

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XIX
FASCICULO IV



OCBRE.-DICBRE.
MCMLXVI

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

- FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados* ... 767
- ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *La conmutación de la fe legítima de los hijos naturales reconocidos* ... 779
- MANUEL SÁINZ LÓPEZ-NEGRETTE: *Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por norteamericanos* ... 795

Estudios de derecho extranjero

- JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: *La sucesión forzosa del cónyuge viudo en el derecho chileno* ... 829

Vida Jurídica

I. Noticias

- Joan Martí i Miralles y sus "PRINCIPIS DEL DRET SUCCESSORI, por Juan B. Vallet de Goytisoló" ... 843

II. Dictámenes

Dictamen acerca de la interpretación del testamento cerrado de doña L X X, por Juan Vallet de Goytisolo 849

Bibliografía

Libros 858

Libros recibidos: S. Bratous: *Principes de la legislation et de la procedure civile en U. R. S. S.*, por M. Alonso Olea; Chico Ortiz, José María, Fernández Caballero, Eugeni y Agero Hernández, Vicente: *Manual del registro de la propiedad*, por R. Izquierdo Asensio; De la Villa, Luis Enrique: *El trabajo a domicilio*, por Jalme del Montalvo; Hamiaut, Marcel: *La reforme des regimes matrimoniaux*, por Gabriel García Cantero; Helsen H. Bobbio: *Critica del derecho natural*, por Gabriel García Cantero; Ricca, Lucio: *Su cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, por Gabriel García Cantero; Waymel, Jean Pierre: *Les formes du testament olographe et le maintien de ces formes jusqu'au deces du testateur*, por Gabriel García Cantero.

Revista de revistas

Por Antonio Manuel Morales Moreno y Rodrigo Bercovitz 872

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

Matrimonio civil contraído de mala fe por católico mallorquín con norteamericana. (Sentencia 2 noviembre de 1965), por Manuel Peña y Bernaldo de Quirós 888

II. Sentencias 901

III. Sentencias de suplicación:

1. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid* 933

2. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona* 937

3. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada* 942

4. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña* 946

5. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia* 948

6. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid* 952

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1958.

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

MCMLXVI

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.

Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA
Catedrático de Derecho civil

Según el artículo 1.323 C. c., *para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la Ley de enjuiciamiento civil.*

1. Este precepto —trasunto fiel del 1.387 del Código italiano de 1865, y que llena efectivamente una laguna del Proyecto de 1851— supone, como el 1.318, una modificación de la antigua regla *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (1); si a las capitulaciones de los menores de edad que pueden contraer matrimonio deben concurrir las personas que son llamadas a prestar la licencia familiar para la celebración de tal matrimonio, a las que otorguen los incapaces que puedan contraer matrimonio, debe concurrir el tutor.

2. En rigor, no parece absolutamente correcta la expresión “juicio de interdicción civil”. MUCIUS SCAEVOLA (2) transcribe a este respecto las apreciaciones del jurisconsulto CARVAJAL “... hoy no se sabe a qué clase de juicios se refiere el Código, por una razón sencillísima: porque no hay tal juicio. La interdicción... no requiere su declaración separada o especial, bastando el pronunciamiento de la sentencia (penal) condenatoria para que inmediatamente, por ministerio de la ley, surja la incapacidad del condenado y se proceda al nombramiento de un tutor... Esto de juicio de interdicción suena a la legua a galicismo jurídico; porque, en efecto, con estas mismas voces le califica el Derecho francés, no siendo lícito semejante trasplante a nuestro Código, cuando no existe con ese nombre el juicio de incapacidad...”.

3. ¿Qué es “inhabilitación”? Con esta expresión el artículo 1.323 se refiere, sin duda, por lo menos a la declaración de prodigalidad y consiguiente incapacitación (cfr. arts. 200-3.º y 221 a 227); esto,

(1) Cfr. FUNAIOLI, G. B., *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?*, separata de la “Rivista del diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia”, número 1-2, año XX, Milán, 1953.

(2) *Código civil*, XXI, Madrid, 1904, págs. 257 y 258, nota 2.

prácticamente, lo reconocen todos los autores (3). MUCIUS SCAEVOLA lo entiende aplicable, además, a los sordomudos que no sepan leer ni escribir (4); MANRESA, en general, a todos los mayores sujetos a tutela (5); en cuanto a los dementes, dicen PÉREZ GONZALEZ y CASTÁN que la solución depende de la que se dé al problema de su matrimonio en intervalo de lucidez (6).

