfr. «De sociología agraria menorquina», en «Revista de Menorca», XVII (1932), 292 ss.; «Tipos locales de explotación agrícola», en «Revista de Menorca», XVIII (1933), ss.; CANO, *Informe sobre la aparcería predial en la isla de Menorca*, en «La Notaria», 3-4 (1948), 24 ss.

(93) El Discurso del Ministro de Justicia a las Cortes, el 18 de abril de 1961, cfr. en «Información Jurídica», 516 (1961), 7.

el Código civil. Es sumamente interesante en esta materia la posición sostenida por CASTÁN, antes de la publicación de la Compilación (94).

10. *La disposición adicional.*

Esta «Disposición adicional» tiene por objeto disponer que la Comisión compiladora formule «cada diez años una Memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del territorio de la Audiencia de Palma de Mallorca, comprensiva de las omisiones o deficiencias que se hubiesen observado en la presente Compilación y de las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos. En vista de ello redactará y elevará al Gobierno, junto con dicha Memoria, el adecuado proyecto de reforma».

Se trata, en definitiva, de arbitrar un método de perfeccionamiento, de hacer viables aquellas reformas que convenga introducir, debidas a la experiencia judicial, por las distintas aplicaciones que se hagan de los preceptos de la Compilación. El precepto que nos ocupa es una muestra más del esfuerzo hecho para seguir en lo posible al Código civil, con cuya disposición adicional 3.^a, prácticamente, coincide.

11. *La disposición transitoria.*

Los problemas de transitoriedad que, naturalmente, trae aparejados toda nueva legislación, sustitutiva de otra antigua, fueron aquí previstos con arreglo a los criterios ya establecidos por el Derecho común. Por eso se dispone que «los problemas de Derecho intertemporal que suscite la entrada en vigor de la presente Compilación se resolverán de conformidad con las disposiciones transitorias del Código civil».

Disposición transitoria que refleja el propósito de simplificación, tantas veces aquí resaltado, y que fue la meta inmediata a conseguir con este nuevo tipo de ordenación de las instituciones civiles, para, en su día, integrarlas bajo un cuerpo único; y decimos único más no unitario, porque en la variedad que cada comarca natural requiere por sus tradiciones, cultura, orografía y civilización, está el sentido personalista y familiar cristiano, que da sentido a la vida social de un pueblo y a las normas jurídicas por las que se trata de conseguir un espíritu de equidad y justicia.

(94) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo I, Madrid, 1949, pág. 93.

La servidumbre forzosa de acueducto por interés privado *

CIRILO MARTIN - RETORTILLO
Abogado del Estado en el Tribunal Supremo

I

CRECIENTE INTERÉS ACTUAL DE ESTE TEMA

La servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado es una institución poco estudiada, y como su regulación actualmente, dadas las nuevas técnicas agronómicas, resulta deficiente, cada día son mayores los conflictos que surgen, y las trabas administrativas de la vieja legislación se mantienen, lo que complica, y en muchos casos dificulta, el normal y pacífico desarrollo de ellas.

Se mantiene una regulación heterogénea con base predominantemente administrativa, elaborada en etapas sucesivas sin unidad de pensamiento, con demasiados recelos para los propietarios con onerosos trámites dilatorios y un tanto enojosos al no haber hecho una diferenciación racional, atendida la importancia de la obra. Los mismos trámites se exigen para el acueducto, importante y trascendental, que para la pequeña servidumbre, de escaso contenido económico pero de indudable utilidad en los pequeños regadíos.

Es interesante, a nuestro pobre criterio, corregir y rectificar la legislación vigente para llegar a una ordenación sencilla que garantizando los derechos de todos los afectados por dichas servidumbres pueda facilitar de una manera eficiente y siempre ordenada el desarrollo y aplicación de estas servidumbres, máxime en nuestros días, en que por la expansión creciente de los nuevos regadíos, impuestos, de un lado, por la intensa política de fomento, tan acusada en estos últimos años, y, de otro, por las nuevas técnicas agronómicas y exigencias de tipo económico social, que han despertado en los hombres del campo un laudable afán de mayor producción. Todo ello ha determinado una superestimación del agua como elemento esencial y básico para el cultivo de la tierra, determinante de óptimas cosechas, tanto por sus mayores rendimientos como por la posibilidad de efectuar cultivos más remuneradores. Por otra parte, los prolongados estiajes de los últimos años determinaron en muchos sectores agrícolas que se

* Dedico este trabajo al Profesor de la Central, don Luis Jordana de Pozas, con motivo de su jubilación.

lanzasen a la búsqueda del agua como medio necesario e indispensable para asegurar cosechas que viniesen a paliar los desastrosos resultados de los cultivos de secano. De ahí que sea mayor el número de acueductos que día tras día se intentan establecer en el campo español, que en ocasiones se frustran por la falta de elasticidad de la normativa legal vigente. Mas como no siempre el deseo del titular del predio dominante es atendido por el propietario o arrendatario del predio sirviente, surgen los conflictos, que se mantienen en ocasiones con cierta violencia mientras dura la larga tramitación del expediente administrativo, y que perdura en ambiente de gran pasión si la resolución administrativa que recaiga se somete a revisión ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, como órgano competente para conocer y fallar el recurso contencioso-administrativo, que puede iniciarse contra la resolución que dicte la Dirección General de Obras Hidráulicas al resolver en vía administrativa la alzada que promuevan contra el acuerdo de la Dirección de la Confederación Hidrográfica ante la que se iniciara el correspondiente expediente administrativo.

Precisamente por el matiz preponderantemente administrativo que se concede en nuestra legislación a estos expedientes, se olvidan en muchos casos aspectos de orden civil que es necesario respetar y considerar en todo su contenido para un exacto pronunciamiento sobre el particular y para el desarrollo hipotecario que pueda tener esta institución.

Estas reflexiones aconsejan a nuestro criterio hacer un estudio histórico del régimen jurídico moderno de esta institución, ya que sólo así podremos valorar el alcance de algunos preceptos fundamentales que aunque parezca extraño motivan discusión en nuestros días, ya que, por otra parte, tampoco la jurisprudencia llegó a perfeccionar su doctrina en orden a la aplicación de estos preceptos legales.

II

SU CONFIGURACIÓN COMO SERVIDUMBRE

Tanto la doctrina como la legislación unánimemente proclaman en nuestros días que se trata de una verdadera servidumbre, siendo, por tanto, de aplicación la doctrina general, por lo que no nos entretendremos en disquisiciones sobre este particular, omitiendo considerar la vieja sutileza de que el acueducto forzoso, más que una servidumbre, era una mera limitación de la propiedad, o restricción de la misma por razones de vecindad. Esto está ya superado y, como antes decimos, tanto los textos legales como los tratadistas lo configuran como una auténtica servidumbre (1).

(1) GARCÍA GOYENA en *Concordancias...* tomo I, Madrid 1852; LASTRE F. *Las Servidumbres*, Madrid 1877; DE BUEN en la *Enciclopedia Seix*; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, PÉLLA y FORJAS, *Tratado de las Relaciones y Servidumbres*, Barcelona 1901.

Decían COLIN y CAPITANT que las servidumbres son un elemento indispensable de la organización jurídica de la propiedad territorial, tanto de la rural como de la edificación. Facilitan la explotación y el cultivo de las tierras; permiten que los fundos alcancen todo su valor, aumentando la utilidad que se puede obtener de ellos. Sin duda, estas ventajas sólo se obtienen mediante una limitación, algunas veces bastante sensible, impuesta al fundo sirviente; pero esta limitación no puede ser comparada con la utilidad que la servidumbre presenta para el fundo dominante. ¿Se puede comparar —añaden—, por ejemplo, la ventaja que presenta para su titular una servidumbre de acueducto? (2).

En la misma línea se sitúa MESSINEO cuando afirma que "La función de las servidumbres ha sido originariamente, y lo es todavía, la de favorecer el progreso de la agricultura y de la edificación mediante el acrecentamiento de utilidad que el fundo dominante adquiere con la servidumbre". En el mundo moderno —añade— el campo de aplicación de la servidumbre predial se ha venido ampliando, hasta extenderse al destino industrial de los fundos, lo que presupone que la industria esté vinculada al fundo dominante, y que éste sea como el instrumento necesario de la industria misma, de manera que sin el presupuesto del fundo, la servidumbre industrial sería inconcebible (3).

Las servidumbres prediales, según HEDEMANN (4), nos han sido legadas por los usos jurídicos de otros tiempos, "y son todavía una pieza imprescindible en el aprovechamiento de la tierra" (5).

JOSSERAND destaca que toda servidumbre constituye una carga, pero a la vez se establece "en provecho de una heredad, como si dicho fundo dominante fuera el verdadero titular de la servidumbre; para él, para su uso o para su utilidad, debe ser establecida la servidumbre" (6).

En nuestro Derecho patrio la Dirección General de los Registros en la Resolución de 11 de abril de 1930 declara que las servidumbres respondían, de un lado, a la necesidad social de obtener el mayor rendimiento de los bienes naturales y, de otro, a la indiscutible conve-

(2) Curso elemental de Derecho Civil, Edic. Reus, Madrid 1923. Tomo II, vol. II, pág. 789.

(3) MESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, tomo III, página 401.

(4) HEDEMANN, Tratado de Derecho Civil, Derechos reales, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 216.

(5) MAX KASER hace notar que los derechos de usufructo y de servidumbre surgieron como caso de aplicación de una propiedad funcional dividida, que en una etapa más avanzada, se extinguieron del núcleo o dominical y fueron configurados como Derechos reales independientes.

Según GROSSO, la concesión más antigua adjudicaba al propietario de un fondo la propiedad de un camino o de un acueducto situado en un predio vecino, por lo que se trataba de una especie de copropiedad entre quien para nosotros es ahora titular de una servidumbre y el propietario del fundo atravesado. Posteriormente del concepto de la copropiedad de un paso o de un acueducto se pasó al de tener el derecho de pasar o de conducir agua a través del fundo vecino y en beneficio del propietario, *Storia del Diritto Romano*, Torino 1949, página 134.

(6) Derecho Civil, tomo III, Buenos Aires 1950, pág. 78.

niencia de no amortizar el suelo nacional. El propio Código civil en su artículo 530 consagra el principio de utilidad como esencial en toda servidumbre; sin utilidad, sin provecho sensible, no tendría razón de ser la servidumbre en derecho. Según el citado artículo la servidumbre es gravamen sobre un inmueble "en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño".

Esta característica utilitaria de toda servidumbre alcanza un mayor relieve tratándose de la servidumbre de acueducto. Precisamente su regulación tuvo un sentido popular, incluso político, captado en las distintas etapas por los hombres de gobierno, muy especialmente en los últimos años del pasado siglo.

En los programas políticos de tiempos pasados ha venido figurando constantemente en los planes de fomento ideados en los períodos de lucha política, la realización de obras de irrigación, no siempre meditadas por ausencia de criterios técnicos documentados, pero que, indudablemente, respondían a un anhelo ciudadano. En el año 1841, ORTIZ DE ZÚÑIGA (7) escribía que "el riego de las tierras merece llamar la atención por su importancia e influjo en la prosperidad de la industria agrícola. Desde el feliz reinado de Carlos III se encargó muy encarecidamente en la Instrucción de Corregidores que éstos, en cuyas atribuciones económicas han sucedido los alcaldes, facilitaran la fertilidad de los campos con el aprovechamiento de todas las aguas aplicables al cultivo de las tierras; procurando para lograrlo sacar acequias de los ríos, sangrándolos por sus parajes más convenientes, sin perjuicio de su curso y de los términos y distritos inferiores; y que se informaran en dónde se podría y sería ventajoso abrir nuevas acequias convenientes para regar la tierra".

Esta constante preocupación determinó a BRAVO MURILLO y a otros juristas de la época, como Alejandro OLIVÁN, para llevar al Parlamento el proyecto que luego mereció ser ley, y que brevemente examinaremos más adelante.

Aunque hubo alguna resistencia al ordenamiento jurídico de esta servidumbre por interés privado, más por razones políticas que jurídicas, por considerar que era un avance impuesto por el movimiento progresista, es lo cierto que bien pronto los tratadistas de aquella época legitimaron con abundantes razones jurídicas esta institución. Según GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, la consecuencia de llevar las aguas "a terrenos estériles o poco productivos para hacerlos fértiles y fecundos; la de fomentar las industrias útiles y hasta necesarias a la vida con el establecimiento de fábricas y artefactos en que el agua es el principal motor", han sido las poderosas consideraciones que ha tenido en cuenta el legislador para la imposición de esta clase de servidumbres (8).

(7) El libro de los Alcaldes, Granada 1841, tomo I, pág. 191.

(8) Elementos de Derecho Civil y Penal, Madrid 1871, tomo I, pág. 80r.

En el mismo sentido se expresaba NAVARRO AMANDI en su Código Civil de España, Madrid 1870: el grande interés e importancia, decía, que tiene para

F. ABELLA, en el tomo III de su *Derecho administrativo*, escribía: "La servidumbre legal de acueducto es de imperiosa necesidad, si ha de darse a la agricultura la protección debida y si se ha de procurar la extensión del cultivo; en otro caso, la suerte de un término, por ejemplo, dependería de la voluntad del dueño de una finca rústica por la cual no permitiera pasar las aguas que habían de dar vida y lozanía a los campos de aquél, sacando a los propietarios de la miseria y elevándolos a la riqueza" (9).

Estos argumentos se repitieron en las publicaciones de la época, si quiera principalmente se referían a las que se denominaron servidumbres rurales en beneficio de la agricultura (10).

No olvidemos que los juristas españoles del pasado siglo exaltaron quizá en demasía los efectos beneficiosos y el carácter utilitario de las servidumbres, llegando a decir Pedro NOLASCO BLANCO y Marmerto Díez, que la utilidad y conveniencia de las servidumbres no podían desconocerse de ningún modo, pues "por su mediación conseguimos servirnos y utilizarlos particularmente y con provecho general de infinitas ventajas que de otro modo todos careceríamos: ellas son seguramente un elemento de pública felicidad y un manantial perpetuo que proporciona y facilita el desarrollo del cultivo, promueve los adelantos en este ramo tan indispensable..." (11).

Esta servidumbre tiene matices especialísimas que no deben ser olvidados, pues no se trata solamente de un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, conforme al concepto clásico de nuestro Código civil, reproducido en el artículo 1.027 del moderno Código italiano de 1942, ya que juega papel preponderante en ella otro bien de contenido económico muy estimable, cual es el aprovechamiento de un caudal de agua. Y con razón PUIG BRUTAU dice que esta servidumbre es complementaria de un aprovechamiento principal, el agua (12). Es decir, que la servidumbre de acueducto ofrece la particularidad de que se establece en beneficio de un predio dominante

la Agricultura y para la Industria la servidumbre de acueducto, movió al legislador a decretar su imposición en todos aquellos casos que la necesidad y utilidad lo requieran, pág. 377.

(9) *Derecho Administrativo Provincial y Municipal*, tomo III, Madrid 1877, página 503.

(10) *El Libro del Propietario*, de DANVILA, Madrid 1901. Alcanzó esta obra una gran difusión y autoridad, sobre todo en sus primeras ediciones, en las que condensando el pensamiento, que predominaba en los juristas de fin de siglo, decía: La servidumbre de acueducto, es una de las más importantes y más frecuentes, porque de ella depende en gran parte la prosperidad de la agricultura y de la industria. Sin esta servidumbre, no es posible organizar un sistema completo de riegos y he aquí por sólo esta indicación, justificada aquella importancia. Aun cuando ceda en utilidad inmediata de un propietario, se considera también como pública, por los intereses colectivos de los agricultores que protege. Pág. 244.

(11) *Examen Histórico Filosófico de la Legislación Española*, Madrid 1845, tomo II, pág. 330.

(12) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pág. 423. Se contienen muy atinadas observaciones sobre esta servidumbre, valorando en sus justos límites los preceptos que contiene el Código Civil en relación a la misma.

—tierra o industria—, mediante la utilización de otro bien, el elemento que es el agua.

El maestro DE DIEGO, con singular acierto, configuró también el acueducto por interés privado como una auténtica servidumbre legal. Las servidumbres legales de interés privado son forzosas, como las de interés público, pero la diferencia está “en que éstas redundan más directamente en beneficio de la colectividad, mientras que las de interés privado aprovechan algo más remotamente a la comunidad, pues por ellas son favorecidos, en primer término los particulares, pero no éste o aquél”, sino todos los que se encuentran en situaciones dadas (12'). La conexión de estas últimas con el orden social es evidente, así lo proclamaba el señor DE DIEGO, y anticipando su juicio a la opinión de juristas de nuestros días, señalaba la relevancia social de este grupo de servidumbre en estas cortas líneas, “porque sirven al mejor cultivo del campo y explotación del suelo y de la riqueza nacional”. De esta forma todo lo que hoy se cifra como política de fomento y constituyó bandera durante la república para una reforma social agraria quedaba reflejado en el texto de don Felipe Clemente DE DIEGO. Otra ventaja señalaba tan ilustre autor a estas servidumbres legales de interés privado, y era que, desde el punto de vista jurídico, “dirimen por adelantado las controversias y evitan los conflictos que sin duda resultarían de dejar esto al arbitrio de los particulares”.

Efectivamente, mediante la servidumbre legal de acueducto se abre una posibilidad de ventajas agro-sociales indiscutibles al permitir el aprovechamiento integral de predios que de no recibir los beneficios del riego, sus rendimientos serían nulos o muy escasos, y se permite alcanzar estos beneficios, evitando discordias, reyertas generalmente apasionadas, si hubiera de quedar esto al capricho de los particulares, que no siempre sienten el afán de cooperación con sus semejantes y que muchas veces se rebelan cuando para obtener el bien ajeno han de experimentar una alteración de su situación patrimonial.

Como luego veremos, uno de los aciertos que, a nuestro parecer, tuvo el Código civil fué precisamente subsanar la omisión que ofrecía la legislación administrativa sobre este particular, configurando como auténtica servidumbre el acueducto por interés privado.

III

ANTECEDENTES

Es instructivo conocer algunos antecedentes y, sobre todo, tener en cuenta cómo se incorporó al Derecho positivo nacional la regulación de esta servidumbre que, como antes decimos, viene suscitando en la práctica un sinnúmero de incidencias y abundantes pleitos.

Tuvo esta servidumbre mucho arraigo en nuestro país, pero en re-

(12') Ob. cit., pág. 271.

También GAY DE MONTELLAR, *Servidumbres en materia de aguas*, Ed. Reus, abunda sobre este particular.

ducido ámbito que se limitaba en el espacio de las comarcas donde desde antiguo los regadíos adquirieron gran desarrollo. Su regulación se contenía en las Ordenanzas peculiares de esas zonas o en normas de derecho consuetudinario, pero, en cambio, tardó en incorporarse al derecho positivo nacional, como norma de derecho general.

El período constitucional con sus avances legislativos (13), dentro de una dogmática un tanto individualista, impuso un sentido nacional que la Constitución de Cádiz perfiló en su artículo 1.º, "la nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios". A medida que fué ampliándose el cultivo de regadío, las discordias e incidencias entre los regantes se suscitaban con frecuencia, en tonos de mayor violencia, sobre todo en los veranos, cuando la escasez de agua se dejaba sentir y la perspectiva de pérdida de cosechas avivaba un mayor interés por tan preciado elemento. En las zonas sin tradición de regadío, se frustraba el aprovechamiento de buenas tierras, ya que se acusaba en demasía un sentido individualista, y fueron muchos los propietarios que disponiendo de agua para el riego no lograban el generoso asentimiento de los dueños de aquellos predios por los que había de pasar el agua con la que pretendía fertilizar las tierras no contiguas al manantial o al caudal disponible. Esto producía choques y desavenencias cada vez más intensos, sin solución posible, ya que la legislación, fuera de aquellas comarcas donde el riego tenía hondas raíces y de secular tradición por sus ordenaciones debidamente aprobadas y respetadas, nada decía sobre el particular.

Se publica en Francia la Ley de 29 de abril de 1845, en la que se establece la servidumbre legal que permite obtener el paso del agua, a pesar de la voluntad en contrario de los demás propietarios, mediante una previa y justa indemnización pagadera en dinero.

La Ley francesa de 1845 encomendaba al Juez la facultad de denegar el paso de las aguas si no se demuestra su utilidad debidamente, limitando su aplicación a los caudales que se dediquen al regadío.

Esta Ley mereció la mejor acogida, tanto por los economistas como por los juristas, siquiera coincidían todos en destacar que la Ley de 1845 fué poco ambiciosa y no tuvo "más finalidad que favorecer a la agricultura". No era extraño, pues aún imperaba en Francia, con atenuaciones crecientes, la Escuela Fisiócrata y seguía teniendo vigencia el dogma de Quesnay: *L'agriculture est la source de toutes les richesses de l'Etat*.

(13) DIAZ CASSOU P., en sus *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, Madrid 1880, señala "como título de gloria para el regadío murciano, que en él existió antes que en otro alguno de España, la servidumbre forzosa de acueducto, según declaración de una Ordenanza de la era de 1374 y que fué declarada todavía en la Compilación de 1695"; es indudable que hay antecedentes localizados en zonas que de antiguo vienen practicando el regadío, aunque se hace difícil proclamar cuál de ellos pueda ostentar una prioridad sobre los restantes. Particular interés ofrece también el estudio de las Ordenanzas para el gobierno y distribución de las aguas que riegan la huerta de la ciudad de Orihuela, así como el trabajo de L. MUR VENTURA, sobre *Los regadíos en la Hoya de Huesca*. Huesca 1913.

IV

LEY DE 1849

España seguía sin regulación adecuada de ámbito general de esta servidumbre, no obstante acusarse cada vez más la necesidad de una normativa adecuada de la misma. En 1847 se hizo cargo del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas don Juan BRAVO MURILLO, uno de los gobernantes más capacitados del pasado siglo, que supo rodearse de colaboradores de gran prestigio, como el altoaragonés Alejandro OLIVÁN, don Manuel José QUINTANA y otros. OLIVÁN, expatriado durante largos períodos en Francia, conocía perfectamente la legislación y el movimiento científico de dicho país. Diputado a Cortes por Huesca, nacido en uno de los más bellos lugares del Valle de Tena, sentía estos anhelos de aprovechamiento de riegos, ya que en su propio país nativo iba en aumento el aprovechamiento de los riegos y era necesario imponer con carácter forzoso esta servidumbre. Su colaboración con BRAVO MURILLO fué activísima, y según parece, Alejandro OLIVÁN redactó el Proyecto de Ley que fué presentado al Senado el 22 de abril de 1849.

Concretamente, este Proyecto de Ley se titulaba como de "exención de toda contribución" a los capitales que se empleen en la construcción de canales, acequias, brazales, pantanos y demás obras de riego, e independientemente el Gobierno tenía presentado el Proyecto de Ley referido concretamente a la servidumbre de acueducto. Pasados estos proyectos a dictamen, la Comisión del Senado, con fecha 4 de mayo de 1849, en un magnífico dictamen, propone la refundición de estos proyectos, que justifica con verdadera precisión técnica en su exposición de motivos, destacando la preocupación que ya en aquel tiempo se sentía por un aumento de la producción agrícola. En dicha exposición se dice:

"... Pero como sucede con frecuencia que para beneficiar las aguas sea preciso conducir las a través de terrenos de propiedad ajena, y si bien estos casos se hallan previstos en muchas Ordenanzas municipales y en la legislación de algunas provincias de Levante, señaladamente en las de Valencia y Cataluña, el Gobierno se había ya ocupado de un proyecto de ley sobre la servidumbre legal de acueducto o paso de agua, y la Comisión ha estimado que podían unirse los dos proyectos en uno solo. No se oculta a la sabiduría del Senado que no es ésta una novedad introducida de extraños Códigos, pues acaso en ningún Estado hay leyes más antiguas que en España sobre la materia. Es notable, sobre todo, la Constitución de Cataluña acordada en las Cortes de Monzón en 1585, en la que se declaró esta servidumbre sobre todas las tierras sin distinción de eclesiásticas o señoriales, o de otros cualesquiera dueños, precediendo una sumaria justificación de la conveniencia de la obra y la indemnización del precio con los daños que, a juicio de árbitro, haya de pagarse."

Como puede apreciarse, supone una perfecta construcción técnica este dictamen de la Comisión del Senado y un avance grande al decretarse esta servidumbre sobre "todas las tierras", aboliendo las jurisdicciones exentas, que venían consagradas de antiguo, sobre tierras señoriales o eclesiásticas.

El dictamen, después de invocar estos precedentes nacionales de tanto arraigo en la región levantina y catalana, refuerza su posición aludiendo a lo ya establecido en otros países, y concretamente dice: "En los reinos de Lombardía y Piamonte, cuya agricultura compite con la más esmerada de Inglaterra, se halla desde hace mucho tiempo declarada la servidumbre de acueducto, y en Francia se estableció recientemente por Ley discutida muy ampliamente en las Cámaras y publicada en 29 de abril de 1845." Con esta mención quedó patentizada la ascendencia francesa de la ley, cuya elaboración parlamentaria no ofreció dificultad alguna.

En la discusión habida en el Senado se opuso algún reparo en orden a la fijación de indemnización, y aunque la Ley no incorporó íntegramente el dictamen de la Comisión, después de señalar el alcance de la exención fiscal para los capitales que se empleen en la construcción de canales, etc., en el artículo 6.º quedó ya establecida y regulada esta servidumbre de acueducto en los términos que luego analizaremos. En el dictamen de la Comisión del Senado se limitaba el alcance de esta servidumbre al señalar unas prohibiciones concretas, entre las que merece destacarse la siguiente:

"No puede reclamarla un especulador que vende el agua, sino el propietario del predio interesado, bien sea para el riego, o bien para el desagüe o para dar paso a las aguas sobrantes."

De esta forma se excluía de esta nueva limitación que a la propiedad rústica se imponía, la posible especulación que con ella pudiera intentar el favorecido con la servidumbre, si es que intentaba cobrar canon por el uso de dicho riego.

El artículo 6.º de la Ley de 24 de junio de 1849 decía así: "El propietario que teniendo aguas de que pueda disponer, quiera aplicarlas al riego de terrenos que le pertenezcan, pero que no se hallen contiguos a ellas; el que intente dar paso a las aguas sobrantes después de haberlas aplicado a los riegos, y el que poseyendo un terreno inundado tenga necesidad, para desecarlo, de dar salida a las aguas, podrán reclamar la servidumbre de acueducto, ya por acequia descubierta, ya por cañería cerrada al través de los predios ajenos intermedios o inferiores. Si los dueños de éstos la resistieren, podrá el reclamante acudir al Gobierno solicitando el permiso, y el Gobierno, según lo exija el interés colectivo de la agricultura, conciliado con el respeto a la propiedad, lo concederá o negará, previo expediente instruido por el Jefe político en la forma que prevengan los Reglamentos, con audiencia del dueño o dueños del terreno y el Ayuntamiento respectivo."

Así quedó consagrada en nuestra legislación la servidumbre de

acueducto por interés privado, sólo en beneficio de la agricultura, pre-ocupación básica en el Gobierno de aquella época, como lo había sido también en el de Francia al votar la Ley de 1845 (14).

La concesión de esta servidumbre quedaba reservada al Gobierno. Era época de máxima centralización, y la novedad que representaba la nueva servidumbre al reducir o restringir la plenitud del derecho de propiedad, tan exaltado en época de máxima rigidez para el derecho de propiedad, imponía esa mayor garantía vinculando en el Gobierno la facultad de otorgar esta servidumbre, siquiera la instrucción del expediente informativo quedase encomendado a los Jefes políticos, cargo que fué suprimido por R. D. de 28 de diciembre de 1849, al crearse los Gobernadores civiles de provincia, como autoridad civil superior, en la que se refundían los Jefes políticos e Intendentes.

Por R. D. de 19 de abril de 1860 se amplía el régimen que regulan los aprovechamientos hidráulicos, y en su artículo 9.º se dispone que los concesionarios de aguas públicas con aplicación al riego tendrán derecho a utilizar la servidumbre forzosa de acueducto establecida por la Ley de 24 de junio de 1849, previa indemnización, permitiendo ejecutar todas las obras necesarias para detener las aguas en el punto de la corriente donde haya de hacerse la desviación.

Mas en la práctica, en las pocas concesiones que se otorgaban, se advierte cierta resistencia para autorizar esta servidumbre de acueducto. Así, por ejemplo, en la R. O. de 8 de octubre de 1861, otorgando autorización para aprovechar aguas del río Segre para el riego de tierras de Gerp y de San Lorenzo, se consignaba "que por la presente concesión no se entiende autorizada la servidumbre forzosa de acueducto", sin perjuicio de instarlo si a su derecho conviene. Se mantenía el principio de individualización de estas concesiones y por ello se exigía que independientemente se solicitara esta servidumbre.

De todas formas, su instauración se acogió con cierto recelo y suspicacia e incluso se calificó de atentado al derecho de propiedad; y autor tan autorizado como COLMEIRO, cuando en 1863 publica la *Historia de la Economía Política en España*, siguiendo la línea liberal del pensamiento entonces imperante, afirma que entre los remedios que habían de adoptarse para el fomento de la agricultura era necesario reducir "a los justos límites la servidumbre de acueducto" (página 117, tomo II). En toda esta época aparecen casi limitados los aprovechamientos hidráulicos al riego. La colección legislativa del año 1861 ofrece ya algunas concesiones de agua como "fuerza motriz para

(14) Coinciden los tratadistas en señalar como antecedente de la servidumbre de acueducto el texto del Fuero XXII del Rey Don Jaime I que dice así: "si alguno tuviere casas o edificios o campo o alguna otra clase de terreno rodeado por todos lados de los vecinos, de modo que no tenga camino para entrar ni conducir ni llevar agua, ni se supiere el sitio por donde antiguamente tuviese el camino para entrar en él, y llevar el agua, los vecinos a quienes menos daño se causare, deben dar por sus heredades al campo por donde pueda entrar, introducir y llevar el agua sin exigir sólo su valor"; versión de José Latour, obra citada.

molinos harineros". Era la única aplicación industrial que en esa fecha mereció ser tenida en cuenta. Seguían predominando en absoluto los aprovechamientos para riego. En 1862 se otorgaba un aprovechamiento de agua del río Urola como fuerza motriz de una fábrica de papel continuo; y en 1863 se otorga otro en el río Fluvia para una fábrica de hilados.

Para la tramitación de estos expedientes, la Real Orden de 20 de diciembre de 1852 aprobó una Instrucción demasiado simplista, en la que se regulaba pobremente los distintos trámites a que debían someterse los proyectos de aprovechamientos hidráulicos, sin que hiciera referencia especial a esta servidumbre, pero prácticamente se aplicaron sus normas a éstos, pues a falta de una normativa especial se consideró un aprovechamiento más la servidumbre de acueducto, y de ahí que, sobre todo los servicios de obras públicas, aplicasen su precepto a estos expedientes, siquiera no resolviesen los problemas que en la práctica iban suscitándose, sobre todo en los casos en que se suscitaba oposición al establecimiento de tal servicio (15).

(15) Esta Real Orden de 20 de diciembre de 1852 aprobando las Instrucciones para la tramitación de los expedientes de servidumbre, se dictó, en vista de las dificultades que alguna vez ha encontrado la instrucción de expedientes para la declaración de la servidumbre legal de acueducto que autorizaba la Ley de 1849. La regla 2.^a de la misma exigía que con la instancia se presentara un testimonio "del título de propiedad o disirute de las aguas cuyo aprovechamiento se solicita, especificándose su situación, la de las tierras que se intenta regar y el sitio por donde se pretende llevar el acueducto"; se fijará también la topografía de los terrenos sobre los cuales se pide la servidumbre, el nombre de su dueño y el pueblo del domicilio.

Según la Regla 4.^a, impondría el gobernador que tenga lugar una comparecencia "entre el solicitante y el dueño del predio que se intenta gravar", ante el alcalde del domicilio del último, cuyo objeto es "que en todo tiempo conste la conformidad (en cuyo caso ya no habrá necesidad de otro trámite bastando sólo con obtener testimonio del acto) o el disentimiento, consiguándose en este caso las razones en que se funda". Como puede apreciarse, esta instrucción sólo cuida de salvaguardar el derecho de los propietarios, permitiendo que por acuerdo entre el solicitante, y el "dueño" del predio quede constituida la servidumbre sin intervención alguna del arrendatario o cultivador del mismo.

Si el predio sirviente fuere propiedad del Estado, las diligencias se entenderán con el promotor fiscal; si el terreno fuera municipal el expediente se sustanciará con el Alcalde, deliberando sobre él el Ayuntamiento con igual número de mayores contribuyentes. Se omite, por tanto, en la Instrucción de 1852 toda atención precisamente para los cultivadores de esos predios y sólo se llamaba a deliberar a "los mayores contribuyentes", que generalmente no serían muy afectados por la servidumbre proyectada. Por otra parte estas reglas condenaban el expediente a una tramitación larga, cuando no constase el "dueño" del terreno que se trata de sujetar a la servidumbre, en cuyo caso las actuaciones se entenderán con el promotor, pero anunciándose "por un mes seguido en el Boletín de la Provincia y por tres veces en el del Ministerio y en la "Gaceta", trámite excesivamente dilatorio para el supuesto real o fingido de que no constase quien fuera el propietario del predio sirviente. Todo lo actuado había de elevarse por el Gobernador a la resolución soberana de S. M.; como puede apreciarse con tanto trámite dilatorio estos expedientes se hacían eternos, sobre todo al encomendar su resolución al Ministerio, respondiendo sin duda a la concepción centralista imperante en aquella época.

Se acusaba cada vez más el origen concesional de esta servidumbre, cuyo carácter público se hizo patente en la Ley de 1849, y muy especialmente en las normas de procedimiento administrativo dictadas para su otorgamiento, que fueron refundidas y sistematizadas en la Instrucción de 1852. Era en cierto modo una consecuencia de aquella situación histórica, que reservó a los reyes la vigilancia sobre aprovechamiento de aguas públicas, así como el otorgamiento de licencia para el disfrute y aprovechamiento de dichos caudales (15').

V

LEY DE 3 DE AGOSTO DE 1866

La Ley de 1849, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la regulación de esta servidumbre, supuso un avance indiscutible que pronto acusó insuficiencia normativa precisamente por iniciarse bien pronto la aplicación de esta servidumbre a fines industriales. Hay que reconocer que esta Ley tuvo sus repercusiones incluso en el terreno del derecho privado y fué recogida por algunos civilistas de la época. En el proyecto de GARCÍA GOYENA tuvo su reflejo en el artículo 496, que decía así: "Todo el que para riego de sus tierras o para el uso de alguna fábrica quiera servirse del agua de que pueda disponer, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, así como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas."

Se exceptúan de estas servidumbres los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias.

Como puede observarse, ya se ensancha el campo de aplicación de esta servidumbre, que no se limita "al riego", sino que ya alcanza también "al uso de alguna fábrica"; innovación que después de GARCÍA GOYENA fué objeto de consideración por otros tratadistas.

Como antes decimos, iban en aumento las demandas que se hacían para concesiones de aguas "para fuerza motriz", y ello sin duda movió a los juristas de la época para ampliar el ámbito de esta servidumbre que hasta entonces se había mantenido como una típica ser-

(15') Es curioso observar el carácter especial que mereció esta servidumbre por parte del legislador. De un lado se la considera como concesión, como un aprovechamiento hidráulico más, pero para su otorgamiento se publica una Instrucción especial distinta de la que regía para otorgar los aprovechamientos hidráulicos en general y que fué aprobada por R. O. de 14 de junio de 1883, refrendada por Ganazo, cuyo artículo 26 distingue el caso en que con el aprovechamiento principal, se pida la imposición de servidumbre; una y otra pretensión, dice la sentencia de 4 de mayo de 1897, debe tramitarse en expedientes distintos, pues aparte de que dicho artículo no impone la simultaneidad de trámites, el artículo 80 de la Ley de Aguas demuestra que la concesión del agua, ha de ser anterior a la de la servidumbre, puesto que la oposición de ésta, puede fundarse en no ser el que la solicita, dueño o concesionario del agua.

vidumbre rural para fines de riego, es decir, para beneficiar las tierras (16).

