

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXVII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: <i>La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición</i>	481
ALFREDO MONTOYA MELGAR: <i>Sanción e indemnización: El recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo</i>	515
BERNARDO MORENO QUESADA: <i>Las disposiciones testamentarias con causa ilícita.</i>	537

Estudios de Derecho extranjero

FRANCISCO VEGA SALA: <i>La reciente reforma de la adopción en Francia</i>	565
--	-----

Bibliografía

Libros	575
--------------	-----

BOURGEOIS, A. M.: *L'exploitation agricole dans la législation recente*, por J. Bonet Correa.—DORAL, José Antonio: *La fase de seguridad en la hipoteca*, por José Luis Lacruz Berdejo.—LASERRA, G.: *La responsabilidad patrimonial*, por José Bonet Correa.—*Le statut juridique de l'enfant naturel*, por Gabriel García Cantero

Revista de revistas

Por Rodrigo Bercowitz y Antonio M. Morales Moreno	582
<i>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , a cargo de Antonio de Leyva y Andía	595

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

1. <i>El reconocimiento de filiación natural "en otro documento público" según el artículo 131 del Código Civil</i> , por Jesús Díez del Corral Rivas	600
2. <i>El principio de consolidación ante el conflicto entre dos marcas registradas</i> , por José Luis Río Barro	611

II. Sentencias 618

III. Sentencias de suplicación:

1. <i>Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid</i>	636
2. <i>Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona</i>	638
3. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia</i>	643
4. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada</i>	645

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 123.—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 XX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXVII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema y solución que propugno.* 1. El punto objeto de estudio y exclusión de otros. 2. Soluciones dadas al problema. 3. Propósito de este estudio. 4. La responsabilidad por deudas. 5. Responsabilidad por deudas con los bienes relictos y con los del heredero.—II. *Doctrina.* 6. Doctrina favorable a la responsabilidad solidaria antes de la partición. 7. Doctrina que no afronta la cuestión. 8. Doctrina contraria a la responsabilidad solidaria antes de la partición.—III. *Jurisprudencia.* 9. Observaciones sobre la misma. 10. Examen singular de los distintos fallos favorables a la solidaridad. 11. Fallos que se dicen desfavorables a la solidaridad.—IV. *Argumentos utilizables en el tema.* 12. Consideraciones sobre la doctrina y jurisprudencia examinadas. 13. Falso argumento contra la solidaridad. 14. No es argumento en pro de la solidaridad el de que el acreedor no debe soportar el fraccionamiento de la obligación del causante. 15. La no división *ipso iure* de las deudas. 16. Argumentos históricos. 17. Argumentos sobre artículos del C. c. 18. No son realmente argumentos los artículos 659, 661 y 1003. 19. Sí es argumento el artículo 1084. 20. Negación de que sea argumento en pro de la mancomunidad la relación entre los artículos 1082 y 1084. 21. El argumento sobre el artículo 1974, 2.º. 22. Otro argumento es la falta de explicación del cambio de tipo de responsabilidad. 23. Si la responsabilidad más grave (la solidaria) procediese de partir, podría evitarse no partiendo.—V. *Satisfacción de la deuda sobre los bienes hereditarios indivisos o sobre los propios de los coherederos.* 25. Necesidad de dirigirse contra todos los coherederos para obtener la satisfacción de la deuda sobre bienes hereditarios indivisos. 26. Libertad del acreedor para conseguir la satisfacción de la deuda reclamando su pago a todos los coherederos o sólo a alguno. 27. Satisfacción de la deuda sobre la participación de algún coheredero en la herencia. 28. El derecho del coheredero demandado de hacer que se cite y emplace a los demás.

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SOLUCION QUE PROPUGNO

I. EL PUNTO OBJETO DE ESTUDIO, Y EXCLUSIÓN DE OTROS.—La cuestión que trato de aclarar en el presente trabajo es la de si la res-

ponsabilidad de los herederos puros, cuando son varios, por las deudas del causante, antes de que se realice la partición, es solidaria o mancomunada.

Queda, pues, excluido el examen de:

1.º La responsabilidad del heredero único por deudas del causante. Ya que en tal caso, no hay problema (al menos a los efectos que ahora interesan), pues si es puro responde de ellas en todo momento (pues al no haber comunidad hereditaria, no se puede distinguir entre antes y después de la partición) con los bienes hereditarios y con los suyos propios (art. 1.003, C. c.); y si es a beneficio de inventario, responde de ellas sólo con aquellos.

2.º La responsabilidad por deudas del causante cuando son varios los herederos:

A) *Antes de la partición*, cuando aceptaron todos o algunos (y, en este supuesto, lo que digo a continuación se aplica sólo a éstos) a beneficio de inventario.

Entonces responden de las deudas del causante sólo con los bienes hereditarios. Pero, por lo demás, la responsabilidad de que se trata es igual a la que sobre los bienes hereditarios alcanza (en los términos que luego veremos) antes de la partición, cuando son varios, a los herederos puros.

B) *Después de la partición*. Pues, en tal caso, dispone el artículo 1.084 que dicha responsabilidad es solidaria y recae sobre todos los bienes (los que fuesen suyos personales o los que le hubiesen correspondido al partir la herencia) de cada heredero que la hubiese aceptado puramente, y sólo sobre los que recibió por partición, si la aceptó a beneficio de inventario.

3.º La responsabilidad por todo lo que no sean deudas del causante, es decir, por cargas de la herencia, o por deudas de ésta o de la comunidad hereditaria que hubiesen sido contraídas después del fallecimiento de aquél.

4.º Todo lo que, aun siendo relativo a acciones o reclamaciones que deban soportar los herederos o que puedan recaer sobre bienes hereditarios, no consista en responsabilidad por deudas del difunto (por ejemplo, reivindicación por un tercero de bienes que aquél poseía, o impugnación de actos que aquél realizó).

2. SOLUCIONES DADAS AL PROBLEMA.—Excluyendo, pues, los extremos indicados, y centrada la cuestión sobre lo dicho al principio, la solución, en sus términos más sencillos, es: según unos, la de que también antes de la partición, y, por tanto, lo mismo que después de ésta, los herederos responden solidariamente por las deudas del causante; y, según otros, la de que durante el período de indivisión los herederos responden de dichas deudas sólo mancomunadamente, en proporción cada uno a su cuota sucesoria.

Planteadas así la cosa, la solución a adoptar es, en todo caso,

simplista. Ahora bien, para resolver el tema en sus diferentes aspectos son precisas distinciones que luego haré. De momento, baste señalar que:

1.º La mayoría de los que se ocupan del problema no las hacen, resolviendo, en sus términos más escuetos, bien a favor de la solidaridad, bien al de la mancomunidad.

2.º Que la opinión más extendida en la doctrina se inclina por aquélla; criterio que es, asimismo, el de la jurisprudencia. Y que sólo una minoría de autores se deciden por la mancomunidad, citando alguno de ellos ciertas sentencias a favor de ésta, sentencias que, como se verá después, no la apoyan realmente.

3. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO.—Yo, por mi parte, quiero examinar la responsabilidad de los herederos antes de la partición, pero viendo no sólo la posición que adoptan doctrina y jurisprudencia, sino también muy principalmente los argumentos que en el tema se han utilizado o, aún sin que nadie lo haya hecho, cabe utilizar.

En particular a la jurisprudencia la analizaré a fondo, porque, como tantas otras veces, da mucha luz al objeto en estudio, el examen de bastantes de los casos resueltos, y no el mero recorte de algún trozo de Considerando que, frecuentemente, pareciendo venir literalmente como anillo al dedo en pro o en contra de algo, a lo mejor tiene, en el conjunto de la sentencia, un sentido distinto al que parece tener aislado (1).

Para el que no desee cansarse leyéndome hasta el final, y para el que no se interese por los argumentos, sino sólo por las conclusiones, quiero acélarlas estas.

4. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.—En cuanto ahora importa, basta con señalar que la responsabilidad por deudas es el estar a las resultas del no cumplimiento exacto de la obligación, es decir el tener que soportar las consecuencias que el Derecho atribuye al incumplimiento. Pero como en nuestro Derecho tal responsabilidad es patrimonial, estas consecuencias se soportan por el deudor, *sobre sus bienes* (2). Es decir, responde *la* persona, pero responde *con* sus bienes. Por eso dice el artículo 1.911 del C. c. que: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Y cuando al morir el deudor —que es el caso que aquí importa— ocupan el puesto del mismo sus herederos puros, son éstos los que responden con sus bienes de las deudas que aquél contrajo (arts. 659, 661, 1.257, 1.003). Por lo que sería como si el art. 1.911 dijese: “Muerto el deudor, del cumplimiento de sus obligaciones responden sus herederos con todos sus bienes presentes y futuros”.

(1) Por ejemplo, tal es el caso de la sentencia de 24 de noviembre 1915. Véase *infra*, núm. 11.

(2) Con afirmar que la responsabilidad *es* patrimonial, basta a mis fines. Así que no entro en si es o no *sólo* patrimonial. Cfr. HERNÁNDEZ-GIL (Antonio), *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1960, págs. 70 y 71.

5. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS CON LOS BIENES RELICTOS Y CON LOS DEL HEREDERO.—Ahora bien, desde que el deudor causante muere, y mientras que hay indivisión de la herencia, los coherederos tienen: 1.º, por un lado, su propio patrimonio personal, que les pertenece sólo a ellos, a cada uno el suyo; 2.º, y por otro, todos juntos, o sea cada uno en unión con los demás, son titulares del patrimonio hereditario.

Los de su patrimonio personal son bienes *exclusivamente* de cada coheredero. Los del patrimonio hereditario, siendo de todos juntamente, son comunes, pero como cada coheredero es uno de esos todos, son también *en parte* suyos.

Ahora bien, lo anterior presupuesto, la responsabilidad de los coherederos por las deudas del difunto durante la indivisión, puede construirse de dos formas que expongo a continuación. El resultado en ambas es el mismo, según se verá después. Razón por la que no se precisa tomar partido por ninguna de ellas. Con lo que se evita que se estime, por alguno, que es la otra, y no la adoptada, la correcta a tenor de nuestra ley (2^{bis}).

Como quiera que, según se demostrará también después, las deudas del causante no se dividen *ipso iure* entre los coherederos en proporción a sus cuotas, sino que de ellas, *por entero*, responde ilimitadamente cualquier coheredero, con los bienes de la herencia y con los suyos, la mencionada responsabilidad de los coherederos *no es mancomunada*. Esto lo doy ahora por presupuesto.

Dicho todo lo anterior, entro en el examen de las dos construcciones posibles. Son:

1.^a La responsabilidad de los coherederos antes de la partición es *solidaria*, y esta responsabilidad solidaria *alcanza* a su parte en los bienes comunes y a sus bienes propios.

Y entonces, el art. 1.003, aplicado al caso, significaría que cada heredero es responsable solidario de las deudas hereditarias *con* la parte que le corresponde de los bienes de la herencia y *con* los suyos propios.

2.^a La responsabilidad de los coherederos antes de la partición es: A) En *mano común*, en cuanto alcanza a los bienes hereditarios. Con éstos responden todos los coherederos conjuntamente (es decir, colectivamente) de la totalidad de la deuda. B) *Solidaria*, en cuanto alcanza a cada uno sobre sus bienes propios. *Con éstos* responde, pues, cada uno por sí solo de la totalidad de la deuda.

Y entonces el artículo 1.003, aplicado al caso, significaría que de la totalidad de las deudas hereditarias responden los coherederos: *todos juntos* con los bienes de la herencia, y, además, también de la totalidad, cada uno *por sí solo* con sus bienes propios.

Hasta aquí, antes de la partición. Ahora bien, cuando ésta se practica, desaparece la comunidad, y los bienes que la componían van a los patrimonios particulares de los coherederos.

(2 bis) Véase *infra* núm. 25 y nota 65 bis.

Por ello desaparece: La responsabilidad solidaria con [la parte de cada coheredero en] los bienes comunes, si es que se aceptó la primera construcción. O la responsabilidad en mano común, si es que se aceptó la segunda.

Y queda, por tanto, sólo la responsabilidad solidaria de cada heredero con sus propios bienes (si bien entre éstos están los que lo eran desde antes y los que pasaron a corresponderle a él exclusivamente por la partición).

Y esta responsabilidad es la que recoge el artículo 1.084 *para DESPUÉS de la partición*.

Ahora bien —y éste es el problema de que voy a tratar a continuación, pues lo demás lo dejo para después—, como esa responsabilidad establecida en el artículo 1.084 es *solidaria* para cada coheredero, parece que se podría intentar argumentar que puesto que tal artículo dice que es solidaria *después* de la partición, de ello se deduce que es que la responsabilidad de los coherederos es mancomunada *antes* de la partición.

Argumentación equivocada, pues la correcta es la de que el artículo 1.084 no prueba la responsabilidad contraria antes de la partición, sino que existiendo (como he señalado poco más arriba) antes de la partición dos responsabilidades (valga la expresión), la (se acepte la construcción que se acepte, de las dos expuestas) con bienes de la comunidad y la con bienes propios, el art. 1.084 se limita a hacer constar que después de la partición sólo queda esta (si bien englobando entre los bienes propios los recibidos en la partición) pues, por definición, la otra desapareció al desaparecer —mediante la partición— la comunidad y, por tanto, los bienes comunes.

Lo dicho es mi opinión sobre la responsabilidad de los coherederos antes y después de la partición (3), y sobre las deducciones que respecto a aquella cabe hacer a base de lo que dice el art. 1.084.

Más adelante desarrollaré la forma en que puede hacerse efectiva dicha responsabilidad mientras que la herencia está indivisa. así como

(3) La responsabilidad por deudas del causante (con independencia, ahora, de qué clase sea), por supuesto que, siendo de los herederos, implica el serlo; es decir, el haber aceptado la herencia (o haberla adquirido por algún hecho que la ley equipare, a este efecto, a la aceptación).

Esto puede parecer una perogrullada. Pero lo quiero señalar para mostrar el error de la sentencia de 2 marzo 1896 al decir que: "Considerando que ninguno de los artículos que se citan en el motivo segundo son aplicables al caso del presente recurso, porque los recurrentes condenados al pago de la deuda contraída por su padre, son herederos necesarios del mismo, y no se ha indicado ni tratado de probar que hayan renunciado a la herencia, ni siquiera que la hayan admitido con limitación alguna".

Hoy no hay herederos necesarios (en el sentido de que les venga impuesto serlo), ni, como parece deducirse de la literalidad de la sentencia, hay que probar que se renunció a la herencia para evitarse el pago de la deuda. Sino que es el acreedor el que ha de probar que se aceptó, para así poder reclamar su pago al heredero.

fundamentaré la afirmación de que las deudas del difunto no se dividen *ipso iure* entre sus herederos.

Ahora, a continuación, quiero examinar la doctrina y la jurisprudencia sobre si estos antes de la partición responden por tales deudas, solidaria o mancomunadamente.

E insisto en que trato sólo de la discusión sobre si hay *solidaridad* o *mancomunidad*. Dejando aparte por completo la otra, relativa a la responsabilidad con los *bienes hereditarios* antes de la partición, sobre si hay responsabilidad *solidaria*, o si en vez de ésta la hay *en mano común*. Advirtiendo que cuando la jurisprudencia o la doctrina dicen que la responsabilidad es solidaria, se trata de que están optando por la solidaridad en aquel dilema; no en éste.

II

DOCTRINA

6. DOCTRINA FAVORABLE A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ANTES DE LA PARTICIÓN.—En la doctrina, como ya indiqué, es opinión predominante la de que también antes de la partición los coherederos responden solidariamente de las deudas del difunto. Así lo sostienen de forma explícita o implícita, y razonándolo unos sí y otros no, o bien invocando que así se sigue de la jurisprudencia, autores como Castán (4), Espín (5), Royo (6), Puig Brutau (7), De Buen (8), Bonet (8^{bis}), Roca Sastre (9), Vallet de Goytisolo (10), Ginot (11), González Palomino (12), Maura (13), Mucius Scaevola (14), Manresa (15), Navarro Amandi (15^{bis}) y Ferrandis (16). Siendo de destacar especialmente los términos en que se expresan Castán, Maura y Ginot.

(4) *Derecho civil*, 7.^a ed., VI, 1.^o, Madrid, 1960, págs. 250, 251 y 317.

(5) *Manual de Derecho civil español*, 2.^a ed., V, Madrid, 1963, págs. 66 y 146.

(6) *Derecho Sucesorio*, Sevilla, 1951, pág. 327.

(7) *Fundamentos de Derecho civil*, V, 1.^o, Barcelona, 1961, pág. 378, y V, 3.^o, Barcelona, 1963, págs. 590 y ss.

(8) En COLÍN Y CAPITANT, 2.^a ed., de la trad. esp. del *Curso elemental de Derecho civil*, VIII, Madrid, 1951, pág. 590.

(8 bis) *Compendio del Derecho civil*, V, Madrid, 1965, pág. 818.

(9) En KIPP, trad. esp. del *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, V, 2.^o, Barcelona, 1951, pág. 68.

(10) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955, pág. 298.

(11) *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y foral*, en A. D. C. 1950, págs. 1073 y 1074.

(12) *La adjudicación para pago de deudas*, en A. A. M. N., I, Madrid, 1945, página 221.

(13) *Dictámenes*, III, pág. 222.

(14) *Código civil*, XVIII, 2.^a ed., Madrid, 1954, págs. 899 y ss.

(15) *Comentarios al C. c.*, VII, 6.^a ed., Madrid, 1943, págs. 794 y ss.

(15 bis) *Cuestionario del C. c. reformado*, III, Madrid, 1890, pág. 484.

(16) *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, págs. 216 y ss.

Para el primero (17): “La proindivisión no obstaculiza la reclamación de los créditos exigibles. Así, tienen los acreedores del causante el derecho de dirigirse contra los herederos conjuntamente o contra cualquiera de los coherederos que haya aceptado puramente la herencia, exigiéndole el pago por entero, o contra el que la hubiese aceptado a beneficio de inventario, exigiéndoselo hasta donde alcanza su porción hereditaria. Se infiere esto de las normas generales de los artículos 661 y 1.003 y de la del art. 1.084, que establece el principio de solidaridad entre los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario. Y lo confirma la jurisprudencia (Sentencias de 9 de enero de 1901, 3 de abril de 1903, 22 de junio de 1931, etc.) declarando que ni el art. 1.082 ni el 1.084 limitan el derecho del acreedor hereditario para ejercitar sus acciones aunque la herencia esté proindiviso”.

Para Maura (18): “Es evidente que el acreedor, que de veras sea tal, puede reclamar la deuda íntegramente contra cualquiera de los causa-habientes, pues nuestro Derecho no admite que por fallecer el deudor el crédito mude su propio ser, fraccionándose en tantas partes cuantos sean los herederos; la universalidad del título sucesorio implica solidaridad respecto de las deudas del causante”.

Y para Ginot (19): “Los arts. 1.082 y 1.084 del Código civil contienen normas relativas al derecho de los acreedores del causante en caso de pluralidad de herederos. De un ligero examen de los mismos se podría llegar a la conclusión —dice— de que existe una diferencia notable, en cuanto al derecho de los acreedores, entre la situación de comunidad y la situación resultante de la partición”.

“En la primera podría pensarse —continúa Ginot— que el derecho de los acreedores del causante queda limitado a impedir la partición, a no ser que se les pague o afiance el pago, y de ser ello así, nos encontraríamos con un patrimonio —el hereditario— que respondería en primera línea de las deudas del causante, junto con la responsabilidad personal derivada de la sucesión (art. 1.003 C. c.), cuya responsabilidad, al no establecerse expresamente la solidaridad, sería mancomunada simple por aplicación del principio general establecido en el artículo 1.137 del Código civil, siendo su consecuencia, que el acreedor tendría que dirigirse contra todos los herederos para obtener el pago de su crédito. En la segunda o sea una vez practicada la partición, que es una *res inter alios acta* para los acreedores, sería cuando entraría en juego la solidaridad de los deudores expresamente consagrada por el artículo 1.084 del Código civil”.

“Sin embargo, creemos —agrega— que la conclusión a derivar de los principios consagrados en el Código civil es otra que la que se acaba de exponer. Como se ha dicho, al producirse la sucesión, cada uno de los herederos se coloca en la misma posición jurídica que te-

(17) Ob. cit., pág. 250.

(18) Ob. cit., loc. cit.

(19) Ob. cit., loc. cit.

nía su causante, y, por tanto, cada uno es tan deudor como aquel, si bien por la concurrencia de varios herederos resulta que, en definitiva, no ha de ser uno sólo quien soporte la responsabilidad total de la deuda. La cuestión de la medida de la responsabilidad de cada uno de ellos afecta tan solo a los herederos entre sí y, por esto, las disposiciones del causante respecto a la determinación del heredero que ha de pagarlas deben ser irrelevantes para los acreedores. Sin embargo, esta doctrina está atenuada en el Código civil español desde el momento en que, según el artículo 1.084, si el heredero demandado para el pago no es el obligado a ello, según la disposición testamentaria, puede oponer al acreedor demandante un trámite procesal facultativo en él, consistente en hacer citar y emplazar al heredero obligado. En consecuencia, si el coheredero o coherederos demandados no obligados al pago por disposición testamentaria hacen uso de esta facultad, su responsabilidad será subsidiaria y solidaria. Si bien ciertas finalidades prácticas pueden abonar dicha norma, hay que reconocer que está en contradicción con el concepto de sucesión a título universal y con la continuidad inalterable del derecho en el acreedor, a pesar de los hechos ajenos a su voluntad”.

“Con esta interpretación —advierte— no se inutiliza el art. 1.082 del Código civil, ya que cabe considerar la norma contenida en el mismo como un medio legal establecido a favor de los acreedores del causante para prevenir posibles maquinaciones de los herederos”.

“El Tribunal Supremo —concluye Ginot— en varias sentencias ha reconocido la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante, aun antes de realizarse la partición”.

7. DOCTRINA QUE NO AFRONTA LA CUESTIÓN.—Además de los autores vistos, los hay que no se plantean el problema, y se limitan a glosar o repetir los arts. 1.082 y 1.084, señalando sólo que antes de la partición los acreedores (reconocidos como tales) del difunto pueden oponerse (hasta ser pagados o afianzados) a la misma, y que después de ella pueden pedir el pago íntegro a cualquier coheredero. Pero sin advertir que esto segundo también sea posible antes de la partición. Así Borrell y Soler (20), Valverde (21), etc.

8. DOCTRINA CONTRARIA A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ANTES DE LA PARTICIÓN.—Por último, hay algunos autores, como Sánchez Román, García Valdecasas (Guillermo), Puig Peña y Lacruz, que entienden que antes de la partición los coherederos responden de las deudas del difunto, no solidaria, sino mancomunadamente.

Sánchez Román (22), refiriéndose al art. 1.084, y subrayando lo

(20) *Derecho civil español*, V, Barcelona, 1954, págs. 505 y ss.

(21) *Tratado de Derecho civil español*, 4.^a ed., V, Valladolid, 1939, páginas 587 y ss.

(22) *Estudios*, 2.^a ed., VI, 3.^o, Madrid, 1910, págs. 2095 y 2096.

que dice de *hecha la partición*, y de poder exigir el pago *por entero* de cualquiera de los coherederos, afirma explicando ese artículo:

“1.º Que sus preceptos no son aplicables sino después de hecha la partición, cuando ha cesado la proindivisión de la herencia, y cada heredero se halla en posesión de su haber hereditario, siendo por esto expresivo de los efectos especiales que la partición ultimada produce respecto de los acreedores”.

“2.º Que dichos efectos sólo alteran la unidad de la obligación o deuda, por lo que se refiere al derecho del acreedor de reclamar su cumplimiento o pago, puesto que puede hacerlo por entero cualquiera de los herederos, y la modifican en el caso de que aquel o aquellos contra quien dirija su acción hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario, pues entonces sólo podrá pedirla “hasta donde alcance la porción hereditaria”, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 1.023, así como, si la aceptación de la herencia hubiera sido hecha pura y simplemente, podrá exigirla por entero de conformidad con el art. 1.003, que para este caso declara “quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios”.

“3.º Que aún siendo este art. 1.084, congruente derivación de los expresados 1.003 y 1.023, más del segundo que del primero, la prescripción de aquél no sería bastante para autorizar lo preceptuado por el 1.084, pues si bien es cierto que la aceptación pura y simple de la herencia produce en Derecho la confusión de patrimonios y responsabilidades entre el causante y el heredero, y si son éstos varios, entre todos los herederos y el causante, podría presumirse, si el Código no establecía otra cosa como lo hace, que por un criterio de analogía con lo dispuesto en el 1.137, se dividieran las responsabilidades de las deudas del *de cuius* entre sus distintos herederos y sólo de todos conjuntamente pudieran reclamarse por el acreedor, y no pedirse íntegramente de cualquiera de ellos el pago o cumplimiento de la obligación, que es lo que el art. 1.084 autoriza, convirtiendo a cada heredero en un deudor solidario de la obligación”.

García Valdecasas (Guillermo) dice (22^{bis}): “El art. 1.084 del Código civil establece la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas hereditarias, una vez hecha la partición. *A sensu contrario*, podría entenderse que mientras la herencia se halla indivisa los acreedores hereditarios no podrán exigir el pago de la deuda por entero de cualquiera de los coherederos. Sólo quedaría por saber si, al menos, podría exigir el pago de la parte correspondiente a cada coheredero”.

“A nuestro juicio —agrega— la solución más conforme con el es-

(22 bis) *La comunidad hereditaria*, en A. A. M. N., VII, 1953, pág. 267. Eso en cuanto a la responsabilidad de cada coheredero con sus bienes. Que en cuanto a la que pesa sobre los bienes hereditarios, García Valdecasas entiende que es en *mano comun* (cfr. pág. 265). Igual cabe decir de Puig Peña, que, aunque sin citarlo; se ve que toma su opinión de aquél.

píritu del art. 1.084 sería que el coheredero, mientras la herencia está indivisa, respondiera con su patrimonio personal sólo de la parte de deuda correspondiente a su participación hereditaria. Así, pues, mientras subsiste la comunidad hereditaria la responsabilidad personal de los coherederos puros sería mancomunada”.

Puig Peña se pregunta (23): “Pero ¿actuará el sistema de solidaridad? La cuestión—advierte—es discutida; pero una solución equitativa —afirma— es la dada por un sector de la doctrina, el cual considera que, mientras la herencia está indivisa, el coheredero responde con su patrimonio personal sólo de la parte de deuda correspondiente a su participación hereditaria. Mientras subsiste la comunidad en la sucesión, la responsabilidad personal de los coherederos puros es la de mancomunados simples, en el sentido del Código civil.”

Pero ha sido Lacruz el que de forma más explícita y con más acopio de argumentos ha mantenido la responsabilidad mancomunada de los coherederos antes de la partición. Primeramente (23^{bis}) afirmó contra la jurisprudencia, que entiende que incluso antes de la partición los coherederos responden como deudores solidarios, que: “Sin embargo, ni es ésta—para el período anterior a la partición— la tesis que se deduce del Código civil (el cual, en los arts. 659 y 661 dice que el coheredero sucede en los créditos y en las deudas, pero no afirma que sea acreedor o deudor solidario), ni viene impuesta por consideraciones prácticas o de equidad. El artículo 1.084 es completamente claro. La responsabilidad del heredero simple es, en principio, aunque limitada, *pro parte*, y sólo la división, al determinar la desaparición de una masa contra la que podría dirigirse el acreedor por el total de su crédito, abre paso a la solidaridad.” Y después ha vuelto a insistir, más detalladamente, en su punto de vista: “El Tribunal Supremo—dice (24)—entiende que, incluso antes de la partición, los coherederos responden como deudores solidarios por las deudas hereditarias. Mas la postura del Tribunal Supremo es endeble. Va, en primer lugar, contra la *mens legislatoris*; además, contra la *mens legis*, y finalmente no está justificada por la necesidad de resolver equitativamente un conflicto de intereses.”

“Históricamente, el artículo 1.084—continúa Lacruz—procede del 932 del proyecto del 51, que, según García Goyena, “descansa en la base de que la partición de la herencia se ha de hacer en instrumento público... y, por consiguiente, ha de saberse la porción de cada uno de los coherederos”. El precepto—añade García Goyena—encierra una grande innovación contraria al Derecho romano. Su finalidad es evitar al acreedor, que contrató sólo con el difunto, las moles-

(23) *Compendio de Derecho civil español*, IV, 2.º, Barcelona, 1966, pág. 1023.

(23 bis) En sus anotaciones a la trad. esp. del *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, pág. 268.

(24) *Derecho de Sucesiones. Parte general* (en LACRUZ-ALBALADEJO, *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, V, 1.º), Barcelona, 1961, págs. 406 y 407.

tías y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras otro a todos los coherederos. ¿No es más sencillo y justo—se pregunta García Goyena— que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su partición y quedaron obligados a garantizarse recíprocamente? En cuanto al significado del precepto está completamente claro—continúa diciendo ahora Lacruz— tanto en una interpretación literal y lógica (pues está referido exclusivamente a la época posterior a la partición, y para la anterior no se deduce lo mismo del Código civil, el cual, en los artículos 659 y 661 dice que el coheredero sucede en los créditos y en las deudas, pero no afirma que sea acreedor o deudor solidario), como en su consideración sistemática, pues los artículos 1.084 a 1.087 regulan precisamente situaciones posteriores a la partición: la situación anterior está regulada por el 1.082, y la contemporánea por el 1.083 (aún se ve ello más claro en el proyecto del 51). Finalmente, la solución del Tribunal Supremo no viene impuesta—estima Lacruz— por consideraciones prácticas o de equidad, pues el acreedor puede muy bien dirigirse contra el conjunto de los herederos o el representante de la herencia, sin molestia notablemente mayor, ni disminución de la solvencia del caudal, compensada, en todo caso, por la responsabilidad ilimitada del heredero puro y simple. Hay que inclinarse así—sostiene Lacruz— por la responsabilidad mancomunada, conforme a la antigua regla de división automática de los créditos y de las deudas, que rige, mientras no se verifique la partición, como una especie de complemento a la responsabilidad del caudal. El legislador—concluye este autor— no se propuso modificar el régimen romano imponiendo la responsabilidad solidaria, sino en el momento ulterior a la partición”.

Por su parte, los autores que, como Castán (25) y Puig Brutau (26), han recogido el parecer de Lacruz, aun opinando en contra, no han señalado argumentos con que éste pueda rebatirse.

Yo por mi parte, antes de entrar en este terreno, quiero recoger la jurisprudencia sobre el punto en discusión.

III

JURISPRUDENCIA

9. OBSERVACIONES SOBRE LA MISMA.—La jurisprudencia sobre el tema es mucho más copiosa de la que generalmente se cita por los autores, siendo Lacruz en el que pueden verse recogidas más sentencias. Incluso los que la recogen más abundante, omiten numerosos fallos, estando entre las omisiones las Resoluciones de la Dirección

(25) Ob. cit., pág. 250, n. 1.

(26) Ob. cit., V, 1.º, págs. 591 y 592.

Genral de los Registros y del Notariado, que también las hay aplicables al caso.

Además, suelen resultar omitidos los fallos más recientes (con lo que podría parecer que el problema no se ha vuelto a plantear o que el punto de vista mantenido sobre él por la jurisprudencia corresponde a un tiempo anterior, y que, a lo mejor, hoy pudiera ser que adoptase otro), recogiéndose generalmente los primeros que se dictaron y añadiendo *etc.* Procedimiento que no parece el correcto, pues si es que se trata de querer recoger sólo algunos, por haber muchos, lo preferible parece citar los más modernos, agregando que hay otros anteriores; y si, además, se quiere que quede constancia de que se mantuvo la misma jurisprudencia desde un principio, se podría, sobre señalar los más modernos, recoger también las fechas de los primeros fallos que recaeron en el tema.

Por último, si es que a continuación no aparece citada alguna sentencia que, por algún autor, haya sido invocada en el tema, es que realmente no sirve al caso.

10. EXAMEN SINGULAR DE LOS DISTINTOS FALLOS FAVORABLES A LA SOLIDARIDAD.—He aquí las Sentencias o Resoluciones en favor de la solidaridad (27):

Sentencia de 23 octubre 1899 (dictada para el Derecho anterior al Código civil).

Sentencia de 9 de enero de 1901, en la que el T. S., frente a la alegación del recurso de casación de que el art. 1.084 sólo es aplicable después de hecha la partición, dijo que este artículo “*no subordina el ejercicio de la acción [del acreedor contra los herederos del deudor] al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que, consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquier de los herederos puros*”.

Sentencia de 3 abril 1903, según cuyo penúltimo Considerando: “Con sujeción a lo prevenido en el art. 1.084 del Código civil, tal y como fue interpretado por reciente jurisprudencia, *cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, y en su virtud, hubiérase practicado o no la partición de los bienes relictos* por el principal deudor, según la escritura de 6 de octubre de 1864, y por sus hijos del primer matrimonio también obligados mediante la escritura de cesión del crédito de 2 de diciembre de 1873, hecha por el primer acreedor al actual recurrente, pudo este dirigir su acción contra el ejecutado en concepto de heredero puro de los tres causantes, y al mismo tiempo de poseedor de los bienes hipotecados, los cuales si correspondían a una herencia ya-

(27) En apoyo de ésta se cita por alguno la de 17 marzo 1910. Pero realmente no lo es porque, si bien hace afirmación de la solidaridad, esto hay que aplicarlo al caso que resolvió, que era de después de hecha la partición; y lo que la sentencia realmente acoge es el derecho del coheredero que paga al acreedor, a reclamar sus partes de los demás.

cente, el [demandado] tenía expedito su derecho para que sus copartícipes en la sucesión fueran citados y emplazados”.

Sentencia de 2 de octubre de 1907, en la que el T. S. vuelve a insistir en la solidaridad, tratándose, en el caso, de una herencia indivisa.

Sentencia de 21 de febrero de 1911, en la que si bien, ni aún estudiando los Resultandos, no se ve si se trata de caso en el que se había hecho o no la partición, sin embargo, las afirmaciones de responsabilidad solidaria que hace el T. S., las hace *por ser herederos* los interesados. Con lo que queda patente que valen también para antes de practicarse la partición.

Sentencia de 28 de enero de 1919, que en un caso de indivisión insiste en el carácter solidario de las obligaciones (Considerando 1.º) y señala que por el art. 1.084, “*aún* hecha la partición, podrán exigir [los acreedores] el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos” (Considerando penúltimo). Lo que significa, pues, no que la solidaridad existe *por* y *desde* la partición, sino que existe *por* y *desde* la sucesión, y que no se rompe ni siquiera por la partición.

Sentencia de 6 de julio de 1920 que señala que: “La jurisprudencia de este Supremo Tribunal ha consagrado como doctrina el principio de que *cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias*, facultando al acreedor para reclamar la deuda, por entero, de cualquiera de los herederos puros” (Considerando último).

Resolución de 21 de febrero de 1923, según la que: “Entre las distintas personas llamadas a la sucesión de otra fallecida, se establece, por el hecho de la muerte del causante y aceptación pura, sin distribución de la herencia, una comunidad forzosa, de caracteres específicos, que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la representación del *de cuius* y de la *solidaridad con que responden de sus obligaciones...*” (Considerando 3.º).

Resolución de 30 de junio de 1927, según la que: “Considerando que este resultado, producido por los factores familiares, ...por la *responsabilidad solidaria de los herederos* y por la continuidad de la situación en mancomún...”

Sentencia de 3 de enero de 1928, que en caso de indivisión, y contra el Motivo 2.º del recurso, en el que, por tratarse precisamente de indivisión, se pretendrá excluir la aplicación del art. 1.084, declara la procedencia de esta (Considerando último).

Sentencia de 23 de febrero de 1929, donde se declara que los herederos (los recurrentes) “*tienen siempre la consideración de deudores solidarios en las obligaciones de su causante*” (Considerando último).

Sentencia de 17 de diciembre de 1930, cuyo Considerando 2.º dice que “*constando... que la herencia está indivisa, es aplicable al caso el art. 1.084 del Código civil, conforme al que la responsabilidad de*

dichos herederos es solidaria puesto que puede exigirse íntegramente de cualquiera de ellos” (28).

Sentencia de 22 de junio de 1931, cuyo Considerando penúltimo, de nuevo viene a insistir, contra el Motivo 2.º del recurso, en la aplicación del art. 1.084 antes de la partición.

Dicho Motivo (29) alegó que: “En primer lugar, se infringe el artículo 1.084 del Código civil, según el cual, para que un acreedor pueda reclamar la deuda entera a cualquiera (no a todos) de los herederos, ha debido hacerse la partición de bienes, lo que no ha ocurrido en el caso del pleito. Si la partición no se ha hecho, el derecho del acreedor está regulado por el art. 1.082, y debe exigirse el pago de todos los herederos (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1915)”. Así que el Motivo cita contra la solidaridad antes de la partición, la Sentencia de 24 de noviembre de 1915 que, como ya se verá realmente no es apoyo contra la solidaridad.

Y, por su parte la sentencia, en el citado Considerando penúltimo, dice que: “De igual modo es de rechazar el segundo motivo, ya que la sentencia no infringe los arts. 1.084 y 1.082 del Código civil, pues dichos preceptos, según tiene declarado esta Sala, no restringen, ni en modo alguno limitan el derecho del acreedor hereditario para ejercitar las acciones derivadas de su título, puesto que el último no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede o no utilizar a su libre albedrío, y el primero *no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido*, sino que, *consagrando el principio de cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias*, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de aquellos”.

Resolución de 16 de octubre de 1933, que refiriéndose (en su Considerando 2.º) a la comunidad hereditaria, es decir a mientras dura la indivisión de la herencia, dice que los coherederos *responden solidariamente de las obligaciones del de cuius*.

Sentencia de 12 de julio de 1935 en la que no se dice expresamente que antes de la partición es solidaria la responsabilidad de los co-

(28) Dice ese mismo Considerando que “no constando que estos herederos [los demandados] se acogieron al beneficio de inventario, antes bien que la herencia está indivisa, es aplicable al caso el artículo 1084 del Código civil conforme al que la responsabilidad de dichos herederos es solidaria, puesto que puede exigirse íntegramente de cualquiera de ellos, por lo que conforme al párrafo segundo de la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha podido lícitamente acudir al actor demandado a los herederos ante el Juez del domicilio de cualquiera de ellos”.

Y a ese respecto he de decir que el T. S. no acierta al apoyar su fallo en que no consta que los herederos se acogieran al beneficio de inventario, pues aunque lo hubieran hecho, no por ello habrían dejado de ser deudores solidarios, y proceder la aplicación de LEC 62, 1.ª, párrafo 2.º, ya que, como he dicho antes (*supra*, número 1), y por otro lado es obvio, el beneficio de inventario limita los bienes con que se responde, pero no modifica el carácter (solidario o mancomunado) de la responsabilidad.

(29) *Jurisprudencia civil*, tomo 200 (3.º de 1931), págs. 347 y 348.

herederos, pero en la que (alegando el T. S. la ausencia de argumentos en contra, de carácter sustantivo) se mantuvo (en caso de herencia indivisa, en que la obligación en que sucedieron los herederos era la de rendición de cuentas que debía el causante) la condena solidaria que había decretado el Tribunal inferior.

Sentencia de 27 de marzo de 1957, que en caso de herencia indivisa proclama la solidaridad con que están obligados los coherederos al cumplimiento de la obligación contraída por el causante, manteniendo la condena solidaria que había fallado el Tribunal inferior.

Sentencia de 15 de octubre de 1962, en que con ocasión de deuda contraída, no por el causante, sino por la comunidad hereditaria, señala ser solidaria en el caso, y viene a establecer, además, que la responsabilidad solidaria de los coherederos (por deudas del causante) se funda, sobre el art. 661 del C. c., en el carácter de coherederos.

Y, finalmente, Sentencia de 17 de marzo de 1966, en la que, si bien resolviendo un caso que no era exactamente el del tema en estudio, dijo el T. S. que durante la comunidad hereditaria se agrupan las relaciones patrimoniales activas y las deudas y obligaciones procedentes del *de cuius*, "de las que *solidariamente responderán* sus [sujetos] componentes (art. 1.084)" (Considerando penúltimo).

II. FALLOS QUE SE DICEN DESFAVORABLES A LA SOLIDARIDAD.—Se citan por algunos como desfavorables a la solidaridad las Sentencias de 24 de noviembre de 1915 y 20 de noviembre de 1929, y la Resolución de 28 de marzo de 1944 (30):

Realmente ninguno de los tres fallos está contra la solidaridad. Sin embargo, como el que más lo parece es el primero, voy a examinar rápidamente los otros dos, y dejaré aquel para estudiarlo después con más detalle.

La Resolución de 28 de marzo de 1944 ni decide en un caso como

(30) FERRANDIS, ob. cit., pág. 216, nota 28, cita la primera, después de recoger las favorables a la solidaridad. ROCA, en ob. cit., pág. 68, después de recoger asimismo la jurisprudencia favorable a la solidaridad, no dice que sea adversa la ahora citada, sino que se limita a advertir que se "confronte" (Cf.) la sentencia de 24 noviembre 1915 y la R. de 28 marzo 1944. Pero ello significa que en alguna forma se la entiende discrepante de la anterior.

LACRÚZ, *Derecho de sucesiones*, cit. pág. 406, nota 7, sí que especifica, también después de recoger la jurisprudencia favorable a la solidaridad, que: "Con todo, hay alguna decisión contradictoria. Según la S. 24 noviembre 1915, el artículo 1084 presupone que se ha practicado la partición, y es por tanto inaplicable si consta que no llegó a efectuarse". Y agrega luego —en esa línea de "decisiones contradictorias" de la jurisprudencia pro solidaridad—: "La S. 20 noviembre 1929 afirma que el artículo 1084 se limita a conceder facultad a los acreedores para exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos una vez hecha la partición, y hasta que no se haga, no habiendo representante legal de la herencia, es necesario dirigir la acción contra todos los herederos que hayan de cumplir las obligaciones del causante, en virtud del principio según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Vid. también R. 28 marzo 1944."

el en estudio ni hace afirmaciones para el mismo. Simplemente dice que “los artículos 1.084 y siguientes del Código civil establecen las normas a las cuales *hecha la partición* han de acomodarse los acreedores para hacer efectivos sus créditos” (Considerando 5.º). Lo que es únicamente copiar el art. 1.084. Y no tiene, en absoluto, por fin expresar que *antes* de la partición no sea aplicable tal 1.084 y la solidaridad, sino —en cuanto ahora importa— manifestar que en el caso, en el que ya se había hecho la partición y practicado una adjudicación para pago de deudas, si aun fue aquella insuficiente para el pago de estas, los acreedores pueden dirigirse contra los coherederos, que les están obligados solidariamente, pero que no es admisible que con el fin de aumentar la adjudicación, para poder atender las deudas insatisfechas, el contador y el albacea puedan modificar la partición ya formalizada y protocolizada (31).

La Sentencia de 20 de noviembre de 1929 tampoco niega que antes de la partición sea solidaria la responsabilidad de los coherederos por las deudas del causante. En el caso se trataba, no de reclamación del acreedor para cobro de lo que el causante le debiese, sino de ejercicio de acción de invalidación de un contrato otorgado por dicho causante y de reivindicación (discutida) de bienes que estaban en la herencia todavía indivisa, y que el reclamante alegaba corresponderle. Y la sentencia al decir que “tratándose de actos y obligaciones del causante difunto, es necesario dirigir la acción cuando no hay representante legal de la herencia, contra todos los herederos que hayan de cumplir aquellas, en quienes radica la plena representación de ella por el principio, a que se ha tenido la sentencia, de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”, lo que pretende no es —aunque quepa decir que no expresa con toda corrección— que antes de la partición hayan de ser demandados todos los coherederos para el cumplimiento de una deuda que el causante tuviese, sino que los actos celebrados por éste no sean invalidados, o bienes concretos que formen parte de la herencia indivisa no sean concedidos al demandante, sin que venza a todos los coherederos (ya que hasta la partición corresponden a todos estos). Especialmente en el caso litigioso, en el que no se demandó a ningún heredero como tal, sino sólo a un hijo de la causante por haber intervenido en representación de esta en el acto atacado.

Por último la Sentencia de 24 de noviembre de 1915 tampoco está contra la solidaridad antes de la partición, a pesar de que lo parezca.

(31) Por eso dice la R. que “el procedimiento utilizado [rectificar la partición y aumentar la adjudicación para pago de deudas] no se ajustaría a los preceptos aplicables al supuesto de existir deudas impagadas [precepto que simplemente permite al acreedor exigir solidariamente su pago a todos los coherederos]” (Considerando 5.º).

Voy a demostrar lo que afirmo:

La Sentencia en su Considerando 3.º dice que: “..... porque el propio art. 1.084 de dicho Código, que se supone erróneamente interpretado y constituye la clave de la resolución del problema jurídico, presupone se encuentre practicada la partición.” Frase de la que, naturalmente, si sólo se leen los Considerandos, se saca la convicción de que el T. S. está afirmado que puesto que el 1.084 no se aplica antes de la partición, sin esta no hay solidaridad (31^{bis}).

Ahora bien, realmente, las apariencias engañan también en el caso presente, y lo que persigue la frase que utiliza el T. S., no es decir que antes de la partición no hay solidaridad, sino rechazar —por entender que fueron demandados todos los coherederos— el Motivo 3.º del recurso que, *aceptando tal solidaridad antes de la partición*, alega, sin embargo, que ello no quiere decir que la deuda no reclamada a todos los coherederos (pues parte de la base de no haber sido demandados todos) pueda ser hecha efectiva sobre los bienes hereditarios indivisos, ya que estos pertenecen a todos y no sólo a los demandados.

En efecto, se trataba de una herencia indivisa y de unos coherederos, los recurrentes, que mantenían que no habiendo sido demandados ellos, por el acreedor del difunto, procedía la nulidad del correspondiente juicio ejecutivo seguido por este para hacer efectivo su derecho sobre los bienes hereditarios, alegando, en el Motivo 3.º del recurso que “en cuanto la Sala sentenciadora funda la denegación de la nulidad de aquel juicio ejecutivo en que los recurrentes eran deudores solidarios, infringe por interpretación errónea los arts. 1.084 y 1.144 del Código civil, y por falta de aplicación los 661 y 899 del mismo Cuerpo legal, *pues de esos preceptos rectamente interpretados, se deduce que el acreedor puede reclamar el total de las deudas hereditarias de uno o de varios de los herederos, pero de ningún modo que, entablada la acción contra uno, pueda hacerse efectiva la sentencia en los bienes de los que no han sido emplazados ni condenados*” (32). O sea que lo que los coherederos que dicen no haber sido demandados alegan es, no que antes de la partición no hay responsabilidad solidaria, sino que habiéndola ciertamente como la hay (ya que estando en indivisión y refiriéndose a la aplicación de la ley a ella, dicen que de los correspondientes preceptos rectamente interpretados se deduce que

(31 bis). Esta convicción creo que se saca, como digo, del párrafo transcrito de la sentencia. Ahora bien, hay quien refuerza aún más la expresión del T. S., entrecomillado, como dicho por la sentencia, algo que ésta no dice realmente. Así, FERRANDIS, ob. cit., pág. 216, nota 28, le atribuye lo siguiente: “Este artículo [el 1084] presupone que se ha practicado la partición y es, por tanto, inaplicable si consta que no llegó a efectuarse”. Otros, como LACRUZ, ob. cit., pág. 406, nota 7; SANTAMARÍA (*Comentarios al C. c.*, Madrid, 1958, I, pág. 1013); MANRESA, ob. cit., VII, pág. 798, etc., transcriben lo mismo, pero sin entrecomillar.

(32) *Jurisprudencia civil*, tomo 134 (3.º de 1915); p. 703.

el acreedor puede reclamar el total de las deudas hereditarias *de uno* o de varios de los herederos), lo que no es posible es que tal responsabilidad se haga efectiva en bienes (como lo son los hereditarios, que pertenecen a *todos* los coherederos) de quienes por no haber sido demandados no han sido emplazados ni condenados. En conclusión, se acepta la solidaridad anteparticipacional, pero se pide que la deuda se haga efectiva sólo sobre bienes del deudor (o deudores) solidario contra el que el acreedor se haya dirigido. Lo que, sin duda, es razonable.

En resumen, en el pleito objeto de la Sentencia de 24 de noviembre de 1915, el T. S. resolvió un recurso de casación en un supuesto en el que el Tribunal inferior condenó como deudores solidarios a los coherederos antes de la partición, y los condenados recurrentes aceptaron el fallo en ese aspecto.

Luego, se ve claro que lo que dice en tal sentencia el T. S. sobre el art. 1.084 no puede tender a significar que no hay solidaridad antes de la partición (32^{bis}).

IV

ARGUMENTOS UTILIZABLES EN EL TEMA

12. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EXAMINADAS.—He recogido la jurisprudencia y la doctrina sobre la solidaridad antes de la partición, de los coherederos por las deudas del causante, y he aclarado incluso que no son adversas a tal solidaridad las dos sentencias que se han invocado en su contra. Mas, no pretendo ni defender esa solución porque la hayan adoptado la jurisprudencia y la doctrina, ni argumentar que a base de tales abundantísimas jurisprudencia y doctrina, hay que inclinarse por aceptar la repetida solidaridad. Eso (aunque, sin duda, como argumento lo es de máximo peso) sería bien pobre para objetivo de este trabajo ya que: En cuanto a la jurisprudencia, aún recogiendo menos sentencias que las aquí citadas, los autores, como no podía ser menos, están de acuerdo en que opta por la solidaridad. Y en cuanto a la doctrina: mi esfuerzo se habría limitado a mostrar cómo la inmensa mayoría de los autores optan, también, por aquella.

Ahora bien, lo que me propongo es, después de haber recogido esas doctrina y jurisprudencia, demostrar no ya que prevalecen, sino que *deben* de prevalecer porque llevan razón e interpretan acertadamente la Ley, ya que aunque ni la una ni la otra se hubiesen pronunciado sobre el tema, existen, como expongo a continuación, argumentos suficientes para apoyar la conclusión que ellas acogen.

(32 bis) Véase también lo que dice PUIG BRUTAU, ob. cit., V., 3.º, p. 593.

13. FALSO ARGUMENTO CONTRA LA SOLIDARIDAD.—Algún autor apunta, aunque luego lo rechace (33), que cabría pensar, como argumento contra la solidaridad, en el art. 1.137 del C. c., pues la responsabilidad de los coherederos, al no disponerse expresamente tal solidaridad, podría estimarse mancomunada por aplicación del principio general establecido en ese artículo. Y algún otro, como Sánchez Román (34), recoge igual razonamiento, admitiendo (con referencia a después de la partición) que si no fuese porque la solidaridad la dispone entonces el art. 1.084, podría presumirse, por lo establecido en aquel artículo, que la responsabilidad fuese mancomunada. Ahora bien, aunque Sánchez Román no agrega más, sin embargo, siguiendo el hilo de su razonamiento, habría que concluir que, puesto que, según él, el art. 1.084 se aplica exclusivamente después de la partición, antes de esta tiene plena vigencia el argumento sobre el 1.137 a favor de la mancomunidad.

Veamos lo que hay realmente:

En efecto, a primera vista puede que impresione el decir que debe aceptarse la mancomunidad a base del argumento de que el Código no establece expresamente la solidaridad de los coherederos antes de la partición, y de que los arts. 1.137 y 1.138 sientan la mancomunidad como regla, señalando aquel que la solidaridad sólo procede “cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de soliciaria”.

Ahora bien, fácilmente se deshace esa argumentación, de la siguiente forma:

De entrada, se puede decir que los arts. 1.137 y 1.138 no vienen a nuestro caso, sino al de nacimiento o creación de la obligación. De manera que esta, que ya estaba constituida (mancomunada o solidariamente a cargo del difunto y de otros, o siendo en ella el difunto el único deudor), no se trata ahora de ver si nace o no solidaria, sino de ver si, debiendo el difunto, su deuda se fracciona o no al morir él y pasar a sus herederos. Ahora bien, esta cuestión de si hay o no fraccionamiento, hay que dilucidarla, no por los arts. 1.137 y 1.138, sino por las reglas que el Código adopte sobre la sucesión en las deudas.

No obstante, aún cabe que se arguyese que, a pesar de ser cierto lo dicho, sin embargo, la invocación de los arts. 1.137 y 1.138 a favor de la no solidaridad de los coherederos se hace, no porque sean directamente aplicables, sino en cuanto que muestran el espíritu de nuestra ley como contrario a toda solidaridad que no conste claramente.

Este razonamiento tiene igual respuesta que el anterior: es decir, aquí no juega el espíritu legal sobre la solidaridad, sino que sólo ha de jugar el espíritu legal sobre la sucesión en las deudas, y ni siquiera

(33) Así, GINOR, ob. cit., en loc. cit., pág. 1073, y GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., en loc. cit., pág. 220.

(34) Ob. cit., pág. 2096.

ra de una forma mediata puede optarse por que, si la cuestión es dudosa, aquellas se reciben íntegramente por cada heredero o por cada uno según su cuota, según que la ley dé preferencia al principio de solidaridad o al de mancomunidad, pues hacer tal cosa sería confundir las dos cuestiones distintas señaladas, es decir, la relativa al nacimiento (como unitaria o como en partes) de la deuda, y la relativa a si se fracciona o no al heredarse por varios.

Con esto bastaría. Pero para el que no quede convencido con esas razones, hay otra, de por sí sola decisiva: la de que aun admitiendo (lo que sólo hago a efectos de razonamiento) que los arts. 1.137 y 1.138 alcanzasen el caso en estudio, no puede olvidarse que aunque sientan como regla la mancomunidad, admiten, sin embargo, la solidaridad cuando ha sido *efectivamente querida* por las partes o por la ley (aunque no haya sido establecida expresamente). Y, como se demostrará después, el espíritu de nuestro Código, aunque su letra sólo hable expresamente de solidaridad *después* de la partición, es sin duda, acogerla también antes.

Por supuesto, que no voy a entrar ahora en el punto suficientemente claro en doctrina y jurisprudencia, de que el sedicente establecimiento *expreso* de la solidaridad exigido literalmente por la ley, significa sólo que *efectivamente* (y aunque sea de forma tácita) haya habido voluntad de las partes; si la obligación es voluntaria, de establecerla, o que, si es legal, sea tal el espíritu de la ley, aunque no lo diga esta explícitamente (35):

14. NO ES ARGUMENTO EN PRÓ DE LA SOLIDARIDAD EL DE QUE EL ACREEDOR NO DEBE SOPORTAR EL FRACCIONAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL CAUSANTE.—Con frecuencia se ha afirmado que el acreedor no debe de soportar los inconvenientes del fraccionamiento de la obligación del causante.