4. La doctrina entiende, en general, que se trata de una tutela limitada y transitoria, es decir, desprovista de protutor y de consejo de familia, y que desaparece una vez otorgadas las capitulaciones. Pero que si el incapacitado tuviese ya constituido el organismo tutelar que le corresponde, no sería necesario nombrarle otro tutor *ad hoc*, sino que el ya nombrado sería quien debe asistir al incapaz en el otorgamiento de sus capítulos matrimoniales.

En el primer supuesto se trataría de una tutela "restringida", sistemáticamente adicionable a la de los menores emancipados o habilitados de edad (arts. 59-3.º, 168, 317 y 324 C. c., y 2.º del Decreto-ley de 1 de marzo de 1937), y a la de los hijos menores de padre viudo desaparecido (art. 2.035 Lec.).

(3) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1912, págs. 564 y 565; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.ª ed., Valladolid, 1938, pág. 291; etc. Es más, DE CASTRO aduce que "a pesar de lo terminante de su referencia a haberse promovido juicio de interdicción civil, ha podido dudarse de su aplicación antes de la sentencia, por las siguientes razones: 1.ª, porque no conoce nuestro Derecho un juicio de interdicción civil en el sentido de pena, pues hay sólo la posibilidad de que, comenzado un proceso criminal, se imponga al procesado la pena accesoria de interdicción civil; 2.ª, porque la interdicción y sus efectos van unidos a la duración de la pena, sin que se advierta razón para anticipar sus efectos al no condenado; 3.ª, porque los términos de interdicción civil o inhabilitación se usan en el artículo 1.323, no siempre en el sentido de pena, sino también en el de incapacitación, y con especial consideración al supuesto de la prodigalidad. Podría pensarse que, dirigido el precepto a la prodigalidad y a la interdicción, sólo a aquélla se refiere en el tiempo que media entre la demanda y la sentencia, pues sólo la demanda de prodigalidad abre un período sospechoso (art. 226)" (*Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, págs. 362 y 363 y nota 1 de esta última). Aduce también que el artículo 1.387 del Código italiano de 1865 estaba referido al artículo 339, "entre cuyos supuestos hay uno paralelo en Derecho español, el del pródigo" (pág. 352, nota 4).

(4) *Op. cit.*, págs. 255 y ss. También ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1963, pág. 134.

(5) *Comentarios al Código civil español*, IX, Madrid, 1904, págs. 189 y ss. También BORREL, *Derecho civil español*, IV, Barcelona, 1954, pág. 324.

(6) Notas al *Derecho de familia* de KIPP y WOLF, vol. 1.º, trad. esp., Barcelona, 1946, pág. 283. También DE BUEN. Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, trad. esp., VI, Madrid, 1926, pág. 83. Por otra parte, en los casos de sordomudez y prodigalidad, como observa LACRUZ BERDEJO, la capacidad o incapacidad para capitular dependerá de los términos en que esté redactada la sentencia en que se declare la incapacidad. En todo caso —añade— el precepto tiene una eficacia inversa antes y después de la sentencia: antes reduce la capacidad del incapacitado, y luego la amplía sobre la que tendría sin él (*Derecho de familia.—El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, página 284).

Con todo hay algunas apreciaciones que aconsejan repasar, antes de proponer conclusiones, algunas de las opiniones más destacadas.

Para SÁNCHEZ ROMÁN, una vez otorgadas las capitulaciones, “desaparece esta especial tutela *transitoria* (subrayado por él) y se restituye el caso a las reglas correspondientes a la clase de tutela de interdicción o de prodigalidad de que se trate”; y opina que no rigen los artículos 201 y 261 en cuanto a protutor y consejo de familia “montando todo el organismo tutelar, cosa que parece contraria al propósito pasajero de esta designación de tutor, que es más bien una especie de curador *ad hoc* para el caso, y que hasta se opone a la referencia que este artículo 1.323 hace a la Lec., difícil de concordar con el Código, puesto que el sistema tutelar en que aquélla y éste se inspiran son distintos” (7).