Fué la Comisión nombrada en 1859 encargada de elaborar la Ley de 3 de agosto de 1866, cuya magnífica exposición de motivos se incorporó a la de 1879, la que abordó este problema en toda su amplitud, y tras el recuerdo de los precedentes que nuestro Derecho ofrecía de esta servidumbre, desarrolló en su articulado el régimen jurídico de la servidumbre de acueducto. “Esta servidumbre—decía la exposición de motivos—, establecida forzosamente para el riego por los Fueros de Valencia desde la primera mitad del siglo XIII y extendida a todo el Reino por la Ley de 24 de junio de 1849, se amplía por la Comisión al establecimiento de baños, fábricas o artefactos, a la desecación de terrenos pantanosos, y a la evasión o salidas de aguas procedentes de alumbramientos artificiales.” “No hay, en efecto—añade—, razón alguna para que esta servidumbre se limite a un solo aprovechamiento del agua cuando hay otros importantes que la reclaman con igual urgencia. Ampliada de este modo, y debiendo ser más frecuentes los casos en que habrá de decretarse su imposición, la Comisión no ve en ésta un asunto de tamaña importancia que deba reservarse al Gobierno Supremo, centralizando de una manera innecesaria y perjudicial para los particulares y el mismo Gobierno la acción benéfica de la Administración. Se concede, pues, a los Gobernadores la facultad de decretar esta servidumbre; mas para cerrar la puerta a toda arbitrariedad y proteger contra ella los intereses y derechos particulares, se determinan los tres casos en que el dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre pueda resistirlo, fundados todos en evidentes principios de justicia y equidad, a saber: cuando el que solicita la imposición no sea dueño o concesionario del agua o del terreno en que quiera utilizarla; cuando los perjuicios que haya de causar la servidumbre al que la sufra sean mayores que los beneficios que haya de proporcionar al que la disfrute, y cuando pueda establecerse sobre otros predios, con iguales ventajas para el que la solicite y menores perjuicios para el que la haya de sufrir.”

Tras esta luminosa exposición, en la que con tanto acierto quedan

(16) La pugna entre los intereses de los regantes con los que pudiéramos llamar industriales, se mantuvo muy acusada, sobre todo al iniciarse los aprovechamientos de agua para la producción como fuerza motriz, especialmente ello se manifestó con las autorizaciones para los molinos harineros, que tuvieron durante mucho tiempo la investidura de las regadías con los privilegios y secuelas de ellos derivadas.

DÍAX CASSOU, en la obra citada, decía, que el molino o la fábrica altera la economía de los riegos, destruye los quijeros y merma los cauces. Precisamente en el estío, cuando el regante sufre de escasez, el molinero también la sufre y necesita la misma fuerza motriz de agua que en todo tiempo, la hurta o roba donde la encuentra para conducirla a su molino y tirarla sin provecho de regantes al Segura si tiene la cola al mismo el cauce donde el molino está situado. Con más razón que en otras partes, puede decirse en la huerta de Murcia, que vale más molino parado que amistad de molinero, y que molinero y labrador—en la cieca más caudal— perro y gato en un costal. Pág. 32.

plasmadas las innovaciones que la nueva Ley introduce, regula su articulado el régimen de esta servidumbre, que podrá imponerse para los objetos de interés privado siguientes: 1.º Establecimiento o aumento de riegos. 2.º Establecimiento de baños y fábricas. 3.º Desecación de lagunas y terrenos pantanosos. 4.º Salidas de aguas procedentes de alumbramientos artificiales. 5.º Salida de aguas de escorrentías y drenajes.

Según el artículo 121 de esta Ley, no se podía imponer la servidumbre forzosa de acueductos sobre edificios, jardines y huertos existentes al tiempo de hacerse la solicitud, ni por dentro de otro acueducto preexistente, a no ser que lo consienta el dueño de éste.

Ofrece esta Ley la singular particularidad que antes advertimos de ensanchar el campo de acción de esta servidumbre, limitada en las normas consuetudinarias y en las antiguas ordenanzas de riego propiamente dicho: ahora se permitirá para “el establecimiento de baños y fábricas”. Al excluir y liberar de esta servidumbre concreta y específicamente, se menciona, “los huertos”, expresión que parece mantuvo el legislador de la de 1879, pero que por una deficiente expresión se sustituyó, como luego veremos, por la frase “huertas”, que tantos conflictos motivó en la práctica y cuyo equívoco se mantiene hasta nuestros días, ya que en la generalidad de las ediciones hechas de la Ley de 13 de junio de 1879 sigue empleándose la expresión “huertas”, e incluso en algunos de los procesos contencioso-administrativos se ha planteado el problema de la jerarquía de la Ley por considerar improcedente el que la Dirección General de Obras Públicas, en Orden de 20 de agosto de 1881, en concepto de rectificación de errata del texto aparecido en la “Gaceta” declarase que el artículo 83 de la nueva Ley debe decir “huertos” en vez de “huertas” (17).

VI

LEY DE 13 DE JUNIO DE 1879

La Ley de 1866, que había logrado plena madurez, bien pronto iba a ser degradada a una situación de interinidad como consecuencia de la revolución de septiembre de 1868. En uso de las facultades de la Junta Revolucionaria de Madrid, el Duque de la Torre constituyó el Gobierno provisional, asignando la cartera de Fomento a don Manuel Ruiz Zorrilla, y empujados por el afán revolucionario de entonces, bien pronto se sometió a las Cortes una Ley de Bases para la nueva Ley de

(17) LAMOUR BROTONS J. entiende, que la importancia mayor de la Ley de Aguas es la de ser, como acertadamente dice en su exposición de motivos, el primer Código mundial sobre la materia, y completamente original en la solución de los problemas jurídicos que resuelve, apartándose de la influencia romana y de la codificación extranjera en esta material, para buscar y sentar soluciones y principios jurídicos nacionales, siendo muy acusada la impronta de la “jurisprudencia valenciana”; antecedentes de la primitiva Ley de Aguas, Madrid 1955, pág. 23.

Aguas, no obstante reconocer las perfecciones y aciertos de aquella Ley de 3 de agosto de 1866, que habían elaborado un plantel de ilustres juristas como don Cirilo Franquet y don Antonio Rodríguez de Cepeda (18); pero, como decimos, era un imperativo de la revolución triunfante que, muy personal, impulsaba el joven ministro Ruiz Zorrilla, quien de modo solemne lo declaró en los términos siguientes: "Me propuse, en Gracia y Justicia como en Fomento, reformar toda la legislación que o era un arma de combate para la hueste reaccionaria, o estaba en contradicción con los adelantos de la ciencia jurídica, o no se acomodaba a los principios consignados en el gran Código de 1869" (19). El Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1868 articula unas bases para la legislación de obras públicas cuyo artículo 22 disponía que, sin perjuicio de las reformas que ulteriormente se introdujesen en la Ley de aguas, quedaban derogados un par de docenas de artículos de la misma; a esta derogación parcial siguió otra más amplia derivada de la Ley de 20 de febrero de 1870 regulando el régimen de construcción de canales de riego. Se intenta lograr la unificación de la legislación en materia de aguas, y por R. D. de 22 de enero de 1874 se confiere a la Comisión que se había designado un año antes para que redactase el Reglamento, el encargo de formular "un proyecto de Ley de aguas revisando y unificando la parte vigente de la de 1866, en armonía con las demás disposiciones legales que con ella se relacionan". Esta Comisión lleva a efecto la tarea encomendada aprovechando, de modo principal, los trabajos de la que había elaborado la Ley de 1866, de la que con razón se dijo que fué "la primera de su género en Europa".

Así surge la Ley de 13 de junio de 1879, que fué publicada en la "Gaceta" de 19 de junio del mismo año, en la que se contienen algunas modificaciones que brevemente examinaremos en orden a la servidumbre de acueducto objeto del presente estudio (19').

El artículo 75 regula la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de aguas destinadas a algún servicio público, y el 77 preceptúa que puede imponerse también la servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado en los casos siguientes:

- 1.º establecimiento o aumento de riegos;
- 2.º establecimiento de baños y fábricas;
- 3.º desecación de lagunas y terrenos pantanosos;
- 4.º evasión o salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales;
- 5.º salida de aguas de escorrentías y drenajes.

(18) CIRILO FRANQUET y BELTRÁN formuló un anteproyecto de la Legislación de Aguas, en el que ya se desarrollaba esta servidumbre y que mereció que por R. O. de 24 de febrero de 1959 se le dieran las gracias mandando imprimirlo por cuenta del Estado.

(19) Estudios jurídicos, pág. 92.

(19') En prensa éste trabajo, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO publica en la Rev. de *Admon. Pública*, núm. 33 un interesante trabajo sobre la elaboración de la vigente ley de Aguas.

Consignándose en el párrafo último de este artículo que en los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre no sólo para la conducción de las aguas necesarias, sino también para la evasión de los sobrantes.

Por R. D. de 12 de abril de 1907 se establecía un nuevo motivo para que se impusiera esta servidumbre; era para la conducción de aguas superficiales de las minas al desagüe o al lugar de su aprovechamiento.

Se señaló la competencia para decretar estas servidumbres al gobernador de la provincia correspondiente con recurso de alzada ante el Ministerio de Fomento, mandando el artículo 79 de la Ley que en todo caso deberá preceder al Decreto de constitución, la instrucción de expediente justificativo de la utilidad de la servidumbre que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que han de sufrir el gravamen y la de los municipios o provincias en que radican en cuanto a éstas o al Estado afecte la resolución.

El dueño del terreno sobre que se trate de imponer la servidumbre forzosa de acueducto podrá oponerse por alguna de las causas siguientes:

1.^a por no ser el que la solicite dueño o concesionario del agua o del terreno en que intente utilizarla para objetos de interés privado;

2.^a por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

Según el artículo 83, no puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto, para objetos de interés privado, sobre edificios ni sobre jardines ni huertas existentes al tiempo de hacerse la solicitud, alterando de esta forma la expresión contenida en los textos legales precedentes.

Régimen especial establece el artículo 101 de esta Ley para las servidumbres urbanas de acueducto, que se regirá —dice— por las Ordenanzas generales y locales de policía urbana, sin referencia alguna a normas de rango superior que inexcusablemente deberán ser tenidas en cuenta, como son las leyes de sanidad.

También en orden a la extinción de esta servidumbre el artículo 100 reformó la legalidad anterior. En este artículo se distinguen una situación de caducidad, para servidumbre autorizada que no llegó a establecerse, y unos motivos extintivos de la ya establecida que en cierto modo pugnan con las normas que más tarde estableció el Código civil.

Caduca la concesión de la servidumbre si dentro del plazo que se hubiere fijado no hiciere el concesionario uso de ella después de completamente satisfecha al dueño de cada predio la valoración acordada.

En el párrafo segundo de este artículo 100 se preceptúa que la servidumbre "ya establecida" se extinguirá: 1.^o, por consolidación; 2.^o, por expirar el plazo menor de diez años, fijado en la concesión de la servidumbre temporal; 3.^o, por el no uso durante el tiempo de veinte años, ya por imposibilidad o negligencia de parte del dueño de la servidum-

bre, ya por actos del sirviente contrarios a ella, sin contradicción del dominante; 4.º, por enajenación forzosa de utilidad pública.

El uso de esta servidumbre por cualquiera de los condóminos, conserva el derecho para todos impidiendo la prescripción por falta de uso.

El artículo 80 de la Ley habla siempre, cuando se refiere de los posibles oponentes a la servidumbre, de "el dueño" del terreno y, siguiendo los precedentes que ofrecía la legislación administrativa, parece referirse únicamente al propietario; mas no es así, ya que en el artículo 78, en su párrafo segundo, expresamente se preceptúa "que los que se sintieren perjudicados" por la resolución gubernativa estableciendo la servidumbre, podrán recurrir en alzada ante el Ministerio y apelar, en su caso, a la vía contenciosa, haciendo posible el amparo y defensa de los afectados por la servidumbre, bien de modo directo, como cultivador o arrendatario del que va a ser predio sirviente, o usufructuario del mismo, especialmente interesado en mantener el disfrute de dicho predio, sin la minoración que pueda suponer la obra del acueducto. Así lo declaró ya el auto de 21 de octubre de 1901.

El artículo 81 de la propia Ley, en su último párrafo, dispone que en toda concesión de servidumbre se entenderá reservado el ejercicio de la vía contencioso-administrativa "a las personas a quienes el gravamen afecte en sus derechos". Hay, por tanto, un régimen de garantía jurídica amplio y eficiente que supone un desplazamiento hacia la jurisdicción contencioso-administrativa.

VII

EL CÓDIGO CIVIL

Se publica el Código civil, cuyo capítulo segundo del título VII del libro 2.º lleva por rúbrica "De las servidumbres legales", y la sección segunda de este capítulo segundo aparece dedicada a las servidumbres en materia de aguas, consagrando los artículos 557 al 561, ambos inclusive, a la servidumbre de acueducto. Ello fué motivo de general censura por parte de algunos autores que consideraron improcedente que el Código civil regulase unas servidumbres con normativa especial en la legislación administrativa, y a la vez por otros tratadistas se fustigó que el articulado del Código civil no hubiese obtenido la perfección debida para evitar problemas ante la contradicción que aparentemente ofrecían con los artículos de la Ley de Aguas, cuya vigencia fué puesta en duda por considerar que el Código civil, como Ley posterior, había derogado la Ley de 1879.

A nuestro modesto parecer, son infundadas las censuras lanzadas contra el Código civil por haber dedicado estos artículos a la regulación de estas servidumbres, puesto que, en definitiva, no hizo otra cosa que desarrollar la Ley de bases de 11 de mayo de 1888; según la Base decimotercera, en el Código civil, "se definirán también en capítulos

especiales las principales servidumbres fijadas por la ley en materia de aguas, en el régimen de la propiedad rústica y urbana”, y ciertamente ante el imperativo contenido en la Ley de Alonso Martínez, los autores del Código civil no hicieron otra cosa que definir “las principales servidumbres fijadas por la ley en materia de aguas”.

VALVERDE lamenta que el Código civil haya incurrido en el defecto de traer a la legislación civil instituciones que no son de su competencia (20), siguiendo en ello la inspiración de SÁNCHEZ ROMÁN, quien censuró además acremente los artículos del Código civil, “que son una reproducción imperfecta y perturbadora de otros artículos de la Ley de Aguas, la cual resulta mutilada unas veces en sus textos y modificada otras, sin ninguna originalidad sustancial que justifique la modificación” (21). Para SÁNCHEZ ROMÁN el Código civil modificó radicalmente el sistema consagrado por la Ley de Aguas, y dada la autoridad alcanzada por el profesor de Madrid ello sirvió de principal apoyo a los que entendieron que el Código civil había derogado la Ley de Aguas, criterio que se mantuvo muy en boga hasta que por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo se dicta sentencia de 27 de octubre de 1890, se aplica como vigente después de promulgado el Código civil los preceptos de la Ley de Aguas de 1879; sentencia perfectamente construída, cuya doctrina se impuso rápidamente. MANRESA estimó que el Código civil “transportó a su articulado el Título III de la Ley de Aguas”, y, a su juicio, los términos del artículo 557 no entrañan un concepto derogatorio, sino más bien un concepto general o más amplio de la servidumbre forzosa de acueducto (22). A nuestro modesto criterio, el Código civil acertó al regular esta institución. No bastaban los preceptos de la Ley de Aguas que, como antes decimos, respondían a una concepción heterogénea, impuesta en cierto modo por exigencias políticas que con sus apremios dificultan el acabado estudio de las instituciones jurídicas para una completa regulación de las mismas. Esto acaeció precisamente con la servidumbre de acueducto. Como queda dicho, se trataba de una servidumbre que aun con el matiz especial de la que aquí estudiamos alcanzó gran desarrollo en extensas zonas del suelo patrio, pero que hasta la promulgación de la ley francesa de 1845 no

(20) Tratado de Derecho Civil Español. Valladolid 1920, volumen II; página 178.

NAVARRO AMANDI en su Cuestionario del Código Civil Reformado, Madrid 1880, tomo II, pág. 307, decía: En materia de servidumbre de Aguas debió el Código limitarse a consignar el precepto contenido en el art. 563, lo que equivaldría a dejar íntegramente este punto a lo que las leyes de Aguas dispusieran, o traer al Código todas las disposiciones (salvo las adjetivas) de las Leyes de Aguas que hubiesen de quedar vigentes, con lo que se hubieran evitado confusiones graves y la duda de si la supresión de algunas frases, conceptos y párrafos enteros en ciertos artículos, determinan o no una diversidad de criterios, o por el contrario, lo dispuesto en el Código corrige un tanto los preceptos de la Ley de Aguas, en cuyo caso, el daño es todavía mayor, porque de ese modo resultan dos Leyes de Aguas.

(21) Estudios de Derecho Civil, Madrid 1801, tomo III, pág. 617.

(22) Comentarios al Código Civil, Madrid.

suscita en nuestros legisladores preocupación bastante intensa para incorporarla al ordenamiento jurídico nacional, llegando así a la Ley de 24 de junio de 1849, por la que se convierte en Ley de ámbito nacional una institución que tenía regulación muy local en algunas Ordenanzas de Levante, y legislaciones forales de ámbito reducido. La legislación administrativa desarrolló la servidumbre de acueducto y ciertamente merece destacarse el avance que ello supuso en nuestro régimen jurídico; pero, en cambio, se omitía en esa regulación considerar el aspecto jurídico, la verdadera naturaleza jurídica que ofrecía esta innovación, este medio de progreso que surgía principalmente por exigencias económicas políticas. El Código civil completó en su articulado el régimen jurídico de esta institución, siquiera tuviese razón en alguna de sus afirmaciones SÁNCHEZ ROMÁN al señalar algunas deficiencias de expresión que realmente no deben ser tomadas en consideración para aminorar el mérito que la reforma significa.

No puede prevalecer la tesis derogatoria, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 563 del Código civil preceptúa que el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas de que se trata en esta sección, se regirán por la Ley especial de la materia en cuanto no se haya previsto en este Código.

El mérito del Código civil, en este orden de cosas, radica precisamente en haber configurado con precisión y exactitud la naturaleza jurídica de estas servidumbres que sólo enunciaba de manera borrosa y confusa la Ley de Aguas. Fué indudable acierto el artículo 561, al considerar la servidumbre de acueducto como continua y aparente, "aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas". Con esta declaración se han evitado un sinnúmero de conflictos y de litigios, al considerar que esta servidumbre "es continua y aparente", y esto a todos los efectos legales, aun cuando en la realidad su uso pueda ser discontinuo, y por efectuarse de una manera oculta, como en ocasiones acontece, tenga la condición legal de las aparentes y por ende a los efectos adquisitivos o extintivos de la servidumbre de acueducto habrá de aplicarse la doctrina jurídica que para estas servidumbres rige, con las particularidades que ofrece la regulación específica y casuística de la Ley de Aguas. Acertado nos parece el juicio de MANRESA y de VALVERDE estimando que el Código civil no ha derogado la Ley de Aguas, ya que el Código habla de la servidumbre de acueducto de un modo general, cuyo concepto queda complementado por los preceptos especiales de la Ley de Aguas.

El Código civil completó la regulación jurídica establecida en la Ley de Aguas, donde se omitía definir dicha servidumbre y la caracterización de la misma, y al subsanar estas omisiones, el Código civil mantuvo en todo su vigor la regulación especial que de la misma hace la Ley de Aguas, principalmente, en orden a las normas procedimentales a que habrá de someterse la solicitud de acueducto por interés privado, al órgano competente para otorgarla o concederla, siquiera al

determinar los casos de imposición de la misma, en vez de la enunciación casuística que hace el artículo 77, con el riesgo inevitable de que surjan casos no enunciados, el Código civil haya optado por el sistema de generalización, lo que supone un más amplio y mejor criterio.

El Código civil en el artículo 557, en vez de enumerar los cinco supuestos que según la Ley de Aguas pueden determinar la imposición de esta servidumbre para objetos de interés privado, admite que todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios. Es cierto, como decía SÁNCHEZ ROMÁN, que los artículos del Código, en cierto modo, son una reproducción imperfecta de los de la Ley de Aguas; pero disintimos de tan autorizada opinión en que suponga ello una mutilación del texto de la Ley, que mantiene su vigencia, no mermada por el articulado del Código civil, que se limita a dar normas de carácter general de tipo sustantivo, que no atentan a las normas de la Ley de Aguas, ampliadas por distintos Decretos y Ordenes ministeriales dictados en uso de la potestad reglamentaria propia de la Administración Pública. En definitiva, el Código civil no hizo otra cosa que atenerse a la Ley de Bases, pues aparte de la específica disposición de la decimotercera, ya mencionada, no se olvide que la Base primera, que mandaba que el Código tomase por base el Proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio; y en el Proyecto de 1851 figuraba un artículo, el 96, que fundamentalmente reprodujo el 557 del Código civil.

GARCÍA GOYENA glosaba este artículo 496 diciendo que introduce "una grande innovación la servidumbre legal y forzosa del paso de las aguas para el riego de las tierras o para el uso de alguna fábrica". Ello supuso un avance importante en orden a la Ley de 1849, al consagrar las dos motivaciones de dicha servidumbre: una meramente agrícola, otra de tipo industrial. El fomento de la agricultura y de la industria o la utilidad pública —añade— crea aquí una nueva servidumbre de paso distinta, aunque algo parecida, a la del artículo 506: en ambas tiene lugar la indemnización. También en el Proyecto de 1851 se contenían varios preceptos referentes a esta servidumbre, cuyas normas, según propia declaración de GARCÍA GOYENA, eran transcripción del articulado del Código Sardo (23).

VIII

DECRETO DE 19 DE ENERO DE 1934

Surge este Decreto —según explica su propia exposición de motivos— porque estos expedientes venían tramitándose con arreglo a la R. O. de 20 de diciembre de 1852, que dictó normas para la aplica-

(23) Obra citada, pág. 435.

ción de los preceptos de la Ley de Aguas de 24 de junio de 1849. Pero al quedar derogada esta Ley, añade, y sustituida por la vigente de 13 de junio de 1879, es evidente que queda derogada también aquella disposición subalterna.

Ciertamente que habían quedado anticuadas las normas que se contenían en la R. O. de 20 de diciembre de 1852, época en la que no había adquirido esta servidumbre de acueducto la importancia y trascendencia que posteriormente alcanzó.

Constituye este Decreto un conjunto de normas principalmente de carácter procesal, con importantes innovaciones, en la que logran especial relieve el régimen de garantía ciudadana, al establecer un sistema de publicidad más que suficiente, haciendo posible que los afectados por dicha servidumbre puedan defender su derecho, formulando oposición y a la vez logrando la indemnización que proceda cuando se acuerde el establecimiento de tal servidumbre.

Según el artículo 1.º, la servidumbre forzosa de acueducto para fines de interés privado habrá de solicitarse en razonada instancia del Delegado del Gobierno o, en su defecto, del Ingeniero Jefe de Obras Públicas de la provincia a que pertenezcan los terrenos sobre los cuales se intenta imponer. De esta forma se robustece la autoridad provincial, que, según el artículo 2.º, tenga la competencia para otorgarla, lográndose así una mayor economía al reducirse gastos en la tramitación del expediente y a la vez una mayor rapidez, ya que los desplazamientos que habían de efectuarse por los técnicos se hacían más fáciles y posiblemente compatibles con las salidas que el Ingeniero encargado había de efectuar para otros servicios.

Según el artículo 2.º, habrá de acompañarse a la solicitud un plano fotográfico suscrito por técnico legalmente autorizado, en el que figure la situación del acueducto respecto a los predios que ha de atravesar y la longitud correspondiente a cada uno, con indicación del propietario. Esta petición se comunicará "a los propietarios" a quienes afecta para que muestren su conformidad o formulen los reparos pertinentes, mandando que si no fuese conocido su domicilio se les citará en el "Boletín Oficial".

En todo caso, dispone el artículo 3.º que se anunciará en el "Boletín Oficial", por plazo de quince días, la solicitud con los datos informativos suficientes para que quien, aun no figurando en la relación de los de domicilio desconocido, se considere perjudicado pueda presentar la oposición que crea pertinente en defensa de su derecho. Esta es una de las innovaciones más trascendentales del Decreto de 19 de enero de 1934.

El Gobierno de la República recogió el problema latente, con agudizaciones de violencia en algunas regiones, de los arrendatarios. La Ley de 1879, como el Código civil y las disposiciones administrativas sólo se referían a "los propietarios" de los posibles predios sirvientes, y prescindían en absoluto de otros titulares de derecho quizá más directamente lesionados por el establecimiento de la servidumbre, como los

usufructuarios o arrendatarios de dichas tierras. Expedientes para la imposición de esta servidumbre se habían tramitado en forma realmente clandestina para los legítimos poseedores de los predios sirvientes, lo que motivó perturbaciones, violencias que en algún caso llegaron a motivar sumarios y procedimientos gubernativos para contener la oposición que formularon de manera contundente los arrendatarios de aquellas tierras, que por no haber sido oídos en el expediente se consideraban relevados de acatar la resolución administrativa.

Ahora, a virtud del Decreto de 19 de enero de 1934, se hace posible a los usufructuarios y demás poseedores legítimos de dichos predios el que puedan oponerse al establecimiento de la servidumbre y defender su derecho a la compensación económica que pudiera corresponderles.

Del resultado de la información pública se dará vista al solicitante, quien dispondrá de un plazo de quince días para la justificación de su derecho si la oposición se funda en no ser propietario o concesionario legal de las aguas que intenta conducir o de los terrenos que intenta regar. La documentación justificativa se someterá a informe del abogado del Estado, continuándose la tramitación si el informe es favorable a la solicitud, y suspendiéndose en caso contrario.

Es un tanto extraño que al dictamen desfavorable de la Abogacía del Estado se conceda un efecto suspensivo de carácter definitivo, que contra el parecer de un organismo consultivo tenga que instar el interesado los recursos pertinentes ante la autoridad administrativa con funciones resolutorias. La acción de la Administración Pública se elabora sucesivamente con la aportación de criterios técnicos no solamente del orden constructivo, sino también jurídico mediante los respectivos informes de los organismos consultivos, que actúan en función meramente informativa, pero la decisión debe quedar consignada al órgano que encarna la función decisiva conjugados y ponderados convenientemente los informes aportados y las alegaciones que el peticionario de la servidumbre y los oponentes a ella hayan formulado. También se consignan en este Decreto normas peculiares para el caso en que se funde la oposición en que la servidumbre sería menos onerosa para el predio sirviente sin desventaja para el peticionario, caso de llevarla por lugar distinto por el peticionario. Ello es interesante, siquiera consideremos injusto el que se imponga al peticionario la obligación de satisfacer los honorarios que devenguen el técnico que designe la autoridad competente, sobre todo si resulta infundada la oposición de cualquier interesado, y desestimada su pretensión, pues en tal supuesto los gastos, los honorarios que este incidente produjese debieran ser sufragados por el que formuló la oposición infundada provocando estas incidencias.

A la vista del informe emitido por el técnico "designado oficialmente" y en uso de las facultades reconocidas en el artículo 78 de la Ley de Aguas, la autoridad competente resolverá otorgar o denegar la servidumbre forzosa de acueducto, resolución que habrá de ser notifi-

cada en forma con la necesaria indicación de los recursos procedentes contra la misma, trámite que deberá cuidarse convenientemente para no incidir en vicio de nulidad, conforme a la doctrina procesal moderna.

IX

LA JURISPRUDENCIA

No ha sido muy abundante la jurisprudencia sobre este particular, pero, en cambio, ha sido muy constructiva, y justo es reconocer que con la doctrina elaborada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se logró suplir, en cierto modo, las deficiencias del texto legal y las auténticas lagunas que ofrecía su regulación.

Como tantas veces ocurre, la realidad desbordó la previsión del legislador y surgieron los casos no previstos, las situaciones no tenidas en cuenta por la Ley, mostrando a la vez ciertas antinomias en el heterogéneo ordenamiento de esta servidumbre que, como decimos, surgió por etapas y no siempre con la deseada unidad de criterio.

Sentencia de 28 de junio de 1901.—Huertos.

Es quizá esta la primera sentencia en la que se establece doctrina sobre uno de los puntos más discutidos y que aun en nuestros días es objeto de controversia, cual es el decidir si son huertas o huertos los que están exentos de sufrir esta servidumbre. Resuelve esta sentencia el caso de un acueducto mixto, cuyo objeto era derivar un caudal de agua del río Segre para riego y para producción de fuerza para la industria. El recurso fué desestimado considerando: que el recurrente sólo ha invocado la pertenencia de huertas para impugnar el establecimiento de la servidumbre forzosa de acueducto, y está probado que la Ley sólo excusa de tal establecimiento cuando se trata de concesiones para objetos de interés privado, los huertos o los edificios y jardines.

En los Vistos de esta sentencia, se cita el artículo 83 de la Ley de 13 de junio de 1879, rectificado, dice, por la Orden de 20 de agosto de 1881 de la Dirección General de Obras Públicas, que dice así: "No puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto... sobre edificios ni sobre jardines ni huertos existentes al tiempo de hacerse la solicitud." Así se consagra una rectificación interesantísima en el texto de la Ley, que el Supremo ha mantenido invariable desde 1901 hasta nuestros días, sin que el legislador se haya considerado obligado a una rectificación formal de dicho Texto, por lo que resulta que las ediciones de la Ley de Aguas en uso aparecen con la expresión "huertas" que, como decimos, aún en nuestros días se sigue invocando para fundar la oposición o impugnación al establecimiento de esta servidumbre.

Ciertamente que el texto, tanto en la "Gaceta" como en la Colección legislativa, emplean la expresión "huertas", y a pesar de la rectificación que inicia la Dirección General de Obras Públicas en el sentido de que se refiere a "huertos", conforme al texto de la Ley de 1949,

como decimos, en las ediciones modernas de la Ley de Aguas se sigue manteniendo la expresión original "huertas". Es curioso observar que en los tratadistas de fin de siglo ya se acusó esta cuestión, y así, por ejemplo, don Benito Gutiérrez transcribe en su obra el texto del artículo 83 tal y como se publicó en la "Gaceta", pero, en cambio, en la glosa que del mismo hace, dice: "Dos razones hay para no imponer la servidumbre sobre edificios construidos, huertos o jardines de recreo: primera, la consideración de que no podía hacerse la obra sin destruir estos objetos que representan trabajos y sacrificios..." (24).

En efecto, parece acertada la rectificación de conceptos, pues si fuera prohibitivo su establecimiento sobre huertas, se reduciría extraordinariamente su ámbito de aplicación, y de ahí que estimemos justo referir la prohibición a "huertos". No está definido legalmente el concepto de "huerto", que los diccionarios al uso describen como "sitio de corta extensión en que se plantan hortalizas, legumbres y árboles frutales", o como limitada extensión de terreno particular cerrado por todas partes, o como ha hecho el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de mayo de 1947, al considerarlo "como bien comprendido por pequeña extensión y por su lugar anejo a vivienda"; y según la de 27 de marzo de 1958 no puede reputarse huerto la finca destinada al cultivo de leguminosas y cereales.

Siempre tuvo el "huerto" en nuestra legislación un trato de favor, incluso en orden tributario, al eximir de contribución a los huertos parroquiales por considerar que dada su escasa extensión, y constituir en muchos casos la base de sustentación económica de una familia, merecía esa solícita consideración, que tuvo su refrendo en la legislación de aguas, liberándolos de esta servidumbre de acueducto, que en ciertos casos supondría la inutilización del mismo o, como decía Gutiérrez, la destrucción de una riqueza que "representaba trabajos y sacrificios", y que en nuestros días ha adquirido un mayor relieve su tutela, con el renacimiento de los huertos familiares que en buena hora surge como uno de los mejores frutos de una política social que llega a las zonas rurales en momentos de extrema decadencia de las mismas.

Lo cierto es que el Supremo, sin la más leve variación desde la sentencia citada hasta las de nuestros días, ha mantenido este acertado criterio que bien merece ser anotado en las ediciones que se hacen de la Ley de Aguas, para de esta forma evitar los errores en que con tanta frecuencia inciden los que impugnan esta servidumbre. Así lo declara la sentencia de 27 de marzo de 1958.

Sentencia de 7 de diciembre de 1906.—Convencencia mutua.

No se limitó ésta a la mera revocación o confirmación del acuerdo recurrido. El pleito que la motivó ofrecía la particularidad de que se discutía un acueducto para fines industriales. El gobernador civil había

(24) Códigos o Estudios fundamentales sobre Derecho Civil, 5.^a edición, tomo II, Madrid 1881, pág. 632.

autorizado un aprovechamiento del Guadalquivir con el fin de utilizarlo como fuerza motriz en la producción de energía eléctrica, en cuya concesión figuraba, entre otras condiciones, la de imponer, previa instrucción del oportuno expediente, la servidumbre forzosa de acueducto. Se tramitó el expediente según la Instrucción de 30 de diciembre de 1852, y el gobernador acordó la imposición de la servidumbre solicitada, que fué impugnada en vía gubernativa, alegando le era muy perjudicial al oponente el trazado autorizado; desestimada la reclamación, se promueve recurso contencioso-administrativo, basado en la propia alegación, y el Supremo lo rechaza considerando que al concretar una recurrente su pretensión de que se modificara el trazado del canal por motivos que afectaban a su propia y exclusiva conveniencia, se olvidó de demostrar, asimismo, que esa alteración era también conveniente para el concesionario, demostración que como obligatoria le impone el número 2.º del artículo 80, porque cualquier cambio en este punto para que pueda aceptarse, ha de ser mutuamente ventajosa, y faltando, como aquí en efecto falta, esa prueba, su solicitud es improcedente.

Es interesante esta sentencia al determinar que la carga de la prueba referente a la mejor utilidad con la variante propugnada por el oponente pesa precisamente sobre éste; prueba que ha de ser acabada y tan intensa que desvirtúe las resultancias derivadas de la aportación documental que haga el peticionario de la citada servidumbre.

Esta tesis ha sido compartida íntegramente en posteriores sentencias, concretamente, por la de 17 de diciembre de 1955, en la que se declara que no basta para que prospere la oposición fundada en el número 2.º del artículo 80 de la Ley "que el opositor alegue o demuestre que la alteración que propone es menos lesiva para él que el trazado proyectado, sino que precisa también demostrar que no sería menos ventajosa para el que pretende imponer la aludida servidumbre". En esta sentencia se rechaza la alegación que se hace, apoyada en el dictamen de un perito agrícola, por cuanto los reiterados informes emitidos por los ingenieros del Servicio Hidráulico admiten, sí, que sea menos lesiva para sus intereses, pero no así para los del peticionario. En definitiva, se mantiene la doctrina de la sentencia de 7 de diciembre de 1906, de que la variante o modificación propuesta por el reclamante tiene que ser igualmente beneficiosa para el predio sirviente como para el predio dominante.

Sentencia de 16 de marzo de 1932.