García Goyena decía (36): “El acreedor contrajo con sólo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer molestias y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras a otro a todos los coherede-

(35) Sobre el tema puede verse, principalmente, HERNÁNDEZ GIL (Antonio), *El principio de la no presunción de la solidaridad*, en R. D. P., 1947, págs. 91 y ss.; ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en A. D. C., 1963, págs. 345 y ss.

La presunción de no solidaridad alcanza, desde luego, a obligaciones voluntarias y legales (v. el trabajo mío citado, pág. 361), y en ambos casos la solidaridad puede establecerse tácitamente, con tal de que sea efectivamente querida o dispuesta.

Ahora bien, aun aceptando que los artículos 1137 y 1138 fuesen aplicables al caso en estudio, no se podría decir que éste es de obligación solidaria legal (porque hay una norma legal que deroga para el caso la regla de no solidaridad), sino de obligación (de origen legal o voluntario, según lo fuese el de la que tenía el causante) que al heredarse se hace solidaria por disposición de la ley, al pasar a tener varios deudores.

(36) *Concordancias, motivos y comentarios del C. c.*, Madrid, 1852, II, pág. 281.

ros, que tal vez sean de distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos? Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma serie de demandas con la engorrosa subdivisión de la parte del insolvente entre los demás y en la misma proporción hereditaria. ¿No es más sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su partición, y que quedaron obligados a garantizarse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio mientras no se le exija más de lo que percibió del difunto”.

Estas afirmaciones se encuentran anteriormente en otros autores, principalmente extranjeros, y también después sobre nuestro Código civil.

Realmente, lo de tales molestias e inconvenientes vale igual para antes de la partición. Y en tal caso, si el acreedor pretende cobrar sobre los bienes hereditarios, no pueden evitarse, ya que siendo estos comunes no cabe conseguir ejecución sobre ellos sino dirigiéndose contra todos sus titulares (los coherederos) o el representante de la herencia.

Ahora bien, las repetidas molestias que, como dice Lacruz (37), no son notablemente mayores, no son argumento contra la responsabilidad solamente mancomunada de los coherederos, sino sólo explicación de la razón de conveniencia de la solidaridad, justificación de por qué debe de haberla (ya que es útil para cobrar íntegramente sobre los bienes propios de cualquier coheredero aislado), y sostén en pro de que sea establecida, pero no argumento en apoyo de que lo esté efectivamente en un Derecho positivo.

15. LA NO DIVISIÓN “IPSO IURE” DE LAS DEUDAS.—El primer argumento en pro de la responsabilidad solidaria antes de la partición, argumento suficiente para demostrarla de por sí sólo, es el de que al morir el causante sus deudas no se dividen *ipso iure* entre los coherederos.

Ahora bien, no dividiéndose aquellas, y sucediendo estos en *todos* los derechos y *obligaciones* del difunto (art. 661) con responsabilidad ilimitada por los mismos (art. 1.003), es innegable que no se puede hablar de responsabilidad mancomunada reducida a la parte de deuda que corresponda a la participación de cada uno en la herencia.

Así que, por el contrario, la responsabilidad es solidaria, antes o después de la partición, aunque para antes no lo diga literalmente el Código, como lo dice, en el art. 1.084, para después.

Todo lo anterior requiere la demostración —que paso a hacer— de la no división *ipso iure* de las deudas, al morir el causante:

Lacruz (38) entiende que en nuestro Derecho antes de la partición

(37) *Derecho de sucesiones*, cit. pág. 407.

(38) *Derecho de sucesiones*, cit. pág. 407.

sigue rigiendo el régimen romano de división automática de los créditos y las deudas, pues “el legislador —dice— no se propuso modificar el régimen romano imponiendo la responsabilidad solidaria sino en el momento ulterior a la partición”.

Pero tal opinión es aislada e inaceptable, como se verá, además de encontrarse contradicha por el propio Lacruz, que, en otro lugar (38^{bis}), afirma que el art. 1.084, como dice García Valdecasas (Guillermo), “deja sentado implícitamente que las deudas del causante no se dividen de derecho entre los coherederos en el momento de adquirir éstos la herencia, pues dicho efecto es radicalmente incompatible con la responsabilidad solidaria que, en términos generales, sanciona para todas las deudas hereditarias”.

Por el contrario, hay que adscribir a la tesis de que ni antes ni después de la partición existe división *ipso iure*, a todos los autores, que como señalé (39) son la abrumadora mayoría, que opinan en pro de la responsabilidad solidaria en todo momento, ya que esta responsabilidad implica aquella indivisión.

Mas, aún hecha omisión de quienes por la razón expuesta se ve que mantienen, aunque sea tácitamente, la tesis que estoy defendiendo, y limitándome a señalar quienes la acogen *expresamente*, indicando cómo en este punto nuestro Derecho se apartó del romano, he de citar a Castán, según el que caben dos soluciones en el caso de haber varios herederos: “Entender divididas *ipso iure*, las obligaciones entre los herederos, desde la apertura de la sucesión, proporcionalmente a sus respectivos derechos o participaciones hereditarias (sistema del Derecho romano y de la mayoría de las legislaciones latinas, como Francia, Italia, Argentina y Chile) o considerar esas obligaciones como indivisibles con relación a los acreedores y hacerlas recaer por entero sobre todos y cada uno de los herederos (legislaciones del grupo germánico). Este último sistema —que ofrece la ventaja de evitar a los acreedores dividir su acción en tantas partes como herederos, con los gastos y riesgos inherentes a tal división— es —acaba dicho autor— el aceptado por nuestro Código civil” (40). Y he de citar también a Puig Brutau (41), González Palomino (42), Espín (43), García Valdeca-

(38 bis) Ob. cit., pág. 343.

(39) *Supra*, notas al n.º 6.

(40) Ob. cit., pág. 318.

(41) Ob. cit., V, 1.º, pág. 378.

(42) Ob. cit., loc. cit., pág. 221.

(43) Ob. cit., pág. 66.

sas (Guillermo) (44), Ginot (45), Maura (46), Manresa (47), Ferrandis (48), Navarro Amandi (49) y Díez Picazo (50).

Por otro lado, también la jurisprudencia sobre el C. c. está contra la división *ipso iure* de las deudas al morir el causante. Así lo implica, desde luego, la ya vista que mantiene la solidaridad antes de la partición, pero, es que, además, en algunas de esas sentencias o en otras, hay afirmaciones incompatibles aún más particularmente con dicha división *ipso iure*. Así cuando la de 9 de enero de 1901 dice que antes de la partición cada heredero es responsable de las deudas hereditarias y está facultado el acreedor para reclamarlas por entero de cualquiera de ellos (Considerando 1.º). O cuando la de 7 de marzo de 1912 (Considerando 1.º) dice que los créditos del difunto pasan a ser *propiedad colectiva* de los herederos. Lo que es rechazar la división *ipso iure* de los créditos, y muestra el abandono del principio romano de división de estos y de las deudas. O cuando la de 12 de julio de 1935 dice (Considerando penúltimo) que “para que pudiera tener alguna beligerancia la posición del recurrente sería preciso que... lograse demostrar el principio jurídico (que parece supuesto básico del recurso) de la división de pleno derecho de las deudas del causante entre todos los herederos; y como la verdad es que no se ha llegado a plantear directamente en la instancia ni en el propio recurso, dicha cuestión, y no cabe, por consiguiente, partir de la aplicación de un principio que ni está reconocido como propio de nuestra legislación Civil patria...”.

Y no sólo está contra la división *ipso iure* la jurisprudencia sobre el Código, sino que hasta alguna sentencia relativa al Derecho anterior, entiende que tampoco este acogía tal división. Así la de 23 de octubre de 1899, que frente al Motivo 5.º del recurso en el que se alegaba “infracción del principio de Derecho, *nomina es debita haereditaria ipso iure inter cohaeredes sunt divisa*, reconocido en muchas leyes, entre otras, categóricamente, en las 17, tít. 3.º, y 1.ª y 2.ª, título 15, Partida 6.ª” (51), sienta, en el Considerando 5.º, que “ninguna de las leyes que se citan [en aquel Motivo] para impugnar la condena solidaria se ocupa del asunto, y que la doctrina de Derecho que se invoca al mismo propósito y debió corroborarse con ley distinta, establece el principio, respetando siempre las disposiciones especiales, sólo para los contratos, no para las sucesiones, las cuales se rigen, entre otras, en este punto por la ley 14, tít. 3.º, Partida 6.ª,

(44) *La comunidad hereditaria*, en A. A. M. N., VII, Madrid, 1953, pág. 264.

(45) Ob. cit., loc. cit., págs. 1072 y ss.

(46) Ob. cit., pág. 222.

(47) Ob. cit., VII, págs. 794 y ss.

(48) *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, págs. 126 y ss., en particular 145 y ss.

(49) Ob. cit., pág. 484.

(50) *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, pág. 147.

(51) *Jurisprudencia civil*, tomo 88 (3.º de 1899), pág. 162.

a cuyo título y Partida se refieren también los [recurrentes] para fundar este motivo, preceptivo de que cuando hay dos herederos, *amos de so uno son tenudos de responder a las debdas del facedor del testamento*, por todo lo cual resulta infundado el Motivo 5.^o.

Por último, el Proyecto de 1851, precedente inmediato del Código, sin duda que es adverso a la repetida división *ipso iure*. Y como dice García Goyena (52) comentando el art. 932 del mismo (equivalente al 1.084 del C. c.): “Encierra una grande innovación contraria al Derecho Romano, en el que los créditos y deudas de la herencia *ipso iure divisa erant*, ley 2, párrafo último, título 2, libro 10 del Digesto, y 6, título 36, libro 5 del Código; por manera, que cada uno de los coherederos no podía demandar sino por su porción hereditaria”.

16. ARGUMENTO HISTÓRICOS.—Otros argumentos a favor de la responsabilidad solidaria, incluso antes de la partición, de los coherederos, son los de que:

1.^o Según la citada Sentencia de 23 de octubre de 1899, en el Derecho anterior al Código se acogía, en todo caso, dicha responsabilidad solidaria de los coherederos, ya que a tenor de P. 6, 3, 14 cuando hay dos herederos, “*amos de so uno son tenudos a responder a las debdas del facedor del testamento*”.

Así que, aunque se estime que tal sentencia es equivocada, sin embargo, ello no impide que sea indiscutible que, después de publicado el C. c. (ya que la sentencia es de 1899), el T. S. cree que en el Derecho anterior la mencionada responsabilidad era solidaria. Creencia que —equivocada o no— viene a reforzar la admisión de tal solidaridad en la interpretación que se da al C. c.

2.^o La aceptó el Proyecto de 1851 que es exactamente igual que el Código en los artículos que pueda entenderse valgan para resolver el problema. Así el 1.082 del Código es copia del 913 del Proyecto, el 1.084 del 932, y el 1.974, 2.^o, del 1.989.

Para corroborar que la aceptó, véanse los comentarios de García Goyena a los tres correspondientes artículos del Proyecto (53). Cualquiera de ellos es significativo. Pero como, menos el relativo al artículo 913, están recogidos en otros lugares de este estudio (54), me limito a reproducir ese:

Téngase en cuenta que lo que comenta es el texto que establece que: “Los acreedores hereditarios reconocidos como tales, pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance.” Y García Goyena dice que “el primer párrafo [que es el transcrito] del artículo, era más necesario cuando los herederos no podían ser demandados sino por su porción hereditaria, y de consiguiente los acreedores tenían que sostener un juicio

(52) *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, Madrid, 1852, II, pág. 281.

(53) Ob. cit., II, págs. 270 y 281, y IV, pág. 339.

(54) Números 14, principio, 15, final, y 21, final.

separado con cada uno de ellos; pero puede ser todavía útil a los acreedores, aún después de la grande innovación que se hace en el artículo 932, porque pierden siempre algo en la subdivisión del patrimonio, y ningún agravio ni molestia se irroga por esto a los herederos”.

Ahora bien, visto eso, no queda lugar a dudas de que es que en el Proyecto no se ha acogido lo de que los herederos no puedan ser demandados nada más que por su porción hereditaria. O sea, es que puede serles reclamada a cada uno la deuda por entero. Y eso es ser deudores solidarios. Y no se olvide que se trata de que lo son antes de la partición, porque el art. 913 del Proyecto es para antes de esta.

17. ARGUMENTOS SOBRE ARTÍCULOS DEL C. c.—En apoyo de ser solidaria la responsabilidad de los coherederos se suelen citar por la jurisprudencia o los autores los artículos siguientes del C. c.: 659, 661, 1.003 y 1.084.

Por mi parte creo que este realmente lo es; sin embargo, los otros, no. Por último, hay otro artículo, el 1.974, que nadie alega como prueba de la solidaridad; y que sería decisivo por sí sólo.

Voy a examinar, por orden, primero juntos los 659, 661 y 1.003, después el 1.084, y por último el 1.974.

18. NO SON REALMENTE ARGUMENTOS LOS ARTS. 659, 661 y 1.003.—Que según el art. 659 la herencia comprenda *todas* las obligaciones (que no se extingan por su muerte), del difunto, que a tenor del 661 los herederos sucedan en *todas*, y que por el 1.003 respondan de *todas* ellas (con los bienes hereditarios y hasta con los suyos propios, si aceptaron pura y simplemente), son expresiones que no parecen utilizadas para significar que siendo varios los coherederos, ese *todas* alcance a cada uno por entero, que es lo que debería decir la ley para establecer explícitamente el carácter de solidarios.

Ese significado hay que descartarlo, puesto que dichos artículos no son específicos para el caso de pluralidad de herederos, sino que están dictados en abstracto para “el heredero” (sea uno o muchos). Y tal significado no sería aplicable al caso de ser el heredero uno sólo.

Por tanto, esos artículos significan simplemente que en la herencia van todas las deudas y que quien recibe aquella responde de todas. Con lo que da intacta la cuestión de *cómo* (solidaria o mancomunadamente) se responde por los herederos cuando son varios (55), cuestión cuya solución hay que buscar por otros cauces.

19. SÍ ES ARGUMENTO EL ART. 1.084.—A diferencia de los artículos 659, 661 y 1.003 del C. c., sí es argumento en pro de la responsabilidad solidaria el art. 1.084 correctamente interpretado.

(55) Como dice LACRUZ (*Derecho de sucesiones*, cit. pág. 407), “el C. c. en los artículos 659 y 661 dice que el coheredero sucede en los créditos y en las deudas, pero no afirma que sea acreedor o deudor solidario”.

En efecto, no se puede afirmar que puesto que dicho artículo comienza diciendo que “*hecha la partición*” la responsabilidad es solidaria, se deduce de ello que es que *antes* no era solidaria, sino mancomunada.

Por el contrario, el art. 1.084 significa que “*aun hecha la partición*” (56), la responsabilidad es solidaria, porque ya lo era antes.

Que tiene ese sentido, y no el adverso a la responsabilidad solidaria antes de la partición, se sigue, además, de que —como ya he dicho— es copia del art. 932 del Proyecto de 1851, y en este no podía ser adverso a dicha solidaridad anteparticional, ya que, sin duda, esta era aceptada por el Proyecto.

El art. 1.084 no pretende, como he señalado más arriba (57), *variar* la responsabilidad después de la partición (pues ¿qué fundamento habría para ello?), sino simplemente constata (puesto que con la partición desaparece la comunidad hereditaria) que no habiendo ya bienes hereditarios comunes con los que responder de las deudas, subsiste sólo la responsabilidad (que también antes existía) por las mismas con los bienes propios de los coherederos, entre cuyos bienes propios se encuentran ahora los que antes de la partición eran comunes.

20. NEGACIÓN DE QUE SEA ARGUMENTO EN PRO DE LA MANCOMUNIDAD LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 1.082 Y 1.084.—Hay que negar, pues, que el art. 1.084 al hablar de responsabilidad solidaria se refiera *sólo* a la situación posterior a la partición; y que antes tengan los coherederos sólo responsabilidad mancomunada y los acreedores sólo el derecho a oponerse a tal partición hasta el pago o afianzamiento de sus créditos (art. 1.082).

Como con acierto ha dicho el T. S. y recogido la doctrina, el derecho de los acreedores (reconocidos como tales), antes de la partición, derecho que les concede el art. 1.082, a oponerse a ella hasta que se les pague o afiance, es aparte, es decir, es *además* del que les compete para exigir el pago de sus créditos (58).

(56) *Aun hecha*, advierte la sentencia de 28 de enero 1919 y algún autor como GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., en loc. cit., pág. 221.

(57) *Supra*, número 5.

(58) Así, la sentencia de 9 de enero 1901 dice que: “Considerando que las disposiciones contenidas en los artículos 1082 y 1084 del Código civil no restringen ni en modo alguno limitan el derecho del acreedor hereditario para ejercitar las acciones derivadas de su título de crédito, exigiendo el pago de su importe aunque la herencia estuviera pro indiviso; puesto que el primero de los citados preceptos no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede o no utilizar a su libre arbitrio, cual es la de oponerse a que la partición se lleve a efecto hasta que se le pague o afiance el crédito; y el segundo, o sea, el artículo 1084, no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido”. Lo que es repetido por la de 22 junio 1931.

Y en cuanto a la doctrina, lo advierten generalmente los autores: así, CASTÁN, ob. cit., pág. 250; PUIG BRUTAU, ob. cit., V, 3.º, pág. 591; DE BUEN, en ob. cit., pág. 590; SANTAMARÍA, ob. cit., pág. 1012, etc.

Que ese derecho es *además* del derecho a cobrar, y de la responsabilidad que corresponda (mancomunada o solidaria), es evidente. O sea, no se puede pretender que antes de la partición, el acreedor tenga sólo el derecho del art. 1.082 (como se haría si se dijese que para antes de la partición los derechos del acreedor son los del 1.082, y para después los del 1.084), pues entonces se daría el pintoresco caso de que los acreedores *no reconocidos como tales* —que están excluidos del 1.082— no tendrían derecho alguno antes de la partición, ni a oponerse a ella ni a cobrar.

Y si, como es, antes de la partición los coherederos responden de las deudas del causante, y no hay fundamento para entender que el artículo 1.084 prueba, *a contrario*, que durante aquel período tal responsabilidad es mancomunada, ¿de dónde sale la justificación de que lo es? Desde luego, no del art. 1.082, que deja intacta la cuestión de de qué clase de responsabilidad se trata.

Y si la clase de responsabilidad de *antes* de la partición no se prueba ni *directamente* por el art. 1.082 ni *a contrario* por el 1.084, es claro que esa responsabilidad (aún admitiendo, a efectos de razonamiento, que el 1.084 no pruebe, como creo que prueba, según lo dicho más arriba, que tal responsabilidad es solidaria) no es sino de la clase que se sigue de no haber división *ipso iure* de las deudas, o sea es *total*, es decir *solidaria*.

Concluyendo, no queda justificado, a base de decir que el 1.082 se aplica a antes de la partición y el 1.084 después, que la responsabilidad anterior a la partición sea mancomunada.

Y que el 1.082 se aplica sólo antes de la partición, es ciertamente evidente, pero sólo significa que además de la clase de responsabilidad que en tal período tengan los coherederos, el acreedor tiene derecho a oponerse a la partición (59).

Todo lo dicho sobre la falsedad del argumento de que siendo el artículo 1.082 para aplicar antes de la partición, y el 1.084 para después, queda probado que antes de aquélla la responsabilidad no es solidaria, se confirma si se recuerda que, como acabo de decir poco más arriba, ambos artículos están copiados de sus correspondientes modelos (913 y 932) del Proyecto de 1851, y en este está clara la inadmisibilidad del argumento de que la contraposición entre ambos demuestra la no solidaridad antes de la partición, ya que el Proyecto acogía sin duda tal solidaridad.

(59) La perfecta compatibilidad del 1082 con la responsabilidad solidaria, y el que nuestro legislador lo haya entendido así, se prueban acudiendo una vez más al Proyecto de 1851 y a los *Comentarios* de GARCÍA GOYENA a sus artículos, y recordando que, como se acaba de decir poco más arriba, comentando dicho autor el equivalente en el Proyecto al artículo 1082 del Código, y al decir que el derecho de los acreedores a oponerse a la partición “era más necesario cuando los herederos no podían ser demandados sino por su porción hereditaria” (ob. cit., II, p. 270), viene a refrendar que se les concede también ahora (en el Proyecto) en que los coherederos les están obligados solidariamente.

21. EL ARGUMENTO SOBRE EL ART. 1.974, 2.º.—Finalmente, por lo que respecta a argumentos construibles sobre artículos concretos, el 1.974 sí es apoyo contundente en favor de la solidaridad. En efecto:

A tenor del párrafo 1.º de dicho art., la interrupción de la prescripción *cuando la obligación es solidaria* aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores. Y según el párrafo 2.º (60), la disposición del 1.º, es decir la dictada para cuando la obligación es solidaria, “rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones”.

Ante ello, la conclusión inevitable en lo que al problema estudiado importa, es la de que el Código estima que los herederos del deudor son deudores solidarios de las deudas de éste (61). Lo que establecido por

(60) No quiero entrar en las dudas que puede suscitar el párrafo 3.º, porque es posible mantenerlas al margen de la cuestión que aquí importa. De cualquier forma, y aparte de la interpretación que se opte por darle, lo que parece innegable es que cuando habla de obligaciones “mancomunadas” es porque copia el artículo 1988 del Proyecto de 1851. Ahora bien, resulta que en éste, “mancomunada” significa lo que hoy “solidaria”.

(61) MANRESA, ob. cit., XII, 5.ª ed., Madrid, 1951, pág. 964, afirma que lo dicho en el artículo 1974, 1.º, acerca de las obligaciones solidarias, es aplicable, por el 1974, 2.ª, “en toda clase de obligaciones respecto de los herederos del deudor, puesto que todos y cada uno de ellos representan al causante y conjuntamente le suceden en sus derechos y obligaciones, encontrándose en el mismo caso que los obligados solidariamente en cuanto al pago de las deudas del mismo”.

DÍEZ PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, pág. 146 y 147, dice que el artículo 1947, 2.º, “significa que, por lo menos a los efectos de la interrupción de la prescripción, los herederos del deudor son considerados como deudores solidarios. Es, además, una consecuencia de la ruptura, que en nuestro Derecho se produce de la vieja regla conforme a la cual la sucesión hereditaria divide las deudas del causante en tantas partes o porciones como herederos. Se encuentra, finalmente, en perfecta armonía con la norma del artículo 1084, con arreglo a la cual los acreedores pueden exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos”.

Realmente, como se ve, DÍEZ PICAZO no dice que del artículo 1974, 2.º, se deduzca que los coherederos del deudor sean deudores solidarios, sino sólo afirma que son considerados como tales “por lo menos a los efectos de la interrupción de la prescripción”.

Ahora bien, hacer la salvedad del “por lo menos”, no es sostener que no sean deudores solidarios, aunque estén considerados como tales a efectos de interrupción de la prescripción, sino que es sólo no comprometerse en un tema (solidaridad de los coherederos) que no estudia específicamente.

Mas si alguno pretendiese sostener que el artículo 1974, 2.º, sirve sólo a efectos de interrupción de la prescripción, y que, por tanto, no prueba la solidaridad de los coherederos, se podría responder que semejante afirmación, mientras que no se pruebe (y no veo forma de hacerlo) es gratuita, ya que en tanto no existan datos que confirmen lo contrario, lo lógico es entender que los efectos interruptivos frente a todos los coherederos, proceden de la aplicación de las reglas propias de la solidaridad (con lo que se prueba que se trata de obligación solidaria), y no de una excepción a una presunta mancomunidad.

Por último, cfr. MUCIUS SCAEVOLA, XXXII, 2.º (tomo redactado por Reyes Monterreal), Madrid, 1965, págs. 1002 y ss., cuya exposición, que parece contraria a lo que sostengo, presenta, no obstante, puntos que dan la impresión de no serlo.

la ley con carácter absoluto, es decir, sin distinguir entre antes y después de la partición, significa que lo son lo mismo después que antes.

García Goyena (62) explica (comentando el art. 1.989 del Proyecto de 1851, equivalente al párrafo 2.º del 1.974 del C. c.) que tal disposición es “consecuencia de la grande innovación introducida por el artículo 932 de las *Herencias sin testamento*. El art. 2.249 francés —continúa García Goyena— dispone lo contrario aún respecto de los herederos del deudor mancomunado, por que en el 870 se ordenaba precisamente lo contrario que en el nuestro 932”.

Y como quiera que ha quedado ya claro que el Proyecto entiende solidaria la responsabilidad de los coherederos, incluso antes de la partición y que, por tanto, su art. 1.989 se refiere también a antes de esta, es notorio que transcrito ese art. en el 1.974, 2.º del Código civil, tiene, asimismo en este, el significado de que el Código estima solidaria tal responsabilidad antes de la partición.

Toda esta argumentación es a mayor abundamiento, ya que incluso, sin necesidad de ella no hay razón para reducir ni el art. 1.989 del Proyecto ni el 1.974, 2.º, del Código al tiempo posterior a la partición, puesto que ambos se dictan, sin tope alguno, para la interrupción de la prescripción respecto a los herederos del deudor, lo que significa que les alcanza en cualquier tiempo desde que son herederos, y siéndolo aún antes de haber partido, presupone su solidaridad por las deudas también mientras que dura la comunidad hereditaria.

22. OTRO ARGUMENTO ES LA FALTA DE EXPLICACIÓN DEL CAMBIO DE TIPO DE RESPONSABILIDAD.—Otro argumento en pro de que sea solidaria la responsabilidad antes de la partición es el de que no tiene explicación razonable el que después de la partición se tenga una responsabilidad diferente de la que se tenía antes.

Y no se diga que el hacerla solidaria después de la partición es para contrapesar la más segura —valga la frase— garantía que el acreedor tenía en la herencia indivisa.

En efecto, según una opinión, es más segura la garantía que el acreedor del difunto tiene con la herencia indivisa, que después de partida.

Pero para deshacer tal opinión basta:

1.º Sin necesidad de entrar en otras razones, observar que los coherederos, de común acuerdo, disponiendo o consumiéndose los bienes hereditarios durante la indivisión podrían esfumar por completo tal más segura garantía (admitiendo que lo fuese).

2.º Advertir que siendo la responsabilidad anteparticial; aunque fuese mancomunada, ilimitada, o sea con los bienes hereditarios y con los propios de cada coheredero, tal responsabilidad afectaría a cada heredero en proporción a su parte, pero le afectaría incluso sobre sus bienes propios. Por tanto, no se merma porque los heredita-

rios, hecha la partición, se confunda con aquellos o desaparezcan o no sean indentificables una vez incorporados al patrimonio particular de cada coheredero. Pues, aunque no hubiese o no quedase o no se identificase bien hereditario alguno en el patrimonio de cada heredero, este seguiría respondiendo con los suyos de su parte en las deudas del difunto.

Razón por la que se ve claro que el cambio de responsabilidad de mancomunada a solidaria no puede tener como justificación el que sea menos segura la responsabilidad con la herencia dividida que con ella indivisa, porque —valga la expresión— la pista de los bienes hereditarios se pueda perder al dividirlos e incorporarlos al patrimonio de los herederos (63).

Y quitado ese aparente fundamento del cambio de responsabilidad (de mancomunada o solidaria), queda claro que no se ve razón para tal cambio. Y si no la hay, y la responsabilidad es solidaria después de la partición, es que también lo era antes.

23. SI LA RESPONSABILIDAD MÁS GRAVE (LA SOLIDARIA) PROCEDESE DE PARTIR, PODRÍA EVITARSE NO PARTIENDO.—Un último argumento es el siguiente: si la responsabilidad más grave, la solidaria, procede de hacer la partición, puede burlarse fácilmente no partiendo, sin que ello sea obstáculo para la disposición de bienes hereditarios por el conjunto de los herederos.

Y no se diga que subsistiendo la comunidad tiene el acreedor más segura garantía en los bienes hereditarios, que si estos han sido divididos. De forma que con esa más segura garantía se supla la que se le sustrae al evitar, no partiendo, la responsabilidad solidaria. Pues para deshacer tal afirmación, basta recordar lo dicho en el número anterior.

V

SATISFACCION DE LA DEUDA SOBRE LOS BIENES HEREDITARIOS INDIVISOS O SOBRE LOS PROPIOS DE LOS COHEREDEROS

24. INTERÉS PRÁCTICO DE QUE SEA SOLIDARIA LA RESPONSABILIDAD DE LOS COHEREDEROS.—Me parece suficientemente demostrado que la responsabilidad de los coherederos por las deudas del difunto es solidaria también antes de la partición.

Y que lo sea así, y no mancomunada, tiene, sin duda, alcance práctico, ya que aunque, como después se verá, mientras que la herencia

(63) La única mayor garantía que puede tener el acreedor, no es la de que simplemente siga la herencia indivisa, sino la de usar el *beneficium separationis* o las medidas que nuestro Código —sin llegar a constituir aquél, si se entiende que no lo acoge nuestra ley— permite en tal orden de cosas.

está indivisa no se puede obtener la satisfacción de la deuda sobre bienes hereditarios sino dirigiéndose el acreedor contra todos los herederos, sin embargo, al ser solidaria, la deuda puede ser cobrada íntegramente por el acreedor durante la indivisión sobre los bienes particulares de cualquiera de los coherederos, dirigiéndose solamente contra él. Lo que (aparte de que le evite molestias de dirigirse contra todos) es especialmente importante si la herencia es insolvente y lo son también (o al menos son malos pagadores) los otros coherederos.

25. NECESIDAD DE DIRIGIRSE CONTRA TODOS LOS COHEREDEROS PARA OBTENER LA SATISFACCIÓN DE LA DEUDA SOBRE BIENES HEREDITARIOS INDIVISOS.—Poder hacer efectiva la deuda sobre bienes propios de los coherederos o de uno de ellos en particular, no es cuestión de la que haya que hablar más. Bastará al acreedor dirigirse sólo contra él o los coherederos que escoja.

Ahora bien, para poder hacerla efectiva sobre bienes hereditarios mientras dura la indivisión, el acreedor deberá dirigirse contra todos los coherederos y lograr la condena de todos (64). Esto lo mismo si se estima que con los bienes hereditarios indivisos se responde en mano común, que si se estima que se responde solidariamente (65).

En el primer caso lo sería porque concibiéndose entonces la comunidad hereditaria como un caso de comunidad en mano común, y formando parte de la masa los bienes, pertenecen colectivamente —en mano común— a los coherederos, y estos responden colectivamente —o sea, *todos* juntamente— de las deudas *con* ellos. De forma que para hacer efectiva tal responsabilidad, hay que dirigirse contra todos.

En el segundo caso, porque como la parte de cada coheredero en los bienes hereditarios no está concretada sobre ningunos en particular, sino que es sólo una cuota de la masa, si el acreedor no reclama el pago a todos los coherederos (o estos lo aceptan todos), no podrá hacer efectivo su derecho sobre bienes hereditarios concretos, no porque la deuda no sea exigible por entero a cada coheredero, sino porque siendo los bienes de todos, solamente con el consentimiento de todos u obteniendo sentencia contra todos, puede ser satisfecha sobre ellos (65^{bis}).

(64) He de decir que, por supuesto, para pretender el cobro sobre los bienes de la herencia indivisa, el acreedor no ha de esperar a que sea aceptada; es decir, no ha de esperar a que haya herederos. Pero aunque esto sea así, aquí no importa, puesto que sólo me ocupo de la responsabilidad *de los coherederos* por las deudas del difunto, y esa responsabilidad implica que ya esté aceptada aquélla.

(65) Véase *supra*, número 5.

(65 bis) Como quiera que, se adopte una u otra teoría, es igual a nuestros efectos, pues en ambos casos hay que dirigirse contra todos los coherederos, prefiero no entrar a decidir sobre aquéllas, ya que ello implicaría discutir una serie de puntos sobre los que no hay acuerdo, como la construcción (o, al menos, algunos aspectos de la misma) de la comunidad hereditaria, su contenido (si

En ambos casos vale lo que dice Kipp (65^{ter}) refiriéndose al Derecho alemán: “El acreedor puede pedir que le paguen conjuntamente todos los coherederos a base del caudal relicto indiviso. Lo cual se basa en que sólo pueden disponer del caudal todos los herederos. La ejecución forzosa contra el caudal relicto indiviso presupone que ha sido proferida una sentencia contra todos los herederos, o varias que en su conjunto equivalgan a aquella (o bien otra clase de títulos ejecutivos)”.

La necesidad de que para poder hacer efectiva la deuda sobre los bienes hereditarios mientras dura la indivisión, deba dirigirse el acreedor contra todos los coherederos y lograr la condena de todos, es reconocida por nuestra jurisprudencia (66) y doctrina (67).

A que el acreedor demande inicialmente a todos los coherederos, equivale el que, aunque sólo demande a alguno, este, usando del derecho que le concede el art. 1.084, haga citar y emplazar a los demás. Pues entonces también la sentencia valdrá frente a todos. Sobre esto véase más adelante (68).

comprende las deudas o no), si nuestro Derecho acoge las obligaciones en mano común o no, etc.

Yo diría que, presupuesto que sean aceptables en nuestro Derecho las obligaciones en mano común, y que la comunidad hereditaria sea una comunidad en mano común, se puede afirmar que de la totalidad de las deudas responden colectivamente los coherederos con los bienes hereditarios indivisos, y que, además, también de tal totalidad responden solidariamente cada uno de ellos con sus bienes propios y con la participación ideal que le corresponda en los bienes hereditarios.

(65 ter) Trad. esp. del *Tratado de Enneccerus*, KIPP y WOLFF, V, 2.º, Barcelona, 1951, pág. 62.

(66) Así, por la razón de que la sentencia no puede cumplirse contra quien no fue vencido en el juicio, cosa que es lo que ocurriría si no demandados todos los coherederos se ejecutase sobre los bienes hereditarios, ya que éstos pertenecen en parte a los no demandados.

Cfr. Sentencias de 24 de junio 1897, 24 noviembre 1915, y véanse no sólo los considerandos, sino los casos resueltos. E igualmente la de 20 de noviembre 1929, en cuyo último considerando se dice que: “Tratándose de actos u obligaciones del causante difunto, es necesario dirigir la acción, cuando no hay representante legal de la herencia, contra todos los herederos que hayan de cumplir aquéllas, en quienes radica la plena representación de ella por el principio, a que se ha atendido la sentencia, de que “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”; y por todo lo expuesto, procede desestimar también el segundo y último motivo del recurso de casación de que se trata”. Motivo en el que se alegaba infracción del artículo 1084 “al sostener [la Audiencia] que teniendo el demandado [heredero] varios hermanos [coherederos con él], contra todos ellos debió dirigirse la demanda, porque —agregaba el motivo, contra el fallo de la Audiencia— quien tiene una acción contra los herederos es un acreedor en el sentido jurídico, ya que no en el vulgar de la palabra, y, por tanto, pudo dirigirse la demanda contra uno solo de los herederos; y en todo caso, el demandado pudo ejercitar el derecho de solicitar que se citase y emplazase a los demás herederos” (*Jurisprudencia civil*, tomo 191 [5.º de 1929], pág. 317).

(67) ROCA, en ob. cit., pág. 69; GARCÍA VALDECASAS, ob. cit. en loc. cit., pág. 265; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 1022; FERRANDIS, ob. cit., pág. 216.

(68) Número 28.

26. LIBERTAD DEL ACREEDOR PARA CONSEGUIR LA SATISFACCIÓN DE LA DEUDA RECLAMANDO SU PAGO A TODOS LOS COHEREDEROS O SÓLO A ALGUNO.—El acreedor puede elegir el camino que prefiera, es decir, exigir el pago a todos los coherederos, y así puede cobrar sobre los bienes hereditarios o sobre los particulares de aquellos, o exigirlo sólo a alguno o algunos coherederos, en cuyo caso la ejecución no puede recaer sino sobre bienes privativos del demandado o demandados (o sobre la participación abstracta de este en la comunidad: sobre esto véase número siguiente).

Pues no hay preferencia que pueda imponer el acreedor ni que pueda serle impuesta. De modo que ningún coheredero puede impedir la ejecución sobre sus bienes propios, aunque los haya hereditarios (69), ya que —como sabemos— de la deuda del difunto responden todos los coherederos con los bienes hereditarios, pero además y a la vez, cada uno de ellos responde también totalmente de la misma con sus propios bienes (70) (responsabilidad solidaria, y, por la aceptación pura, ilimitada).

27. SATISFACCIÓN DE LA DEUDA SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE ALGÚN COHEREDERO EN LA HERENCIA.—Por último, el acreedor dirigiéndose sólo contra alguno (o algunos) coheredero puede obtener la satisfacción íntegra de su deuda sobre la participación que el (o los) demandado tenga en la herencia, es decir, no sobre los bienes concretos de ésta, sino sobre la cuota que le corresponda en la masa.

A tenor de las bases de que parto, esto es innegable, en cuanto que la cuota de cada coheredero en la herencia es —se puede decir— un bien exclusivo del mismo, y con los suyos responde cada heredero de la totalidad de la deuda.

En el mismo sentido afirma García Valdecasas (Guillermo) (71) que: “Podría preguntarse si también la participación de cada coheredero está sujeta, como tal, a la responsabilidad por las deudas hereditaria. Y, caso afirmativo, si dicha responsabilidad sería por la

(69) Expresamente en tal sentido, GARCÍA VALDECASAS (Guillermo), ob. cit. en loc. cit., pág. 267, y ROCA, en ob. cit., pág. 69, que dice, concordando con nuestro Derecho lo que Kipp afirma por el alemán, que: “Dado el modo de producirse el artículo 1084, 1.º, y por no existir un precepto igual al del Derecho alemán (cuyo § 2059 permite al heredero durante la indivisión, evitar la satisfacción de las deudas de la herencia sobre sus bienes propios), hay que sostener que el heredero demandado por toda una deuda hereditaria, que no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, no puede pretender que la ejecución correspondiente se localice a su participación hereditaria, con indemnidad de sus bienes propios”.

(70) Sustraer éstos a la ejecución mientras los hubiese hereditarios, sería una especie de beneficio de separación del heredero, beneficio que no existe sino (en términos en que ahora no se puede entrar) a favor de los acreedores. Pues el beneficio con que el heredero puede librar sus bienes de responsabilidad es el de inventario (que por definición no cabe, ya que me ocupo de la responsabilidad por deudas del difunto, de los coherederos puros).

(71) Ob. cit. en loc. cit., pág. 266.

deuda entera o por la parte correspondiente a la cuota del coheredero. En principio no vemos inconveniente—agrega—en que la participación responda por la deuda hereditaria y que responda por toda ella. El acreedor hereditario podría reclamar a un sólo coheredero la totalidad de la deuda y, obtenida sentencia condenatoria, conseguir la ejecución, ya que no sobre el patrimonio personal del mismo, si sobre su cuota hereditaria que a tal efecto podría ser embargada” (Cfr. L. H., art. 46, R. H., arts. 146 y 166).

28. EL DERECHO DEL COHEREDERO DEMANDADO, DE HACER QUE SE CITE Y EMPLACE A LOS DEMÁS.—El párrafo segundo del art. 1.084 dice que si se demanda el pago de deudas del causante a un coheredero, “el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición hubiere quedado él sólo obligado al pago de la deuda”.

Tal cosa la dispone para el caso de estar ya “hecha la partición”, que es, como se sabe, al supuesto a que tal artículo se refiere literalmente. Ahora bien, ya que, como se ha visto, el espíritu contenido en ese artículo se aplica también antes de la partición (puesto que una interpretación correcta de la ley demuestra que alcanza igualmente al período anteparticional), hay que entender que asimismo en este período, si un coheredero es demandado para el pago de deudas hereditarias, puede hacer citar y emplazar a sus coherederos (72). Con la única diferencia entre período anteparticional y postparticional, de que en aquel—puesto que, por definición, aún no hay aún partición—las dos excepciones que el 1.084, 2.º, señala al derecho de hacer citar y emplazar a los coherederos del demandado, quedan reducidas a una, la de que el pago de la deuda reclamada corresponda por *disposición del testador* sólo al demandado.

El precepto en estudio procede inmediatamente al art. 932 del Proyecto de 1851, que García Goyena comentaba (73) diciendo que: “De este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, o todos serán condenados en la misma sentencia”.

Sobre dicho precepto se puede advertir que, ciertamente, el testador no puede disponer de sus deudas (74) ordenando su transmisión a sólo determinado coheredero (que sería el sólo obligado a pagarlas, en frase del 1.084, 2.º). Pues las deudas pesan sobre el que reciba los bienes como heredero. Y si bien, en la relación interna entre coherederos (o incluso interviniendo legatarios: así una deuda se carga sobre un legatario, imponiéndosela como gravamen del legado que se le hace), el testador puede establecer determinada distribución respecto

(72) Sentencias de 9 enero 1901, 3 abril 1903, 22 junio 1931, FERRANDIS, ob. cit., pág. 216; PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 1022.

(73) Ob. cit., II, pág. 282.

(74) Sin entrar en más justificaciones, basta señalar que el testador puede disponer de sus *bienes* (C. c., art. 667), pero no de sus *deudas*.

al pago de las mismas, en las relaciones entre acreedores y coherederos, el testador no puede impedir que aquéllos reclamen el pago de la deuda de cualquier coheredero que deseen (aunque no sea aquel a cuyo cargo la puso en el testamento). Así que ese art. 1.084, 2.º, no es un tope a la exigibilidad de la deuda por el acreedor al coheredero que desee (75), sino un tope sólo al derecho a favor del heredero para hacer citar y emplazar a sus otros coherederos (derecho del que se le priva si es él sólo el obligado a pagarla por el testamento).

De cualquier manera, haciendo o no el demandado citar y emplazar al coheredero, ha de pagar aquel la deuda íntegra si no contribuye al pago este (76) (así, si es insolvente), ya que la obligación es solidaria. Ahora bien, lo que ocurre es que citado y emplazado el coheredero, la sentencia que se dicte será también eficaz contra este, y por ello podrá procederse a ejecutarla asimismo sobre los bienes del coheredero citado o sobre su participación en los bienes hereditarios indivisos o sobre bienes concretos de estos, si el demandado y el citado (o los citados) son todos los coherederos que había. Y hasta puede ocurrir que, siendo insolvente el demandado, la sentencia se ejecute sólo sobre bienes del citado. Pues el citar y emplazar al otro, da como resultado que dicha sentencia valga frente a él como si hubiese sido también demandado.

Una vez pagada la deuda por un coheredero, puede este reclamar a los demás en proporción a sus cuotas (77), salvo que le correspondía el pago a él sólo por disposición del testador (a menos que con ello resulte dañada su legítima), o salvo que corresponda por tal disposición el pago a uno (o varios) sólo, en cuya caso únicamente podrá reclamar a este (con igual límite de daño de legítima).

Y si un coheredero de aquellos contra quienes repite el que pagó, es insolvente, suplen su parte los demás en proporción a sus cuotas (contándose la del reclamante) (78).

(75) Expresamente, MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., XVIII, pág. 907.

(76) Expresamente lo dice así MANRESA, ob. cit., VII, pág. 800.

(77) Artículo 1085, Sentencia de 17 marzo 1910.

(78) Artículo 1145, 3.º, y argumento art. 1071. En la doctrina, ROCA, ob. cit., pág. 69; MANRESA, ob. cit., VII, págs. 800 y 801. En contra, MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., XVIII, págs. 908 y ss.

Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo (*)

ALFREDO MONTOYA MELGAR
Profesor de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *El deber de protección del empresario y la seguridad en el trabajo.*—II. *El recargo de la indemnización por accidente debido a infracción de las normas de seguridad.* 1.º Los presupuestos de la agravación de la responsabilidad. a) La producción del accidente. b) La falta de medidas de seguridad. a') Las medidas de seguridad y su alcance. b') La apreciación de la falta de medidas de seguridad. c) La relación de causalidad entre la falta de medidas de seguridad y la producción del accidente. 2.º El recargo en la indemnización. a) Naturaleza jurídica. b) Cuantía. c) Aplicación restrictiva. d) Concurrencia con otras responsabilidades. e) Imposición del recargo y congruencia procesal.

I. EL DEBER DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO Y LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO

La doble cualidad de público y privado que concurre, según viene reiterando una abundante y bien fundada tradición doctrinal (1) en la naturaleza del Derecho del Trabajo, se manifiesta singularmente en el sistema de deberes y derechos que se fijan y ejercitan bajo su imperio.

De estos deberes y derechos, unos surgen directamente de la celebración del contrato de trabajo, mientras que otros se desenvuelven en las latitudes del Derecho público como impuestos directamente no por la voluntad de las partes, sino por la de los poderes legislativo o administrativo; así ocurre con todos los numerosos deberes que el empresario y el trabajador asumen frente al Estado, básicamente encarnado en los órganos de la Administración laboral.

La distinción, con todo, no deja de ser ardua, y, con excesiva frecuencia, condenada a la imprecisión; no es fácil separar en la práctica

(*) El presente estudio se dedica al profesor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, con motivo de su jubilación universitaria.

(1) Ver, por todos, PÉREZ BOTIJA, *Aportación del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo*, en Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, vol. 3, Madrid, 1961, p. 21, y KASKEL-DERSCH, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1961, p. 5-6 ("El Derecho del Trabajo no pertenece ni exclusivamente al Derecho público ni exclusivamente al Derecho privado, sino que comprende necesariamente ambos elementos"... "El Derecho del Trabajo es un ejemplo típico de que la evolución moderna del Derecho conduce cada vez más a un entrecruzamiento de Derecho privado y Derecho público").

Cfr. HUECK-NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, p. 156 y ss. y 223 y ss.; GAYLER, *Derecho Industrial*, Madrid, 1965, p. 329 y ss.

la fuente —generalmente concurrente— comercial o estatal de los derechos y las obligaciones de los sujetos de un contrato tan fuertemente intervenido por el poder público como es el del trabajo.

Esta doble naturaleza concurre, con toda claridad, en lo que la doctrina conoce con el nombre de deber de protección del empresario (2), en virtud del cual éste contrae obligaciones contractuales frente a sus trabajadores y deberes jurídico-públicos frente al Estado, dirigidos unas y otros a garantizar la integridad física, psíquica, y aún moral, del trabajador.

Las manifestaciones que el deber de protección tiene en nuestro Ordenamiento laboral son muy varias, y aparecen diseminadas a lo largo de preceptos de diversa condición y alcance.

El Fuero del Trabajo determina en su Declaración II, 1, después de afirmar que “el Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo”, que el propio Estado “otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario”, adelantando en esta declaración programática las normas que con posterioridad a la promulgación del Fuero habían de dictarse imponiendo concretos deberes de protección a los empresarios.

Con anterioridad a su modificación por la Ley Orgánica del Estado, la Declaración III, 4, del Fuero del Trabajo, se refería expresamente, al aludir al contenido primordial de las relaciones laborales, a “la asistencia y protección” a cargo de los empresarios como contrapartida de “la fidelidad y subordinación” a cargo de los trabajadores.

La concreción de este genérico deber de “asistencia y protección” que, pese a la modificación del Fuero, sigue existiendo y siendo exigible, sólo es posible mediante la remisión a muy variadas normas, tales como las que —a título enunciativo— se citan a continuación:

1.º La Ley de Contrato de Trabajo (D. 26-I-1944 y D. 31-III-1944), especialmente en sus artículos 48 (3); 52 (4); 75, 2.º (5);

(2) PÉREZ BOTIJA, *Humanismo en la relación laboral* (Discurso de apertura del curso académico 1953-1954) y *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, p. 190.

BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, en “Rivista Trim. Dir. e Proc. Civile”, 1960.

(3) “Si el trabajador fuere admitido a vivir en la casa del patrono o a cargo de la empresa, o a ser sustentado por ella, las condiciones del local, dormitorios y comidas habrán de ser los adecuados a su situación, estado y exigencias de la moralidad y de la higiene. El empresario deberá en estos casos dar alojamiento, alimentación y auxilios médicos y farmacéuticos durante cuatro semanas... a los trabajadores que enfermasen.”

(4) “Si el empresario, en relación con el trabajo, alquilara al trabajador una vivienda, deberá acreditarse la libre aceptación de éste y el alquiler será calculado con moderación...” “Las viviendas responderán, además, a las exigencias de la moralidad y de la higiene.”

(5) “El empresario está obligado... a darle al trabajador ocupación efectiva cuando el no dársela perjudicare considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional.”

75, 6.º (6); 139 (7); 141 (8); 142 (9), y, en general, las prescripciones contenidas en los Títulos IV y V del libro II de la ley (contrato de trabajo de las mujeres y los menores) (10).

2.º El Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo (O. 31-I-1940), que “tiene por objeto —según expresa su art. 1.º— con carácter general y mediante las prescripciones que impone, proteger al trabajador contra los riesgos propios de su profesión, que ponen en peligro su salud y su vida”, impone deberes al empresario en orden a las condiciones de los locales y ambientes de trabajo (11); motores, transmisiones y máquinas (12); electricidad (13); trabajos peligrosos (14); aparatos elevadores y transporte (15); prevención y extinción de incendios (16); protección personal (17); servicios de higiene y locales anexos (18).

3.º El Decreto de 26-VII-1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores —“trabajadores dignos de singular protección”, según puntualiza la Exposición de Motivos del Decreto— lista las actividades prohibidas a los varones menores de dieciocho años y a las mujeres, cualquiera que sea su edad, y las actividades prohibidas a los varones menores de dieciocho años y a las mujeres menores de veintiuno.

Las prohibiciones contenidas en el D. de 26-VII-1957, aun alcanzando tanto a los trabajadores como a los empresarios, recaen básicamente sobre estos últimos, sobre los que se hace pesar la responsabilidad de su infracción.

4.º La legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se ha venido ocupando tradicionalmente de la seguridad en el trabajo: en este sentido han de citarse el artículo 27 del Texto

(6) “El empresario está obligado... a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana.”

(7) “El patrono o maestro está obligado a la vigilancia del aprendiz dentro del taller y fuera de él, hasta donde sea posible, para corregir los extravíos en que incurra en perjuicio de su enseñanza y moralidad.”

(8) “El patrono o maestro proporcionará al aprendiz las enseñanzas teórico-prácticas propias de su oficio o industria, observando las precauciones máximas para la seguridad e higiene del trabajo.”

(9) “En caso de enfermedad o accidente, está obligado el patrono o maestro especialmente a prestar al aprendiz los cuidados necesarios y a dar aviso inmediato a los padres o encargados, además de cumplir cuanto dispone la legislación general sobre protección de los accidentes de trabajo.”

(10) Cfr. arts. 164, 166, 167, 168 y 169, sobre trabajo de mujeres, y arts. 171 y ss., sobre trabajo de los menores.

(11) Cap. II, R. 31-I-40.

(12) Cap. III, R. 31-I-40.

(13) Cap. IV, R. 31-I-40.

(14) Cap. V, R. 31-I-40.

(15) Cap. VI, R. 31-I-40.

(16) Cap. VIII, R. 31-I-40.

(17) Cap. IX, R. 31-I-40.

(18) Cap. X, R. 31-I-40.

Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo, de 22-VI-1956 (19), y en los artículos 14 a 18 de su Reglamento (20), artículos 55 y artículos 196 y 197 (21). También deben mencionarse a este propósito las normas contenidas en el artículo 19 y ss. del D. de 13-IV-1961, sobre enfermedades profesionales (22).

5.º Muy numerosas disposiciones de carácter más restringido establecen asimismo deberes empresariales que cabe incluir dentro de la rúbrica del deber de protección. Así ocurre con las normas —en buena parte anacrónicas— del catálogo de mecanismos preventivos (O. 2-VIII-1900); Decretos de 19-II-1926 y 28-V-1931 sobre cerusa, sulfato de plomo y otros pigmentos venenosos; Orden de 26-VIII-1940 sobre iluminación de centros de trabajo; Orden de 21-IX-1944 estableciendo el deber de constitución de Comités de Seguridad e Higiene

(19) Precepto referente al recargo del 50 por 100 de las indemnizaciones por accidente en caso de falta de medidas de seguridad.

(20) "Artículo 14. Los patronos comprendidos en este Reglamento tienen el deber de emplear todas las medidas posibles de seguridad e higiene del trabajo en beneficio de sus trabajadores y vienen obligados a cumplir todas las disposiciones generales y especiales sobre prevención de accidentes e higiene del trabajo.

La adopción de cualquier clase de medio preventivo para disminuir el riesgo de cada trabajo se aplicará con el fin de defender también al trabajador contra las imprudencias que son consecuencia del ejercicio continuado de un trabajo que por sí o por las circunstancias de su ejecución pueda ser peligroso.

Art. 15. Será causa de responsabilidad para los patronos el incumplimiento de las medidas de previsión de accidentes y de higiene del trabajo contenidas en las disposiciones vigentes.

La adopción de las medidas de seguridad e higiene no dispensan al patrono de las indemnizaciones legales, teniéndose en cuenta únicamente para apreciar la responsabilidad civil o criminal que pudiera existir.

Art. 16. Será obligatorio para los patronos colocar en sitio, y con caracteres visibles, en los lugares de trabajo, las instrucciones que dicten a los obreros para la prevención de accidentes.

Art. 17. Se declararán faltas de previsión el empleo de máquinas y aparatos en mal estado, la ejecución de una obra o trabajo con medios insuficientes de personal o de material y la utilización de personal inepto en obras peligrosas sin la debida dirección, a no ser que la falta sea directamente imputable al accidentado, contraviniendo órdenes expresas del patrono."

(21) El art. 55 del R. A. T., concordante con el 27 de la Ley, determinaba el recargo de la indemnización, en caso de falta de medidas de seguridad.

El art. 196 establece sanciones administrativas para el supuesto de "incumplimiento de los preceptos reglamentarios referentes a la aplicación de los mecanismos y medios preventivos de los accidentes de trabajo, y de las medidas de higiene y seguridad establecidas, o de las generales de salubridad". El art. 197 establece sanciones administrativas para el supuesto de "infracciones de los preceptos relativos a las industrias y trabajos prohibidos a los niños menores de dieciséis años y mujeres menores de edad".

(22) Dichas normas establecen la cooperación de las empresas "para conseguir la mejor prevención técnica y médica de los accidentes y de las enfermedades profesionales", la coordinación de la acción preventiva de empresas que cubran análogos riesgos de accidente o enfermedad profesional, la realización de reconocimientos médicos periódicos, etc.

en ciertas empresas (23); O. de 19-X-1944 sobre prevención de la cannabosis; con la O. de 20-V-1952 aprobando el Reglamento General de Seguridad en la Construcción; O. de 20-I-1956 reguladora de las condiciones de trabajo en cajones de aire comprimido; D. de 10-VI-59 sobre Servicios Médicos de Empresa; O. de 14-IX-1959 sobre trabajos en los que se produzcan emanaciones bencénicas; O. de 2-VI-1961 sobre transporte de pesos a brazo, etc., etc.