MUCIUS SCAEVOLA refiere el precepto principalmente a los supuestos en que se haya instado la acción judicial correspondiente, sin que haya recaído sentencia o no haya alcanzado firmeza: “y que al artículo 1.323 se le haya dado carta de naturaleza principalmente en contemplación al caso del presunto incapaz por prodigalidad manifiesta, pero no declarada judicialmente, o por delito gravísimo ya cometido, pero todavía no ejecutoriado, lo demuestra el hecho de requerirse la asistencia y concurso del tutor *al sólo efecto* del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales”. “De no ser así —dice también— tendríamos que confesar la ignorancia de su razón de ser, porque aquéllos contra quienes ya se ha pronunciado sentencia de interdicción o de inhabilitación quedan sometidos a la representación de un tutor, el cual no está impedido para autorizar los contratos matrimoniales de sus representados” (8). Entiende también que el “juicio de inhabilitación” estará promovido —y regirá, desde entonces, el art. 1.323— desde que se presente la demanda correspondiente: y que, en cuanto a la interdicción, como el sumario constituye sólo una serie de diligencias investigatorias y provisionales, el momento inicial de actuación del precepto será cuando el Ministerio fiscal “presente su querrela de acusación, dando forma justiciable a los hechos que estime investigados y pidiendo la correspondiente sanción penal. La calificación fiscal, en este período, opinamos, por consiguiente, que surtirá los efectos de la demanda” (9). Por lo demás, la invocación de este precepto a la Lec., hace opinar al autor que prescinde “de trámites y organismos acaso no indispensables para el acto concreto de la formalización de un contrato matrimonial”; la designación se hará por el orden que señalan los artículos 220, 227 y 230 C. c., mediante las reglas contenidas en el libro III, tít. III, sec. 3.ª, Lec.; es decir, que la hará el juez conforme disponen los artículos 1.847 y 1.848 Lec. para el curador ejemplar, pero el nombramiento será de

(7) *Op. y loc. cit.*

(8) *Op. cit.*, págs. 256 y 257.

(9) *Op. cit.*, pág. 259.

tutor y recaerá en la persona llamada por el C. c. en aquellos preceptos (10).

MANRESA, en cambio, no configura esta tutela ni como inorgánica ni como claudicante. “En el caso —dice— de que el inhabilitado no tenga tutor nombrado, es claro que habrá de nombrársele; pero cuando ya exista tutor en ejercicio, ¿deberá ser éste el que inter venga, o habrá de designarse otro expresamente para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales? Las palabras *que a este efecto se designará* empleadas en el artículo, no tienen, a nuestro modo de ver, más que una interpretación: la de designarse el tutor para los efectos de otorgar las capitulaciones matrimoniales a que el artículo se refiere; pero en el supuesto de que el incapacitado no tenga ya nombrado tutor, pues si lo tiene, a él corresponderá intervenir en aquel acto, sin que pueda nombrársele otro especial porque lo prohíbe el mismo Código”, citando luego los artículos 199 y 201 (la tutela se ejercerá por *un solo tutor*); más adelante, contestando la pregunta “¿quién nombra ese tutor?” y desarrollando la expresión legal *por quien corresponda*, añade: “Si la sentencia de interdicción civil o de prodigalidad fue dictada anteriormente, cabe que el padre o la madre, en su testamento, hayan nombrado tutor al inhabilitado, debiendo respetarse esta designación. En otro caso, puesto que han de guardarse las prescripciones del Código civil, el nombramiento corresponde al consejo de familia... A este fin se pondrá el hecho por quien corresponda en conocimiento del juez municipal, para que este proceda inmediatamente a la constitución del consejo de familia, por quien ha de ser designado o nombrado el tutor y protutor” (11). Otro aspecto interesa destacar desde ahora en la exégesis —en este punto, correctora— de MANRESA: “Nótese que habla de sentencia pronunciada o de juicio promovido de interdicción civil o inhabilitación, comprendiendo así las diversas situaciones de los incapacitados que sean mayores de edad a quienes se refieren los artículos 213, 218, 221 y 228, según los cuales para nombrar tutor a los locos y sordomudos ha de preceder la declaración de incapacidad en expediente sumario de jurisdicción voluntaria; y respecto a los pródigos y a los que sufren interdicción civil, ha de preceder sentencia declarando la incapacidad en juicio contradictorio. Por consiguiente, no basta que se hayan promovido dichos juicios, sino que es necesario se terminen con la declaración de incapacidad o inhabilitación” (12). En realidad, la tesis interpretativa de MANRESA se funda en esta apreciación: en que el artículo 1.323 no es aplicable sino desde la declaración de inhabilitación, es decir, desde la Sentencia, y que su función específica se limita a cubrir el espacio de tiempo que medie entre aquella declaración y el nombramiento del organismo tutelar. En otras palabras, el

(10) *Op. cit.*, págs. 261-263.