Aunque se refiere a un caso de servidumbre para un servicio público, se contiene en ella una declaración interesante en orden a la autoridad competente para acordar la imposición de la misma. Dice el considerando segundo que el artículo 75 de la Ley de Aguas hace referencia a la "autorización" para la imposición o establecimiento de la servidumbre en sí misma, determinando cuál es la autoridad llamada a decretarla a nombre del Poder público, con la limitación de derechos

que para los predios sirvientes, públicos o privados, viene a constituir toda servidumbre: acto de soberanía y de restricción del derecho de propiedad que, como es lógico, se atribuye a la Administración del Estado, representado exclusivamente por el Ministerio de Fomento o por el gobernador de la provincia, verdadero delegado de aquél a estos efectos en toda la de su jurisdicción, mientras que el artículo 76 se refiere sólo "al permiso", mera licencia o consentimiento específico no para la constitución de la servidumbre, sino para el acto material de atravesar las vías públicas.

El problema surge precisamente como consecuencia de esta legislación un tanto anacrónica que tiene difícil encaje en nuestra época en que han quedado perfectamente deslindadas las funciones declarativas asignadas a los órganos de la Administración general, con las meramente informativas que los textos legales de fin de siglo concedían a los Ayuntamientos, a la Comisión provincial, etc., etc., funciones que fueron totalmente alteradas ya con la promulgación del Estatuto municipal y el provincial y que posteriormente tuvieron una más honda modificación, sobre todo desde que por Ley de 20 de mayo de 1932 se dispuso que las facultades que en orden a la incoación, tramitación y resolución de los expedientes relacionados con los servicios de obras públicas conferidos a los gobernadores civiles quedarán atribuidos, a partir "de la promulgación de la presente Ley, a los ingenieros jefes de Obras Públicas de las respectivas Demarcaciones"; como consecuencia de esta variación tan fundamental, se ha modificado también el régimen de órganos consultivos o de asesoramiento, de tal forma, que en muchos casos ya no es el órgano de ámbito provincial afecto al Gobierno Civil de la provincia donde radica la obra en cuestión, sino que se ha trasladado la función de asesoramiento al organismo donde radica la autoridad técnica de Obras públicas a otorgar la concesión erigida con ámbito interprovincial, bien sea de toda una cuenca hidráulica o por mancomunidades de servicio.

Sentencia de 10 de mayo de 1953.—Basta la propiedad del agua o del terreno.

Esta sentencia aclara y concreta el texto de la Ley de Aguas, estimando que conforme al artículo 80 de la misma y a la R. O. de 28 de septiembre de 1883, para que pueda decretarse esta servidumbre basta que el que la solicite sea dueño del agua o del terreno a regar, sin que sea necesario que lo sea de ambas cosas.

Rechaza el Supremo la oposición fundamental del recurso basada en el artículo 84, por entender que siguiendo el mismo trazado de la servidumbre que se le impone, proyecta un acueducto para el riego, ya que ese futuro acueducto no es en realidad actual y, por tanto, no se está en el supuesto que contempla el citado artículo 84 que lo único que prohíbe es que la servidumbre forzosa de acueducto tenga lugar por dentro de otro acueducto preexistente.

Es verdad que el principio informativo de ese artículo 84 consagraba la doctrina que expusiera brillantemente ORTOLÁN de que no se puede establecer servidumbre sobre servidumbre, *servitus servitutis esse non potest*, porque las servidumbres son fragmentos inmediatamente separados del derecho de dominio, siquiera el precepto invocado consagre expresamente la excepción a la regla general de que puede admitirse un acueducto sobre otro, cuando el dueño de éste lo consienta.

Sentencia de 20 de septiembre de 1944.—Justificación de la propiedad de las aguas.

Esta exigencia necesaria, tanto por el Código civil como por la Ley de Aguas, se entiende cumplida, según esta sentencia, con el documento acreditativo de la cesión hecha a favor del peticionario por el concesionario de dicho caudal, por cuanto “al ceder a los usuarios una porción de las aguas que tiene concedidas, los convierte en concesionarios de ese caudal, que el usuario disfruta con perfecto derecho a disponer del agua en tanto en cuanto abone el canon establecido, realice las obras y cumpla con las demás condiciones”.

La doctrina de esta sentencia no es exacta de modo absoluto, sobre todo en los casos en los que la concesión del aprovechamiento de aguas originario, prohíbe la cesión de dicho caudal o toda distracción de parte del mismo, para aplicaciones distintas de las que señaló el concesionario; de ahí que en cada caso hayan de tenerse muy en cuenta las condiciones impuestas en la concesión del aprovechamiento.

La sentencia de 7 de julio de 1946 exige también la condición de propietario para legitimar una oposición al establecimiento de dicha servidumbre, y en tal sentido declara que no basta la condición de viuda del comprador de la finca en situación de predio sirviente para acreditar su condición de condueña de tal finca.

Sentencia de 20 de marzo de 1945.—Inaplicación del Decreto de 7 de enero de 1927

Se había promovido recurso contencioso-administrativo, en el que principalmente se solicitaba la nulidad del expediente, al no haber sido oídos los organismos que señalaba el Decreto de 7 de enero de 1927. El Supremo rechaza tal alegación y declara que dicho Real Decreto regula prolijamente los expedientes de concesión administrativa de aguas públicas y de terrenos de dominio público para obras de toma y conducción y distribución de aguas o para instalación de fábricas o artefactos o de canales de desagüe, pero en ningún instante alude a la concesión de servidumbre de terrenos particulares, y por ende, no se incide en vicio de nulidad porque no hayan informado los organismos que el indicado Decreto señala para los expedientes de concesión propiamente dichos.

Aclara esta sentencia, a nuestro entender, muy acertadamente el ám-

bito de aplicación del citado Decreto de enero de 1927, tan discutido, más que en el campo del Derecho, en el meramente económico y financiero. Esta servidumbre de acueducto por objeto privado reúne unas características peculiares que la legislación ha consagrado ya en su origen al hacerla objeto de una regulación particularísima mediante la Ley de Bravo Murillo, de fondo esencialmente privado y civilístico, que luego fué atenuándose en las modificaciones posteriores, a tal punto que casi aparece identificada su naturaleza con las concesiones administrativas propiamente dichas. Acierta el Supremo en esta sentencia, pues entendemos que no puede identificarse con la concesión administrativa el Decreto acordando la imposición de esta servidumbre, que más bien tiene carácter jurisdiccional al dirimir la pugna de intereses entre la titularidad del predio sirviente y dominante. No hay concesión administrativa, por cuanto esta servidumbre se limita a ser mero instrumento para la utilización plena, para el desarrollo total de unas posibilidades económicas del derecho de propiedad sobre determinada finca, pero sin investidura alguna de carácter público, sin afectación a ningún servicio público, ya que directamente se tiende al desarrollo integral de un derecho de propiedad privada del que han de derivar unas mayores utilidades, unas ganancias superiores para ese propietario que también pueden repercutir en el bien general mediante la obtención de mayores cosechas, que indudablemente significa una mayor utilidad general.

Sentencia de 7 de enero de 1944.—Servidumbre temporal.

Desecha esta sentencia la impugnación que se hacía de que la servidumbre acordada lo fuera con carácter temporal, pues ello nada significa en orden a su procedencia, ni obsta a que se pueda convertir, si lo precisara, sin necesidad de nueva concesión, en perpetua, porque tal eventualidad está prevista por el artículo 89, en relación con el 87 de la Ley de Bases.

Sentencia de 6 de mayo de 1960.

Se impugnaba la imposición de esta servidumbre, con objeto de conducir agua elevada de un pozo situado en terrenos de dominio público para el riego de una finca de la propiedad del beneficiario en el término municipal de Tordera. La Sala 3.^a desestimó el recurso que fundamentalmente se apoyaba en no estar ejecutadas las obras necesarias para que pudiera existir el aprovechamiento que apoyaba en un testimonio del acta de reconocimiento de los terrenos que autorizaba el notario de la localidad, por estimar que de las actuaciones que integran el expediente administrativo, especialmente del informe emitido por el Ingeniero encargado del servicio, queda acreditado que en las márgenes del río Tordera había un pozo de tipo abisimio, estando instalada la tubería de conducción menos en la finca donde se trataba de

imponer la servidumbre, extremo corroborado cuando, a virtud del recurso de alzada en vía gubernativa, fué recabado nuevo informe de dicho técnico.

Contiene esta sentencia un razonamiento perfectamente claro, y además, refutando la tesis del recurrente, se afirma que "ni en el artículo 80 de la Ley de Aguas, ni en todo el contexto del Decreto de 19 de enero de 1934, permiten admitir la necesidad de que estén terminados los medios de captación y conducción para que nazca el derecho a la servidumbre de acueducto, como se quiere por el actor, por estar el origen en la concesión administrativa, en cuyo clausulado se previene, con arreglo al artículo 77 de la Ley citada, que admite la servidumbre, entre otros fines, para riegos". Es acertada esta interpretación, ya que el condicionar el acuerdo de imposición a la terminación de las obras sería dilatar en exceso el otorgamiento de dicha servidumbre, con los consiguientes perjuicios para el titular de la misma, que, por otra parte, no acometería las obras de conducción del agua hasta que se le otorgase dicha servidumbre, lo que prácticamente se traduciría en verse privado de un derecho indiscutible a la utilización de un caudal de agua que ha obtenido a virtud de una concesión administrativa perfecta.

X

URGENTE NECESIDAD DE MODERNIZAR SU REGULACIÓN

Si ya los antiguos legitimaron esta servidumbre y justificaron su establecimiento considerándola como muy conveniente, es indudable que en nuestros días es necesaria y no sólo conveniente, y su generalización por todo el ámbito nacional requiere una regulación flexible, clara y sencilla para que pueda llegarse a su establecimiento.

Como ya hemos dicho anteriormente, el progreso científico y los avances de la técnica agronómica han despertado en los cultivadores de la tierra un decidido afán de aprovechar todas las posibilidades para obtener un mayor rendimiento en los cultivos que realice. La mayor producción es un imperativo del momento, unas veces por imposición del Poder público, otras veces estímulos sociales o el propio impulso y celo individual, deciden alcanzar estas metas, y para ello nada tan útil como incorporar los caudales de aguas, tan abundantes en el suelo español, a fecundar las tierras que por encontrarse en un nivel más bajo pueden beneficiarse con ella. Para que esto sea una realidad, hay que eliminar lo que pudiéramos llamar obstáculos de origen legalista, si se mantienen vigentes normas jurídicas obstaculizadoras o retardatarias. No podemos olvidar que la propiedad de un inmueble, como ha dicho SCHWIND, muchas veces no basta para aprovecharlos de una manera plena, sino que las condiciones locales imponen con frecuencia la necesidad de aprovechar ventajas que se hallan en un predio vecino, un manantial, un camino, etc. En semejantes casos, el poder

dominical del propietario choca con los límites de otro poder dominical; de ahí que la Ley facilite el aprovechamiento pleno mediante una leve restricción en el goce y disfrute del que va a ser predio sirviente.

Nuestra legislación brinda abundantes antecedentes en orden al logro de lo que llamamos imperativo del momento, que se traduce en la obligación de alcanzar el mayor rendimiento, la mayor producción: unas veces facultando a las Jefaturas Agronómicas para sancionar aquellos casos en que se estima que existe deficiente cultivo, otras veces con la imposición de arbitrios no fiscales sobre terrenos incultos o deficientemente laborados. Todas esas medidas coercitivas demuestran la necesidad de facilitar la realización de ese cometido social que impone a las tierras la máxima producción que sea susceptible. Instrumento eficaz para ello es el establecimiento de servidumbre de acueducto en los casos en que sea susceptible de realización, en los que se impone que se lleve a efecto con las compensaciones económicas adecuadas para que pueda vencerse y eliminarse la resistencia que el titular del predio sirviente pueda oponer.

Como anteriormente decimos, la legislación actual resulta anticuada, anacrónica y, en muchos casos, prohibitiva por su elevado coste, que la tramitación del expediente administrativo supone, sobre todo para los casos de servidumbre, que ha de beneficiar a fincas de escaso volumen con caudales también reducidos. Hay que habilitar un procedimiento sencillo, con devesgos limitados cuando se trate de acueductos de escasa importancia, pero que son muy frecuentes. Igualmente, precisa modernizar las normas jurídicas actualizándolas con la realidad presente y con los avances de la técnica de las construcciones hidráulicas y la muy especial agronómica.

Es igualmente necesario adaptar las normas procesales a las últimas creaciones que recoge la Ley de Procedimiento Administrativo, diferenciando, como antes decimos, normas para acueductos de elevado coste que hayan de beneficiar a fincas extensas, de aquellos otros referidos a predios de reducida extensión, o de cultivos menos intensivos, sin olvidar las normas consuetudinarias que aparezcan consagradas en las Ordenanzas de Riegos debidamente aprobadas por la Administración pública.

Se acentúa cada día más el deseo de industrializar el campo, de facilitar en las zonas rurales el montaje industrial necesario para reactivar esas economías sumamente débiles, y a este fin los acueductos con fines industriales deben ser fomentados en lo posible, venciendo la oposición que los titulares de dominio o posesión de los predios sirvientes puedan hacer; con razón ha dicho LATOUR BROTON que es necesario revisar "las antinomias vigentes concordando los distintos preceptos que tratan de la propiedad de las aguas, irradiando como estrecha la clasificación entre aguas públicas y privadas, para salvar el escollo de la naturaleza de los sobrantes de aguas privadas" (25).

No hay duda que un buen régimen jurídico facilita los avances y

(25) Ob. cit., pág. 88.

mejoramientos de tipo social en ocasiones con mayor eficacia que con reformas anunciadas con cierto estruendo reformador y político, que pueden ser más perturbadoras que beneficiosas. No olvidemos que, como dijo el maestro DE DIEGO, la conexión de las servidumbres legales de interés privado con el orden social es evidente, "puesto que sirven al mejor cultivo del campo y explotación del suelo y de la riqueza nacional" (26).

Acertadamente ha dicho FEDERICO DE CASTRO que el derecho, "como basado en una determinada concepción moral y política, no puede permanecer en actitud de absoluta indiferencia respecto a cualquier resolución que se refiera a la convivencia social". En efecto, muchas veces una normativa legal, sea de Derecho civil o de Derecho administrativo, puede ser más fecunda en relaciones sociales en orden al progreso y bienestar ciudadano que esas otras reformas surgidas con afanes revolucionarios, cuyos efectos psicológicos frustran en su origen los efectos beneficiosos perseguidos (27).

Si en 1881 ALONSO MARTÍNEZ decía "la nación española no puede seguir gobernándose por Códigos muy anteriores a los adelantos que ha hecho la ciencia jurídica", con mayor razón podemos afirmar que estas servidumbres de acueductos de orden privado no pueden continuar regulándose por una legislación que desarrolla los principios que inspiró la Ley de Bravo Murillo de 1849, levemente modificada en las sucesivas reformas anteriormente estudiadas, sobre todo si se tiene en cuenta los adelantos, tanto en la ciencia jurídica como en la técnica agrosocial, a cuyos avances es obligado adaptar el ordenamiento jurídico de estas Instituciones; de ahí la necesidad de una reforma urgente en la legislación que específicamente regula esta servidumbre.

(26) Ob. cit., pág. 270.

(27) *Derecho Civil de España*, parte general, Madrid 1949, pág. 43. Todo Derecho vivo es siempre una tensión constante, añade tan ilustre Profesor, entre las resistencias de la realidad social y las aspiraciones de sus principios y supone siempre una labor creadora y reformadora.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A). Nacionales

«La Empresa ante las consecuencias de una inflación económica»

Como continuación del Curso organizado por el Centro de Estudios Tributarios, en coordinación con la Cámara Oficial de Industria de Madrid y la Asociación Española de Derecho Financiero, pronunció D. Antonio Rodríguez Robles, el día 23 del corriente mes, una conferencia en el Salón de Actos de la Cámara de Industria, sobre el tema «La Empresa ante las consecuencias de una inflación económica».

Recordó el conferenciante que la finalidad pretendida por el Curso es desarrollar, en forma cíclica, los distintos aspectos que, en el orden jurídico, económico y contable, plantea la amortización de activos y regularización de balances: problema que no ha sido, por lo general, bien entendido.

Añadió que el objetivo de su conferencia, dentro del marco general del Curso, es exponer, desde un punto de vista teórico, cuáles son los efectos que en la economía de la empresa produce el fenómeno de la inflación y cómo deben enfrentarse con el mismo la teoría y la práctica contables.

A tal fin, estudió los fenómenos que la inflación y consiguiente política de amortizaciones produce en los balances de las empresas, y afirmó que si las distintas partidas de aquéllos y las fuentes de financiación han sido medidas con un metro que no tiene, en cada caso, el mismo número de centímetros, por haber ingresado en la economía de la empresa esas distintas partidas en épocas diferentes, en que aquella medida uniforme tenía distintos valores, se cometía el error de sumar en el balance partidas heterogéneas, lo que impedirá puedan deducirse del mismo los necesarios estudios de proporción, relación, etc., etc.

Hizo después un análisis detallado del problema, así como de las opiniones sobre el mismo de destacados especialistas, y se refirió a los métodos «LIFO» y «FIFO» para las valoraciones de inventarios, poniendo de manifiesto sus ventajas e inconvenientes.

Finalmente, glosó las conclusiones a que, en dos distintos momentos (1948 y 1953) llegó la *American Accounting Association* sobre los problemas objeto de la conferencia.

La disertación, de denso contenido científico, imposible de recoger en tan breve síntesis, fue escuchada con grande y creciente interés por el numeroso público, en su mayoría profesionales del Derecho y de la Economía, que llenaba por completo el amplio local donde tuvo lugar el acto y que felicitó al Sr. Rodríguez Robles por su magistral disertación.

B). Extranjeras

Cuatro cursillos en el «Instituto de Derecho Comparado-italo-ibero-americano» de Bolonia

El Instituto de Derecho Comparado italo-ibero-americano, promovido por el Colegio de España en Bolonia, y que funciona en aquella ciudad bajo el patronato de la Universidad y del propio Colegio de España, ha terminado su primer curso de actividad desarrollando un extenso programa.

Entre los cursillos de lecciones de conferencias citemos «El trust e gli istituti corrispondenti del Diritto civile» (Prof. Remo Franceschelli), «Equity e istituti corrispondenti del Diritto civile» (Prof. Angelo Piero Sereni), «Le regole di Lisbona sui crediti documentari nell'ordinamento degli Stati aderenti» (Avv. Giacomo Molle), «Il diritto privato e i suoi attuali confini» (Prof. Micheli Giorgianni), «Profili comparatistici dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale» (Prof. Rolando Quadri), «Introduzione allo studio del Diritto comparato» (Profs. Evelio Verdera y Giorgio Bernini), «Terminologia giurídica italo-spagnola: diritto delle società» (Prof. Evelio Verdera). Nuestra prolucción a los cursos versó sobre el «Regime giurídico degli investimenti esteri in Spagna». En esta misma ocasión tuvo lugar la inauguración de la «Exposición del libro jurídico español», organizada por el Colegio de España, y en la que fué presentado un millar de publicaciones jurídicas españolas recientes. La Exposición, a la que se ha dado carácter permanente, será presentada también en otras ciudades universitarias italianas.

Aparte de estos cursillos sobre temas muy concretos, otros cuatro versaron sobre cuestiones que podrían calificarse de metodología e introducción, que por considerarlos de interés general nos proponemos resumir a continuación lo más fielmente posible.

«Sociología e diritto comparato» es el título de la disertación del Profesor Giulio Bruni Rocciá, de la Universidad de Ferrara. Para el autor, la ciencia comparada del Derecho nace en el gran surco trazado por las investigaciones históricas y sociológicas de la segunda mitad del siglo pasado, y su originaria conexión con la sociología ha hecho que haya pasado por las mismas vicisitudes que han acompañado el nacimiento y evolución de la sociología en el curso del último siglo. Ambas suscitaron en la época de su aparición las más ambiciosas esperanzas; ambas fueron sometidas a las críticas más radicales.

La sociología positivista de Comte pretendía sustituirse a la filosofía y representar la síntesis última del saber humano. Pero la investigación de las causas en el plano fenomenológico no podía más que llevar a un *sempresus ad infinitum*, ni la generalización, por amplia que pudiera ser,

habría podido ofrecer una explicación definitiva y guiar al conocimiento de lo universal. La sociología positivista, por otra parte, conducía a una verdadera hipostasis de la sociedad, atribuyendo a ésta el papel dominante frente al individuo, del que venía a emular su libertad.

Sobre el plano del positivismo, por lo tanto, la crítica a la filosofía aparecía demasiado fácil, y fué realizada a fondo particularmente por obra de los exponentes de la filosofía idealista desde Gentile a Croce. Sin embargo, esta crítica, si bien demolió la pretensión de la sociología de sustituir a la filosofía y anular el individuo y su libertad, no podía suprimir la exigencia originaria de someter a análisis científico los problemas de la sociedad.

Esta exigencia ha hecho resurgir, por ello, los estudios sociológicos en los últimos decenios, incluso en países donde en los albores del siglo la sociología había sido más ásperamente combatida, de tal modo que ha venido a asumir en los tiempos más recientes el papel de ciencia fundamental del mundo moderno, no entendida como interpretación en términos universales y absolutos de la realidad, sino concebida como investigación sistemática de la fenomenología social en los diversos sectores, culminando en la investigación de leyes de tendencia siempre más generales.

Vicisitudes casi análogas encontramos en la ciencia comparada del Derecho. En sus orígenes tenía las más altas ambiciones: el ideal que muchos de sus exponentes (Saleilles, Lambert) proclamaban era el de llegar a la unificación de las legislaciones de todos los países y a la instauración de un derecho mundial. La declaración de la primera guerra mundial y los tempestuosos decenios que siguieron hicieron considerar este ideal como una utopía, y la misma posibilidad de un derecho comparado como ciencia autónoma fué negada: el derecho comparado, se dijo, no podía ser más que un método de estudio del Derecho. Sin embargo, tanto por el derecho comparado como por la sociología, fueron las exigencias prácticas derivantes del intercambio comercial y cultural, siempre más intenso entre los pueblos, las que se encargaron de dar la respuesta definitiva: de la comparación entre las diversas instituciones jurídicas no se podía prescindir si las relaciones entre los pueblos debían extenderse e intensificarse. Así el estudio de la sociología, como el del derecho comparado, se ha compuesto por la fuerza misma de las cosas, por encima y fuera de toda polémica.

Impuestos ambos por la fuerza de las cosas, estos dos órdenes de investigación científica se presentan hoy inescindiblemente unidos. Desde un ángulo visual muy general, se podría incluso considerar todo el derecho comparado como un aspecto de la misma sociología: aquel aspecto particular que se refiere al estudio comparado de los varios sistemas de control social. Pero también considerando el derecho comparado, en sentido estricto, como disciplina que se limita a confrontar las diversas instituciones y las normas singulares de los diversos ordenamientos, la relación entre sociología y derecho comparado se manifiesta estrechísima. Como es sabido, los primeros estudios de derecho comparado en el siglo pasado fueron obra de aquellos etnólogos que investigaron la génesis y las fases de evolución de las principales instituciones de los pueblos primitivos (Sum-

mer Maine, Post). La etnología jurídica debía también desarrollarse sucesivamente y culminar en el estudio de la evolución histórica de la sociedad (Levy-Bruhl, Frazer, Bachofen, Kelsen, etc.). La sociología ha llegado así a poner de relieve fases análogas de desarrollo de la conciencia jurídica de todos los pueblos; ha individualizado en las diversas fases elementos constantes y elementos variables, y ha llegado a establecer verdaderas y propias leyes de tendencia que dominan las grandes líneas de la evolución de los pueblos y explican las diferencias de sus ordenamientos. La ciencia comparada del derecho no puede no tener en cuenta el conjunto de todos estos estudios, sobre todo hoy que está llamada a confrontar ordenamientos jurídicos de pueblos pertenecientes a fases diversas de civilización como los que han adquirido recientemente la independencia en Africa y en Asia.

Una segunda dirección de los estudios sociológicos adquiere para el comparatista una importancia extraordinaria: el de la sociología jurídica. Esta rama de la sociología estudia el derecho en cuanto elemento constitutivo de la realidad social, factor dominante y expresión de ésta. Pero el derecho así entendido no es solamente el de los códigos: por debajo de éste está el derecho todavía no organizado, que surge espontáneo de las exigencias de hecho y de la conciencia común. Y por debajo de este plano encontramos toda una serie de estratos más profundos, donde se forman espontáneamente aquellas actitudes, aquellos comportamientos, aquellos juicios que resultan comunes a toda una sociedad. Ahora bien, todo esto no puede no interesar de modo preeminente al estudioso de derecho comparado. Puede suceder, por ejemplo, que una determinada exigencia en un determinado pueblo se corresponda con una precisa institución jurídica, mientras que en otro pueblo venga, en cambio, a ser satisfecha mediante una comportamiento espontáneo que no tiene necesidad de ser traducido en forma de ley. Una comparación que se limitase a las instituciones codificadas y no tuviera en cuenta todas las demás formas espontáneas en las que se manifiesta la conciencia jurídica correría el riesgo de revelarse puramente formal y daría lugar a juicios arbitrarios.

Hemos dejado para el final el problema esencial que con mayor evidencia revela la necesaria conexión entre investigación sociológica e investigación comparativa. El derecho comparado quiere confrontar las instituciones jurídicas de los diversos pueblos. Pero hay una pregunta previa que se debe hacer a tal respecto: ¿Esto es verdaderamente posible? Las instituciones que nosotros tomamos en consideración y que pertenecen a pueblos diversos o a enteras áreas de cultura diversa, ¿son realmente comparables entre sí?

Esta pregunta, previa a todas para la misma legitimación, en cuanto ciencia del derecho comparado, impone la consideración de una multitud de problemas. Citemos solamente algunos. En primer lugar el problema lingüístico: ¿Estamos seguros que traduciendo a nuestra lengua los vocablos de una lengua extranjera con que se designa una institución jurídica para nosotros extraña se logre expresar totalmente el sentido que aquella palabra asume en la lengua originaria? Detrás de cada una de las **instituciones** que se quieren comparar yace todo un mundo de convicciones, de ideales, de valores, de los que es necesario adquirir clara con-

ciencia. Sin ello, la comparación sería puramente verbal, y el derecho comparado correría el riesgo de verse reducido a una vacía comparación de fórmulas.

Pero no solamente es necesario penetrar en el mundo de los valores y de los ideales que han inspirado de los ordenamientos que queremos comparar con el nuestro, sino que debemos adquirir también la clara conciencia de que nosotros nos enfrentamos con la investigación llevando con nosotros todo un conjunto no tan sólo de valores, sino también de prejuicios, de preconceptos, de hábitos mentales que pueden ofuscar y pre-determinar nuestro juicio. Ahora bien, ¿con qué medios podemos esperar superar todos estos obstáculos que se interponen a la recta comparación de las instituciones? También aquí corresponde a la sociología responder y en particular a aquella de sus ramas que se ha desarrollado recientemente con el nombre de sociología del conocimiento. Su objeto es el de aclarar todo el conjunto de influencias que vienen a manifestarse no solamente por los factores ambientales (Mannheim), sino también de todo aquel conjunto de elementos morales, filosóficos, religiosos, a los que ha sido dado el nombre de premisas culturales (Sorokine). La comparación entre los ordenamientos jurídicos no puede tener en cuenta las diversas premisas de carácter religioso, filosófico, ético, que dominan cada ambiente cultural y que afectan toda la concepción de la vida en las respectivas áreas culturales. Nosotros estamos totalmente inmersos en una determinada atmósfera cultural de la que saturamos todos nuestros juicios, todas nuestras valoraciones. Si queremos entender instituciones extrañas a las nuestras debemos estudiar el fondo cultural de la que han surgido, y paralelamente debemos proceder a un análisis que consienta iluminarnos lo que hay de contingente en nuestras mismas instituciones y sus orígenes históricos. La sociología del conocimiento, por último, no puede así más que remitir a la historia, y el derecho comparado no podría aprovechar nada de la investigación sociológica si su misma perspectiva no fuera profundizada en la conciencia histórica.

Sociología y ciencia comparada del derecho, así, surgidas de la conciencia historicista del siglo pasado, vuelven bajo nuestra mirada a confluir en la historia. Su evolución paralela en el curso de un siglo ha llevado a un resultado que supera todos aquellos, enormes, de los conocimientos específicos adquiridos en los respectivos campos. El gran resultado a que este proceso histórico nos ha guiado es éste: nosotros podemos hoy realizar el esfuerzo de ponernos sobre un plano diverso de aquel al que estamos habituados por la tradición secular, llegando a extender nuestra perspectiva hasta comprender y englobar las perspectivas de los demás. Constituida esta más madura perspectiva de la conciencia histórica, se puede decir que se abre ante nuestra mirada un inmenso horizonte.

Nadie quizá pueda decir hasta qué punto se proceda realmente hacia la unificación de los sistemas jurídicos y hacia la unidad de todas las gentes bajo un solo derecho. Pero ciertamente está abierta ante nosotros la vía que nos permite entender las diversas soluciones que cada pueblo ha querido dar a nuestros mismos problemas, y nos permite comprender, por primera vez quizá en la historia, los valores ideales de todos los pueblos.

Por este camino no es solamente la técnica jurídica la que progresa, y no es solamente la legislación la que recibe del derecho comparado un impulso siempre nuevo a su progreso. Hay algo más profundo que se transforma en la conciencia de los pueblos. Lo que progresa en esta comparación de los valores ideales es, simplemente, el sentido de la justicia en nosotros mismos; es todo el sentido de la Humanidad que está en nosotros. Es la capacidad del espíritu de alcanzar ideales más altos y de realizarlos en la historia.

El Prof. Guido Fassó, Catedrático de la Universidad de Parma, disertó sobre el tema «L'unità del diritto». Entre el Derecho comparado y la filosofía del Derecho, empezó afirmando el autor, existe una cierta afinidad, comprobada por las estrechas relaciones entre el Derecho comparado y las disciplinas afines a la filosofía del Derecho, tales como la teoría general del Derecho y la doctrina general del Estado. Tal afinidad se refiere al método que en las filosofías empíricas, como, por ejemplo, el positivismo, es precisamente el de la comparación de los datos históricos dirigida a lograr una generalización siempre más amplia. Esta afinidad de método, aun cuando sea relativa, puede constituir una insidia para el comparatista, porque puede ser llevado inadvertidamente, a llegar, como hace el filósofo, a conclusiones universales y absolutas; con el riesgo de considerarlas como postulados necesarios, y de servirse de ellos arbitrariamente en la interpretación de los datos positivos. Pero es más grave el peligro cuando el comparatista se propone el fin práctico de la unificación del derecho. Es posible entonces que se deje guiar por ideologías vinculadas a determinadas metafísicas y que asuma los principios de éstas como premisas necesarias para la unificación. Ahora bien, si es lícito pensar que, sobre la base de concretos intereses, sobre todo económicos, o en todo caso, de elementos positivos, se pueda llegar a un acuerdo incluso entre países diversísimos, es vano pensar que se pueda obtener un acuerdo en base a valores eternos y absolutos, sobre cuya existencia, en primer lugar, después sobre su cognoscibilidad, y, en fin, sobre cuyo contenido observamos todos los días que no concuerdan ni siquiera los secuaces de una misma ideología.

Esto no significa que no se pueda hablar de unidad del derecho. Pero ésta no puede buscarse fuera de la Historia, sino en ésta, que es la verdadera naturaleza del hombre de la que el Derecho se genera, y debe buscarse por ello en el proceso histórico que está hoy concretamente llevando a la unificación de la sociedad internacional, a través de las relaciones económicas siempre más intensas y consiguientemente morales. Aquí se está ya actuando en su aspecto institucional un derecho que tiende a la unidad; y al comparatista corresponde la tarea, además de constatarlo y formularlo en su aspecto normativo, de secundar y favorecer con su trabajo técnico el proceso de formación.

Especialmente este tema fundamental ha sido ampliamente desarrollado, con el título «Il ruolo del diritto comparato nella tecnica di formazione del diritto uniforme», por el Avv. Mario Matteucci, Consejero de Estado, Secretario General del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

En la primera lección, el conferenciante, después de haber afirmado que el método de estudio comparativo del Derecho puede constituir un instrumento de la unificación, a través de la investigación científica, o a través de la enseñanza, se ha propuesto definir la noción de derecho uniforme, distinguiéndola de la simple semejanza entre normas jurídicas de diversos ordenamientos, así como de la recepción de normas jurídicas extranjeras no acompañada de una común voluntad de unificación legislativa, que constituye el elemento fundamental de la noción de derecho uniforme.

El conferenciante ha analizado las fuentes de producción del Derecho uniforme y su esfera de desarrollo, poniendo en luz particularmente la exigencia práctica que ha determinado los intentos de unificación y las relaciones de asociación o de estrecha afinidad entre los Estados que han asegurado el éxito. Examinando después el objeto del Derecho uniforme y los problemas que se presentan en la fase de elaboración, el conferenciante se ha detenido particularmente sobre los relativos a la elección de los sujetos, a la determinación de la esfera de aplicación de las normas uniformes, al fin al que deben tender los legisladores internacionales en la creación del Derecho uniforme, fin que debe ser evolutivo. La primera lección se ha concluido con una sumaria reseña de los sistemas a través de los que la norma uniforme es introducida en el ordenamiento jurídico nacional: la convención, la ley uniforme sin vínculo convencional, la ley modelo.

En la segunda lección ha puesto de relieve cómo algunos de los cultivadores más autorizados del Derecho comparado han reconocido que la utilización del Derecho comparado a los fines de la unificación del Derecho constituye uno de los principales fines de este método de estudio. De esta postura de los comparatistas frente al problema general de la unificación del Derecho, el conferenciante ha pasado después a examinar, en algunos sectores particulares, cómo el Derecho comparado puede concretamente facilitar la unificación, y ha señalado como primer problema, en el que tal aportación del Derecho comparado puede actuarse, el de la investigación de las materias susceptibles de unificación. Tal investigación puede ser hecha tanto bajo el aspecto técnico, como bajo el sociológico.

En la fase de elaboración de las normas uniformes, el Derecho comparado adquiere el carácter de elemento fundamental a condición de que la investigación comparatística tenga un fin constructivo y evolutivo, desvinculándose del Derecho positivo vigente para realizar un Derecho uniforme de «más alta clase». La investigación del Derecho comparado puede, además, valer para resolver numerosos problemas especiales, como el del encuadramiento de las normas uniformes en el sistema de los principios generales del ordenamiento al que éstas están destinadas y del carácter de *jus cogens* o dispositivo que deba darse a las mismas normas.

Pasando a la investigación de los medios con los que el Derecho comparado podrá cumplir los fines antes indicados, el conferenciante ha auspiciado una racionalización internacional de las actividades de los Institutos de Derecho comparado y especialmente la organización de tra-

bajos en «*équipe*» entre los Institutos mejor dotados y las organizaciones que se ocupan de la unificación del Derecho. También el Derecho comparado, entendido como «enseñanza», puede ser un factor importante de unificación a través de la formación de un clima psicológicamente favorable y de un movimiento doctrinal desvinculado de los esquemas estrictamente nacionales.

El Prof. Pietro Rescigno, catedrático de Derecho privado en la Facultad de Derecho de Bolonia, ha dado un breve ciclo de lecciones sobre «*Metodo della ricerca giuridica*», organizado así: tres lecciones han sido dedicadas a la historia de las doctrinas del método (utilizándose como base de discusión el reciente volumen de LARENZ) y al problema fundamental de la posición y de la coordinación de las normas y de los principios en la investigación jurídica (adoptando, a este respecto, como punto de partida, la monografía de ESSEK sobre principio y norma). En conexión con este problema está el tema de la posibilidad y de los límites del uso de conceptos y de instituciones propios de un sistema de «*judg-mad law*» por parte de los juristas que actúan en un ambiente de Derecho codificado, y viceversa. Se han dado ejemplos concretos de temas y de estudios (por ejemplo, en materia de enriquecimiento injusto) y se ha subrayado la oportunidad de convertir la investigación comparada en jurisprudencia comparada.