Por su parte, en las Reglamentaciones de Trabajo (24), Convenios Colectivos (25) y Reglamentos de Régimen Interior (26) se encuentran numerosos preceptos que concretan el deber de protección del empresario en materia de seguridad e higiene.

La mera relación de las principales normas que, en nuestro Derecho, son fuente del deber empresarial de protección permite deducir con toda seguridad el acusado carácter jurídico-público que ese deber posee. Las consecuencias punitivas que el incumplimiento de tal deber entraña, desde un punto de vista administrativo, gubernativo e incluso penal (27), confirman de modo terminante ese carácter. Con todo, no debe ignorarse que el deber de protección del empresario es, al tiempo, un deber contractual, que obliga al empresario frente a sus trabajadores (28).

Dentro del deber de protección —cuya amplitud queda reflejada expresivamente en la obligación de “tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana”, a que se refiere el artículo 75, 6.º, de la L. C. T.—se distingue, como más relevante aspecto suyo, el deber de seguridad a cargo del empresario, que comprende una compleja suma de medidas dirigidas a la tutela física del trabaja-

(23) Sobre el tema, MONTROYA MELGAR, *La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los antecedentes del régimen de Jurados*, en “Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la administración de la empresa”, Fac. de Der. de Madrid, 1967.

(24) El art. 11 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo (16-X-1942) preceptúa que “el contenido de las Reglamentaciones de Trabajo abarcará necesariamente... (la determinación del régimen de) prevención de accidentes e higiene en los talleres”.

(25) El art. 11 de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales (24-IV-1958) incluye como posible contenido de los convenios lo que califica de “mejoras en el régimen de seguridad, agrado, comodidad, alegría e higiene en el trabajo”.

(26) El art. 4.º, 11 del D. de 12-I-1961, incluye como materia objeto de regulación en el Reglamento de Empresa la “organización de los servicios de seguridad, higiene y bienestar de los trabajadores”.

(27) Cfr. MONTROYA MELGAR, *La responsabilidad del empresario frente a la Administración Laboral*, en Rev. Adm. Pública, 1967, núm. 52.

(28) SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro a la sua tutela penale*, Milán, 1962, p. 25 y ss., mantiene la “natura contrattuale e legale” del deber de seguridad, señalando su doble condición de “dovere” y de “obbligo”. Entre nosotros, ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, II, Barcelona, 1960, p. 419 y ss., afirma asimismo que “ninguno de ambos sentidos puede ser ignorado: ni el contractual ni el jurídico-público”; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., 1965-66, pág. 409.

dor, entre las que destacan las relativas a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (29).

El deber de seguridad se traduce en la adopción de medidas generales (seguridad de los locales de trabajo, máquinas y herramientas; avisos y cursillos de prevención de accidentes, etc.) y medidas individualizadas de protección personal (cascos protectores, cinturones de seguridad, manoplas, calzado aislante, etc.).

La función del empresario en la fundamental tarea de la prevención de los accidentes de trabajo es absolutamente esencial en cualquier plan de política social; la intermediación física del empresario respecto de los lugares y centros de trabajo, y el control directivo que sobre éstos, y sobre los trabajadores en ellos ocupados, asume, explica que sea "sobre todo al empresario a quien el legislador refiere la mayor parte de los preceptos y también de las sanciones" en materia de seguridad (30).

El rigor y el número de estas sanciones —sanciones penales, civiles, gubernativas, administrativas, y sanciones de naturaleza híbrida,

(29) La bibliografía sobre el tema es muy copiosa. Cfr. AZZALINI, *Natura delle norme concernenti la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro*, en "Prevenzione infortuni", 1953. LEVI SANDRI, *La tutela dell'igiene e della sicurezza del lavoro*, en el "Trattato di Diritto del Lavoro", de BORSI-PERGOLESI, Padua, 1959-60, v. II. LEGA, *Introduzione al Diritto Prevenzionistico*, Milán, 1965, p. 8 y ss. RIVA SANSEVERINO, *Gli obblighi dell'imprenditore in materia di sicurezza del lavoro*, en "Prevenzione infortuni" 1962; PÉREZ BOTIJA, *El principio de seguridad en Derecho del Trabajo y la prevención de accidentes*, en Rev. Derecho del Trabajo, 1956; BAYÓN CHACHÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual*, cit., pág. 413; BOYEURE, *Los tres elementos de la Seguridad en el trabajo*, R. I. S. S., 1953, n.º 2, págs. 400 y ss.; GARRIDO COMAS, *La filosofía de la prevención de accidentes*, en "Rev. Financiera", Madrid, 1947, n.º 1.444, pág. 10; PALANCAR, *La prevención de accidentes de trabajo en los modernos sistemas de Seguridad Social*, en Bol. Inf. del I. N. P., 1944, n.º 12, páginas 1536 y ss.; PALANCAR, *La prevención de accidentes de trabajo y la jurisprudencia*, R. D. T., 1954, n.º 3, pág. 17; PALANCAR y PÉREZ BOTIJA, *Nuevas normas sobre prevención de accidentes*, R. D. T., 1963, n.º 55, pág. 8 y ss. DEL PESO, *La prevención en la legislación y en la jurisprudencia sobre accidentes de trabajo*, en Bol. Inf. Fed. Central, Madrid, 1963, n.º 132, pág. 6 y ss.; COMPES, *Sicherheit am Arbeitsplatz* en Die Berufsgenossenschaft, Munich, 1960, 6, pág. 215 ss.; GOLLER, *Die neue Unfallvorschriftsvorschrift*, en Die Berufsgenossenschaft, Munich, 1960, 6, pág. 226 ss.; ESTEVES BELO, *Prevenção e profilaxia no trabalho*, en "Seguros", Lisboa, 1955, n.º 67-70, pág. 12 y ss.; HATCH, *Human Factors Engineering and Safety Research*, en "Occupational Health Review", Ottawa, 1962, 2, pág. 17 y ss.; LEGA, *Il concetto di sicurezza collettiva del lavoro nella impresa*, en Rev. degli Infort. e delle Malattie Profess., Roma, 1964, n.º 1, pág. 22 y ss.; RITZMANN, *L'inspection du travail et la prevention des accidents*, R. I. T., Ginebra, n.º 5, pág. 666 y ss.; BLAISE, *Reglementation du Travail et de l'emploi*, en el *Traité de Droit du Travail*, dirigido por CAMERLYNCK, París, Dalloz, pág. 238 y ss.; KAPLAN, *Aspecto económico de los infortunios del trabajo*, en "Rev. de Seg.", Buenos Aires, 1958, n.º 162, pág. 14 y ss.; A. I. S. S. *Coloquios internacionales sobre la prevención de los riesgos profesionales*, Hamburgo, 1966, y Varsovia, 1963.

(30) El texto entrecorillado, en SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro...*, cit., pág. 45.

como el recargo de las indemnizaciones a cuyo análisis ha de dedicarse el resto de este estudio— se fundan en las gravísimas consecuencias que la falta de medidas de seguridad, y los siniestros de ella derivados, suponen tanto desde un punto de vista individual como social y económico. Como certeramente ha puntualizado la jurisprudencia, “la humanización de las condiciones de trabajo, que comporta una lucha contra los factores que pueden dañar la salud o seguridad del trabajador, justifican las múltiples obligaciones que se imponen a los empresarios en materia de seguridad e higiene” (31).

II. EL RECARGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DEBIDO A INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD

La infracción por el empresario del deber de garantizar la seguridad en el trabajo —deber comprendido en el más amplio de protección del trabajador— hace incurrir al empresario infractor, entre otras posibles responsabilidades, en la consistente en la agravación o incremento de las indemnizaciones debidas al trabajador accidentado precisamente por el incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad (32).

La imposición de este recargo es una constante en nuestro Derecho, desde la primera Ley de Accidentes de Trabajo (30 de enero de 1900) hasta el Texto Articulado I de la ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

Así, limitándonos a los antecedentes inmediatos, el Reglamento del Texto Refundido de Accidentes de Trabajo, de 22-VI-1956, disponía en su artículo 55, modificado por D. de 6-XII-1962, que

“Toda indemnización de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad si el accidente ocurre en máquinas, artefactos, instalaciones o centros o lugares de trabajo que carezcan de los aparatos de precaución reglamentarios o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad

(31) S. T. S. de 11-III-1964. La necesidad de una política de prevención, reforzada a través de la exigencia de gravosas responsabilidades por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, se pone de manifiesto a través de las estadísticas, cada vez más alarmantes, sobre accidentes de trabajo. Según los datos oficiales del Ministerio de Trabajo, en 1965 se han producido en España 1.130.000 accidentes, de los cuales 6.504 fueron constitutivos de incapacidad permanente y muerte; 10.800, de lesiones, mutilaciones y deformidades; 1.112.696 de incapacidad temporal; y 2.183, de enfermedades profesionales. El coste de estos siniestros se estima en 47.000.000.000 de pesetas.

(32) DOUARD, *La faute inexcusable dans le régime de sécurité sociale*, París, 1961, pág. 139 y ss.; DOUBLET-LAVAU, *Sécurité Sociale*, París, 1961, pág. 154 y ss.; KASKEL-DERSCH, *op. cit.*, pág. 319 y ss. Incidentalmente, conviene decir que en el presente trabajo se prefiere el término indemnización al de prestación por haber adquirido carta de naturaleza en la legislación (cfr. arts. 146 y 147, T. A. I.) y en la doctrina (ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid 1967, p. 69 y ss.).

e higiene en el trabajo o las elementales medidas de salubridad necesarias para el trabajo humano.

Se estimará especialmente incluido en el supuesto del párrafo anterior el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada de un trabajo de ambiente pulvígeno que esté incluido en los números 24 a 28, ambos inclusive, del cuadro anejo al Decreto de 13 de abril de 1961.

Igual calificación merecerá la situación creada por el patrono que haya incumplido las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños.

Este recargo a costa del patrono se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro."

Y el artículo 147 del Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social —en el que se establece el régimen vigente desde 1.º de enero de 1967— determina que:

"1. Las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes, que resulten debidas a un trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la infracción, de un treinta a un cincuenta por ciento, cuando la lesión se produzca en máquinas, artefactos, instalaciones o centros y lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o en los que no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o adecuación al trabajo.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre la empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

4. Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144." (33).

El precepto, en suma, se ha ido transmitiendo desde el artículo 5, 5.ª, de la Ley de 1900 hasta el Texto Articulado de 1966, pasando por el Reglamento de la Ley de 10-I-1922 (art. 65), por el Código de Trabajo de 1926 (art. 246, 9), por el Reglamento de Acci-

(33) Tales Comisiones, pendientes de reglamentación, tienen por misión: a) la declaración de las situaciones de invalidez permanente y de las contingencias determinantes de las mismas, así como, en su caso, de la existencia o no de posibilidad razonable de recuperación; b) la revisión de las declaraciones de incapacidad en la invalidez permanente; c) la procedencia de las indemnizaciones por baremo; d) la declaración del derecho del beneficiario; e) la determinación del responsable del pago de las prestaciones.

dentes en la Agricultura, de 25-VIII-1931 (art. 147), por el de Accidentes de Trabajo en la Industria, de 31-I-1933 (art. 34), y por las dos versiones —anterior y posterior a la reforma de 1962— del artículo 55 del Reglamento de Accidentes del Trabajo de 22 de junio de 1956.

Las más sensibles alteraciones que el precepto ha experimentado desde su aparición son, sin duda alguna, las que ha introducido el Texto Articulado de 21 de abril de 1966 y, con anterioridad, el Decreto de 6-XII-1962.

El estudio del recargo indemnizatorio por falta de medidas de seguridad debe comprender los siguientes extremos: en primer lugar, lo que podemos llamar presupuestos de la agravación de la responsabilidad (a saber, la producción del accidente, la falta de medidas de seguridad y la relación de causalidad entre una y otra); en segundo lugar, el recargo propiamente dicho (naturaleza jurídica, contenido, aplicación restrictiva, concurrencia con otras responsabilidades, imposición jurisdiccional del recargo).

Este estudio es el que se inicia a continuación.

1.º *Los presupuestos de la agravación de la responsabilidad.*

Obviamente, para que el empresario sea responsable del recargo de la indemnización debida por accidente de trabajo, es preciso que se haya producido un siniestro que merezca técnicamente esa calificación, que el empresario hubiera incumplido sus deberes en materia de seguridad, y que fuese precisamente este incumplimiento la causa determinante del accidente.

a) *La producción del accidente.*

Sobre la producción del accidente, no ha de decirse sino que este se entiende acaecido cuando el trabajador sufre una lesión corporal con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, según la definición del artículo 2.º del R. A. T. de 22-VI-1956, hecha suya por el artículo 84 del Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

Los elementos constitutivos de la noción de accidente de trabajo —la lesión, la condición de trabajador por cuenta ajena del accidentado, y la relación de causalidad entre trabajo y lesión— han sido suficientemente tratados en nuestra doctrina, eximiendo de su análisis en este lugar (34).

Sí parece oportuno, no obstante, hacer constar que el recargo por falta de medidas de seguridad se impone tanto cuando de esta falta se ha derivado un accidente de trabajo como cuando se ha derivado una enfermedad profesional (35).

(34) Sobre el tema es imprescindible la consulta del estudio, ya clásico, de ALONSO OLEA, contenido en sus *Instituciones de Seguridad Social*, cit., página 36 y sigs.

(35) HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *La sanción por falta de aparatos de precau-*

b) *La falta de medidas de seguridad.*

El recargo en la indemnización debida por accidente tiene su fundamento en la falta de medidas de seguridad imputable al empresario.

Dos cuestiones se plantean al analizar el tema de la falta de tales medidas; son, a saber: el alcance de la expresión "medidas de seguridad" y el sistema o sistemas aplicables para la determinación de su falta.

a') *Las medidas de seguridad y su alcance.*

El concepto de "medidas de seguridad", en la concreta interpretación que suscita el hecho de gravarse su omisión con un recargo sobre las indemnizaciones por accidente de trabajo, ha ido evolucionando desde la primera regulación de los accidentes laborales (ley de 1900) hasta nuestros días, en un sentido extensivo.

— El artículo 64 del Reglamento de la Ley de 28-VII-1900 refería la falta de medidas de seguridad tanto a la "falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determine este Reglamento" como al "incumplimiento de las disposiciones de la Ley de 30-I-1900".

— El artículo 65 del Reglamento de la Ley de 10-I-1922 ampliaba la fórmula de su antecedente, refiriéndose a la "falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determine el Reglamento y las demás disposiciones complementarias que puedan dictarse, así como el incumplimiento de los preceptos de la Ley de 10-I-1922 y de los que contiene el Real Decreto del Ministerio de la Gobernación, de fecha 25-I-1908, que clasifica las industrias y trabajos prohibidos, total o parcialmente, a los niños menores de dieciséis años y a las mujeres menores de edad".

— El artículo 246, 9, del Código de Trabajo de 23-VIII-1926, reproducía la totalidad del artículo 65 del Reglamento de la Ley de 1922, que acaba de citarse, sustituyendo por el "incumplimiento de los preceptos del título I de este libro" (36) la referencia al "incumplimiento de los preceptos de la Ley de 10-I-1922".

— Los artículos 34 y 48 del Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Industria, de 31-I-1933, concretaban la falta de medidas de seguridad a la ausencia de "aparatos de precaución reglamentarios" en las máquinas y artefactos, y a la "falta de medidas preventivas en el grado e importancia determinados por el Reglamento y las demás disposiciones complementarias que puedan dictarse, así como el incumplimiento de los preceptos del Real Decreto de 25-I-1908 que clasifica las industrias y trabajos prohibidos, total o parcialmente, a los niños menores de dieciséis años y a las mujeres menores de edad".

ción en los accidentes de trabajo y en las enfermedades profesionales, en R. I. S. S., 1963, n.º 2, pág. 345.

(36) El título I del Libro Tercero del Código del Trabajo se refería a las "Disposiciones fundamentales en materia de accidentes del trabajo".

— El artículo 55 del Reglamento de 22-VI-1956 consideraba, en su versión anterior a la reforma de 1962, como falta de medidas de seguridad la ausencia de “aparatos de precaución reglamentarios” en las máquinas y artefactos, estimando “especialmente incluido” en este supuesto “el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida a la entrada a un ambiente pulvígeno que esté incluido en el cuadro anexo al Reglamento de Enfermedades Profesionales”. En la misma calificación se incluía el incumplimiento de “las disposiciones en vigor respecto al trabajo de mujeres y niños”.

— El artículo 55 del Reglamento de 22-VI-1956 consideraba, en su versión última (consecuencia de la reforma introducida por el D. 6-XII-1962), como falta de medidas de seguridad la ausencia de “aparatos de precaución reglamentarios” o la inobservancia de “las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales medidas de salubridad necesarias para el trabajo”, adición ésta de la mayor importancia. Siguiendo la redacción anterior a 1962, el artículo 55 del Reglamento consideraba como faltas de prevención “el hecho de que la víctima de neumoconiosis no haya sido reconocida...”, etc., y el incumplimiento por el empresario de las normas sobre trabajo de mujeres y menores (37).

— Por último, al artículo 147 del Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social estima, con criterio amplio, falta de medidas de seguridad la ausencia de “dispositivos de precaución reglamentarios” en máquinas, artefactos, instalaciones o centros de trabajo, su inutilización o malas condiciones, y la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad, higiene, salubridad o adecuación al trabajo, dicción en la que debe entenderse comprendida la referencia a las normas sobre trabajo de mujeres y menores.

La ampliación del concepto de medidas de seguridad alcanza, pues, su orto en la nueva redacción dada en 1962 al artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, en el que tales medidas no se limitan a la exigencia de aparatos de precaución reglamentarios y al cumplimiento de las normas laborales sobre mujeres y menores, sino que se extienden a la observancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene y de salubridad en el trabajo. El significado de la ampliación es de fundamental importancia; frente al absurdo precepto restrictivo según el cual sólo procedía el recargo de la indemnización en el caso de falta de aparatos o mecanismos de prevención, la redacción introducida por el D. de 6-XII-1962 extiende la aplicación del recargo, con criterio absolutamente racional, a todos los supuestos de falta de medidas de seguridad, higiene y salubridad (38).

(37) Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Apéndice, 1963, página 9. El artículo 55 del R. A. T. debe ser puesto en conexión con el 156, también reformado por el D. de 6-XII-1962. Ver S. T. S. de 24-III-1965.

(38) Sobre el régimen restrictivo vigente con anterioridad a la reforma de 1962, puede consultarse SAGARDÓY BENGOCHEA, *El aumento a cargo del*

Y, por supuesto, la ampliación se completa y concreta en el contenido del artículo 147 del Texto Articulado I de la L. B. S. S.

En conclusión, la agravación de las indemnizaciones a cargo del empresario es procedente siempre que el accidente de trabajo —o la enfermedad profesional— sea debido a la falta de medidas de seguridad, entendiéndose por éstas tanto las referentes a la obligación de instalar dispositivos de seguridad como las impuestas en el Reglamento General de Seguridad e Higiene (31-I-1940), Reglamentaciones de Trabajo y Reglamentos de Régimen Interior, y restantes normas específicas sobre la materia, así como a faltas de salubridad o adecuación al trabajo.

La consecuencia de esta ampliación es doble: de un lado, se incrementa la responsabilidad patronal —a cargo exclusivo del empresario infractor en cuanto no asegurable— en todos los supuestos de inobservancia de medidas de seguridad, con lo que, indirectamente, se está arbitrando un enérgico sistema de prevención de accidentes; de otro lado, tal incremento, en cuanto que tiene al accidentado como destinatario, se traduce en una ampliación de la tutela que el Derecho le depara. En uno y otro sentido, pues, la reforma del artículo 55 del Reglamento de Accidentes fue una reforma social y técnicamente elogiabile.

El cambio legislativo operado en esta materia se ha traducido, como forzosamente había de ocurrir, en un cambio jurisprudencial; la jurisprudencia ha salido de los estrechos y restrictivos límites que le imponía la primitiva redacción del artículo 55 del Reglamento de Accidentes —estrechez que hacía frecuentemente ilusoria la posibilidad del recargo— y ha liberalizado, en consonancia con la amplitud de la nueva versión del precepto, sus pronunciamientos. “El artículo 55 del R. A. T., según la nueva redacción que le confiere el D. 6-XII-1962 —dice la importante S. T. S. de 24-III-1965—, al referirse no sólo a faltas de precaución en las máquinas y artefactos... amplía las medidas de seguridad a todos los ambientes laborales... de lo que claramente se deduce el mayor amparo y la más efectiva eficacia que el legislador busca y quiso dar a la citada norma legal” (39).

b') *La apreciación de la falta de medidas de seguridad.*

El pronunciamiento judicial condenando al empresario de cuya infracción se ha derivado la producción de un accidente de trabajo al recargo de la correspondiente indemnización, ha de fundarse en la demostración de la falta de medidas de seguridad. La prueba de esta falta se basa, fundamentalmente, en dictámenes técnicos de carácter oficial: en muy primer lugar, los preceptivos dictámenes emitidos por

empresario en la indemnización por accidente de trabajo, en R. I. S. S., 1961, núm. 4, p. 1115 y ss.

(39) Ver además, entre otras, las Ss. T. S. de 11-III-1964 24-III-1964; 4-IV-1964; 18-VI-1964; 24-VI-1964; 6-X-1965.

la Inspección de Trabajo sobre el accidente o enfermedad profesional a los que eventualmente pueden sumarse los informes de autoridades municipales o de la Administración del Estado (así, con frecuencia, de las Jefaturas de Industria).

El valor probatorio de estos dictámenes, cuya aportación puede ser requisito procesal esencial (40), no ha sido interpretado unánimamente por el Tribunal Supremo. Así, mientras que en algunos supuestos se les atribuye “plena fuerza probatoria a los efectos de casación, pues aunque quizá no pudiesen encajar dentro de los más estrictos límites del documento auténtico en la casación civil, convienen al concepto más amplio del número 5 del artículo 164 del texto rituario de la casación social” (S. T. S. 18-XII-1962), en otros se afirma que tales informes “no tienen carácter de prueba documental” ya que “el funcionario informante no constata ni da fe sobre los hechos sobre los que discurre, sino que simplemente aporta elementos de juicio al proceso... datos que el juzgador debe comprobar y más tarde apreciar en combinación con el resto de las probanzas” (S. T. S. 7-VI-1965).

Por supuesto, no puede prejuzgar en modo alguno la falta de responsabilidad del empresario “el hecho de que por la Inspección de Trabajo no haya sido sancionada la empresa demandada, pues aparte de que ello puede obedecer a causa referente a faltar la oportuna denuncia y visita, es que además ese simple hecho negativo no vincula en modo alguno a la jurisdicción social” (S. T. S. 6-III-1963) (41).

Debe decirse, por último, que la apreciación de las faltas de seguridad e higiene ha de proceder restrictivamente en atención a las graves consecuencias sancionadoras que de ello se derivan (42).

c) *La relación de causalidad entre la falta de medidas de seguridad y la producción del accidente.*

La responsabilidad agravada del empresario en el supuesto de falta de medidas de seguridad tiene su fundamento en el nexo causal entre tal falta y la producción de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

No basta, pues, naturalmente, que se haya producido un accidente

(40) Así ocurre en “todos los procesos en que se demande por incapacidad permanente o muerte”; en los que “el Magistrado de Trabajo... deberá interesar de la Inspección Provincial de Trabajo, si no figurase ya en los autos o expediente, informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente...”, etc. Cfr. arts. 124 y 125 del Texto Articulado II de la L. B. S. S., y Ss. T. S. 5-II-66 y 7-III-1966

(41) No faltan las sentencias contradictorias en esta materia; en alguna ocasión el T. S. ha manifestado que “al no haber recibido denuncia ni tramitado expediente por infracciones en la ejecución de los trabajos, constata presuntivamente (la Inspección de Trabajo) la inexistencia de tales irregularidades, defectos u omisiones” (S. 18-XII-1962).

(42) S. T. S. 16-IV-1963; 2-IV-1964; 4-XI-1964.

y que, sin guardar ninguna relación causal con él, exista una infracción empresarial de medidas de seguridad, higiene o salubridad en el trabajo. Es necesario, para que surja la responsabilidad consistente en el recargo de la indemnización, que el accidente haya sido causado precisamente por la falta de tales medidas y que esta falta sea imputable al empresario.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los posibles motivos de ruptura de la relación causal, y, consiguientemente, de exoneración del empresario; así, se ha mantenido la falta de nexo causal "in genere", cuando el accidente sea debido a hechos no imputables al empresario (43) y, más concretamente, a imprudencia del trabajador (44), o cuando se deba a la desobediencia del trabajador frente a órdenes empresariales (45). La impericia probada del trabajador no exonera, sin embargo, de responsabilidad al empresario, entendiéndose que existe una falta de previsión en el empleo de personal inepto (46).

Desde luego, la base sobre la que reposa el nexo causal se ha ampliado extraordinariamente a partir de la modificación del artículo 55

(43) Los accidentes ocurridos por "evento fortuito" y sin conexión con faltas empresariales en materia de seguridad e higiene no dan lugar a recargo (S. T. S. de 25-VI-1962 y 18-XII-1963). Conviene añadir que por eventos fortuitos no se entiende aquí las fuerzas mayores extrañas al trabajo a que se refiere el artículo 3.º del vigente Reglamento de Accidentes (que impiden, sin más, la aparición de la figura del accidente), sino las circunstancias que, con independencia de la voluntad del empresario, determinan la producción del accidente. La falta de relación entre el incumplimiento empresarial y el siniestro no impide la aparición del accidente, pero sí la imposición del recargo.

(44) La imprudencia extraprofesional—esto es, la que no es "consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira" (art. 3.º de R. A. T., interpretado "a sensu contrario")—no sólo impide que el empresario sea gravado con el recargo del 50 por 100, sino que le libera de la responsabilidad indemnizatoria principal; técnicamente no hay accidente de trabajo. En el supuesto de imprudencia profesional, aun siendo el empresario responsable de las resultas indemnizatorias del accidente, no responde del recargo del 50 por 100, según puntualiza la S. T. S. de 7-VI-1965, al referirse a "omisiones imputables al accidentado (éste no utilizaba las botas de goma puestas a su disposición por la empresa) que, aunque comprendidas dentro de la imprudencia profesional, no son valorables a estos efectos en que se trata de sancionar al empresario". En el mismo sentido se pronuncia la S. T. S. de 30-IX-1965 y la S. T. S. de 4-II-1966, según la cual "dicha imprudencia, aunque sea profesional, no puede servir para fundamentar el aumento del 50 por 100 de la indemnización precedente, que, por tener carácter sancionador, debe interpretarse en forma restringida". Con anterioridad, el T. S. había mantenido la doctrina contraria, declarando que no basta, para que el empresario se exonere de la responsabilidad del recargo, que hubiese adquirido los aparatos o útiles de precaución, ni que hubiese ordenado su uso, sino que es preciso que los hubiera impuesto efectivamente (S. 17-I-1962; 31-I-1962).

(45) S. T. S. de 5-XI-1962. Art. 17 R. A. T.

(46) El artículo 17 del R. A. T. declara, en efecto, como falta de previsión del empresario "la utilización de personal inepto". Cfr. S. T. S. de 3-II-1962 y S. T. S. de 2-IV-1964, que parece fundamentar en la culpa "in eligendo" del empresario la responsabilidad de éste por el accidente ocurrido a un trabajador de inexperiencia probada. V. asimismo S. T. S. de 26-V-1964.

del R. A. T. en 1962, al entenderse como responsable del recargo del cincuenta por ciento de la indemnización no sólo al empresario que omite la instalación de los aparatos de precaución reglamentarios, sino incluso el que incumple cualesquiera medidas de seguridad o salubridad. El concepto de “medidas de seguridad” desborda así, con mucho, la mera exigencia de mecanismos preventivos, y provoca, como necesaria consecuencia, la aparición del recargo en la responsabilidad empresarial en todos los supuestos en que el accidente de trabajo haya sido debido a la falta de lo que, con amplísimo criterio, el Decreto de 6-XII-1962 llamaba “medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo”, y “elementales medidas de salubridad para el trabajo”; expresión completada en el artículo 147 del T. A. I. con la referencia a las medidas de “adecuación” al trabajo.

2.º El recargo en la indemnización.

La responsabilidad indemnizatoria del empresario se ve incrementada en un tanto por ciento cuando el accidente de trabajo se debe a la falta de medidas de seguridad, higiene, salubridad o adecuación al trabajo, imputable al empresario.

El estudio de este recargo, cuya existencia data de la primera ordenación del seguro de accidentes de trabajo, comprende varios puntos: su naturaleza jurídica, su cuantía, su aplicación restrictiva, su concurrencia con otras responsabilidades y su imposición en vía jurisdiccional.

a) Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica que deba atribuirse al recargo impuesto por falta de medidas de seguridad no siempre se ha deducido de los textos legales con el mismo carácter y en igual sentido. Mientras que las distintas ordenaciones anteriores a la legislación de accidentes de 1956 consideraban al recargo, expresamente, como un puro aumento en las indemnizaciones debidas por el accidente de trabajo, el artículo 55 del último Reglamento de Accidentes emite un terminante pronunciamiento sobre la naturaleza del recargo, íntegramente respetado en la nueva redacción que el D. 6-XII-1962 dio al precepto, según el cual, “este recargo a costa del patrono se considerará como una *sanción* para el mismo”.

Este carácter sancionador —y no resarcitorio— ha sido reiterado por una abundante jurisprudencia (47) en la que el recargo se confi-

(47) El “carácter de sanción” es resaltado en la S. T. S. de 1-III-1962. La S. T. S. de 20-X-62 llega a configurar el recargo como una “penalidad”. La S. T. S. de 11-III-1964 considera a las normas que imponen el recargo “preceptos de acusado sabor punitivo, determinados por la necesidad de proteger a los trabajadores contra los patronos que les hacen trabajar en condiciones peligrosas”. La S. T. S. de 28-III-1964 insiste sobre el carácter de “normas punitivas o sancionadoras” de los preceptos que imponen el recargo. De “sanción” y “sanción legal” lo califican las Ss. T. S. de 8-II-1965, 14-X-1965 y 6-XI-1965.

gura como una “sanción legal”, y las normas que lo imponen, como “normas legales punitivas o sancionadoras”.

En suma, el recargo queda conceptuado legal, jurisprudencial y aún doctrinalmente (48), como una sanción impuesta al empresario.

Con todo, no parece que el criterio legal, seguido por la jurisprudencia, sea suficiente para prejuzgar de modo definitivo la verdadera naturaleza del recargo. Que éste tiene aspectos propios de la sanción —así, la prohibición de su aseguramiento por el empresario— es evidente; pero tampoco puede ignorarse la presencia de factores peculiares de la indemnización. Todos los textos legales que desde 1900 a nuestros días se han ocupado de la regulación de este recargo han coincidido con singular unanimidad en considerarlo como un aumento de las indemnizaciones; las referencias de dichos textos a las indemnizaciones no se hacían —ni se hacen— simplemente para tomarlas como módulo determinante del importe del recargo; en otras palabras, no es que las normas sobre la materia preceptúen que el recargo sea equivalente a un tanto por ciento de las indemnizaciones debidas; lo que tales normas dicen es que el recargo mismo es constitutivamente una indemnización (“Toda indemnización se aumentará...”, como se lee en el art. 55 del R. A. T.).

Este carácter indemnizatorio del recargo, resaltado en alguna ocasión por la jurisprudencia (49), resulta con toda claridad del hecho de ser el propio accidentado su destinatario.

La doble naturaleza del recargo por falta de medidas de seguridad (50) supone la atribución por el Derecho de una doble función: de un lado, el recargo pretende, en cuanto sanción, la exigencia de una responsabilidad al empresario cuya infracción de las normas de policía laboral ha provocado la producción de un accidente de trabajo; por otra parte, el recargo pretende, en cuanto indemnización, la compensación al trabajador víctima de un accidente debido precisamente al incumplimiento por parte del empresario de las normas sobre seguridad e higiene.

El anómalo régimen que sigue la naturaleza jurídica del recargo supone, aparte de las dificultades, examinadas con anterioridad, para configurar con precisión los términos de la relación de causalidad entre infracción y accidente de trabajo, no pocos problemas en cuanto a la atribución de la responsabilidad patronal. Efectivamente, al participar el recargo de la naturaleza de la indemnización principal, parece derivarse como consecuencia lógica la posibilidad de responsabilidad subsidiaria

(48) HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *op. cit.*, pág. 342 mantiene, en igual sentido, que “no puede desconocerse que el carácter de sanción es básico en este aumento de indemnización”.

(49) S. T. S. de 26-IX-64, que configura el recargo como un “plus indemnizatorio”.

(50) Cfr. MARÍN CORREA, *Algunas puntualizaciones jurisprudenciales sobre el artículo 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo*, en R. I. S. S., 1965, número 1, pág. 43 y ss.

del dueño de la obra, en caso de insolvencia del contratista, y del Fondo de Garantía, como responsable en última instancia, pero al mismo tiempo, el recargo, en cuanto sanción, da lugar a una responsabilidad personalísima, no transmisible subsidiariamente, y con la que resulta gravado exclusivamente el empresario, en cuanto infractor de las normas de seguridad y responsable de la producción del accidente.

Al enfrentarse con este difícil dilema, en el que forzosamente ha de optarse por una u otra solución, la jurisprudencia ha mantenido, atendiendo más a la naturaleza indemnizatoria que a la sancionadora del recargo, la posibilidad de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra (51), y, terminante y repetidamente, la del Fondo de Garantía (52). Se desvanece así, en buena parte, la naturaleza sancionadora del recargo, que, aun no siendo asegurable, se desplaza en ocasiones a personas o instituciones ajenas a la infracción causa del accidente. La formulación del T. S. según la cual “el incremento por la falta de aparatos de seguridad o precaución sólo es reservable a la negligencia o incuria de la empresa” (53) parece contradecirse con la admisión de la responsabilidad del dueño de la obra o del Fondo de Garantía.

Esta anómala situación —la repercusión de responsabilidades sancionadoras sobre sujetos a los que no les es imputable infracción alguna— parece definitivamente superada en la afortunada redacción que el legislador ha dado al precepto correspondiente en el Texto Articulado I de la L. B. S. S.: “La responsabilidad del pago del recargo —dice el número 2 del art. 147 de dicho Texto— recaerá *directamente* sobre la empresa infractora y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo *nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla*” (54). La nueva legislación se inclina, pues, manifiestamente hacia la naturaleza sancionadora del recargo, sin perjuicio de seguir haciendo destinatario suyo, por razones de equidad más que de pura técnica jurídica, al trabajador accidentado. En este contexto es precisamente donde procede indicar que, a diferencia del régimen del R. A. T., el Texto Articulado sólo incluye como beneficiario del recargo al propio accidentado y no a sus derechohabientes, en caso de muerte; en efecto, el artículo 147 se incluye sistemáticamente en el capítulo destinado a Invalidez (no siendo apli-

(51) S. T. S. de 4-IV-1955.

(52) S. T. S. de 13-III-1956; S. T. S. de 18-XII-62; S. T. S. 24-III-1964; S. T. S. 28-V-1965.

(53) Ss. T. S. de 16-IV-1963 y 2-IV-1964.

(54) Las diferencias entre la redacción del nuevo Texto Articulado y del Reglamento de Accidentes son patentes; mientras que el Reglamento se limita a decir que el recargo es “a costa del patrono”, el Texto Articulado subraya que “recaerá directamente sobre la empresa infractora”; y mientras que el Reglamento prohíbe “bajo pena de nulidad” el aseguramiento del recargo, el Texto Articulado extiende la prohibición a “cualquier pacto o contrato” por el que se intente cubrir, compensar o transmitir la responsabilidad en que el recargo consiste.

cable a muerte y supervivencia), y, además, preceptúa expresamente que el recargo se concede al “trabajador víctima del accidente de trabajo”.

b) *Cuantía.*

Tradicionalmente, la cuantía del recargo se ha hecho coincidir con el cincuenta por ciento del importe de la indemnización principal. Este es, en efecto, el criterio que se mantiene invariablemente desde el Reglamento de la ley de 1900 hasta el Reglamento de 22-VI-1956: “toda indemnización de accidente de trabajo o enfermedades profesionales se aumentará en una mitad...”, etc.

Este criterio, sin embargo, aparece modificado por primera vez en el Texto Articulado I de la L. B. S.S., en cuyo artículo 147 se gradúa la cuantía del recargo, en conexión con la gravedad de la infracción, entre un treinta y un cincuenta por ciento del importe de las indemnizaciones debidas. El precepto, que en una inicial aproximación puede parecer regresivo con relación a todos los que le han servido de antecedentes, se sitúa en la línea de superación del principio rigurosamente restrictivo que viene dominando en la condena al recargo por los Tribunales. La facultad de que éstos gradúen discrecionalmente la responsabilidad empresarial ha de traducirse, sin duda, en la adopción de criterios más flexibles en la apreciación de la infracción y en la fijación del recargo consiguiente. Importa destacar que el art. 147, 1, del Texto Articulado prevé la posibilidad de que el recargo se aplique a “las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes”, sin extenderse a los subsidios de espera y asistencia, ni a los subsidios por incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional debidas a accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

Es importante consignar que la cuantía del recargo es única, cualquiera que sea el número de infracciones cometidas por el empresario. Así como la pluralidad de faltas motiva la pluralidad de sanciones administrativas, a la multiplicidad de incumplimientos sólo corresponde la imposición de un recargo. Así lo ha expresado con toda precisión el Tribunal Supremo, al declarar que “el incremento en una mitad más de la indemnización del accidente producido en establecimiento u obra cuyas máquinas o artefactos carezcan de aparatos de precaución no puede ser elevado en otra mitad por el hecho de concurrir a la vez infracción de las normas reguladoras del trabajo de niños y mujeres, porque los términos de la ley revelan la unidad del incremento, cualquiera que sea la pluralidad de faltas en el dispositivo de prevención” (55).

(55) S. T. S. de 8-II-1965.

c) *Aplicación restrictiva.*

El carácter sancionador, especialmente gravoso, que reviste la institución del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene ha motivado en todo momento la actitud restrictiva de los Tribunales en su imposición. Con palabras del Tribunal Supremo, “los artículos 27 de la Ley y 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo... por su carácter esencialmente punitivo han de ser aplicados en sentido restringido, mediante la rigurosa exigencia de los requisitos que la reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala viene elaborando” (56).

El alcance de la restricción ha variado, por supuesto, sustancialmente, experimentando una considerable y necesaria ampliación, desde la reforma del artículo 55 del Reglamento de Accidentes.

Con anterioridad al D. 6-XII-1962, al que se debe la modificación de este artículo, era precisa la concurrencia de tres requisitos para que procediera la imposición del recargo: 1.º) la obligatoriedad reglamentaria de aparatos o mecanismos de seguridad; 2.º) la plena probanza procesal de su no utilización; 3.º) el “necesario nexo causal” entre la falta de medidas de seguridad y el accidente de trabajo. En todo caso, la jurisprudencia era terminante en no admitir la procedencia del recargo fuera de los supuestos en que las medidas de precaución (“aparatos o mecanismos” básicamente) viniesen específicamente exigidas por normas reglamentarias: “únicamente cabe imponer sanciones... en casos claros y concretos y cuando reglamentariamente se prescriban determinados aparatos o medidas de seguridad” (57).

El recargo, pues, tenía como necesario antecedente —aparte los casos de incumplimiento de las disposiciones sobre trabajo de mujeres y menores y de falta de reconocimiento previo del trabajador víctima de neumoconiosis— la omisión de mecanismos preventivos, con lo cual sus posibilidades de aplicación quedaban sumamente reducidas, aun siendo creciente el número de normas que contenían disposiciones sobre aparatos de precaución reglamentarios (58).

Aparecido el D. de 6-XII-1962, la nueva redacción introducida por éste en el artículo 55 del R. A. T. supuso una muy estimable

(56) S. T. S. 24-XII-1962. “Tratándose de aplicar una penalidad agravando la responsabilidad ya decretada del empresario... *solamente* cuando resulte clara y manifiesta la infracción de los preceptos legales dictados para proteger al obrero en el ejercicio de su oficio, o aparezca un evidente descuido y desprecio en el cumplimiento de tales normas, se puede y debe aplicar la correspondiente sanción” (S. T. S. de 20-X-1962). “Únicamente cabe imponer sanciones en casos claros y concretos y cuando reglamentariamente se prescriban determinados aparatos o medidas de seguridad” (S. T. S. 25-VI-1962). “En casos de no especificación legal detallada del aparato preventivo, resulta obligado que la parte demuestre la negligencia imputable al patrono” (S. T. S. de 31-IV-1965). “El carácter extraordinario y sancionador (de estos preceptos) obliga a una aplicación restrictiva mediante una base de hecho firme y precisa”. (S. T. S. 17-I-1962).

(57) S. T. S. 25-VI-1962.

(58) Cfr. HERNAINZ MÁRQUEZ, *op. cit.*, pág. 344.

ampliación de las posibilidades de aplicación del recargo. En efecto, no son ya sólo las máquinas y artefactos desprovistos de aparatos de precaución reglamentarios —o con aparatos inutilizados o defectuosos— quienes pueden motivar la imposición del recargo; también las instalaciones y los centros y lugares de trabajo que carezcan de tales aparatos provocan la aplicación del recargo; y también, en fin, y como máxima muestra de extensión de la sanción, la inobservancia de las medidas de cualquier tipo sobre seguridad e higiene y salubridad en el trabajo dan lugar a la agravación de la responsabilidad patronal. Por supuesto, la omisión del reconocimiento previo de los trabajadores afectados de neumoconiosis y el incumplimiento de las normas sobre trabajo de mujeres y menores continúan provocando, cuando de ellos se derive la producción de un accidente de trabajo, el recargo de la responsabilidad empresarial.

La extraordinaria ampliación, consumada con la promulgación del T. A. I., de los casos en que el recargo resulta procedente, afecta, por supuesto, y de modo sensible, al mantenimiento del principio de su aplicación restrictiva: para que los Tribunales puedan imponer el recargo, no sigue siendo preciso que exista una específica norma reglamentaria de seguridad o higiene violada, bastando la mera falta —aun no tipificada en precepto alguno— de seguridad, higiene o salubridad para provocar la aparición del mecanismo jurídico del recargo.

d) *Concurrencia con otras responsabilidades.*

La responsabilidad en que el recargo consiste es compatible con cualesquiera otras responsabilidades que pudieran derivarse de la producción de un accidente imputable a la falta de previsión del empresario; quiere con ello decirse que el empresario puede verse simultáneamente constreñido a sufrir sanciones administrativas, civiles y penales, aparte la específica del recargo, derivadas de un mismo acto de incumplimiento. El contenido del artículo 147 del T. A. I. debe ser puesto en conexión, a estos efectos, con el artículo 196 del mismo texto legal, a cuyo tenor “el incumplimiento de los preceptos reglamentarios referentes a la aplicación de los mecanismos y medios preventivos de los accidentes de trabajo, y de las medidas de seguridad e higiene establecidas, o de las generales de salubridad, se sancionará *independientemente de la responsabilidad civil o criminal que proceda*, con multa de 1.000 a 10.000 pesetas” (sanción administrativa).

Sobre el carácter excesivo de la responsabilidad que puede recaer sobre el empresario como consecuencia de la concurrencia de sanciones derivadas de un mismo incumplimiento no hemos de añadir nada en este lugar a las reflexiones que nosotros mismos hemos hecho en un estudio anterior (59).

(59) MONTROYA MELGAR, *La responsabilidad del empresario frente a la Administración laboral*, cit. El Texto Articulado I de la L. B. S. S. introduce una nueva responsabilidad por incumplimiento de las normas de Seguridad e Higiene.

e) *Imposición del recargo y congruencia procesal.*

La exigencia procesal de la congruencia entre la sentencia y las pretensiones deducidas en el litigio (art. 359 de la L. E. C.), válida tanto para el proceso civil como para el laboral, parece conocer una importante excepción: la constituida por el supuesto del recargo indemnizatorio del que trata este estudio. "Dicha sanción debe aplicarse siempre, pídalo o no la parte perjudicada... sin subordinar su efectividad a la autonomía de la voluntad del accidentado", según el pronunciamiento del Tribunal Supremo (60), a cuyo tenor el magistrado que aprecia de oficio, sin previa rogación de parte, la omisión patronal de medidas de seguridad de la que se haya derivado el accidente, condenando al empresario infractor al pago del recargo, no incurre en incongruencia, ni hace a su fallo revisable en casación por este motivo (61).

La aparente quiebra del principio de congruencia en este supuesto ha sido explicada por ALONSO OLEA en estos términos literales: "Lo que ocurre es que el Magistrado de Trabajo, y en casación el Tribunal Supremo, no están actuando como organismos jurisdiccionales en esta materia, sino como órganos administrativos con potestad sancionadora. No existe ninguna exigencia en cuanto a que tenga que existir necesariamente en el proceso pretensión deducida por una especie de acusador privado ni, en tal sentido, juega ni tiene por qué jugar el principio de congruencia, ni tampoco el de rogación" (62).

No obstante, y pese a ser la tendencia dominante en la jurisprudencia favorable a la fijación de oficio del recargo, el Tribunal Supremo incurre en algún momento en contradicción evidente con su doctrina habitual, al declarar, como ha hecho en fecha muy reciente (63), que existe vicio de incongruencia, que da lugar a casación y anulación de la sentencia del Magistrado de Trabajo, y "la resolución está viciada de *extra petitum*... cuando la cosa juzgada favorablemente al obrero sobre la incapacidad, no le impide accionar nuevamente, postulando recargo, toda vez que el hecho constitutivo de éste no fue controvertido en el litigio limitado a la pretensión de los efectos ordinarios del accidente".

Tal contradicción en la doctrina jurisprudencial no es sino una más entre las muchas confusiones a que da lugar la imprecisa naturaleza jurídica —sanción e indemnización al tiempo— que el recargo por falta de medidas de seguridad tiene en nuestro Derecho (64).

ne, consistente en el incremento de un 10 por 100 (y en caso de reincidencia, hasta un 20 por 100) sobre las primas (art. 72,3).

(60) S. T. S. de 28-IX-1964.

(61) Ss. T. S. de 14-XII-1949; 22-V-1959; 28-III-1964.

(62) ALONSO OLEA, *Derechos irrenunciables y principio de congruencia*, en "Anuario de Derecho civil", abril-junio 1962, XVII, pág. 317.

(63) S. T. S. de 14-XII-1965.

(64) Como afirma ALONSO OLEA, *op. y loc. cit.*, "la circunstancia de que el importe pecuniario de la penalidad impuesta no ingrese en el Tesoro público, sino que vaya a parar al perjudicado como aumento de su indemnización... es la que oscurece un tanto la claridad del tema".

Las disposiciones testamentarias con causa ilícita *

BERNARDO MORENO QUESADA
Catedrático de la Escuela de Comercio
y Prof. Adjunto en la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. El artículo 767, § 2.º del C. c. 2. Precedentes del mismo. 3. Su justificación en la doctrina. 4. Crítica de los argumentos justificadores. 5. Explicación por el "favor testamentis". Su alcance. 6. Causa y motivos en las disposiciones testamentarias. 7. Soluciones en el Derecho positivo extranjero y cuestiones que se suscitan: A) *Constancia del motivo*. B) *Significado de la ilicitud*. C) *El carácter de determinante*. 8. Aplicación de conclusiones a nuestro precepto legal: A) *La doctrina sobre el mismo*. B) *La posición del Tribunal Supremo*. C) *Interpretación que se propone*.

1. Refiriéndose a la institución de heredero y al nombramiento de legatario, el párrafo 2.º del artículo 767 establece que "la expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita", de la misma manera que en su párrafo 1.º dispone que será considerada como no escrita la expresión de una causa falsa, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

El tajante mandato legal sobre la inoperancia de la expresión de una causa contraria a Derecho en las disposiciones testamentarias, no puede por menos de provocar perplejidad y el deseo de conocer cuáles puedan haber sido su origen y las razones que hayan podido llevar al legislador a darle acogida, así como la actitud de la Jurisprudencia y doctrina científica frente al problema de su justificación y los que puedan derivarse de la aplicación del mismo en la vida práctica.

2. Frente a la afirmación terminante de que la disposición consignada en el § 2.º de nuestro artículo 767 la estableció ya el Derecho romano (1), en un estudio específico sobre este punto, el romanista italiano Emilio Costa (2) sostiene que a diferencia de lo que ocurre con la abundancia, concordancia y precisión de los textos que se refieren a la eficacia de la causa y de la condición ilícitas en los negocios inter

(*) Escrito para el Homenaje al Profesor Giménez Fernández.

(1) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VI, 2.ª ed. revisada por Ogáyar Ayllón, Madrid, 1951, pág. 126.

(2) *Della causa illicita espressa in una disposizione d'ultima volontà secondo el diritto romano*, en la Riv. It. Sc. Giuridiche, vol. X (1890), págs: 3 y ss.

vivos, que son acogidos sintéticamente más tarde en las palabras de la Constitución de Diocleciano y Maximiano: "Omnia quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur nullius momenti sint", no ocurre lo mismo en lo relativo a los actos de última voluntad, respecto de los cuales no se plantea la eficacia que puede tener la causa ilícita en ellos expresada.

Expone el ilustre romanista que sólo lentamente, y no sin discrepancias, se irán fijando reglas para las condiciones ilícitas, que se equiparan a las físicamente imposibles, discutiéndose entre los juriconsultos de las Escuelas Proculeyana y Sabiniana si la condición imposible físicamente (y la ilícita, que a ella se equipara después) debe hacer nulo el acto al cual se añade o, por el contrario, tenerse por no escrita, dejando que el acto subsista incondicionado. Y si bien la opinión de los Sabinianos prevalece y es finalmente acogida con carácter general, se confiesa, incluso por quien es partidario de esta Escuela, que difícilmente puede encontrarse una razón que sirva para justificarla: en frase de Gayo "et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest". Pero mientras se viene configurando así la regla para las condiciones ilícitas, de la que se conservan aplicaciones en diversos textos, nada considera que se encuentre en las fuentes que explícitamente contemple la inocuidad de la causa ilícita expresada en una disposición de última voluntad (3).

Y aún más, determinados pasajes, como el que declara nula la disposición a favor del Príncipe "litis causa", esto es, para obtener decisión favorable en un asunto judicial o administrativo (D.28.5,92; Inst.2.17,7), así como la disposición "contumelia causa", en la que el disponente mira no tanto a hacer la atribución cuanto a poner a cargo de la persona contemplada algo reprochable (D.28.5,9 y 30,54), y el que sea también nula la que se hace a favor del nasciturus a procrear por personas entre las que es imposible el matrimonio al tiempo del testamento (D.28,2,29 e Inst.2,20,28), llevan a Biondi a considerar (4) que de ellos se deduce el principio de que la disposición es nula cuando tenga causa ilícita, siempre que resulte implícitamente de la disposición y haya sido el motivo determinante de la misma, estimando que tiene causa ilícita cuando se funde o persiga la consecución de un resultado reprobado por el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, no es en el Derecho romano donde se encuentra el antecedente del precepto que nos ocupa. ¿Proviene de nuestro Derecho histórico? Refiriéndose a los antecedentes del artículo 767, se cita por los comentaristas del Código como tal la Ley 20, Tit. 9 de la Partida VI (5), pero el hecho es que su contenido, si bien se refiere

(3) COSTA, op. cit., pág. 7.

(4) *Successione testamentaria e donazione*, 2.^a ed., Milano, 1955, págs. 526 y siguientes.

(5) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, T. XII, 5.^a edición, revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1943, pág. 496, y MANRESA, op. y loc. cit.

a la expresión de causa en la disposición testamentaria, se limita a contemplar el supuesto de que se trate de una falsa, objeto de regulación en el primer párrafo del precepto, pero no hay alusión alguna en dicho fragmento al caso de expresión de causa contraria a Derecho (6). Tampoco en el Proyecto de 1851 está el antecedente del precepto en cuestión, pues la causa objeto de atención es la falsa en que se funde una disposición a título universal o particular, a la que dejará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo para hacerla otra causa tan atendible como la expresada, supuesto, como se ve, igual al regulado en el párrafo 1.º, aunque con solución opuesta a la adoptada en el mismo (7).

Es en el Anteproyecto de Código de 1882-1888 donde aparece la regla que después será el párrafo 2.º del artículo 767 del Código civil vigente, unida también a la consideración de la causa falsa, y con idénticas soluciones a las consagradas en este último; en efecto, el artículo 768 de aquél, tras disponer que “la expresión de una causa falsa será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa”, añade en un 2.º párrafo que “la expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no puesta”. Como antecedente del precepto se cita el artículo 1.380 del Código mejicano (8), si bien aquí también hemos de hacer la advertencia de que el mismo se ocupa sólo de la causa falsa, siendo antecedente del párrafo 1.º; el que en realidad da igual solución que el nuestro para el caso de que sea expresada una causa contraria a Derecho es el artículo 1.381 (9). Aquí está, pues, la fuente del precepto que contemplamos, que pasa, sin alterar una coma, a través del Anteproyecto de 1882-1888, al Código vigente, aunque el

(6) “Falsa o mentirosa razón diciendo el testador, quando ficiesse la manda, non la empesce, nin se embarga por ella...”, como demuestra con el ejemplo que pone a continuación. Y en la Ley 21 del mismo tít., refiriéndose a que los “facedores de los testamentos ponen razones en las mandas quando las facen, e a esta razon llaman en latin causa” dice que “la manda que es assi fecha dezimos que maguer la razon que es puesta en ella no sea verdadera vale e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e debe ser entregado della”.

(7) Art. 721. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, Madrid, 1852, pág. 152) justifica el apartamiento de la solución romana, calificando las razones en ellas expuestas para la justificación “quia donari volui, quanvis falso mihi persuaserim” (D. 12, 6, 65, § 2) de pueril y ridícula, pues estima que precisamente se debe presumir que falta la voluntad cuando resulta falsa la causa que la determinaba; y en cuanto a “quia ratio legandi legato non coaeheret” (D. 35, 1, 72, § 6.º) la tiene por no menos frívola e impertinente, por mantener que la razón o motivo de legar es la parte noble y decisiva del legado, posición que ha terminado por ser adoptada por la generalidad de los legisladores y Tribunales y gran parte de la doctrina científica.

(8) Cfr. la edición de Peña, Madrid, 1965, pág. 35, nota 107, acerca de que el tenido en cuenta fue el de 1870.

(9) En el vigente Código civil mexicano, el precepto referente a la causa ilícita es el artículo 1.304, mientras que a la errónea se dedica el 1.301.

primer párrafo, en igual paso, sufre la ligera adición aclaratoria que más arriba aparece de la transcripción del artículo 768.