(11) *Op. cit.*, págs. 189 y 190.

(12) *Op. cit.*, pág. 188.

artículo 1.323 sólo sirve para acelerar el proceso preordenado por los artículos 293 y concordantes.

Pero VALVERDE se adhiere a la opinión contraria: "aunque parece que habrá que designar todo el organismo tutelar, por así exigirlo el artículo 201, creemos con SCAEVOLA que al referirse este artículo 1.323 a la Ley de enjuiciamiento, ha querido nombrar para este caso un tutor *ad hoc*, que viniese a sustituir al curador ejemplar de la Ley de enjuiciamiento, y por tanto bastará para estos casos la asistencia y concurso del tutor, sin necesidad de nombrar el resto del organismo tutelar de la tutela ordinaria" (13).

En el mismo sentido se pronuncia DE BUEN para quien "no será necesario, como en otros casos análogos a éste hemos visto, constituir todo el organismo tutelar, bastando un tutor *ad hoc*, caso de que no estuviera constituida la tutela" (14).

PÉREZ y CASTÁN entienden que "este artículo, de dicción tan poco afortunada y que es copia de 1887 del C. c. italiano de 1865, parece crear una tutela especial y transitoria al sólo efecto del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales"; y que "sin que sea fácil armonizar elementos tan contradictorios, cabe sentar como interpretación más probable: 1.º Que el artículo 1.323 se refiere, no sólo a los interdictados, sino también a los pródigos y a los sordomudos; estando subordinada su aplicación a los locos, a la solución que se dé al problema de la posibilidad de su matrimonio en intervalo de lucidez. 2.º Que si existe ya tutor nombrado de antemano, no hace falta nuevo nombramiento. 3.º Que será, por el contrario, necesaria la designación de tutor *ad hoc* cuando no exista tutor ordinario, como sucederá en el caso, previsto en el texto legal, de que haya sido promovido el juicio de interdicción o inhabilitación, sin haber recaído todavía sentencia. 4.º Que no será menester la constitución de todo el organismo tutelar, pues se trata de un tutor, que, dada la referencia que el artículo hace a la Lec., habrá de ser nombrado por el juez (al modo del curador ejemplar de dicha ley) si bien entre los parientes y por el orden que señalan los preceptos del C. c. (cf. arts. 220, 227 y 230)" (15).

BORRELL y SOLER califica el supuesto como "otro caso de tutela incompleta", afirmando que "el contenido de este artículo no responde al sistema general del Código, pues habla de una tutela especial dispuesta para el caso; pero parece más acertada la opinión de que no es necesaria la designación de un nuevo tutor cuando el que otorga las capitulaciones ya lo tuviere; y que, si no lo tuviere todavía, se le nombrará directamente por el juez, sin necesidad de constituir, al efecto, una tutela especial y transitoria, y un consejo de familia para que lo nombrase". De la invocación que el precepto hace a la Lec. de-

(13) *Op. y loc. cits.*

(14) *Op. y loc. cits.*

(15) Notas *cits.*, *loc. cit.* En análogo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 7.ª ed., Madrid, pág. 184.

duce también la aplicabilidad de los artículos 1.847 y ss. de la misma, relativos al curador ejemplar (16).

Para BONET no es necesaria la designación de tutor *ad hoc* "cuando ya se halle sujeto de antemano a tutela por razón de su incapacidad, porque contraría el principio de *unidad de tutela* sancionado por los artículos 199 y 201" y que, en cambio, "será necesario el nombramiento de tutor cuando la demanda o proceso de inhabilitación o interdicción esté en curso sin haber recaído todavía sentencia; pero no es menester la constitución de todo el organismo tutelar, pues se trata aquí de un tutor especial que, dada la referencia que el artículo 1.323 hace a la ley procesal, habrá de ser nombrado por el juez, si bien entre los parientes y por el orden que señalan los preceptos del Código" (17).

ESPÍN entiende que "la incierta expresión del Código parece referirse a una tutela *ad hoc* y transitoria para este acto (18).

Y PUIG PEÑA que "no es menester la constitución de todo el organismo tutelar, en definitiva, se trata aquí de un *tutor especial* que, dada la referencia que el artículo hace a la Lec., habrá de ser nombrado por el Juez, si bien entre los parientes y por el orden que señalan los artículos 220 y ss. de nuestro Código" (19).