Las otras dos lecciones han sido dedicadas a la exposición de los instrumentos necesarios o útiles al jurista en el estudio de problemas particulares. Los problemas han sido elegidos por el autor de las lecciones en el ámbito de su experiencia personal, pasada y actual. Así, ha trazado la historia y ha presentado las dificultades de una de sus monografías, sobre la incapacidad no declarada, y ha ilustrado brevemente el modo en que podrían plantearse estudios sobre las ficciones en el Derecho o sobre la noción de buenas costumbres en el Derecho privado. Los temas han sido elegidos entre aquéllos para los que el planteamiento comparado no sólo es medio indispensable de información, sino que se traduce también en diversa «*forma*» del trabajo.

EVELIO VERDERA

II. NOTAS CRÍTICAS

Derecho transitorio: El sistema del efecto inmediato de la ley

La segunda edición de la obra de Roubier sobre Derecho transitorio (1) nos pone de nuevo ante la cuestión de la naturaleza del Derecho transitorio. ¿Tienen las normas que rigen los conflictos en el tiempo condición diferente a las demás reglas jurídicas? ¿Existe una ciencia jurídica especial, con principios de naturaleza abstracta, creados por la elaboración científica?

El profesor de la Universidad de Lyon insiste en sus antiguas afirmaciones. Piensa que puede ofrecernos la clave que permita encontrar la solución de todos los conflictos posibles «en el tiempo». Ella se encuentra no en las disposiciones legales, sino en los principios generales del Derecho (2). Principios científicos, que se obtienen sin atender a la naturaleza, el contenido o el fin de las leyes; pues lo que importa buscar es la incidencia de la ley sobre las situaciones jurídicas, y según que la ley nueva alcance estas situaciones en tal o tal momento, su acción podrá admitirse respecto de situaciones que no hayan alcanzado todavía ese momento o deberá ser apartada respecto de las que lo hayan ya pasado. Dicho de modo más claro, afirma que el Derecho transitorio «analiza las situaciones, únicamente según su desarrollo en el tiempo» (3). Roubier, como todo jurista digno de este nombre, entiende que en el Derecho transitorio también se busca solución justa de los casos, y así nos lo dice expresamente (4). Mas nos deja sin contestar dos preguntas. ¿De dónde extrae los principios que formula; cuál es su origen y autoridad? ¿Cómo pueden resolverse justamente los casos de conflictos de leyes, si se deja de lado el significado y contenido de las leyes antigua y nueva? (5).

(2) Esta 2.^a edición se titula: *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*. 2.^a édition entièrement refondue. Paris, 1960. XV + 590 págs. La primera edición se titulaba: *Les conflits de lois dans le temps (Théorie dite de la non rétroactivité des lois)*. Paris, I (VII + 675 págs.), 1929; II (816 págs.), 1933.

La edición 2.^a mantiene las mismas teorías y en general reproduce el texto de la primera. Ahora aparece con bibliografía y jurisprudencia puesta al día. Tiene especialmente en cuenta los estudios recientes de SZAZY, DE PACE y BORDA. En cambio, continúa desconociendo legislación y doctrina española.

(2) Págs. VII-VIII, 6

(3) Págs. 162-164, 576-577.

(4) Pág. 163. Dice aquí ROUBIER que la inferioridad de "notre science" reside evidentemente en el hecho de que no tiene su base y punto de arranque en el Derecho romano, a diferencia del Derecho civil. Podría responderse que ella quizá esté en haber pretendido convertirla en una ciencia distinta del Derecho civil y aplicarle método diferente al utilizado en todas las ramas del Derecho privado.

(5) Preguntas que parecen más obligadas para un cultivador de la Filosofía del De-

Entre las teorías de los derechos adquiridos y de los «*facta praeterita*» (6), Roubier desenvuelve y perfila esta última. Considera fundamental la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley. «El efecto retroactivo es la aplicación en el pasado; el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicarse a los hechos cumplidos («*facta praeterita*») es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso («*facta pendencia*») habrá que distinguir entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no podrán ser alcanzadas sin retroactividad y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si ha de aplicarse, no tendrá más que un efecto inmediato». Mientras la retroactividad se considera rechazable, se admite en general el efecto inmediato de las leyes. Mas todavía distingue de entre las situaciones jurídicas en curso a una de ellas, las situaciones contractuales, respecto de las que —a diferencia de las demás— se aplica el principio no de la irretroactividad (que permitiría el efecto inmediato), sino el de la supervivencia de la ley antigua (que excluye el efecto inmediato) (7). La teoría se completa con una serie de distinciones secundarias; así, situaciones jurídicas independientes, dependientes, concurrentes, operadas por sentencias declarativas o constitutivas, que dan una cierta flexibilidad al sistema.

En el libro de Roubier se encuentran contradicciones internas y casos resueltos de modo que suscita la contradicción (8). Lo que es natural e inevitable en un trabajo de tanta extensión y sobre tan complicada materia. En cambio, tiene menos justificación el que la prometida elaboración científica que se dice nos dará los principios a seguir por legislador y jueces, quede reducida a unas consideraciones de oportunidad política. En efecto, se confiesa paladinamente que «la razón decisiva» que lleva a la admisión del principio central de la eficacia inmediata de la ley, se basa en la conveniencia de la uniformidad jurídica; pues —añade— el principio de la supervivencia jurídica es el de los regímenes políticos conservadores, mientras que la sociedad moderna considera la ley con potencia para reformar las costumbres, según un ideal proporcionado por la opinión pública ilustrada (9). Este razonamiento supone reconocer la carencia de base de todo sistema de principios abstractos y generales. Los principios no se obtienen, pues, mediante la pura consideración científica de la incidencia del tiempo en las situaciones jurídicas, sino de la variable circunstancia política. En la situación actual, si es tal y como se describe la sociedad moderna, el criterio fundamental apropiado a ella sería, ade-

vecho, ROUBIER es autor de una obra importante en esta materia: *Théorie générale du Droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, París 1946; 2.^a ed., 1951.

(6) Pág. 166.

(7) Pág. 171 y sig., pág. 178 y sig. Situaciones que también denomina estáticas y dinámicas.

(8) Pueden señalarse, como ejemplos, lo que dice sobre la renuncia a la herencia, página 187 (y las situaciones análogas de heredamientos, donación universal y contratos sucesorios), reconocimiento de hijo adulterino o natural, págs. 196, 208, prescripción, p. 300-301.

(9) Pág. 345; también, p. 346, 391 y sig.

más, el principio de la retroactividad y no el del efecto inmediato defendido por Roubier.

Sobre el valor técnico entre retroactividad y efecto inmediato, que a Roubier le parece de la mayor sencillez y claridad, ya se ha señalado en otra ocasión su dificultad intrínseca (10). Cuando se habla de retroacción se piensa en algo más que en respetar los *acta praeterita*. Nadie, ni el legislador ni el juez, puede cambiar lo ocurrido, alterar la anterior calificación de una situación o destruir los efectos jurídicos ya producidos. Siempre se trata de la eficacia actual, inmediata, de la nueva ley, respecto a nuevos efectos (considerar todavía, ahora, eficaz al matrimonio contraído según la vieja ley). El problema es el de la mayor o menor extensión que se ha de dar al efecto inmediato de la ley. Inseguridad que no se desvanece en ningún momento. Por ello, unos consideran que aplicar, a un matrimonio contraído bajo una legislación que lo consideraba indisoluble, la ley nueva que establece el divorcio, es darle efecto retroactivo; mientras que otros entienden que es aplicada con efecto inmediato (11).

La afirmación más importante de la teoría de Roubier, desde el punto de vista de la práctica, es la de que el artículo 2.º del Código civil francés permite tan sólo la retroactividad cuando la nueva ley la impone de un modo expreso y terminante y que, por tanto, queda excluida la retroactividad tácita, sea ésta derivada del objeto, fin o naturaleza de la nueva ley. La única razón que se da para ello es que la retroactividad representa una posición anormal y excepcional de la ley (12).

Esta opinión de Roubier no parece admisible en Derecho español (13) ni tampoco en Derecho francés. Es cierto que los Códigos español y francés nos dan un criterio interpretativo contrario a la retroactividad; pero ni pretenden, ni aunque se hubiesen redactado con tal fin podrían conseguirlo, que el legislador futuro exprese sus mandatos de una determinada manera para que sean obligatorios. La voluntad conocida del legislador, sea expresa o manifiesta en la finalidad de la ley, tiene valor vinculante. En el Derecho francés, el artículo 2.º de su Código civil no tiene carácter constitucional. Por ello, en la práctica se ha admitido la eficacia retroactiva de muchas leyes. Ello se ha hecho, en general, utilizando la noción del orden público. En los casos, cada vez más numerosos, en que el juez estima que el mantenimiento de los efectos de la antigua ley es incompatible con una nueva organización de las relaciones económicas o sociales, ha dado efecto retroactivo a la nueva ley por ser ésta — se dice — de orden público (14).

(10) CASTRO, *Código civil de España*, 3.ª ed. 1955, p. 722.

(11) Lo mismo que puede considerarse el ejemplo formulado al contrario.

(12) Pág. 224.

(13) El art. 3.º de nuestro Código civil es en parte semejante al art. 2.º del francés. Este dice: La Ley no dispone más que para el porvenir; no tiene efecto retroactivo.

(14) RIPERT, BOULANGER, *Traité de Droit civil, d'après le Traité de Planiol*, 1956, I, § 314, p. 141-142; MAZAUD, *Leçons de Droit civil*, 1955, I, §§ 139, 148, p. 164, 169.

El recurso del orden público parece inevitable cuando se utilizan criterios abstractos para decidir la aplicación de las leyes. Los casos de conflicto de leyes en el tiempo (a diferencia

El pensamiento de Roubier ha tenido en Francia un momento de máximo auge. Fué nombrado ponente del Anteproyecto sobre conflicto de leyes en el tiempo, en la Comisión para la reforma del Código civil. El texto presentado, aunque considerablemente corregido, se aceptó en lo fundamental (15). Con él, la regla, «una ley no puede tener efecto retroactivo sin una manifestación expresa de la voluntad del legislador» (16). Con lo que se ha pretendido dar valor de super-ley al Código civil (17).

Con el anteproyecto citado, parece que Roubier modifica un tanto su postura anterior, y que ahora se inclina a confiar más en la «autoritas» del legislador que en la científica del inventor de sistemas. Nos dice que los textos antiguos de Derecho transitorio eran criticables, por su carácter casuista. Un nuevo sistema inaugura, añade, el Código civil suizo, con sus cuatro reglas generales. Si en el Código civil proyectado se da un puesto al Derecho transitorio, deberá ser sólo para establecer reglas de conjunto sobre los conflictos de leyes en el tiempo (18).

Como se observará, Roubier desconoce la existencia de las disposiciones transitorias de nuestro Código civil. Es lástima. Hubiera visto no sólo que formula principios generales antes que el Código suizo, sino también que las reglas especiales pueden servir para completar y entender mejor aquellos principios. No es éste el lugar para tratar del anteproyecto de Roubier; pero no se debe ocultar que parece un procedimiento poco práctico el de redactar las reglas transitorias antes de haberse terminado la redacción del Código proyectado.

F. DE C.

de los de Derecho internacional privado) no requieren utilizar este peligroso remedio, si se acepta -- como parece más exacto -- que pueden resolverse como cuestiones de interpretación, utilizando todos los medios propios de ésta para averiguar el sentido y el alcance de la nueva y la antigua ley.

(15) *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Année 1948-1949. Avant-projet de textes sur les conflits de lois dans le temps, présenté par M. ROUBIER, p. 263-375; Commission plénière, compte rendu sténographique, p. 277-321; Projet adopté, p. 326-327.

(16) Art. 24, párrafo primero del Proyecto.

(17) Lo que no dejó de indicarse como otras pertinentes críticas, durante la discusión del texto propuesto por ROUBIER. Parece fue decisivo para su adopción el temor de que la ligereza del legislador diese lugar, hasta sin darse cuenta de ello, a que las nuevas leyes tuvieran efectos retroactivos.

(18) *Le Droit transitoire*, p. 149; *Travaux de la Commission*, p. 265.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI y JOSE LUIS LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. CAPACIDAD DE OBRAR: EL SEXO: *Se reconocen a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley.* (Ley de 22 de julio de 1961: B. O. del 24.)

A. EXPOSICIÓN.

a) *Ambito de la Ley.*

a') *Ambito material.*—Lo determina el artículo 1.º de la Ley en los siguientes términos: «La Ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley».

b') *Ambito temporal.*

1. *Entrada en vigor.*—El día 1 de enero de 1962 (disp. final 1.ª).

2. *Derecho transitorio.*—Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones que se estimen precisas para el mejor cumplimiento de los preceptos que se contienen en la Ley y, asimismo, para la «adaptación a sus preceptos de las situaciones creadas hasta el momento de su vigencia, respetando los derechos adquiridos.» (disp. final 3.ª).

b) *Contenido: Capacidad de obrar de la mujer:*

a') En el aspecto político: La mujer puede participar en la elección y ser elegida para el desempeño de cualquier cargo público, así como ser designada para tales cargos del Estado, Administración Local y Organismos autónomos dependientes de uno y de otra (art. 2.º).

b) *En el aspecto profesional-administrativo.*—«En las mismas condiciones que el hombre, la mujer puede participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas. Asimismo tendrá acceso a todos los grados de la enseñanza.»

Se exceptúan —con ciertas salvedades— de lo dispuesto en este precepto, el ingreso en las Armas y Cuerpos de los tres Ejércitos, Institutos, Cuerpos, servicios o carreras que impliquen normalmente utilización de armas

para el desempeño de sus funciones, la Administración de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales (salvo en las jurisdicciones laboral y tutelar de menores), y el personal titulado de la Marina Mercante (artículo 3.º).

c) *En el aspecto laboral.*—«La mujer podrá celebrar toda clase de contratos de trabajo», sin que en las reglamentaciones de trabajo, convenios colectivos y reglamentos de empresa pueda hacerse discriminación alguna en perjuicio del estado civil, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral. Las disposiciones laborales reconocerán el principio de igualdad de retribución de los trabajos de valor igual (art. 4.º).

c) *Garantías jurisdiccionales del ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley.*—Cuando por Ley se exija la autorización marital para el ejercicio de tales derechos, deberá constar en forma expresa y, si fuera denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho. La declaración judicial a que se refiere el párrafo anterior se hará por el Juez de Primera Instancia del domicilio habitual de la mujer, a solicitud de ésta, con audiencia de ambos cónyuges, por plazo máximo de diez días y sin ulterior recurso. (Art. 5.º.)

B. OBSERVACIONES. 1.—Como señala la Exposición de Motivos de la Ley que se anota, ésta viene a trasladar al terreno de los derechos políticos, profesionales y laborales el principio general, reconocido por la Ley de Reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 de que «el sexo por sí sólo no puede determinar... una diferencia de trato que se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer, a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas». De este modo —y sobre la base constitucional del tenor de los artículos 11 y 24 del Fuero de los Españoles se eliminan del campo del Derecho Público y Laboral, como antes se hizo en el Civil, «restricciones y discriminaciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado» (Exp. de Motivos), incompatibles, por otra parte, con el significado jurídico actual del sexo, que debe reputarse simple cualidad personal cuya importancia se centra en la identificación y nunca como estado civil que afecte de modo general a la capacidad de obrar de la persona (1).

2. Por el contrario, tiene presente la Ley las normales limitaciones de la capacidad de la mujer casada, derivadas del principio de unidad de dirección matrimonial (arts. 57 a 61 del C. C., 11 de la Ley de Contrato de Trabajo, etc) (2), si bien en este aspecto se garantiza el recto ejercicio de

(1) Sobre esta cuestión, véase F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. II, Parte 1.ª, págs. 75 y 240 y sigs. Sobre el tema concreto de la reforma del Código civil (Ley de 24 de abril de 1958) en el aspecto mencionado, véase: F. DE CASTRO, *Apéndice al Compendio de Derecho Civil*, correspondiente a la citada reforma (págs. 39 y sigs.) y en la misma Sección de este ANUARIO (tomo XI, fascículo III, págs. 867 y sigs.) la *Exposición y Observaciones* a la Ley de 24 de abril de 1958.

(2) Respecto a la capacidad de obrar ante la Administración pública, de la mujer casada, véase artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958.

los derechos reconocidos por la Ley mediante la intervención judicial dirigida a enervar la eficacia de la negativa injustificada del marido a conceder la licencia legalmente necesaria en determinados supuestos. Especial relieve en tal sentido presenta el último inciso del párrafo primero del artículo 5.º que viene a incorporar a nuestro Derecho positivo una nueva y explícita consagración de la doctrina del abuso de derecho.

DERECHO PROCESAL

1. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: OBJETO DEL PROCESO: RESOLUCIONES QUE PONEN FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA: Véase en esta misma sección, *Otras disposiciones*, 1.

OTRAS DISPOSICIONES

1. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: VÍA ADMINISTRATIVA: *Se determinan las resoluciones que ponen fin a la misma en los casos de delegación de atribuciones o desconcentración de funciones* (Orden Ministerial de 10 de julio de 1961; B. O. del 17).

A. EXPOSICIÓN.

a) Supuesto de delegación de atribuciones: «Las resoluciones dictadas por los Organismos inferiores de la Administración, en virtud de la delegación de atribuciones previstas en el capítulo IV del título II de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pondrán fin a la vía administrativa en los mismos casos y términos que corresponderían a la actuación del órgano delegante» (art. 1.º).

b) Supuesto de desconcentración de funciones: «Las resoluciones dictadas por los órganos inferiores en virtud de la desconcentración de funciones prevista en la disposición adicional 1.ª de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado podrán ser objeto de recurso de alzada en los mismos casos y términos que las restantes resoluciones emanadas de la competencia propia del órgano inferior» (art. 2.º).

B. OBSERVACIONES.—LOS preceptos de la disposición reseñada ofrecen especial interés —entre otros aspectos— en lo que se refiere a la posibilidad de formular recurso contencioso-administrativo contra actos dictados en virtud de delegación de atribuciones o en los supuestos de desconcentración, conceptos cuya delimitación y trascendencia funcional inició la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que ahora viene a desarrollar en este aspecto concreto la Orden ministerial que se anota.

Sobre estos problemas que suscita la impugnación contencioso-administrativa de resoluciones dictadas en virtud de delegación de atribuciones puede verse: J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II, páginas 382 y siguientes.

2. SEGURIDAD SOCIAL: SEGURO DE DESEMPLEO: *Se establece, con carácter de generalidad, en beneficio de quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su ocupación por cuenta ajena, y con ella su salario, excluyéndose por el contrario, a quienes cesan voluntariamente o por despido imputable a ellos. (Ley de 23 de julio de 1961: B. O. de 24.)*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DAVID, René: Le Droit Français: Tome I, «Les données fondamentales du Droit Français». Tome II, «Principes et tendances du Droit Français», Philippe ARDANT y otros bajo la dirección de René DAVID. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960.

Esta obra, perteneciente a la Colección «*Les Systèmes de Droit Contemporains*» que publica el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, constituye una introducción al derecho francés, concebida especialmente para uso de estudiantes y juristas extranjeros.

En el tomo I expone René David con la claridad y brillantez que le caracterizan y en esta ocasión con cierta elementalidad que consueña muy bien con el carácter pedagógico y de iniciación de la obra, los datos fundamentales del derecho francés considerado en su conjunto. En el tomo II un grupo de especialistas dirigidos por el propio David exponen los principios y las tendencias de las diferentes ramas del derecho francés.

La obra se inicia con un Título dedicado a la tradición jurídica francesa en el que se estudia el antiguo derecho francés y la codificación. Tras una breve pero sugestiva panorámica de la historia del derecho francés, el autor nos dice que «el fraccionamiento del derecho francés será una de las razones principales por las que se adoptará en Francia la fórmula de la codificación: los códigos serán el medio de realizar en Francia la unidad jurídica, que en Inglaterra realizaron los Tribunales de Justicia».

El Título II está dedicado a la organización política, administrativa y judicial de Francia.

Refiriéndose a la vigente Constitución de 1958 se pone de relieve la violenta reacción que ha supuesto respecto de la tradición constitucional francesa al acantonar el otrora omnipotente poder legislativo a un ámbito predeterminado con su distinción entre dominio de la ley y dominio del reglamento, y al alterar decisivamente en beneficio de la estabilidad del gobierno la mecánica de sus relaciones con el Parlamento. A juicio de David, la Constitución es criticable por haber debilitado el principio de la separación de poderes y consagrado una supremacía, quizá peligrosa, del poder ejecutivo.

El Título III se dedica a exponer la formación y la organización profesional de los juristas franceses. Su interés es evidente porque como dice el autor «la forma en que un derecho se aplica en la práctica, e incluso la manera en que se forma y evoluciona, depende en gran medida de los juristas que lo elaboran y a quienes se confía su aplicación».

En el capítulo consagrado a la organización profesional de los juristas se exponen las líneas básicas del estatuto de la Magistratura y el Ministerio Público.

En el Título IV, bajo la rúbrica de «la concepción francesa del derecho», hace el autor algunas consideraciones generales tan interesantes como ésta.

«En general los juristas franceses son sin duda menos dogmáticos, menos preocupados por la lógica, menos rigurosos en su investigación de soluciones sistemáticas que los alemanes, los italianos y los españoles».

En el siguiente se exponen las clasificaciones del derecho francés. Lo que el autor se propone con el contenido de este Título V es familiarizar al lector con las diferentes ramas del derecho francés y destacar los diferentes métodos y el particular espíritu de cada una de ellas.

El Título VI y último, a nuestro juicio el más interesante de la obra, está dedicado a las fuentes y métodos del derecho francés. Tiene el mérito de haber eludido dos defectos que suele tener casi toda la literatura comparatista sobre el tema: abordar la cuestión bajo un punto de vista exclusivamente teórico y referirse sólo al derecho privado olvidando que el derecho administrativo es también como el *common law* un derecho eminentemente jurisprudencial no codificado. Sin embargo, puede hacerse al trabajo de David una crítica en cuanto al sistema expositivo empleado. Porque aunque el texto no contiene ninguna afirmación errónea, el lector puede ser inducido a pensar que se concede el mismo valor como fuentes jurídicas a la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios superiores, ya que se dedica un capítulo a cada uno de esos temas sin distinguir previamente las auténticas de las pretendidas fuentes del derecho.

Completan este primer Tomo dos apéndices relativos a la enseñanza del derecho en Francia (condiciones de ingreso en las Facultades, programas de la Licenciatura y del Doctorado, instituciones docentes parauniversitarias, métodos de enseñanza, exámenes y estadísticas de alumnos y graduados) y a una información general de orden bibliográfico.

El Tomo II de la obra, como dice el propio René David que ha dirigido el trabajo de sus redactores, es un verdadero diccionario del derecho francés. Se han destacado las soluciones originales sobre las que conviene llamar la atención del jurista extranjero, lo que en cierta medida hace que sea una obra de derecho comparado, aunque esté consagrada exclusivamente al derecho francés.

En XV Títulos se distribuyen todas las ramas del derecho francés, de los cuales los cuatro primeros corresponden al derecho civil (Personas y familia, a cargo de Jean-Denis Bredin; Sucesiones y regímenes matrimoniales, por Pierre Catala; Derechos reales, por Jean Derruppé, y Obligaciones, por Jean Foyer), y el resto al derecho mercantil, del trabajo, procesal, penal, constitucional, administrativo, fiscal, internacional privado, régimen de la Comunidad Francesa, vida internacional de Francia y, finalmente, filosofía jurídica francesa contemporánea. Todos los Títulos llevan copiosa bibliografía y el conjunto se enriquece con un Índice de autores y materias tratadas.

«Die Ausbildung der deutschen Juristen». Tübingen, 1960. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Un volumen de 358 págs.

La formación de los juristas en Alemania ha sido objeto de especial atención por los científicos responsables del grado de cultura de la administración de justicia. Esta preocupación es la tradicional y viene reflejada en la posición crítica que desde hace un siglo se desarrolla por los autores. Actualmente, la cuestión tiene un mayor alcance debido a las transformaciones sociológicas y político-culturales que se han producido en el mundo contemporáneo, especialmente a partir del presente siglo.

Las consecuencias del desenvolvimiento técnico tienen una especial repercusión en el ámbito del Derecho por lo que respecta a las exigencias de la persona humana, a la defensa de sus derechos y garantías, tanto desde el punto de vista individual como desde el comunal, o en relación con los demás. La producción en serie, la especial estructura de los complejos industriales, la organización del trabajo traen al ámbito personal y familiar nuevas relaciones y hábitos de vida hasta ahora imprevistos para el ordenamiento jurídico. Al jurista no le basta tan sólo una formación al estilo tradicional de los derechos y obligaciones fundamentales, sino que, además, ha de imponerse en los especiales conocimientos de las nuevas técnicas para calibrar hasta el máximo la rectitud y justicia que un conflicto de intereses provoca. Al jurista no le es suficiente hoy un camino formal en el desarrollo de sus métodos de aplicación, sino que ha de conocer el alcance y esencia de la materia objeto de su decisión.

En tal sentido, el «Círculo de trabajo para la formación de juristas», creado en 1954, pretende una renovación y reforma en el ámbito alemán que alcance no sólo al aprendizaje y enseñanza de la Universidad, sino también a una etapa posterior de madurez.

Este volumen recoge una serie de estudios y escritos, fruto de seis años de trabajo, elaborados por juristas especializados en estas cuestiones. En Alemania el peso de la tradición es tan intenso que, especialmente en el ámbito pedagógico, sólo se deja cambiar cuando es evidente y notoria la necesidad de una reforma. Sin embargo, hay que advertir que tal preocupación ha sido sentida de un modo general, en estas últimas décadas, en Europa y América, si bien con caracteres específicos.

En Alemania, le corresponde la iniciativa inmediata de este movimiento al profesor HUSSERL, al crear un Instituto para educación jurídica que transmitió al actual «Círculo de trabajo» su herencia científica. MARTENS, HACKS y von CAEMMERER representan esta primera etapa que, junto con los colaboradores KAHN, KIND, OSNER y RADOMSKI, reúnen y elaboran todo el material histórico, sociológico y jurídico del Derecho comparado.

El estudio que ahora se concluye y presenta al público fué dirigido por una Comisión de la que es presidente el Profesor DÖLLE e integrada por los profesores DUDEN, HUSSERL, KUNKEL, WILDE y los funcionarios del gobierno BLEIBTREU, HACKS, KRILLE, MARTENS, PFIZER y WIEFELS. Se trata de un trabajo en común en el que durante varios años estos ilustres juristas se intercambiaron diálogos y ponencias. La redacción general que, hasta su muer-

te en 1959, dirigió el profesor HUSSERL, fué continuada por su colaborador RABOMSKI.

La obra consta de tres partes principales y varios epígrafes. La primera parte expone la formación de los juristas alemanes, en la actualidad y cómo debe ser además de su estudio comparado en la Europa continental, Inglaterra y Estados Unidos. La segunda parte contiene las cuestiones referentes a la necesaria reforma actual en tres epígrafes: la reforma de la formación jurídica y la reforma escolar en general; la formación jurídica alemana a la luz de los escritos de los últimos cien años, su crítica y proyectos; y, los defectos esenciales de la actual formación jurídica. La tercera parte recoge los proyectos para una nueva estructuración de la formación jurídica donde se especifica qué debe y qué puede conseguirse con una reforma de medidas eficaces; la fase particular de la formación jurídica según el plan de reforma del «Círculo de trabajo» de 1954; y, por último, los supuestos prácticos de la realización del plan de reforma.

JOSÉ BONET CORREA

GARCIA DE HARO Y GOYTISOLO, Ramón: «Convenios Colectivos y Reglamentos de Empresa». Librería Bosch, Barcelona, 1961.

I. Previo un examen del diverso régimen jurídico que los convenios colectivos presentan en el actual momento, el autor hace una exposición crítica de las teorías que pretenden averiguar la naturaleza de aquéllos. Ni la posición contractualista con su apriorismo conceptual, ni la normativista, certera pero insuficiente, constituyen una clara explicación del fenómeno de la contratación colectiva. Este, partiendo de la realidad de las cosas, no es más que la manifestación de un poder normativo reconocido por el Estado, según aconsejan los esquemas de la realidad, a las autoridades naturales de grupos sociales organizados.

Tal situación, que no es nueva en el campo del Derecho, por cuanto se reconduce al viejo problema de la exclusividad o no del Estado como fuente productora de normas jurídicas, se explica, a juicio del autor, mediante el recurso a los conceptos de comunidad de intereses y norma estatutaria.

La comunidad de intereses en cuanto categoría dogmática es un concepto que sirve para agrupar toda aquella serie de situaciones en las que, existiendo la realidad sociológica de un interés común a un grupo, el Derecho reconoce relevancia a ese interés. Ello da lugar, bien a un poder normativo; bien a legitimación de algunos de sus componentes o de un tercero para actuar en nombre del grupo; a veces, a la personalidad o a la creación de un patrimonio, etc. En definitiva, no es más que una realidad sociológica a la que se reconocen efectos jurídicos. Allí donde unos individuos se agrupan para la consecución de unos objetivos afines, lícitos en el marco del ordenamiento vigente, se produce el fenómeno de la comunidad de intereses.

Normalmente, el grupo requiere una organización: se precisa así de un poder que la cree. Este puede ser el Estado, los órganos judiciales o los mismos individuos que integran la comunidad. Tal poder ha de guardar una

perfecta consonancia con la naturaleza de la institución. Y en este sentido no cabe duda que es el último de los tres procedimientos enunciados el que más garantías ofrece.

En efecto, siendo los grupos profesionales comunidades que exigen una organización compleja y detallada, y estando en continua evolución, parece claro que sean las propias autoridades naturales del grupo quienes en el marco del ordenamiento estatal, la proyecten jurídicamente dándole la estructura más concorde con los fines que pretende. Por eso el Estado viene por lo general a reconocer a las autoridades naturales del grupo un auténtico poder normativo que garantice la constitución y el posterior funcionamiento de la comunidad. Las normas que, según este procedimiento, vayan apareciendo son las que se reconocen con el calificativo de estatutarias. Y son éstas las que, junto a las procedentes del Estado (leyes) y a las que tienen su origen en la sociedad, inorgánicamente considerada (costumbres), formarán el ordenamiento jurídico de la comunidad política.

Las normas estatutarias no se producen según un mismo procedimiento. Debe ser así en cuanto que, por razón de la diversa finalidad y estructura de las comunidades, no es idéntica la forma bajo la que se constituyen los órganos con facultades normativas. Por eso, junto a una pluralidad de origen —autoridad personal, colegiada, etc.—, las normas estatutarias presentan una pluralidad en el procedimiento de su elaboración —negocio unilateral, acto colectivo, convención, etc.—.

También la naturaleza de las normas estatutarias varía según la de la fuerza social que las crea. Así cuando ésta, si bien distinta del Estado, posea una naturaleza pública, la norma producida será también pública. En otro caso estaremos en presencia de normas jurídicas privadas.

Una vez expuestos dichos conceptos generales, apenas si el problema de la catalogación del convenio colectivo ofrece dificultad alguna. Partiendo de su inequívoca realidad normativa ya anteriormente contrastada, y previa una conceptualización de la categoría profesional (en el sentido de comprender a los trabajadores y empresarios de una rama de la producción), y de la empresa como comunidades de intereses, se puede afirmar que el convenio colectivo no es más que el conjunto de normas estatutarias fijadas, según un procedimiento contractual, por las autoridades naturales de un grupo social a las que, previamente, se les ha reconocido poder normativo.

No se agota, sin embargo, con ésto el análisis del pacto colectivo. Y es que en el mismo se produce cierto fenómeno: la existencia de obligaciones para las partes, que podría chocar aparentemente con su estructura normativa. De todas formas no se trata de una nota específica de éste, puesto que, de manera análoga, aparece reproducido en otras comunidades de intereses como la sociedad y ciertos regímenes de copropiedad. Por eso, frente a la distinción entre estatutos y acto constitutivo en la primera y reglamentos y convenciones en los segundos, es perfectamente lícito reconocer un doble contenido, obligacional y normativo, en el contrato colectivo.

Con tales instrumentos conceptuales ya es posible estudiar con fruto la realidad jurídica española. En efecto, al agrupar en una misma categoría a

individuos —trabajadores y empresarios— de idéntica profesión, el Sindicato vertical se puede lícitamente calificar como una auténtica comunidad de intereses. En ella el poder normativo manifestado en la posibilidad de estipular convenios, radica en las representaciones profesionales de sus dos secciones, social y económica. Los Convenios Colectivos Sindicales son, pues, normas estatutarias que, por la estructura corporativa pública del Sindicato, y las sucesivas intervenciones que la Organización Sindical y las autoridades administrativas tienen en su elaboración, han de calificarse necesariamente de públicas.

Idéntica línea de argumentación preside la tesis que estima los reglamentos de empresa normas estatutarias privadas. En efecto, aun careciendo de personalidad jurídica, la Empresa es una comunidad de intereses cuyo poder normativo radica en su autoridad natural: el empresario. Por eso la potestad reglamentaria no debe nunca estudiarse como una derivación del poder de mando del empresario inserto en la relación de trabajo, sino como el fruto del reconocimiento a éste por parte del Estado, de un poder de ordenación jurídica convenientemente limitado, en el marco de sus intereses: la Empresa. La estructura privada que esta institución presenta en nuestro derecho lleva necesariamente a la consideración de los citados reglamentos como normas estatutarias de carácter privado.

II. En la mejor línea jusprivatista y con muy claros conceptos de teoría general del derecho se aborda con originalidad un tema tan pesadamente polémico como éste de la naturaleza del convenio colectivo.

Originalidad que no significa «novedosidad». Sobre todo sí, como en este caso, el razonamiento es riguroso y se utiliza un método de comparación.

Y en tal sentido es, sin duda, la última parte del libro —aquella referente al derecho español— donde se insinúan las tesis más interesantes. La concepción del Sindicato vertical y de la Empresa como comunidades de intereses, con autoridades naturales —representaciones profesionales— investidas de poder normativo, y la calificación de los Convenios Colectivos Sindicales y de los Reglamentos de empresa como normas estatutarias —públicas o privadas—, suponen una indudable aportación a la teoría de las fuentes del Derecho del Trabajo.

GONZALO DIEGUEZ

HANNAK: «Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft». Tübingen, 1960. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Un volumen de 84 págs.

La técnica moderna ha traído consigo el planteamiento de una serie de problemas que también alcanzan al orden jurídico civil, especialmente cuando se producen unos daños como resultado de su aplicación. La fuerza motriz, la eléctrica o la atómica, además de sus aplicaciones prácticas tienen sus riesgos y consecuencias dañosas cuando se desbordan y el hombre es incapaz de dominarlas completamente.

Con esta obra HANNAK trata de estudiar la «distribución de los daños de

las fuerzas peligrosas»: hasta ahora, los problemas que crea la técnica moderna, en cuanto a la responsabilidad de dichos daños, no han sido resueltos definitivamente. Tan sólo soluciones parciales y una casuística legal han venido a paliar las nuevas situaciones que más reclamaban su tratamiento (por ejemplo, en líneas férreas, transportes por carretera, marítimos y aéreos). En Alemania, la jurisprudencia es más avanzada en sus soluciones y se advierte una tónica de acentuación y rigor máximo respecto a la responsabilidad que se contrae por el manejo de dichas fuerzas técnicas.