3. El principio contenido en el § 2.º del artículo 767 C. c. de que la expresión de una causa contraria a Derecho se tendrá por no puesta, respetándose, por consiguiente, toda la eficacia de la institución de heredero o nombramiento de legatario que la contenga, ha tratado de ser justificado con una serie de consideraciones que con frecuencia muestran no ser más que un forzado intento de dar base al precepto positivo vigente; así sucede con la afirmación de Manresa (10) de que deben tenerse por no escritas “porque no es presumible siquiera que el testador, al otorgar su disposición testamentaria, tuviese intención de ordenar lo que no tenía eficacia”, o la de M. Scaevola (11) de que “una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones (art. 1.275), pero tampoco para impedir propósitos honrados. Aquí el fin, en cierto modo, justifica los medios”.

Con la misma finalidad justificadora del precepto, se ha dicho (12) que “no puede por menos de reconocerse su justicia, pues lo que es contra Derecho no es susceptible de producir efecto jurídico alguno, debiendo, por tanto, tenerse como no escrita dicha causa”, alegación que tampoco tiene gran fuerza persuasiva, sobre todo si se trata de aplicar en la dirección perseguida por su autor.

Con una pretensión de mayor cientifismo, se ha afirmado (13), en relación con la inocuidad de la expresada causa contraria a Derecho que consagra nuestro legislador, que sigue dominando aquí también el aforismo romano de la “falsa demonstratio”; pero lo que sigue a continuación no es consecuente con lo afirmado, ya que se añade “pues a estas situaciones se les aplica el mismo tratamiento que a las instituciones sometidas a condiciones imposibles o contrarias a Derecho, es decir, que se tienen por no puestas: “Vitiatur sed non vitiant” (14). Aunque partiendo del reconocimiento de que técnicamente no existe posible confusión entre la causa y la condición ilícitas, sostiene Díaz Cruz (15) que no obstante “el Código, en su artículo 767 emplea el vocablo “causa” como sinónimo de “motivo”, en cuyo caso se puede producir una confusión con la condición, pues pudiera parecer que la condición es el motivo determinante que im-

(10) Op. cit., pág. 126.

(11) Op. y loc. cit.

(12) MANRESA, op. y loc. cit.

(13) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, vol 1.º, Madrid, 1954, pág. 124.

(14) Y no hay consecuencia porque se tratan, sin diferenciarlos claramente, dos aspectos: la “ratio” de la disposición, que es la que puede haberse pensado está en la regla de la “falsa demonstratio o falsa causa non nocet” que se aplica en el párrafo 1.º del artículo, y el tratamiento dado al supuesto, que es el mismo dado a las disposiciones sometidas a condiciones imposibles o contrarias a Derecho, el tenerlas por válidas; y como no podía ser menos, cuando el autor trata de estas últimas, para nada se refiere al precitado aforismo.

(15) *Los legados*, Madrid, 1951, pág. 427.

pulsa al testador a efectuar el legado, que es lo que, según el Código, constituye la causa”, y añade: “en nuestro Derecho, ya se considere una disposición testamentaria sujeta a condición ilícita, o se estime la manda como motivada por una causa ilícita, se entiende como no puesta tanto la condición como la causa”, lo que para él parece ser una consecuencia de esa posible equiparación, que atribuye el Código, entre causa y condición.

Se ha pretendido igualmente justificar el principio de que la expresión de una causa ilícita se tiene por no puesta en la disposición, aduciendo (16) que si se admitiera el efecto anulatorio, se vendrían a añadir otras causas de incapacidad o indignidad para suceder a las taxativamente expuestas en la ley, único procedimiento eficaz para introducir éstas.

Por último, como argumento el más utilizado y extendido, sobre todo en la doctrina francesa, que arranca de la consideración de que en las disposiciones a título gratuito por residir la causa en la misma intención liberal, en el “animus donandi” o según la fórmula de Portalis “la causa de un acto de beneficencia es siempre la beneficencia misma”, se afirma que por ello la causa de una liberalidad no podrá nunca ser calificada de ilícita toda vez que el espíritu liberal en que consiste es incompatible con la idea de ilicitud, por lo que en estos actos de pura beneficencia no deben tomarse en consideración otros móviles que el “animus donandi”, a menos que deban considerarse como condiciones del mismo (17).

4. Estas son las razones que se aducen para justificar el principio de que la expresión de causa ilícita es irrelevante en las disposiciones testamentarias, en las que se tiene por no enunciada, y ante ellas cabe preguntarse: ¿son convincentes? A mi entender, la exposición de las mismas resulta bastante para darse cuenta de que no son satisfactorias, y unas consideraciones sobre ellas creo nos afirmarán en esta idea:

Respecto al argumento de Manresa de que debe la disposición considerarse válida, porque no es presumible que el testador tuviese la intención de ordenar lo que no podía tener eficacia, lo único que puede probar es que ante una disposición testamentaria de ese tipo no debe dudarse de la sinceridad intencional del testador, de que precisamente persigue aquello que ha expresado a pesar de lo extraño que pueda parecer la razón ilícita aducida para ello, y que pretende conseguirlo; a esto nada hay que objetar, pero resuelve simplemente una cuestión de interpretación del testamento, a través de una presunción sobre la voluntad de su autor; hay una disposición que, efectivamente, se quiere eficaz, pero el problema planteado es si expresada la causa de tal

(16) Cfr. la referencia de GANGI, *I legati nel Diritto civile italiano*, I, 2.^a edición, Milano, 1933, pág. 193, nota.

(17) Cfr. la exposición que hace CAPITANT: *De la causa de las obligaciones*, trad. esp. de Tarragato, Madrid, s. f., pág. 434 y ss.

disposición, y siendo ilícita, ese querer, indudable, del testador debe o no ser respetado, y, por ende, producir o no efectos; y esto, ha de convenirse en ello, no es circunstancia que dependa de esa voluntad, sino de la actitud que el ordenamiento jurídico adopte ante ella, a la vista de las circunstancias que en la misma concurren, y que puede ser considerada eficaz o no, pero que una vez decidida en uno u otro sentido, la voluntad, la intención, será eficaz sólo en cuanto se adapte a la disposición legal. En este caso podrá decirse que la intención será eficaz porque así lo ha dispuesto el Derecho positivo; pero no que el precepto de éste que así lo dispone sea de justicia, porque coincide con lo que la intención, ilícita, del testador se propone alcanzar (18).

En cuanto al otro razonamiento del mismo autor acerca de que no puede por menos de reconocerse la justicia de la decisión legal, pues lo que es contra Derecho no es susceptible de producir efecto jurídico alguno, sólo tendrá fuerza justificadora aceptando previamente como correcta la solución del Código de que la causa, el motivo determinante ilícito, no afecta para nada a la disposición en que se expresa; en cambio, de estimarse que la causa, motivo determinante, como inseparable, o por lo menos íntimamente unida a la disposición (19), comunica a la misma su posible ilicitud, entonces esta misma será contraria a Derecho y, como tal, en palabras del propio Manresa, no es susceptible de producir efecto jurídico alguno. Prueba de ello es que, partiendo de esa base, de la injustificación del principio, con los mismos argumentos se ha llegado a tal resultado: es el caso del comentarista del Código Bonet y Sánchez que refiriéndose a este precepto (20) dice "que parece contener un verdadero absurdo jurídico que apenas hay Código moderno que se atreva a consignar", y ello en razón de "que nunca ha de prevalecer lo que se establece con motivo de una causa contraria a Derecho; ni nunca lo contrario al derecho debe producir efecto; lo contrario sería sostener hechos fundados en causa contra derecho, y lo que es contra derecho no puede ser legal, por más que el derecho y la ley no sean una misma cosa". En apoyo de esto puede afirmarse también, aunque es punto que desarrollaremos ampliamente más adelante, que si bien es preponde-

(18) Según DIKOFF, *Les actes juridiques abstraits et le Code civil français*, en la Rev. Trim. Dr. Civil, XXXI (1932), pág. 329, el orden de los elementos del negocio jurídico se constituye así: motivo, declaración de voluntad, resultado jurídico; y que frente a este último, el sujeto es un simple espectador, que lo desea, que tiende hacia él, pero su realización no depende de su propia voluntad, sino que es el orden jurídico el que la provoca.

(19) BONET, refiriéndose concretamente a esta cuestión (*Derecho civil común*; 3.^a ed., II, Madrid, 1940, pág. 493) dice que la forma de institución "sub causa" que "es aquella en que el testador expresa la razón que le ha determinado a la designación de la persona del heredero (cualidades, datos o actos del instituido). Por ello está íntimamente unida a la voluntad del testador, mientras la condición es más bien algo extrínseco.

(20) *Código civil español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*, III, Barcelona, 1890, págs. 333 y ss.

rante en la materia el ánimo de liberalidad, en esta clase de negocios éste no puede ser separado del pensamiento dominante que la ha promovido, ya que la voluntad de despojarse de una cosa no merece respeto más que cuando no encierra nada de ilícito ni de inmoral; porque en ellos, dicen Colin y Capitant (21), es imposible hacer abstracción del móvil que ha inspirado el "animus donandi", pues a diferencia de los actos a título oneroso, que llevan en sí su justificación y forman un todo completo, es decir una operación jurídica que tiene su causa en ella misma, la donación y el legado no son separables del móvil que les inspira y no valen más de lo que valga este último.

También puede aplicarse esta misma consideración al argumento justificativo utilizado por el comentarista M. Scaevola de que así como una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones, tampoco ha de tener eficacia para impedir propósitos honrados; y ello porque significa partir de la base de que toda atribución por vía testamentaria, por el hecho de serlo, encierra un propósito honrado, lo cual si siempre es cuestionable, más aún lo será cuando la razón determinante de ella sea contraria a Derecho, como en el caso que nos ocupa; y el considerarlo así de todas formas es o atribuir muy poco valor a lo que significa la causa y el motivo en relación con los "propósitos", así como a la repercusión de la contrario a Derecho, o atribuirsele excesivo a la liberalidad que encierra toda disposición, y la verdad es que pueden concebirse casos en que el ánimo liberal, el espíritu de beneficencia esté ausente de ellas (p. e., los legados "ab irato"). Además, cuando se trata del tema, aparece olvidado con demasiada frecuencia que junto a los beneficiarios de la disposición con causa contraria a Derecho hay otros interesados en la eficacia o no de la misma, que son las personas que recibirían lo dejado de ser aquella ineficaz, cuya situación e interés correlativo, de origen testamentario o legal, no puede ser dejada al margen cuando se especula con propósitos honrados y se alega que una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones.

Respecto a que la solución adoptada por el Código sea una aplicación del aforismo de la "falsa demonstratio o falsa causa legato non nocet", aparte de que el alcance de uno y otro supuesto es bien diverso, y de la importancia que tiene la concesión de una "exceptio doli" en los casos de que la falsa causa hubiese actuado como determinante del legado (22) en cuanto inicia una dirección generalmente

(21) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. por DE BUEN, de la 3.ª ed., VII, Madrid, 1927, pág. 405.

(22) D. 35.1.72, § 6. Cfr. también, en este sentido, aunque con una posible mayor amplitud, en cuanto implica utilizar la "exceptio doli" para dar un mayor reconocimiento a la voluntad, que hace aplicable lo mismo al supuesto de la falsa causa. D. 44.4.4, § 10. Aun con alguna reserva sobre este último punto, analiza de forma minuciosa todos los problemas relativos a la materia de los referidos aforismos y las relaciones entre ellos, GROSSO en *Sulla falsa demonstratio nelle disposizione d'ultima volontà*, en los *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, 1930, pág. 185 y ss., en especial 211 y s. y en la nota 57.

acogida después en las legislaciones positivas (cfr. nuestro art. 767, § 1.º, último inciso), el caso es que la expresión de causa contraria a Derecho tiene un significado tan diferente al de la causa falsa, que no es posible extender a ella ni la justificación ni las consecuencias que sean propias de esta última; su mecanismo es todo lo diverso que impone el basarse una en el error (23) y otra en la ilicitud.

La posible confusión entre causa-motivo y condición, como justificadora de una solución igual a ésta para aquélla, puede servir para explicar el haberse acogido, pero en ningún caso para justificarla, porque para ello sería preciso fundamentar previamente el principio recogido por el artículo 792 acerca de que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y sobre ello está lejos la doctrina de ser unánime, continuando la disidencia que se iniciara entre Proculeyanos y Sabinianos, y pareciendo en el terreno de los principios bastante más lógica y fundamentada la solución contraria a la que adopta nuestro Código civil (24).

Además, no puede olvidarse que la solución dada para las condiciones, lo fue originariamente para las imposibles por naturaleza, las objetivas y absolutamente imposibles, a las que en un primer momento se equiparan las falsas, y a las que sólo tras una secular evolución se añaden, en la regla que las tiene por no puestas en las disposiciones testamentarias, las ilícitas y torpes; y ello porque tienen bases distintas y responden a exigencias diversas: mientras para las condiciones imposibles se trataba de dar eficacia a una disposición que lógicamente nunca habría podido producir efectos, las ilícitas y torpes podían verificarse, aunque contradiciendo la ley o la moral; y precisamente para evitar que el beneficiario fuese inducido a transgredir el orden jurídico con tal de conseguir lo dejado, intervinieron la legislación y la autoridad del Estado que, con disposiciones concretas

(23) Cfr. sobre la "causa falsa" los estudios de ALBALADEJO *El error en las disposiciones testamentarias*, en la Rev. D. Privado, 1948, 423 y s., y sobre todo, *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en An. Derecho Civil, 1954, págs. 319 y ss., en especial 329 y ss.

(24) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 220 y ss., considera que no tiene fácil justificación, objetando a los principales argumentos que lo pretenden sobre el tema. Cfr. para el Derecho romano el trabajo de COSTA citado en la nota 2, y para el moderno, BRUNETTI, *Le condizione impossibili e illicite nei testamenti secondo il Codice italiano e il Codice civile generale austriaco*, en Archivio Giuridico, 1922, págs. 180 y ss. Es de mucho interés la evolución del principio en Francia y las razones de tipo político que llevaron a adoptar la solución igual a la nuestra, así como la lucha de la Jurisprudencia en pro de una interpretación más racional del artículo 900, lo que puede verse en RIPERT Y BOULANGER: *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, IV, París, 1959, núms. 3.527 y sigs., págs. 1126 y sig. También es sintomático que las más recientes legislaciones vayan abandonando el principio tal como lo mantiene nuestro Código: así, el italiano, artículo 634, que se relaciona expresamente, además, con el 626. relativo a la causa ilícita; cfr. sobre el cambio operado y sus razones AZZARITI Y MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., Padova, 1948, pág. 475 y sigs.

y actuaciones administrativas, hacían remisión de las condiciones, a diferencia de las imposibles, que se consideraban no escritas; después, cuando la remisión de las ilícitas y torpes se realiza no caso por caso, sino por ley, ésto y considerarlas como no puestas resulta la misma cosa, produciéndose un acercamiento en la forma de tratar ambas que persiste hasta nuestros días (25).

De aquí se deduce que aun partiendo de una justificación lógica del artículo 792, que está muy lejos de tenerla indiscutida, la misma no serviría para fundamentar el principio adoptado en el § 2.º del 767, si se tiene en cuenta, además, que la razón de ser de aquél, en lo que se refiere a las condiciones torpes e ilícitas, es evitar actuaciones futuras contrarias a la ley y a las buenas costumbres, en tanto que la intervención de causa ilícita generalmente hace referencia a una actuación contraria a Derecho ya realizada, que es la motivadora de la disposición que la contiene. Aún más, puede afirmarse que el fundamento de ambos preceptos, lejos de análogo es totalmente opuesto: si se piensa combatir actuaciones contrarias a Derecho, y para ello se hace desaparecer un posible incentivo teniendo por no puestas las condiciones que tienen este contenido (art. 792), la actitud congruente con ello sería hacer desaparecer también el posible premio que supone para las mismas el ser motivadoras de una disposición "mortis causa", lo que se conseguiría anulándolas y no haciendo lo contrario, esto es, dejándolas subsistentes al tener la expresión de la causa ilícita como no puesta, que es como decide el § 2.º del artículo 767.

En cuanto a la posible confusión entre causa-motivo y condición a que se refiere Díaz Cruz, como él mismo reconoce, técnicamente no es posible toda vez que, de una parte, para que el hecho constituya una condición debe ser necesariamente futuro, de donde se deduce que si se trata de un hecho pasado es necesariamente causa; ahora bien, el hecho futuro no tiene que ser necesariamente condición, puede ser el fin tenido en cuenta por el testador al hacer la disposición, y entonces —dice Pacifici— Mazzoni (26) viene a constituir la causa. Pero es que ni aun así cabe la confusión, sencillamente porque no hay necesidad de distinguir entre causa-motivo y condición, sino que son compatibles y pueden coexistir en una misma disposición; y así en el ejemplo del autor citado "Instituyo heredero a Cayo para que mate a Ticio, o si mata a Ticio"; en efecto, si tales son los motivos determinantes hay disposiciones causales, con expresión de causa ilícita, a las que en el primer caso se le agrega un modo y en el segundo una condición; o sea, en este último hay una disposición con causa ilícita, cuya eficacia depende del cumplimiento de una condición contraria a la ley. Por cierto que en una interpretación despreocupada de nuestro Derecho vigente, tal disposición sería válida, por el juego de los artículos 767, § 2.º, y 792, aunque, eso sí, Cayo

(25) BRONDI: *Successione testamentaria*, cit., pág. 553 y sigs.

(26) *Codice civile italiano commentato*, III, 4.ª ed., por Venzi, Firenze, 1906, pág. 362.

sería heredero sin necesidad de matar previamente a Ticio (27). En otras palabras, que mientras la causa está operando en el terreno de las motivaciones, constituyendo la determinante de la disposición (en otro caso, lo veremos, resultará irrelevante), de la condición, aunque incorpore en sí la causa-motivo por la misma razón de ser la determinante, su función como tal es la de supeditar la eficacia de la disposición al cumplimiento del hecho futuro e incierto en que consista; y el que tanto una como otra, en caso de ser ilícitas, se tengan por no puestas, no deja de ser una solución de nuestro legislador, que igualmente pudo adoptar otra diversa. Mayor complejidad puede parecer que tiene la distinción entre este tipo de causa, sin duda frecuente, establecida con miras al futuro, y el modo, sobre la que haremos unas consideraciones más adelante.

También, lo veíamos antes, se ha defendido la solución adoptada por nuestro Código en base a la consideración de que anular la disposición sería tanto como añadir otras causas de incapacidad o indignidad para suceder, a las taxativamente recogidas en la ley. Frente a ello, observa atinadamente Gangi (28) que aunque fuera así, aunque verdaderamente implicara el establecimiento de otras razones de incapacidad, tal cosa no tendría nada de inadmisibles en cuanto encontrarían su base en un indiscutible principio de Derecho; pero que, de todas formas, ha de excluirse que en realidad se establezcan nuevas causas de incapacidad, dependiendo la nulidad de las disposiciones no ya de cualidades o circunstancias de la persona beneficiaria, sino de la ilicitud de la causa por la que ha sido determinada la voluntad del testador, ilicitud que viene necesariamente a informar toda la disposición. Y, efectivamente, debe considerarse así ya que, por una parte, sólo operaría la anulación por expresarse que el motivo de la disposición, siendo determinante de ella, es la circunstancia en cuestión y no porque concurra tal circunstancia en la persona designada, como lo prueba el hecho de que si no llega a probarse que tal sea la razón del nombramiento, dicha circunstancia no afectaría a la validez de la disposición, y se tendría por no puesta, como ahora dispone para todo caso nuestro Código civil; la "ratio" del principio está en el plano subjetivo —motivación del testador al disponer— y no del objetivo —cualidad que concurre en el designado—, por lo que tendrá influencia en ello, como veremos, el posible error que sufra el disponente,

(27) Sorprende un poco que en la ordenación de esta materia, en que tanto se ha jugado con las posibles conductas, se tenga por no puesta la condición ilícita a fin de que por conseguir lo dejado no se mueva el beneficiario a una actuación contra Derecho; pero con una opinión menos pesimista, por así decirlo, de la naturaleza humana, debería anularse la disposición, no sea que el beneficiario, si no obligado legalmente; si impelido por el agradecimiento y el respeto a la voluntad del testador (actitud de la que el legislador no puede pretender la exclusiva), se decidiera a cumplir la finalidad expresada de la disposición.

(28) *I legati*, cit., pág. 193.

que colocará el supuesto en el ámbito del párrafo 1.º del mismo artículo 767.

Decía antes que el argumento más utilizado en favor de la solución de nuestro legislador es el de que siendo la causa de las disposiciones a título gratuito la intención liberal que mueve al que la hace, nunca podrá ser calificada de ilícita, no siendo posible tomar en consideración otras motivaciones que el "animus donandi". Ahora bien, ésto que con carácter general se predica de las liberalidades se hace por la doctrina francesa con aplicación conjunta, por imperativo legal, para donaciones y legados, y aparte de que generalmente se admite la excepción constituida por ser el motivo único determinante, la posición tiene el fallo de identificar sin más el tratamiento de la causa ilícita en donaciones y liberalidades testamentarias (legados). Pero, como observa con justeza H. Capitant (29), existe una diferencia de naturaleza entre estos dos géneros de liberalidades, que produce sus efectos en materia de causa y que se manifiesta en que en los supuestos de legados, por tratarse de una voluntad única, es muy difícil separar la voluntad del legante de los móviles que la han determinado; para establecer la relación entre ellos no hay otro elemento que los términos mismos de que se ha servido el testador, completados con las circunstancias que permitan reconstruir en toda su integridad la voluntad del mismo, para lo que es preciso penetrar en su fuero interno e investigar no sólo el fin que buscaba, sino también las razones que ejerciesen influencia determinante sobre sus intenciones; esto, aplicado al caso del error, determinará una solución como la recogida por nuestro Código en el artículo 767, 1.º; y, termina diciendo, "resulta de estas observaciones, que el motivo tiene en esta materia una importancia de la que carece en los contratos. La distinción de la causa y de los motivos se hace aquí casi imposible; en tanto que el motivo es verdaderamente determinante y ejerce una influencia decisiva sobre el espíritu del disponente, no puede prescindirse de él", lo que en la práctica permitirá declarar la nulidad de la disposición siempre que aparezca de una manera clara y evidente que se proponía un fin contrario a la ley o a las buenas costumbres, solución en mucho preferible a la que se desprendería del otro sistema, porque en éste, partiendo de la idea de que la causa de una liberalidad debe buscarse exclusivamente en la intención liberal, se ve reducida a consolidar todas las disposiciones a título gratuito aunque aperciba circunstancias que muestren que el verdadero fin perseguido por el disponente era ilícito o inmoral".

Creo que todo lo expuesto hasta el momento deja bien claro que, en las razones aducidas, no es posible encontrar una justificación satisfactoria que fundamente la inocuidad de la causa ilícita expresada en una disposición testamentaria, tal como la recoge el § 2.º del artículo 767 de nuestro Código civil. Tampoco se ocurren otras que puedan

(29) *De la causa...*, cit., págs. 89 y sigs. y más adelante, 474 y sigs.

tener este alcance, sino más bien justifican la solución contraria, como más acorde con los principios que informan el conjunto de un ordenamiento jurídico como el nuestro, que ha dado expreso reconocimiento en múltiples preceptos a concepciones totalmente opuestas, y en el que la citada puede considerarse una excepción.

5. Pero si esto es así, no cabe duda de que tal como la encontramos esa disposición de nuestro Derecho, si no justificación, ha de tener una explicación, una razón de por qué se adoptó; y esta razón no puede ser otra que el deseo de mantener por cualquier medio la eficacia de las disposiciones testamentarias (30). Esta actitud que tiene su consagración en el principio del "favor testamenti" que fue la orientación más general y característica en que se inspiraron la jurisprudencia y la legislación romana, supuso la tendencia continua y constante para la jurisprudencia de intentar mantener el testamento con las más sutiles argumentaciones, las construcciones más atrevidas y a veces con oportunas ficciones; y para la legislación, de reconocer normas e instituciones que servirán para dar cumplimiento a la voluntad "mortis causa" del disponente, siempre con el fin de evitar la apertura de la sucesión legítima. Y por él, se introducen formas especiales de testar para facilitar a todos el poder hacerlo, y al mismo se adaptan, forzando su estructura, actos como la "mancipatio", se superan o modifican tradicionales casos de incapacidad, se reconocen las sustituciones, se establece el codicilo y se salvan algunas disposiciones irremediabilmente condenadas por el rigor de los principios, como la institución de heredero "ex certa re" o bien bajo condición imposible o resolutoria (31).

Pues bien, este mismo principio, que en Derecho romano sirvió como motivo constante a toda la reglamentación de las sucesiones "mortis causa", es el que sin duda llevó a nuestro legislador a establecer el precepto de que vengó ocupándose; pero en unas circunstancias realmente curiosas: y es que mientras gran parte de los supuestos que entre los romanos eran consagración del mismo son aban-

(30) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1911, pág. 588, considera que "el criterio de subordinar la licitud de la causa a la supremacía de la voluntad del testador, es bien discutible; pero el precepto legal no puede ser más claro". También para CASTÁN, el Código establece la regla del 767, 2.º, "llevado del deseo de mantener todo lo posible la validez de los testamentos" (*Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., IV, Madrid, 1942, pág. 410. Por su parte, VIÑAS MEY, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, en el Curso de Conferencias de 1948, en el Colegio Notarial de Valencia, cita, pág. 461, como una muestra del "favor testamentorum" en nuestro Código civil, el segundo párrafo del artículo 767.

(31) BIONDI: *Successione...*, cit., pág. 6, añadiendo que se trata de salvar el testamento no por el vano fin de mantener un acto jurídico, sino porque el testamento encierra la última voluntad del difunto, la cual representa siempre algo sagrado; por ello la fides en este campo tiene notables manifestaciones, incluso en época avanzada, y la observancia de la "voluntas testantis" es, ante todo, obligación moral que después se introduce en la órbita del derecho.

donados, se hace derivar de él este de la inoperancia de la causa ilícita que supone una aplicación mucho más tajante que los desechados, y que no tiene siquiera la justificación de que se encuentra admitido en los textos romanos.

Por otra parte, cabe preguntarse si desde este mismo punto de vista del "favor testamentorum" está justificado introducir un precepto como el de nuestro artículo 767, 2.º; ha de convenirse en que las disposiciones testamentarias con causa ilícita no son muy frecuentes, sobre todo si en este concepto hemos de incluir solamente aquellas en que dicha causa ilícita se encuentre expresada; y este reducido número de supuestos a los que deberá ser aplicado, si bien no es razón para resolver en uno u otro sentido ninguna cuestión jurídica, ha de jugar, en cambio, cuando se trata del principio del "favor testamentorum": y ello por la circunstancia de que la invocación del mismo no tiene otro alcance justificador que el mantener la eficacia de un determinado tipo de disposición testamentaria que, aun contrariando los principios generales que informan el ordenamiento (si no estaría de más el recurso a dicho principio), se da con bastante frecuencia y cuya nulidad implicaría, por ende, el tener que acudir con reiteración al expediente de aplicar una solución considerada anormal y menos deseable; pero ni este es el caso que se da en nuestro Derecho respecto a la sucesión intestada, ni el anular la disposición traería consecuencias perjudiciales para las demás que pueda haber en el testamento, una vez abandonado el principio "nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest" (art. 658, 3.º, del C. c.) y reconociéndose que la nulidad de alguna o algunas de sus disposiciones no afectarán a las demás del testamento, que permanecerán válidas y eficaces.

En este mismo sentido, mayor fuerza argumental tendría el invocar el principio de conservación, común a toda clase de negocios y expresado en el artículo 1.284, que opera también en el campo de los actos de última voluntad donde, como destaca Jordano (32), tiene una específica razón de ser (la imposibilidad de renovación del testamento, tras la muerte del testador), lo cual explica la particular amplitud de aplicación que dicho principio encuentra aquí, y de la que señala como uno de sus casos precisamente el del artículo 767, § 2.º. Ahora bien, aparte de que esto serviría para explicar pero no para fundamentar el contenido del precepto, y de que no se trata de un caso de incertidumbre sobre el sentido de la voluntad (arg. art. 1.284), sino de sancionar o no la ilicitud del móvil que la impulsa, cabría argumentar también que aun admitiendo con carácter general la conveniencia de aplicación a los testamentos del principio de conservación de los negocios jurídicos, dicho principio quedaría, si no pospuesto, al menos neutralizado en este caso concreto por el de la preferencia de la suce-

(32) *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pág. 68 y nota 47.

sión "ex lege" sobre la testamentaria, que normalmente rige en el Derecho actual, a diferencia de lo que ocurría en el romano.

6. Todo lo anterior quiere decir que el precepto comentado, aunque responde a una evidente finalidad de conservación de la "voluntas testamenti", carece en el momento actual de la necesaria justificación que legitime su pervivencia en nuestro Derecho positivo, al que ha llegado como solución en contraste con otras muchas en él adoptadas, y en base de un precedente de tan inestable valor que aun cuando fue copiado por nuestro legislador, no ha dejado huellas ni a través de él en otros ordenamientos (33).

Y si esto es así ¿hay realmente alguna otra razón que permita fundamentar para esta materia una solución distinta a la que el artículo 1.275 establece para los contratos? Para obtener una conclusión debemos prestar atención a cuál sea la verdadera cuestión planteada en el supuesto de hecho del artículo 767, § 2.º, viendo el alcance de sus distintos elementos y la adecuación de los mismos a la solución que por ello deba considerarse la más correcta.

Desde luego, ha de partirse de la base de que cuando el artículo 767 habla de "causa", se está refiriendo a los motivos (34) y concretamente al expresado en la disposición testamentaria que instituye heredero o nombra legatario.

Y esto ha de tenerse así con independencia de cual sea la posición que se adopte en la discutida cuestión de en qué consista la causa de las disposiciones testamentarias. Aunque son varias, las posiciones sobre el particular pueden agruparse en dos actitudes principales: el considerar que se encuentra en la misma atribución patrimonial a título gratuito a favor del instituido, o sea en el intento de realizar un acto de liberalidad a favor de una persona determinada, es decir, en ese espíritu de liberalidad de que hablaba la doctrina clásica francesa, o bien en estimar, como hiciera Barassi (35), que lo es el motivo determinante de la disposición, la consideración de la circunstancia exterior que ha movido al testador a disponer de aquella forma en aquel caso concreto. Pues bien, si se adopta esta última opinión, no hay duda que la referencia es a los motivos porque en todo caso este significado tiene la palabra causa; y si se comparte la primera posición, entonces o se considera que el simple hecho de hacer la disposición encierra ya la causa, y además de existente ha de tenerse por lícita, por lo que la referencia a la ilicitud ha de conectarse necesariamente con los motivos, o se habla, partiendo de esta base, de una causa ilícita, y entonces ello quiere decir que en tal supuesto el espíritu de liberalidad ha dejado el sitio a otra causa, cualquiera que sea la ilicitud que la

(33) Posiblemente también en los Códigos civiles de Campeche y la Baja California, que, al decir de BONEL (op. y loc. cit.), compartieron con el nuestro la copia del mejicano central.

(34) ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pág. 209; Díaz CRUZ, op. y loc. cit.

(35) *La successione testamentaria*, cit., págs. 221 y sigs.

compenetre y, por definición, al faltar la causa característica de estos negocios, ha dejado de haber disposición testamentaria eficaz; y como quiera que ésto no ocurre en la solución del Código, en que a aquélla se la tiene por no puesta, ha de concluirse que, en efecto, bajo la expresión "causa" contraria a Derecho, ha de entenderse "motivo" contrario a Derecho.

Todo esto pone de relieve que en relación a nuestro tema, tanto quiere decir "causa", como "motivo", como, en expresión de algunos (36), "motivo causalizado", que son los términos con los que se designan aquellas determinaciones que en cada caso concreto han impelido a la voluntad del testador a realizar la disposición testamentaria en el sentido en que lo ha hecho; resulta de interés recoger esta última idea del contenido específico de la disposición, pues en otro caso quedaría incompleto el concepto de motivo con el alcance que aquí tiene, en cuanto que ha de tenerse por motivo constante para todos los casos el regular la disposición de los bienes en contemplación de la muerte, sin que por ello diga nada respecto a los motivos que aquí nos interesan.

Un problema que puede plantearse, y en efecto ha sido objeto de atención por la doctrina (37), es el de si el concepto de motivo, con las consecuencias de que aquí nos ocupamos, ha de abarcar también a todas aquellas determinaciones de la voluntad que han entrado a formar parte del contenido del negocio al ser incorporados en condiciones, términos, cláusulas o pactos accesorios; desde nuestro punto de vista, y dado que en estos casos los motivos alcanzan una relevancia que les proporciona su integración en el negocio a través de la manifestación específica de la voluntad en la que se han incorporado, y de acuerdo con ella tendrán su tratamiento, debemos excluirlos de nuestra consideración; otro tanto debe decirse (38) de los vicios de la voluntad que puedan actuar sobre el sujeto como motivos impulsores, pero a los que el Derecho los ha tomado en cuenta en aquél concepto y los ha disciplinado con independencia, aunque teniéndola en cuenta, de su relevancia motivadora.

Normalmente, los motivos habían sido excluidos generalmente de la consideración y con el alcance que en esta materia se les da; y para comprender mejor su significado, no puede por menos de recordarse cómo y en qué términos han llegado a la consideración actual; sin duda ha sido obra, principalmente, de la doctrina y jurisprudencia francesas el que los motivos entendidos de la manera que se deja dicho, cobren una relevancia que les lleva a ser decisivos para la calificación y, por ello, la eficacia de los actos jurídicos a título gratuito, y muy especialmente de las disposiciones testamentarias: según ésto,

(36) ROCA SASTRE, en sus notas al Derecho de sucesiones de T. Kipp, en el *Tratado de Ennécerus*, vol. I del T. V, pág. 134.

(37) Cfr. DEJANA, *I motivi nel Diritto privato*, 1939, en especial pág. 32.

(38) Así, CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. y notas de ALBALADEJO, Madrid, 1956, pág. 506; de acuerdo, también, el anotador, pág. 508.

para establecer la licitud o no de las mismas, lo que ha de tenerse en cuenta es el motivo que ha impulsado al que lo realiza, llegándose para ello a prescindir de la noción tradicional de causa, que en esta materia limitaba la apreciación de la voluntad al sólo hecho de haber dispuesto a título gratuito.

Se había iniciado la cuestión a propósito de lo que debía entenderse por causa final y causa impulsiva en los actos a título gratuito, y de la influencia que a una y otra había de reconocérsele para la efectividad del propio acto a la vista de los textos romanos.

Ya vimos antes cómo en el Derecho romano se había distinguido de una parte la intención de ejercer una liberalidad, del motivo que la determinaba, estableciendo que el error en éste, "falsa causa", no afectaba a la validez del acto; y ésta es la doctrina recogida en las Partidas: "falsa o mentirosa razón, diciendo el testador non le empesce nin se embarga por ella". Ahora bien, asimismo vemos que siendo esencial en la materia de testamentos la voluntad del testador, cabía una "exceptio doli" si se probaba ser el motivo determinante y que sin él no se habría hecho la disposición.

Esta concepción llevó a los comentaristas a estimar que era suficiente que el motivo fuera enunciado por el testador para que tuviera en sí valor de la causa final de la disposición ("quae exprimitur in prefatione que loci testator dixerat in prefatione institutionis") y que si resultaba falsa en la institución de heredero, la anulaba ("quod autem institutio heredis corrumpit si causa finalis que illa facta est falsa detegitur dubium non est"). La idea así expresada por Menochio (39), por ir más lejos que los textos romanos, aún reconocido que esta conclusión está en el buen camino, no se acepta y se busca otra a través de la distinción entre causa impulsiva y causa final, entendida como una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto, por tenerse que establecer según las circunstancias que concurren; se piensa que la voluntad del testador ha podido tomar una de estas tres actitudes: subordinar a la realización de la circunstancia de que se trate la eficacia de la disposición (condición); vincularla de tal manera a ésta que sin ella no existiría, pero en atención a que de no mediar el testador no la habría hecho, es decir, haciendo que constituya la razón de ser de la liberalidad, el porqué ha sido hecha (causa final); o bien limitarla a un agregado a la voluntad de disponer gratuitamente, explicativo de la misma, pero sin influencia directa expresada sobre su validez (causa impulsiva). Es de notar, por la aclaración que pueda aportar sobre el alcance de esto, que por faltar en ellas la causa final, se consideran nulas en esta época, además de las disposiciones hechas "ab irato", con injuria y por mero capricho, aquellas cuyo motivo es contrario a las buenas costumbres.

A esto hay que añadir también otro antecedente representado por

(39) En su tratado *De praesuntionibus*, Lib. IV precs. 24, n.º 4, según cita de los autores que estudian el aspecto histórico del tema.

la doctrina de los canonistas, cuya aportación a la teoría de la causa —es de recordar que Baldo la consideraba unas veces como el motivo determinante de la acción jurídica, otras como el fin y, sobre todo, como el fin moral de esta acción— que desarrollaron obedeciendo a una inspiración religiosa y práctica a la vez, hace que se cumpla definitivamente en Derecho un progreso del espíritu, de la moralidad y de la seguridad (40).

Es sobre estas bases que, tras la publicación del Código civil francés, y superada una primera fase en la que comentaristas tenían como inaplicables a esta materia los preceptos del mismo para las hipótesis de falsedad e ilicitud de la causa —por estimar que aquí ésta lo es la simple liberalidad, el “animus donandi” del que la realiza (41)—, para responder a exigencias de la vida práctica, por los tribunales y la doctrina se van elaborando soluciones que llegarán a ser generalmente admitidas: se piensa que al aplicarse a las donaciones, por ser contratos, la teoría de la causa como se concibe para éstos, también deberá hacerse con las disposiciones testamentarias, aunque rechazando como para aquéllas, y como única manera de que esto consiga un fin práctico, que la causa de ellas radique en el mero espíritu de liberalidad.

Se recurre entonces a destacar la influencia que en los actos a título gratuito tiene la causa impulsiva, entendiéndolo por ella el motivo que ha influido decisivamente en el ánimo del testador como causa determinante de la disposición, con lo que es posible llegar a la nulidad de estos actos por ser erróneo, ilegal o contrario a las buenas costumbres el motivo que las había inspirado (42).

7. Generalizada esta posición en la jurisprudencia francesa y compartida por la mayoría de su doctrina, se va extendiendo gradualmente alentada por los Códigos que han acogido el principio y la consecuencia de que la causa ilícita resultante en una disposición testamentaria hace nula a ésta: así, por ejemplo, el Código civil portugués (art. 1.746) (42 bis) el austriaco (arg. § 698 y 712), el alemán (§ 138), el suizo (art. 519), y más recientemente, y tras haber sido discutido a fondo por la doctrina, el italiano de 1942 (art. 626).

La regulación dada a la materia por estos cuerpos legislativos ha tenido que enfrentarse a cuestiones de interés, que vamos a ir examinando a fin de completar de la forma más adecuada y satisfactoria el examen del tema de la causa ilícita en las disposiciones testamentarias.

A) El primer punto es el de la manera en que ha de manifestarse el motivo ilícito para que sea tenido en cuenta por el Derecho a los

(40) CAPITANT, *De la causa...*, cit. pág. 140. Cfr. también sobre las consecuencias de esa posición canonista en relación a los motivos ilícitos, RIPERT, *La règle moral dans les obligations civiles*, 3.^a ed., París, 1935, pág. 73 y s.

(41) Así, AUBRY Y RAU, *Cours de Droit civil français*. T. IV (cito sobre la 5.^a ed., París, 1897), pág. 649.

(42) PLANIOL, op. cit., III, n.º 2.518, pág. 615.

(42 bis) Así también en el art. 2.186 del Código de 1966.

efectos de influir sobre la eficacia de la disposición, cuestión relacionada íntimamente con la de la prueba, fundamental en esta materia.

Con carácter general, en tema de interpretación testamentaria, caben dos posiciones fundamentales que se reparten el favor de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, que en épocas diversas prefiere una u otra: el de la prueba intrínseca, según la cual la intención verdadera del autor ha de averiguarse con base exclusivamente en los elementos que el propio testamento suministre, y el de la prueba extrínseca, en que para esa misma finalidad se permite el recurso a cualquier otro medio probatorio, es decir, la posibilidad de acudir a datos o circunstancias que no resulten del testamento mismo (43).

También en el punto que nos ocupa se han defendido y consagrado ambas posibilidades, que fueron objeto de consideración detenida con ocasión de prepararse el nuevo Código civil italiano; como requisito para la relevancia del motivo se propugnó la exigencia de que en lugar de "expreso" fuera "cierto", en consideración a la eventualidad de que aún no siendo expreso resultara de tal manera que no pudiera ser discutido, objetándose que si no se quería especificar que fuere expreso, era preciso admitir por lo menos que resultara del testamento, pues de otra manera se dejaría la puerta abierta a múltiples controversias; otros propusieron (44) la sustitución de aquel término expreso por "explícito", pensando evitar con ello equívocos, y otros, finalmente, por la expresión "cuando el motivo no sea dudoso", no obstante lo cual la Comisión parlamentaria prefirió dejar la palabra "expreso". En el texto definitivo del Código se consideró conveniente, a pesar de ello, eliminar el requisito de que el motivo fuera expreso y exigir únicamente que resultara del testamento, por estimar que de aquella otra forma se hacía excesivamente rigurosa la prueba; en cambio, de esta manera, exigiendo sólo que la existencia del motivo se desprenda del testamento a través de la interpretación de la voluntad del disponente, supone que no es indispensable una explícita enunciación del motivo.

Esta solución del Código italiano, en su artículo 626, es intermedia entre el criterio amplio adoptado con carácter casi general por los Códigos citados y por la jurisprudencia francesa (45), y el restrictivo de exigir que el motivo conste expresamente en el testamento.

En nuestro Código, con la solución adoptada de negar toda relevancia a la causa ilícita de la institución de heredero o nombramiento de legatario, parece que todo problema sobre la forma en que aqué-

(43) Cfr. OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, cit. pág. 411 y s. Más ampliamente, y con diferente criterio, JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., pág. 85 y sigs. Cfr. Comentarios de Díez-PICAZO a la S. de 11 de abril de 1958, que significó una vuelta al criterio de exclusión de los medios de prueba extrínsecos, en An. D. Civil. XII, 1959, págs. 694 y sigs.

(44) Esta es la exposición de GANGI, interesado directo por preocupación anterior y participe en los trabajos; cfr. *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, Milano, 1948, pág. 52.

(45) Cfr. RIPERT y BOULANGER en Planiol, cit. IV, n.º 2.065, pág. 660.

lla ha de constar resulta superfluo; y ello porque si considera que ningún efecto va a producir la expresión de motivo, la referencia expresa a éste, no hay duda de que con menos razón aún iba a tenerlo el que pudiera probarse que existe por medio de un proceso interpretativo más o menos conectado con el testamento.

Sin embargo, en la interpretación del precepto que propongo pueden suscitarse discrepancias como ocurre actualmente con “la expresión” de la causa o motivo erróneo del mismo artículo 767, respecto a la cual considera Albaladejo (46) que el legislador requiere que se pruebe “mediante el testamento cuál fue el motivo, es decir, que se exprese en el testamento la causa, lo cual supone que el legislador ha acogido sólo la prueba intrínseca”, mientras que en el sentir de Jordano (47) con ella se exige sólo que el motivo resulte del testamento, y “cuando no es declarado abiertamente, puede todavía ser inducido por vía interpretativa, recurriendo incluso a la prueba extrínseca, con tal que dicho motivo tenga alguna “expresión”, aún incompleta, en el mismo documento testamentario”. Por ello, resulta preferible también, desde el punto de vista de “lege ferenda”, una expresión como la del Código italiano de que el motivo resulte del testamento, lo que de una parte vincula al intérprete al contenido de la voluntad que se está tomando en consideración, que no podrá calificarse de testamentaria si no aparece en el testamento (limitándose con ello los casos de impugnaciones caprichosas y dando un mayor grado de certeza a las relaciones) y de otro permite la interpretación de esa voluntad, sin que sea precisa una expresión circunstanciada, difícil de encontrar en las disposiciones cuando el testador está consciente de la ilicitud del motivo que lo impulsa a realizarlas; y es que no puede olvidarse que lo que mueve al legislador a sancionar la disposición es la existencia indubitada, en el propio testamento, de un motivo ilícito, y no la expresión de que lo hay; prueba de ello es que si el ilícito se expresa sin haberlo o siendo otro el que realmente exista, al supuesto se aplicará la consecuencia prevista para el motivo erróneo o simulado.

Porque en efecto, el motivo ilícito, para que produzca los efectos que como a tal le reserva el ordenamiento jurídico, ha de ser verdadero; por ello, desde el primer momento, se puso de relieve lo desahogado del inciso en que el legislador, refiriéndose a la causa ilícita, que tiene por no puesta, dice “aunque sea verdadera” (48), en cuanto que de serlo errónea estaríamos también ante un supuesto de los regulados en el párrafo 1.º del mismo artículo 767, que se aplicaría además del 2.º (con arreglo al cual quedaría subsistente) y que determinaría su invalidación por error si resulta del testamento haber sido determinada por dicho error. Y si la causa o motivo ilícita es, además, simulada, resultando del testamento que fue determinante,

(46) *De nuevo sobre el error...*, cit. pág. 331.

(47) *Interpretación...*, cit. pág. 51.

(48) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pág. 502.

habrá quedado patente que realmente el testador no quiso la institución, porque la discrepancia entre la realidad y lo alegado hay que darla por conocida y pese a ello se hace la institución (49). En una legalidad que considere causa de nulidad de las disposiciones la ilicitud de su motivo determinante, reconociendo también la ineficacia por error en el mismo, la conveniencia del recurso a uno u otro dependerá del tipo de la ineficacia que respectivamente le afecte.

B) En cuanto a la ilicitud del motivo, no sólo resultará de ser contrario a Derecho, como expresa el § 2.º del artículo 767, sino que habrá de comprenderse en el mismo concepto el contrario a la moral, por aplicación del artículo 1.275; no puede restringirse el concepto que, a través de estas dos nociones, se integra con los distintos elementos que pueden caracterizarlo: así decía Dalmases que para la definición de lo ilícito se “precisa fijar el concepto de preceptos imperativos o de derecho necesario, caracterizar la moral, ya referida a un concepto absoluto e invariable, ya al subjetivismo del juzgador, ya a las buenas costumbres y con relación a éstas establecer quiénes son los sujetos de esta fuente ético-consuetudinaria” (50).

No es preciso entrar en muchas consideraciones sobre especificación de supuestos de ilicitud de los que se encuentran abundantes, y justificados en cada caso, en las decisiones de los Tribunales; y es que en la materia una cosa es importante: que sobre unas imprescindibles bases de objetividad para la determinación de la ilicitud en la dirección que acabamos de exponer, no puede olvidarse que con ellas se van a conjugar intenciones —se trata de “motivos ilícitos”—, y esto hará que en cada caso se deban apreciar conjuntamente, con lo que el juzgador deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso concreto; a esto se refiere, por ejemplo, la defendida necesidad de atribuir diferente alcance a un mismo hecho (disposición en favor de la concubina) en atención al motivo que lo guíe (ánimo de reparación) (51), lo que deja el camino abierto al cumplimiento, por tal procedimiento, de una serie de obligaciones morales, que con un criterio rígido, exclusivamente objetivista, no encontrarían aquí el cauce adecuado.

Esto no quiere decir, por otra parte, que se considere ilícito el motivo sólo si el testador es movido por el mismo conociendo que es contrario a las leyes o a la moral; tanto si sabía que el motivo

(49) ALBALADEJO, *De nuevo sobre el error*, pág. 330.

(50) *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, Barcelona, 1949, pág. 183. Sobre el concepto de “contrario a la ley, buenas costumbres y orden público, en relación con la intención del sujeto. Cfr. ROCAMORA, *Libertad y voluntad en el Derecho*, Madrid, 1947, págs. 118 y sigs.

(51) Para la Jurisprudencia francesa, cfr. RIPERT, *La règle morale*, cit. página 44 y sigs. Vid. también BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción esp. y notas de MARTÍN PÉREZ, Madrid, s. f., págs. 281 y sigs., y nota 8. Cfr. nuestro T. S. S. 17 oct. 1932, en relación con las de 8 marzo. 1918 y 16 oct. 1959.

era ilícito, como si lo ignoraba, éste acarreará las consecuencias de su ilicitud (52), y ello porque si bien la ilicitud no es la generadora de la motivación, y en ningún caso tiene que serlo, ni es normal que lo sea, sin embargo se incorpora a la misma y la hace ilícita si objetivamente encierra algo contrario a la ley o a la moral.

C) Cuestión importante también es la de establecer si cualquier motivo que, siendo ilícito, impulse a efectuar una disposición testamentaria es bastante para comunicarle su ilicitud y atraerle las consecuencias que de ello se derivan o, por el contrario, sólo ocurrirá esto en determinados supuestos de especial relevancia de aquél; es la cuestión del motivo determinante que se plantea por la posibilidad, que es de hecho la más frecuente, de que sean varios los motivos que concurran a movilizar la voluntad en cada caso concreto.

Pues bien, partiendo de esta base de la pluralidad de motivos que suelen intervenir como impulsores de la voluntad testamentaria, y haciendo abstracción de la idea común a todos los casos de realizar una atribución patrimonial gratuita para después de la muerte, es lo cierto que no todos los que concurren tienen la misma eficacia en cuanto a decidir al testador en los términos en que lo ha hecho.

La base para la identificación de la causa o motivo determinante viene dada por la contemplación de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto, y se obtiene con un criterio que parte de la consideración de si los motivos de que se trate han jugado simplemente un papel secundario y accesorio, como lo prueba el que pueda hacerse, abstracción de ellos sin desnaturalizar la voluntad del testador, o si, por el contrario, han intervenido en el proceso como propulsores decisivos de dicha voluntad de tal modo que prescindiendo de ellos no encuentra justificación del verdadero por qué de la misma: son los móviles individuales que han animado decisivamente al disponente y han sido en él propulsores y decisores de la intención liberal, de tal modo que sin su concurrencia no se habría producido.

Partiendo de que el motivo, sea cual fuere, influirá en la voluntad con independencia de que se haga constar o no, y aparte del valor que este hecho tiene frente a la posible eficacia de la disposición, no hay duda de que aún siendo varios los que puedan haber concurrido en un caso concreto, la expresión de uno sólo de ellos en aquella establecerá entre los mismos una jerarquía que aparte de especificarlo como único a tener en cuenta para calificarla (el Código habla, en el art. 767, de "la expresión de una causa..."), lo convierte en determinante de la misma, de acuerdo con el criterio establecido en el inciso final del primer párrafo de este artículo.

En este mismo orden de la existencia de varios motivos, sostiene atinadamente Albaladejo (53), aunque refiriéndose al párrafo 1.º, con argumento aplicable también al 2.º, que no es preciso para aplicar este

(52) Cfr. BETTI, op. cit., pág. 286, y GANGI, *Sucesione...*, pág. 61.

(53) - *De nuevo sobre el error*, cit. pág. 329.

artículo que haya un solo motivo (una sola causa) de la institución, pues basta que el motivo ilícito, aun concurriendo con otros más o menos relevantes (ilícitos o no, a su vez), sea el determinante exclusivo. Y teniendo en cuenta la íntima conexión del párrafo 1.º (que él comenta) con el 2.º (objeto de estudio aquí), base de la interpretación que propugno, son aplicables también las consideraciones según las cuales si los motivos, varios, que impulsaron al testador fueron todos igualmente determinantes, de forma que cada uno fuera bastante a provocar la disposición, el hecho de ser ilícito uno de ellos no permite invalidar la disposición por no ser determinante exclusivo. Y si fueron varios, pero ninguno por sí sólo con eficacia determinante, aunque uno sea ilícito no invalida, requiriendo que lo sea el conjunto, si el conjunto fue el determinante.

Se ha puesto también de relieve (54) que la calificación como determinante no dependerá de lo que sobre el particular quiera manifestar el testador, tanto para evitar como para imponer las consecuencias que de ello puedan deducirse, sino de la apreciación que sobre ello, atendidas las circunstancias (y entre ellas también las declaraciones del testador), pueda hacer el Tribunal, pues en este como en otros ámbitos del Derecho, lo que cuentan no son las palabras, sino las realidades, siempre, claro es, que sea posible ponerlas de manifiesto.

Y es que en este punto no puede olvidarse que, como se decía en la relación ministerial que acompañó al texto del Código unificado, que fue el italiano de 1942, si bien la existencia del motivo debe deducirse de la declaración testamentaria, no obstante "la demostración de la eficiencia causal del motivo y de su eficacia determinante de la voluntad no tiene necesariamente que resultar del testamento, sino que se puede obtener "aliunde".

También, ya aludíamos a esto con anterioridad, el motivo ilícito puede causar la disposición en una doble consideración: como hecho ya acaecido, cuya contemplación estimula al testador, o como hecho o circunstancia futura cuya realización en un momento posterior motiva la disposición, a la que puede servir de estímulo. Sin duda, el caso frecuente será el primero, y en él habitualmente se para la atención cuando se trata de disposiciones causales; pero también puede darse el otro supuesto, aunque en tal caso ha de tenerse en cuenta que aunque responda esta distinción a la que en un determinado momento se hizo entre causa impulsiva incorporadora de la idea de motivo y causa final, correspondiente a la de fin, haciendo relación la primera por lo general al pasado o al presente, y ésta al futuro, no puede identificarse con ello; y esto por una cuestión de eficacia de la disposición de que se trate, pues mientras la primera no le afectaba, la segunda sí, porque se exige además, y con esto se aproxima al tratamiento del modo, que no tenga por solo y único objeto el interés del legatario; y a pesar de que Mennochio propuso la distinción entre una y otra en base a con-

(54) JOSSEKAND, *Derecho civil*, III-3.º, trad. esp., Buenos Aires, 1951, pág. 194.

siderar siempre como final la que se enunciara en el testamento, tal opinión, como ya dije, fue abandonada, siguiéndose con el criterio de tener por final aquella en contemplación de la cual hubiese dispuesto el testador. Esta terminología no coincide con la actual, en cuanto que la Jurisprudencia que se enfrentó con el problema que estudiamos, atribuyó desde el principio a la expresión causa impulsiva y determinante un sentido completamente nuevo del referido, porque con ella designa la causa final, el fin perseguido, el motivo decisivo, determinante (55).

Aun entendido de esta manera, el motivo determinante que mira hacia el futuro puede ser diferenciado perfectamente de la condición, del modo y de la simple recomendación; y ello se consigue teniendo presente que el motivo que impulsa en contemplación de una circunstancia futura, despliega su eficacia compenetrando la disposición, por él exclusivamente causada, del error o la ilicitud que pueda haber en su base, en tanto que la condición subordina su eficacia a la realización del hecho futuro e incierto en que consista, el modo hace surgir para el que acepta la disposición la obligación jurídica de cumplirlo, y la simple recomendación no tiene en Derecho eficacia alguna.