A mi juicio no se trata de una tutela unipersonal y transitoria, sino orgánica y estable; su especialidad no radica, pues, en ello, sino en su carácter anticipado y en su eventual firmeza. Sistemáticamente no es, por tanto, referible a la del menor emancipado, e hijo de padre viudo desaparecido, sino, acaso, a la que informa en el juicio civil de incapacitación.

A. Resulta extraño, en primer lugar, que el artículo 1.323 C. c. se refiera a dos supuestos de hecho indistintamente: el haberse promovido juicio, y el haberse pronunciado sentencia, a no ser que se refiera, en este caso, a la que aún no ha adquirido firmeza. Porque si la hubiese adquirido, lo lógico y más normal es que, quien hubiere promovido el juicio de incapacitación, una vez conseguida, inste, en su caso, la constitución del organismo tutelar correspondiente y que sea, entonces, el tutor normalmente nombrado quien asista y concurra al otorgamiento de las capitulaciones del incapacitado. Es poco verosímil que el cónyuge o heredero *ab intestato* del loco o sordomudo (art. 214 C. c.) o el cónyuge o heredero forzoso del pródigo (art. 222) hayan instado su incapacitación y después de obtenida no insten —pudiendo incurrir, incluso, en responsabilidad— la constitución del consejo de familia (art. 293). Tampoco es probable esta pasividad en el cónyuge y herederos *ab intestato* del penado (art. 228, § 2.º).

En estos casos actuará el tutor normalmente designado e implicado

(16) *Op. cit.*, págs. 211 y 223-224.

(17) *Compendio de Derecho civil*, IV, Madrid, 1960, págs. 194 y 195.

(18) *Op. cit.*, pág. 134, nota 11.

(19) *Tratado de Derecho civil español*, II-1, Madrid, 1953, pág. 244.

en el total organismo tutelar. En ello, según se ha expuesto, es pacífica la doctrina.

Así, el artículo 1.323 aparece como más justificadamente referido a los casos en que, pendiente el proceso de incapacitación —o el proceso penal que pueda imponer la interdicción—, no haya recaído aún sentencia firme.

Y, dentro de esta hipótesis, la referencia verdaderamente fundada del precepto es la del presunto pródigo: no hay incapacitación sin sentencia firme (art. 221); pero los actos *anteriores a la demanda* —y nótese que aquí el Código habla de “interdicción”— no podrá ser atacados por causa de prodigalidad (art. 226); ... *¿quid* de los actos posteriores a la demanda pero anteriores a la sentencia?... Entre las cautelas que proveen a esta etapa “sospechosa” aparece plenamente justificada la del artículo 1.323 (20).

Pero nuestro artículo 1.323, al traducir el italiano —con terminología también coincidente con el Código francés—, dejó objetivamente referida la solución a todos los casos de procesos conducente a incapacitación en los que, empero, el presunto incapaz podía contraer matrimonio (*supra*, núm. 3); y, quizá por simple descuido de redacción, también a los casos de incapacitación ya declarada, en las raras hipótesis en que no haya recaído aún nombramiento de tutor.

Objetivamente —lo que llamaríase *mens legis*— esto es así; pero la averiguación de su destino lógico y presumible —la *mens legislatoris*— puede ayudar, si no a restringir, sin más fundamento, el ámbito del precepto, sí a resolver la cuestión planteada en orden a la naturaleza y caracteres de esta tutela.

Y, en este orden de cosas, si el precepto aparece como una medida cautelar en la “etapa peligrosa” del proceso de incapacitación por prodigalidad —extendida a todo proceso que conduce a incapacitación—, parece obligado concluir que se trata de una simple *anticipación* de acontecimientos; se trata de requerir la actuación del tutor cuando aún no está designado y, por tanto, se anticipa su nombramiento; pero no parece que se trate de cambiar la naturaleza de esta tutela ni el mecanismo de su constitución.

Al presunto pródigo —y a los restantes presuntos incapacitados— se les ha de nombrar tutor a través de un mecanismo ordenado por el Código; ello tendrá lugar cuando la correspondiente sentencia adquiera firmeza; pero si, entretanto, ha de otorgar capitulaciones, como a su otorgamiento debe asistir y concurrir el tutor, lo inmediato es pensar que se ponga en marcha, anticipadamente, el mismo mecanismo ya previsto y dispuesto; no que se arbitre otro distinto.