HANNAK expone una visión total del estado de la cuestión en el Derecho positivo alemán e intenta mostrar los fundamentos técnicos de la responsabilidad y el desarrollo de su línea jurídica. La obra se sistematiza en tres amplios epígrafes. El primero A) se refiere a los supuestos comunes para todos los peligros de la técnica moderna y hace un examen de las industrias peligrosas según el Derecho vigente, la eficacia del método conforme a todos los peligros de la técnica moderna, las fuerzas peligrosas y su relación con la industria de idénticos riesgos.

El epígrafe segundo B) trata la responsabilidad de las fuerzas peligrosas y el Derecho vigente, donde el autor analiza las fuerzas peligrosas y la responsabilidad por imprudencia, y la soportabilidad de una responsabilidad extracontractual como consecuencia de fuerzas peligrosas.

El epígrafe tercero C) aborda los fundamentos para un ordenamiento sobre los daños de fuerzas peligrosas, donde se estudia el desarrollo de la legislación vigente y la distribución de los daños que tienen un fundamento económico, la fundamentación jurídica, la fundamentación económica, el sujeto de la responsabilidad, los daños por los que se responde y la limitación de la responsabilidad mediante cantidades máximas de indemnización.

La obra contiene, además, un índice bibliográfico y un registro de materias que facilitan el conocimiento y búsqueda de los temas. En definitiva, se trata de un estudio bien elaborado que aporta luz y conocimientos a tan sugestiva cuestión.

J. B. C.

«IUS CONONICUM», Revista de la Facultad de Derecho Canónico del Estudio General de Navarra, vol. I, Fascículo I, enero-junio 1961, 362 págs.

IUS CANONICUM es la revista de la Facultad de Derecho Canónico del Estudio General de Navarra, convertido hoy en Universidad Católica. Al frente de la nueva publicación figura como Director el profesor Pedro Lombardía, y como Presidente del Consejo de Redacción el profesor José Orlandis.

Se publica el primer número (volumen I fascículo I, enero-junio 1961, 326 páginas) con una agradable presentación, pulcramente editado, excelente papel e impresión, con variedad de tipos y letras. A lo que parece, su frecuencia será semestral.

Una inicial descripción del contenido externo de la revista es la siguiente: la mitad, aproximadamente, de este número está dedicado a trabajos monográficos: se incluyen varias secciones menores (Notas, Vida de la Iglesia,

Legislación comentada, Jurisprudencia comentada); se cierra con la habitual sección bibliográfica, que aquí aparece muy cuidada.

Que los cultivadores de una disciplina científica aspiren a poseer su propio órgano de expresión, es cosa perfectamente legítima que a nadie puede extrañar. Pero si se tratara únicamente de esto, la aparición del primer número de *IUS CANONICUM* no trascendería de su propio ámbito, pues no es la primera revista de su especialidad en nuestra patria.

Ocurre, sin embargo, y el hecho creemos puede interesar a los lectores de este ANUARIO, que la nueva revista dirige un mensaje a los juristas seculares que debe ser atentamente considerado.

Este primer número no contiene una expresión «Presentación» o «Propósitos» iniciales, pero tal debe ser considerado el primer estudio del profesor Orlandis sobre «Derecho canónico y el jurista secular», que fué leído como Discurso de apertura del primer año académico del Instituto de Derecho Canónico de Navarra. Por ello haremos una síntesis de su contenido.

Es imperativo urgente de esta hora un progresivo acercamiento — que ha de ser labor conjunta de civilistas y canonistas— entre el Derecho canónico y el secular, cuyo fruto y meta será la construcción de una Ciencia del Derecho cristiana única. El proceso de secularización de la cultura ha trascendido también al campo jurídico; y si bien es justo reconocer los brillantes resultados obtenidos gracias al impulso del positivismo, debe cargarse en el deber de éste la realidad, reiteradamente denunciada, de una profunda crisis del Derecho. Como único remedio a tal crisis, hace ya tiempo que espíritus eminentes señalan el retorno al Derecho natural católico. Para los juristas españoles, la confesionalidad del Estado reconocida en las leyes fundamentales constituye una invitación para realizar una labor científica en consonancia con tales principios. El Derecho Canónico encierra, para el jurista civil, un inmenso valor ejemplar; el ordenamiento de la Iglesia es el único caso de un sistema jurídico que, al mismo tiempo que atiende a las realidades concretas de la vida de una colectividad de cientos de millones de hombres, tiene presentes con inquebrantable fidelidad las normas del Derecho divino, positivo y natural; ellas proporcionan el contenido de muchas leyes de la Iglesia, y, en todo caso, suponen un límite infranqueable a la introducción de preceptos procedentes de otros ordenamientos y a la acción misma de los legisladores y de los intérpretes; constituyen una lección viva para mostrar al científico y al profesional del Derecho secular cómo un ordenamiento sabe sacrificar todas las exigencias técnicas al cumplimiento de su supremo ideal de justicia. El estudio del ordenamiento canónico muestra, además, facetas interesantes de la experiencia jurídica de la Iglesia: baste citar el Derecho matrimonial. Para nosotros, en virtud del Concordato de 1953, muchas materias canónicas ofrecen eminente importancia práctica.

El cultivo del Derecho Canónico por juristas formados en Facultades seculares lleva consigo el planteamiento del problema de las diferencias que median entre ambos Derechos. Con razón subraya Orlandis que aunque es evidente que por la mayor adherencia del Derecho Canónico a las exigencias del fuero interno, nunca pueden dejar de existir diferencias técnicas, no es menos cierto que muchas de las diversidades que hoy pueden señalarse entre

el ordenamiento de la Iglesia y el de los Estados son otras tantas limitaciones de éstos en relación con un planteamiento trascendente del concepto de Derecho. Se refiere luego a la polémica metodológica surgida hacia 1939 entre cultivadores italianos del Derecho Canónico, unos de las Universidades pontificias y otros estatales; la polémica — todavía no definitivamente cancelada— puede calificarse de fecunda, pero por partir los contendientes de diversos presupuestos ideológicos era difícil el acuerdo. En realidad el problema estará en pie mientras los dos frentes existan. Es necesario restaurar la única Ciencia Jurídica sobre la sola base posible: las directrices del Magisterio eclesiástico, intérprete auténtico del Derecho divino, fuente inspiradora de todo orden jurídico eclesiástico y secular. Una restauración que respete las posibilidades de una especulación filosófico-jurídica de carácter racional, basada en la participación de la ley eterna en la naturaleza humana, pero teniendo en cuenta el dato revelado para rectificar sus posibilidades de error. Sobre estas bases todo progreso técnico será positivo, y es indudable que muchos de los logrados en el brillante esfuerzo de los juristas seculares tienen posibilidades de integración. En esta tarea de integración los canonistas podrán aportar su clara ejecutoria de fidelidad doctrinal, y sus aciertos en la solución práctica de los problemas jurídicos de la Iglesia; los cultivadores del Derecho secular su formidable labor doctrinal, a la que será necesario remozar las raíces, aun cuando ello exija, en ciertos casos, la reconstrucción de buena parte del edificio. En definitiva, esfuerzo común de hombres que sean conocedores de los dos Derechos y tengan una clara conciencia del planteamiento teocéntrico que para sí exige todo quehacer científico verdaderamente fecundo.

Esperamos que el mensaje e invitación de *IUS CANONICUM* será bien recibido por la mayoría de los civilistas españoles. Recientemente señalaba Hernández Gil que si bien muchos juristas se profesaban iusnaturalistas, pocos eran consecuentes con sus ideas a la hora de aplicar el método jurídico; a juicio de este profesor es urgente la reconstrucción de una Metodología del Derecho sobre bases iusnaturalistas. He aquí, por tanto, un terreno en el que civilistas y canonistas pueden trabajar conjuntamente. En el orden de las instituciones concretas, es evidente que el Derecho de Familia es una zona de encuentro fecundo como he tenido ocasión de mostrar en muchas ocasiones.

Del contenido del presente número interesan, en general, al jurista secular un extenso trabajo de F. Javier de Ayala «Silencio y manifestación de voluntad en Derecho Canónico» y la nota de Pedro Lombardía «El Derecho Canónico en las Facultades de Derecho». Más específicamente interesan al civilista: el trabajo de H. Javier Hervada «El matrimonio in facto esse. Su estructura jurídica», una nota de Enrique Lalaguna, sobre «Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico», y un comentario jurisprudencial de este último autor en materia de nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959).

Deseamos una larga vida a *IUS CANONICUM* para que manteniendo siempre

gran altura científica y hablando lenguaje moderno, sea posible ese diálogo fecundo con los juristas seculares que su primer número anuncia.

Gabriel GARCÍA CANTERO

MESCHINI, P.: «Sulla natura giuridica degli enti pubblici economici». Giuffrè, Milano, 1958; 81 págs.

Después de una breve referencia al fenómeno de la progresiva intervención del Estado en la economía, el autor se preocupa de fijar el concepto de ente público económico, ente público que tiene por objeto exclusivo principal el ejercicio de una actividad económica.

En cuanto a su origen, aun cuando algunos son de origen antiquísimo, la mayor parte han surgido en el cuadro de la política autárquica, después algunos han sido suprimidos, la mayor parte han sido conservados como eficientes instrumentos del dirigismo estatal, otros nuevos han sido creados.

Núcleo central de este breve trabajo es el capítulo II, dedicado a la naturaleza de los entes públicos económicos, que ha dado título, justamente, a toda la obra.

Partiendo de la base de la terminología adoptada para designarlos, analiza sus dos elementos: naturaleza pública y carácter económico, estudiando los diversos tipos de fines públicos que pueden ser perseguidos mediante el ejercicio de una actividad económica. Para el autor los fines institucionales de los entes públicos económicos son esencialmente instrumentos de la política económica gubernativa.

Objeto de más detenido examen es la producción de beneficios por parte de tales entes, según los casos, se considera un mero criterio de buena administración o de un medio para la persecución de un fin ulterior de carácter accesorio y subordinado, o con un fin de lucro, que puede ser perseguido cuando es compatible con el fin institucional propio del ente.

Pero la noción tradicional del lucro, asimilado a beneficio monetario, está para el autor, en plena evolución asimilándose a la valorización de los recursos económicos nacionales, al incremento de la productividad y a la redistribución social de la renta nacional real. Sobre esta base considera superada la vieja cuestión de si los entes públicos económicos pueden considerarse empresarios, afirmando se trata de verdaderos empresarios comerciales.

E. VERDERA

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel: «Doctrina civil del Tribunal Supremo». Tomo I. Artículos 1.º a 675. Aguilar. Madrid, 1961; 2412 págs.

En este ANUARIO se publicó hace varios años la reseña de la primera edición de la Doctrina civil (1). Se la calificaba con elogio y se auguraba a la

(1) A. D. C., tomo IX, fasc. III, julio-septiembre 1956, págs. 972-973.

obra de Rodríguez Navarro el mejor éxito; se pronosticaba, además, que llegaría a contarse entre esas pocas que se destacan como familiares en el recuerdo agradecido de los hombres de leyes. Los hechos han venido a justificar aquellas palabras. «El Rodríguez Navarro» es tan conocido hoy, que cualquier adjetivo resultaría superfluo.

En esta nueva edición se conservan todas las características de la anterior. En ella se recogen las resoluciones recaídas en asuntos civiles, de derecho sustantivo, del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, hasta 31 de diciembre de 1961. Ha de tenerse en cuenta que la obra, se nos dice, constará de tres tomos; pero que se dejará la doctrina correspondiente a las leyes de Arrendamientos Urbanos y Arrendamientos Rústicos para formar con ella tomos independientes.

R.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER
y Carlos MELON INFANTE.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALBANESE, Bernardo: *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del Diritto*. IM, año 10. Fasc. 4, diciembre 1959; págs. 431.

Dentro del binomio justicia-Derecho se presentan como dos ideales del orden jurídico el ideal de certeza y el ideal de concreción. En virtud del primero, el Derecho aspira a la máxima determinación posible y a la máxima objetividad posible de su ordenación; en virtud del segundo, aspira a la máxima flexibilidad e indeterminación posible de su ordenación. Significado límite de ambos ideales. Misión de ambos en el cuadro general del orden jurídico. Aspectos históricos.

BELHL, C. F.: *Schiller und die Gerechtigkeit*. NJW, año 12, núm. 46, 1959; páginas 2041-2043.

Aspectos de la juridicidad en la obra de Schiller, con indicación de algunos pasajes significativos al respecto.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Prospettive filosofiche giuridiche del pensiero contemporaneo*, IM, año 10, Fasc. 4, diciembre 1959; págs 445-450.

Se trata de las conclusiones del discurso del autor en la Apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1958, sobre las «Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y la Ley fundamental española de 17 de mayo de 1958». Se distingue entre horizontes actuales filosófico-jurídicos y horizontes políticos. Las leyes fundamentales españolas concilian los principios éticos del Derecho con la tradición histórica nacional y con el sentimiento social que da vitalidad y modernidad a las instituciones jurídicas y políticas.

Grosso, Giuseppe: *La crisi della legalità*, RDDC, año 6, num. 6, noviembre-diciembre 1960; págs. 565-571.

Asistimos a un período histórico de crisis de la legalidad, desbordada por los problemas políticos, económicos y sociales. Paradójico que así ocu-

rra en el Estado de Derecho. La lucha por la legalidad será tanto más eficaz cuanto más, quien la conduce, tenga consciencia de que el problema social de nuestro tiempo no puede quedar reducido a una mera cuestión de legalidad.

KÜCHENHOFF, Günther: *Der Begriff des «Minimum» in der Rechtswissenschaft*, NJW, año 12, núm. 29, 1959; págs. 1254-1257.

A pesar del indiscutible renacer del Derecho natural, con frecuencia la doctrina y la práctica jurídicas caen en el positivismo, entendido como equiparación de «Derecho» y «disposición». El Derecho natural se muestra como un concepto multiforme, cuyo único denominador común es la idea de «naturalidad». Para superar estas divergencias conceptuales ha de aspirarse a encontrar, como subrogado de la idea de «naturalidad», un mínimo común extraído de una comunidad en la que exista determinada unidad conceptual y valorativa.

MASCHI, Carlo Alberto: *La certezza del Diritto nel Diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, IM, año 10, Fasc. 1, marzo 1959; págs. 32-38.

La «certeza del Derecho», que tanto interés suscita a los juristas modernos, no llamó por igual la atención de los romanistas. Sentido en que la certeza se entiende en el ámbito del Derecho romano, como aportación a la cuestión en el Derecho moderno.

MUNZEL, Karl: *Zur Rückwirkung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Genehmigung unter Einschluss des Kartellrechts*, NSW, año 12, núm. 38, 1959; págs 1657-1663.

Significado y eficacia de la aprobación o ratificación, en la que a su retroactividad atañe, en el ámbito del Derecho privado y del Derecho público. Nuevos problemas surgidos en este último campo en materia de legislación sobre «cártels».

PELIZZI, Giovanni L.: *Sul concetto di tipicità relativa*, RDDC, año 6, núm. 6, noviembre-diciembre 1960; págs 642-646.

Partiendo de la base de más de un concepto de «tipicidad» de los actos jurídicos, en virtud de circunstancias diversas, se entiende que para designar fenómenos de atipicidad relativa (atipicidad en un sentido concreto) se emplean términos inadecuados, como acto neutro, acto abstracto, etc.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel: *Diritto portoricano e obligatorietà dei precedenti*, IM, año 10, Fasc. 1, marzo 1959; págs. 144-146.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, cada vez más, va citando en sus decisiones «precedentes» constituidos por fallos anteriores, incluso de otros países. La doctrina del precedente va ganando campo y ámbito. Ejemplos. Recurso a la equidad.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel: *Uno sguardo al Diritto dell' America latina*, IM, año 10, Fasc. 4, diciembre 1959; págs. 540-549.

Visión de conjunto de los Derechos de la América latina en sus diversos aspectos: influencias, métodos y tendencias. Características latinas y americanas. En el ámbito del Derecho público predomina, sobre todo, la orientación americana; en el ámbito del Derecho privado, la latina. Derecho público, penal, civil y comercial. Aspectos respectivos.

SCARPELLI, Uberto: *La definizione nel Diritto*, IM, año 10, Fasc. 4, diciembre 1959; págs. 496-506.

Aspectos, significado y estructura de las definiciones en el ámbito del Derecho. Previamente se delimita el significado y naturaleza del lenguaje jurídico, distinguiendo tres categorías de términos: designadores de hechos simples, designadores de hechos calificados según la norma y designadores de normas o sistemas de normas. Definición de términos de cada categoría. Utilidad y finalidad de la definición.

WAGNER, Wienczyslaf S.: *La codificazione del Diritto in Europa e il movimento per la codificazione negli Stati Uniti alla meta del secolo decimonono*, IM, año 10, Fasc. 1, marzo 1959; págs. 119-133.

Destacada la diferente estructura y manifestación del Derecho continental y anglosajón y el movimiento codificador de aquél en el siglo pasado, se indican las tentativas y realización de codificación en Estados Unidos y las causas de su escaso éxito en el mismo período.

WENGLER, Wilhelm: *Über die Unbeliebtheit der Juristen*, NJW, 12, núm. 39, 1959; págs. 1705-1708.

Causas y circunstancias culturales e históricas que motivan la impopularidad de los juristas, en comparación con la consideración de que gozan otras profesiones. Aunque referidas a Alemania, las consideraciones del autor pueden tener, a veces, un significado general. Gran parte de la impopularidad es debida a la incomprensión radical y desconocimiento en torno a los criterios y módulos que en el Derecho positivo condicionan la actividad del jurista.

2. Derecho de la persona.

BOFFI BOGGERO, Luis María: *L'oggetto dell'atto giuridico*, RDC, año 57, número 5-6, mayo-junio 1959; págs. 161-178.

Estudio del objeto del negocio jurídico en el Derecho argentino, sobre la base del artículo 953 del Código civil y la interpretación doctrinal del

mismo. Se consideran por la ley como objeto del negocio las cosas y los hechos, siendo sus requisitos la identificabilidad, la posibilidad natural y la licitud. Aplicaciones jurisprudenciales del artículo 953 del Código.

GÖPPINGER, Herst: *Die sachliche Voraussetzung der Volljährigkeitserklärung* (§ 5 BGB). EF, año 7, núm. 7, julio 1960; págs. 253-260.

La experiencia de la postguerra demuestra que las autoridades judiciales alemanas no proceden con la necesaria minuciosidad y cuidado ante las peticiones de declaraciones de mayoría de edad hechas por menores que hayan cumplido los dieciocho años. Especialmente no se llevan a cabo una serie de audiencias personales, convenientes para la apreciación exacta de la situación. Por lo general, se trata de peticiones precipitadas por el embarazo de la novia y con el objeto de contraer matrimonio. Examen de los presupuestos objetivos de la declaración en su significado social y jurídico. Datos estadísticos.

RICCA-BARBERIS, Mario: *Diffusione di ritratto con scopo pubblicitario*, RDC año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959; págs. 201-203.

La reproducción y difusión de una fotografía de una persona, obtenida durante su intervención en un acto público, debe reputarse lícita, a no ser que se lleve a cabo con fines puramente de reclamo en relación con un cierto producto. La renuncia a la propia individualidad es inevitable para quien sale de su esfera privada y voluntariamente se expone a la crítica.

3. Derecho de cosas.

BENEDICENTI, Mario: *Rassegna della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di privative industriali 1955-1958*, RDC, año 58, núm. 3-4, abril 1960; págs. 131-154.

Reseña de jurisprudencia de casación italiana relativa al período indicado en el epígrafe, en materia de patentes industriales: objeto del derecho, sujetos del mismo, expedición de documentos, relaciones traslativas, defensas jurídicas y sanciones.

GIANNINI, Amedeo: *Opere future*, RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960: páginas 21-37.

Tanto los autores como los editores llevan a cabo con frecuencia relaciones jurídicas referentes a «obras futuras» aún no creadas y a veces ni siquiera concebidas. Concreción de dichas relaciones. Validez y nulidad de contratos, según los casos. Necesidad de tener en cuenta, en la reforma de la Ley italiana sobre derecho de autor, las disposiciones que constituyen la reglamentación del contrato de edición.

MARJORANO, Federico: *Cauzione e pegno irregolare*, RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960; pág. 94-130.

Delimitado el significado exacto de «caución» en la práctica jurídica italiana (entrega de una cierta cantidad de cosas muebles en garantía de una eventual obligación de resarcimiento de daños, derivado de una relación entre las partes) se contrasta la figura con la prenda irregular y su coincidencia con ésta. La caución o «fianza» (en nuestra terminología) corriente no es una institución autónoma. Su naturaleza coincide con la de la prenda irregular.

MONTEL, Alberto: *Nuove riflessioni in tema di legittimazione dell'appaltatore all'azione di spoglio*, RDC, año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959; 2.ª parte, páginas 227-231.

En contra de la jurisprudencia dominante, una reciente sentencia del Tribunal de Caltagirone (16 de mayo de 1958) ha entendido que el «appaltatore», que detenta las cosas a él entregadas por el comitente para la ejecución del contrato, no está legitimado para ejercitar la acción de despojo contra dicho comitente. Crítica de esta postura y consideraciones polémicas de la motivación de la contraria: detentación o no «en interés propio» del «appaltatore».

OSTI, Giuseppe: *Prelazione ipotecaria oltre i limiti della somma iscritta?* RDDC, año 6, núm. 6, noviembre-diciembre 1960; págs. 634-642.

Gastos e intereses en relación con la extensión de la garantía hipotecaria en el Derecho italiano. Artículo 2.855 del Código civil. Quiebra no del postulado de especialidad, recogido en el artículo 2.809. El precepto primeramente indicado no sanciona una posible extensión de la hipoteca a los accesorios del crédito más allá de los límites de la suma inscrita. De no ser así, constituiría una gravísima anomalía en el sistema legal vigente.

RIEDEL, H.: *Grundprobleme der Urheberrechtsreform*, NJW, año 12, núm. 47, 1959; págs. 2096-2100.

Mediante el Proyecto elaborado por el Gobierno se ha planteado en Alemania la reforma del Derecho de autor. En el presente estudio se delimita el concepto legal de «obra» tal como el Proyecto lo entiende: la protección se otorga a las obras literarias, científicas y de arte. Sistemática de la Ley y consideración de si y hasta qué punto han de gozar de protección ciertas materias «análogas».

4. Obligaciones y contratos.

BARBERO, Domenico: *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità por fatto illecito*, RDDC. año 6, núm. 6, noviembre-diciembre 1960, págs. 572-592.

Es fundamental en el estudio de las normas sobre responsabilidad por acto ilícito, la distinción entre norma o criterio de nacimiento y normas e criterios de propagación. El criterio de nacimiento de la responsabilidad por acto ilícito es único: la culpa (entendida ampliamente). Múltiples y diversos, por el contrario, los criterios de propagación, que oscilan desde la culpa presunta, a la disponibilidad real del objeto, a la relación de dependencia.

BARNIKEL, Wilhelm: *Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags*, NJW, año. 12, núm. 46, 1956; págs. 2048-2051.

Naturaleza jurídica del contrato que celebran los arquitectos con los constructores. De su calificación como contrato de servicios o como contrato de obra derivan importantes consecuencias jurídicas y prácticas. Contenido de las prestaciones derivadas del contrato. Relación entre las prestaciones del arquitecto y las de las firmas intervinientes. Acciones del constructor contra uno y otras.

BENATTI, Francesco: *Contratto concluso dal «falsus procurator» e responsabilità del «dominus»*, RDC, año 57, núm. 9-10, septiembre- octubre 1959; 2.ª parte, págs. 335-346.

Comentario a la sentencia de casación italiana de 5 de marzo de 1958, en la que se dice que para que pueda aplicarse el principio de la apariencia jurídica a favor de quien había contratado con un falso representante, con buena fe, se requiere que la apariencia esté determinada por un comportamiento culposo del «dominus», que razonablemente haya inducido al tercero a pensar en la existencia del poder. Consideraciones del autor sobre el significado de la apariencia jurídica.

BOEHMER, Gustav: *Schadensersatzansprüche wegen Verletzung oder Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten*, EF, año 7, núm 5, mayo 1960; págs. 173-180.

Dictamen del autor en torno a las pretensiones de marido y mujer que han de pasar a los sindicatos profesionales cuando éstos satisfacen a la mujer que trabaja en la empresa de su marido un seguro a consecuencia de un accidente (lesiones causadas por un automóvil) durante un viaje profesional.

BOYER, Louis: *Riflessi della previdenza sociale sulla disciplina della responsabilità civile*, IM, año 10, Fasc. 1, marzo 1959; págs. 134-141.

Las leyes sobre previsión y seguridad social pueden influir, a veces, en la disciplina de la responsabilidad civil. Indicación y significado de cómo se manifiesta dicha influencia en cuanto al resarcimiento del daño y en cuanto al fundamento mismo de la responsabilidad.

BÜHRKE: *Verschuldengrad und Ersatzumfang*, NJW, año 12, núm. 42, 1959, páginas 1859-1860.

Tanto en la indemnización de daños de carácter material como en la de daños de carácter inmaterial, el ámbito con que ha de prestarse la indemnización debe depender del grado en que se manifiesta la culpa del causante del perjuicio. La indemnización procede igualmente aun en los casos de culpa leve.

CLAUS, Karl: *Haftungsbeschränkung zwischen Gemeinschaftsangehörigen im Arbeits Dienst—, Dienst —und Familienrecht*, NJW, año 12, núm. 32-33, 1959; pgs. 1408-1410.

Tratándose de trabajos especialmente peligrosos, cuando uno de los trabajadores causa el daño de otro sin culpa grave, está exento de responsabilidad en base al § 823 del BGB. Desarrollo de este principio, que domina en la jurisprudencia alemana, en el ámbito del Derecho laboral, en las funciones públicas y en el Derecho de Familia. Limitaciones recíprocas de responsabilidad entre los pertenecientes o dedicados a una misma actividad. Crítica de ciertas posiciones doctrinales contrarias.

DE FERRA, Giampaolo: *Società personale di due soci: morti di un socio e liquidazione della quota*, RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960; 2.ª parte, págs. 32-40.

El principio por el cual en las sociedades de personas la muerte de un socio sólo da a los herederos el derecho a la liquidación de la cuota, se aplica igualmente en el caso de sociedad de sólo dos socios. La obligación del socio superviviente a la liquidación es una obligación pecuniaria regida por el principio nominalista. Sentencia de la Corte de Casación italiana de 20 de marzo de 1959. Comentario crítico. Función respectiva de los artículos 2.272, núm. 4, y 2.284 del Código italiano.

FABRI, Sileno: *Appalto, riduzioni del prezzo, risarcimento del danno e cosa giudicata*, RDC, año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959; 2.ª parte, páginas 161-175.

Sobre la base del artículo 1.668 del Código civil italiano, ha entendido la Corte de Casación (sentencia 29 de mayo de 1958) que la fuerza de cosa

juzgada del decreto que condena al pago del precio convenido en un contrato de obra (appalto) precluye la proposición en un juicio sucesivo de la *actio quanti minoris*, pero no la acción de resarcimiento de los daños causados por las cosas suministradas en el caso de culpa del «appaltatore». Comentario.

GAMBINO, Agostino: *Fideiussione, fideiussio indemnitalis e polizze fideiussorie*, RDC, año 57, núm. 1-2, enero-febrero 1960; 2.^a parte, págs. 57-80.

Comportamiento del deudor para conservar la fianza en el supuesto de caducidad de la obligación principal. Póliza de fianza y contrato de seguro. Diferencias. Comentario. Sentencia de la Corte de Apelación de Roma, de 23 de marzo de 1959.

HAFFERBURG, A.: *Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht*, NJW, año 12, núm. 32-33, 1959; págs. 1398-1402.

Tomando como punto de partida una importante sentencia del BGH, de 4 de marzo de 1957, que aplica a la culpa civil la doctrina de la «adecuación social» formulada por WELZEL para la culpa en el ámbito penal, entiende el autor que el concepto de la culpa en el Derecho civil es demasiado estricto, debido a que sólo en escasa medida toma en consideración elementos subjetivos. Interferencias recíprocas de la llamada «conducta socialmente adecuada» y de la causación del daño «antijurídico».

ORESTANO, Ricardo: *Obligationes e dialettica*, IM, año 10, Fasc. 1, marzo 1959; págs. 18-31.

Uno de los campos más interesantes en los que se ocupa la moderna doctrina romanística es el estudio de los procedimientos constitutivos de la ciencia jurídica romana. Se ha demostrado la riqueza de resultados obtenidos buscando la relación entre la jurisprudencia romana y los escritos griegos y latinos de lógica, dialéctica y retórica. Como ejemplo, el autor examina, con referencia a un pasaje de GAYO sobre las obligaciones y sus clases, cómo la dialéctica ha operado no sólo en la vestidura externa, sino también en el aspecto interno de una construcción famosa.

PESSLER, Hans Rudolf: *Schadensersatz in Höhe des Brutto oder Nettoentgelts bei Weiterzahlung des Gehalts nach § 616, Abs. 2, BGB*, NJW, año 12, número 28, 1959; págs. 1207-1210.

El empresario ha de seguir pagando la remuneración a la persona que le presta sus servicios si ésta se ve entorpecida en dicha prestación por circunstancias no imputables. Posición y pretensiones del empresario frente

a terceros causantes del entorpecimiento indicado. Supuestos diversos. Ambito de la pretensión. Consideración del § 616, 2.º, del BGB. Posición del obligado a los servicios frente al tercero que le causó el daño y le entorpeció en su actividad, según siga o no cobrando la remuneración.

PROVINZIALI, Renzo: *La compravendita di cosa futura come contratto aleatorio*. RDC, año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959; 2.ª parte, págs. 189-198.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación italiana (22 de enero de 1959), en la que se ha configurado como contrato aleatorio la venta de cosa futura, constituida por los productos de un fundo, todavía no existentes; en razón a los elementos de incertidumbre que se interponen hasta el momento de su producción. Juego de la voluntad en la calificación de la naturaleza del contrato de venta de cosa futura.

ROQUETTE, Hermann: *Die Zulässigkeit von Erhöhungsklauseln bei Mietverträgen*, NJW, año 12, núm. 37, 1959; págs. 1612-1616.

Libertad contractual y sus limitaciones en materia de elevación de los alquileres en la legislación alemana. Posibilidad de las cláusulas de elevación en los arrendamientos a largo plazo. Aspectos prácticos de la cuestión. Cláusulas de elevación y cláusulas de estabilización. Normas sobre el valor del dinero a considerar.

ROSSI, Adriano: *In tema di condizioni generali e di contratto tipo*, RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960, 2.ª parte, págs. 81-91.

En base a una sentencia de casación italiana, de 25 de junio de 1958, se comenta el significado y sentido de los artículos 1.341 y 1.342 del Código italiano sobre condiciones generales de los contratos. Necesidad de que ciertas cláusulas se acepten por escrito. Inaplicabilidad de esta norma cuando dichas cláusulas son señaladas en los módulos por un mediador.

5. Derecho de familia.

BANDE, Hans W.: *Das internationale uneheliche Kindschaftsrecht Islands*, EF, año 7, núm. 7-9, agosto-septiembre 1960; págs. 341-344.

En Islandia se ha derogado, por Ley de 20 de mayo de 1958, el principio según el cual la posición jurídica de los hijos ilegítimos se determinaba por las leyes islandesas cuando la madre tenía nacionalidad islandesa o cuando ni la de ella ni la del hijo podían determinarse, residiendo dicho hijo en Islandia. Esta norma se consideraba contraria al estatuto del domicilio imperante en el país.

BILINSKY, Andreas: *Das sowjetische Eherecht*, EF, año 7, núm. 1, enero 1960; páginas 1-6.

La reglamentación del matrimonio, en sus aspectos personal y patrimonial, se halla contenida, en la URSS, en la Ley de 19 de noviembre de 1926, modificada en dos aspectos fundamentales en 1944: obligatoriedad del matrimonio civil y limitación de la libertad de divorcio. Indicación de los rasgos fundamentales de la regulación: esencia del matrimonio, forma de conclusión (registro del mismo), edad núbil, prohibiciones, declaración de nulidad, efectos del matrimonio y divorcio.

BOEHMER, Gustav: *Rechtsmissbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitsklage bei Doppelehe*, NJW, año 12, núm. 49, 1959; págs. 2185-2189.

La existencia de un matrimonio impide que los cónyuges contraigan nupcias de nuevo. De hacerlo procede una acción de nulidad para hacer eficaz la inexistencia del segundo vínculo. Se considera abusivo el ejercicio de la acción si, al interponerla, ya no existía el primer matrimonio. Posición de la jurisprudencia alemana, elogiosamente criticada y fundamentada por el autor.

BOEHMER, Gustav: *Fragen der Ehehlichkeitsanfechtung*, EF, año 7, núm. 6, junio 1960; págs. 213-220.

Comentario conjunto a tres sentencias de tribunales alemanes relacionadas con la impugnación de la legitimidad y tomando como base de la argumentación la delicada y difícil cuestión de los presupuestos y consecuencias jurídicas de la ilegitimidad de un hijo nacido durante el matrimonio.

BOHME, Wolfgang: *Die Unauflöslichkeit der Ehe*, EF, año 7, núm. 6, junio 1960; págs. 220-221.

Breves consideraciones enaltecidas de la indisolubilidad de vínculo matrimonial.

DAPPRICH, Gerhard: *Sind die Regelungen der Witwersorgung mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung vereinbar?*, NJW, año 12, núm. 39, 1959; págs. 1708-1711.

Ninguna de las disposiciones en que, frente al viudo, se reconoce a las viudas una especial protección está de acuerdo con el principio de equiparación de sexos proclamado por la Ley Fundamental de Bonn.

EPPELSEHEIMER-BEITKE: *Zur Frage der Wirksamkeit von Privatscheidungen in Deutschland*, EF, año 7, núm. 4, abril 1960; págs 125-127.

Consideraciones breves de carácter polémico entre los autores en torno a la eficacia o ineficacia, y a su respectiva fundamentación, de los divorcios obtenidos ante las representaciones diplomáticas extranjeras radicadas en el país.

GÖPPINGER, Horst: *Automatische Alleinvertretung des Kindes durch einen Elternteil bei Trennung der Eltern, insbesondere zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen* (§ 1.629, II, BGB), EF, año 7, núm. 1, enero 1960; págs 11-13.

Tomando por base unas afirmaciones de ARNOLD, el autor se plantea la cuestión de si corresponde o no de una manera automática a aquel de los padres con el que el hijo vive la representación de éste en el supuesto de separación matrimonial.

GÖTZ, Heinrich: *Rückwirkung des BVerfG-Urteils zum Alleinvertretungsrecht des Vaters?*, NJW, año 12, núm 41, 1959, págs 1809-1811.

A pesar de la equiparación de sexos, el BGB (§§ 1.628 y 1.629 nuevos) concedía al padre la facultad de decisión en los asuntos del hijo y el derecho de representación del mismo. Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (de 29 de julio de 1959) ha declarado nulas esas normas por contrarias al postulado constitucional de equiparación. Consecuencias prácticas. Necesidad de llenar el vacío legislativo originado. Retroactividad o irretroactividad de la sentencia.

GRANZOW, Charlotte: *Familienrechtsreform in der «Deutschen Demokratischen Republik»*, EF, año 7, núm 3, marzo 1960; págs. 85-93.

Aspectos y tendencias fundamentales del Derecho de Familia en Alemania Oriental, a partir de la Constitución de 7 de octubre de 1949: protección de matrimonio y familia como «fundamento de la vida de la comunidad», equiparación de sexos y cuestiones concretas; actividad profesional de la mujer. alimentos, divorcio, régimen de bienes, relación entre padres e hijos y filiación ilegítima. La armonía que en ocasiones existe con la reglamentación occidental es pura obra del azar. Las directrices de una y otra reglamentación son diametralmente opuestas.