Por lo que respecta al tipo de ineficacia que a la disposición acarrea el motivo ilícito que la determina, debe considerarse preferible, tanto desde un punto de vista técnico como en atención a razones prácticas (56), la solución que establece la nulidad, a la que determina simplemente la anulabilidad.

8. Ante todas estas cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias con causa ilícita, ¿qué ha dicho nuestra doctrina y jurisprudencia de la solución que da el § 2.º del artículo 767?

A) Ya hemos tenido ocasión de ir viendo como algunos autores han tratado de encontrar y exponer las razones que les han parecido justificadoras del precepto, y lo que sobre las mismas hemos tenido ocasión de argumentar.

Además de estas que tratan de justificar el principio adoptado, otros se limitan a transcribirlo sin opinar sobre él (57), o bien exponiendo la razón que les parece llevó al legislador a sostenerla, aunque no manifiesten compartirla; así Castán, que piensa que lo hizo "llevado del deseo de mantener todo lo posible la validez de los testamen-

(55) CAPITANT, *De la causa...*, cit.

(56) VIÑAS, *Los vicios de la voluntad testamentaria*, cit. pág. 468. En el mismo sentido, S. T. S. 20 oct. 1961.

(57) DE BUEN, en las notas del Tratado de Colin, y CAPITANT, cit. pág. 305. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, Valladolid, 1932, pág. 178. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, Madrid, 1932, pág. 278. ROCA SASTRE, en las citadas notas de Kipp, pág. 134. No se refiere a la causa ilícita LÓPEZ DE HARO, *Legados demostrativo y causal*, R. G. L. Jur. 1928, págs. 502 y sigs.

tos" (58), idea que exponen también Viñas (59), Bonet (60) y Jordano (61).

No faltan tratadistas a los que sin embargo no convence la solución adoptada por considerarla "discutible", como Sánchez Román (62), o estimar que no responde "al saludable criterio" de otras legislaciones que toman en cuenta la ilicitud de los motivos para invalidar el negocio a que impulsaron, que dice Albaladejo (63); e incluso quien, como el comentarista del Código Bonet, se opone resueltamente por considerar que contiene "un verdadero absurdo jurídico", argumentando con una serie de razones que más atrás quedan recogidas.

Con el buen tino y atención a la Jurisprudencia que lo caracterizó, el Profesor Royo (64) pone de manifiesto con referencia a la disposición testamentaria "sub causa" que "en cuanto a la causa expresada y verdadera que sea contraria a Derecho, no obstante lo dispuesto en el § 2.º del artículo 767, es lo cierto que la Sentencia de 15 de febrero de 1928 alude a la posibilidad de causas contrarias a Derecho que vician la institución de heredero" (64 bis).

Porque, en efecto, tiene una gran transcendencia en el tema y no deja de ser sintomática sobre la falta de fundamentación intrínseca que he venido alegando padece la solución adoptada por el § 2.º del artículo 767, la actitud que ante él toma el Tribunal Supremo en la única decisión que se ocupa directamente de la eficacia que puedan tener las disposiciones testamentarias con causa ilícita. Y resulta así porque la sentencia, que es de 15 de febrero de 1928, trata de la alegada infracción del precepto haciendo esta consideración: que "las causas contrarias a Derecho que vician la institución de heredero, son aquellas...", y enumera algunas de las que considera con esta índole, añadiendo a modo de justificación: "pues esos hechos, aún siendo ciertos, excluyen o vician la institución de heredero, porque de lo contrario aparecerían..."; lo claro de las expresiones y el haber incluido la referencia al característico inciso del mencionado párrafo, son prueba de que no hay error y que efectivamente está tratándose del precepto objeto de nuestro estudio.

Pero con el fin de establecer mejor su alcance, veamos el supuesto que se discutió en aquél caso y la forma en que se resolvió: se trataba de dos viudos que celebraron matrimonio canónico con dispensa de amonestaciones y en lugar distinto de su domicilio, previo el oportuno

(58) Op. y loc. cit.

(59) En la Conferencia citada y loc. cit.

(60) Op. y loc. cit.

(61) *Interpretación...*, cit. pág. 68 y nota 47.

(62) Op. y loc. cit.

(63) *El negocio jurídico*, cit. pág. 209.

(64) *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, pág. 149.

(64 bis) Muy recientemente DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 197 y s., aún advirtiendo que el referido fallo tiene otro fundamento, alude a lo inadecuado de la solución del art. 767, 2.º respecto a la totalidad del sistema jurídico español.

expediente, pero sin haber dado el aviso preceptivo al Juez municipal; fallecido el marido, tras veintisiete años de matrimonio y bajo testamento en el que, aludiendo a este hecho, reconocía a su esposa en la sucesión los derechos que como a tal le correspondían, instituyendo a sus nietos únicos descendiente en línea directa como sus herederos; intentado por la viuda conseguir una certificación de la partida de casamiento, resulta que no aparecía inscrito ni en la Parroquia ni en el Registro civil correspondiente, por lo que, con base en el expediente incoado cuando la celebración en el Provisorato del Arzobispado, solicita y logra, tras la correspondiente tramitación, la inscripción del matrimonio primero en la Parroquia y después en el Registro civil. Mientras tanto, la madre de los nietos, menores, había promovido juicio voluntario de testamentaria y después demanda a la viuda con la súplica de que se dictara sentencia declarando que se tuvieran por no puestas en el testamento las cláusulas referentes a la institución de la esposa por no concurrir en ella esta cualidad, invocando el artículo 767, párrafo 2.º del Código civil. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, que fue revocada por la Audiencia Territorial declarando que, como contrarias a Derecho, a los efectos civiles se tuvieran por no escritas en las cláusulas de referencia las expresiones por las que se asignó la condición de esposa a la demandada. Interpuesto recurso de casación se da como infringido el artículo 767, 2.º, además del 77 en relación con los 56 y 66 sobre los efectos civiles del matrimonio canónico.

Se resolvió el recurso, casando la sentencia, en el sentido que se desprende del considerando que transcribo íntegramente a continuación: "Considerando que alegado también en el primer motivo del mismo, la infracción del párrafo 2.º del artículo 76 del Código civil, fundamento principal, y causa de pedir de la demanda origen de este juicio, después de resueltos los motivos de infracción del artículo 77 de dicho Cuerpo legal, es indudable que su procedencia hay que reconocerla, porque, estimado que el matrimonio del difunto D. Francisco Trashorras Díez con la hoy recurrente, doña María Pineda Núñez, es válido y eficaz, por haberse pedido la subsanación del requisito de su inscripción en el Registro civil antes de que se dedujera en 30 de mayo de 1923, la demanda formulada por doña Esmeragda Herrera como madre de sus menores hijos habidos en su matrimonio con D. José Trashorras, no puede estimarse, en buenos términos de derecho, que la indicación de este matrimonio, en algunas de las cláusulas del testamento, bajo el cual falleció, sea contraria a derecho, porque, en modo alguno puede ser opuesto al mismo la expresión de haber celebrado un acto tan trascendental, elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento, según se consigna en el Canon 1.012 del "Codex juris canonici", y, porque, el otorgarle la cuota viudal y reconocerle el derecho de gananciales, no son, en síntesis, otra cosa que la aplicación de lo que dispone el Código civil, los cuáles siempre podría reclamar la viuda, por su posesión de estado, aunque el cónyuge causante

no se lo reconociera en su testamento, toda vez que, indudablemente, las causas, contrarias a derecho, que vician la institución de herederos, son aquellas otras que pueden hacer relación a que se funde la institución de heredero en consideración a haber cometido un hecho punible determinado o haber realizado una acción inmoral, o, en fin, haber llevado a cabo cualquier clase de indignidad, pues esos hechos, aun siendo ciertos, excluyen o vician la institución de heredero, porque, de lo contrario, aparecerían como la recompensa de actos ilícitos o inmorales, y, por tanto, contrarios a derecho por todo lo cual es visto que procede casar la sentencia recurrida."

Ya antes llamaba la atención sobre el significado de esta doctrina jurisprudencial que parte de la base expresamente enunciada de estimar, de acuerdo con los dictados de la lógica jurídica y también con la casi totalidad de la doctrina, jurisprudencia y legislación de otros países, pero en contradicción total con nuestro artículo 767, § 2.º, de que hay unas causas, contrarias a Derecho, que vician la institución de heredero. No se ha recurrido a establecer interpretaciones más o menos forzadas que desvirtúen el claro contenido del precepto, sino que directamente se ha considerado la existencia indudable de un principio de signo contrario al mismo (64 ter). Todo ello, decía, es altamente significativo a los efectos de considerar el precepto indicado desde el punto de vista de falto de justificación, con que trato de presentarlo.

Es de lamentar, por otra parte, que el Tribunal Supremo no aprovechara otra ocasión que tuvo de pronunciarse en este extremo, en Sentencia de 30 de mayo de 1951: se trataba de la pretendida ineficacia de una adopción y de la institución de heredero consecuencia de la misma, en atención a haberse realizado por causa ilícita, con miras a defraudación fiscal. Pero resolviéndose, en contra de lo solicitado, sobre la petición de ineficacia de la adopción, el Tribunal no entró a considerar la alegada infracción del artículo 767, § 2.º (65). Fue una oportunidad de que nos hubiera resuelto la duda acerca de si la posición expresada en 1928, que mereció el consenso de algún autor sin levantar oposición ninguna, había sido una actitud esporádica, sin más repercusiones que la de llamar la atención sobre el extraño principio contenido en el párrafo referido, o la primera de unas decisiones dadas con el propósito, más práctico, de limitar la aplicación del mismo a lo estrictamente indispensable para no faltar a la letra del precepto.

Porque, en efecto, partiendo de la convicción de que tal como está concebido, el artículo 767 en su párrafo 2.º carece de justificación intrínseca y de antecedentes que lo fundamenten, no responde a los principios informadores de nuestro ordenamiento vigente y es consa-

(64 ter) El Prof. DE CASTRO, *op. y loc. cit.*, alude en el supuesto a los principios generales del Derecho.

(65) Se contienen en ella, de todas formas, interesantes apreciaciones en relación con el tema de la motivación de los actos jurídicos.

grador de la legalidad de actitudes declaradamente ilícitas, constituyendo un posible estímulo para la violación del Derecho y la moral, puede considerársele, en suma, un paso atrás en la evolución de un sistema en que, como pusiera de relieve G. Ripert (66), tras centenares de años una regla moral precisa ha creado la civilización occidental, civilización que se expresa en su Derecho, por lo que defendiendo las reglas fundamentales de éste colaboramos a impedir que perezca esta concepción moral del mundo; por ello, bien estará justificado encontrar un procedimiento que permita restringir en lo posible la aplicación del precepto, mientras que llega la ocasión de hacerlo desaparecer de nuestro Derecho positivo, dando acogida en el mismo al principio de que la ilicitud de su motivo determinante vicia las disposiciones testamentarias.

Y en este sentido, consciente de que con ello si no se va contra el artículo 743 (67) se fuerza quizá excesivamente el sentido del artículo, pero no tanto que deje de autorizarlo la finalidad que se persigue y las razones que la apoyan (68), pienso que podría limitarse el alcance del precepto, entendiendo que la referencia a la causa contraria a Derecho que se encuentra en el mismo, lo es a la llamada causa impulsiva, motivo que colabora a la formación de la voluntad, pero que no es decisiva para ella y, en cambio, no hay que considerar incluida la causa, o motivo determinante, en los términos que dejamos establecidos más atrás. De esta manera habríamos conseguido un resultado análogo al que justifican los principios y consagran otras legislaciones.

Bases para esta interpretación podrían dárnoslas las siguientes consideraciones:

1.^a Que ha de excluirse de todo punto, como se demostró más atrás, que la referencia que a la causa se hace en este artículo lo sea a ésta entendida en sentido propio, aun en el característico de los actos de liberalidad, sino que es a los motivos, a la llamada causa impulsiva, que puede ser múltiple, y que sólo en circunstancias precisas, muy concretas, que por ello no pueden presumirse, se transforman y hacen la función de determinantes de la voluntad, son la causa de que se manifieste en este sentido. De esto se deduce que sólo se apreciará la causa-motivo como determinante cuando el legislador prevea este papel y al mismo le atribuya unas ciertas consecuencias; en otro caso será simplemente impulsiva.

Prueba de este aserto es el contenido del párrafo 1.^o del propio artículo 767: en el mismo hay una referencia a la causa-motivo, y

(66) En el Prefacio a la 2.^a ed. de su obra citada.

(67) Sobre su sentido, cfr. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1957, pág. 255.

(68) No menos en este campo han hecho los Tribunales franceses a partir de 1863 al restringir la aplicación del art. 900 C. c. (nuestro 792) a los casos en que quede patente que la condición no ha sido la causa impulsiva y determinante de la disposición.

una presunción de que es sólo impulsiva, ya que para tenerla como determinante, y atribuirle los efectos que de ello se derivan, ha de probarse que del testamento resulta que esta eficacia tuvo en la voluntad del testador.

2.^a Que en el párrafo 2.º, si bien no se alude directamente a la causa-motivo determinante y al diferente efecto que su ilicitud pueda producir en contraste con la simplemente impulsiva, tampoco está excluido en el mismo la posibilidad de su aplicación.

Y aunque no se admita expresamente, puede pensarse que de una forma indirecta se acoge esa posibilidad: y ello es teniendo en cuenta, de una parte, los términos en que está redactado el artículo, y de otra, la manera en que éste se ha formado tal como hoy figura en nuestro Código civil.

a) No puede dejar de tenerse en cuenta que en el párrafo 1.º de este artículo 767 se admite la función determinante que haya podido tener la causa, errónea en este caso, respecto a la disposición que motiva, circunstancia que sirve para derogar el principio de la irrelevancia de la causa así expresada; y que el párrafo 2.º está redactado apoyándose en el contenido del 1.º, como lo prueba la palabra “también” que en el mismo se contiene, y la omisión de que la causa lo es “de la institución de heredero o nombramiento de legatario” porque ya se contiene en el primero. No es descabellado pensar, por ello, que tampoco se haga referencia a la salvedad de la causa determinante, en atención a que ya se ha expuesto en el párrafo anterior y que el “también”, que expresamente alude a la inoperancia de la causa meramente impulsiva, contenga asimismo la referencia a la excepción que a ello representa el supuesto de que la causa sea determinante de la disposición.

b) Que la manera en que se ha formado el artículo 767, con un primer párrafo objeto principal del mismo, como lo prueba ser el supuesto anteriormente regulado en nuestro Derecho y que es el que cuenta con una extensa serie de antecedentes y, en cambio, siendo el segundo injertado en él a la vista de un precedente extraño, y agregado con posterioridad, hacen factible que la redacción del mismo se realizara en las circunstancias presumidas; puede aducirse también en tal sentido que ese incongruente inciso “aunque sea verdadera” no tiene más explicación que el hecho de que se redacta este párrafo bajo la influencia directa del contenido del anterior.

Creo que todo lo expuesto da una base para defender en nuestro Derecho una interpretación del artículo 767, 2.º, según la cual la expresión de un motivo ilícito en la institución de heredero o nombramiento de legatario los dejará sin efecto si del testamento resulta haber sido el solo determinante de la disposición, y que únicamente se tendrá por no puesta cuando pueda demostrarse que no fue ese su valor y que existe otro motivo, lícito, que determinó la voluntad del testador a actuar de la forma en que lo hizo.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La reciente reforma de la adopción en Francia

(Ley de 11 de julio de 1966 y Decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967)

FRANCISCO VEGA SALA

Secretario del Instituto de Derecho Comparado del C. S. I. C. (Barcelona)

El legislador francés ha reformado la adopción, institución que se regía por la Ley de 1.º de marzo de 1963, hecha un poco rápidamente bajo la impresión producida por determinados casos, como el tan tristemente famoso de Novack, que ocupó la primera página y las grandes fotografías del "France-Soir".

La ley de 1963, que fue comentada en este mismo ANUARIO por Castán Vázquez (1), modificaba algunos artículos del Código civil, cuyas redacciones databan de 1958, pero no llevó a cabo una reforma amplia de la institución. Por el contrario, esta ley de 1966 ha querido aportar un derecho de la adopción que fuera estable, por no decir definitivo, y que significa el cumplimiento de la promesa hecha por el Gobierno francés, en 1963, de elaborar un texto pensado y equilibrado, que no era posible dar inmediatamente, pues lo que se pretendió en aquel entonces fue exclusivamente calmar las inquietudes excesivas y demasiado activas que se desplegaron por todo el país.

La nueva ley no se contenta con simples retoques a los textos anteriores, sino que redacta de nuevo el Título VIII del Libro 1.º del Código civil, bajo un nuevo título, el "De la filiación adoptiva", que señala de forma clara la equiparación de la adopción a las otras clases de filiación. El nuevo redactado es más ordenado y más claro que el anterior, que era el resultado de una sucesión de modificaciones más o menos parciales (2). Este nuevo texto pasa a formar parte de este Código civil francés en reconstrucción y que la ley de 1966, por lo que a la adopción se refiere, pone en armonía con el Código de la familia y de la ayuda social, el Código de la nacionalidad, y las Leyes de protección de niños maltratados o moralmente abandonados, y de la libertad de prensa.

Después de la reforma de 1963 había en Francia tres clases de

(1) T. XVI, Fasc. III, julio-sept. 1963, pp. 821-824.

(2) Introducida la adopción en 1803, se publica un texto en 1804, modificado en 1900 y 1909, hasta que es más sustancialmente transformado en 1923. Nuevas modificaciones en 1927, y nueva redacción en 1939, que es a su vez modificada en 1958 y 1963, y que es la legislación vigente al promulgarse la ley de 11 de julio de 1966.

adopción: la adopción sin ruptura de lazos familiares, la adopción con ruptura de lazos familiares, y la legitimación adoptiva. Con la nueva ley estas tres clases se reducen a dos: la primera subsiste bajo el nombre de "adopción simple", y las dos últimas se fusionan para dar la "adopción plena". Tenemos, pues, una división similar a la de la ley española de 1958, y con denominaciones parecidas, pero los efectos de la "adopción plena" francesa son mucho más amplios que los de la nuestra. La denominación de "legitimación adoptiva", que tanto éxito tuvo fuera de las fronteras francesas, queda abandonada, y este abandono no es sólo del nombre, sino también de algunas características fundamentales de la institución (por ej.: el que los adoptantes estuvieran casados). La adopción plena constituye, con la nueva ley, la forma normal de adopción, y es la que tiene los efectos más amplios; la adopción simple es el régimen subsidiario y sus efectos son incompletos.

No vamos a hacer aquí un estudio profundo de esta ley; las circunstancias de rapidez y tiempo con que redactamos este artículo nos impiden hacerlo, y sería también prematuro, pues el último Decreto es de enero de este año, y aunque ya han salido algunos comentarios en revistas francesas (3), es conveniente ver cómo se aplicarán sus preceptos y cómo se desarrollarán determinadas facultades dejadas en manos del Presidente de la República, como es el caso de las adopciones plenas para los matrimonios con hijos. Nos limitaremos a dar a conocer la ley, señalar sus diferencias con el régimen anterior y las innovaciones que a la institución aporta.

La reforma tiene tres objetivos principales, que son los que han preocupado a los autores de la ley: prevenir y resolver los conflictos entre familia natural y adoptantes, garantizar los derechos de la familia natural, y favorecer la adopción para determinadas categorías de niños a los que no alcanzaba, es decir, ampliar el área de los niños adoptables con adopción plena, decisión que convendría tener en cuenta en España (caso de los huérfanos). Se ha intentado alcanzar los dos primeros objetivos asegurando, mediante disposiciones relativas al Registro civil, la ruptura de hecho entre el adoptado y su familia natural, y limitando en el tiempo los derechos de los padres naturales, mediante la institución del "acogimiento con fines de adopción" (*placement en vue de l'adoption*) (4), que evita el conflicto de

(3) E. S. DE LA MARNIERE, *Commentaire de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption*, "Juris Classeur Périodique", 1966, I. 2028, n.º 11; Jacques PREVAILT, *Les droits successoraux résultant de l'adoption depuis la loi du 11 juillet 1966*, "Recueil Dalloz", 1966, Chron., pp. 173-179; y Pierre RAYNAUD, *La réforme de l'adoption (Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966; Décrets n° 66-903 du 2 décembre, n° 67-44 et n° 67-45 du 12 janvier 1967)*, "Recueil Dalloz", 1967, Chron., pp. 77-85.

(4) No damos esta traducción como definitiva. La hemos elegido, por premuras de tiempo, a falta de otra mejor. Creemos, sin embargo, que da a entender lo que es esta clase de "placement" y que no habrá confusión con el "acogimiento" del Derecho español.

derechos entre los padres naturales y los adoptantes, pues los de éstos no comienzan hasta que han desaparecido los de los padres naturales.

La adopción plena tiene la simpatía preferente del legislador, quien, invirtiendo el orden de los textos anteriores, la regula la primera formulando al mismo tiempo las disposiciones comunes a las dos clases de adopción, lo cual no quiere decir que le haya mantenido el vigor de la legitimación adoptiva a la que substituye, lo que Raynaud no deja de criticar (5).

La ley substituye los artículos 343 a 370 inclusive del Código civil, procedimiento que ya fue seguido por nuestra reforma de 1958 y que resulta útil y cómodo, algunos artículos del Código de la Familia y de la Ayuda Social, de la Ley de 24 de julio de 1889 de Protección de Niños Maltratados o Moralmente Abandonados, de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la Libertad de Prensa, y del Código de la Nacionalidad.

Innecesariamente la nueva ley ha suprimido el texto del antiguo artículo 343 que contenía un principio general, que aunque se deduce de todo el texto de la ley y especialmente de algunos artículos concretos en que se señala el interés del adoptado, su enunciado alejaba cualquier duda y fijaba el fin fundamental y básico de la adopción (*L'adoption ne peut avoir lieu que s'il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté*).

Tal como queda estructurada la adopción, las condiciones del adoptante son exactamente las mismas para las dos clases de adopción, que sólo se distinguen, a parte del límite de edad para el adoptado con adopción plena, por los efectos que producen.

Con la nueva ley, la adopción en Francia queda reglamentada de la forma siguiente:

I. REQUISITOS PERSONALES.

1) *Para poder adoptar.* Es necesario para poder adoptar, sea de manera plena o simple: 1.º Que el adoptante haya cumplido treinta y cinco años (art. 343-1) (6), salvo si está casado y adoptan los dos cónyuges (7). Se ha rebajado, pues, en cinco años el límite de edad para adoptar, estableciéndose al mismo nivel que en España.

2.º El adoptante ha de tener, por lo menos, quince años más que el adoptado (art. 344). Si se trata de adoptar al hijo de su cónyuge, esta diferencia queda reducida a diez años, que todavía pueden reducirse más por dispensa del Presidente de la República (art. 344, par. 2.º).

3.º El adoptante no debe tener descendientes legítimos, salvo dispensa del Presidente de la República (art. 345-1, par. 1.º). Esta dis-

(5) Ob. cit., p. 77.

(6) Los artículos son los del Código civil tal como han quedado después de las modificaciones aportadas por la ley de 11 de julio de 1966.

(7) Véase *infra* 4.º requisito.

posición ha sido el resultado de un compromiso entre las dos tendencias en pugna en la comisión: la tradicional, que siguiendo lo que estaba legislado para la legitimación adoptiva no aceptaba la existencia de descendientes legítimos, y la más acorde con el sentido actual de la institución y la evolución de la misma, que no veía en la existencia de hijos un inconveniente para adoptar. Todo dependerá ahora del uso que, de la facultad que le concede la ley, haga el Presidente de la República. Es muy interesante comprobar que va perdiendo fuerza la prohibición de adoptar para los que tengan descendientes legítimos. La supresión de esta prohibición ya ha sido pedida en España (8), donde, aunque se haya dicho poco, ya existe para muchos españoles la posibilidad de adoptar aun teniendo hijos: El Derecho civil de Cataluña permite la adopción plena a "quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos" (9). Es de lamentar que este principio del Derecho civil catalán no haya encontrado la publicidad que merece (10), máxime cuando beneficia a muchos españoles (11) y situaría a España entre los países de primera línea dentro de lo que creemos ser la orientación actual de la institución.

La existencia de hijos adoptados no es obstáculo para la adopción, lo mismo que el nacimiento de descendientes legítimos acaecidos con posterioridad a la entrada en el hogar del o de los adoptados (artículo 345-1, par. 2.º).

4.º) Si el adoptante está casado, y no separado, necesita el consentimiento de su cónyuge, a menos que el cónyuge esté en la imposibilidad de manifestar su consentimiento (art. 343-1, par. 2.º). Los cónyuges no separados pueden adoptar conjuntamente después de cinco años de matrimonio (art. 343). Aquí también ha habido una reducción: la antigua ley fijaba ocho años, pero esta reducción queda compensada con la supresión de la autorización para adoptar antes de estos ocho años cuando se probaba medicalmente que la mujer no podía tener descendencia. Esta excepción había resultado difícil en la práctica, y su desaparición queda compensada de sobras por la reducción de los años de matrimonio, además de que estos cinco años de convivencia pueden servir de muestra para la viabilidad del matrimonio establecido.

(8). Véase José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, *La prohibición de que sean adoptantes las personas que tienen descendientes legítimos*, "Revista de la Obra de Protección de Menores", núm. 99, pp. 6-12, y también en los trabajos de las I Jornadas sobre la adopción celebradas en Madrid en 1966, publicados en la misma revista, números 106 y 107.

(9) Art. 6 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, Ley de 21 de julio de 1960.

(10) En las mismas Jornadas citadas en la nota 8 se habló de que dicha prohibición no existe en Inglaterra, Estados Unidos, Rusia, e incluso en los trabajos de preparación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pero no se indicó con suficiente vigor, ni todos los ponentes señalaron que es derecho vigente en toda la región catalana.

(11) A tenor del Título Preliminar del Código civil, el número de catalanes es muy superior a los que, corrientemente, se considera como tales.

Aparte de este caso de adopción por dos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona (art. 346). Si la adopción es conjunta, es suficiente que uno de ellos tenga treinta años cumplidos (art. 343).

No se exige ningún requisito especial para la adopción plena. La similitud entre ambas clases de adopción ha llegado a tal punto que incluso los solteros pueden adoptar plenamente. Anteriormente —con la legitimación adoptiva— esta clase de adopción estaba reservada exclusivamente a los matrimonios. Ranauld (12) considera un error el haber abierto las puertas de la adopción plena a todos los solteros que sufran de una frustración conyugal, o de una frustración maternal o paternal. Sin entrar a discutir el problema de hasta qué punto es conveniente o no que los solteros adopten plenamente (13) es indudable que la adopción por un matrimonio ofrece muchas más ventajas para el adoptado, a quien la institución —no lo olvidemos— debe proteger, y no comprendemos por qué motivos el legislador francés ha ampliado el campo de los adoptantes, cuando en Francia, lo mismo que en España, la demanda de adopciones supera el número de niños adoptables (14). De todas formas, tal vez no sea un inconveniente que se haya establecido este principio general amplio si los organismos que deben autorizar y facilitar la adopción saben utilizarlo inteligentemente y recuerdan que la ley “autoriza”, pero no “obliga”.

2) *Para poder ser adoptado.* A) *Adopción plena.* Podrán ser adoptados los niños menores de quince años, que estén acogidos por él o los adoptantes desde seis meses antes. De todas formas, si el niño tiene más de quince años y ha sido acogido antes de tener esta edad por personas que no cumplieran las condiciones legales para adoptar, o si ha sido objeto de una adopción simple antes de alcanzar dicha edad, podrá pedirse la adopción plena, si se cumplen las condiciones, durante toda la minoría del niño (art. 345). La adopción plena queda abierta a todos los niños, no solamente expósitos y abandonados como hace nuestra ley con cicatería, siempre que exista el consentimiento de las personas que deben darlo y que son las siguientes:

Los padres, o uno de ellos si el otro ha fallecido, es incapaz, ha perdido la patria potestad, o en el caso de que sólo conste la filiación para uno de ellos. En defecto de los padres es el Consejo de familia quien debe darlo, previa audiencia de la persona que de hecho cuida del niño (art. 348 a 348-2). Si el niño es pupilo del Estado, corresponde dar el consentimiento al Consejo de familia de los pupilos del Estado (art. 349). Si el adoptado es mayor de quince años debe consentir personalmente a la adopción (art. 345, par. 3.º).

(12) Ob. cit., p. 84.

(13) Téngase presente que, por ejemplo, con la nueva ley una madre soltera puede legitimar su hijo natural mediante la adopción plena sin que tenga necesidad de reconocerlo.

(14) El fenómeno parece ser general en Europa y las adopciones internacionales son ya una realidad.

B) *Adopción simple*. Todas las personas pueden ser adoptadas, tanto mayores como menores, sin otro requisito que el adoptado tenga quince años menos que el adoptante (art. 360). El consentimiento deben darlo las mismas personas que para la adopción plena (artículo 361).

II. REQUISITOS FORMALES.

1) *Adopción plena*. A) *Fase preparatoria*. Antes de declararse una adopción plena, el menor debe ser "acogido con fines de adopción" por el o los futuros adoptantes, y el acogimiento se realiza con la entrega efectiva a los futuros adoptantes, de un niño para el cual se ha consentido válidamente a la adopción por las personas o instituciones que debían hacerlo. Cuando la filiación no está establecida no puede haber acogimiento hasta tres meses después de que el niño fue recogido (artg. 351), tiempo que debe destinarse a fijar la filiación del niño. Este período de acogimiento es una de las reformas más interesantes de esta ley y está destinado a evitar los conflictos entre los adoptantes y la familia natural, y no debe confundirse con el plazo de seis meses que exige el artículo 345 y que hemos señalado en los requisitos para ser adoptado por adopción plena.

El acogimiento con fines de adopción impide toda restitución del niño a su familia natural. Hace nulos cualquier reconocimiento y cualquier declaración de filiación. Si el acogimiento cesa o si el tribunal no aprueba la adopción, se anula con efectos retroactivos (artículo 352).

B) *Fase judicial*. La adopción plena es declarada por el llamado Tribunal de Gran Instancia (15), a demanda del adoptante, y después de haber comprobado si las condiciones de la ley se han cumplido y si la adopción es conforme a los intereses del niño (art. 353, par. 1.º).

Si el adoptante fallece, después de haber acogido el niño con fines de adopción, la demanda puede ser presentada en su nombre por el cónyuge superviviente o uno de los herederos del adoptante (artículo 353, par. 2.º).

El auto aprobando la adopción no está motivado (art. 353, par. 3.º).

C) *Fase registral*. Dentro de los quince días siguientes al efecto de cosa juzgada, debe inscribirse la adopción en el Registro civil transcribiendo (no anotando marginalmente) la decisión judicial a demanda del Ministerio Fiscal. La transcripción señalará el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del adoptado, así como sus nombres tal como resultan del auto de adopción, los nombres, apellidos, fecha

(15) Jurisdicción de primera instancia, colegiada. La jurisdicción de primera instancia de juez único se llama en Francia "Tribunal de Instancia". De hecho hay, por lo menos, un "Tribunal de Gran Instancia" en cada provincia (lo que se llama "*departement*"), y un "Tribunal de Instancia" en cada distrito (subdivisión de la provincia).

y lugar de nacimiento, profesión y domicilio del o de los adoptantes. No contendrá ninguna indicación relativa a la filiación real del adoptado. La transcripción hará las veces de acta de nacimiento del adoptado. El acta de nacimiento original y, en su caso, el acta de nacimiento hecha a los recién nacidos abandonados, a tenor de lo señalado en el artículo 58 del Código civil, serán anuladas estampando en ellas la mención "adopción" (art. 354). De esta forma se crea una nueva acta de nacimiento y desaparece lo que pudiera hacer referencia a su filiación anterior.

En Francia no existe una fase notarial como sucede en España.

2) *Adopción simple.* En la adopción simple no existe la fase preparatoria, y la judicial se desarrolla de la misma forma que para la adopción plena. En cuanto a la inscripción en el Registro Civil, se anotó o transcribe la decisión judicial, a demanda del Ministerio Fiscal, dentro del mismo plazo concedido para la adopción plena (No existe tampoco fase notarial (art. 361 y 362)).

III. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.

1) *Adopción plena.* La adopción plena confiere una filiación que substituye a la natural: el adoptado deja de pertenecer a su familia natural, a reserva de los impedimentos matrimoniales (16) (artículo 356). El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y las mismas obligaciones que un hijo legítimo (artículo 358) con el cual queda totalmente equiparado, situación que debería tenerse muy en cuenta y que posiblemente sea un ejemplo a imitar.

El adoptado llevará el apellido del adoptante y, en caso de adopción por los dos cónyuges, el apellido del marido (17). A demanda del o de los adoptantes el tribunal puede modificar los nombres del adoptado. Si el adoptante es una mujer casada el tribunal puede decidir, en el auto de adopción, sobre el consentimiento del marido de la adoptante de que su apellido sea otorgado al adoptado; si el marido ha fallecido, o en la imposibilidad de manifestar su consentimiento, el tribunal decidirá previa consulta con los herederos del marido o sus sucesores más próximos (art. 337).

La adopción plena es irrevocable (art. 359) y produce sus efectos desde el día en que se presenta la demanda de adopción (art. 355).

La ley de 1966 ha modificado también algunos artículos del Código de la Nacionalidad para ponerlos de acuerdo con las refor-

(16) Véanse artículos 161 a 164 del Código civil francés.

(17) Esto no debe extrañarnos. En Francia se utiliza únicamente el apellido paterno, no existe la costumbre española de llevar tanto el apellido del padre como el de la madre. Para facilitar la identificación, en toda clase de documentos —aunque no en la vida ordinaria, de relación y de familia— se ponen tres nombres.

mas aportadas a la institución, y reserva para la adopción plena los efectos de la suprimida legitimación adoptiva. El extranjero que ha sido adoptado plenamente por un francés adquiere la nacionalidad francesa (art. 35 Cod. Nac.).

2) *Adopción simple*. Los efectos de la adopción simple son:

A) *Patria potestad*. El adoptante es el único que está investido, respecto al adoptado, de todos los derechos de la patria potestad, incluido el de la licencia matrimonial salvo el caso de que el adoptante sea el cónyuge del padre o madre del adoptado; en este caso, el adoptante tiene la patria potestad conjuntamente con su cónyuge, pero éste guarda su ejercicio. Los derechos de la patria potestad se ejercen por el o los adoptantes en las mismas condiciones que respecto a los hijos legítimos. Las reglas de la administración legal y de la tutela del hijo legítimo se aplican al adoptado (art. 365).

B) *Parentesco*. El adoptado permanece unido a su familia natural y conserva en ella todos sus derechos, especialmente los sucesorios. Se mantienen los impedimentos matrimoniales señalados en el Código civil (18) (art. 364), y los lazos de parentesco de la adopción se extienden a los hijos legítimos del adoptado (art. 366, par. 1.º).

C) *Impedimentos para el matrimonio*. Está prohibido el matrimonio entre: 1.º) El adoptante, el adoptado y sus descendientes; 2.º) El adoptado y el cónyuge del adoptante, y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado; 3.º) Los hijos adoptivos del mismo adoptante; 4.º) El adoptado y los hijos del adoptante (art. 366).

Las prohibiciones 3.ª y 4.ª pueden ser dispensadas por motivo grave, por el Presidente de la República (art. 366, par. 7.º). Respecto a la familia de origen, existen para el adoptado los impedimentos matrimoniales de los artículos 161 a 164 del Código civil (art. 364).

D) *Derechos sucesorios*. El adoptado conserva sus derechos sucesorios en su familia natural (art. 364, par. 1.º), y en cuanto a la familia adoptante, el adoptado y sus descendientes legítimos tienen los mismos derechos sucesorios que un hijo legítimo, sin adquirir, no obstante, la calidad de heredero reservatario respecto a los ascendientes del adoptante (art. 368).

Si el adoptado muere sin descendencia, los bienes dados por el adoptante, o recibidos en su sucesión, vuelven al adoptante o a sus descendientes, si existen en especie en el momento de la defunción del adoptado, a cambio de contribuir a las deudas, a reserva de los derechos adquiridos por los terceros. Los bienes que el adoptado habrá recibido, a título gratuito, de sus padres naturales, vuelven, análogamente a éstos o a sus descendientes. Los restantes bienes del adoptado se dividen por mitad entre la familia natural y la familia del adoptante, sin perjuicio de los derechos del cónyuge sobre el conjunto de la sucesión (art. 368-1).

(18) Véase *supra* nota 16.

E) *Apellido*. En lo que respecta al apellido, el adoptado añadirá al suyo propio el apellido del adoptante. No obstante, el tribunal puede decidir que el adoptado lleve exclusivamente el apellido del adoptante (art. 363).

F) *Alimentos*. Adoptante y adoptado tienen el deber recíproco de suministrarse alimentos. La obligación de suministrar alimentos continúa también existiendo entre el adoptado y sus padres naturales; no obstante, el padre y la madre del adoptado sólo están obligados a suministrar alimentos al adoptado cuando éste no pueda obtenerlos del adoptante (art. 367).

G) *Nacionalidad*. El adoptado por adopción simple no adquiere la nacionalidad francesa por el simple hecho de la adopción, pero puede obtenerla mediante declaración o naturalización a tenor de los artículos 55 y 64 del Código de la Nacionalidad.

H) La adopción simple conserva todos sus efectos aunque se establezca posteriormente un lazo de filiación (art. 369).

IV. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

La adopción plena es irrevocable (art. 359). La simple puede ser revocada a petición del adoptante o del adoptado cuando existan motivos graves para ello (art. 370, par. 1.º). La impugnación hecha por el adoptante no puede admitirse si el adoptado es menor de quince años (art. 370, par. 2.º).

Cuando el adoptado es menor de edad, el padre o la madre naturales, o, en su defecto, un miembro de la familia natural hasta el grado de primos hermanos inclusive, pueden igualmente pedir la revocación (art. 370, par. 3.º).

El auto revocando la adopción debe ser motivado. La parte dispositiva del mismo se anota al margen del acta de nacimiento o de la inscripción del auto de adopción en las condiciones previstas por el artículo 362 para la inscripción de éste (art. 370-1).

Con la revocación cesan para el futuro todos los efectos de la adopción (art. 370-2).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BOURGEOIS, A. M.: «L'exploitation agricole dans la législation récente». Paris, 1967. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un volumen de 280 páginas.

El derecho agrario francés de estos últimos años viene desarrollándose profundamente impuesto por las necesidades de adaptar la agricultura a las exigencias actuales de una sociedad industrial de consumo hoy evolucionada hasta en sus factores psicológicos. De aquí que se haya iniciado, concretamente, una tarea legislativa que pretende de manera muy particular el promover y configurar un nuevo tipo de explotación agraria que responda a las actuales exigencias de la vigente estructura financiera, económica y social.

Con la obra de esta profesora se aporta un estudio especialmente dedicado a exponer y describir este nuevo tipo de explotación agraria, tal como la legislación moderna la concibe en sus dimensiones medias y con una estructura que permita la utilización de las técnicas de hoy en día. Por eso se examinan con gran cuidado los medios utilizados para ensayar y lograr su eficacia práctica, el régimen jurídico que rige esta nueva explotación agraria, en el que se advierte una tendencia a debilitar los conceptos de la propiedad individual y la libertad contractual. Respecto a estos matices, la autora constata la incertidumbre que crean en el nuevo tipo de explotación agraria donde, en definitiva, se supedita a los intereses económicos y a los poderes públicos; tales caracteres muestran su tendencia a una fuerte socialización que la autora muestra y desarrolla, así como las soluciones futuras que van a concluirse.

El presente estudio supone una contribución al análisis del conjunto legislativo agrario francés más reciente, todavía poco estudiado en sus consecuencias económicas y sociales dentro de la nueva estructura jurídica con que se le trata de dotar. Una legislación que sus miras se han dirigido a un encuadramiento de la propiedad rural hacia metas más utilitarias en cuanto a su rentabilidad en la economía del país con la finalidad de que el campo se incorpore de una vez en las nuevas estructuras de una sociedad planificada y de masas, puesto que se tiene buen cuidado de que en las estructuras agrarias de explotación predominen las medianas, sin acentuar la tendencia y la formación de los grandes complejos o de las uniones de monopolio agrícola. En definitiva, un socialismo burgués muy del gusto francés de esta última época, extendido ahora de los sectores industriales a la vida y operatividad del campo.

La obra, más que de interpretación legislativa, estudia las sugestivas tendencias de un próximo futuro para la vida agraria, por lo que tiene importancia tanto para el sociólogo, el economista y también para el jurista, quien en definitiva estructura los intereses sociales y da la medida y alcance de los derechos y obligaciones de la personalidad humana en su vida de relación y, muy concretamente, en el ámbito de su actividad laboral especializada.

DORAL, Jose Antonio: «La fase de seguridad en la hipoteca». Un volumen de 390 páginas. Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

Hay libros que son un punto de partida y otros que constituyen una meta. Este es ambas cosas.

El autor trata en él un estado de la vida de la hipoteca: el periodo de tiempo que media entre su constitución y su planteamiento agresivo como realización efectiva de la garantía. Periodo atendido en nuestra legislación con parquedad: los preceptos de la Ley Hipotecaria regulan el concepto y los elementos de la hipoteca detenidamente; su constitución (voluntaria o forzosa: hipotecas legales) y su extinción y cancelación; la fase ejecutiva; las especialidades en ciertos supuestos, pero apenas contemplan la vida de este derecho real: se interesan más por su anatomía que por su fisiología, y, dentro de ésta, más por su nacimiento y su muerte.

Y, sin embargo, el periodo de garantía eventual es el más largo de la existencia de la hipoteca, y normalmente aquélla no se llega a hacer efectiva, al cumplir voluntariamente el obligado. Por ende, un periodo importante, decisivo, para la fijación del concepto y naturaleza de la hipoteca. Así lo ha entendido el autor, que ha planteado su obra en una doble vertiente: la exposición de la problemática de la fase de seguridad y su aprovechamiento para la fijación de los conceptos fundamentales en la materia, en incluso en temas de *apicibus iuris civilis*, como el concepto de la propiedad o la distinción entre los derechos reales y los de crédito.

La obra se inicia con una exposición muy funcional de los antecedentes históricos y un análisis detallado de las diversas teorías sobre la naturaleza de la hipoteca, tema siempre actual, en el que la doctrina sigue sin ponerse de acuerdo: sobre todo, tras la irrupción de las llamadas "teorías procesalistas", que tratan de convertir el antiguo derecho de garantía o realización de valor en una simple cualificación del juicio ejecutivo. Personalmente he de confesar la extrañeza con que he visto siempre una postura de los procesalistas tan contraria a su reivindicación de la *actio* pura, desprovista de ganga material (pretensión), mero derecho a poner en movimiento la máquina estatal de la justicia. Pues me parece evidente que el ser la hipoteca de la naturaleza procesal, representaría un retorno al sistema romano de acciones nominadas. Y aun cuando, por eso y otras cosas, se ha podido decir con razón que el Derecho romano es más bien un sistema de acciones, ciertamente nadie ha querido indicar con tales palabras que el *ius civile* no sea Derecho civil, y se quede en puro proceso.

En todo caso, el autor deja claro cómo la hipoteca es algo más que una simple cualificación de la acción ejecutiva o el embargo convencional y anticipado de un inmueble; al contrario, su calidad de relación material queda patente precisamente en la existencia de la fase de seguridad, que no es un simple resorte psicológico para ejercer presión sobre el deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada, que, por de pronto, al tener una existencia distinta del proceso, es de Derecho material, pero que, además, comprende derechos sustanciales (como la acción de devastación, por ejemplo).

Todavía pienso yo que si el embargo obedece normalmente a una relación

de obligación (material, pues), el gravamen hipotecario, al menos, argüiría una situación obligacional distinta a la ordinaria de responsabilidad personal genérica, y, por tanto, una cualificación *material* de la relación de deuda que sirve de base a la ejecución, suficiente para conducir a ésta por derroteros distintos de las habituales.

Al mismo resultado nos conduciría la pelación insica en la hipoteca: cualquier prelación es un derecho material, que se hace efectivo mediante un instrumento procesal como la tercería de mejor derecho, de igual modo que la propiedad se reivindica, en circunstancias, mediante la tercería de dominio, sin que por ello se reduzca aquel derecho real al campo del proceso.

Por otra parte, cualquier argumentación procesalista debe prescindir de la acción ejecutiva específicamente hipotecaria, pues ésta sí que es un simple accidente en la regulación de la hipoteca, la cual seguiría siendo la misma, aunque tal acción no existiera y hubiera de hacerse efectivo el derecho creado por ella mediante un ejecutivo o un declarativo ordinario.

Mas, sin duda, la argumentación basada en la fase de seguridad es la que mejor prueba el carácter sustancial de la hipoteca. Y, como ha visto bien DORAL, la diversidad de criterios en torno a su naturaleza "es un mero exponente de la problemática general que afecta a las nociones fundamentales con que la hipoteca está íntimamente emparentada".

"Es natural que, entendida la propiedad desde una vertiente individualista, la concepción de la hipoteca difiera de la que parte de considerar el dominio desde otras perspectivas que subrayan su dimensión social. La impronta capitalista de la hipoteca se acentúa cuando prevalece una consideración económica de la propiedad. Así se explica la insalvable separación entre compartimientos estancos: se contraponen el posible valor en cambio de la cosa con la sustancia de ésta; el acreedor hipotecario enlaza su derecho con aquél, mientras el del dueño se refiere a ésta. Por eso, a fin de buscar ámbitos de poder en la esfera jurídica, se hacen separaciones formales que no pertenecen al plano de lo real. Ciertamente, es difícil fundamentar la concurrencia de dos poderes jurídicos que a la vez se entienden como excluyentes."

"El empeño en subrayar la obligación que corre a cargo del propietario de la cosa hipotecada, responde a otra concepción más comunitaria acerca de la propiedad y de los derechos reales."

"En suma, la relación del tema con otras nociones más generales es lo que le confiere realce y le hace ocupar un papel importante, también en el plano metodológico."

El desenvolvimiento doctrinal de la fase de seguridad de la hipoteca depende, por lo tanto, de la evolución experimentada por los criterios básicos en que se fundamenta. Al estudio de esta cuestión se dedica el segundo capítulo; las modernas transformaciones de la propiedad, la profusión con que se emplea el crédito hipotecario en aquellos sectores que con mayor urgencia reclaman del Derecho una recta ordenación; vivienda, agricultura, la nueva concepción orgánica y funcional de determinadas fincas, etc., exigen acoplar muchas de las nociones tradicionales a la sociedad actual."

El autor pone en relación con los criterios delimitadores del Derecho de propiedad (concebida como conjunto de facultades o unitariamente) con las

dos grandes tendencias teóricas en torno a la naturaleza de la hipoteca: la que subraya el impacto que su constitución representa en las facultades dominicales, o en su equivalente económico, y la que busca la unidad del concepto en la idea de relación jurídica de garantía.

Tras una exposición de aquellas concepciones y de su relación con las de la hipoteca, concluye que si hoy se admite comúnmente que no hay propiedad, sino propiedades, también cabe afirmar que no hay hipoteca, sino hipotecas. Por eso, las hipotecas especiales cada vez tienen mayor profusión, dependiendo su régimen jurídico de la finalidad del crédito y de la específica naturaleza del objeto sobre que se imponen.

Analiza a continuación la eficacia de la hipoteca en la fase de seguridad, poniendo de relieve cómo se trata de un poder inmediato del acreedor hipotecario que tiene contenido actual, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, y que se exterioriza con particular vigor mediante la inscripción "La cosa hipotecada, por la sujeción de la garantía, entra de alguna manera a formar parte del patrimonio del acreedor, dentro de cuyo patrimonio es un bien o un interés protegido y protegible. Por eso la transgresión de la garantía constituye un daño en el patrimonio del acreedor", como lo demuestra la acción de devastación.

No supone la hipoteca indisponibilidad absoluta del inmueble: "es más exacto entender que la hipoteca da lugar a efectivas restricciones de la facultad dispositiva en la medida en que la concurrencia en una misma cosa de dos derechos impone a sus titulares limitaciones recíprocas en atención a su aprovechamiento como propiedad y como garantía; el respeto a la integridad de la garantía es, en efecto, un límite a la disponibilidad". Fuera de ello los actos de disposición no son nulos o anulables. En definitiva, la hipoteca incide en la relación de pertenencia del propietario, alterándola: "concreta y delimita el ámbito jurídico correspondiente a los derechos de propiedad y de garantía concurrentes ambos en una misma cosa. Significa más bien una delimitación que una limitación de las facultades inherentes al dominio".

Especial interés ofrece la hipoteca como dato para valorar la distinción entre los derechos reales y de crédito, tema al que dedica el autor el capítulo cuarto de su obra. Para él, "parece más fructífero captar directamente la realidad que analizarla cuando está ya formando parte de los conceptos. De otro modo puede olvidarse que la realidad conceptual es realidad abstracta, mientras que la realidad que contempla el jurista es una parte de la vida social"; en ese plano entiende indispensable distinguir entre el derecho subjetivo y la relación jurídica; es precisamente la identificación de ambos conceptos el fallo, lo mismo de la teoría clásica o dualista que de la obligacionista. "Se identifican derecho y relación en el momento en que se considera que la relación es el vínculo que enlaza un deber y un poder correlativos. En definitiva, supone olvidar que una norma jurídica, en expresión de Federico DE CASTRO, puede crear una comunidad de deberes o una conjunción de derechos en que las facultades o limitaciones no son correlativas, sino derivadas directamente de la regla que las organiza".

"Efectivamente, el contenido de la relación jurídica no tiene que ser exclusivamente un poder y un deber correlativos". "Así se explica cómo la

obligación impuesta a un sujeto no puede configurarse en base a su correspondencia con la pretensión de otro sujeto."

En esta línea, caracteriza a la hipoteca como "una relación de garantía que sujeta directamente la finca sobre la que se impone, abarcándola en toda su dimensión; es una relación derivada que se inserta a su vez en la relación jurídica de la cual la cosa constituye el objeto (de propiedad, usufructuaria, etcétera.); por estar al servicio de un crédito al que garantiza, es subordinada; y, finalmente, forma parte de las relaciones jurídicas de tráfico".

Estudiado, particularmente en el capítulo 1.º, el concepto de *valor*, que las teorías valoristas presentan como contrario a *substancia*, el autor vuelve sobre el tema al estudiar, en el 5.º, la autonomía de la voluntad en la determinación del objeto de la hipoteca. Para él, "en definitiva, la sujeción de la finca objeto de hipoteca implica al mismo tiempo la sujeción tanto de la materia como de la forma, pues ambas condicionan su valor". Y como ejemplos demostrativos de que la hipoteca afecta tanto al valor económico como al valor jurídico, que están en la realidad tan entremezclados, estudia la hipoteca del derecho de usufructo, la de la nuda propiedad y la de la superficie, haciendo alusión a los supuestos de hipoteca del Derecho de retracto. El final de este capítulo se dedica ya a la investigación de diversos problemas legales: la autonomía de la voluntad en relación a la unidad orgánica de la explotación, la extensión de la hipoteca a la maquinaria industrial, la cuestión de las edificaciones; la de las modificaciones de cabida, el análisis de la expresión "quebranto" y "deterioro" en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil.

Tras un capítulo sobre la hipoteca como relación jurídica de carácter patrimonial, en el que aborda el tema del objeto de la hipoteca como patrimonio separado (condición que, acertadamente, según creo, le niega), dedica DORAL los tres últimos a problemas específicos de la regulación legal de la fase de seguridad. Uno, a la conservación de la cosa hipotecada, con un análisis detenido de la acción de devastación en el Derecho comparado y en el Derecho positivo español, trayendo a colación, al comentar el artículo 219 del Reglamento hipotecario, el problema de la eficacia de la hipoteca frente a un arrendamiento notoriamente gravoso; otro, dedicado al mismo problema, tratándose arrendamientos concertados luego de constituida la hipoteca, sin que sean notoriamente gravosos, estudiándose sucesivamente los arrendamientos ordinarios, los arrendamientos urbanos y los de fincas rústicas: en principio, el autor se inclina por la resolución del arrendamiento al producirse la ejecución hipotecaria. El último capítulo versa sobre la indivisibilidad de la hipoteca como medida conservativa, y su funcionamiento en la fase de seguridad.

Nos hallamos ante una obra importante, lo mismo para la teoría general de los derechos reales que para el estudio de la hipoteca. Objeto ésta, entre nosotros, de multitud de artículos de revista abordando el tema de su naturaleza o puntos concretos de exégesis legal, no había más recopilación con altura monográfica que el tomo cuarto del ROCA SASTRE. La aportación del DORAL, abordando una parte orgánica del instituto, con método, documentación abundante y excelente criterio, es utilísima y necesaria. Pero seguramente

lo más interesante de este libro es su engarce con las teorías generales y la forma en que el autor ha sabido no sólo servirse de ellas para situar y caracterizar el instituto hipotecario, sino a su luz, y partiendo de unos principios realistas, mostrarnos aspectos inéditos (críticos o constructivos) en los temas generales del Derecho patrimonial.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

LASERRA, G.: «La responsabilidad patrimonial». Napoli, 1966. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Un volumen de X + 375 páginas.

El Código civil italiano dedica todo un título (el tercero del libro sexto) a la responsabilidad patrimonial, y la doctrina ha desenvuelto una amplísima literatura con las posiciones interpretativas más diversas. Entre las múltiples cuestiones que se discuten están las referentes a si la responsabilidad supone o no un derecho, si tiene naturaleza obligatoria o real, si está o no dentro de las obligaciones tuteladas, si implica o no ejecución forzosa, si está incluida o no dentro de las posiciones subjetivas procesales o si es de naturaleza sustantiva o procesal. Hasta se ha puesto en duda su misma existencia como relación jurídica en vista de que la obligación, de una parte, y la obligación forzosa, de otra, desdibujan sus confines precisos, considerándola sin personalidad propia como un *tertium quid* intercalado entre ellas.

De frente a todas estas tesis, el autor llega a la conclusión de que la responsabilidad patrimonial existe como relación jurídica y se articula en sus dos momentos de planteamiento y actualización, sin necesidad de una individualización, como han creído la mayor parte de los autores en razón de cada una de las obligaciones tuteladas (una responsabilidad patrimonial por cada obligación tutelada, objetivada sobre todos los objetos responsables), sino considerando como única la responsabilidad patrimonial respecto a todos los acreedores tutelados y a cualquier título de tutela, individualizándola en razón del objeto responsable (una responsabilidad patrimonial por cada objeto responsable, al servicio de todos los acreedores tutelados y de cualquier título de tutela).

Esta posición unitaria de la responsabilidad hace que LASERRA defienda el concurso de acreedores como cotitularidad de una misma y única relación de responsabilidad patrimonial, reduciendo la diferencia entre la universalidad del artículo 2.740 del Código civil italiano (responsabilidad patrimonial del deudor) y la localización de las varias responsabilidades patrimoniales el no deudor por la sola diferencia de sus títulos, con diferenciación secundaria del régimen, inherente a la unidad de la responsabilidad patrimonial que grava el mismo objeto.

En definitiva, este autor trata de ofrecer una posición unitaria de la responsabilidad patrimonial en cuanto contribución al orden jurídico a fin de resolver ciertas cuestiones hasta ahora por contestar, como la del objeto responsable en la mora desde el momento de su constitución hasta el de su actuación, la que se refiere a cuál es el objeto y cuál el contenido de la ejecución forzosa mediante la protección del valor pecuniario de las obliga-

ciones y cuáles son los sujetos activo y pasivo en la relación incidental sobre el objeto responsable.

La concepción sistemática de la obra está concebida en tres capítulos, referentes al estudio del contenido, la estructura y la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial. Su premeditada posición teórica le lleva a practicar una jurisprudencia de intereses, con tendencia a considerar el empirismo de las relaciones jurídicas en donde la responsabilidad patrimonial aparece.

Un completo índice bibliográfico y otro de materias muestran la riqueza de material aportado y de las cuestiones particulares tratadas.

J. BONET CORREA

«Le statut juridique de l'enfant naturel». Travaux de la première Journée d'études juridiques Jean Dabin. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, n.º 1. BRUXELLES, 1965. 169 páginas.

Sabido es que uno de los temas que actualmente se someten a revisión en diversos países europeos es la situación jurídica de los hijos naturales; en Italia, en Alemania, en Francia se han celebrado Congresos y Jornadas de Estudios con vistas a mejorar la situación de los hijos ilegítimos en el orden civil. La cuestión fue igualmente discutida en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, de Uppsala, celebrado en agosto de 1966, y aunque allí se pudo constatar fuerte resistencia a la total equiparación entre hijos legítimos e ilegítimos, tal como, por ejemplo, la establecen las legislaciones de los países comunistas, sin embargo, fue también general el deseo de aliviar y mejorar su *status*; para ello, desde el punto de vista jusnaturalista, no faltan estímulos en la Constitución *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II.

Bélgica en este punto ha modificado en escasa medida las normas del Código de Napoleón, y no ha seguido en este punto a Francia en alguna de sus últimas reformas; en su conjunto, teniendo en cuenta la legislación civil y penal y del Registro Civil, bien puede afirmarse que la situación de los hijos ilegítimos en aquel país es más desfavorable que en la legislación española.

Con el presente volumen se inaugura la serie de publicaciones de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina. Se contienen en él cuatro ponencias debidas a los profesores Rigaux, J. Savatier, Gevers y Graulich, en las que se expone la evolución de la legislación belga de 1803 a 1958, la evolución de la condición jurídica de los hijos naturales en Francia, la evolución en el Derecho alemán y un juicio valorativo sobre la legislación belga. Corresponidió al ilustre profesor, ya jubilado, Jean Dabin hacer el resumen general. Las posiciones son más bien moderadas y afectan sobre todo a detalles de la regulación actual. No obstante, la obra ofrece una interesante información doctrinal y legislativa, pues en apéndice se insertan los textos de las leyes que han modificado el Code, así como la Convención del 12 de septiembre de 1962 firmado por varios países del Consejo de Europa, y todavía en curso de ratificación.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

REVISTAS

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio
Manuel Morales Moreno

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús: *Notas para un estudio del Derecho como unidad esencial*, RCDI, núm. 459, marzo-abril de 1967; págs. 325-359.

Con instrumental filosófico tradicional se abordan en este trabajo las cuestiones metodológicas (de la ciencia jurídica) y ontológicas (del ser del Derecho), buscando justificación a la tesis de la unidad esencial del Derecho, que se opone a las corrientes perspectivistas, las cuales separan las dimensiones valorativa, normativa y sociológica del orden jurídico.

CARIOTA FERRARA, L.: *Vetera et nova nella dottrina giuridica*, RDDC, año XII, núm. 4, julio-agosto 1966; págs. 349-363.

Tras el examen del problema general del dogmatismo jurídico, pasa el autor, en este discurso inaugural de la Escuela de perfeccionamiento en Derecho civil, de Nápoles, a tomar el pulso a la doctrina jurídica italiana, destacando las oscilaciones de ésta en los temas: negocio jurídico, propiedad, poder jurídico, acción.

HORN, Norbert: *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, NJW, 1967; v. 14, páginas 601-608.

Este trabajo estudia sucesivamente la tópica como tipo fundamental del pensamiento jurídico, la tópica como método de las ciencias humanas, los caracteres tópicos de la argumentación jurídica y la unidad de la ciencia jurídica y de la estructura tópica de la ley y la dogmática en relación con la seguridad jurídica.

MARTÍN OVIEDO, José María: *El acto en fraude de la Ley como especie del acto contrario a la Ley*, RDP, abril 1967, págs. 304-315.

El artículo 4.º del Código Civil configura el género más amplio en materia de actos no ajustados a Derecho, género al que cabe llamar "acto contrario a la ley", del cual sería especie el fraude a la ley. La Ley General Tributaria, por su parte, que no habla de fraudes fiscales, admite la prescripción de las infracciones fiscales, prescripción que hay que interpretar excluida del ámbito del

artículo 4.º del Código Civil. La forma de mantener vigente y aplicable esta norma de alcance más general en el terreno fiscal consiste en entender la disposición de la Ley General Tributaria como aplicable solamente a las infracciones contenidas en la propia Ley, no a otras infracciones fiscales especiales, lo que de paso coloca al llamado "fraude fiscal" como el género de otras infracciones fiscales.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Limitaciones del Derecho: las antinomias jurídicas*, RDP, junio de 1967, págs. 489-511.

La aplicación práctica del Derecho nos pone en contacto con una serie de antinomias, diversas de las que sólo aparentemente son designadas con ese nombre, ya que estas últimas son reconducibles a una solución por obra de las reglas de hermenéutica consagradas por las leyes y la práctica. Mas en la verdadera antinomia se percibe el dramatismo y grandeza, la "limitación" inherente al sistema jurídico, desprovisto frecuentemente del necesario contacto con la realidad vital.

En este trabajo se recogen algunos supuestos, arrancados de la realidad, en los que aparecen antinomias jurídicas, y cuyos temas son los siguientes: régimen de uso y ocupación de viviendas de protección oficial (examen del Decreto 1.443/65, de 3 de junio); pruralidad de vecindades civiles; el régimen económico matrimonial y la vecindad civil; los derechos testamentarios y la relevancia de la vecindad civil, y problemas relativos a la preterición en testamento.

2. Derecho de la persona

ARZT, Gunther: *Einwilligung zur Heilbehandlung untergebrachter Kranker?*, NJW, 1967; v. 15, págs. 668-671.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el autor se ocupa de la obligación existente para el médico de contar con la información y consentimiento del enfermo y de sus familiares en el tratamiento de aquél.

HAUEISEN, Fritz: *Schutz Geschäftsunfähiger vor Fristversäumnis im. Recht der Leitungsverwaltung*, NJW, 1967; v. 6, págs. 235-238.

Este artículo aboga por la aplicación del artículo 206 del BGB a los casos de pretensiones jurídico-públicas, protegiendo así a los incapaces que no cuentan con un representante legal de los plazos de caducidad correspondientes a aquéllas.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La culpa en Derecho civil. (Ampliación actual de su concepto)*, RDP, julio-agosto de 1967, págs. 614-640.

La doctrina e investigación sobre la "culpa", importante de suyo en todo momento, se ha visto agigantada en nuestro mundo contemporáneo por la presencia de módulos objetivos de conducta y valoración y por la creciente responsabilidad social que la técnica va decantando en los comportamientos humanos.

Así aparecen nuevos conceptos técnicos no siempre fácilmente identificables en el contexto del esquema clásico de la culpa, como son culpa social, culpa sin culpabilidad, etc.

El trabajo recoge no sólo las dimensiones tradicionales, objetiva y subjetiva, de la culpa, así como las teorías explicativas más conocidas (psicológica, normativa), sino el tratamiento jurídico de la culpa en nuestros textos legislativos más recientes, cual es, sobre todo, la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y las modernas orientaciones de la jurisprudencia en orden a la caracterización de la culpa civil y su diferenciación de la penal.

TUCCI, Giuseppe: *La resarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto civile*, RDDC, año XIII, mayo-junio 1967; págs. 229-268.

En contraste con el Derecho civil, el Derecho administrativo ha tratado más ampliamente el problema de la responsabilidad de la Administración por actos legítimos. Los casos de actos lícitos, pero dañosos, son, sin embargo, abundantes en Derecho civil: inobservancia de la promesa de matrimonio, revocación de la propuesta contractual, retirada del comercio de la obra de ingenio por su autor, y otros más que se analizan. Tras destacar las insuficiencias de la doctrina tradicional de la responsabilidad civil, el autor dedica la última parte del trabajo a resaltar los fundamentos y límites de la responsabilidad por actos lícitos dañosos.

3. Derechos reales

DELLIAN, Ed.: *Gewässereigentum und Gewässerbenutzung*, NJW, 1967; v. 12-13, págs. 520-524.

La propiedad privada de las aguas ha venido a ser limitada por una Ley de 27-7-1957, que condiciona su explotación de modo general al consentimiento de las autoridades. Los dos límites impuestos prohíben el uso contrario al bienestar de la comunidad, así como aquel que afecte a los derechos o intereses jurídicamente protegidos de terceros. Sin embargo, este último principio admite excepciones mediante la autorización correspondiente.

GIORGIANNI, Micheli: *Los Derechos Reales* (traducción de Luis Díez Picazo), RCDI, núm. 458, enero-febrero de 1967; págs. 9-29.

De nuevo el problema teórico de determinación de un criterio con validez general para designar y caracterizar las dos categorías de derechos reales y derechos de crédito, en que suelen descomponerse los llamados derechos patrimoniales, así como la indagación de, en vista del criterio adoptado, cuáles son reales y cuáles de crédito. Entre los derechos con mayor problemática, en orden a esta determinación, han de contarse los derechos de garantía y las servidumbres negativas. Se abordan también las llamadas "obligaciones propter rem" y las incertidumbres teóricas que plantean. Contiene bibliografía.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier: *Propiedad y contratación forestales en Derecho civil*, RDP, abril de 1967; págs. 277-303.

La doctrina moderna asume cada vez con mayores consecuencias la idea de que, en el derecho de propiedad, "las particularidades del objeto reclaman construcciones jurídicas peculiares". En el caso de la propiedad forestal, la particularidad más relevante consiste en "versar sobre un objeto dominical cuya entidad física es capaz de crecimiento". La productividad del bosque maderable debe ser cantada en el tratamiento metodológico de la cosa misma, productividad en razón de una actividad técnica de explotación lo que hace insuficiente la mera consideración de fruto al rendimiento forestal. En este contexto se examinan los antecedentes históricos de la propiedad privada de los bosques; su entidad real, su consideración estructural y funcional, así como la problemática jurídica de la contratación de aprovechamientos forestales, incluyendo cuestiones posesorias y de arrendamientos.

WOLF, Manfred: *Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem*, ACP, 1966, págs. 188-228.

El autor estudia en capítulos sucesivos las relaciones existentes entre la pretensión del poseedor con respecto a la indemnización de los gastos realizados sobre la cosa nacida de enriquecimiento injusto, las derivadas de la extinción de un contrato y de la gestión de negocios y, finalmente, la existente contra un tercero distinto del dueño de la cosa en base a una prestación contractual realizada sobre la misma.

4. Obligaciones y contratos

BÖHMER, Emil: *Ist die Kraftwagenreparaturwerkstätte Erfüllungsgehilfin des Geschädigten i.S. des 278 BGB?*, NJW, 1967; v. 1-2, págs. 21-22.

Normalmente, en los accidentes de tráfico, la parte inocente entrega su coche a un taller y exige después el importe correspondiente a los daños sufridos a la parte culpable. Se trata de saber si serán imputables a esta pretensión de indemnización los daños nacidos como consecuencia del retraso moroso del taller en la realización de la reparación.

DONALDSON, David T.: *Zum Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes*, ACP, 1966; págs. 462-480.

El autor realiza una serie de consideraciones en torno a la regulación de la indemnización por daño personal en el Derecho alemán con referencias al Derecho inglés, en el que a la importancia de esta figura se une el haber logrado la jurisprudencia una regulación bastante homogénea, que es garantía de seguridad jurídica, en cuanto permite prever los casos en que se incurre en este tipo de indemnización, así como su cuantía.

GENOVESE, A.: *Le formalità dell'accettazione stabilite dal proponente*, RDDC, año XII, núm. 4, julio-agosto 1966; págs. 364-371.

Tras el análisis de la cuestión concluye el autor que se puede aceptar el sistema vigente, según el cual la aceptación formalmente imperfecta vale como nueva propuesta, o modificar el Código con extensión de la regla prevista en el artículo 1.326, 3.º para la aceptación tardía, que impone la carga del aviso "inmediato". No es posible un tercer criterio, por el que el oferente pueda querer o no querer a su gusto, sin ninguna consecuencia para él, y sin la observancia de una carga de respeto.

HELM, Johann Georg: *Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen*, ACP, 1966; págs. 389-408.

Se trata de un estudio comparativo entre el desarrollo que la jurisprudencia ha dado al artículo 831 del BGB (responsabilidad por los actos de los auxiliares) y el proyecto de reforma existente sobre el mismo precepto. La primera ha orientado la interpretación de la norma hacia la configuración de una responsabilidad empresarial, mientras que el proyecto del Ministerio de Justicia tiende a desligar por completo la responsabilidad del titular del negocio de la existencia de alguna culpa por su parte, basándola exclusivamente en la culpa del auxiliar. El autor considera que la reforma no es necesaria de inmediato y que sería aconsejable esperar a que se configurasen los modernos principios de la responsabilidad contractual.

HERPERS, Hans Heinz: *Über den Nachteil des Gläubigers bei der Legalzession*, ACP, 1966; págs. 454-461.

El BGB determina en múltiples normas la cesión legal del crédito al tercero que satisface al acreedor. Esta suele ir acompañada de una limitación, según la cual dicha cesión no puede redundar en perjuicio del que hasta ese momento era acreedor. El artículo se ocupa principalmente de determinar cuándo se puede hablar del perjuicio señalado en base al ejercicio del crédito por el nuevo acreedor.

MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES, Juan: *Aspectos procesales de los conflictos colectivos*, RDP, julio-agosto de 1967; págs. 603-613.

Extendida recientemente la competencia de las Magistraturas de Trabajo al conocimiento y resolución de los conflictos colectivos, ofrece interés examinar las peculiaridades procesales en orden a su tramitación, preparación, resolución y recursos, así como de las atribuciones que otro tipo de autoridades (p. e. gubernativas) tiene en aspectos marginales de este tipo de conflictos.

SCHMIDT-SALZER, Joachim: *Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge*, NJW, 1967; v. 9, págs. 373-377.

La literatura jurídica considera normalmente que los contratos perfeccionados mediante formularios no se ven sometidos a los principios jurídicos contruidos por la jurisprudencia en torno a las cláusulas generales de contratación. Pero, para solucionar este problema, hay que saber previamente a qué razones responden aquellos principios. Estos nacen del hecho de que el cliente se ve obligado a aceptar globalmente un conjunto de condiciones. Por ello, parece lógico aplicar tales principios siempre que se concluya un contrato con formularios previamente impresos.

SATTLER, Gerhard: *Schrecksekunde und zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, NJW, 1967; v. 10, págs. 422-424.

Se trata de saber si el concepto civil de negligencia es o no aplicable a las actuaciones defectuosas provocadas por un susto momentáneo. Ello implica también la determinación de aquellos caracteres del concepto de negligencia que faltan en tales casos.

SOTO BISQUERT, Antonio: *La donación con cláusula de reversión en el Código Civil*, RCDI, núm. 459, marzo-abril de 1967, págs. 359-417.

Se configura esta donación como un negocio jurídico inter vivos y único. De esta consideración se deriva una doble consecuencia en el régimen jurídico aplicable: interpretación restrictiva de la remisión al derecho sucesorio que prescribe el artículo 641 del Código Civil (el cual establece esta forma de donación con cláusula de reversión en favor de terceros), por una parte, e irrelevancia de la muerte del donante respecto de esta regulación.

WOLF, Manfred: *Der Ersatzberechtigte bei Tatbeständen sittenwidriger Schädigung*, NJW, 1967; v. 16, págs. 709-712.

En los casos de daños a terceros causados mediante una actuación contraria a las buenas costumbres (arts. 826 del BGB y 1.º de la Ley sobre Competencia Desleal), no pueden exigir indemnización todos los afectados, sino sólo aquellos en los que coincide la circunstancia de que, de las causas que determinan el carácter del acto como contrario a las buenas costumbres, se puede deducir que la prohibición tenía precisamente a evitar el daño sufrido.

ZEISS, Walter: *Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten*, NJW, 1967; v. 16, págs. 703-709.

El autor atiende a la cuestión de si es posible exigir una indemnización en base a los daños sufridos como consecuencia de un proceso, al margen de la pretensión nacida de las costas procesales.

ZANARONE, Giuseppe: *L'estinzione del mandato per il fallimento del mandante: ragione e limite di una norma*, RDDC, año XIII, núm. 3, mayo-junio 1967; págs. 269-298.

El artículo 78 de la Ley de Quiebras dispone que el mandato se extingue porque una de las partes incida en esta situación. Tras una serie de motivaciones, el autor propone otra formulación para resolver la cuestión que se plantea en el título del trabajo: "El mandato conferido también en interés del mandatario o de terceros no se extingue por la muerte, por la incapacidad sobrevenida o por la quiebra del mandante".

5. Derecho de familia

GRASNICK, Maria: *Das Problem der Brautkinder bei der Reform des Unehe-lichenrechts*, NJW, 1967, v. 8, págs. 329-333.

Existe un movimiento contrario a aceptar que todos los hijos ilegítimos reciban el mismo tratamiento jurídico. El presente artículo trata de los hijos nacidos como consecuencia de relaciones prematrimoniales. Un Proyecto de Ley otorga a éstos la posibilidad de una declaración de legitimidad una vez muerto uno de los padres. ¿Esta posibilidad es oportuna? ¿Resulta un trato de favor excesivo o, por el contrario, demasiado limitado frente a propuestas como las realizadas por Boehmer en este sentido?

MILLAUER, Horst: *Zur Bemessung des Frauen-Unterhalts*, NJW, 1967; v. 23, págs. 1061-1065.

El autor estudia la cuantía de los alimentos que corresponden a la mujer en el caso de separación desde el punto de vista de la conveniencia de fijar unos criterios objetivos que, sin olvidar las particularidades de cada caso, permitan un tratamiento unitario y eviten, a un tiempo, muchos de los procesos que se producen al respecto.

SOTO BISQUERT, Antonio: *La publicidad del régimen matrimonial de bienes*, RDP, junio de 1967; págs. 511-536.

Estudio comparativo de la situación legal en esta materia antes y después de la nueva legislación del Registro Civil, con examen de los requisitos y, en especial, del alcance y valor de la "indicación" registral sobre régimen económico de la sociedad conyugal, en contraste con las opiniones de otros comentaristas.

6. Derecho de sucesiones

BÖRNER, Bodo: *Die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft*, ACP, 1966; págs. 426-453.

En la sociedad de responsabilidad colectiva puede preverse el paso automático de la participación a los herederos del socio. Esta "cláusula sucesoria" puede

ser simple, en cuyo caso dicha participación se cede a todos los herederos, o cualificada, cuando pasa sólo a un heredero determinado. El autor mantiene, frente a la doctrina dominante, que la cláusula sucesoria simple no da lugar a un reparto de la participación en la sociedad entre todos los herederos, sino que, por el contrario, da lugar a una titularidad de la condición de socio por parte de la comunidad de herederos. La solución contraria conduciría a resultados insostenibles en cuanto a la responsabilidad de los herederos frente a las deudas sucesorias que no fuesen a un tiempo deudas sociales.

BRÄCKLEIN, Jürgen: *Wann ist ein Nachlass geteilt?*, NJW, 1967; v. 10, páginas 431-432.

Según el autor, se puede considerar dividido el caudal relicto desde el momento en que una parte tan cuantiosa del mismo haya pasado al patrimonio de uno de los herederos, que la comunidad de éstos aparezca claramente disuelta en sus partes integrantes y cuando todos los herederos tuviesen al menos conciencia de que la parte ejecutada de la división daba lugar a la división del caudal y a la disolución de la comunidad.

DÜRZ, Wilhelm: *Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB bei Erbauseinandersetzungen*, NJW, 1967; v. 24, págs. 1105-1111.

El autor se ocupa de la posibilidad de ejercer el derecho de retención en los casos de liquidación de la herencia; esto es, cuando un acreedor del caudal relicto o un coheredero es al mismo tiempo deudor de aquél. Frente a la actitud reticente de la jurisprudencia y de la doctrina, se admite la aplicación del artículo 273, párrafo 1, donde queda regulado tal derecho.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio: *Apuntes en tema de enajenación de herencia*, RDP, mayo de 1967; págs. 383-403.

El estudio se ciñe a la posibilidad y modo de transmisión de la herencia a través del contrato traslativo por antonomasia, cual es la compraventa. No es, por cierto, enajenable la condición personal de heredero, pero nada impide la configuración de la transmisión de la herencia, "per universitatem", si bien, cuanto al modo, habrán de respetarse las características técnicas de transmisión exigidas por la índole jurídica de los diversos componentes de la masa hereditaria (así, endosos, etc.).

Completan el trabajo indicaciones sobre los aspectos notariales de la transmisión de la herencia.

II. DERECHO HIPOTECARIO

CRISTÓBAL MONTES, Angel: *Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano*, RCDI, núm. 458, enero-febrero 1967, págs. 29-53.

El Ordenamiento venezolano se asimila a los de tradición franco-italiana en cuanto al régimen de transmisión y adquisición de la propiedad y demás dere-

chos reales, pues, en efecto, aquélla se produce por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, sin necesidad de complemento jurídico de ninguna clase (modo, tradición, inscripción, etc.).

Sobre esta base, se examinan a continuación los problemas que suscita el artículo 1.924 del Código Civil venezolano, que dispone: "Los documentos, actos y sentencias que la ley sujeta a las formalidades del Registro (arts. 1.920, 1.921 y 1.922), y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra tercero que, por cualquier título, haya adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble".

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciante y sociedades

COLUSSI, Vittorio: *Problemi delle obbligazioni convertibili in azioni*, RDDC, año XIII, núm. 1, enero-febrero 1967; págs. 42-91.

Partiendo el autor de la premisa de que las obligaciones convertibles son, ante todo, obligaciones, estudia su naturaleza jurídica y los problemas que las mismas suscitan en relación con la disciplina de la sociedad anónima. Entre otros: el acuerdo de emisión de obligaciones convertibles aumenta implícitamente el capital de las sociedades; condiciones para la emisión; inexistencia de un derecho de opción *ex lege* de los accionistas sobre tales obligaciones; ejecución del acuerdo de emisión; circulación; tutela del derecho a la conversión; extinción de la sociedad.

ECKARDT, Ulrich: *Satzungsänderungen auf Grund des neuen Aktiengesetzes*, NJW, 1967; v. 9, págs. 369-372.

Con motivo de la entrada en vigor el 1-1-1966 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, muchas de éstas han cambiado sus estatutos. Algunas, obligadas, al contener aquéllos cláusulas contrarias a la nueva legislación; otras, haciendo uso de las nuevas facultades que se ofrecen. El trabajo trata de la validez de algunas cláusulas estatutarias sobre las que existen dudas en la doctrina.

MÖHRING, Philipp: *Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz*, NJW, 1967; v. 1-2, págs. 1-10.

Una visión de conjunto sobre la regulación ofrecida a las uniones de Empresas en la nueva Ley de Sociedades Anónimas, estudiando especialmente el poder de dirección y la responsabilidad en dichas uniones y las figuras de las sociedades incorporadas y de las Empresas con participaciones recíprocas.

SIMONETTO, Ernesto: *Partecipazioni in altre società e partecipazioni reciproche art. 465 Progetto di riforma della società commerciali*, RDC, año XIII, núm. 1, enero-febrero 1967; págs. 24-41.

Se consagra el trabajo a descubrir el significado de los artículos 4 y 5 del título primero del proyecto de reforma de las sociedades comerciales, dedicadas

a las *participaciones en otras sociedades y participaciones recíprocas*. Estos artículos han de sustituir al 2.357 y 2.359 del C. 42.

3. Cosas

CID LÓPEZ, Manuel: *Naturaleza jurídica del llamado endoso en las certificaciones por obras ejecutadas a la Administración*, RDP, mayo 1967; págs. 403-411.

Pese a la denominación legal de “endoso” por diversas normas concernientes al sistema de transmisión de las certificaciones de obras ejecutadas a la Administración, no se trata de un endoso en sentido técnico, ni, por lo tanto, le son aplicables las normas ni los criterios de interpretación propios de este instrumento jurídico. Tampoco cabe hablar de cesión de crédito ni de subrogación, pues cuentan las condiciones personalísimas del acreedor de modo decisivo, por lo que hay que configurarlo como un simple apoderamiento para la cobranza.

4. Obligaciones y contratos

BARREIRO MOURENZA, Dositeo: *El ejercicio de la acción directa contra el asegurador obligatorio de la responsabilidad civil automovilística después de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal*, RDP, julio-agosto 1967; págs. 641-649.

El propósito de celeridad y eficacia en cuanto a la indemnización por daños personales que animaba a la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962, había quedado un tanto desdibujado por la práctica y por obra del Reglamento que regulaba el Seguro obligatorio. Tras la Ley 3/1967, de 8 de abril, se tiende a remediar esto, aun subordinando a la conclusión del proceso penal correspondiente la dilucidación plena de las responsabilidades civiles, mediante la creación del título ejecutivo por parte del juez penal, pues tal carácter tiene el auto determinando la cuantía máxima de la indemnización.

6. Derecho de quiebra

PORZIO, Mario: *La sede principale dell'impresa come criterio di competenza territoriale per las dechiarazione de fallimento*, RDDC, año XIII, núm. 1, enero-febrero 1967; págs. 1-23.

El artículo 9 de la *Legge fallimentare* atribuye la competencia territorial para la declaración de quiebra al “Tribunal del Lugar donde el empresario tiene la sede principal de la Empresa”. Este criterio sustituye al del artículo 685 del Código de Comercio, que atribuía la citada competencia al tribunal correspondiente al establecimiento principal del comerciante. Un interesante problema suscita esta nueva regulación: cuando varias Empresas pertenecientes a un mismo sujeto se encuentren localizadas en puntos diferentes y sometidas a competencias jurisdiccionales distintas.

Todo parece indicar, a juicio del autor, que el legislador no ha tomado en consideración este supuesto. Que el artículo 9 se refiere únicamente a la hipótesis de un sujeto titular de una sola Empresa. De las soluciones aplicables se rechaza la de la pluralidad de procesos relativos a un mismo sujeto, porque lo impide el principio de unidad y universalidad objetiva, base de la disciplina concursal. El principio de prevención, entendido como medio de evitar que el juez realice más de una vez una idéntica prestación jurisdiccional, se justifica de aplicación en este caso. La sede principal de la Empresa que determinará la competencia, es el centro directivo de la misma; el lugar donde radica su alta dirección.

El autor termina con un examen de la jurisprudencia sobre la materia.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift 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 Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (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 Generales delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias 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 da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue 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.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (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 Público (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 Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1.—*La expresión “cuotas de comunidad o de participación atribuidas a cada uno de los locales en que se ha dividido la finca, con la naturaleza, el contenido y a los efectos de la Ley de 21 de julio de 1960” es ajustada a lo ordenado en el artículo tercero, b) de dicha Ley.*

Cuando en un edificio, en el que se va a establecer el régimen de propiedad horizontal hay varios pisos idénticos, cabe describir uno sólo como tipo, con todos los requisitos legales, y los restantes mediante una simple referencia, con objeto de evitar repeticiones inútiles.

A) La primera cuestión fue ya objeto de debate y resuelta por las Resoluciones de 7 de junio de 1963 y 23 de julio de 1966, en la última de las cuales se declaró que al haberse indicado expresamente en la escritura que la cuota en los elementos comunes “se fijaba a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo cuarto del artículo 8 de la Ley Hipotecaria”—y referirse este último precepto a la cuota “en relación con el inmueble”—, quedaba fuera de toda duda cuál fue la intención de los otorgantes, y que el pretendido defecto se reducía a no haberse ajustado el fedatario a los términos literales del precepto legal, pero sí a su recto sentido, criterio que debe aplicarse al presente caso, en donde la cláusula discutida, correctamente entendida a través de una interpretación lógica, lleva a la conclusión de que las cuotas centesimales establecidas en cada local, señaladas “a efectos de la Ley de 21 de julio de 1960”, se refieren indistintamente a la participación de los propietarios en beneficios y cargas, en el total valor del inmueble y en los elementos comunes, si otra cosa no se dice en la escritura.

B) En cuanto al segundo defecto, que según lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, los títulos inscribibles habrán de consignar la descripción de los inmuebles a que los mismos se refieran, al objeto de que los Registradores puedan llevar a cabo la identificación de las fincas—exigencia primordial de nuestro sistema hipotecario—y sin que normalmente su omisión pueda suplirse por la referencia a otros documentos, conforme reiteradamente tiene declarado este Centro, y también porque así los terceros pueden, sin tener que recurrir a otros medios, conocer con exactitud todo lo relativo a su descripción y demás circunstancias físicas o materiales.

No obstante, ya desde antiguo se vino reconociendo, para evitar repeticiones innecesarias, la posibilidad de que, siempre que no se entorpeciera la labor de los encargados del Registro no se dificultase el conocimiento de la

situación para todos los interesados—en relación a las particiones de herencia, permutas, divisiones de cosa común y otros supuestos análogos (art. 237 del Reglamento Notarial)—, los Notarios podrían expedir copias parciales en las que se insertase todo el contenido del documento, con excepción de la parte o partes del mismo que hagan relación a la descripción de los bienes adjudicados o adquiridos por otros interesados, y de ahí la misma práctica en las escrituras matrices relativas a la división de operaciones particionales de describir los inmuebles de la herencia sólo en el cuerpo del inventario y hacerlo por referencia en la parte relativa a las adjudicaciones a los herederos, sin que ello suponga una vulneración de lo preceptuado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ya que las fincas aparecen claramente descritas y delimitadas.

Los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, ya citados, exigen que las inscripciones en el Registro expresen determinadas circunstancias, y el artículo 172 del Reglamento Notarial dispone que la descripción de los inmuebles en los documentos sujetos a Registro se haga expresando con la mayor claridad posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o convenientes para realizar la inscripción, sin que esto último implique que la descripción de cada finca deba repetir datos que consten ya en la de las otras, pues lo único necesario es que en el título se contengan todos los elementos necesarios para la inscripción, pero no en determinado orden o repitiéndolos tantas veces cuantas sean las inscripciones a practicar en el Registro.

El presente caso—división de una casa en régimen de propiedad horizontal— tiene evidente analogía con los supuestos enumerados en el mencionado artículo 237 del Reglamento Notarial para la expedición de copias parciales, y de otra parte, por la fórmula adoptada en la escritura de advertir previamente que las viviendas formadas como fincas independientes, consecuencia de la división horizontal practicada, son exactamente iguales y del mismo tipo y características que la descrita, sin más diferencia que la planta a que pertenecen, aparecen no sólo cumplidas las exigencias de los artículos 8, 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 5 de la de Propiedad Horizontal, sino que la concisión y sencillez con que se han plasmado en el título permiten lograr una mayor claridad que beneficia la rapidez en el despacho y la facilidad de comprensión del documento calificado. (Resolución de 20 de abril de 1967. "Boletín Oficial" del 29 de mayo.)

2.—Caducada una anotación preventiva de demanda por no haberse prorrogado por su titular, no puede practicarse una nueva anotación, en trámites de ejecución de sentencia, en base del número tres del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, suponiendo, además, un obstáculo en cuanto a una mitad indivisa de la finca, el hecho de que figure inscrita a nombre de persona distinta de los demandados.

Constituye defecto subsanable la omisión en el mandamiento de la inserción literal de la providencia en que se acordó la práctica de la anotación.

A) Al no haberse prorrogado por su titular la anotación preventiva de demanda, quedó caducada y, en consecuencia, el Registro dejó de publicar la

carga o limitación que tal anotación envolvía, y ello se ha querido obviar mediante la práctica de una nueva que intenta justificarse en el número tercero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pero tal medio no es adecuado, pues en el mandamiento calificado no se ha decretado el embargo de los bienes a que hacen referencia el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 141 del Reglamento Hipotecario.

O bien la sentencia contiene la condena de hacer o entregar una cosa y entonces se procederá a darle cumplimiento mediante la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad por ser título suficiente para su práctica según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, o bien se le obliga al condenado a entregar una cantidad, y entonces podrá decretarse, conforme establece el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el embargo de bienes a instancia del acreedor, en cantidad suficiente a juicio del Juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución que es el supuesto a que hace referencia el número tres del artículo 42 de la Ley, y que no corresponde al caso planteado, en el que, sin necesidad de embargo alguno, deberá practicarse en su momento la inscripción a nombre del demandante, cuyo derecho podría haber estado garantizado frente a terceros por la anotación de demanda, que al no haber sido prorrogada ha dado lugar a la actual situación.

B) Al parecer, una mitad indivisa de cada una de las dos fincas comprendidas en el mandamiento, inscritas a nombre de persona distinta de los cónyuges condenados, resulta un obstáculo derivado de los propios libros registrales, que impide la anotación a favor del recurrente en cuanto a dichas mitades indivisas, pues aquellos asientos se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

C) Constituye defecto subsanable conforme al artículo 165 del Reglamento Hipotecario la omisión en el mandamiento de la inserción literal de la providencia en que se acordó la práctica de la anotación, pues de otra forma no podría cumplir debidamente el Registrador la función calificadoras que respecto a los documentos judiciales le confiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. (Res. de 30 de junio de 1967. "Boletín Oficial" del 21 de julio.)

DERECHO MERCANTIL

Es correcta la redacción de una escritura en la que los interesados, después de manifestar que constituyen una Compañía mercantil anónima, señalan su nombre añadiendo la sigla S. A.

Los claros y expresivos términos en que aparece redactado el párrafo a) del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil al ordenar que la abreviatura "S. A.", si se utilizare, haya de seguir necesariamente a la denominación de la Sociedad, que como requisito esencial señala el artículo segundo de la Ley que regula esta clase de Compañías, no permiten otra interpretación que la que se desprende de las propias palabras empleadas,

que viene a coincidir con el sentido lógico que, por otra parte, se deduce de las mismas, y en que, tras manifestar los interesados en la cláusula primera que constituyen una Compañía mercantil anónima, señala su nombre, y cumpliendo con lo ordenado en los preceptos legales, añaden la indicación "Sociedad Anónima" en forma de sigla. (Res. de 19 de junio de 1967. "Boletín Oficial" del 17 de julio.)

DERECHO CIVIL

Justificación de la vecindad regional catalana.

La prueba de vecindad, como base para la determinación del estatuto personal, reviste gran importancia hoy día, en que, por las corrientes migratorias y facilidad de comunicaciones, es frecuente el cambio de domicilio o residencia, sin que ésta lleve consigo aparejada, en su caso, la modificación de la regionalidad, hasta tanto no se hayan producido las circunstancias exigidas por el artículo 15 del Código Civil. Pero las dificultades para su prueba son, como puso de relieve la Resolución de 23 de junio de 1964, de las más arduas que pueden presentarse, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o basar en la inscripción del Registro Civil estas circunstancias, y por ello sería necesario acudir o a las declaraciones que los interesados puedan hacer ante aquel organismo para la conservación de la misma, a la posesión de estado o, en último término, a presunciones como la establecida en el artículo 68 de la Ley de 8 de junio de 1957 o la que se deriva del expediente autorizado por el artículo 96 de la misma disposición legal.

Tanto el artículo 14 del Código Civil al disponer que los artículos 9, 10 y 11 se apliquen a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios de diferente legislación civil, como el artículo 15, al establecer el sistema de reciprocidad, no formulan ninguna presunción de que la falta de declaración de regionalidad en un acto o contrato pueda interpretarse como síntoma de que la persona es no aforada si el otorgamiento tuvo lugar en el territorio de derecho común, o viceversa, aforada si se verificó en provincia foral, ya que la presunción de vecindad no depende exclusivamente del lugar del otorgamiento del acto, sino que se determinará en base a las normas reguladoras de esta materia, para, una vez lograda, saber la legislación aplicable en cuanto a sus derechos y deberes de familia, así como a su estado, condición y capacidad.

Todo ello revela la trascendencia que la vecindad tiene en la capacidad de la persona, y por eso el artículo 161 del Reglamento Notarial establece que se hará constar necesariamente en la comparecencia de la escritura cuando se otorgue fuera del territorio de su región, si bien, y dadas las dificultades antes vistas, el artículo 160 del mismo Reglamento indica que su expresión se hará por lo que le conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad, lo que no sucedió en la escritura primera de compra de la hoy vendedora, pues se

omitió por el Notario tal circunstancia, limitándose a establecer la licencia del marido a tal acto, y de esta forma se inscribió en el Registro, lo que, de otra parte, no quiere decir que tal bien sea común de ambos cónyuges, pues las normas del artículo 1.401 del Código Civil y la presunción del 1.407 del mismo Cuerpo legal sólo juegan frente a esposos sometidos al régimen de gananciales, pero no en relación a aquellos que pudieran estar sujetos a otro diferente.

De acuerdo con los artículos 1.320 del Código Civil y 7 de la Compilación Catalana, el régimen económico conyugal es inalterable durante el matrimonio, salvo aquellos casos en que la referida Compilación autoriza su modificación, sin que la posterior alteración de vecindad civil arrastre también el cambio de régimen económico matrimonial, según ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 24 de octubre de 1955 y 18 de noviembre de 1964, por lo que la falta de manifestación de conservación de regionalidad catalana que pudieran haber hecho los interesados ante el Encargado del Registro Civil de La Laguna tendrá, a efectos de este caso concreto, escasa trascendencia —máxime cuando parece que sólo residieron unos meses—, dado que lo que interesa saber no es la que pudieron ostentar en el momento de realizar la compra del inmueble en Canarias, sino la que efectivamente tenía en el momento de contraer matrimonio, que determinaría, caso de ser catalán el marido, el sometimiento al régimen de separación de bienes, al no haber capitulos matrimoniales.

Con arreglo al artículo 68 de la Ley del Registro Civil, habría que presumir la vecindad común del marido al ser hijo de padres sometidos a esa legislación, mas como quiera que aparece probada a través del acta de notoriedad autorizada la residencia continuada de dicha persona desde los ocho hasta los cincuenta y ocho, momento en el que, según certificado que se acompañó, contrajo matrimonio, sin que resulte declaración alguna de querer conservar su estatuto de origen, el transcurso de más de diez años en Barcelona, a partir de su mayoría de edad, obliga a considerarlo como aforado de esta región catalana, y lo mismo su cónyuge, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil.

Al establecer el artículo 96 de la Ley de Registro Civil para la prueba de vecindad con simple valor de presunción, la práctica del expediente, cuyos trámites se contienen en los artículos 425 y siguientes del Reglamento, no agota los medios de prueba de residencia a estos efectos, ni que no pueda justificarse a través del acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, y que, poco más o menos, exige formalidades similares, en especial la prueba de posesión de estado, por lo que hay que concluir que al ser idóneo el medio empleado y probada la regionalidad catalana de los esposos, procede la inscripción de la escritura de venta calificada, dado que el inmueble aparece inscrito en el Registro a nombre de la mujer, sin que resulte prejuzgada su naturaleza común o privativa por haberse practicado la inscripción con anterioridad a la reforma del Decreto de 17 de marzo de 1959, del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario. (Resolución de 3 de julio de 1967. "Boletín Oficial" del 20 de julio.)

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias comentadas

1. El reconocimiento de filiación natural «en otro documento público» según el artículo 131 del Código Civil. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1966).

El artículo 131 del Código civil dice así: "El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público". El artículo 133, en sus dos primeros párrafos, declara: "El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento. Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal". Y el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil se expresa, en su primer párrafo, del modo siguiente: "Son documentos públicos aptos para el reconocimiento la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación".

Vamos a examinar algunos de los problemas que plantean estos artículos tomando como punto de partida la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1966, que si se refiere concretamente al reconocimiento efectuado en un determinado documento público: la licencia para contraer matrimonio autorizada por párroco, conforme al artículo 48 del C. c., por la generalización de sus considerandos permite extender su doctrina a otros supuestos de mayor amplitud.

El supuesto de hecho de la sentencia fue el siguiente: don José G. S., representado por Procurador, mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 1961, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de la Laguna, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra las personas a que se referían los asientos que se trataban de rectificar en el Registro Civil y las personas que pudieran traer causa de ellas sobre declaración de reconocimiento de hijo natural y otros extremos. El Juez dictó sentencia estimando la demanda, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, sin expresa declaración sobre costas en ninguna de las instancias. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, con la argumentación que vamos a ver.

En su primer considerando la Sentencia centra debidamente la cuestión: "La materia del litigio no envuelve un caso de reconocimiento forzoso de la calidad de hija natural a favor de la pretendida descendiente de la madre de quien acciona, sino que lo que se persigue es que por los Tribunales se declare que el reconocimiento se produjo en las condiciones previstas en el artículo 131 del C. c., por el hecho de que aquélla compareció a su tiempo en el expediente matrimonial eclesiástico para conceder la licencia a su supuesta hija, a la que, incluso, calificó de legítima, consignándolo así el señor cura regente de la iglesia parroquial, por lo que, se puntualiza textualmente, lo que se ejercita es "la acción que dimana de la filiación natural reconocida y no de hechos que obliguen al reconocimiento". Tras de rechazar de pasada otros motivos del recurso, declara este considerando que la fundamentación de esta resolución ha de apoyarse "única y exclusivamente en el estudio del motivo primero del recurso, en el que se denuncia, por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la L. E. Civ., la infracción, por interpretación errónea, del artículo 131 del C. c. y de los cánones 1.813, número 4.º, y 1.916 del Código de Derecho Canónico, en relación con el artículo 75 del Cuerpo legal primeramente citado".

No tiene que entrar, pues, el Tribunal Supremo en el sugestivo problema de si el documento público, que se considere ineficaz por cualquier causa como base del reconocimiento voluntario, pueda valer, no obstante, como documento indubitado a los efectos de fundamentar en él una acción de reconocimiento forzoso al amparo de los artículos 135, 1º, y 136, 1.º, del C. c. La posibilidad, en términos generales, de esta conversión es indudable. En todo caso será necesario que el elemento cuya falta priva de eficacia al documento público no sea, a su vez, integrante del concepto de documento indubitado. Así, la incompetencia del funcionario no obstará a la eficacia del documento en su calidad de indubitado (cfr. art. 1.223 del C. c.) y, en cambio, si obstará a esa eficacia, por ejemplo, la falsedad en el sujeto activo o la falta de identificación del sujeto pasivo del reconocimiento (1).

En relación con este problema es de observar que, en el caso en cuestión, el documento público de reconocimiento no contenía una expresa voluntad de reconocer, sino solamente una afirmación *incidental* de la maternidad, es decir, no se trataba de un reconocimiento-admisión, sino de un reconocimiento-confesión (unido, eso sí, al ejercicio de facultades legales maternas). De modo que si se siguiera el criterio voluntarista que, durante tanto tiempo, propugnó el Tribunal Supremo, tendríamos que, en el caso presente, el documento público ineficaz tampoco podría valer como documento indubitado. Claro que, acogiéndose a la teoría, hoy desprestigiada, del reconocimiento-

(1) Aclaremos que, a nuestro juicio, la prueba, independiente del documento, de esa identificación no será admisible en el reconocimiento efectuado en documento público, pues, dado el carácter solemne del acto, parece que un elemento esencial, cual es el sujeto pasivo, ha de resultar del propio documento. Y, al contrario, no hay inconveniente en que, dentro de las garantías de que aparece rodeado el juicio ordinario de mayor cuantía, pueda admitirse la prueba, complementaria del documento indubitado, de la identificación del reconocido.

admisión (2), el documento público ya sería ineficaz al faltar en él esa voluntad de conferir al hijo el estado de filiación natural (3).

Lo que es indudable es que, aunque el documento no valga ni como público ni como indubitado, podrá tener cierta eficacia, en su caso, como uno de los elementos integrantes de la prueba de la posesión de estado de hijo natural a los efectos del artículo 135, 2.º, del C. c.

El segundo considerando se refiere ya al fondo del asunto. Comienza afirmando: "A) Que conforme a los artículos 131 y párrafo 2.º del artículo 133 del C. c., el reconocimiento voluntario de un hijo natural requiere: 1.º) Que se haga en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público y 2.º) Que si no se efectúa en acta de nacimiento o en testamento "será necesaria la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal", lo que implica la exigencia de un requisito que no es meramente complementario ni dispensable en ningún caso, sino que tiene sustantividad al efecto de que los Tribunales, aun habiendo existido el reconocimiento voluntario, no pueden concederle efectos legales, hasta que aquél no aparezca debidamente cumplido".

Aunque es obvio, no está de más completar este considerando con la aclaración de que el requisito de la aprobación judicial sólo se exige en el Código cuando el reconocido es menor de edad; si es mayor, lo preciso es su consentimiento (art. 133, párr. 1.º). Pero, ¿qué ocurre si, como en este caso, ha existido un reconocimiento voluntario y se ha omitido en su momento la aprobación judicial? Al intentar hacer valer el reconocimiento, siendo ya mayor de edad el reconocido, ¿no bastará entonces su consentimiento?, o ¿será necesaria la aprobación judicial a posteriori?

El Tribunal Supremo parece seguir en esta sentencia este segundo criterio que, a nuestro juicio, es exageradamente literalista (4). Aparte de que muy probablemente pueda acudir, en la práctica, a la aprobación judicial, la solución *legal* para que quede cumplido el artículo 133, párrafo 1.º, del C. c. es que el reconocido, ya mayor de edad, preste su oportuno consentimiento (5). Porque, dentro de la escuetísima regulación que da el Código a la aproba-

(2) Puede consultarse el estudio de ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, 1954, págs. 21 y ss.

(3) Es de alabar que el T. S. no haya seguido este camino fácil para fundamentar un fallo negativo. Realmente era tentadora la posibilidad, pues no se trataba siquiera de una afirmación de la maternidad natural, sino de la maternidad legítima.

Con ello se confirma el abandono de la interpretación restrictiva y la adopción de la interpretación declarativa del artículo 135, 1.º, del C. c., que han proclamado las S. T. S. de 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966.

(4) Llama, sin embargo, la atención que, si bien el último considerando hace referencia a la falta de este requisito complementario, no se toma ésta como razón decisiva para la desestimación del recurso, lo que bien hubiera podido hacerse si la conclusión fuera incontrovertible.

(5) Que, incluso, puede sostenerse basta sea tácito, pues el Código no lo sujeta a formalidad alguna. Vid. en este sentido la Res. de 17 de mayo de 1965, en cuyos resultandos se reflejan también las dudas sobre la procedencia de la aprobación judicial a posteriori.

ción judicial (6), nos parece claro que la función de la misma es simplemente supletoria del consentimiento de una persona que, por su menor edad, carece de capacidad para prestarlo, por lo que la ley, con finalidad tuitiva de los intereses de los menores (lo que está de acuerdo con el requisito de la conveniencia para el reconocido, que señala la doctrina (7) como criterio base para la concesión de la aprobación), y en previsión de posibles peligros para el menor, encomienda esta función, no a los representantes legales de éste, sino a los Organos judiciales, del mismo modo, por ejemplo, que en la enajenación de bienes inmuebles de los hijos sometidos a la patria potestad (artículo 164 del C. c.) (8).

Conviene, sin embargo, hacer una observación. Decimos que, una vez sea el reconocido mayor de edad, seguramente podrá optarse en la práctica por acudir a la aprobación judicial o bien por prestar aquél su consentimiento al reconocimiento previo. Podría sostenerse que habrá, no obstante, una diferencia de efectos. Si el Organó judicial admite la primera solución, resulta claro que el reconocimiento tendrá eficacia *ex tunc*, pues la aprobación judicial, como referida a un acto anterior, dará por bueno y válido éste desde su existencia. En cambio, si el mayor de edad presta *a posteriori* su consentimiento, podría pensarse, que, como este consentimiento no pudo prestarlo antes, no es posible concederle eficacia retroactiva, sino que el reconocimiento valdrá solamente desde la manifestación del consentimiento o, a lo sumo, desde la mayoría de edad del reconocido. Aunque la cuestión sea discutible, nos inclinamos a creer que en uno y otro caso la aprobación o el consentimiento tendrán carácter retroactivo, es decir, que valdrá el reconocimiento desde su existencia. Más que atender a la afirmación de la sentencia comentada de que ambos requisitos son esenciales y no meramente complementarios o a otras razones abstractas, hay que atender, para resolver el problema, a razones prácticas y de justicia. Así, ante un caso concreto sería, por ejemplo, inconcebiblemente injusto que se privara al hijo natural de sus derechos a la herencia deferida a su favor en el interregno por muerte de su padre, cuando éste le había reconocido anteriormente como tal hijo natural, si bien en el documento público no constara la aprobación judicial o el consentimiento del hijo (9).

(6) Vid. sobre este punto las atinadas observaciones de PERÉ RALUY en su *Derecho del Registro Civil*, Aguilar, 1962. T. I, pág. 440.

(7) Vid. PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 441.

(8) Que la misión de la aprobación judicial, en el pensamiento de los redactores del Código, era evitar abusos resulta hoy indudable. Cfr. las manifestaciones del señor Igón en la Sesión de 14 de junio de 1881 (Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS), *Antecedentes del Código civil vigente*, A. D. C., 1965, pág. 913.

(9) La cuestión, aunque distinta, se halla íntimamente relacionada con el carácter retroactivo o no del reconocimiento en sí; es decir, si el mismo puede tener eficacia desde el nacimiento del hijo. Una síntesis de la doctrina, muy dividida al respecto, puede verse en la obra citada de ALBALADEJO (págs. 94 y ss.). Para este autor, concretamente, el reconocimiento, como acto constitutivo de un estado civil, sólo puede tener eficacia desde que se produce la afirmación de paternidad en que consiste. Realmente, con relación a los posibles anteriores derechos sucesorios del hijo natural, la solución no parece muy justa y el propio ALBALADEJO excluye de ella el caso del reconocimiento forzoso "por sus peculia-

Continúa el segundo considerando: "B) Que la exégesis del artículo 131 del C. c. plantea la cuestión relativa a lo que deba entenderse respecto a la frase "o en otro documento público" que como formalidad de carácter imperativo establece, cuando el reconocimiento no se hace en acta de nacimiento o en testamento: es, por lo pronto, obligada la referencia al artículo 1.216 del C. c., en el que se dice que son documentos públicos "los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley", y a su vista subrayar la palabra "competente" que la ley emplea y con la que, indudablemente, se quiere decir: a) que el autorizante del documento debe estar legitimado para su autenticación por algún precepto legal; b) que éste no deberá ser objeto de interpretación analógica ni extensiva, si con ella se contraría la finalidad solemnizadora que la ley persigue, y c) que, si ello no obstante el contenido del documento, desborda la competencia específica que la ley otorga al autorizante, se impondrá la ineficacia jurídica de todo aquello que exceda de los límites de la facultad concretamente concedida al mismo, aunque ello, por regla general, no implique que lo autorizado o constatado, dentro de la misma, produzca sus debidos efectos".

En términos generales, la doctrina que sienta aquí la sentencia es fundamentada. Únicamente hay que hacer alguna objeción al criterio de excluir la interpretación analógica o extensiva del precepto legal que legitime al autorizante para la autenticación del documento. "si, con ella, se contraría la finalidad solemnizadora que la ley persigue". Este criterio resulta de una vaguedad e imprecisión muy acusadas. ¿Cómo, ante un caso concreto, aplicar tal criterio de exclusión?; ¿cómo saber si la interpretación extensiva va contra la finalidad solemnizadora de la ley?; ¿no es, por el contrario, más lógico entender, como regla general, que si el funcionario autorizante se halla legitimado por ley para una determinada actuación autenticadora, se hallará legitimado también para todo lo que constituya presupuesto o complemento de esa actuación? Si la ley ha atribuido competencia a un funcionario, la no extensión de sus facultades a otros supuestos no se funda en que con ello se ataque el fin solemnizador de la ley (lo que, en rigor, no significa nada), sino en la exclusividad de la función notarial. Sobre este punto insistiremos más adelante.

Y sigue la sentencia: "C) Que aplicando todo lo anterior al concreto caso del reconocimiento voluntario, autorizado o constatado por Autoridad ecle-

res razones", aunque no dice cuáles son éstas. Y es que si se quiere establecer un parangón entre reconocimiento voluntario y reconocimiento forzoso, a éste sólo se le podría atribuir eficacia desde la fecha de la sentencia que lo impone: lo que sería absurdo e injusto; o bien, desde que en él exista una afirmación de la paternidad: lo que originaría dificultades insalvables. Así, cuando exista documento indubitado, podría concedérsele eficacia desde su fecha auténtica, pero, ¿y si no hay tal fecha? Y en el caso de la posesión de estado, sería de todo punto imposible determinar cuál es el primer acto del padre—constitutivo de tal posesión— a partir del cual se entienda que existe su confesión de paternidad.