HABSCHIED, Walther J.: *Die Rechtsprechung zum Eheprozessrecht*, EF, año 7, núm 8-9, agosto-septiembre 1960; págs. 310-320.

Recopilación de jurisprudencia de los tribunales alemanes en torno a cuestiones de proceso matrimonial: fuero, sentencias de la «zona», acciones de divorcio y separación, eficacia de las sentencias, etc.

HEUSSNER, Hermann: *Über die Auswirkungen des Gleichber echtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29-7-1959*, EF, año 7, núm. 1, enero 1960, págs. 6-11.

La famosa sentencia del Tribunal Federal Constitucional, de 29 de julio de 1959, ha declarado nulos, por contrarios al postulado de igualdad de sexos, recogido en la Ley Fundamental, los §§ 1.628 y 1.629, I, del BGB, en la redacción recibida por la Ley de Equiparación, de 1957. La primera norma concedía al padre la facultad de decisión en los asuntos de los hijos; la segunda, la facultad de representación de los mismos (con preferencia sobre la madre). Posibles soluciones ante la nulidad «constitucional» de estos preceptos. Especial atención a la cuestión de la educación religiosa de los hijos y a la facultad de decisión.

KRÜGER, Gerhard: *Die Haushaltführung der Mutter im Unterhaltsrecht des ehelichen Kindes*, EF, año 7, núm. 5, mayo 1960; págs. 180-184.

El nuevo § 1.360 BGB (redacción Ley de Equiparación) impone a los cónyuges la recíproca obligación de contribuir adecuadamente con su trabajo y su patrimonio al sostenimiento de la familia, entendiendo que la mujer cumple esta obligación por el hecho de dirigir el hogar. Significado y sentido de dicha dirección, en relación con el sostenimiento de los hijos legítimos.

LADEMANN, Karl: *Über die Mündelsicherheit eines Sparguthabens bei der Postsparkasse*, EF, año 7, núm. 3, marzo 1960; págs. 93-96.

Condiciones que ha de reunir una inversión en cuenta de ahorro de una Caja Postal para que, según el § 1.807 BGB, deba considerarse adecuada y segura como colocación del dinero de un pupilo por su tutor.

MAIER, Hermann: *Die entsprechende Abänderung bei Unterhaltsanteilen*, EF, año 7, núm. 4, abril 1960; págs. 127-128.

El § 323 de la ZPO reconoce la posibilidad de modificar una sentencia que condena a futuras prestaciones reiteradas, cuando hayan variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al fijar la cuantía y naturaleza de las prestaciones. Problemas que la norma entraña, en relación con las sentencias que condenan a prestaciones de alimentos. Modificación libre o condicionada.

MIKAT, P.: *Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechtes des Mannes in Ehe und Familie*, EF, año 7, núm. 8-9, agosto-septiembre 1960.

Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 29 de julio de 1959 ha declarado nulo el nuevo § 1.629 BGB, por

contrario al principio de equiparación. Concedía al padre el derecho de decisión en los asuntos concernientes a los hijos. Tomando por base una obra de ZIEGLER, el autor ofrece amplias consideraciones críticas y polémicas con posturas contrarias, sobre el carácter «natural» del indicado derecho del padre.

NEFLIN, Hermann: *Wann ist ein Auslandsaufenthalt «Berufsausbildung» im Sinne des Kindergeldgesetzes?*, EF, año 7, núm. 8-9, agosto-septiembre 1960; págs. 340-341.

Sentido y condiciones de la residencia en el extranjero de los hijos a efectos de considerar dicha residencia como «formación profesional», en el sentido de la Legislación alemana sobre «dinero de los hijos».

NOWKA, Werner: *Kindesgefährdung durch das «Verkehrsrecht» gemäss § 1634 BGB n. F.*, EF, año 7, núm. 6, junio 1960; págs. 218-220.

El § 1.634 del BGB (nueva dicción) concede la facultad de tratar personalmente con el hijo a aquel de los padres a quien no corresponde el cuidado de la persona de éste. Aspectos concretos de esta facultad de tratamiento personal que puede ser configurada en detalle por la autoridad judicial. Tratamiento «peligroso» para el hijo.

PASTOR, Wilhelm: *Die Ausgleichung geleisteter Prozesskostenvorschüsse zwischen Eheleuten*, EF, año 7, núm. 2, febrero 1960; págs. 46-54.

El nuevo § 1.360 del BGB, en su párrafo 4.º, impone recíprocamente a los cónyuges un deber de anticiparse los gastos necesarios para un litigio que afecte a un asunto personal de uno de ellos, cuando esta anticipación esté de acuerdo con la equidad. Aspectos prácticos y supuestos diversos del correlativo deber de nivelación de la cantidad recibida en concepto de anticipo.

RÜHL, L.: *«Anlage» und «Belastung» als persönliche Eigenschaften im Sinne des § 32 Ehegesetz*, NJW, año 12, núm. 36, 1959; págs. 1570-1573.

El § 32 de la Ley alemana de Matrimonio, de 1946, permite a cada cónyuge solicitar la invalidación del matrimonio cuando, en el momento de contraerlo, estaba en error sobre ciertas cualidades personales del otro contrayente que, de ser conocidas, le hubieran hecho desistir del casamiento. Consideración de si determinados estados enfermizos o «ata-ras» han de considerarse o no como cualidades personales a efectos de la norma indicada. Aspectos jurídico-psiquiátricos, procesales y probatorios. Examen del problema desde un punto de vista judicial.

SCHIFFHAUER, HORST: *Ist § 1365 Abs. I, BGB n. F. auf den Teilungsversteigerungsantrag anwendbar?*, EF, año 7, núm. 5, mayo 1960, págs 185-186.

El § 1.365, nuevo, del BGB declara que cada cónyuge sólo puede disponer de su patrimonio como un todo con consentimiento del otro. Si sin este consentimiento obliga su patrimonio, sólo puede cumplir la obligación: contando con él. Aplicabilidad o no de la norma indicada a las solicitudes de subasta con fines de división.

SCHUMACHER, Adolf: *Zur Ehelichkeitserklärung von Kindern aus Renten-konkubinaten*, EF, año 7, núm. 1, enero 1960; págs. 13-14.

En los llamados «concubinatos de renta» (el matrimonio no se lleva a cabo para que la viuda no pierda una pensión que como tal le corresponde), la legitimación de los hijos se realiza, por razones obvias, mediante la declaración de legitimidad del hijo. Consideraciones en torno a dicha declaración en el supuesto indicado.

SCHWOERER, Julius: *Was nun?*, NJW, año 12, núm. 47, 1959; págs. 2089-2093

Ante la situación creada por la decisiva sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 29 de julio de 1959 (declarando nulos, por contrarios al postulado de equiparación de sexos, los nuevos §§ 1.628 y 1.629 del BGB, que concedían la facultad de decisión y el derecho de representación al padre con preferencia sobre la madre), el autor esboza las posibilidades y sentido de una futura reglamentación de la materia.

THIERFELDER, Hans: *Nochmals: echter und e unechter Zungewinn*, EF, año 7, núm. 5, mayo 1960; págs. 184-185.

Breve insistencia polémica con BREITZKE sobre la computación de la «ganancia» en el nuevo régimen legal de bienes en el caso de alteraciones en el valor adquisitivo del dinero.

TSCHADEK, Otto: *Probleme des österreichischen Ehe-und Familienrechts*, EF, año 7, núm. 2, febrero 1960; págs. 41-42.

Ante la deseada reforma del Derecho de Familia en Austria y la posibilidad de un nuevo Concordato se esbozan algunos aspectos con los que la reforma habría de enfrentarse: posición del Estado y de la Iglesia ante el matrimonio, matrimonio civil obligatorio o facultativo, equiparación de los sexos.

6. Derecho de sucesiones.

BOSCH, F. W.: *Pflichtteil der Kinder bei Alleinerbsetzung des überlebenden Ehegatten im Falle der Zugewinnngemeinschaft*. EF, año 7, núm. 3, marzo 1960; págs. 96.

Consulta en torno a la cuantía de la legítima de los hijos en el Derecho alemán, siendo único heredero instituido el cónyuge superviviente y habiendo vivido los cónyuges bajo el nuevo régimen de «comunidad de ganancia».

BURKHART: *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Aushöhlung von Testamenten*. NJW, año 12, núm. 47, 1959; págs. 2093-2096.

Posición de la jurisprudencia en torno a la situación jurídica del cónyuge vinculado por un testamento mancomunado, en relación con sus actos de disposición entre vivos, que, tanto según el antiguo Reichsgericht, como según el actual BGH, requieren, para poder ser impugnados, una intención de perjudicar al tercero a quien iría a parar la herencia: no basta una simple aminoración de ésta. Aspectos prácticos de la cuestión: dificultad de prueba de la intención de causar un daño.

GERNHUBER, Joachim: *Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie*. EF, año 7, número 8-9, agosto-septiembre 1960; págs. 326-335.

Aspectos y tendencias clave de la jurisprudencia alemana en relación con el significado de la libertad de testar en su relación con la sucesión legítima y en su posible función de correctivo de una ordenación de costumbres en el ámbito de la familia y del parentesco extramatrimonial.

PIKALO, Alfred: *Anerbenrecht und Verfassungsrecht*. NJW, año 12, núm. 37, 1919; págs. 1609-1612.

Las normas existentes en Alemania sobre haciendas agrícolas vinculadas (Anerbenrecht) plantean con frecuencia problemas derivados de su compatibilidad o incompatibilidad con los preceptos de la Ley Fundamental, especialmente en lo relativo a la preferencia sucesoria que suele atribuirse al sexo masculino. Aspectos diversos del problema en sus manifestaciones concretas.

KÖWEN, Hans Hugo: *Das Verschweigen der ehelichen Untreue als Fall der Erbunwürdigkeit*, EF año 7, núm. 1, enero 1960; pág. 15.

Si un cónyuge instituido heredero por el otro ocultó a éste su vida adulterina con otra persona, se plantea la cuestión de si esta ocultación debe ser o no considerada como causa de indignidad, alegándose por

quien corresponda. Estudio del caso en el Derecho alemán, centrandó la solución en torno a la existencia o inexistencia de un deber de manifestación de la circunstancia indicada. Distinción de supuestos.

SELVAGGI, Carlo: *Impresa e azienda farmaceutica nei rapporti successori.* RDC, año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959; págs. 179-200.

Examinados previamente los conceptos de empresa y «azienda», en relación con las farmacias, la organización administrativa de éstas y los presupuestos de ejercicio de la profesión farmacéutica, se alude al problema de la sucesión hereditaria de las farmacias. Sólo puede hablarse de ésta, en sentido propio, cuando en la sucesión entre el derecho de ejercicio y los otros elementos de la empresa. Fenómenos sucesorios y pseudo-sucesorios. Problemas particionales.

II. DERECHO HIPOTECARIO

MONIEL, Alberto: *Ancora (per l'ultima volta?) in tema di nullità e convalida delle scritture immobiliari non registrate.* RDC, año 57, núm. 5-6, marzo-junio 1959; págs. 201-203.

Con motivo de la publicación de la sentencia de 27 de enero de 1959, en la que la Corte constitucional italiana se pronuncia en contra de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto de 27 de septiembre de 1941 sobre nulidad de pleno derecho de las escrituras privadas (sobre transferencia de derechos inmobiliarios) no registradas, se ofrecen por el autor unas consideraciones sobre nulidad y convalidación de dichas escrituras.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

KRAUSE, Hermann: *Rudolf Müller-Erbach.* RDC, año 58, núm. 9-10, septiembre-octubre 1959; pág. 371.

Semblanza y significación de Rudolf Müller-Erbach, fallecido el 4 de agosto de 1959. Podría considerarse como padre espiritual de la jurisprudencia de intereses.

MAGRI, Benito: *Vendita di prodotti in evasione all' I.G.E. e concorrenza sleale.* RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960, 2ª parte; págs. 12-19.

En sí mismo el hecho de venta de un producto evadiéndose a las cuotas a satisfacer al IGE no constituye un supuesto de competencia des-

leal, en tanto no entre en la disposición del número 3 del artículo 2.598 del Código civil, según el cual supone dicha competencia el valerse directa o indirectamente de medios no conformes a los postulados de la corrección profesional e idóneos para dañar la «azienda» ajena. Sentencia de casación italiana (4 de junio de 1959). Comentario crítico en ciertos extremos.

MUNZEL, Kari: *Nachträgliche Erteilung einer verweigerten Erlaubnis im Kartellrecht*. NJW, año 12, núm. 29, 1959; págs. 1257-1259.

La nueva Ley alemana sobre «cártels», de 27 de julio de 1957, sienta como principio general, en su lucha contra las limitaciones a la libre competencia, la prohibición de los indicados entes. Permite, sin embargo, su constitución en determinadas circunstancias. Problemática de la concesión *a posteriori* de la autorización de constitución negada inicialmente.

NOBILI, Raffaele: *Publicità del prodotto propio e concorrenza sleale*. RDC, año 57, núm. 9-10, septiembre-octubre 1959, 2.^a parte; págs. 368-390.

Sobre la base de un reciente fallo del Tribunal de Génova (21 de abril de 1958) y con motivo de la propaganda de un carburante se determina cómo y en qué medida constituyen o no competencia desleal los actos de difusión y propaganda del producto propio. Interesante litigio entre la AGIP y la SHELL.

RAUTENBERG, Ingeborg: *Grenzen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen*. NJW, año 12, núm. 50, 1969; págs. 2238-2241.

En la nueva reglamentación alemana sobre los «cártels» (Ley de 1957), aunque suele afirmarse lo contrario, no todas las limitaciones a la libre competencia deben considerarse prohibidas. Sólo aquellas que entrañen una efectiva limitación, los contratos que tengan este fin común y las limitaciones que influyan en las relaciones del mercado.

RICHERT: *Vertrauensschutz öffentlicher Register*. NJW, año 12, núm. 31, 1959; páginas 1805-1809.

Solamente con relación al Registro inmobiliario ha configurado el Derecho alemán la ficción de exactitud de su contenido con objeto de proteger a quienes en el mismo confían (§ 892 BGB). En otros Registros se ha silenciado la cuestión. Estudio y posible extensión de la ficción a los Registros del ámbito mercantil. Aplicaciones concretas del principio de exactitud.

2. Comerciantes y sociedades.

BENDER, Karl: *Aktienrechtsreform vom Standpunkt der Praxis*. NJW, año 12, núm. 32-33, 1959; págs. 1402-1404.

Aspectos concretos de la proyectada reforma de la Ley alemana sobre sociedades por acciones. Se aspira a reforzar la posición de los socios frente a la sociedad en cuanto a ciertas medidas de control. Consideración especial de las reformas que se proponen en relación con la directiva y el consejo de control.

COLTRO CAMPI, C.: *25 anni di disciplina federale del mercato azionario negli Stati Uniti*. RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960; págs. 155-158

Visión panorámica de la actividad a lo largo de veinticinco años de la «Securities Exchange Commission» y su influencia beneficiosa en el mercado de títulos y capitales de sociedades.

COTRINO, Gastone: *Cooperativa e diritto di recesso*. RDC, año 57, núm. 5-6, mayo-junio 1959. 2.^a parte; págs. 209-219.

Determina el artículo 2.437 del Código civil italiano que puede separarse de la sociedad el socio que disiente del acuerdo sobre cambio de objeto. Aplicabilidad o no a las cooperativas de esta norma. Recientemente la jurisprudencia, en contra de su propio criterio dominante, opta por la solución negativa. Crítica. Prestaciones accesorias a la cooperativa.

DE FERRA, Giampaolo: *Sull'impugnabilità del decreto di nomina del liquidatore*. RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960, 2.^a parte; páginas 145-146.

Impugnabilidad y procedimiento de la providencia de nombramiento de liquidadores de una sociedad por acciones. Necesidad de la vía contenciosa. Comentario. Sentencia de la Corte de Apelación de Lecce.

GAMBINO, Agostino: *Sul termine di deposito delle azioni per l'intervento in assemblea*. RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960; págs. 64-73.

Examen doctrinal del artículo 2.370 del Código civil italiano, que considera como presupuesto de intervención en la junta de las sociedades por acciones el depósito de dichos títulos por lo menos cinco días antes del señalado para la junta en cuestión. Significado del término señalado. Vicisitudes y sentido de la norma indicada.

IANNUZZI, Mario: *Sull' iscrizione dei giratari intermedi di un titolo azionario nell libro dei soci*. RDC, año 57, núm. 9-10, septiemb.e octubre 1959; págs. 374-380.

Las acciones nominativas, al igual que todos los títulos nominativos en el Derecho italiano, pueden ser transmitidas mediante «girata» (endoso). El adquirente está legitimado para solicitar la inscripción en el libro de los socios, aunque puede transmitir a su vez el título sin haber hecho uso de la indicada legitimación y sin haberse practicado la inscripción. Si un ulterior adquirente solicita la inscripción se debate si se ha de practicar o no previamente la de los «giratorios» intermedios.

NEFLIN, Hermann: *Die Ansprüche des Handelsvertreters bei Vertragsauflösung im ausländischen Recht*. NWJ, año 12, núm. 48; págs. 2140-2143.

Estudio de Derecho comparado en torno a las pretensiones de nulación o indemnización que corresponden al representante mercantil contra el empresario una vez disuelta la relación contractual de representación. Distingue el autor: a) Países con uso mercantil y jurisprudencia al respecto. b) Países que aplican las normas generales contenidas en los Códigos civiles y de comercio. c) Países con reglamentación específica.

PANZARINI, Giovanni: *La tutela dell' acquirente nella vendita dei titoli di credito* (Parte II). RDC, año 57, núm. 9-10, septiembre-octubre 1959; páginas 329-373.

Estudiado en un número anterior de la misma revista la defensa del adquirente de títulos de crédito en los supuestos de defecto de titularidad del vendedor o de existencia de derechos ajenos sobre el título, en esta segunda parte del trabajo se examinan las hipótesis de defensa del comprador que hacen relación al título mismo en su individualización o en su aspecto estructural: *aliud pro alio*, cualidades esenciales, vicios redhibitorios, inexistencia del título. Complejidad y dificultad de la materia.

ROTONDI, Mario: *E' compatibile col diritto d' opzione la emissione di azioni con sovrapprezzo?* RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960; págs. 81-93.

Siempre se ha considerado que al aumentar el capital, mediante la emisión de nuevas acciones, éstas debían tener un precio a la par o por encima de la par (acciones con sobreprecio). Reconocido el derecho de opción a los viejos accionistas parece incuestionable que a éstos las acciones han de proporcionárseles sin sobreprecio. Consideraciones en torno a este principio.

ZUNFT: *Materiellrechtliche und prozessrechtliche Fragen zur Bilanz der CHG und der KG*. NJW, año 12, núm. 44, 1959; págs. 1945-1949.

Aspectos de Derecho material y procesal en torno al balance de las sociedades colectivas y en comandita en la legislación alemana. Naturaleza jurídica del balance según la jurisprudencia y la doctrina. Acciones de constatación y rectificación de balances.

3. Cosas mercantiles.

DE CASTRO REBELLO, E.: *Il Diritto cambiario brasiliano e la tradizione della dottrina italiana*. RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960; págs. 1-12.

El Derecho cambiario brasileño pasa por tres etapas: la colonial, de acusada influencia canónica; la del Código de comercio, de tendencia portuguesa, y la de la Ley de 1908, en cuya orientación e interpretación se observan influencias italiana, francesa y alemana.

FOSCHINI, Marcello: *Usucapione dei titoli di credito*. RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960; págs. 38-63.

Generalmente el tratamiento de la cuestión de la usucapión de los títulos de crédito ha sido mantenido dentro de los límites que, a modo de corolario, servían para confirmar la validez de los principios más generales en relación con la teoría de los títulos de crédito. Considera oportuno el autor examinar la cuestión acerca de los límites teóricos y prácticos de la usucapibilidad de títulos.

GUGLIEMUCCI, Lino: *Limite di opponibilità dell' eccesso di procura cambiaria*. RDC, año 58, núm. 3-4, marzo-abril 1960, 2.ª parte; págs. 123-130.

Al tercero tomador de la letra de cambio no puede serle opuesto por el representado el defecto de representación que deriva de los límites del poder concernientes a la causa de la obligación cambiaria. Así lo entiende la Corte de Casación italiana, comentando el autor el principio indicado.

OPPO, Giorgio: *Sull' emissione della cambiale in bianco*. RDC, año 58, número 1-2, enero-febrero 1960; págs. 13-20.

Dentro del amplio y debatido tema de la emisión de letras de cambio «en blanco» se hace referencia a la cuestión de si cabe o no la posibilidad de dicha emisión con respecto a la firma del librador o emittente. Predomina la tesis afirmativa. Aspectos del problema, supuestos, eficacia y naturaleza jurídica. Crítica de la posición dominante.

PROST, Gerhard: *Der bestätigte Scheck des Deutschen Bundesbank*. NJW, año 12, núm. 44, 1959; págs. 1949-1953.

Surgido de la práctica bancaria alemana durante la Guerra europea, como consecuencia de las circunstancias económicas entonces imperantes, el «cheque confirmado» ha subsistido, sin embargo, hasta la actualidad, hasta el punto de ser legislativamente sancionado por la Ley sobre el Banco Federal de 1951. Estudio del indicado instrumento de crédito en sus aspectos económicos, dinerarios y jurídicos.

4. Obligaciones y Contratos.

COLTRO CAMPI, Cesare: *Rassegna di Giurisprudenza di borsa*. RDC, año 57, número 5-6, mayo-junio: págs. 203-228.

Resena compilatoria, de carácter sistemático, sobre jurisprudencia italiana en materia de operaciones de bolsa, correspondiente al período comprendido entre el año 1949 y el año 1958.

GENOVESE, Anteo: *Alienazione delle cose assicurate e passaggio del rapporto assicurativo*, RDDC, año 6, noviembre-diciembre 1960: págs. 593-633.

Estudio de la enajenación de cosas aseguradas y de los problemas de presupuestos, mecanismo y eficacia del tránsito al adquirente de la relación jurídica de seguro. Artículo 1.918 del Código italiano. Tipos de enajenación: supuestos de usufructos. Momento en que hace tránsito el seguro: teorías

MOTTA, Achille: *Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?* RDC, año 58, núm. 1-2, enero-febrero 1960, 2.ª parte: págs. 1-11.

Corte italiana de Casación. Sentencia de 22 de mayo de 1958. Incontestabilidad de las declaraciones inexactas o reticentes del asegurado previstas en un contrato de seguro, después del transcurso de cierto plazo, aun muriendo antes el asegurado. Posibilidad de alteración de la reglamentación de los artículos 1.892 y 1.893 en sentido favorable al asegurado. Las cláusulas más desfavorables quedan automáticamente sustituidas por la reglamentación legal. Comentario.

6. Derecho de quiebras.

DE MARINI, Angelo: *Ammissione di credito al passivo fallimentare ed azione revocatoria contro il titolo da cui dipende*. RDC, año 18, núm. 3-4, 2.ª parte; páginas 108-122.

Proposición por el curador de la quiebra de la acción de revocación en el sentido del artículo 67 de la Ley italiana sobre la materia, discutiendo el título aducido como base de la demanda de insinuación. Proposición en tiempo oportuno. De no ser así deviene definitivo el título y el estado pasivo que origina. Sentencia de casación de 15 de junio de 1950.

IV. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

HEINS, Valentin: *Die Bundes-Rechtsanwaltsordnung*. NJW, año 12, núm. 31, páginas 1345-1347.

Organización de la abogacía en la República Federal alemana en virtud de la nueva Ordenanza sobre la función promulgada por la Ley de 1 de octubre de 1959. Prácticas previas, licencias, derechos y deberes de los abogados. Coloquios profesionales.

SCHUMANN, Alfred: *Kostenprobleme zur Bundesrechtsanwaltsordnung*. NJW, año 12, núm. 40, 1959: págs. 1761-1764

Normas relacionadas con costas y honorarios en la nueva Ordenanza alemana sobre la abogacía, promulgada en octubre de 1959.

2. Parte general.

ADAM, Robert: *Die abweichende Meinung in der Praxis des Supreme Court von USA*. NJW, año 12, núm. 30, 1959; págs. 1302-1304.

Evolución y aspectos, en la práctica del Tribunal Supremo norteamericano, de la opinión discordante de alguno de sus miembros en la formación de las sentencias. Consideración de la «dissenting opinion» a través de las concepciones de los juristas anglosajones.

ANDOLINA, Italo: *Per un profilo degli atti processuali con effetti di Diritto sostanziale*. IM, año 10, fasc. 1, marzo 1959; págs. 103-112.

Los efectos materiales de los actos procesales pueden ser de diversas clases, debiendo distinguirse previamente entre «resultado» y «nuevos efectos» del proceso. Dentro de éstos existen efectos jurídicos que encuentran en el proceso su fuente exclusiva; efectos ocasionados por el proceso (dependientes o no de sus vicisitudes).

ATTARDI, Aldo: *Per una critica del concetto di preclusione*. IM, año 10, fascículo 1, marzo 1959: págs. 1-17.

La tendencia revisionista que se observa en Italia en torno a muchos conceptos que se reputaban pilares intocables de la doctrina procesal alcanza, entre otros, al concepto de la preclusión tal como lo configuró Chiovenda. Se trata de una figura a la que, como tal, se niega ahora validez en el aspecto científico.

FALCONE, Alessandro: *Ricorso incidentale condizionato e questioni pregiudiziali e preliminari*. RDDC, año 6, núm. 6, noviembre-diciembre 1960. 2.ª parte: págs. 624-636.

Corte de Casación italiana. Sentencia de 11 de abril de 1960. Comentario. Posibilidad de la parte de condicionar el recurso incidental a la admisión del principal, aunque con la impugnación así condicionada proponga una cuestión de carácter prejudicial o preliminar.

GAUL, Hans F.: *Die Wiedereröffnung der Verhandlung gemäss § 156 ZPO und das Restitutionsrecht*. EF, año 7, núm. 8-9, agosto-septiembre 1960: páginas 320-326.

Relación entre la reapertura de actuaciones y algunos aspectos concretos de la institución de la «demanda de restitución» como medio de revisión del procedimiento. Interferencias y delimitación entre el § 150 y el § 580 de la Ordenanza Procesal civil italiana.

MAY, Erich: *Die Prüfung der Indizien im Gutachten*. NJW año 12, número 32-33, 1959; págs. 1410-1413.

Significado de los indicios y procedencia o no de su examen y consideración separados según los casos. En cuanto hayan de considerarse parte integrante de las alegaciones generales de la parte no merecen una consideración separada. Fundamentación de esta afirmación.

PASTOR, Wilhelm L.: *Armenrechtsverfahren und Prozesskostenvorschuss nach § 1.360 Abs. IV BGE*. EF, año 7, núm. 7 julio 1960: págs. 260-265.

La pretensión de un cónyuge a que el otro le anticipe los gastos necesarios para un proceso excluye en él la condición de «pobre» a efectos procesales, siempre y cuando que la pretensión de anticipo sea realizable.

SCHNEIDER, Egon: *Begründet Freiheitsentzug den «gewöhnlichen Aufenthalt» im Sinne des § 606, II, 1. ZPO?* EF, año 7, núm. 2, febrero 1960: páginas 54-55.

En relación con los procesos en materia matrimonial se examina la cuestión de si debe estimarse «residencia habitual» a efectos legales el establecimiento penal, penitenciario, sanitario, etc., en que una persona esté internada contra su voluntad. Supuestos varios. Solución afirmativa en cuanto a los establecimientos sanitarios en que una persona está internada con arreglo a la ley.

3. Procesos especiales.

ANDOLINA, Italo: *Note sue oggetto del giudizio divisorio*. RDDC, año 6, número 6 noviembre-diciembre 1960. 2.ª parte; págs. 589-624.

Comentario a dos sentencias diametralmente opuestas (Corte de Apelación de Milán, 3 julio 1950; Corte de Casación, 7 abril 1960) sobre si debe o no considerarse como demanda nueva o como nueva excepción la proposición en apelación de la petición del partícipe en la cuota mayor de que se le adjudique la finca entera.

GRUNAU, Martin: *Unerlaubte Handlung und Lohnpfindung*. NJW, año 12, número 35, 1959; págs. 1515-1517.

En la reforma operada por Ley de 26 de febrero de 1959 en el § 850 de la ZPO alemana, se concede un privilegio de ejecución a los créditos derivados de actos ilícitos dolosamente realizados. Aspectos dudosos de la aplicación práctica de la norma en relación con la cuantía de las cantidades inembargables por remuneraciones de trabajo.

HAUSEN: *Die freie Beweiswürdigung im sozialgerichtlichen Verfahren und ihre Grenzen*. NJW, año 12, núm. 31, 1959; págs. 1348-1351.

Comparando la materia con las normas generales sobre el proceso examina el autor el principio de la libre apreciación de la prueba y sus límites en los procesos laborales, contemplando asimismo la posibilidad o no de su ulterior examen en la instancia de revisión.

SCHULER: *Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung*. NJW, año 12, número 41, 1959; págs. 1801-1805.

En materia de ejecución forzosa, las disposiciones provisionales en

relación con el objeto litigioso son admisibles cuando, de no adoptarse, una parte corre el riesgo de ser frustrada la eficacia de su derecho (§ 935 de la ZPO). Estudio de las disposiciones provisionales que suponen una prestación, por vía de excepción. Mecanismo, ámbito y eficacia. Posición del deudor y del acreedor. Riesgo y protección ante una doble ejecución posible.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletín da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = The 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'Economia, Diritto Sociale (Padua. Pisa).

- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLF = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSF = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 RDEM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito de 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).
 RGJ = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RHI = 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 International 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 (Bolonia).
 RIJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).

- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

CANCELADA UNA ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA, NO PUEDE DE NUEVO PONERSE EN VIGOR, NI PRODUCIR EFECTOS RESPECTO DE LA FINCA ANOTADA QUE APARECE INSCRITA A FAVOR DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO.

a) Las resoluciones judiciales en cuya virtud se practiquen asientos en el Registro deben ser firmes, no susceptibles de recursos, excepto del de apelación en un solo efecto, que al no suspender la fuerza ejecutiva del fallo, no impide que se cumpla lo ordenado y obliga al Registrador, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a cumplir lo establecido en el mandamiento.

b) La renovación de eficacia de la anotación solicitada no puede llevarse a cabo después de haberse practicado la cancelación, porque la transmisión realizada e inscrita del inmueble, quedó libre de los efectos de la anotación, y al aparecer la finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado impide cumplir el mandamiento presentado, dado que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare su inexactitud. Y aunque el adquirente del inmueble hubiera obrado de mala fe, esta circunstancia no puede ser apreciada en un recurso gubernativo.

c) La finalidad de la anotación preventiva de demanda de garantizar las resultas de un juicio, autoriza que se reflejen en el Registro las diversas posiciones adoptadas durante la tramitación del proceso, siempre con sujeción a los principios del sistema registral, puesto que ni provoca el cierre del Registro, ni impide, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley fundamental, la transmisión o gravamen de los bienes anotados, doctrina que en el supuesto de este expediente no puede prevalecer como consecuencia de haber sido cancelada la anotación. (Resolución de 20 de junio de 1960.—B. O. de 9 de julio).

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—DESCRIPCION PREVIA DEL SOLAR SOBRE EL QUE SE EDIFICO UN INMUEBLE OBJETO DE VENTA.

a) El único problema que plantea este recurso es el de resolver si se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, una escritura de venta en la que el dueño del inmueble describe conjuntamente la casa y el

solar de su propiedad sobre el que se construyó y en el título hace constar la persona de quien adquirió el terreno, los datos de inscripción en el Registro y la declaración de haber mandado construir a su costa y tener satisfecho su total importe.

b) La determinación de la identidad del inmueble requerida por el principio hipotecario de especialidad, constituye una de las principales misiones de la función calificadora, porque la finca es elemento básico de nuestro sistema registral sobre el que se fundan el dominio y todos los demás derechos reales que puedan constituirse, por corresponder al Registrador discrecionalmente esa comprobación mediante la ponderada aplicación de las normas legales, sin perjuicio del criterio que en definitiva pueden adoptar sus superiores jerárquicos, al resolver el recurso gubernativo que se interponga acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación

c) De conformidad con lo establecido en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, desenvuelto por el artículo 308 del Reglamento para su ejecución, en la escritura calificada se describe la finca urbana en su totalidad y se hace además la indicación de que la obra nueva fue construida sobre un solar por el propietario a su costa y que fue satisfecho su importe, y como los datos de situación, medida superficial del solar y linderos coinciden exactamente con los de la descripción de la casa y no aparece omitida ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo nueve de la Ley y 51 de su Reglamento, es forzoso concluir que se han cumplido todos los requisitos legalmente necesarios para la identificación de la finca, o su inscripción en la forma pretendida. (Res. de 7 de julio de 1960.—B. O. del 27 de julio.)

NO PUEDE CANCELARSE UN ASIENTO DE INSCRIPCIÓN EN VIRTUD DE RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO QUE ASÍ LO ORDENA, CUANDO EL TITULAR REGISTRAL POR ADJUDICACIÓN DE LA FINCA EMBARGADA, NO HA INTERVENIDO EN EL EXPEDIENTE ANULATORIO DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

a) Es innegable la potestad del Estado para revisar los expedientes de apremio en los que se hayan advertido irregularidades o defectos en la tramitación, y que el derecho de los rematantes aparece limitado por el artículo 228 del Estatuto de Recaudación que no les reconoce personalidad para reclamar contra el acuerdo de la Administración que declare la nulidad de la venta, sino que les atribuye el derecho a la devolución del importe del remate y de los gastos del procedimiento.

b) En este expediente se observa que el comprador, después de haber sido otorgada la escritura de venta a su favor, inscribió la adquisición en el Registro de la Propiedad, y como quiera que según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, el asiento practicado, mientras no se declare su inexactitud, produce todos sus efectos y se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales, para proceder a su rectificación, de conformidad con lo esta-

blecido en el artículo 40 de dicha Ley, es necesario que la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción, sea oída, pues sin tal requisito, por lo menos sin haber sido notificada en tiempo hábil y sin ser reintegrada previamente del precio satisfecho y demás pagos legítimos, es de evidente justicia, que no debe sufrir perjuicios derivados exclusivamente de infracciones procesales cometidas por los Agentes administrativos, ni debe ser desposeída de la finca adjudicada en la licitación, ni debe cancelarse la inscripción extendida a su favor, según ha declarado reiteradamente la Dirección General, mientras no conste su consentimiento, forzoso o voluntario, y, en este segundo caso, expreso o presunto. (Res. de 11 de agosto de 1960.—B. O. del 20 de agosto.)

DERECHO DE RETORNO.—NO DEBE EXTENDERSE EN EL REGISTRO LA NOTA MARGINAL PRESCRITA EN EL ARTICULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, CUANDO AL FORMALIZARSE EL DOCUMENTO A QUE HACE REFERENCIA EL ARTICULO 104 DE LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946, NO HUBIESEN CONCURRIDO TODOS LOS PROPIETARIOS DEL INMUEBLE.

a) Uno de los supuestos de excepción de prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento, establecido en la causa segunda del artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es el proyecto de derribar el inmueble, en cuyo caso —conforme al artículo 104 de la Ley derogada, que concuerda con el artículo 81 de la vigente— el arrendatario podrá volver a ocupar, en el edificio que se construya, un piso o local análogo al que tenía en el derruido, si cumple, antes de desalojar la finca, las formalidades prescritas en el artículo 104, con lo cual perfecciona, incluso frente a la voluntad del arrendador, el denominado derecho de retorno.

b) Transcurrido el plazo previo de aviso ordenado en el artículo 102, sin que el arrendatario haya cumplido los requisitos necesarios para la efectividad del derecho de retorno, éste caducará conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que de otra manera se equipararía al arrendatario respetuoso con el orden legal establecido, y aquél que, por desentenderse de cumplir los mandatos legales, incurre en la causa de resolución del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 149 número 10 de la Ley de 1946, según declara la sentencia firme que obra en el expediente.

c) Extinguido el derecho de retorno, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, es necesario, para poder extender la nota al margen de la finca que se pretende reedificar, un convenio con los propietarios, mediante la presentación del título contractual correspondiente, y en este caso no puede practicarse el asiento porque de los documentos presentados resulta, que, excepto uno de los condueños, todos los demás se negaron a prestar el consentimiento para ello. (Res. de 4 de noviembre de 1960.—B. O. de 19 de noviembre.)

DERECHO DE RETORNO.—Planteando la misma cuestión que en la Resolución de 4 de noviembre de 1960, se resuelve en el mismo sentido en las de 8 y 12 de noviembre. (B. O. de 21 de noviembre.)

DERECHO DE RETORNO.—En el mismo sentido se resuelve por Res. de 15 de noviembre, cuestión idéntica a las Resoluciones de 4, 8 y 12 del mismo mes. (B. O. de 24 de noviembre.)

UNA CERTIFICACION EXPEDIDA POR AYUNTAMIENTO CON ARREGLO AL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA, NO TIENE VIRTUALIDAD PARA INSCRIBIR UN DERECHO DE SERVIDUMBRE A FAVOR DE DICHO AYUNTAMIENTO, CUANDO LAS FINCAS APARECEN INSCRITAS EN EL REGISTRO A NOMBRE DE TERCERAS PERSONAS.

a) Las certificaciones libradas por el Estado, Provincia, Municipio y Corporaciones de Derecho Público, sólo tienen, conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, virtualidad inmatriculadora para el caso de que las fincas no aparezcan inscritas a favor de persona alguna, pero no son títulos aptos para inscribir derechos reales sobre cosa ajena, como la servidumbre pretendida, que no puede dar lugar a una apertura de folio registral, según establece el artículo 7 de la Ley, al exigir que toda primera inscripción de una finca lo sea de dominio.

b) Para que tenga acceso al Registro de la Propiedad un acto jurídico por el que se imponga sobre un inmueble inscrito un gravamen, se requiere, conforme al artículo 20 de la Ley, que consienta el titular registral, lo que no resulta en el presente caso, en donde del inmueble, por sucesivas segregaciones, se formaron multitud de fincas que aparecen inscritas a favor de diversos propietarios; y mientras no presten su consentimiento no podrá llevarse a cabo la inscripción solicitada, sin perjuicio de lo que, en su caso, puedan resolver los Tribunales de Justicia. (Res. de 24 de noviembre de 1960.—B. O. de 7 de diciembre.)

JURISPRUDENCIA

I SENTENCIAS

A cargo de Gabriel GARCIA CANTERO, José PERE RALUY y Antonio IPIENS LLORCA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. MUJER CASADA: RETRACIO: EJERCITADO POR MUJER SIN LICENCIA MARITAL: *La demanda en tales circunstancias carece de las condiciones esenciales para su admisión, ya que la mujer no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, conforme al artículo 60 C. c. No justifica tal demanda la negativa del marido a representarla en juicio, pues para ello la Ley establece como suplementaria la habilitación judicial.*

CADUCIDAD: POSTERIOR LICENCIA MARITAL: *Concedida la licencia marital transcurridos los sesenta días prescritos por la Ley, ha caducado el derecho de la retrayente. [S. 29 de mayo de 1961; no ha lugar.]*

2. TÍTULO NOBILIARIO: GRANDEZA DE ESPAÑA: *La Grandeza de España, como sucesora de la antigua rico-hombria de los reinos de Castilla y León, supone la dignidad seglar más elevada unida a la concesión de los títulos nobiliarios; debiendo deferirse su sucesión, por lo expresamente establecido en el clausulado de la Carta fundacional y, en su defecto, por lo dispuesto en nuestro derecho histórico sobre la sucesión en la Corona de Castilla.*

REHABILITACIÓN: *Por la rehabilitación del marquesado con la Grandeza de España se reconoció el hecho precedente, ya consumado, de la anexión de ambas mercedes, las cuales, una vez unidas y mientras el Poder soberano no disponga lo contrario, deben seguir idéntica suerte sucesoria. [S. 21 de abril de 1961; no ha lugar.]*

3. TÍTULO NOBILIARIO: PRESCRIPCIÓN: *La prescripción no es medio idóneo para convalidar y legitimar la posesión de cualquier título nobiliario, ya que el artículo 18 del R. D. 27 mayo 1912, que la admite para quienes posean continuada e ininterrumpidamente cualquier merced durante quince años, dado su carácter administrativo, ni aun incorporado a la Ley de Presupuestos pudo modificar el sistema de sucesión nobiliaria basada en la posesión civilísima. Pero no ha lugar a casar la sentencia al poderse mantener el fallo por distinto fundamento.*

DISTRIBUCIÓN TESTAMENTARIA DE TÍTULOS: APROBACIÓN TÁCITA: *La sucesión en el título producida a virtud de la distribución que hizo su legítima poseedora entre sus hijos, ha de reputarse eficaz, siendo posteriormente reconocida por sucesivas Cartas Reales. [S. 10 de abril de 1961; no ha lugar.]*

4. PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN POR ACTO DE CONCILIACIÓN: *Para que el acto conciliatorio produzca el efecto de interrumpir la prescripción, es ne-*

cesario que el juicio correspondiente se promueva dentro de los dos meses siguientes a dicho acto. [S. 18 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

En el presente caso la demanda se presentó transcurridos más de seis meses desde que el acto de conciliación se tuvo por intentado sin efecto.

II. Derechos reales.

1. PRECARIO: RENTA: Para que el abono de los gastos mensuales que devenga el piso, realizado por el precarista a la Comunidad de propietarios del inmueble, tuviera virtualidad de renta, es necesario que los hubiera realizado por cuenta propia, a título de merced, como contraprestación a lo cedido en locación, y que el supuesto arrendador lo aceptara en tal concepto. [S. 13 de febrero de 1961; no ha lugar.]

2. PRECARIO: Es precarista la persona que habita una vivienda como encargada por la arrendataria de la conservación del mobiliario. [S. 23 de febrero de 1961; no ha lugar.]

3. PRECARIO: Es precarista la demanda que posee la finca sin pagar merced alguna después de extinguido el contrato de arrendamiento, mediante una transacción.

TRANSACCIÓN: VALIDEZ, MIENTRAS NO SE DECLARA INEFICAZ: El contrato de transacción es válido, vinculando a las personas que lo suscribieron, hasta tanto se pronuncie su ineficacia conforme a derecho. [S. 6 de mayo de 1961; ha lugar.]

HECHOS: Del primer Considerando aparece, 1.º) el actor es dueño por título de donación de la finca rústica objeto del desahucio, 2.º) que en 16 de octubre de 1957 el actor ejercitó demanda de resolución del contrato arrendaticio al objeto de asumir el cultivo directo y personal, 3.º) que se llegó a una transacción mediante documento privado de 31 de octubre de 1957, en cuya virtud la arrendataria dió por extinguido el arrendamiento a cambio de la entrega de 300.000 pesetas y 4.º) una vez terminado el proceso por transacción, la arrendataria requiere notarialmente al arrendador denunciando la nulidad de lo estipulado.

En primera instancia prosperó el desahucio por precario, siendo revocada la sentencia en apelación alegándose que la acción ejercitada desborda el ámbito procesal del desahucio. El T. S. estima el recurso del propietario reiterando, además, de la doctrina extractada, que resultaría atentatorio al mismo proceso especial de desahucio y a su específica finalidad recuperatoria de la posesión, remitir al ordinario más lento y gravoso, por meras excepciones o medios defensivos alegados por el demandado, sin más finalidad que mantener un estado posesorio contrario a derecho.

III. Derecho de obligaciones.

1. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: ABONO DE ALQUILERES EN CONCEPTO DE INDENMINIZACIÓN: CARENCIA DE CULPA: *No hay obligación de abonar alquileres en concepto de indemnización, cuando por efecto de una voluntad extraña a los dos litigantes, los envases no llegaron a su destino.*

REFORMATIO IN PEIUS: *No está admitida en nuestro derecho la «reformatio in peius».* [S. 14 de abril de 1961; no ha lugar.]

En la época del intervencionismo económico, un almacenista de aceite efectúa la devolución de un envío de envases, cumpliendo órdenes de la Comisaría de Abastecimientos, mediante unos camiones; de esta última, por causas no bien determinadas, la Comisaría efectúa la entrega de los bidones a otra persona y el destinatario demanda al almacenista.

En primera instancia se condena al almacenista a la devolución de los envases, o al abono de su importe, al pago de los alquileres de los envases y a las costas. En apelación se confirma la sentencia, salvo en cuanto al pago de alquileres. El T. S. no da lugar al recurso del actor.

Por la mecánica de los recursos, al conformarse el almacenista, queda firme la sentencia en cuanto a la condena a restituir los envases o su importe. Pero el Supremo deja entrever que, de haber tenido oportunidad, hubiera revisado la sentencia en favor del almacenista. En efecto, en el último Considerando, se dice: «Por efecto de una voluntad extraña a los dos litigantes, pero entonces acaso decisiva por el intervencionismo estatal en materia de abastos, los referidos envases no llegaron a su cabal destino de Alcaudete, sin culpa, por tanto, de la sociedad demandada y actualmente recurrida, y que no los utilizó en su exclusivo beneficio.» Al establecer que el incumplimiento de la obligación de devolver los envases no fué culpable, queda sin fundamento la obligación de restituir que declaró la Audiencia, pero la sentencia en este punto quedó firme.

2. RETRACTO COLINDANTES: CONOCIMIENTO POR EL RETRAYENTE: *Por falta de inscripción registral, el plazo ha de computarse a partir del conocimiento por el retrayente de todas o al menos de las condiciones principales del acto jurídico que lo cause, lo que constituye una cuestión de hecho contra cuya apreciación por el Tribunal de Instancia sólo cabe la contradicción eficaz por el cauce del núm. 7 del art. 1.692 L. E. C.* [S. 6 de mayo de 1961; no ha lugar.]

3. RETRACTO DE COLINDANTES: FINCA RÚSTICA: DOCUMENTOS FISCALES: *Estos documentos no tiene otra autenticidad que la de ser cierto que en ellos se consignán determinadas cantidades, pero en modo alguno que esos valores se conformen con el real de la finca.*

ACTOS PROPIOS: *No va contra sus propios actos quien adquiere hoy la finca que en 1929 había vendido su padre, ya que para que lo primero tuviera lugar se requiere la creación de una relación de situación de derecho que no pudiera ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.* [S. 2 de marzo de 1961; no ha lugar.]

4. RETRACTO DE COLINDANTES: COMPRADOR COLINDANTE: *La acción de retracto únicamente procede estimarla si se dirige contra extraños, pero no contra otros colindantes que tienen el mismo interés.*

MOMENTO DE LA COMPRA: *La compra por el colindante tuvo lugar nueve días antes de producirse judicialmente la acción de retracto. Por eso no cabe aplicar la doctrina de la Sala de que «si después de presentada la demanda, otro colindante compra voluntariamente la finca, esta venta no obsta a la acción del demandante, que se puede ejercer en contra del nuevo adquirente».* [S. 18 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

En el mismo sentido las Sentencias de 26-VI-1895 y 8-III-1901.

IV. Arrendamientos de cosas.

DESAHUCIO COMÚN: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: ARRIENDO DE SIERRAS CON UTILIZACIÓN DEL LOCAL: *Si el objeto del arriendo lo constituyen, exclusivamente, dos sierras, hallándose facultado el arrendatario para poder disponer del recinto de la nave en que están instaladas y de los terrenos descubiertos que necesitase en derredor de las mismas, siempre que no entorpeciese para otros usos, no puede calificarse el arriendo como de local de negocio y aunque tampoco constituye un propio arriendo de industria, por serlo de cosas con posible utilización de nave y terreno para explotación, es aplicable el desahucio común.* [S. 16 de febrero de 1961; no ha lugar.]

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DEL ARRENDADOR: APLICACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU: *La efectividad de la norma del Código civil sobre resolución del arriendo, al extinguirse el usufructo del arrendador, ha sido reconocida por la jurisprudencia hasta la publicación de la vigente LAU de 1956, y con alcance y extensión a los hechos generadores de la extinción acaecidos durante la vigencia de la legislación anterior. La resolución con base en dicha causa ha de pedirse con arreglo a las leyes procesales comunes.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DEL ARRENDADOR: ARRIENDO OTORGADO POR QUIEN ES USUFRUCTUARIO DE LA MITAD DEL INMUEBLE Y PROPIETARIO PLENO DE LA OTRA MITAD: *Si el arrendador del inmueble era, al tiempo de concertar el contrato, propietario pleno de la mitad indivisa del inmueble y usufructuario del resto, la complejidad de la titularidad del arrendador, que no admite discriminación respecto a parte alguna del todo, excede del área de aplicación estricta de la norma del Código sobre resolución del arriendo por extinción del usufructo, no procediendo por ello estimar comprendido el caso en cuestión dentro de la excepción establecida por el artículo 100 de la LAU de 1946 (equivalente al 151 de la vigente) que, como tal, no puede tener interpretación extensiva.* [S. 10 de mayo de 1961; no ha lugar.]

NOTA: La LAU vigente ha puesto en claro la inaplicabilidad de la causa resolutoria del art. 480 del C. c. a los arrendamientos sometidos a la Ley especial, introduciendo al propio tiempo para evitar combinaciones fraudu-

lentas entre los usufructuarios arrendadores y los arrendatarios una causa resolutoria de matiz rescisorio (por fundarse en la lesión irrogada al nudo propietario). El Tribunal Supremo ha seguido aplicando la norma del art. 480 C. c. a las extinciones de usufructo operadas bajo la legislación anterior, aunque en aquellos supuestos en que, como el contemplado en la sentencia, no se da el supuesto típico previsto en el indicado artículo se tiende a negar la extinción del arrendamiento. Digna de notarse es la doctrina sobre la improcedencia de aplicar extensivamente la norma de la LAU que señala el cauce procesal común para el ejercicio de derechos no reconocidos en aquélla, aunque hay que reconocer que las sentencias que sustraen al ámbito procesal de la LAU, el ejercicio de acciones declarativas sobre calificaciones jurídicas basadas en normas de dicha ley, parecen desvirtuar dicha doctrina (J. P. R.).

OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR RESPECTO A LA CONSERVACIÓN DE LA COSA ARRENDADA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: PRESCRIPCIÓN: *La culpa contraída por el arrendador respecto al cumplimiento de sus obligaciones en relación con la conservación de la cosa cedida en arriendo y realización de las reparaciones necesarias, es de naturaleza contractual y el ejercicio de las acciones para hacerla efectiva se halla sometida al plazo de prescripción de 15 años.* [S. 25 de marzo de 1961; no ha lugar.]

PARENTESCO: CONCEPTUACIÓN DE LOS AFINES: *Cuando la ley habla de parentesco hay que atenerse a la definición del concepto que se hace en el artículo 916 del C. c., sin que sea lícito hacerlo extensivo a la afinidad si la ley no lo dispone, especialmente, en cada caso concreto.*

SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: DERECHO INTERTEMPORAL: *Para determinar si una persona puede o no subrogarse «mortis causa» en el derecho arrendaticio hay que atenerse a la legislación vigente al tiempo de fallecimiento del arrendatario quien no deviene sucesor, por hallarse fuera de los grados de parentesco previstos en la ley vigente al fallecer el inquilino, no puede adquirir tal condición por el hecho de que una ley posterior amplie el círculo de familiares llamados a la sucesión.* [S. 18 de marzo de 1961; ha lugar.]

TRASPASO: TANTEO POR EL ARRENDADOR: *El tercero de quien habla el art. 29 de la LAU no es el arrendador en ningún caso.* [S. 17 de diciembre de 1960; no ha lugar.]

RETRACTO: CONSIGNACION DE RENTAS: *La obligación de consignar la renta que establece el art. 148 de la LAU para la interposición de recursos, no es de aplicación al retracto, por no tratarse de un proceso que lleve anejo lanzamiento del inquilino de la vivienda.* [S. 28 de enero de 1961; ha lugar.]

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACION PREVIA: *No puede ejercitarse la acción de tanteo sin que se consigne el precio de la transmisión convenida y que señala el art. 1.518 C. c. para el retracto. No hay consignación, cuando la que se hizo en el acto conciliatorio previo, la retiró el actor.* [S. 6 de mayo de 1961; no ha lugar.]

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE RETRACTO: PLAZO: *Celebrado el acto de conciliación, sin avenencia, dentro de los tres meses de plazo que el arrendatario tiene para ejercitar el retracto, e interpuesta la demanda antes de los dos meses desde la celebración de dicho acto, no hay caducidad de la acción y, por tanto, el Tribunal ha interpretado correctamente el art. 1.973 C. c. y 479 LEC.*

COARRENDATARIO QUE NO RETRAE Y CEDE AL COMPRADOR: *No impide el ejercicio del retracto al otro coarrendatario, pues el momento a que hay que atenderse es el de la celebración del contrato de compraventa, sin que tengare influencia los actos posteriores (art. 16, 6.º, Reglamento 20-IV-1959.)*

FINCA RÚSTICA: *Lo es por su destino agrícola, aunque se halle enclavada en lugar en el que recientemente se han levantado edificaciones, pero que no es un núcleo urbano ni zona de ensanche de la pequeña localidad a que pertenece. [S. 2 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *No cabe el retracto porque el arrendamiento otorgado tiene por objeto una explotación industrial —tejera— con la utilización accesoria de las tierras circundantes, y, además, porque la porción dedicada a labradío que lleva en arrendamiento es inferior a la mitad de la extensión de la finca (Art. 16, 6.º, del Reglamento 29-IV-1959). [S. 14 de abril de 1961; no ha lugar.]*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: IMPUGNACIÓN DE VENTA POR PRECIO EXCESIVO: *La exacción municipal por razón de alcantarillado está incluida en el concepto de elevación de renta, por cuya razón ha de tenerse en cuenta en la transmisión del piso para determinar la renta, base de la capitalización. En consecuencia no cabe anular por precio excesivo la venta que incluyó dicha exacción en la determinación de la renta. [S. 5 de julio de 1961; ha lugar.]*

TANTEO: NOTIFICACIÓN: *El tanteo es por su naturaleza un derecho de adquisición preferente, lo que presupone como requisito para su ejercicio, que el vendedor haya ofrecido en venta la cosa arrendada a un tercero porque la preferencia no tiene sentido sin un término de comparación; y en su virtud, la mera notificación que carecía de este requisito podrá dar lugar, tal vez a una relación obligacional de naturaleza distinta, pero no es jurídicamente eficaz para dar nacimiento a una acción de tanteo. [S. 21 de enero de 1961; no ha lugar.]*

TANTEO: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *Sólo se sustanciarán, conforme a lo dispuesto en las leyes Procesales comunes, las acciones, que aunque propias de la relación arrendaticia urbana, no se fundamenten en derechos reconocidos en dicha ley especial. La actora ejercita un derecho de tanteo basado en la ley especial y, por eso, tiene que sustanciarse no por el juicio de mayor cuantía, al que acudió, sino por el trámite de incidentes. Arts. 166 y 123 LAU 1946 y 1955 respectivamente. [S. 9 de marzo de 1961; no ha lugar.]*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TITULARIDAD: *Sólo la tiene aquel que consuma el contrato celebrado mediante el uso de la cosa ajena, porque únicamente así resultan cumplidos los fines de justicia social de dar acceso a la propiedad.*

PROPIEDAD COMÚN DE LA FINCA: VENTA DE PARTES PRO-INDIVISO DE UN SOLO PISO: *Pertenece una casa compuesta de varios pisos pro-indiviso a tres personas, la venta por dos condueños de sus partes en uno sólo de los pisos al otro condueño supone una división material, y en consecuencia cabe el retracto.* [S. 19 de mayo de 1961.]

I. Los dos condueños del edificio vendieron su parte pro-indivisa en uno solo de los pisos al otro condueño. El inquilino pretendió ejercitar el retracto y su demanda fué aceptada por el Juez de 1.^a Instancia. La Audiencia admitió en parte la apelación, y declaró haber al retracto sólo en cuanto a los dos tercios de los condueños vendedores. Apelada por ambas partes el T. S. rechaza el recurso del dueño y admite el del inquilino.

II. La doctrina sentada es acertada, en cuanto que los propietarios lo eran de todo el edificio. Para vender su parte el otro condueño, en uno solo de los pisos, había primero que proceder a su división y adjudicación, que es lo que se pretendió hacer en forma indirecta mediante la operación de venta realizada.

RETRACTO: VENTA JUDICIAL DE UN LOTE: AGRUPACIÓN DE FINCAS: *La agrupación del inmueble con otros bienes embargados, no es la agrupación de pisos a que se refiere el art. 48 de la LAU, sino una, meramente accidental y originada por actuaciones judiciales para simplificar trámites y no para burlar el derecho de retracto del arrendatario.* [S. 12 de noviembre de 1960; ha lugar.]

RETRACTO: INQUILINO NO OCUPANTE: *El derecho de retracto sólo se concede al inquilino que ocupa el piso (Art. 47 LAU).* [S. 25 de noviembre de 1960; no ha lugar.]

RETRACTO: OCUPACIÓN NO TOTAL NI EXCLUSIVA: *El retracto no puede extenderse a más de lo que sea objeto del arrendamiento, ni puede ejercitarse cuando no está ocupada la casa por arrendatario único, sino que concurren otros, pues entonces no hay razón legal o social para preferir a un arrendatario sobre otro.* [S. 17 de febrero de 1961; ha lugar.]

RETRACTO ARRENDATICIO: PISO ARRENDADO A DOS INQUILINOS: *Uno de ellos no puede ejercitar el retracto parcial sobre la parte del piso que ocupe.* [S. 30 de noviembre de 1960; ha lugar.]

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO IRREGULAR: CONCEPTO DE NEGOCIO: *Negocio, según su significación en el orden económico y jurídico es un conjunto de elementos materiales, inmateriales y derechos que, organizados, forman una unidad sustantiva, con valor independiente de los distintos fac-*

lores que la integran, entre los que cuenta el local donde la función comercial se realiza. La transferencia, por el arrendatario, del negocio, comprende la del local en que aquél se desarrolla.

COMUNICACIÓN INTERNA ENTRE DOS LOCALES DE NEGOCIO: SUBSISTENCIA DE LA INDIVIDUALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS CONTRATOS: *El hecho de que, con consentimiento del arrendador, exista comunicación interna entre dos locales de negocio, no altera la singularidad e individualidad de las relaciones arrendaticias referentes a cada uno de ellos ni autoriza el derecho de ocupación, común e indistinto, de ambos locales.*

ERROR DE HECHO EN INJUSTICIA NOTORIA: *Las certificaciones de la administración de rentas públicas, de la Delegación de Industria y de la Cámara Oficial de Comercio que afirman que el titular individual de un negocio se dió de baja y lo traspasó a otra entidad colectiva que produjo alta por el mismo concepto, acreditan que la realidad de los hechos se halla en contradicción con la que apunta la sentencia recurrida.* [S. 21 de abril de 1961; ha lugar.]

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CAMBIO DE DESTINO: DERECHO INTERTEMPORAL: *Son aplicables las normas sobre resolución de contrato de la vigente LAU a las acciones resolutorias ejercitadas tras la entrada en vigor de la misma, aunque los hechos en que se base la acción se hayan producido bajo la vigencia de la anterior.* [S. 18 de marzo de 1961; no ha lugar.]

NOTA: El arrendador pidió la resolución del contrato con base en la transformación de local de negocio en almacén, hecho ocurrido durante la vigencia de la LAU de 1946, que reputaba tal hecho causa resolutoria. Sin embargo, como la demanda se interpuso vigente ya la LAU de 1955 que ha dejado de reputar tal hecho como causa resolutoria —debido a que actualmente el almacén se equipara a local de negocio y no a vivienda como bajo la antigua LAU—, era forzosa la desestimación, a la vista de las normas de derecho intertemporal de la LAU, y así lo entendieron los dos órganos de instancia y el Tribunal Supremo.

DESAHUCIO DE SUBARRENDATARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: CARGA DE LA PRUEBA: *Al actor le basta con probar el contrato de subarriendo, incumbiendo al demandado que alegue la extinción de la titularidad arrendaticia del subarrendador, la carga de probar dicha extinción, como medio de impugnar la legitimación del demandante.*

PERSONALIDAD Y LEGITIMACIÓN: TRATAMIENTO EN CASACIÓN: *El tema relativo a la personalidad y legitimación del demandante es problema de fondo y no puede ser combatido por medio de un recurso en la forma.* [S. 1 de marzo de 1961; ha lugar.]

VI. Derecho de sucesiones.

1. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN: *El testamento ha de interpretarse conforme al recto sentido de sus palabras y a la voluntad manifiesta del testador.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA: *La cláusula discutida es una típica institución fideicomisaria familiar tan frecuente en Cataluña y origen de tantos conflictos, un fideicomiso de sustitución como lo llama la vigente Compilación de Derecho civil catalán, que no hay inconveniente de calificar como «sine liberis decesserit».*

HIJOS NO PUESTOS EN CONDICIÓN: *Ai no estar los hijos Puestos en condición es manifiesta la voluntad del testador de que sus bienes se transmitan en línea recta descendente y de que mientras hubiere herederos en una línea no sea llamada la otra. [S. 26 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

Fallecido el primer heredero nominalmente instituido sin descendencia y al no sobrevivirle ningún hermano varón, correspondió a los descendientes de la hermana mayor, y como ésta había fallecido, surge el conflicto acerca de si será sustituto el descendiente del primogénito ya fallecido o el segundo génito. Idéntica postura adoptaron la Audiencia y el Tribunal Supremo.

DERECHO PROCESAL

1. **COMPETENCIA: ARRENDAMIENTO DE OBRA:** *Siendo un arrendamiento de obra lo que el demandado realizó, o se obligó a realizar en Guareña, perteneciente al Juzgado de Don Benito, con la consecuencia de exigirse el pago de la obra donde ésta tuvo realidad, es competente dicho Juzgado, sin que el acuerdo de abonar el precio mediante letras de cambio, altere la estructura del contrato y su cabal cumplimiento. [S. 28 de marzo de 1961.]*

2. **PARTE COADYUVANTE:** *No es parte principal en el proceso, y en consecuencia sólo persona meramente interviniente, el titular del dominio del edificio arrendado, por donación del que lo adquirió por contrato de compraventa, que ha servido de base al retracto ejercitado.*

RECURSO DE AUDIENCIA: *El que interviene por adhesión en un proceso no busca amparo de intereses propios u originados en una relación jurídica totalmente exógena a la que sirve de base el retracto. En consecuencia, no cabe el recurso de audiencia, alegando la rebeldía respecto de la sentencia firme dictada en juicio de retracto, ya que éste únicamente se contrae a las relaciones derivadas del hecho de la venta del edificio entre el comprador e inquilino, y la donación hecha por el primero a un tercero, no influye en nada para la resolución del pleito. [S. 7 de noviembre de 1960; no ha lugar.]*

3. **RECONVENCIÓN: IMPOSIBILIDAD DE EJERCITARLA UN DEMANDADO FRENTE AL OTRO:** *No es viable en nuestro derecho la reconvección de un demandado contra el actor y otro co-demandado, por ofrecer el grave inconveniente de que el co-demandado reconvenido carece de oportunidad procesal para contestar a la acción que en su contra se ejercita.*

INCONGRUENCIA: *Una resolución judicial que resuelve negativamente las*

acciones ejercitadas en el juicio, no puede tacharse de incongruente. [S. 4 de marzo de 1961; no ha lugar.]

El comprador de una casa reclama la propiedad de una imagen de la Virgen a los albaceas del vendedor y a la Parroquia, por entender que dicha imagen formaba parte de la cosa vendida. Al contestar a la demanda el Párroco reconviene frente al actor y a los otros co-demandados alegando que tal imagen siempre perteneció a la Parroquia.

En Primera Instancia se desestimó la demanda y se dió lugar a la reconvencción, sentencia que fué consentida por el actor. Apelada por el albacea, se estimó el recurso, rechazándose la reconvencción del Párroco. Interpuesto recurso por éste último fué desestimado.

La presente sentencia sienta interesante doctrina procesal acerca de la noción de reconvección y sus diferencias con la intervención de tercero, figura esta última no regulada en nuestra LEC.

En el segundo Considerando se sostiene que la demanda reconvenccional del Párroco no puede calificarse de una intervención de tercero, pues es de rigor que ésta se actúe por una persona ajena a la litis primordialmente iniciada, y no por un demandado en ella contra otro demandado, aunque sus peticiones sean contradictorias y excluyentes. La figura en cuestión ofrece el grave inconveniente de que el co-demandado reconvenido carece de ocasión propicia ad hoc para contestar a la acción que en su contra se ejercita, pues el escrito de réplica no llena tan fundamental cometido de audiencia bilateral. Se sugiere que la mejor solución sería la interposición de nueva demanda sobre idéntico tema contra las mismas partes, y, luego de admitida, pedir la acumulación de autos.

—La resolución del recurso deja, en realidad —como reconoce el tercer Considerando—, imprejuizado el problema del fondo del proceso en lo que al Párroco se refiere, mientras que la pretensión del actor ha sucumbido al consentir la sentencia de Primera Instancia (G. G. C.).

4. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES ARRENDATICIAS: ACCIÓN DECLARATIVA SOBRE CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO Y DETERMINACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: *La acción enderezada a obtener el reconocimiento de que un arriendo es de local de negocio y se halla sometido y protegido por la vigente LAU, por referirse a reconocimiento de derechos propios de una acción declarativa reservada por el art. 481 de la LEC. al juicio ordinario declarativo. se halla excluida del cauce procesal de la LAU.*

INJUSTICIA NOTORIA POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES CAUSANTE DE INDEFENSIÓN: PROCEDIMIENTO INADECUADO: *Producida la indefensión del recurrente, desde el momento en que se ha seguido un procedimiento inadecuado, procede la estimación del recurso por la causa segunda de las de injusticia notoria.* [S. 10 de marzo de 1961; ha lugar.]

NOTA: Respecto a la primera máxima véase lo que se indica en nota a la Sentencia de 7 de marzo de 1961 sobre similar problema. En cuanto a la segunda, parece dar por supuesto, con carácter general, que la inadecuación

de procedimiento es causa de indefensión para la parte que denuncie el quebrantamiento formal; nótese que en S. de 23 de diciembre de 1949 se afirmó que no supone quebrantamiento causante de indefensión, el hecho de haberse seguido un procedimiento de trámites de más amplios y con mayores garantías para las partes que el previsto en la Ley. (J. P. R.)

5. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES ARRENDATICIAS: ACCIONES DECLARATIVAS SOBRE CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO Y DERECHO DE RETORNO: *La acción encaminada a obtener la declaración de que un determinado arriendo es de local de negocio y que el arrendatario tiene el derecho de retorno previsto en la LAU, para el supuesto de denegación de prórroga para derribo y construcción de nueva edificación, es una acción declarativa, en la que no se ventila el desenvolvimiento o el desarrollo del contrato, entre las partes, sino la declaración de la naturaleza de la finca y ley aplicable al contrato, tema ajeno al contenido de la ley especial, lo que lo excluye de la vía procesal de la misma.* [S. 7 de marzo de 1961; ha lugar.]

NOTA: Sorprende la noción restrictiva que muestra esta sentencia respecto al ámbito de aplicación de los precesos especiales previstos en el capítulo XII de la LAU, noción que responde a una interpretación gramatical del artículo 151 de dicha Ley en evidente contradicción con la finalidad de la norma; en efecto, cuando una ley especial crea un procedimiento especial para el ejercicio de las acciones relacionadas con la misma, claro es, que la aplicación de aquél no puede quedar reducida al debate de las acciones en que se pretenda hacer valer derechos específicamente configurados en la Ley, sino que debe abarcar toda acción en que se pretenda, ya la simple declaración de derechos o situaciones jurídicas reconocida en dicha Ley, ya la efectividad de tales derechos a través de sentencias de condena. La sentencia comentada, parece entender que las acciones meramente declarativas escapan al ámbito procesal de la LAU y más aún --y ello es mucho más grave, pues, su inexactitud es manifiesta-- llega a afirmar en uno de sus considerandos, que el trámite especial de la LAU señalado en el artículo 125 sólo es apto «para la sustanciación y resolución de los pleitos donde se debate sobre la resolución arrendaticia». Aún reconociendo que esta última afirmación constituya un *lapsus*, la doctrina aplicada, en concreto, al caso enjuiciado, es inaceptable por cuanto si la LAU concede a los arrendatarios de local de negocio un determinado régimen jurídico y un derecho específico de retorno a los locales arrendados, tras la reedificación de los mismos, claro es que no cabe negar que la demanda en la que se pide la declaración con referencia a un arriendo determinado de naturaleza controvertida, de los derechos que la referida Ley concede a los de una de sus especies, se fundamenta en derechos reconocidos en la LAU.

La sentencia dió lugar al recurso de injusticia notoria, anulando la sentencia de la Audiencia Territorial que había declarado mal admitida la apelación por defecto de consignación; el Tribunal Supremo ha reiterado en su sentencia, la doctrina de no ser necesario acreditar el pago o consignación para recurrir, más que en los procesos de resolución o de ahucio.

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de José María de AMUSATEGUI y
José Luis LLORENTE (Abogados del Estado)

1. Derecho civil.

1. VALOR SUPLETORIO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS; VIVIENDAS CONSTRUIDAS AL AMPARO DE LA LEY DE 25 DE JUNIO DE 1935: *Cuando la renta que se satisface en una vivienda acogida a la Ley de 25 de junio de 1935 es notoriamente inferior al límite establecido en dicha Ley, es susceptible de ser incrementada de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 22 de julio de 1958 en relación con el artículo 95 de la L. A. U., con tal de que con el referido aumento no se sobrepase la tasa señalada en las disposiciones legales a cuyo amparo se verificó la construcción.* (Sentencia de 14 de octubre de 1959; desestimatoria.),

«CONSIDERANDO: Que la Ley de 25 de junio de 1935 tenía como fin cardinal combatir el paro mediante el fomento de obras públicas y otras que sin serlo se reputaban favorables para la economía del país, a cuyo efecto los artículos 13, 14 y 15 otorgaban determinados beneficios a las sociedades particulares que construyeran viviendas para ser alquiladas, pero no contenía normas de localización, salvo la tasa de sus alquileres, y más tarde, la Ley de 10 de noviembre de 1942, para corregir las desviaciones que la renta había sufrido, concedió a los locatorios que hubieran tenido que someterse a condiciones contrarias a las establecidas, una acción revisoria, estatuyendo, además, un régimen de sanciones contra los propietarios que vulneren el «tope máximo» señalado para la fijación de alquileres; de suerte que lo que prohíben las citadas leyes— en cuanto interesa al recurso— es la violación de la tasa legal».