A nuestro entender, más que etiquetar el reconocimiento, por mero afán catalogador, con los calificativos absolutos retroactivo o irretroactivo, debe simplemente atribuírsele el primer carácter cuando así lo exijan razones de justicia y no meras consideraciones teóricas.

siástica o civil, al margen de su competencia específica, es de destacar la interpretación estricta que viene dando esta Sala a los preceptos legales aplicables, bastando consignar, por vía de ejemplo: a) que la S. de 1 julio 1895 declara ya que la doctrina de que las partidas de bautismo, de matrimonio y de defunción, expedidas por párrocos con arreglo a los libros sacramentales y de finados, son documentos públicos y hacen prueba plena para la especialidad a que se refieren, es inaplicable a la filiación de hijos naturales, que, según reiteradas decisiones del T. S., no puede acreditarse por la simple partida de bautismo en que se atribuya la paternidad a determinada persona; b) que la S. de 7 junio 1949 puntualiza que el artículo 131 del C. c. otorga validez al reconocimiento en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público, carácter que no es de atribuir a una comparecencia ante el Juzgado Municipal, puesto que no se halla incluida entre ninguno de los documentos enumerados en el artículo 596 de la L. E. Civ., ya que las disposiciones legales sólo atribuyen al funcionario encargado del Registro civil de las personas la función de autorizar el reconocimiento de hijo natural en el acta de nacimiento de éste, pero no fuera de ella; c) que la reciente S. de 11 de diciembre de 1965, enfrentándose concretamente con la misma cuestión debatida en el pleito actual, establece que, si bien el artículo 48 del C. c., en su redacción anterior a la reforma de 1958, establecía que la licencia favorable a la celebración del matrimonio se podía acreditar mediante documento autorizado por un Notario civil o eclesiástico, y es lo cierto que el número 6.º del artículo 596 de la Ley procesal sólo reconoce el carácter de documentos públicos a las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, dadas por los párrocos con arreglo a los libros, pese a ello, ha de asignarse el mismo carácter público a las actas de licencia para contraer matrimonio autorizadas por los párrocos o Notarios eclesiásticos en funciones de tales, pero en este supuesto el carácter público queda limitado al solo acto para el cual tienen competencia funcional aquéllos, o sea, al de dar fe de que, ante ellos, se ha concedido la licencia por quien tenga facultades para otorgarla, careciendo de eficacia en las materias que desbordan lo que es propio y peculiar de tal acto, no siendo, por tanto, dichas actas instrumento documental suficiente para incorporar a la vida del derecho aquello que excede de las funciones atribuidas al autorizante”.

Una primera observación es obligada: la referencia que hace este considerando a la Sentencia de 7 de junio de 1949, que sentaba en su día una doctrina fundada, ya no tiene en la actualidad valor alguno. En efecto, el reconocimiento, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro Civil es una modalidad admitida hoy explícitamente por el párrafo 1.º del artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957. Referirse para fundamentar un fallo a una doctrina jurisprudencial en contradicción con la legalidad vigente, haciendo caso omiso de ésta, constituye una anomalía que debe criticarse (10).

(10) Desgraciadamente hay que reconocer que el desconocimiento de la legislación del Registro Civil, incluso entre los mismos profesionales del Derecho, no es un fenómeno aislado. Aparte de lo que veremos en esta misma sentencia con relación al artículo 185 del R. R. C., la de 14 de noviembre de 1963 (vid. su comentario por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en A. D. C. 1966, pág. 709) relativa

En segundo lugar, el T. S., citando esas sentencias de 1 de julio de 1895 y 11 de diciembre de 1965, parte de la base de que no hay norma que faculte a los párrocos para autenticar el reconocimiento de la filiación natural, sin que puedan extenderse sus funciones notariales más allá de las partidas de nacimiento (y bautismo), matrimonio y defunción (art. 596 de la LEC) y del supuesto singularísimo de la licencia para contraer matrimonio canónico (artículo 48 del C. c.). Pero hoy también es inexacto que los párrocos no puedan autenticar el reconocimiento de hijos naturales. El T. S. parece desconocer que actualmente el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil indica que es documento público apto a estos efectos "el acta canónica de la celebración del matrimonio de los padres", de modo que la función autenticadora del matrimonio canónico se extiende, según este precepto, al reconocimiento de la filiación natural habida anteriormente por los padres (11).

El razonamiento de la sentencia resulta, pues, cuando menos, incompleto (12). Para poder sostenerlo habría que probar que esa extensión de funciones autenticadoras, posible cuando se trata del matrimonio canónico de los padres, no lo es en los demás documentos públicos que autoricen los párrocos (aparte, naturalmente, de los testamentos forales). Creemos que para resolver este problema debe entenderse, como antes hemos apuntado, a un criterio general de pura lógica: *la extensión de las funciones autenticadoras atribuidas ex lege a los párrocos será admisible siempre que se trate de hechos que deban considerarse como presupuesto o complemento necesario de la función concedida, y no será posible en los demás casos por impedirlo la exclusividad de la función notarial* (arts. 1 de la Ley del Notariado y 2 de su Reglamento).

Aplicando este criterio podremos sentar las siguientes conclusiones:

a) No tendrá eficacia el reconocimiento de hijos naturales que pueda reflejarse en las partidas de bautismo de tales hijos. La partida de bautismo,

a un caso de matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero con arreglo a la *lex loci*, proclamó su nulidad, sin mencionar para nada la norma del artículo 73 de la L. R. C., que expresamente permite tales matrimonios (el supuesto, al menos, se refería a un caso anterior a la vigencia de la L. R. C.).

A este resultado contribuye, sin duda, la escasa bibliografía sobre el tema, si exceptuamos, desde luego, el excelente y completo trabajo, antes citado, de PERÉ RALUY.

(11) Como precedente jurisprudencial de este precepto reglamentario se suele citar la S. T. S. de 11 de abril de 1898. En honor a la verdad hay que confesar que esta sentencia no llegó a plantearse el problema de si en la partida de matrimonio canónico pueden reconocerse hijos naturales. Simplemente lo dio por supuesto, sin que surgiera contienda sobre ello. La cuestión tratada fue muy otra: si el artículo 119 del C. c. podía tener efecto retroactivo al fin de impedir la legitimación por subsiguiente matrimonio de hijos nacidos con anterioridad al Código y de padres que al tiempo de la concepción no podían casarse, aunque sí al tiempo del nacimiento (lo que bastaba, según la Ley 11 de Toro, para posibilitar la legitimación). La sentencia, atendiendo al principio del respeto a los derechos adquiridos, y aunque el matrimonio se había celebrado con posterioridad al Código, no atribuyó eficacia retroactiva a su artículo 119.

(12) En rigor, llevándolo a sus últimas consecuencias, llegaríamos a la peregrina conclusión de que no es válido el reconocimiento efectuado en testamento autorizado por Párroco en territorio foral, pues el reconocimiento, como acto extraño al contenido patrimonial propio del testamento, excede de las solas funciones testamentificadoras concedidas al autorizante.

en rigor, lo único que acredita es un hecho de naturaleza exclusivamente religiosa y la filiación que en ella se constata no tiene, en principio, trascendencia alguna en el orden civil. El reconocimiento de la filiación natural es un hecho, por tanto, totalmente ajeno a la competencia funcional de los párrocos en esta esfera, y no puede considerarse encuadrado en una función implícita o complementaria. Con ello damos la razón en este punto a la sentencia comentada, así como a la constante jurisprudencia que así lo ha proclamado (13).

La misma conclusión será válida para el caso insólito de que en una partida canónica de defunción pudiera aparecer reflejado un reconocimiento de hijo natural.

b) Debe reconocerse eficacia al reconocimiento que aparezca en el acta canónica del matrimonio de los padres. Prescindiendo de que así lo admite el artículo 185 del R. R. C., si nos atenemos sólo al criterio propuesto, parece que debe estimarse en este caso el reconocimiento de los hijos como una actuación complementaria del matrimonio canónico, cuya función autenticadora está encomendada al Ministro de la Iglesia Católica. A diferencia de lo que ocurre con el bautismo, el matrimonio canónico tiene trascendencia inmediata en la esfera civil: produce desde su celebración plenos efectos civiles (artículo 76 del C. c.) y el reconocimiento de la filiación natural, habida anteriormente por los contrayentes, es cuestión íntimamente ligada al matrimonio de éstos: para probarlo, basta observar que tal matrimonio tiene una eficacia fundamental respecto de los hijos, como es su legitimación (arts. 119 y 120 del C. c.), con tal que, antes o después de celebrado, sean reconocidos los hijos (art. 121) (14).

(13) Ress. de 28 de abril de 1915, 20 de febrero de 1920, 27 de enero y 9 de noviembre de 1931. Ss. de 30 de junio de 1958 y 19 de diciembre de 1960, entre muchas otras.

Contra esta conclusión no puede aducirse que el artículo 596, 6.º de la L. e. c. considera documentos públicos, no las partidas de bautismo, sino "las partidas o certificaciones de nacimiento dadas con arreglo a los libros por los Párrocos". La norma no puede tener sino un valor de derecho transitorio respecto de los nacimientos anteriores a la vigencia de la Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870. Después de ella, las certificaciones de nacimiento sólo pudieron expedirse por los propios encargados (art. 35). Así se desprende, además, del propio artículo 596 de la L. e. c., que equipara a esas partidas las certificaciones dadas por los que tengan a su cargo el Registro Civil.

(14) Y en el Codex (canon 1116), sin necesidad, siquiera, de tal reconocimiento. Criterio que, *de lege ferenda*, debería introducirse en nuestra legislación, pues es evidente que en el matrimonio de los padres existe su voluntad implícita de reconocer y legitimar a sus hijos y la experiencia demuestra que, si omiten el reconocimiento, es siempre por ignorancia de su necesidad, aunque las consecuencias de tal omisión pueden ser gravemente perjudiciales para los hijos.

No obstante, en la práctica mucho ha venido a paliar estas situaciones injustas la nueva legislación del Registro civil, permitiendo la inscripción de la filiación natural mediante simple expediente gubernativo (art. 49 de la Ley), que puede incoarse, según el artículo 188 del Reglamento, en cualquier tiempo (cfr. art. 137 del C. c.), sobre todo, si se tiene en cuenta que el matrimonio de los padres será casi siempre prueba decisiva de la posesión de estado de la filiación natural de los hijos.

Con la anterior argumentación queda difuminado el valor de una posible objeción contra el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil: considerar que tal artículo, en cuanto considera documento apto para el reconocimiento del acta canónica del matrimonio de los padres, y como precepto meramente reglamentario, ha de estimarse nulo de pleno derecho por ir contra las normas de superior rango que proclaman la exclusividad de los Notarios en la función autenticadora de todos los actos extrajudiciales (fundamentalmente el art. 1.º de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862); nulidad que resulta del artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración (texto refundido de 26 de julio de 1957) en relación con el artículo 4 del C. c.

No vamos a profundizar en si esta afirmación es o no exacta. Basta, a nuestro propósito, observar que la exclusividad de la función notarial resulta más claramente de un simple precepto reglamentario (art. 2 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944), que no del artículo 1.º de la Ley Notarial; y, sobre todo, que dada la multiplicidad de funciones notariales atribuidas a las categorías más diversas de funcionarios (piénsese en los corredores de comercio, intérpretes de buques, capitanes mercantes, párrocos y notarios eclesiásticos, autoridades militares, funcionarios de la Administración estatal, etcétera, etc...) hay que reconocer que ese monopolio de la dación de fe es, hoy por hoy, más una aspiración del Notariado que una auténtica realidad.

En todo caso insistimos en que, aunque no existiera la regla del artículo 195 del R. R. C., el resultado, para nosotros, sería el mismo: la función autenticadora del reconocimiento de los hijos naturales es un complemento lógico de la atribuida legalmente a los párrocos respecto del matrimonio de los padres.

c) Queda por examinar el caso objeto de la sentencia: el reconocimiento efectuado en la licencia para contraer matrimonio autorizada por párroco o notario eclesiástico con arreglo al artículo 48 del C. c.

Naturalmente que la sentencia comentada, por la serie de razones indicadas, no estima eficaz tal reconocimiento. Su último considerando recalca: "Que, en consecuencia de todo lo expuesto, el primer motivo del recurso, y único que ha de ser examinado, no puede prosperar, ya que la facultad concedida por el artículo 48 del C. c. a los notarios eclesiásticos y párrocos se limita a la constatación de la licencia para contraer matrimonio, en los casos en que sea necesaria, sin poderla ampliar al reconocimiento de hijos naturales, regido por el artículo 131 del C. c., ni de modo expreso, si a ello se extiende la constatación, ni de manera tácita estimándola subsumida en la previa manifestación de paternidad, para legitimar la licencia que se conceda, como ocurre en el caso de autos, en que tampoco aparecen cumplidos los requisitos legales complementarios (15), por todo lo que procede la desestimación del recurso...".

A nuestro juicio, esta conclusión no es exacta. Hay que partir de la base de que el reconocimiento voluntario, según la opinión doctrinal hoy generalizada (e incluso ya acogida por el T. S.), es, no un negocio jurídico, ni una

(15) Aquí se califica a la aprobación judicial de requisito complementario, cuando el segundo considerando venía a elevarla a la categoría de requisito sustancial.

declaración de voluntad en sentido estricto, sino una declaración de conocimiento o ciencia, un acto jurídico encuadrable en la categoría de las que ha llamado Von Thur manifestaciones de creencias y, como tal, para su existencia basta la simple afirmación o confesión de la paternidad o maternidad.

Si esto es así, es indudable que la licencia para contraer matrimonio (cuya concesión corresponde a los padres naturales en los términos del art. 47 del C. c.) lleva en sí forzosamente implícita una afirmación de la paternidad; afirmación, además, expresa, pues para conceder la licencia hay que calificar al menor de edad como hijo, de modo que, contra lo que dice este último considerando, el reconocimiento no puede llamarse tácito, ya que hay constatación explícita de la paternidad, so pena de que, volviendo a posiciones superadas, se degrade el reconocimiento-confesión a la categoría de reconocimiento tácito (16).

En suma, si el reconocimiento-confesión es un presupuesto necesario y legitimador de la licencia para contraer matrimonio y si para la autenticación de tal licencia están autorizados los párrocos y notarios eclesiásticos, su competencia ha de extenderse también al reconocimiento implícito en la concesión de la licencia (17).

Como colofón, hemos de señalar que las nuevas concepciones sociales, inspiradas en el principio de justicia de protección a todos los hijos—sea cual sea su condición y sin demasiado temor al fantasma de una posible desintegración de la familia legítima—, han informado en su conjunto la nueva legislación del Registro Civil, y, así, en orden a la fijación de la filiación natural, se ha atendido a “la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos” (18), por lo que en esta materia es conclusión obligada sostener, como afirma la Resolución de 8 de octubre de 1964,

(16) Sin embargo, esta es la opinión de Díaz Picazo (A. D. C. 1962, págs. 224 y 231), para quien el reconocimiento voluntario debe tener la naturaleza de reconocimiento-admisión y el forzoso la de reconocimiento-confesión. Pero debe observarse que, para conceder la licencia, el padre ha de arrogarse previamente la condición de padre natural (de legítimo en el caso de la sentencia), con lo que no deja de existir su voluntad implícita de conferir al hijo el *status* de la filiación natural. O sea, que ni la adscripción del reconocimiento voluntario a la naturaleza de reconocimiento-admisión constituye en el fondo obstáculo insalvable para la solución propuesta.

(17) Naturalmente, el que defendamos que estos reconocimientos sean válidos no significa que los consideremos directamente inscribibles en el Registro civil. Para lograr la inscripción hay que acreditar la capacidad legal del reconocedor para contraer matrimonio, para lo cual basta la declaración del padre en el mismo acto del reconocimiento “o en otro ulterior”, en los términos que expresa el artículo 187 del R. R. C. Cfr. la Res. de 27 de diciembre de 1965 que, por falta de este requisito formal, denegó la inscripción de la filiación natural pretendida.

(18) Palabras del Excmo. Sr. Ministro de Justicia en su Discurso ante las Cortes al defender la aprobación de la Ley de 8 de junio de 1957.

que "no es la concepción del Código la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción y, por tanto, restrictivamente cuando la contraríen". Posición, si se quiere, progresiva, pero justa y digna de presidir una jurisprudencia verdaderamente creadora, mientras no llegue la necesaria reforma del Código civil sobre la filiación en general.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS,

Letrado de la D. G. R. N.

2. El principio de consolidación ante el conflicto entre dos marcas registradas.

(Sentencia 23 abril 1966)

IMPUGNACIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA MARCA: VÍA PROCESAL IDÓNEA: No puede admitirse la afirmación de que contra la concesión de una marca sólo cabe el recurso contencioso-administrativo, dado que, firme el acuerdo de concesión e inscrita la misma en el Registro, tal inscripción concede a su titular la presunción "iuris tantum" de propiedad, y al no estar dirigida la acción a impugnar el expediente de concesión, sino el título de ésta, se plantea una cuestión de índole civil que sólo puede decidirse en juicio contradictorio.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL CONCESIONARIO EN EXCLUSIVA: Al denunciar la existencia de una falta de legitimación activa fundándose en que la entidad actora es concesionaria en exclusiva de la explotación en España de unas marcas cuya titularidad corresponde a otra entidad extranjera, se desconoce que, con arreglo al Estatuto, puede reclamar "todo el que se considere perjudicado; y como ese derecho de exclusiva puede verse afectado por la marca impugnada, no cabe duda de que la entidad actora, al tener interés en combatir la inscripción, está legitimada para actuar.

USO REGISTRAL DE LA MARCA NO DECLARADO: CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN: Si bien es cierto que la prioridad en el uso prevalece sobre la inscripción en los casos de concesión de marca, como nada declara la sentencia recurrida sobre este uso extrarregistral, ni menos sobre su fecha, no hay más remedio que partir para el cómputo del tiempo prescriptivo desde la fecha de la concesión, por lo que es claro que al ejercitar la acción no habían transcurrido los tres años fijados en el artículo 14 del Estatuto.

ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL A EFECTOS DE CASACIÓN: Se desestima el motivo denunciador de error de hecho en la apreciación de la prueba porque al no tener el dictamen pericial autenticidad a efectos de casación, falta el hecho auténtico que pudiera evidenciar la equivocación de hecho sufrida por el juzgador.

DOCTRINA LEGAL ÚTIL EN CASACIÓN: Se desestima el motivo porque cita como infringida la doctrina de una sola sentencia, y es sabido que la doctrina legal útil para fundar en su infracción un recurso de casación es la que se establece en repetidas o idénticas decisiones del Tribunal Supremo.

(Sentencia 23 de abril 1966; no ha lugar.)

Hechos:

La Planta Embotelladora Orange Crush, S. A., titular de la marca registrada "Crush" desde 1940, por medio de Procurador presenta escrito ante el Juzgado de primera instancia de Pamplona, en fecha de 29 de mayo de 1963, anunciando el propósito de formular demanda de juicio especial de nulidad de marca contra la herencia yacente y herederos desconocidos de don M. B. y contra los actuales titulares de la marca "Schuss", concedida por el Registro el 27 de junio de 1960, alegando fundamentalmente como hechos:

1.º Que la Compañía demandante obtuvo de la firma norteamericana "Crush International Inc." la concesión en régimen de exclusiva para fabricar en España los productos refrescantes registrados por la mencionada Compañía.

2.º Que desde su aparición en el mercado español los productos distinguidos con la marca "Crush" obtuvieron amplia difusión y aprecio general del público consumidor.

3.º Que dichos productos habían sido objeto de imitación servil por parte de los titulares de la marca "Schuss", que, además, habían adoptado una denominación capaz de inducir a error por vía visual o auditiva al consumidor en potencia.

La parte demandada alega como hechos los siguientes:

1.º Que la actora no era la propietaria de la marca oponente, sino la Compañía norteamericana "Crush International Inc.", conforme expresaba la propia demanda.

2.º Que cuando don M. B. solicitó del Registro la inscripción de la marca "Schuss", no formuló oposición alguna ni la demandante ni tampoco la Compañía norteamericana.

3.º Que no existía tal semejanza fonética ni gráfica, por cuanto la marca "Crush" no se usaba sola, sino que en los envases y en la propaganda se utilizaba dicha marca anteponiéndole el vocablo "Orange", conociéndola el público consumidor con el nombre de "Orange Crush".

El Abogado del Estado emitió informe en el sentido de que debía declararse la incompetencia de jurisdicción y, en todo caso, desestimarse la demanda.

La Audiencia, por el contrario, estima la demanda y declara la nulidad del registro de la marca.

La demandada interpone recurso de casación por infracción de Ley, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 14 del E. P. I., puesto que el tiempo de consolidación de la marca "Schuss" habría de contarse no desde la inscripción de la misma en el Registro (27 de junio 1960), sino desde que se venía usando (1 de mayo 1960), y que, por lo tanto, habían transcurrido los tres años fijados en el Estatuto (art. 14) para la consolidación de la marca.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia y declara no haber lugar al recurso.

El considerando que interesa comentar dice así:

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la prioridad en el uso prevalece sobre la inscripción registral en los casos de concesión de marca, como nada declara la sentencia recurrida sobre este uso extrarregistral, ni menos sobre su fecha, no hay más remedio que partir para el cómputo del tiempo prescriptivo desde la fecha de la concesión, y siendo ésta la de veintisiete de junio de mil novecientos sesenta, es claro que al ejercitar la acción el doce de junio de mil novecientos sesenta y tres no habían transcurrido los tres años fijados en el artículo catorce del Estatuto, lo que impone el perecimiento del motivo tercero, por partir el mismo de fecha distinta de la computada por la Sala sentenciadora, cuyo cómputo no se ataca adecuadamente.

Comentario:

El derecho sobre la marca puede nacer, o bien por el simple uso del distintivo, o bien por la inscripción del mismo en el Registro. El sistema francés acogía, hasta la Ley de 31 de diciembre 1964, el principio de la prioridad en el uso: el derecho sobre la marca pertenece al que la usa por vez primera en el tráfico; la inscripción del signo en el Registro posee un valor puramente declarativo. El sistema alemán recoge el principio de la inscripción registral, que consiste en hacer depender el derecho sobre la marca de la inscripción de la misma en el Registro. El sistema italiano asocia ambos principios. Pero, en realidad, la contraposición entre los dos primeros sistemas es aparente, puesto que por vías más o menos directas combinan los mencionados principios, aunque dando preferencia a uno de ellos sobre el otro (1).

Un sector muy importante de la doctrina española (GARRIGUES (2), URÍA (3), VICENTE Y GELLA (4) y el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de mayo 1945, afirman que en el vigente Estatuto de la Propiedad Industrial el derecho sobre la marca nace únicamente en virtud de la inscripción de la misma en el Registro.

Contra esta tesis FERNÁNDEZ-NÓVOA, en el trabajo citado, sostiene acertadamente que el derecho sobre la marca puede nacer también por el uso anterior extrarregistral del signo, toda vez que en nuestro Derecho se acoge el sistema de la convalidación, conforme al cual la marca que ha sido utilizada de buena fe y explotada pacíficamente durante un tiempo determinado (tres años en el Derecho español) no puede ser impugnada por quien alegue haber usado con anterioridad una marca semejante para distinguir productos similares.

(1) Para una exposición detallada del problema y de los sistemas que, con respecto al mismo, adoptan los ordenamientos europeos continentales, *vid.* el trabajo de FERNÁNDEZ-NÓVOA, *El nacimiento del derecho sobre la marca*, publicado recientemente en la Revista de Derecho Mercantil, 1966, núm. 102, páginas 187-241.

(2) GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil* (tomo I, volumen 1.º, Madrid, 1947, núm. 149, pág. 278).

(3) URÍA, *Derecho Mercantil* (5.ª edición, Madrid, 1966, núm. 51, pág. 58).

(4) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado* (4.ª edición, Zaragoza, 1960, núm. 138, pág. 324).

Este autor cita en apoyo de su tesis el artículo 1.º del E. P. I., que dice: "la ley *no crea* la propiedad industrial y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante las formalidades que en esta ley se fijan, el derecho que *por sí mismos* hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del *uso* o del *registro*, según los casos". Por otra parte, el principio de la consolidación o convalidación de la marca registrada está recogido claramente en el artículo 14 del E. P. I., que en su párrafo 2.º dice: "el dominio sobre la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título". Pues bien, si el artículo 14 declara inimpugnable la marca registrada que ha sido explotada ininterrumpidamente o poseída de buena fe durante tres años, ello quiere decir, evidentemente, que se otorga también relieve jurídico a la marca simplemente usada. De lo contrario, concluye FERNÁNDEZ-NÓVOA, no habría razón para establecer la inimpugnabilidad de la marca registrada al cabo de tres años, ya que ésta sería inatacable desde el momento mismo de su inscripción.

Por lo tanto, de un modo implícito, pero claro, se le reconoce al titular de una marca usada el derecho de pedir ante los Tribunales la nulidad de una marca registrada idéntica o confundible con la que él viene usando, siempre que se interponga la demanda antes de que transcurra el plazo de tres años, a contar desde la inscripción registral de aquélla.

Esta tesis se ve confirmada por diversas sentencias del Tribunal Supremo, que no ha dudado en atribuir al simple usuario la facultad de impugnar una marca registrada posteriormente, confundible con la que él venía usando.

En la sentencia de 25 de febrero de 1951, el T. S. declaró la nulidad de una marca registrada, estimando la pretensión de la parte demandante fundada en el uso previo de una marca semejante. La sentencia de 25 de marzo de 1945 reconoce también la posibilidad de que el propietario de una marca usada impugne la concesión de otra confundible, registrada con posterioridad. En la importante sentencia de 8 de mayo de 1956, el T. S. declara la nulidad de una marca registrada, a instancia del demandante, quien había alegado el uso previo de idéntica marca para distinguir productos de la misma especie (5).

Continuando en esta misma línea, el T. S. establece en la presente sentencia de 23 de abril 1966 la vigencia del principio de la prioridad en el uso, al decir que: "si bien es cierto que la prioridad en el uso prevalece sobre la inscripción registral en los casos de concesión de marca...".

Pero esta sentencia, además de proclamar la vigencia del mencionado principio, plantea un interesante problema que guarda relación con el hasta ahora examinado, a saber: ¿es posible aplicar el principio de la consolidación de la marca a un caso de conflicto entre dos marcas registradas? o ¿solamente operará tal principio en caso de conflicto de una marca registrada con otra simplemente usada o de hecho?

Aunque la doctrina española no se ha planteado el problema, éste ha sido tratado en Italia, cuyo sistema acoge también el principio de consolidación de la marca registrada. En efecto, al discutirse el impreciso artículo 48 de la Ley ita-

(5) Jurisprudencia citada por FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Ob. cit.*, págs. 231-233.

liana sobre marcas de 1942, que consagra el mencionado principio (6), han surgido discordantes opiniones doctrinales y decisiones contradictorias de la jurisprudencia italiana.

Así, FERRARA se muestra favorable a la posibilidad de que el principio de la consolidación sea aplicado al caso de conflicto entre dos marcas registradas, sin detenerse, por lo demás, en el problema (7). CASANOVA (8) defiende la misma tesis, fundándose en el espíritu del sistema y la "ratio" de la mencionada norma y alegando, además, que no parece que la letra de la ley contenga ningún impedimento explícito al respecto. Son, asimismo, de esta opinión SGROI (9), que recurre a la interpretación extensiva del artículo 48, y BONASI (10), que se basa en la analogía para aplicar este artículo incluso al conflicto entre dos marcas no registradas.

Por el contrario, AULETTA (11) no admite la posibilidad de aplicar el principio de consolidación al conflicto entre dos marcas registradas, aunque sus argumentos no son muy claros. También MANGINI (12) es opuesto a la aplicación del mencionado principio al caso de conflicto entre dos marcas cuyo registro se verificó en momentos diferentes. Este autor se basa, ante todo, en la terminología utilizada por el legislador (13). En segundo lugar—y éste es el argumento más directo y vigoroso—alega MANGINI que un requisito inexcusable para la aplicación del artículo 48 de la vigente Ley de marcas italiana de 1942 es la buena fe, y ésta sería de muy difícil demostración por parte del más reciente titular registral que pretenda hacer valer el principio de la consolidación para defender su marca. En efecto, éste, como cualquier otra persona, tuvo ocasión de consultar y someter a un detenido examen los li-

(6) El texto de este artículo dice así: "La validez del certificado de concesión cuando la marca haya sido públicamente usada de buena fe durante cinco años sin oposición después de la publicación a que alude el artículo 35, p. 1.º de este decreto, no podrá impugnarse alegando que la palabra, figura o signo que la constituye, puede confundirse con una palabra, figura o signo ajeno ya conocido en la fecha de la solicitud como distintivos de productos o mercaderías del mismo género, o porque contenga el nombre o imagen de una persona".

(7) FERRARA, *Teoría jurídica de la Hacienda Mercantil* (traducción y concordancias con el Derecho español por José María Navas, Madrid, 1950, número 121, pág. 302).

(8) CASANOVA, *Le Imprese commerciali* (Torino, 1955, núm. 347, páginas 521-522).

(9) SGROI, *Profilo delle convalidazione del marchio* (Riv. Dir. Ind. 1958, I, páginas 295-298).

(10) BONASI BENUCCI, *Tutela della forma nel Diritto industriale* (Milano, 1963, págs. 72-73).

(11) AULETTA, *Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Azienda. Opere dell'ingegno e invenzioni industriali. Concorrenza* (Bologna-Roma, 1961, páginas 146-147). Dice este autor: "El interés del público a no ser engañado sobre la procedencia de los productos hace que, en la hipótesis en que el derecho violado es un derecho a un signo distintivo, se trate de nulidad absoluta si dicho signo distintivo es un nombre comercial, un rótulo o una marca registrada, y de anulabilidad absoluta si el signo distintivo es una marca no registrada". De esta afirmación se deduce que, al existir nulidad absoluta y radical cuando el derecho ajeno lesionado consiste en una marca registrada, no podrá aplicarse nunca, en este caso, el principio de convalidación.

(12) MANGINI, *Il marchio non registrato* (Padova, 1964, págs. 44-46).

(13) SGROI critica esta interpretación, *Ob. cit.*, pág. 296.

bros del Registro. Como argumento ulterior, el citado autor aduce que el Convenio de Unión de París ha servido de modelo y precedente normativo al legislador italiano. Y, según el artículo 6 bis del Convenio (14), la convalidación sólo se aplica al caso de conflicto entre una marca registrada y una marca usada notoriamente conocida (15).

En el Derecho español, el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial no contempla expresamente el conflicto entre dos marcas registradas. Pero los términos amplios del citado artículo tampoco excluyen "a priori" la posibilidad de aplicar el principio de la consolidación a estos determinados casos de conflicto entre dos marcas registradas en diferentes momentos.

Al igual que ocurre en el artículo 48 de la Ley italiana, uno de los requisitos indispensables, a tenor del artículo 14 del E. P. I., para que la marca se consolide, es la buena fe. Por lo tanto, se hace necesario analizar si este requisito concurre o no en el caso de colisión entre dos marcas registradas, a efectos de aplicación del principio de convalidación. Para ver con claridad el juego del requisito de la buena fe conviene distinguir, dentro del artículo 14, dos casos:

a) Consolidación frente al usuario: la prueba del requisito ineludible de la buena fe será más fácil para el titular registral cuando el que pretende impugnar la marca es un simple usuario. Bastará, en efecto, que el titular registral alegue el desconocimiento de la existencia de la marca usada para que el principio de la consolidación opere con eficacia plena.

b) Consolidación frente al titular registral más antiguo: la buena fe será de muy difícil prueba para el titular registral más reciente, por la razón de que el Registro es público, y el titular de la marca más reciente tuvo ocasión de consultarlo antes, en el momento y después de solicitar la inscripción de su marca.

Pero, en un plano de "lege ferenda", la solución que se desprende del E. P. I. es también criticable, pues aún en el caso de que la buena fe fuese suficientemente probada y admitida por los tribunales, la coexistencia en el mercado de dos signos iguales o semejantes produciría inevitables confusiones. Faltaría la transparencia en el mercado y, de este modo, se perjudicarían los intereses del público consumidor.

(14) El artículo 6 bis, según la redacción de Londres de 1934, dice: (1) Los países de la Unión se comprometen a rechazar o invalidar de oficio, si la legislación del país lo permite, o a instancia del interesado, el registro de cualquier marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, la imitación o la traducción capaces de crear confusiones, de una marca que la autoridad competente del país de registro estime ya notoriamente conocida en el mismo como marca de una persona con derecho a gozar de los beneficios del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Lo mismo se entenderá cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de una de dichas marcas notoriamente conocidas o una imitación capaz de crear una confusión con las mismas. (2) Para reclamar la cancelación de dichas marcas deberá concederse un plazo de tres años como mínimo. El plazo correrá desde la fecha del registro de la marca. (3) No se fijará plazo alguno para reclamar la cancelación de las marcas registradas de mala fe.

(15) En cuanto a la vacilante jurisprudencia italiana sobre el problema que se viene tratando, *vid.* las citas jurisprudenciales de MANGINI (*ob. cit.*, pág. 47) y SGROI (*ob. cit.*, pág. 297).

Hay, finalmente, un punto de la sentencia que merece especial crítica. Conviene recordar que en el presente caso, uno de los motivos en que la recurrente se había fundado para interponer el recurso de casación fue la infracción del artículo 14 del E. P. I., puesto que el tiempo de consolidación habría de contarse desde que la marca se venía usando y no desde la inscripción de la misma en el Registro. A este propósito, el considerando de la sentencia que es objeto de comentario, dice: "... como nada declara la sentencia recurrida sobre el uso extrarregistral, ni menos sobre su fecha, *no hay más remedio* que partir para el cómputo del tiempo prescriptivo desde la fecha de la concesión...". Se deduce de esta afirmación que si esta fecha fuese conocida, el plazo de tres años para la consolidación comenzaría a contarse desde que se venía usando la marca, y no a partir de la inscripción registral.

Esta conclusión choca con el tenor literal del artículo 14, que dice bien claramente: "el dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su *registro*". No es, pues, admisible en modo alguno que en el Ordenamiento español el plazo de consolidación comience a contarse desde la fecha en que se viene usando la marca, aunque dicha fecha sea conocida.

JOSÉ LUIS RÍO BARRO,

Ayudante de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago

II. SENTENCIAS

I. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS

1. ALIMENTOS PROVISIONALES: CUESTIONES COMPLEJAS AJENAS: *La institución denominada por el Código civil "de los alimentos entre parientes" presenta, por fundamentales razones de interés familiar y social, caracteres propios que implican cierta autonomía e independencia en el terreno sustantivo, como son la solidaridad entre los llamados a prestarlos, la irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho a su percepción y la falta de aptitud para ser opuesta su compensación con lo que el alimentista deba por cualquier concepto al que ha de prestar los alimentos; caracteres propios que tienen su reflejo en el terreno procesal, en el que son notas distintivas de la institución: a) la instauración de un procedimiento especial para su exigencia con carácter provisional que se regula en el Título XVIII del libro segundo de la Ley Rituaria, con la peculiaridad de que, pese a no producir la sentencia que recaiga excepción de cosa juzgada, es susceptible del recurso de casación; b) las consecuencias derivadas, lógica y necesariamente, de la propia especialidad del procedimiento, que impiden acumular acciones que deben ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza (art. 154 L. E. C.), así como oponer en el acto del juicio excepciones o cuestiones que desborden la índole del procedimiento, que obliga a limitarse a discutir (art. 1.612 L. E. C.) la oposición al derecho a los alimentos, ya en sí o en su cuantía, sin poder traerse al campo de la litis la validez y el alcance de negocios jurídicos ajenos a la concreta materia del juicio o que exijan pronunciamientos propios del juicio declarativo ordinario; por lo que aplicando esta doctrina al caso presente, las cuestiones sobre el carácter ganancial del préstamo recibido por la mujer en representación del marido, la posibilidad de su disposición por aquélla en uso de su potestad doméstica o el derecho del marido para reclamar a la misma lo percibido, no pueden discutirse ni resolverse dentro de este procedimiento especial*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No existe tal error en base de una escritura notarial en la que el fedatario afirma que la mujer recibió el préstamo en el mismo acto, pues la sentencia recurrida no niega tal circunstancia, sino sólo que en la fecha de la reclamación continuara el dinero en poder de quien lo recibió y la afirmación notarial no puede alcanzar a situaciones posteriores a la que se acredita en el momento de autorizar la escritura.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es la cita de una pluralidad de preceptos legales supuestamente infringidos y en realidad de materia heterogénea, que van en mengua de la precisión y claridad que exige en su formalización el artículo 1.720 de la L. E. C. [S. 2 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

2. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: Aunque la jurisdicción civil goce de autonomía e independencia respecto de la penal para poder declarar, no obstante el sobreseimiento del proceso criminal, que se han dado los presupuestos fácticos necesarios para imponer al padre el reconocimiento de la prole como consecuencia del delito en los casos del último párrafo del artículo 135 del C. c. y 444 del Código penal, es, en todo caso, imprescindible que se pruebe cumplidamente la existencia del acto delictivo.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: No basta para justificar el error esgrimir unos documentos auténticos de los cuales, en unión de otras pruebas, podrían deducirse unos hechos contrarios a los que la Sala establece como probados, pues, para ello, a los efectos del cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., sería preciso que tales documentos patentizaran la realidad de unos hechos completamente contrarios a los que la sentencia recurrida proclama, sin necesidad de tener que acudir a conjeturas o deducciones, algunas de ellas arriesgadas.

PRUEBA DE PRESUNCIONES: Ha declarado esta Sala reiteradamente que, si bien puede ser censurado en casación el juicio lógico que por el tribunal a quo se haya formado, cuando falta el enlace preciso entre el hecho que a la presunción sirve de base y lo deducido, es evidente que, para ello, ha de ser requisito indispensable que por el tribunal se haya resuelto la cuestión sobre presunciones, pues si no existe, como ocurre en este caso, huelga cuanto sobre ello se razona en apoyo de su posibilidad y, a mayor abundamiento, tendría que probarse que las consecuencias formuladas por el tribunal a quo fueran absurdas, ilógicas e inverosímiles. [S. 24 de enero de 1967; no ha lugar.]

3. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Constituye defecto formal citar como infringidos diversos artículos legales, sin precisar cuál sea el "concepto" de la infracción como exige el artículo 1.729, 4.º, de la L. E. C. Igualmente lo es acusar la infracción por "violación" del artículo 1.902 del C. c. y de la doctrina que se dice derivada de las sentencias que se citan y cuyo sentido y orientación no se precisa, pues al no aducirse el carácter de tal violación, ha de entenderse que es la falta de aplicación del precepto fundamental regulador de la culpa aquiliana lo que se denuncia, cuando la realidad es que aquél constituye la clave y fundamento de la resolución recaída, en la que, expresamente, se cita y analiza, por lo que no cabe infracción del mismo, fundada en no haberlo tenido en cuenta el tribunal sentenciador. También constituye defecto invocar, en cierta contradicción con el anterior motivo, la infracción del mismo precepto, pero esta vez por aplicación indebida, pues, para ello, tiene que ir el recurrente contra las aseveraciones fácticas que la Sala establece y que no combatió eficazmente. [S. 7 de marzo de 1967; no ha lugar.]

NOTA: Es una lástima que razones meramente formales hayan impedido al T. S. entrar a conocer el fondo del asunto, que entrañaba varios problemas interesantes (así los califica un considerando), como la cuestión de si el daño, a los efectos del artículo 1.902 del C. c., ha de ser forzosamente actual

o basta que pueda surgir en el futuro, mediante la concurrencia de factores eventuales que hagan más onerosas las consecuencias de la acción u omisión integrante del acto culposo. La acción culposa era aquí un interdicto injustificado que motivo la paralización de una obra en una finca vecina hasta el momento en que se desestimó la acción posesoria. Y el daño alegado era el mayor costo de la edificación por el aumento del precio de los materiales, así como de los salarios y honorarios de los técnicos durante el tiempo transcurrido.

Para la doctrina dominante, acogida por el T. S. en su Sentencia de 30 de marzo de 1926, el caso presente se resolvería como uno de tantos en que a la producción del daño concurre la acción u omisión culposa y el caso fortuito, y que se traduce, prácticamente, en una reducción de la indemnización pedida. Conviene hacer notar, sin embargo, que a este resultado sólo puede llegarse tras resolver una cuestión previa fundamental: determinar que la acción culposa es realmente la *causa eficiente* del daño.

4. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Constituye defecto formal omitir la determinación del concepto en que se suponen infringidos los preceptos y doctrina legal sobre la eficacia de la prueba invocados, y, eliminando este motivo, caen en el vacío los demás por hallarse establecidos sobre una base fáctica enteramente opuesta a la fijada en forma por el tribunal a quo [S. 11 de abril de 1967; no ha lugar.]*

II. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. INTERPRETACIÓN: FALSEDAD DE LA MÁXIMA "IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO": *El elemento gramatical presupone siempre la interpretación, pues el afirmar que una cláusula es clara, ello implica ya una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad, por lo que es falso el axioma "in claris non fit interpretatio".*

ERROR DE DERECHO: *La cuestión de la interpretación no puede ser combatida al amparo del error de derecho en la apreciación de las pruebas.*

ERROR DE HECHO: *La escritura base del pleito no es documento auténtico a efectos del error de hecho. [S. 27 de octubre 1966; no ha lugar.]*

2. COMPROMISO ARBITRAL: COMISIÓN MERCANTIL CON CLÁUSULA DE EXCLUSIVA DE VENTA: *Si el comitente renuncia expresamente a revocar la comisión durante el plazo de diez años, y este plazo viene establecido en favor del comisionista o de terceras personas, tal pacto de irrevocabilidad temporal es vinculante siempre que no se pruebe que encubre fines ilícitos.*

INDEMNIZACIÓN POR REVOCACIÓN: *Se incumple el contrato cuando antes de expirar el plazo de diez años durante el cual se concedió la exclusiva de venta, se revoca la comisión por los comitentes.*

INCUMPLIMIENTO: *Se incumple el contrato cuando los comitentes dejan de abonar el importe de las comisiones convenidas.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: *No procede efectuarlo cuando se recurre contra los laudos dictados por árbitros de derecho, al no poder darse la plena conformidad entre las sentencias de primera y segunda instancia.* [S. 6 de marzo de 1967; no ha lugar.]

3. **MANDATO TÁCITO PARA REALIZAR ACTOS DE RIGUROSO DOMINIO:** *El mandato tácito puede ser dado para realizar actos de riguroso dominio; pero no puede accederse al cumplimiento de un contrato de compraventa concertado por un mandatario provisto de mandato tácito cuando no se prueba que en él figurase la venta, ni que fuese ratificado por las mandantes.* [S. 27 diciembre de 1966; no ha lugar.]

Merece reproducirse el último considerando, que representa un notable esfuerzo para aclarar la terminología del C. c. al establecer las clases de mandato:

"Aunque es cierto que la distinción del artículo 1.713 del C. c. entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso para acto o actos determinados, no es equivalente a la del artículo 1.712 en mandato general y especial, ya que en ella no atiende el legislador a los actos, sino a los negocios que comprende el mandato, pudiendo por ello referirse un mandato concebido en términos generales, no sólo a un mandato general (comprensivo de todos los negocios del mandante) como cuando se confía genéricamente la misión de realizar cuanto sea necesario para una determinada gestión, sino a un mandato especial (que abarca solamente uno o más negocios determinados), como cuando se constituye para todo lo concerniente a una finca, por otra parte puede existir un mandato expreso para acto o actos determinados que se refiera, bien a un mandato especial, que será lo corriente, bien a un mandato general, comprensivo de los actos dispositivos de todos los negocios del mandante, por lo que evidentemente el artículo 1.713 regula una cuestión de extensión del mandato y no de forma del mandato, lo único que se deduce es que cuando el mandato se extiende a los actos de disposición, es necesario que esto sea claramente precisado, habiendo declarado en este sentido la jurisprudencia que para realizar actos de riguroso dominio por medio de mandatario exige el apartado segundo del artículo 1.713, que el mandato sea expreso o para negocio determinado, por ser insuficiente el concebido en términos generales a que alude el primer apartado del mismo artículo, mas no cabe confundir estas modalidades del mandato por razón de operaciones confiadas al mandatario, con las de mandato expreso y tácito a que se refiere el artículo 1.710 por razón de la forma en que es exteriorizada la declaración de voluntad, según se realice en forma directa y explícita por medio de la palabra hablada o escrita, o se deduzca de actos o hechos que palmariamente revelen aquella declaración de voluntad, pues desde luego se concibe que el mandato expreso aludido en el artículo 1.713 es perfectamente conciliable con las dos formas de exteriorización previstas en el artículo 1.710 (ss. de 10 julio 1935, 13 junio 1944, 27 noviembre 1960 y 28 octubre 1963); y que el artículo 1.713 del C. c., al hablar en el segundo apartado de mandato expreso, se refiere más bien al mandato especial, y, por tanto, no excluye la posibilidad de que

aun dentro de la esfera de los actos de riguroso dominio, pueda ser suplida la falta de apoderamiento previo por la ratificación (s. 7 julio 1944)."

4. COMPETENCIA: SUMISIÓN EXPRESA: *La sumisión expresa no puede tenerse en cuenta cuando el documento en que se hace constar no se presentó oportunamente, sin que sea admisible a estos efectos el aportado al contestar al requerimiento inhibitorio.* [S. 27 de octubre de 1966; competencia.]

5. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *El empleo de la frase "violación y falta de aplicación", como concepto específico del de "infracción", incide en falta de precisión y claridad, como ya ha declarado la s. de 21 enero 1967.* [S. 14 de marzo de 1967; no ha lugar.]

6. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *No existe si los edictos, que se alega fueron redactados defectuosamente, no lo fueron por el actor, quien por su parte hizo constar en la demanda la descripción completa de la finca; y también se llega a la conclusión de que el Ayuntamiento tuvo conocimiento de la sentencia dictada en rebeldía, dado que los edictos se publicaron en el "B. O. de la Provincia", al que está suscrito el Ayuntamiento, y estuvieron expuestos en el Tablón de Anuncios del Juzgado de Paz, por lo que llegaron a conocimiento del vecindario en general.*

COMPETENCIA TERRITORIAL: *No es causa de revisión el hecho de presentar la demanda ante Juzgado distinto del territorialmente competente, dado que en materia de competencia territorial el Juzgado carece de facultades para negarse de oficio a conocer, permitiéndose, incluso, la sumisión expresa.*

SUBSIDIARIEDAD: *El recurso de revisión, como extraordinario que es, no puede interponerse en tanto existan acciones o recursos ordinarios para el ejercicio de los derechos que se estimen vulnerados.*

PLAZO: *El recurso no puede prosperar cuando se presenta fuera de plazo.* [S. 17 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

El propietario de una finca inscrita en el Registro demanda ante un Juzgado de Palma de Mallorca a todas las personas que se creyeran con derechos dominicales, de servidumbre o de cualquier otra clase sobre la parcela en cuestión, sita en el Ayuntamiento de S., perteneciente al partido judicial de Manacor. Se emplaza por edictos insertos en el "B. O. de la Provincia", y declarada la rebeldía de los demandados, el actor obtiene sentencia favorable, cuyo encabezamiento y parte dispositiva se notifica igualmente por edictos en forma análoga. El Ayuntamiento de S. alega poseer desde tiempo inmemorial y de manera pública, pacífica y no interrumpida la finca en cuestión, y plantea el presente recurso de revisión, al amparo del número 4.º del artículo 1.796 L. E. C. al entender que el actor había ganado sentencia firme por medio de maquinación fraudulenta con base en los hechos siguientes: 1.º) Haber tramitado el juicio ante Juzgado incompetente; 2.º) No haber sido deman-

dado el Ayuntamiento directamente en el proceso, y 3.º) Por redacción defectuosa de los edictos de emplazamiento y de notificación de la sentencia dictada en rebeldía al sustituirse la descripción de la finca por el número del Registro de la Propiedad.

El T. S. rechaza todos y cada uno de los argumentos utilizados para demostrar la maquinación fraudulenta; y ello aparte de que el recurso se interpone fuera de plazo, pues aunque el Ayuntamiento pretende haber tenido conocimiento de la sentencia cuando el actor solicitó la posesión judicial, el T. S. entiende que lo tuvo por la publicación de los Edictos en "B. O. de la Provincia" al que estaba suscrito. ¿Hay maquinación fraudulenta al desviarse la normal competencia territorial? Ciertamente tal desvío puede hacerse con esa expresa finalidad, pero en autos no aparece demostrado que se hiciera así en este caso, y caben razones muy legítimas que expliquen la presentación de la demanda ante Juzgado distinto del normalmente competente. El Ayuntamiento acusa la existencia de un "enmascaramiento" u ocultamiento del proceso a través de unos edictos defectuosos; pero la mera indicación del número con que la finca figura inscrita en el Registro de la Propiedad debe bastar a quien esté interesado para acudir a éste para adquirir la información completa; por otra parte, la redacción de los edictos se hace por el Juzgado, de suerte que no probándose por otros medios la existencia de una confabulación entre el actor y el personal encargado de redactarlos, no cabe estimar la maquinación. Es de notar, por último, que resulta acertado hacer arrancar el plazo de cuatro años de la notificación por edictos de la sentencia en rebeldía, y no de la diligencia de posesión judicial como pretende el Ayuntamiento. Por otra parte, la firmeza de la sentencia lograda en rebeldía no parece obstaculizar el ejercicio de la acción que puede asistir al Ayuntamiento como propietario de la parcela en cuestión por otro título, por ejemplo, por usucapción *contra iabulas*.

III. Colaboración de Rafael GARCIA VILLAVERDE

1. CUESTIÓN NUEVA: PLANTEAMIENTO DE OFICIO: *Pese a haberse planteado como cuestión nueva dentro de la litis, es preciso examinar el motivo, ya que su materia, al afectar al orden público, habría podido incluso determinar su planteamiento de oficio.*

CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL REALIZADO SOBRE UNA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: *El contrato originario de la concesión tiene carácter administrativo y los derechos y obligaciones que del mismo resulten a favor de la Administración no pueden quedar afectados por un acto unilateral del concesionario, mientras que el contrato concertado entre éste y los terceros, aunque tenga por objeto el ejercicio, disfrute o explotación de lo concedido, es, un contrato de naturaleza civil, que sólo vincula a quienes lo suscribieron, y, puestos en litigio sus efectos, no se puede traer al campo del mismo a la entidad concedente, a no ser que existiera previa autorización de la misma para llevar a efecto lo que en tal contrato civil fue negociado al respecto. Entre ambos no hay interferencia legal posible, por aparecer bien deslindados los*

derechos respectivos de quienes los suscribieron, dado que la Administración no tendrá acción alguna contra el tercero, bastándole su facultad de resolver el contrato suscrito por ella frente al concesionario; a éste no le será lícito accionar o excepcionar la nulidad respecto al contrato civil, en gracia a una omisión que sólo a él es imputable, y el tercero tampoco tendrá acción directa contra el órgano administrativo con el que nada contrató, aunque sí frente al cedente para que se cumpla lo pactado mientras la concesión permanezca viva o para ejercitar los derechos que puedan asistirle en caso de resolución de la concesión; de cuanto se infiere que el contrato civil habrá de respetarse como válido y subsistente mientras el objeto del mismo no perezca jurídicamente al quedar extinguida, con arreglo a derecho, la concesión.

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN DE LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON ELLA: CONSECUENCIAS: *Dichos problemas tienen acceso al recurso de casación, según doctrina constante de esta Sala, en un doble sentido: En primer lugar, en su aspecto meramente fáctico, que persigue la fijación de lo expresado o constatado, bien verbalmente o por escrito, constituyendo "el tenor de la obligación" (arts. 1.091 y 1.101 C. c.), y de aquellos actos realizados por las partes que antecediendo, acompañando o subsiguendo a la expresión de lo pactado, pueden servir para completar o aclarar lo establecido por los contratantes, todo lo que integran problemas de "facto" que requieren prueba adecuada, cuya apreciación por el Tribunal de instancia sólo puede impugnarse por la vía del artículo 1.692, 7.º L. E. C. De lo dicho se desprenden las siguientes consecuencias: a) que si la censura por el T. S. de la resultancia fáctica fijada por la Audiencia sólo puede realizarse por la fuerza de los elementos del contrato que la Ley permite, el problema de la repercusión jurídica de dichos elementos fácticos, al poder traerse a casación con entera libertad por el cauce adecuado, permite al T. S. analizarle con plena soberanía de criterio, aunque dentro de los límites fijados por el recurso mismo; b) que, reduciéndose la interpretación de los hechos a su valoración jurídica, caso de haber conformidad sustancial entre las partes sobre la realidad de los mismos que el Tribunal de instancia recoja, pierden su razón de ser aquellos motivos formulados con base en el artículo 1.692, 7.º L. E. C., aunque incidentalmente se aborde en los mismos su estimación jurídica, problema que sólo podrá plantearse por la vía del número 1.º de dicho artículo.*

"TÉRMINOS DE UN CONTRATO": CONCEPTO: CUÁNDO SE REPUTAN "CLAROS" Y SUS CONSECUENCIAS: *Por "términos de un contrato" se entienden "las palabras dichas o escritas" a que alude el artículo 57 C. Com. con referencia a los contratos mercantiles y que constituyen el texto en que se planea el llamado "tenor de la obligación". Estos términos se reputarán claros cuando ofrezcan suficiente luz para ser entendidos en su recto sentido, sin dar lugar a dudas y sin precisar de razonamientos o interpretaciones susceptibles de controversia o impugnación, sirviendo de vehículo adecuado a la fiel expresión de la voluntad de los contratantes. De lo dicho se desprende el que la necesidad de atenerse a su interpretación literal, textual o gramatical, sin desviarse de*

su recto y natural sentido, constituya la regla de interpretación primordial que ha de tener presente el juzgador, si una evidencia intencional distinta y común de los contratantes no obliga a prescindir de ella, ya surja del propio contexto del contrato, de alguna cláusula destacada del mismo o de los propios actos de los que contrataron, coincidentes o no en el tiempo con la perfección del contrato y que aclaren, alteren, amplíen o restrinjan la realidad jurídica resultante de la literalidad de lo pactado. [S. 27 de octubre de 1966; estimatoria.]

2. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Sólo puede ser viable la pretensión de atacar la interpretación y calificación jurídica que se hace por la Sala de Instancia del pacto suscrito, acusando la infracción de los preceptos legales relativos a las reglas de la interpretación de los contratos y su calificación jurídica.*

CONTRATOS BANCARIOS: REGULACIÓN: *Aunque nuestros C. C. y de Com. no contienen una regulación sistemática de los denominados contratos bancarios, siendo notoria la pobreza de esquemas legales al respecto, sin embargo, al amparo de la libertad de pactos proclamada en el artículo 1.255 C. C. y dentro de sus límites, encuentra cobertura legal dicha contratación, que en muchísimos casos puede ser reconducida a los tipos contractuales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.*

DEPÓSITO MERCANTIL: EL REQUISITO DE LA ENTREGA AL DEPOSITARIO: *Para que quede establecida la relación de depósito no se precisa la entrega material de la cosa, bastando la preexistencia de la misma en poder del depositario por cualquier otro título (depósito "brevi manu"). [S. 29 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

Hechos: El caso planteado en la sentencia, tal como aparece en los considerandos 2.º y 3.º de la misma, es el siguiente: Librado por la sociedad "C", contra su cuenta corriente en el Banco Rural y Mediterráneo de Bilbao, un talón nominativo por importe de X pesetas en favor de J. V. S., no se hizo materialmente efectivo, sino que, de acuerdo tomador y Banco, lo respaldaron suscribiendo al dorso de dicho talón el siguiente pacto: "Importe que dejamos bloqueado en la cuenta correspondiente al epígrafe de este talón para el concepto de fianza exigida por la adjudicación de la subasta de obras... Tiene fondos." Dicho pacto es vinculante para quienes lo suscribieron y fue calificado con certera orientación por el Tribunal "a quo" como depósito irregular (esto dio lugar a que, en el fallo impugnado, se condenara al Banco recurrente a reintegrar a J. V. S. el importe de dicho depósito), pues sus términos con suficientemente explícitos en cuanto exteriorizan que la cantidad figurada en el talón obraba en el poder del Banco como depósito en cuenta corriente de la sociedad libradora del mismo y que, por acuerdo entre el Banco librado y el tomador, en vez de hacerse efectivo materialmente se transmutó en depósito constituido por J. V. S., sin que lo consignado acerca de que la cantidad correspondía a la fianza de la sociedad "C"

desnaturalice ni interfiera la relación jurídica establecida entre J. V. S. y el Banco.