2. ABUSO DE DERECHO: *El propietario que necesita para sí la vivienda arrendada y cumple los requisitos y formalidades precisados en la ley para la denegación de prórroga del contrato fundada en tal motivo, no formula su pretensión con manifiesto abuso de derecho, porque frente al interés del locatorio de continuar en el arrendamiento, se opone el interés del actor en ocupar la vivienda con el fin jurídicamente válido y socialmente lícito de establecer su hogar, y en tal colisión de intereses y derechos ha de prevalecer el especialmente protegido, que en el presente caso es el del arrendador.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Concurre la necesidad que define el número 1.º del artículo 62 en el arrendador, funcionario del Cuerpo General de Administración de Africa Española, que estaba destinado en Tetuán y que es trasladado a Madrid tras la independencia del*

Imperio Marroqui con la obligación de residencia que la ley impone a los funcionarios públicos. (Sentencia de 5 de octubre de 1959; estimatoria.)

3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: *Hay causa de resolución del arriendo cuando el inquilino, sin consentimiento del actual propietario, realiza obras consistentes en la demolición del fogón y su construcción en otro lugar, traslado de chimenea construyéndola en otro lugar del que ocupaba; cambio de la colocación de la pila, tapiado de tres puertas, abriéndolas en muros y tabiques que antes no las tenían. (Sentencia de 24 de septiembre de 1959; desestimatoria.)*

4. ACCIÓN DECLARATIVA PARA EVITAR LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *La restricción de la facultad de elección del arrendador que intentare la denegación de prórroga por causa de necesidad, mediante el establecimiento de un orden de prelación entre los inquilinos (artículo 64 de la L. A. U.) opera en la mayoría de los casos por vía de excepción, pero también está en las atribuciones del locatario el ejercitar la acción procedente para obtener una decisión judicial que declare la ilegalidad de la elección.*

COMPETENCIA: *Al no estar reservado específicamente al Juez de Primera Instancia el conocimiento de esta acción, ha de estarse a la regla genérica de competencia a favor del Juez Municipal.*

CADUCIDAD: *Esta acción es diversa de la tipificada en el artículo 53 de la L. A. U., por lo que no cabe aplicar el plazo de caducidad de sesenta días naturales (1). (Sentencia de 16 de octubre de 1959; desestimatoria.)*

5. PLURALIDAD DE PROPIETARIOS; DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Solicitada la vivienda por un copropietario para su hijo, no puede oponerse la necesidad de que los otros copropietarios intervengan como actores, pues cualquiera de ellos puede ejercitar todas las acciones que correspondan a la comunidad siempre que no perjudiquen el interés de la misma, siendo únicamente los comuneros los que podrían proponer aquella excepción, pero no un tercero extraño a la comunidad. (Sentencia de 19 de octubre de 1959; desestimatoria.)*

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD; ORDEN DE PRELACIÓN ENTRE ARRENDATARIOS: *No está obligado el propietario a hacer la selección de inquilinos cuando se trata de edificaciones completamente separadas entre sí, aunque estén construidas en una sola parcela de terreno. (Sentencia de 22 de septiembre de 1959; desestimatoria.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD; ORDEN DE PRELACIÓN ENTRE ARRENDATARIOS: *No hay que efectuar la selección de inquilinos cuando se trata de edificaciones independientes, aunque, por estar ambas construidas sobre el mismo solar, formen un inmueble único. (Sentencia de 23 de septiembre de 1959; desestimatoria.)*

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA; CAUSA JUSTA: *Se justifica la desocupación por más de seis meses si es debida a*

(1) El artículo 53 establece una especial acción impugnatoria de las ventas por pisos.

un viaje que efectuó la inquilina a Venezuela para ver a sus hijas allí residentes, donde sufrió una afección renal que demoró su retorno, coincidiendo que el hijo que convivía con aquella esté en ese periodo de tiempo cumpliendo el servicio militar en Salamanca. (Sentencia de 18 de febrero de 1959; desestimatoria.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA A INQUILINO QUE HUBIESE TENIDO A SU DISPOSICIÓN OTRA VIVIENDA: *Procede la denegación de prórroga si el locatario ha tenido a su libre disposición una vivienda de su propiedad, cumpliéndose el requisito de ser «de características análogas a la arrendada» al ser aquella de mejores condiciones, más lujosa y confortable, habida cuenta del espíritu de la L. A. U.* (Sentencia de 3 de febrero de 1959; desestimatoria.)

10. ADQUISICIÓN INTER VIVOS DE FINCAS URBANAS COMPUESTAS DE PISOS; PROHIBICIÓN DE ENAJENAR POR SEPARADO LOS PISOS ARRENDADOS: *Esta prohibición no se refiere al caso de compraventa de un piso, sino al adquirente de una finca urbana compuesta de varios pisos o departamentos.* (Sentencia de 13 de febrero de 1959; desestimatoria.)

11. CESIÓN DE VIVIENDAS: *La cesión de vivienda es un «contrato unitario de disposición por el cual se opera la transmisión integral de los elementos activos y pasivos del arrendamiento».* (Sentencia de 9 de octubre de 1959; desestimatoria.)

12. SUBARRIENDO; REVISIÓN DE RENTAS: *El plazo de caducidad de tres meses aplicable a la acción revisoria de rentas ejercitable por el subarrendatario (artículo 13, párrafo 4.º de la L. A. U.), se cuenta a partir del hecho que la hace nacer y no desde que el subarrendatario tiene conocimiento del precio del arriendo estipulado.* (Sentencia de 23 de febrero de 1959; estimatoria.)

2. Derecho procesal.

1. COMPETENCIA: *Si el inquilino ejerce en la vivienda la profesión de Abogado, que paga contribución, es competente el Juez de Primera Instancia y no el Municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 en relación con la excepción 1.ª del artículo 122 de la L. A. U.* (Sentencia de 13 de octubre de 1959; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; MOTIVOS: *No es motivo de recurso de suplicación la infracción del artículo 30 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 en relación con el artículo 506 de la Ley procesal civil, preceptos de marcado matiz procesal, extraños a la relación arrendaticia, por no haber en el ámbito estricto del recurso.* (Sentencia de 21 de septiembre de 1959; desestimatoria.)

«CONSIDERANDO: Que es evidente que si bien el recurso de suplicación es extraordinario, como el de casación, el de injusticia notaria en materia de arrendamientos urbanos y el de suplicación en materia laboral, tampoco ofrece duda que su ámbito es más limitado que estos otros recursos, limi-

tación impuesta por el artículo 132 de la vigente legislación especial arrendaticia urbana, es decir, los motivos que pueden ser utilizados como básicos de dicho recurso han de ser *precisamente* los consignados de manera taxativa en dicho precepto.»

3. RECURSOS DE SUPPLICACIÓN; LÍMITES: *Los preceptos del Código civil, si no han sido aplicados en relación con otros de la legislación especial arrendaticia urbana, no pueden ser alegados en suplicación* (Sentencia de 23 de septiembre de 1959; desestimatoria.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: CASUÍSTICA: *La donación de una vivienda a un hijo previa a la denegación de prórroga del arriendo, por necesidad de dicha vivienda no constituye, por sí sólo, un supuesto de abuso de derecho.* [S. 7 de junio de 1961; no ha lugar.]

2. TRANSMISIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN: *No se produce la sucesión si no se ha notificado —ni aun verbalmente—, la sucesión, al arrendador. No es preciso aportar el documento directamente acreditativo de la notificación, si reconoce la recepción de ésta el propietario o el administrador.*

SUCESIÓN IRREGULAR: ARRENDAMIENTO TÁCITO: IRRELEVANCIA DEL COBRO DE RECIBOS POR EL ARRENDADOR: *El hecho de que los ocupantes de una vivienda hayan abonado recibos de renta a nombre del difunto inquilino después del fallecimiento de éste, no vincula al propietario del inmueble a reconocer a aquéllos como nuevos arrendatarios.* [S. 14 de junio de 1961; no ha lugar.]

3. TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO ARRENDATICIO: NOTIFICACIÓN AL ADMINISTRADOR: *La notificación al arrendador exigida por la LAU, para la eficacia de la subrogación «mortis causa», es eficaz, aunque se haga al administrador.* [S. 21 de abril de 1961; no ha lugar.]

4. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO: CARÁCTER EXCEPCIONAL: SUCESIÓN DEL CÓNYUGE: *La norma sobre sucesión arrendaticia «mortis causa», por ser de naturaleza excepcional, debe interpretarse restrictivamente. La sucesión «mortis causa» del cónyuge, precisa el requisito de convivencia de marido y mujer al tiempo del fallecimiento. No puede suceder el cónyuge separado de hecho.* [S. 11 de febrero de 1961; no ha lugar.]

5. SUCESIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: HIJOS ILEGÍTIMOS: *No cabe entender a los hijos ilegítimos «stricto sensu» la norma de la LAU que otorga derecho sucesorio, en el arriendo de vivienda, a los hijos naturales.* [S. 7 de junio de 1961; ha lugar.]

6. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO: LAU DE 1946: SUCESIÓN INDIVIDUALIZADA O SUCESIÓN CONJUNTA: *Si tras el fallecimiento del arrendatario, ocurrido en época en que se admitía la sucesión conjunta de los*

familiares, se otorgó contrato de arrendamiento a favor de uno de éstos a cuyo nombre se extendieron los recibos de alquiler consintiendo tal hecho los demás familiares que siguieron conviviendo en el piso, no cabe hablar de sucesión conjunta en favor de todos los familiares. [S. 26 de abril de 1961; ha lugar.]

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA Y LEGISLACION DE PRÉSTAMOS A INQUILINOS: *La ley de prestamos a inquilinos de 24 de abril de 1958 ha derogado los preceptos de la LAU que se hallen en oposición a la misma.* [S. 3 de febrero de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Se refiere esta sentencia a las limitaciones que la legislación de préstamos a inquilinos ha introducido en el régimen de denegación de prórroga por necesidad, con referencia a las viviendas amparadas por la ley de 1958; nótese, singularmente, el condicionamiento que, respecto al requerimiento de denegación de prórroga, supone el párrafo 3.º del art. 2 de dicha Ley, cuyo desconocimiento ha frustrado el ejercicio de buen número de acciones denegatorias de prórroga.

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DOMÉSTICA QUE DESEA ESTABLECER SU HOGAR EN VIVIENDA DE SU PROPIEDAD: *Concurre la situación de necesidad, en la doméstica que desea establecer su hogar en una vivienda de su propiedad, ya que, ni legal, ni moralmente, puede someterse a servidumbre perpetua a quien tiene medios para independizarse.* [S. 21 de enero de 1961; ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ENFERMEDAD: TRASLADO A OTRA POBLACIÓN: *Si el Juez «a quo» declara probada la necesidad, por razón de enfermedad, de la ocupación, por el arrendador, de su propia casa y de trasladarse, en uso de su propio derecho, a la población en que radica la vivienda, no se da ninguna de las infracciones denunciadas.* [S. 1 de febrero de 1961; no ha lugar.]

NOTA: El Juzgado «a quo» parece admitir —y la Sala viene a aceptar, al menos implícitamente— el derecho del propietario a establecerse en la población en que radique un inmueble de su propiedad.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LUGAR DE TRABAJO: PLURALIDAD DE VIVIENDAS EN DISTINTAS POBLACIONES: *Si el arrendador dispone de un inmueble en la población donde tiene su vivienda no puede obligársele a escoger otra, en distinta población, aunque esta última esté próxima a la primera.* [S. 10 de febrero de 1961; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCION: ARRENDATARIO QUE EJERCE PROFESIÓN SUJETA A TRIBUTACIÓN: *El mero hecho de causar un inquilino alta tributaria en el tiempo que precede a la denegación de prórroga no basta, por sí sólo, para obtener la prelación establecida en el art. 64 de la LAU, si no se prueba, cumplidamente, que la inmatriculación tributaria respondió, al real y efectivo ejercicio de la profesión u oficio sujeta a tributación.* [S. 18 de abril de 1961; no ha lugar.]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO: *Basta que en el requerimiento se diga que de los arrendatarios de las dos viviendas del inmueble, el requerido es el de menor número de familias a su cargo; es innecesario expresar el nombre del otro inquilino y personas que con él convives.*

NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Existe la situación de necesidad, si el beneficiario de la denegación de prórroga se halla desahuciado de la vivienda que ocupa y a punto de ser lanzado de la misma.* [S. 15 de junio de 1961; no ha lugar.]

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DISPENSA DE LA PRUEBA DE NECESIDAD: INSTITUTO RELIGIOSO: *El instituto religioso de los Hermanos Maristas, por tener personalidad moral originada o aprobada por la Iglesia Católica se halla dispensado de la prueba de la necesidad en que se base la denegación de prórroga.* [S. 15 de mayo de 1961; ha lugar.]

14. CAUSA SEGUNDA DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO: *La omisión, por el arrendatario, de la suscripción de los documentos expresivos de su decisión de retorno o de su opción por la indemnización, hace perder al mismo los correspondientes derechos.* [S. 16 de mayo de 1961; no ha lugar.]

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: CASUÍSTICA: *No infringe la Ley la sentencia que declara que el hecho de haberse quebrado la tibia y el peroné de un hijo del arrendatario, en octubre de 1959, no justifica la no ocupación de la vivienda desde junio de 1959 hasta mediado el verano de 1960.* [S. 19 de abril de 1961; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: USO LIMITADO SEGÚN EL DESTINO INICIAL: *No procede la denegación de prórroga por defecto de ocupación si la pieza arrendada se destina a guardar esculturas y objetos de arte, según el destino que, desde el comienzo del arriendo, dió el arrendatario a dicha pieza.* [S. 30 de enero de 1961; no ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA INNECESARIA DE DOS VIVIENDAS: *No cabe denegar la prórroga del arrendamiento por el hecho de disponer, el arrendatario, de dos viviendas no indispensables para sus necesidades si una de las dos viviendas de que dispone el inquilino la utiliza para sí y su esposa y la otra para su madre, viuda, pobre y sexagenaria, que vive a costa del hijo.* [S. 28 de abril de 1961; ha lugar.]

NOTA: Se basa esta sentencia en el acertado argumento del derecho de cada grupo familiar «stricto sensu» a disponer de vivienda independiente invocándose, también, ciertos criterios mantenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1961.

18. LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *El arrendatario que, al tiempo de otorgarse el arriendo y duran-*

te la vigencia del contrato, reconoció el carácter de arrendador y copropietario del actor no puede negar al demandante dicho carácter con referencia a la denegación de prórroga. [S. 7 de febrero de 1961; no ha lugar.]

19. ACCIONES RESOLUTORIAS: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL SUPUESTO DE OCUPATE DISTINTO DEL ARRENDATARIO: *Arrendada una vivienda, por una empresa, con la finalidad de servir de vivienda a un empleado de la misma, la acción resolutoria debe dirigirse contra la sociedad arrendataria sin que precise demandar al empleado ocupante.* [S. 14 de marzo de 1961; no ha lugar.]

20. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: «NUMERUS CLAUSUS» DE CAUSAS RESOLUTORIAS: *No cabe aplicar a los arrendamientos regidos por la LAU, otras causas de resolución, que las previstas en la citada Ley.*

INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: *No es causa de resolución la introducción de una entidad distinta del arrendamiento en el uso y goce de la cosa arrendada, si tal introducción obedece a la ejecución y cumplimiento de un mandato legal.* [S. 21 de enero de 1961; no ha lugar.]

21. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *El plazo especial de caducidad, establecido en la LAU, se refiere a todos los supuestos de cesión sea ésta entre parientes o en favor de extraños.*

PLAZO DE CADUCIDAD: «DIES A QUO»: *El plazo de caducidad se cuenta no desde la fecha de la notificación de la lesión, sino desde la de ocupación de la vivienda por el cesionario, salvo que el arrendador demuestre que, a pesar de producirse la ocupación exclusiva por dicho cesionario, no tuvo conocimiento del hecho.* [S. 18 de abril de 1961; ha lugar.]

NOTA: La segunda de las máximas transcritas, en su última parte sólo puede ser admitida con grandes reservas; en realidad, el conocimiento del arrendador no juega ningún papel, ya que lo relevante es la exteriorización de la cesión por circunstancias que lógicamente hagan presumible su realidad, no el conocimiento por el arrendador de dichas circunstancias.

22. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: AUTORIZACIÓN DADA POR EL ADMINISTRADOR: *El administrador de una finca puede autorizar, válidamente, al arrendatario para cambiar el destino atribuido en el contrato a la cosa arrendada.* [S. 28 de abril de 1961; ha lugar.]

NOTA: La sentencia dice acertadamente, que el hecho de que la LAU, en diversos artículos de la misma, singularmente el 32 atribuya al administrador, un destacado rango, evidenciando por la preponderancia que concede a sus actos y su facultad de concertar el arriendo, de autorizar traspasos y realizar actos similares, pone de manifiesto su facultad para autorizar el cambio de destino. En rigor, el asentimiento del administrador a los actos del arrendatario que exijan el consentimiento del arrendador, se extiende a todos los actos que constituyan posible causa de resolución, excepción hecha de los que impliquen cambios de estructura de la finca arrendada, ya que estos últimos son actos de dominio y no de

mera administración, que no pueden ser autorizados por administrador ordinario.

23. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CIERRE DE HUECO DE VENTANA: *El hecho de cegar con tabique de ladrillo un ventana que servía de paso de una habitación a un jardín altera la configuración.* [S. 27 de enero de 1961; no ha lugar.]

24. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: PRESCRIPCIÓN: *No infringe la Ley la sentencia que absuelve de la demanda resolutoria, si no se acredita la realización de las obras, ni que dichas obras se efectuaron dentro de los últimos quince años.* [S. 26 de abril de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Esta afirmación puede inducir a la falsa idea de que la carga de la prueba de la realización de las obras a efecto de la posible aplicación de la prescripción, gravita sobre el arrendador. En realidad a este le basta con probar la realización de las obras y es el arrendatario que invoque la prescripción el que debe acreditar que aquellas se efectuaron en tiempo anterior a los quince años de prescripción.

II. Derecho procesal.

1. PROCESO ARRENDATICIO URBANO: COMPETENCIA: CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: PERCEPCIÓN DE INCREMENTOS CORRESPONDIENTE A DETERMINADA CATEGORÍA CONTRACTUAL: *El cobro por el arrendador de incrementos correspondientes a los locales de negocio, con relación a piso arrendado inicialmente para vivienda, no modifica la competencia objetiva, ni desnaturaliza el contrato.* [S. 5 de julio de 1961; no ha lugar.]

NOTA: La primera máxima no puede aceptarse sin reservas; cierto es que el mero hecho de percibir incrementos correspondientes a un tipo de arriendo distinto del pactado, no acredita por sí sólo, la novación del arrendamiento, pero no lo es menos que en la generalidad de los casos, tal hecho, unido al cambio de destino dado por el arrendatario a la cosa arrendada, justificará la legalidad y efectividad de tal cambio de destino, la percepción de incrementos, tiene, en tal caso, el valor de un acto propio que vincula al arrendador que lo ha realizado.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y FINALIDAD: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia, sino una casación menor, cuya finalidad es la unificación de la interpretación de la LAU en el territorio de cada Audiencia.* [S. 14 de marzo de 1961; no ha lugar.]

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: JUICIO SOBRE RECLAMACIÓN DE ALQUILERES: *No cabe el recurso de suplicación en proceso iniciado ante Juzgado Municipal sobre reclamación de renta arrendaticia, ya que dicho proceso se halla regido por el Decreto de 21 de noviembre de 1952.* [S. 17 de febrero de 1961; no ha lugar.]

NOTA: Ofrece gran interés esta sentencia, porque siquiera sea en forma implícita, viene a rebatir la errónea opinión de quienes entienden que la reclamación de rentas arrendaticias debe discurrir por el cauce de los procesos especiales de la LAU y no por el del proceso común. En este punto, como en tantos otros, la hermenéutica superficial y atropellada de ciertos comentaristas —que tanta confusión ha provocado en la interpretación de la LAU— no acertó a ver que el artículo 56 de la LAU no tenía por misión afirmar el derecho del arrendador al cobro de la renta-derecho ya reconocido en el C. c. y que no había por qué reiterar en la LAU—, sino regular el desistimiento del arrendatario en la fase contractual, señalando las consecuencias del mismo en orden al pago de las rentas.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: DOCTRINA LEGAL: *Es causa de desestimación del recurso la falta de cita de la Ley o doctrina que se repute infringida; no constituye doctrina una sentencia de la propia Sala de Suplicación.* [S. 24 de enero de 1961; no ha lugar.]

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No basta citar las fechas de las sentencias que se reputan infringidas, ya que debe concretarse las alegaciones y razones. es decir, la doctrina contenida en las sentencias que se estiman infringidas.* [S. 24 de abril de 1961; no ha lugar.]

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: VICIOS DE PROCEDIMIENTO: *No puede invocarse, como motivo de suplicación, la infracción de un precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre presentación de copias, por tratarse de cuestión ajena a derechos concretos reconocidos por la LAU.* [S. 5 de julio de 1961; no ha lugar.]

Las sentencias de 3 de marzo de 1961 referentes a la pretendida infracción de norma de la Ley procesal sobre forma de redacción de la demanda, 10 marzo 1961, en relación a demanda sin fijación de cuantía, y 19 y 21 de abril 1961, afirman, igualmente, que no se da el recurso por infracción de normas procesales.

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza

Año 1961

A cargo de JULIO BONED SOPENA
Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. Derecho civil

1. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LAU: *No es asimilable a local para Casino o Círculo de recreo, el solar, cubierto en parte, que se destina exclusivamente a festivales de carácter fundamentalmente benéfico, no limitados a la temporada de fiestas del barrio, puesto que no se dedica al esparcimiento o recreo de unos asociados, sino que puede ser aprovechado por el público en general y así lo evidencia la existencia de taquillas en las puertas de acceso. (Sentencia de 18 de enero de 1961; desestimatoria.)*

2. LOCALES ASIMILADOS A VIVIENDAS: *Lo es el solar, en parte cubierto, arrendado a la Comisión de Fiestas de un barrio para destinarlo exclusivamente a festivales de carácter fundamentalmente benéfico, no limitados a la temporada de fiestas. (Sentencia de 18 de enero de 1961; desestimatoria.)*

3. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: *No existiendo más que dos viviendas en la casa, de las cuales una resulta más adecuada para albergar a la familia del actor, a menos que se realicen obras de alguna importancia pecuniaria, la selección debe recaer sobre la otra. (Sentencia de 27 de enero de 1961; desestimatoria.)*

4. DESAHUCIO POR NECESIDAD: JUBILACIÓN NO SOLICITADA DENTRO DEL AÑO DEL REQUERIMIENTO: *Siendo la causa de necesidad alegada el haber dejado de prestar servicios en una empresa privada, no se cumple con lo dispuesto en el artículo 65 de la LAU si, aparte tener cumplidos los sesenta y cinco años, la actora deja transcurrir el año, a partir del requerimiento, sin solicitar la jubilación. (Sentencia de 4 de mayo de 1961; estimatoria.)*

5. DESAHUCIO POR NECESIDAD: CONCURRE LA CAUSA DESDE EL MOMENTO EN QUE, DENTRO DEL AÑO DEL PREAVISO, PUEDE PEDIRSE LA JUBILACIÓN —SIN QUE SEA PRECISO SE HAGA EFECTIVA LA PETICIÓN— Y ELLO ENTRAÑE LA PÉRDIDA DE LA VIVIENDA QUE SE OCUPABA POR RAZÓN DEL DESTINO DESEMPEÑADO: *Hecho el requerimiento, por un año de preaviso, en 7 de agosto de 1959, a contar desde el 1.º de marzo de 1960 y presentada la demanda en 25 de octubre de 1960, es indudable que no ha transcurrido el año dentro del cual —y estando el actor en edad de pedir la jubilación— la puede solicitar. Y como el concepto de necesidad ha de determinarse y apreciarse por el Juezador atendiendo, en cada caso, a su peculiaridad, es obvio, como dicen las Sentencias del T. S. de*

28 de noviembre de 1947 y 14 de mayo de 1948, que bastará a tal fin que, por los razonamientos aducidos y por los elementos de prueba aportados, pueda aquél abrigar la convicción de que no se trata de un mero deseo caprichoso, sino de una verdadera precisión impuesta por la realidad y las circunstancias de las cosas, con finalidad lícita y útil, máxime si, como sucede, se justifica a los solos efectos de apoyar el actor su tesis, que ha presentado la solicitud de jubilación dentro del plazo de preaviso. (Sentencia de 25 de febrero de 1961; desestimatoria.)

6. DESAHUCIO POR NECESIDAD: CARGA DE LA PRUEBA: *Sentada por el actor la afirmación de que es propietario de tres pisos en un inmueble de los cuales uno es ocupado por él y los otros por el demandado y un tercero con familia más numerosa; hecho el requerimiento, con la antelación precisa, haciéndose constar estos extremos y que precisa la vivienda para un hijo suyo que ha encontrado colocación y debe residir en la ciudad con su familia; ofrecida la indemnización legal sin que el requerido formulara oposición, en principio, debe prosperar la demanda, mientras el demandado no alegue y pruebe que no son ciertos los hechos sentados de contrario.* (Sentencia de 22 de febrero de 1961; estimatoria.)

7. DESAHUCIO POR NECESIDAD: DECRETO DE 22 DE JULIO 1958, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PRESTAMOS A LOS INQUILINOS: NO ES APLICABLE POR HABERSE ADQUIRIDO EL SOLAR SOBRE EL QUE SE EDIFICÓ LA VIVIENDA FUERA DEL PLAZO DEL ARTÍCULO 1.º: *Si el terreno sobre el que se construyó la vivienda, lo adquirió el demandante el 11 de julio de 1952 y el requerimiento pidiendo para sí la misma, por necesidad, se hizo el 7 de julio de 1959, es claro que el lapso de tiempo transcurrido excede, con exceso, del plazo fijado en el artículo 1.º del citado Decreto, por lo que la omisión del precio en el requerimiento carece de virtualidad y consecuencias jurídicas.* (Sentencia de 25 de febrero de 1961; desestimatoria.)

8. IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO DE RETORNO DEL INQUILINO A LA VIVIENDA QUE DESALOJÓ: VALOR DEL CONTRATO POR EL QUE, ACCEDIENDO AL REQUERIMIENTO, LA INQUILINA DA POR TERMINADO EL ARRIENDO, ENTREGA LAS LLAVES Y CEDE CUANTOS DERECHOS LE PUEDAN ASISTIR DIMANANTES DE AQUÉL, A CAMBIO DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL: *No debe perderse de vista que el desalojo de la vivienda por parte de la arrendataria, convenido en dicho contrato, se llevó a cabo como consecuencia del requerimiento de resolución contractual verificado por el propietario y que la indemnización de dos años de renta como contrapartida, es la legal. Y por ello nunca podía renunciar, conforme al artículo 6.º de la LAU, a derechos que entonces no habían nacido, pues su origen dependía de la ocupación o no de la vivienda, por su destinatario; y al haberlo entendido así el Juegado no infringió, sino que aplicó rectamente, dicho precepto legal.* (Sentencia de 28 de enero de 1961; desestimatoria.)

9. COMIENZO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RETORNO DEL INQUILINO A LA VIVIENDA: *Si la ocupación depende de haber quedado anteriormente desocupada la vivienda, mal podía entrar en ella la hija del propietario, para quien se pidió la resolución del contrato, encontrándose, como se encontraba, viviendo allí el hermano de la inquilina. Por eso el plazo de desocupación ha*

de contarse, no desde la fecha del contrato —el 29 de octubre de 1958— por el que la inquilina, accediendo al requerimiento, daba por terminado el arriendo, recibiendo en compensación la indemnización de dos años de renta, sino desde que efectivamente quedó el piso desalojado en 3 de enero de 1960. Y como la demanda inicial se presentó el 30 de junio siguiente, es evidente que se hizo dentro del plazo del artículo 68. (Sentencia de 28 de enero de 1961; desestimatoria.)

10. DERECHO DE RETORNO DEL INQUILINO: VALOR DEL PRINCIPIO JURÍDICO DE QUE «NADIE PUEDE IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS»: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL CUANDO SE TRATA DE EJERCITAR DERECHOS DERIVADOS DE LA LAU, AUNQUE ESE EJERCICIO IMPLIQUE LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO GENERADOR DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS: No infringe el principio jurídico de que «nadie puede ir contra sus actos» la inquilina que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 68 de la LAU, intenta recuperar la vivienda, aunque hubiera pactado, con anterioridad, con el propietario dar por rescindido el arrendamiento a cambio de una indemnización, pues no hace sino ejercer un derecho independiente del contrato, que nace de la Ley, a virtud de hechos posteriores. Y por ello, aun cuando incumpliese ese convenio, por no dejar desalojado el piso dentro de los seis meses del requerimiento —pues quedaba dentro un hermano de la arrendataria— no puede decirse que el Juezador haya infringido el artículo 1.124 del Código Civil, ya que dicho incumplimiento no le priva de ejercer las acciones derivadas de la Ley. (Sentencia de 28 de enero de 1961; desestimatoria.)

11. ELEVACIÓN DE RENTAS: VIVIENDAS BONIFICABLES: Si al firmarse los contratos se hizo constar a los inquilinos que «si por la Comisaría del Paro o por la Superioridad se dictaba alguna disposición modificativa del alquiler, estos alquileres se atemperarían a lo dispuesto por la Superioridad», insertándose la condición de que «este contrato queda sujeto a las modificaciones que pudieran establecerse, en lo sucesivo, por la legislación en el régimen administrativo de las viviendas acogidas a los beneficios de casas para la clase media», es claro que la renta que se fijó en los contratos, en 31 de diciembre de 1948, fue provisional hasta que por la Comisaría Nacional del Paro se hiciera la calificación definitiva de bonificable en 26 de abril de 1949. Y habiéndose fijado en esta calificación las rentas máximas a percibir, que son las reclamadas en autos, no es dable admitir la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, rectamente aplicado, puesto que la renta, aunque pactada de una manera expresa, lo era solamente a título provisional. (Sentencia de 25 de mayo de 1961; desestimatoria.)

12. NECESIDAD: CONCEPTO: Es incuestionable que el concepto «necesidad» es de ámbito y contenido meramente jurídicos, pero su derivación y consiguiente apreciación tienen su basamento en supuestos de hecho, que constituyen el pedestal sobre el cual ha de levantarse y en definitiva se elabora para darle la atribución y consecuencia jurídicas que la Ley prevee, en conexión con el contenido contingente y variable que ese vocablo encierra, como enseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sentencia de 14 de julio de 1961; desestimatoria.)

13. NECESIDAD: CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL DE FINCAS RÚSTICAS EN LUGAR DISTINTO AL DOMICILIO: *No es realmente experimentada la necesidad «strictu sensu» por los actores, quienes después de mantener por un periodo prolongado el cultivo directo y personal de las fincas rústicas sitas en F..., con domicilio en M... tratan de obtener la resolución del contrato de arrendamiento de una finca urbana de su propiedad en F ..., que viene disfrutando el demandado, sólo desde el año 1958.* (Sentencia de 14 de julio de 1961; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. MOMENTO EN QUE DEBE ACREDITARSE EL PAGO DE RENTAS EN LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS: *Se cumple con lo prevenido en el artículo 1.566 de la LEC, cuando la interposición del recurso de apelación y la justificación de haberse hecho el pago de las rentas, se verifica en dos escritos distintos, presentados con dos días de diferencia entre sí, antes de dictarse la providencia de admisión, la que lo fue en tiempo reglamentario, a partir del primero de dichos escritos.* (Sentencia de 15 de abril de 1961: desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO DEBE ADMITIRSE POR EL JUEZ «A QUO» SI EL RECURRENTE NO CONSIGNA NI ACREDITA TENER SATISFECHAS LAS RENTAS PENDIENTES AL MOMENTO DE LA INTERPOSICIÓN: *Si el recurrente es el inquilino, la sentencia lleva aneja la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda y el subsiguiente desalojo y el recurso es de los comprendidos en el capítulo XII de la LAU, al no cumplirse con la obligación impuesta por el artículo 148, no debió admitirse aquél; por lo que, en consecuencia, procede se declare nul admitido y firme la sentencia suplicada y al no existir en la Ley especial trámite de instrucción ni ningún otro en que así pueda declararse, sino que, por el contrario, el artículo 132, párrafo 4.º, no admite dentro de la actuación de la Audiencia, otra resolución que la sentencia definitiva, es en ésta donde así debe resolverse.* (Sentencia de 3 de junio de 1961; estima indebidamente admitido el recurso de suplicación y declara firme la sentencia recurrida.)

3. COSTAS EN CASO DE ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA: *Al acogerse las excepciones de falta de personalidad, de acción y de legitimación, sin hacerse pronunciamiento sobre el fondo del asunto, debe entrar en juego el criterio de la temeridad, tanto en las instancias como en el recurso de suplicación.* (Sentencia de 25 de enero de 1961; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES PROCESALES: EXCEPCIONES DE FALTA DE PERSONALIDAD, DE ACCIÓN Y DE LEGITIMACIÓN: *Teniendo el actor y su esposa la condición jurídica de catalanes, el régimen legal que debe presidir el matrimonio, de no existir capítulos matrimoniales en otro sentido, es el de separación; y como la mitad de la casa pertenece a la esposa a virtud de adjudicación judicial, resulta patente su carácter de parafernial, no pudiendo accionar sobre ella más que la mujer; por lo que al demandar exclusivamente el marido —sin decir lo hiciera por sí y en nombre de su cónyuge— y no existiendo división ni en cuanto al dominio ni a la posesión, que permitiera*

accionar a cada uno con independencia, se da la excepción de falta de acción y personalidad.

Tampoco es viable la tesis de que entre marido y mujer existe una comunidad de bienes en cuanto a la casa y lo que pida uno de ellos beneficia a la comunidad, estando legitimados ambos, pues en el presente caso cada copartícipe tiene el dominio y administración de su parte y, en todo caso, sería preciso que quien pidiera lo hiciera para la comunidad, no en particular y sobre la totalidad de la finca, ya que entonces se incurriría en falta de legitimación. (Sentencia de 25 de enero de 1961: estimatoria.)

5. JUICIO DE DESAHUCIO POR NECESIDAD: CUESTIONES EXTEMPORÁNEAS: No se puede discutir en juicio de desahucio por necesidad la nulidad de una donación de tres pisos verificada por el actor, en favor de dos de sus hijos, opuesta por el demandado, al objeto de intentar demostrar no haberse acreditado la necesidad, por el juego del artículo 63 número 3, pues no se trata de procedimiento adecuado para hacer dicha declaración, ni se han traído al mismo a los beneficiados con la donación. (Sentencia de 22 de febrero de 1961; estimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: En el recurso de suplicación, salvo el caso de fundarse en la errónea aplicación del abuso de derecho, no pueden ser objeto de nuevo análisis los distintos elementos probatorios que, por las partes se hayan aportado a los autos, como medios considerados «ad hoc» para la justificación de sus respectivas pretensiones; pero si abarca el examen de la conjunción armónica o perfecta adecuación de la norma jurídica, en conexión con los supuestos de hecho objeto de apreciación judicial, determinando, en consecuencia, la procedencia o improcedencia de la acción entablada. (Sentencia de 14 de julio de 1961: desestimatoria.)

7. COSTAS: TEMERIDAD: CONCURRE: En el recurrente que alega como único motivo de suplicación, la carencia de fijación en la demanda de la cuantía litigiosa, siendo así que, en otrosí, debidamente firmado por Letrado y Procurador, después del cuerpo del escrito y antes de las diligencias de presentación y reparto, se expresa ser la cuantía la de 17.695 pesetas, con 80 céntimos. (Sentencia de 10 de julio de 1961: desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Protección registral del derecho de retorno.*

MORENO QUESADA, Bernardo: *El cumplimiento del legado de cosa ajena.*

HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIVÁ, Juan: *La compilación del Derecho Civil especial de Baleares.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *La servidumbre forzosa de acueducto por interés privado.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. JURISPRUDENCIA.