3. **COMPETENCIA: LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN ALCANZA AL FIADOR:** *Procede no atender al requerimiento de inhibición, declarando la competencia de los Juzgados de Madrid, puesto que, dirigida conjuntamente la demanda, origen de la cuestión de competencia, contra los supuestos comprador y avalista; al aparecer la firma de ambos en el contrato estipulado, así como en las cambiales, libradas para la efectividad del precio reclamado, y viniendo la competencia deferida en virtud de una de las cláusulas del contrato a dichos Juzgados, a los que expresamente se han sometido los contratantes, no cabe argüir que la cláusula de sumisión no alcanza al fiador, que conocía el contenido de dicha cláusula y se subroga en las obligaciones por el tomador en todos sus efectos.*

PRUEBA: *Según una jurisprudencia reiterada, presentándose un documento firmado por el demandado, constituye principio de prueba, aunque éste niegue la existencia del contrato y la autenticidad de la firma o rearguya de falso el documento. [S. 11 de noviembre de 1966; resuelve competencia.]*

4. **COMISIÓN MERCANTIL: CONTRATO CONVENIDO "INTUITU PERSONAE":** *Este contrato se inspira, en nuestro Derecho, en la mutua confianza que debe reinar entre quienes lo concertaron (s. de 30-4-1929); se desprende del contenido de los artículos 279 y 280 C. Com., de tal forma que en la elección del comisionista juega necesariamente el "intuitus personae", dado que las condiciones morales y personales que le adornan pueden ejercer influencia en el desempeño de su cometido y repercutir en el patrimonio del otro contratante.*

DELEGACIÓN DE LA COMISIÓN: *Las expresiones del artículo 261 C. Com. "sin previo consentimiento del comitente" y "estar de antemano autorizado para hacer la delegación", por presuponer una emisión de voluntad, exigen que ésta se manifieste de una manera terminante, clara e inequívoca, y excluyen la posibilidad de deducirla de conductas o actos intelectivos de dudoso significado (s. de 5-10-1955), así como la de confundirla con el mero conocimiento de la sustitución por parte del otro contratante, que carece de categoría de acto propio capaz de crear derechos o relaciones jurídicas entre las partes (s. de 27-11-1952). [S. 6 de abril de 1967; estimatoria.]*

5. **LITISCONSORCIO NECESARIO: FUNDAMENTO Y FINALIDAD:** *El fundamento del litisconsorcio necesario estriba, o bien en que una norma expresa lo impone, o bien en la indivisibilidad de una cierta situación jurídico-procesal, que no permite su tratamiento por separado con relación a cada uno de los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ella. Su finalidad no es otra que la de evitar fallos que puedan resultar contradictorios, aun refiriéndose a una misma pretensión, o que un fallo afecte a quien no fue parte en el proceso.*

ACUMULACIÓN DE PROCESOS: *Por el fenómeno de la acumulación se produce una identidad formal entre los procesos que son su objeto, cuyos autos se*

sujetan a un mismo procedimiento, a través del cual desenvuelven su tendencia las pretensiones de las partes y los procesos acumulados culminan en un solo juicio, terminado por una misma sentencia. [S. 11 de febrero de 1967; no ha lugar.]

Hechos. El caso que se dilucida se trata de un proceso complejo en el que a un juicio de menor cuantía, en el que actuaban como demandantes J. L. y M. M. y como demandados varios hermanos y cuñados de aquél, se le ha insertado por acumulación un posterior juicio de mayor cuantía, promovido precisamente por los demandados contra J. L. solamente, cuya acción habían ya pretendido ejercitar en el juicio de menor cuantía anterior por vía de reconvencción, que no se admitió, por reputarse que su importancia económica excedía de la que podía ventilarse en dicho juicio de menor cuantía.

6. ABUSO: EXCESO O DEFECTO EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN: *A tenor del artículo 1.692, 6.º L. E. C., procede el recurso por infracción de la ley cuando, por razón de la materia, haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en límites que no sean de la competencia judicial o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo, en cuyo supuesto se hallan comprendidos, según doctrina reiterada del T. S., los casos relativos a la preferencia de grado dentro de la jerarquía jurisdiccional para conocer de un determinado asunto.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Según doctrina reiterada del T. S., los artículos 504, 2.º y 506, 3.º L. E. C. no pueden ser invocados por el cauce del artículo 1.692, 1.º, dado su carácter procesal, no idóneo para servir de fundamento a un recurso de casación sobre el fondo. [S. 11 de noviembre de 1966; desestimatoria.]*

IV. Colaboración de Julio GARRIDO AMADO

1. RECURSO DE CASACIÓN: NATURALEZA: VÍA ADECUADA: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: CLARIDAD Y PRECISIÓN: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *El rigorismo formal de la casación responde al verdadero carácter de este recurso extraordinario, en el que, pese a su trascendencia, en orden a su esencial finalidad de procurar la debida y uniforme aplicación de la Ley, se confía su dispositivo inicial única y exclusivamente a la libre y voluntaria iniciativa de las partes, la que acota el campo de la acción de este Tribunal, que ha de limitarse a examinar las cuestiones que al efecto y de modo preciso le sean presentadas, sin más ingerencia de oficio que en aquel aspecto en que tales cuestiones puedan afectar al orden público; de ahí que al desarrollar el recurso deba ponerse especial cuidado:*

a) *En elegir, tratándose de infracciones de Ley, el cauce o vía que resulte adecuado para denunciarlas, entre los varios que se ofrecen en el artículo 1.692 de la Ley procesal;*

b) *En referirse, asimismo, al concepto de la infracción, no sólo fijándolo de manera singular en cada motivo, sino refiriéndose concretamente al que,*

dada la resultancia de autos, sea oportuno para patentizar aquélla, ya que, si se denuncia un concepto inadecuado, será improsperable el motivo que lo contenga, aun cuando por otro concepto omitido pudiera existir vulneración de los preceptos o doctrinas legales que se citan:

c) En procurar que la denuncia se realice, como imperativamente resulta de los preceptos contenidos en el párrafo 1.º del artículo 1.720 y en el número 4.º del 1.729 de la Ley de Enjuiciar, citando "con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido", bajo pena de dar lugar a la inadmisión o desestimación del motivo confusa o imprecisamente formulado, e incurriéndose de modo general en tal falta o vicio cuando en un solo motivo se aducen como infringidos una pluralidad de preceptos legales, sin especificar o concretar, en cuanto a cada uno de ellos, la razón que justifique su pretendida vulneración;

d) En no olvidar, si el concepto específico denunciado es el de "interpretación errónea", que ésta sólo puede producirse al desentrañar el contenido, significado o sentido íntimo de una norma, con independencia de las cuestiones referentes a la oportunidad o inconveniencia de su aplicación al caso concreto de que se trata, y a la vista de los hechos que aparezcan en autos acreditados o improbados; es, pues, necesario que el Tribunal sentenciador se adentre en la exégesis de un precepto legal, o que lo aplique o deseche partiendo de la base de un equivocado sentido del mismo, para que pueda denunciarse con éxito este concepto específico de infracción, por lo que a "sensu contrario" no podrá darse tal caso cuando el juzgador de instancia no interprete ni se refiera para nada al precepto legal que, por ese concepto, se alegue como infringido.

REGLAS DE CRITERIO HUMANO: No implicando el artículo 1.253 C. c. una norma de valoración de la prueba, sino un precepto sustantivo que obliga a emplear las reglas a que debe someterse el raciocinio lógico, para derivar o inferir de un hecho conocido otro que no lo es, la vulneración de tales reglas llevan consigo la del precepto legal que las impone al juzgador, quien en la prueba de presunciones no la "aprecia", sino que la "construye" él mismo, por lo que aquella transgresión de las normas del criterio humano ha de ser denunciada en casación a través del número 1.º y no del 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar.

CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS: ERROR "IN QUALITATE": El error "in qualitate" es apto para impetrar, no la resolución, sino la anulación del contrato; el que, al no afectar a la sustancia de la cosa, sino a una de sus condiciones, exigiria, con arreglo al artículo 1.266 C. c., la prueba de que tal condición fue la que precisamente había dado lugar a la celebración del contrato. [S. 24 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

2. INTIMIDACIÓN: AMENAZA ILÍCITA: Para que la intimidación vicie el consentimiento es necesario que la coacción moral que la misma implica esté integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico, y tan fuerte que esa amenaza obligue al sujeto que la padece a que su voluntad determine en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento,

por lo que ha de existir un nexo causal entre éste y la intimidación; el mal con que se amenaza, además de ser inminente y grave, el cual exige el artículo 1.267 C. c., ha de ser injusto y no el que dependa del ejercicio de un derecho legítimo, como el de promover un procedimiento judicial, cuando está justificado.

INTIMIDACIÓN: HECHOS GENERADORES DE LA MISMA: *La existencia de los hechos generadores de la intimidación es de la apreciación de la Sala sentenciadora, y al Tribunal de casación le compete la calificación de esos mismos hechos para determinar si a ellos son aplicables los preceptos del C. c.*

IMPUTACIÓN DE PAGOS: *La imputación de pagos exige la existencia de un deudor y un solo acreedor de varias obligaciones homogéneas.*

ADECUADA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA: *La casación de fondo no puede fundarse en el defecto de "no estar redactada la sentencia en forma adecuada", porque es de orden procesal y sometido sólo a la vigilancia de los tribunales, según el artículo 373 de la Ley Procesal. [S. 15 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

3. ERROR DE DERECHO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL MISMO: *La formulación del motivo no es del todo correcta al mezclarse la cuestión referente a la existencia del error (de derecho) denunciado, con la repercusión jurídica del mismo, citándose preceptos legales que no son, ni se estimen por el recurrente, como normas calorativas de la prueba, mezclando así el aspecto fáctico con el jurídico, en mengua de la claridad y precisión exigidas por el primer párrafo del artículo 1.720 L. E. C., en la formalización del recurso.*

PRECEPTOS REGULADORES DEL VALOR Y EFICACIA DE LAS PRUEBAS: *Los artículos 1.250 y 1.253 C. c. no tienen el carácter de reguladores del valor y eficacia de las pruebas.*

Los artículos 1.218, 1.219 y 1.225 C. c. se refieren al valor de las manifestaciones de voluntad como hecho extrínseco y no a la veracidad intrínseca de las mismas, problema susceptible siempre de ser traído a juicio sin desconocer el hecho de que las manifestaciones de voluntad se hicieron efectivamente, fueran veraces o no.

El artículo 1.235 C. c. se trae al campo del recurso por la vía inadecuada (1) y contra la reiterada doctrina establecida por este tribunal en el sentido de que, al no implicar propiamente una norma valorativa de prueba, su denuncia en casación como infringido sólo puede operarse a través del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C.

INEXISTENCIA, NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS: *Al proclamar la sentencia de instancia que no existió precio para que pudiera tenerse por perfeccionada la venta, sino propósito de donar no plasmado en la forma solemne*

(1) La del error de derecho en la apreciación de las pruebas: núm. 7 del artículo 1.692 L. E. C.

que la ley exige para ello, dada la naturaleza (inmueble) de lo donado y por imperio del precepto terminante contenido en el artículo 653 C. c., es indudable que el documento privado de fecha 22-7-53 quiso reflejar un contrato realmente inexistente, tanto en concepto o calidad de venta como de donación; y al ser aplicable a tales contratos las normas referentes a la nulidad absoluta, carecen de aplicación al respecto cuantos artículos se citan referentes a la simple anulabilidad y por tanto los que admiten la convalidación por confirmación, expresa o tácita o por el simple transcurso del tiempo para la caducidad de la acción impugnatoria que en el recurso se citan (2), pues es de sobra sabido que en materia de contratación lo no existente o radicalmente nulo no puede convaler por el transcurso del tiempo.

ACCIONES DEL HEREDERO PARA IMPUGNAR LOS NEGOCIOS INEXISTENTES Y NULOS: *Lo dispuesto en el artículo 661 C. c. permite al sucesor desconocer o impugnar los negocios jurídicos inexistentes o incursos en vicio de nulidad absoluta. [S. 17 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

4. CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: ARTÍCULO 359 L. E. C.: *Reiteradamente tiene declarado este tribunal que en los tres casos a los que se refieren los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 1.692 L. E. C., es imprescindible la cita, como norma de Derecho infringida, del artículo 359 de la misma Ley Procesal Civil, precepto que tiene en casación carácter sustantivo o material y responde a la naturaleza de los vicios alegados, y al no acusarse su infracción en el particular que fuere procedente, se conculca lo dispuesto, como clara exigencia legal, por el artículo 1.720 L. E. C., y se incurre en la falta prevista en el número 4 de su artículo 1.729, defecto que en esta fase decisoria se convierte en causa de desestimación.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El error de hecho debe referirse a las afirmaciones o negaciones fáctico probatorias hechas por el Juzgador y éstas deben ser contradichas a medio de documentos auténticos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones e interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida, sin que tales documentos puedan ser los mismos sobre cuya interpretación, se haya discutido en el juicio y fuesen tenidos en cuenta por el sentenciador para emitir su fallo.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Se alega, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, la errónea interpretación "de las cláusulas del contrato", cuando lo que debería alegarse, en relación con tal convenio, sería la infracción de las normas legales que rigen la interpretación contractual contenidas en nuestro C. c.*

COMPROMISO: *En buena técnica procesal, la incompetencia de jurisdicción no puede confundirse con la excepción de compromiso, que debe ser alegada en forma.*

(2) El recurrente cita como infringidos, por falta de aplicación, los artículos 1.301, 1.310, 1.261 y 1.276 C. c.

CLÁUSULA PENAL: *El tribunal a quo sostiene que la cláusula penal, en su doble función reparatoria y punitiva, "requiere para su posible exigibilidad que subsistan esencialmente los mismos supuestos en base a los cuales se pactó, pues si éstos se alteran con variaciones trascendentales, la eficacia de tal cláusula desaparece", citando al respecto la Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1959, doctrina ésta que viene a ser la sostenida en la sentencia antes mencionada y que no se aparta de aquellas consecuencias de buena fe a las que se refiere el artículo 1.258 C. c. tomada la frase en sentido objetivo. [S. 13 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: En el mismo Considerando se recoge la aplicación que de esta doctrina hace el tribunal *a quo*—aplicación que en definitiva es la que prevalece— a la cuestión debatida en el litigio, esto es, la de la eficacia de una cláusula penal en un contrato de arrendamiento de obra (construcción de viviendas), en cuya ejecución la propiedad había ordenado importantes aumentos y rectificaciones:

"La situación fáctica en consideración a la cual la reiterada cláusula (penal) fue pactada, resultó manifiestamente alterada como consecuencia de los nuevos y sucesivos encargos de obra que implicando esencial variación del supuesto de hecho en que la cláusula en cuestión se apoyaba, motiva su inoperancia."

5. FALTA DE ACUERDO PREVIO ADOPTADO POR LA JUNTA VECINAL PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: **ARTÍCULO 370 L. R. L.:** *El acuerdo para litigar adoptado hace varios años, al amparo del cual se formuló la oportuna demanda, litigio que fue ejecutoriamente decidido, produjo en aquel momento todos sus efectos, quedando, por tanto, agotada la virtualidad, sin posible pervivencia al efecto de ejercitar nuevamente la acción ya decidida, y la sentencia entonces dictada ha hecho cambiar sustancialmente las circunstancias jurídicas existentes al adoptarse aquella resolución, y esta variación haría indispensable que fuera ponderada (por la Junta vecinal) para decidir el planteamiento de la nueva demanda, adoptando con tal fin el necesario acuerdo administrativo.*

CASACIÓN: **APLICACIÓN INDEBIDA EN SENTIDO NEGATIVO:** *La doctrina admite la denuncia de la aplicación indebida en sentido negativo, exclusivamente respecto a la violación de preceptos no aplicados. [S. 27 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

6. RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: **HECHOS IGNORADOS POR ALGUNA DE LAS PARTES:** *En el número 4.º del artículo 862 L. E. C., el legislador se refiere a "algún hecho de influencia notoria en el pleito", y no a documentos relativos al mismo si aquel hecho ha podido conocerse de otro modo.*

RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: **LITIGANTE REBELDE:** *El recurso concedido en el supuesto del número 4.º del artículo 862 L. E. C. se limita a los que son sujetos de la relación procesal entablada, puesto que literalmente se dice que "cuando después de dicho término (concedido para proponer la prueba en primera instancia) hubiese llegado a conocimiento de la parte algún hecho..."; señal inequívoca de que está imposibilitado de su ejercicio*

quien, como el recurrente, por estar en situación de rebeldía, no gozaba de la condición de parte, lo que en modo alguno significa que quede por ello en completa indefensión, ya que el propio artículo 862 L. E. C., en su número 5.º, permite un remedio específico que el recurrente no utilizó en defensa de sus derechos. [S. 12 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

7. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La incongruencia ha de suponer discrepancia entre lo resuelto y lo que haya sido objeto de debate, lo que no quiere decir que el Juez haya de acomodarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que el fallo ha de guardar acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos probados, y existe congruencia si las declaraciones de la sentencia tienen eficacia jurídica para que queden resueltos todos los puntos objeto de debate, y, por último, el referido requisito no exige que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de las partes, sin conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos que éstas expongan en el cuerpo de sus escritos.* [S. 29 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

V. Colaboración de José PERE RALUY

1. ARRENDAMIENTO O CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: *No se puede reconocer al ocupante la condición de arrendatario de local de negocio si, según la declaración, no combatida en forma, del órgano a quo lo ocupado es una alhóndiga municipal cuyo uso y disfrute se cedió al ocupante en virtud de una concesión administrativa fijándose el pago de un canon o tasa de modo unilateral y en concepto de almacenamiento de mercancías, ya que ello configura una relación jurídica en la que se perfila la actuación del Ayuntamiento revestido del "ius imperium", con cuyos elementos personales y reales se integra una concesión administrativa.*

INJUSTICIA NOTORIA: *La calificación que de la ocupación del local litigioso hace el órgano a quo no es una cuestión de hecho, sino un concepto jurídico, impugnabile al amparo de la causa tercera —infracción de ley—. [S. 4 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

2. RESOLUCIÓN POR CIERRE DEL LOCAL: CESE DE RELACIÓN CON EL PÚBLICO: *Si se reputa que la actividad comercial ejercida en el local arrendado requería contacto con el público, si el local deja de usarse para el destino comercial que se le dio al arrendarlo y cesa la relación con el público que antes se tenía en el local, el arrendatario no puede merecer la protección legal ante la negativa de prórroga del arrendador. [S. 28 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: *Utilizado el derecho de retorno, si el inquilino no desaloja el local objeto de la denegación de prórroga antes de transcurrir un año, es procedente la resolución del arriendo. Antes del desalojo del local es preciso suscribir el documento de retorno, sin que para ello precise que el arrendador garan-*

tice un retorno sin condiciones, ya que debe suscribirse el documento reflejando en él todas las discrepancias de criterio que pueda haber sobre el alcance de la reserva del local. [S. 7 de abril de 1967; no ha lugar.]

4. RESOLUCIÓN POR TRASPASO, O SUBARRIENDO: SUPUESTO MANDATO PARA ENCUBRIR LA TRANSMISIÓN: *Si la supuesta administración conferida por el arrendatario al ocupante del local se le concedió por el plazo de 12 años, durante los cuales no podía designarse otro administrador, si el nombrado abonaba por su designación 40.000 pesetas al supuesto mandante, el que percibía además 2.500 pesetas mensuales, con derecho a la ración alimenticia para cuatro personas, y si el administrador asumía el cumplimiento de todas las obligaciones del negocio, tales pactos —insólitos cuando de verdadero mandato se trata— y algunos de los cuales como el de irrevocabilidad y el de no rendición de cuentas (también establecido en el contrato) están en pugna con las características esenciales del mandato y hacen lógica la conclusión de que la convención no tenía de mandato más que la apariencia y que en realidad lo pactado fue la transmisión del negocio y del local en que éste radicaba.*

PRUEBA: CONFESIÓN EN JUICIO: *La confesión judicial no tiene el valor de prueba plena cuando hay otras pruebas que la contradicen. [S. 4 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

5. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: OCUPACIÓN TOTAL O PARCIAL: *Si en el local arrendado se introduce un extraño al arrendatario, que explote en el mismo el negocio de transportes que había adquirido el primero, y tal introducción se realiza sin los requisitos que la ley exige para su validez, ello determina la resolución del arrendamiento, siendo intrascendente que la ocupación del local por el tercero sea total o parcial y que haya cesado o continúe. [S. 11 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

6. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR SUPUESTO TRASPASO: CAMBIO DE SOCIOS EN SOCIEDAD PERSONALISTA: *Es reiteradísima la doctrina del T. S. en el sentido de que las separaciones y cambios de socios en las sociedades personalistas arrendatarias determinan cesiones que, si no han sido consentidas por el arrendador, dan lugar a la resolución del contrato de arriendo, y ello porque si la nota distintiva de una sociedad de trabajo o colectiva es que mediante ella se establece una comunidad de actividades en que todos los socios participan, es evidente que la eliminación de cualquiera de ellos determina una modificación de aquella responsabilidad y produce una variación subjetiva en la esencia y naturaleza de dicha entidad. [S. 8 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

7. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *Si el inquilino, sin consentimiento del arrendador, suprimió la puerta que daba acceso desde la sala de espera al pasillo, abriendo otra puerta, tal obra, por alterar la configuración de la cosa arrendada, es causa de resolución.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Las cuestiones nuevas no pueden plantearse, con éxito, en el trámite de injusticia notoria.*

CONSIGNACIÓN O PAGO DE RENTAS EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO: *Acreditado, por el arrendatario, que se hallaba al corriente del pago de rentas al interponer el recurso, si con posterioridad a ello incurre en mora, el arrendador podrá pedir se declare desierto el recurso, previo cumplimiento de la intimación prevista en la L. A. U., pero tal petición no puede hacerse en el acto de la vista porque en tal momento ya no hay términos hábiles para hacer, al arrendatario, el requerimiento en cuestión. [S. 31 de diciembre de 1967; no ha lugar.]*

8. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: CEDENTE NO EMPLAZADO: *Si bien en el proceso resolutorio de arriendo de local de negocio por traspaso irregular no es preciso demandar al cesionario, es imprescindible que la demanda se dirija contra el cedente, único obligado a justificar su conducta respecto a la infracción legal que se imputa. [S. 9 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

9. INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA: LAPSUS EN LA MISMA ACLARADO EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO: CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO: *Si entre los fundamentos de la sentencia recurrida se dice "el documento en que se solicita el cambio de titularidad para iniciar el comercio iba firmado también por la demandante, esto supone un conocimiento expreso sobre este particular o tácito", ello obedece, sin duda, a error material, al decir "conocimiento" en vez de "consentimiento", porque éste, como acto de voluntad, requiere exteriorización o manifestación externa de lo deseado o permitido, en este caso representado por la solicitud administrativa pidiendo la titularidad del negocio a nombre de la hija del arrendatario a quien se dice hecha la cesión que se invoca como causa de resolución, mientras que el conocimiento pertenece a la interioridad del sujeto, lo que autoriza a sentar que la sentencia recurrida quiso afirmar la existencia del consentimiento tácito. [S. 29 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

10. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Procede desestimar el recurso basado en una motivación en la que no se expresa el concepto por el que se estiman cometidas las infracciones denunciadas. [S. 21 de enero de 1967; no ha lugar.]*

11. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *Cada infracción que se impute a la sentencia ha de ser objeto de un motivo distinto, para que el recurso tenga la debida claridad y precisión, siendo causa de desestimación el amalgamar en un solo motivo la denuncia de varias contravenciones. [S. 13 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

12. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No tiene cabida en la causa 4.^a—error de hecho— un alegato con elucubraciones doctrinales de carácter jurídico en el que se pretende sacar conclusiones opuestas a las de la sentencia recurrida. Va contra la claridad y precisión exigidas en el recurso, la inclusión en un mismo motivo de infracciones heterogéneas y la cita de preceptos legales referentes a materias tan faltas de relación como el traspaso, la herencia y la cosa juzgada. [S. 1 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

13. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Contra la apreciación fáctica del órgano de instancia no puede prevalecer la del recurrente, derivada de una desarticulación de la prueba conjunta.* [S. 11 de febrero de 1967; no ha lugar.]

14. CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito, en casación, cuestiones nuevas. Si bien, según la jurisprudencia, no tiene la condición de cuestión nueva la que en materia de incompetencia de jurisdicción pueda plantearse al amparo del artículo 74 de la L. E. C., tal doctrina no es aplicable cuando el hecho en que pretende basarse la incompetencia no fue alegado ni controvertido en el periodo expositivo del pleito.* [S. 29 de marzo de 1967; no ha lugar.]

15. NULIDAD DE CONTRATO DE TRASPASO DE LA TOTALIDAD DEL DERECHO ARRENDATICIO REALIZADO POR UNO DE LOS COARRENDATARIOS: *El traspaso de la totalidad del derecho arrendaticio realizado por uno de los coarrendatarios sin el consentimiento ni aun el conocimiento del otro coarrendatario (que cuando se enteró del traspaso lo impugnó), es un acto que, si por un lado, incide en la nulidad del artículo 4.º del C. c. por suponer un acto de alteración de la cosa común realizado sin el consentimiento unánime de los partícipes, por otro, incide en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261 C. c. El acto nulo de pleno derecho, no puede ser sanado ni convertido en un contrato de enajenación parcial de la cuota del comunero que efectuó el acto de disposición, pues lo nulo ningún efecto puede producir, y el contrato en cuestión no es confirmable. Al no existir una solidaridad expresa entre los coarrendatarios—y la solidaridad no puede presumirse—, uno solo de los titulares no podía estar en condiciones de obligar al otro.* [S. 10 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho civil

1. SUBARRIENDO; EXTINCIÓN: *Extinguido el contrato de arrendamiento por renuncia de la arrendataria, los subarriendos sobre él concertados quedan necesariamente resueltos.* (Sentencia de 4 de julio de 1967; no ha lugar.)

2. CESIÓN DE VIVIENDA; PRESCRIPCIÓN: *Lo que no cabe imaginar es que nuestro ordenamiento jurídico-positivo establezca, al igual que todas las legislaciones del mundo, la institución básica de la prescripción de toda clase de derechos y acciones, tanto de naturaleza civil y penal, y pueda llegar a sostenerse que de dicha generalidad quedan exceptuadas las cesiones de viviendas entre parientes, siendo así que la doctrina general de la suplicación afirma de manera virtualmente unánime la aplicabilidad de las normas de caducidad a la subrogación familiar irregular.* (Sentencia de 6 de octubre de 1967; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA; PROPIA NECESIDAD; EXISTENCIA: *La necesidad como causa legal de resolución del contrato de inquilinato viene determinada por la insuficiencia del local para cubrir las necesidades de vivienda en relación con las personas que componen la familia, conforme a su estado, edad y sexo, sin que de aquélla pueda darse un concepto en términos absolutos, sino que hay que apreciarla en cada caso concreto a tenor de las circunstancias concurrentes.* (Sentencia de 13 de julio de 1967; ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA; PROPIA NECESIDAD; EXISTENCIA: *Aun cuando existe cierta dificultad para definir la necesidad, entendiéndola como algo mayor que un mero deseo o simple conveniencia e inferior a lo forzoso o de obligado e ineludible cumplimiento, en el caso de autos, hay que reconocer que la necesidad en el expresado sentido se ha dado, puesto que en realidad el cambio de residencia que pretende la actora significa el medio que posee para lograr, si no un total restablecimiento, si al menos una atenuación o mejoría de la dolencia crónica que padece, lo que, sin duda, constituye una legítima y justa aspiración de todo enfermo incurable.* (Sentencia de 21 de septiembre de 1967; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA; DESOCUPACIÓN; INEXISTENCIA: *Hay que entender forzosamente que no basta con que el inquilino se ausente por tiempo superior a seis meses en el año, si la vivienda permanece ocupada por otras personas, ya dependan de él o no, pues existiendo habitantes en el piso es'*

evidente que no cabe hablar de desocupación y la ausencia del inquilino podría dar origen a otra causa de resolución del contrato, pero nunca a la desocupación. (Sentencia de 2 de octubre de 1967; ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: INTERPRETACIÓN: *La palabra "desocupación", que la L. A. U. emplea, ha de entenderse en el sentido de que se pueda ocupar, de que no existan en la vivienda personas que puedan impedir que entre en el uso o disfrute de la misma el inquilino de que se trate, ni le obliguen a la conveniencia con otras personas, es decir, que la vivienda se halle a su total disposición.* (Sentencia de 3 de octubre de 1967; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRORROGA: DESOCUPACIÓN: INTERPRETACIÓN: *Es bien diferente que la vivienda se halle "habitualmente deshabitada", que es la circunstancia que atribuye prioridad a la selección, según el artículo 64 de la L. A. U., de la no ocupación seis meses dentro de un año, que es, conforme al número 3.º del artículo 62 del mismo texto, la que confiere acción para la resolución del arrendamiento.* (Sentencia de 3 de octubre de 1967; no ha lugar.)

8. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: LÍMITES: *El derecho del arrendador para resolver el contrato de arriendo por causa de necesidad no puede ser enervado por obligaciones y compromisos de carácter fiscal.* (Sentencia de 9 de octubre de 1967; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN: *Habiendo sido demandado el arrendador, ya era éste elemento bastante para constituir la relación jurídica procesal debatida, pues la renta es un factor del contrato de arrendamiento, y éste, como mero acto administrativo que es, puede ser acordado por quien lleve la administración de la vivienda, sin que sea preciso que intervengan los condueños todos.* (Sentencia de 5 de octubre de 1967; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *La L. A. U. permite denunciar la equivocada valoración de la prueba en caso de errónea aplicación del abuso del derecho, pero no el proceso contrario, es decir, que por una determinada valoración de las pruebas practicadas se haya incurrido en errónea aplicación del abuso del derecho.* (Sentencia de 5 de octubre de 1967; no ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE Y RALUY

I. Derecho Civil

1. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO MIXTO DE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: *Cuando la cosa arrendada comprende, con un local, una vivienda, hay que considerar elemento principal, a efecto de la calificación, al local de negocio.* (S. 28 abril 1967; no ha lugar.)

2. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: DESTINO DE HECHO: *Si en el contrato no se expresa el uso que ha de darse a la cosa arrendada, el destino que de hecho se dé a la misma es fundamental para la calificación del arriendo.*

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN CATALUÑA: *La actora, de regionalidad catalana, está legitimada para la postulación efectuada por sí misma en virtud del artículo 49 de la Compilación catalana.*

SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: DECISIÓN SOBRE EL FONDO: *Cabe en suplicación la censura del artículo 123 de la LAU. Si los órganos de instancia declararon su incompetencia objetiva, la Sala, si los estima competentes, puede entrar en el examen del fondo del asunto.* (S. 9 marzo 1967; ha lugar.)

NOTA: Aunque sea discutible la terminología utilizada, es indudable el acierto de la doctrina que afirma la capacidad de la mujer casada catalana para ejercitar acciones sobre sus bienes parafernales —entre ellas, las arrendaticias— sin necesidad de licencia marital. Nótese también que la última de las máximas transcritas viene a ratificar la acertada doctrina, que ya puede considerarse general en suplicación, según la cual la Sala puede actuar en funciones de órgano de instancia, cuando no lo hayan hecho los órganos *a quo* por estimarse incompetentes o cualquier otra causa obstativa que no aprecie el órgano de suplicación. La inexistencia de normas sobre reenvío y la acertada aplicación del principio de economía procesal conducen a tal solución.

3. DURACIÓN DEL ARRIENDO: *En los contratos de arriendo de la LAU, de duración indefinida, es aplicable el artículo 1.581 del C. C. para determinar la duración de los mismos.*

ACTOS PROPIOS: *El principio de respeto a los actos propios es aplicable en materia de legitimación.* (S. 5 mayo 1967; no ha lugar.)

4. NOTIFICACIONES NOTARIALES: RETRASO EN LA NOTIFICACIÓN IMPUTABLE AL NOTARIO: *Si el inquilino compareció un 28 de septiembre —dentro del plazo legal— ante el Notario para encargar a éste la realización de una notificación al arrendador y ésta se realiza por el fedatario el 4 de octubre siguiente*

—fuera del plazo legal—, el retraso no puede perjudicar al inquilino notificante. (S. 17 mayo 1967; no ha lugar.)

5. PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *Es lógico considerar como subarrendatario a quien convive con el inquilino sin ser pariente del mismo ni tener amistad especial con él.* (S. 24 febrero 1967; no ha lugar.)

6. PRESUNCIÓN DE CESIÓN DE VIVIENDA: *Si el inquilino abandona el piso que ocupaba, dejando en él a un hijo casado sin relación de vida familiar ni dependencia económica respecto al inquilino, realiza una cesión de vivienda.* (S. 7 febrero 1967; no ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: LEY APLICABLE: NÚMERO DE TRANSMISIONES: DERECHO INTERTEMPORAL: *La subrogación arrendaticia "mortis causa" se rige por la ley vigente al tiempo del fallecimiento. Si por haberse omitido la notificación preceptiva con arreglo a la antigua legislación para la aplicación de dos transmisiones sucesivas, se perdió el derecho a una segunda subrogación, dicho derecho no puede ser reclamado, aunque la defunción del primer sucesor haya tenido lugar bajo el imperio de la vigente LAU.* (S. 26 enero 1967; no ha lugar.)

8. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": DERECHO INTERTEMPORAL: *Quien no realizó la notificación prevista en la Disp. transitoria 8.ª de la LAU perdió el derecho a ulteriores subrogaciones "mortis causa".* (S. 19 junio 1967; ha lugar.)

9. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": FILIACIÓN ILEGÍTIMA NO NATURAL: *Para determinar la prioridad en orden a la subrogación no hay que tener en cuenta los hijos ilegítimos no naturales, ya que la subrogación arrendaticia "mortis causa" sólo beneficia a la filiación legítima y natural —y a la adoptiva—.* (S. 7 febrero 1967; no ha lugar.)

NOTA: Nada hay que objetar a la anterior doctrina, ya que, efectivamente, el texto de la LAU excluye, *a contrario sensu*, a la filiación ilegítima no natural. Lo que sí es censurable, por constituir una aberración incompatible con la sensibilidad actual, es el criterio legislativo tanto en relación a este punto concreto como en general a casi toda la regulación de la filiación extramatrimonial.

10. NECESIDAD: *Puede invocar la situación de necesidad quien carece de vivienda propia e independiente; no puede imponerse una convivencia no deseada.* (S. 20 junio 1967; no ha lugar.)

11. NECESIDAD: SELECCIÓN: FAMILIA MÁS NUMEROSA: *No pueden computarse miembros de la familia del inquilino los que en realidad componen otra familia —la del cuñado de aquél— que conviven con el citado inquilino.* (S. 22 febrero 1967; ha lugar.)

12. NECESIDAD: COMODIDAD: *No cabe basar con éxito la denegación de prorroga por necesidad en el hecho de que al habitar en la vivienda objeto de la*

denegación de prórroga se acortaría algo la distancia entre la morada y el lugar de trabajo respecto a la existente en la vivienda ocupada actualmente por el beneficiario de la denegación de prórroga. (S. 19 enero 1967; ha lugar.)

13. NECESIDAD: REQUERIMIENTO: *No es preciso que en el requerimiento denegatorio de prórroga por necesidad se haga referencia a la indemnización a abonar al inquilino.* (S. 21 enero 1967; no ha lugar.)

14. NECESIDAD DE QUIEN DESEA DEJAR DE TRABAJAR: *Quien desea abandonar su profesión de ama de llaves y dejar de trabajar para constituir un hogar propio en el que atender a su madre vieja y enferma puede invocar la situación de necesidad de vivienda, la que existe si se habita en vivienda ajena y se desea ocupar la propia.* (S. 3 abril 1967.)

15. ABUSO DE DERECHO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Si el arrendador, con ligero margen de tiempo superior a los seis meses, antes de la notificación denegatoria de prórroga arrendó a un tercero otra vivienda de su propiedad y no justifica la variación de circunstancias de convivencia familiar en ese intervalo, hay que entender que la denegación de prórroga incide en abuso de derecho.* (S. 11 mayo 1967; ha lugar.)

16. NECESIDAD: BENEFICIARIO QUE YA DISPONE DE UNA VIVIENDA: *No se da la situación de necesidad si el beneficiario de la denegación de prórroga tiene a su completa disposición otra vivienda y no se halla obligado a desalojar la misma.* (S. 21 abril 1967; no ha lugar.)

17. SELECCIÓN EN LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FAMILIA MÁS NUMEROSA: *A efecto de la selección con base en el número de familiares, no cabe equiparar los familiares no sujetos a la autoridad familiar del inquilino con los que están sujetos a su potestad.* (S. 2 febrero 1967; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *El plazo de seis meses no es preciso que discurra dentro de un mismo año natural.* (S. 18 mayo 1967; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *No puede decirse que se dispone de dos viviendas si una de las dos que se alega que están ocupadas por él, la habita un hermano, y no es, por tanto, el inquilino demandado el arrendatario de hecho.* (S. 1 junio 1967; no ha lugar.)

20. FIANZA: *La cantidad que el arrendatario entrega al arrendador para su devolución al dejar libre el primero la cosa arrendada tiene el carácter de fianza.* (S. 15 junio 1967; no ha lugar.)

21. NECESIDAD: LEGITIMACIÓN DE COMUNERO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR MANDATARIO: *El comunero se halla legitimado para el ejercicio de la denegación de prórroga por necesidad; la cuestión de si el ejercicio de la acción es beneficioso o no, para la comunidad, ha de ventilarse entre los comuneros*

y no es cuestión que afecte a terceros como el arrendatario. La denegación de prórroga puede realizarse a virtud de un requerimiento efectuado por mandatario, ya que tal requerimiento no es un acto personalísimo. La denegación ha de basarse en la causa alegada en el requerimiento previo. (S. 20 junio 1967; ha lugar.)

22. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES RESOLUTORIAS: MUJER CASADA CATALANA: *La mujer casada puede ejercitar una acción resolutoria sin necesidad de licencia marital con referencia a un arrendamiento de bien parafernial suyo.*

NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Hay que reconocer el derecho de cada familia a tener vivienda independiente como base de las denegaciones de prórroga por necesidad.* (S. 21 febrero 1967; no ha lugar.)

23. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS: PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA: *No es necesario que se diga, en la sentencia que autoriza la realización de obras por el inquilino, que las efectuadas quedarán a beneficio de la finca, pues basta con que se trate de obras autorizadas judicialmente, para que así se ctienda.*

SUPPLICACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: *La concurrencia de circunstancias que en cada caso revelan la condición de arrendatario que se invoca es una cuestión de hecho y un problema de legitimación activa extraño al recurso de suplicación.* (S. 13 enero 1967; no ha lugar.)

NOTA: Ciertamente que los hechos determinantes de la legitimación *ad causam* son extraños al campo del recurso de suplicación, pero no lo es la valoración jurídica de tales hechos, a efectos de determinar si ante una situación fáctica determinada puede o no considerarse legitimado activamente al demandante.

24. RESOLUCIÓN: PLURALIDAD DE OCUPANTES: LEGITIMACIÓN PASIVA: SUPUESTA NULIDAD DE ACTUACIONES: *No procede declarar la nulidad del juicio por el hecho de no haberse demandado a todos los ocupantes, aunque la sentencia no afectara más que al demandado y a los que traigan causa del mismo.* (S. 20 junio 1967; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: RÉGIMEN ANTERIOR A LA VIGENTE LAU: CADUCIDAD: SUBROGACIÓN IRREGULAR EN FAVOR DE PARIENTES: *Bajo el régimen de la LAU anterior a la reforma de 1964, el plazo de caducidad empezaba a correr desde la fecha en que el inquilino abandonaba la vivienda dejando en ella a unos familiares: el plazo de caducidad es aplicable a la cesión por subrogación familiar irregular, pues los parientes no pueden ser de peor condición que los extraños a efectos de la resolución por cesión ilícita.* (S. 11 abril 1967; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *No opera la caducidad de la acción resolutoria por cesión irregular, si la misma no se ha notificado al arrendador.* (S. 17 marzo 1967; no ha lugar.)

27. ARRENDAMIENTOS NOTORIAMENTE GRAVOSOS PARA LA PROPIEDAD: RESOLUCIÓN DE LOS OTORGADOS POR EL ARRENDADOR-USUFRUCTUARIO: *Resulta notoriamente gravosa para la propiedad la conversión de un arriendo de local de negocio con vivienda en otros dos, uno de vivienda y otro de local de negocio. Las normas sobre rescisión por lesión pueden servir de pauta para la calificación de un arriendo como notoriamente oneroso para la propiedad.* (S. 17 enero 1967; ha lugar.)

II. Derecho Procesal

1. DOCTRINA LEGAL A EFECTOS DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal. Las sentencias dictadas en recursos de suplicación no constituyen doctrina legal.* (S. 5 junio 1967; no ha lugar.)

2. ABUSO DE DERECHO: RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Sólo cabe abordar en suplicación el tema del abuso de derecho si el Juez lo aplicó en la instancia.* (SS. 26 mayo y 5 junio 1967; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS PROCESALES: ABUSO DE DERECHO: *El recurso de suplicación no puede basarse en la infracción de normas procesales, como la del artículo 533, núm. 4, de la LEC, relativa a la falta de capacidad procesal, distinta de la falta de acción. No cabe discutir sobre el abuso de derecho en suplicación si no se invocó en la instancia.* (S. 30 junio 1967; no ha lugar.)

4. SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *El recurso se da contra el fallo y no contra los considerandos.* (S. 22 junio 1967.)

5. SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *No cabe basar el recurso de suplicación en la infracción de normas procesales.* (S. 15 junio 1967; no ha lugar. Igualmente S. 8 mayo 1967.)

6. OBLIGACIÓN DE PAGO O CONSIGNACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS: *Procede con arreglo a derecho el Juzgado de 1.ª Instancia, que declara desierto el recurso por haberse interpuesto por el inquilino sin acreditar el pago o consignación.* (S. 4 abril 1967; no ha lugar.)

7. NECESIDAD DE PRECISIÓN SOBRE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA: *No basta que en la sentencia de instancia se diga "que se ha probado el hecho constitutivo fundamental del derecho que integra la acción", sino que es imprescindible expresar cuál es tal hecho, ya que la calificación jurídica puede ser revisada en suplicación, y tal revisión sería imposible con semejante concreción de los hechos.* (S. 6 marzo 1967; ha lugar.)

3. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUPUESTOS QUE NO IMPLICAN SUBARRIENDO: *No constituye subarriendo el hecho de que en el hotel que es explotado en el local de negocio arrendado consta que desde hace unos veintitrés años se expenden entradas para el fútbol los días de partido, pero no aparece que haya establecida una oficina utilizada por entidad extraña al arrendatario que implique una ocupación o goce parcial del inmueble, dado que, además, se acredita que la expresada dedicación se realiza de manera gratuita, por mera colaboración deportiva, así como tampoco puede tener significación para reputar subarriendo la expendición de boletos de las Apuestas Deportivo-benéficas, puesto que esas operaciones hechas en nombre propio no pueden implicar nunca un disfrute del local por la Delegación del Patronato correspondiente, dado que el sistema de expendición, como es sabido, no constituye dependencia del organismo oficial, sino una actividad más desarrollada por los establecimientos que se lucran con el porcentaje que les proporcionan este servicio. (Sentencia de 22 de mayo de 1955; desestimatoria.)*

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRASPASO: *En el traspaso de local de negocio tiene lugar la transmisión de la relación obligatoria como un tipo que implica la transferencia de las prestaciones correspectivas, que no excluye la idea de novación, en el sentido de nacimiento de una convención jurídica nueva de igual contenido y estructura que la anterior, cuyo concepto es compatible con la definición sentada por el artículo 29 de LAU, por lo que concorde con esta doctrina el T. S. ha venido a deslindar el campo de eficacia contractual en la S. de 28 de abril de 1964, al declarar que la subrogación de los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento en favor y en contra del arrendatario por traspaso no quiera decir que éste "debe responder de las transgresiones cometidas por el arrendatario cedente, sino que responderá sólo de las infracciones que le sean a él imputables", lo que no ocurre para el supuesto de cambio de arrendador, ya que éste adquiere los derechos y soporta las obligaciones surgidos del contrato precedente. (Sentencia de 22 de mayo de 1965; desestimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR HOSPEDAJE ILEGAL: *A efectos del cómputo de los huéspedes no puede aplicarse el artículo 18 para contar como uno sólo el matrimonio y el hijo y como otro la sirvienta, porque expresamente dice la Ley en el propio artículo 21 que lo dispuesto para el subarriendo no es aplicable al*

inquilino que, al amparo de lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 4.º, ejerza en la vivienda la industria doméstica de hospedaje. (Sentencia de 4 de junio de 1965; desestimatoria.)

4. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: LA AYUDA DE UN FAMILIAR NO SUPONE TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO NI SUBARRIENDO: *Un taller de electricidad instalado en la propia vivienda y en el que trabaja solo el inquilino, que es viudo, aunque ayudado por su yerno, participa de las plenas características de una pequeña industria doméstica y no cabe imputar transformación de la vivienda en local de negocio, y por otra parte, la presencia del hijo político del arrendatario con su familia en la vivienda cuestionada, cuando además dicho hijo tiene domicilio distinto y en él tiene establecido su propio taller también de electricidad, no puede ser reputada de subarriendo, a poco que se medite sobre el normal ejercicio de las relaciones parentales tan próximas e íntimas, dado que el inquilino es viudo.* (Sentencia de 8 de junio de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS CUYA INFRACCIÓN NO PUEDE SER ALEGADA: *Debe desecharse, por imperativo del carácter y naturaleza del recurso de suplicación, cualquier alusión a preceptos o normas ajenas a la LAU, o que, como el artículo 1.214 del Código civil, conducen a un nuevo análisis valorativo de las pruebas totalmente al margen de la finalidad y carácter del recurso de suplicación.* (Sentencia de 25 de mayo de 1965; desestimatoria.)

4. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil

1. NECESIDAD: NO CONCORRE: CASUÍSTICA: *No concurre necesidad si la beneficiaria de la denegación de prórroga contrajo matrimonio el 7 de septiembre de 1963, no practicándose el requerimiento hasta el 16 de marzo de 1964, sin que se inicie la vía judicial hasta después de transcurridos más de dos años, alegándose que ante la imposibilidad de encontrar vivienda en alquiler adecuado al presupuesto familiar, se instalaron los cónyuges en un piso que les facilitó tercera persona, la que no lo había tomado en arriendo al trasladarse a la capital, pues no deja de extrañar, si ese piso fue cedido de favor, que no se tratara desde el primer momento de poner remedio a la alegada inestabilidad del hogar, reclamando entonces la vivienda que muy posteriormente se pretende obtener, y que el 21 de octubre de 1963, al mes y pico de contraerse el matrimonio, el actor y padre de la presunta necesitada reclamara mediante el oportuno requerimiento de denegación de prórroga otro piso ubicado en el mismo inmueble para proporcionar vivienda independiente a su madre, que había pasado a convivir con él desde que se quedó viuda en enero del mismo año. (Sentencia de 3 de diciembre de 1966; estimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR DERRIBO: SITUACIONES DE SUBARRIENDO EN EL INMUEBLE: *Ningún precedente legal impone, y menos el número segundo del artículo 78 LAU, la necesidad de que para ejercitar acciones denegatorias de la prórroga del arrendamiento el arrendador tenga que dirigirse también contra los subarrendatarios o hacerles notificación de clase alguna. (Sentencia de 12 de diciembre de 1966; desestimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR DERRIBO: PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN CONCEDIDO AL ARRENDATARIO POR EL ARTÍCULO 81 LAU: *El plazo para el ejercicio de la facultad que al arrendatario confiere el artículo 81 LAU ha de producirse dentro del año de la notificación del propósito de derribo que señala el artículo 78, hasta tal punto que el arrendatario que no desaloja el local en este plazo pierde el derecho de opción. (Sentencia de 12 de diciembre de 1966; desestimatoria.)*

4. RESOLUCIÓN POR DERRIBO: INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVAR VIVIENDAS Y LOCALES DE NEGOCIO: NO HAY NECESIDAD DE DEMANDAR AL OCUPANTE PARA CONSEGUIR SU LANZAMIENTO AL AMPARO DE LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 88 LAU: *Este precepto que precisa que al reclamar el inquilino la vivienda esta acción llevará implícito el lanzamiento del ocupante,*

sin perjuicio de que éste pueda obtener del arrendador la indemnización de daños y perjuicios que proceda, salvaguarda el derecho del ocupante frente al arrendador, pero no frente al arrendatario que ninguna relación tiene con aquél, no teniendo que ser oído ni vencido en la acción ejercitada, y como su adecuada defensa está reconocida en dicho artículo, al mismo tiene que sujetarse, sin que sea de aplicación al caso debatido el artículo 1.252 del Código civil. (Sentencia de 14 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

5. NECESIDAD: DESEO DE VIVIR CON INDEPENDENCIA: CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN DAR LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *La situación de convivencia a la que dice querer poner término la actora, soltera y de 69 años, es la que siempre ha mantenido con una hermana suya, también soltera y de 71 años, primeramente con su madre hasta el fallecimiento de ésta en 1939, y desde entonces en la misma casa que dividieron en dos, una, la arrendada al inquilino demandado, adjudicada a la actora, y otra que se adjudicó a la hermana mayor, en la que quedaron ambas viviendo juntas, sin que deje de extrañar que a estas alturas, cuando más necesidades han de encontrarse del cariño y mutuo auxilio, quiera ponerse fin a esa convivencia. (Sentencia de 15 de diciembre de 1966; desestimatoria.)*

6. CESIÓN DE LA VIVIENDA A PARIENTES: CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *La cesión a parientes sin observarse las formalidades legales hace que tal cesión se considere comprendida en la regla general del artículo 25, como cesión ilegal, y por ello, sujeta la actuación de una y otra parte a lo especificado en dicho precepto conforme a su redacción del Decreto de 13 de abril de 1956 o al artículo 36 de la Ley de 1946, y, por tanto, la acción del arrendador está sujeta a caducidad. (Sentencia de 7 de enero de 1967; desestimatoria.)*

7. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AMUEBLADA: *Es posible pretender esa reducción por aplicación de lo prevenido en los artículos 43 y 103 LAU, aun cuando no se haya hecho discriminación de la renta, pues el artículo 44 establece en este supuesto que corresponderá al mobiliario la mitad de la estipulada globalmente, sin que pueda aplicarse la doctrina sentada por el T. S. en sentencias de 1.º de julio de 1954, 18 de marzo de 1958 y 30 de junio de 1960, que contemplan el supuesto de arrendamiento conjunto, por la misma renta global y sin atribución de cuotas, del local de negocio y enseres o elementos radicados en dicho local, y que constituyen elemento auxiliares de la actividad comercial, razón por la que no existían términos hábiles para discriminación alguna. (Sentencia de 31 de enero de 1967; desestimatoria.)*

8. NECESIDAD: CONCURRE: CASUÍSTICA: *Si la sentencia da como probado que la actora vive desde 1963 acogida a la hospitalidad de unas amigas en el domicilio de las mismas, la cesación de ese estado de convivencia no puede menos de estimarse por sí solo suficiente para que constituya una auténtica necesidad la ocupación de la vivienda que reclama. (Sentencia de 31 de enero de 1967; desestimatoria.)*

9. PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA NECESIDAD DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 63 LAU: INCONGRUENCIA DEL PLAZO LEGAL: *No cabe retrotraer a más de seis meses el plazo señalado en dicho precepto, por lo que el hecho de que la actora dispuso y ocupó una vivienda de su propiedad, desde el año 1958 en que la compró hasta el mes de julio de 1963 que la vendió, fecha esta última anterior en más de once meses a la de 28 de septiembre de 1964 en que se denegó la prórroga impide la aplicación de la norma.* (Sentencia de 31 de enero de 1967.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *Mal se compagina con la pretendida errónea aplicación del abuso de derecho su no aplicación en la sentencia recurrida.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COSA JUZGADA: *La presunción establecida en el artículo 63, caso 4.º, de su apartado segundo; o sea, el verse obligada la presunta necesitada a desalojar su vivienda por causa absolutamente ajena a su voluntad, alegada en el primer proceso, y el deseo de poner fin a una convivencia para establecer un hogar independiente, son supuestos de hecho no totalmente coincidentes en cuanto a la causa de pedir, por lo que no es dable apreciar la triple y perfecta identidad exigida por el artículo 1.252 del Código civil para que pueda operar la presunción de cosa juzgada.* (Sentencia de 15 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INCONGRUENCIA: *Habiéndose alegado como causa de necesidad y supuesto básico de la pretensión resolutoria que la madre del actor para la que se reclama la vivienda litigiosa se, trasladó desde N. a U., en cuya última ciudad estaba viviendo provisionalmente en el domicilio de una hermana suya, del que fue despedida mediante acto de conciliación, originándose la situación de necesidad amparada por el artículo 62, número 1 y 63, número 1 y 4 LAU, sobre esos dos extremos debió de pronunciarse el Juez de apelación, por lo que al no haberlo hecho así en la sentencia hoy suplicada, cuyo fallo absolutorio no se funda para nada en la desestimación de la necesidad alegada en la demanda, incurrió en el vicio de incongruencia.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1966; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE ADHESIÓN AL MISMO POR LA PARTE RECURRIDA: *La regulación legal del recurso de suplicación no autoriza la adhesión al mismo de la parte recurrida cuando se le da el traslado preceptuado al único efecto de impugnarlo, razón por la que todos los pronunciamientos de la sentencia impugnada que no fueron materia de la suplicación interpuesta en su plazo y oportunidad por el demandado apelante, quedaron firmes y sin posibilidad de impugnación por el demandante apelado, que no entabló contra los mismos recurso de suplicación en el plazo establecido en el número 1º del artículo 133 LAU.* (Sentencia de 31 de enero de 1967; desestimatoria.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.