Naturalmente que si el proceso de incapacitación no desemboca en este resultado, el organismo no llega a adquirir estabilidad, queda automáticamente disuelto: pero esta *eventual firmeza* en el nombramiento,

(20) Apoyan esta tesis los argumentos ya expuestos de DE CASTRO (*supra*, nota, 3).

este riesgo claudicante, no predica, de suyo, distinto sistema constitutivo, sino sólo distinta firmeza en su subsistencia.

Lo mismo cabe decir de su actuación. El artículo 1.323 dice que "a este efecto se le designará". Sobre que el precepto no dice "a este sólo efecto", el hecho indudable de que, durante la pendencia del proceso no tenga otra actuación, no quiere decir que sea una tutela distinta de la que se organice siendo firme la sentencia; quiere decir que este tutor ya no vuelve a actuar antes de aquella firmeza (21).

Se podría argüir, desde el punto de vista práctico, que el organismo tutelar del Código, tanto en su proceso constitutivo cuanto en su composición, es demasiado complejo para tan simple actuación; pero, de una parte, cabe oponer que esta objeción no es sólo referible al caso contemplado por el artículo 1.323, sino a todo el sistema tutelar del Código; y, de otra parte, cabe redargüir que, en la mayoría de los casos, con la interpretación dominante aún se complica más, pues hay que montar una tutela conforme a la Lec. para el otorgamiento de capitulaciones y, después, cuando se declare en firme la incapacitación, otra distinta, que es la que hemos calificado de lenta y complicada.

Tutela anticipada, eventual, con posibilidad claudicante; tutela condicionada a la sentencia firme de incapacitación; pero tutela orgánica, de constitución y designación normales.

B. El supuesto de hecho del artículo 1.323 en nada se asemeja a la tutela unipersonal e intermitente del menor emancipado: más bien es inversa.

Cuando el menor obtiene la habilitación de edad, cesa el organismo tutelar ya constituido y que, hasta entonces, había funcionado; pero en esta cesación quedan ciertas actuaciones residuales: el tutor —el mismo que lo fue en el organismo completo y en actuación continuada— actúa para que el menor emancipado o habilitado de edad pueda tomar dinero a préstamo, o gravar o vender bienes inmuebles; para cumplir esta exigencia legal no parece que haya de revivir todo el organismo tutelar (cfr. la S. de 12 febrero 1902).

Y si no existió tutor porque los padres del menor faltaron después de obtenida por éste la emancipación (cuando no existía, pues, patria potestad: arts. 154 y 167), pero antes de la mayoría de edad, no se puede sostener la conveniencia de nombrar protutor y consejo de familia en base a su futura actuación, porque nunca tendrán ya que actuar (22).

Si el supuesto de hecho del artículo 1.323 es de anticipación y eventualidad, el de los artículos 59, 168, 317 y 324 es de residuo y certeza. Observa, según se ha expuesto, MUCIUS SCAEVOLA, que, tratán-

(21) A no ser que, subsistiendo la situación del otorgante, se modifiquen las capitulaciones: el art. 1.319 relativiza la indiscriminada afirmación de la doctrina dominante.

(22) Problema aparte es si, aun en estos casos, y para las exclusivas actuaciones atinentes al nombramiento y posesión del tutor, será necesaria la constitución del consejo de familia.

dose de un sólo acto, de una sola relación jurídica, requerida la intervención del tutor, debe holgar todo organismo de vigilancia, que más bien la supone con referencia a un ejercicio continuado y permanente. Pero esto, que es cierto en relación a las actuaciones tutelares *posteriores* a su extinción, no lo es, de modo absoluto, con relación a las actuaciones *anticipadas* que, probablemente, llegarán a ser continuadas y permanentes.

Lo mismo cabe decir de la administración de bienes de la sociedad conyugal y la comparecencia en juicio del marido menor de dieciocho años (art. 59, § 2.º).

Más semejanza presenta, en cambio (unque también existan notables diferencias), con la tutela de los hijos menores de padre viudo desaparecido (art. 1.035 Lec.); pero este argumento pierde fuerza interpretativa si se tiene en cuenta que procede de la misma Lec, es decir, que no supone una excepción en el sistema adoptado para la tutela por el Código civil.

Dentro del Código, el supuesto de hecho más parecido, a lo que entiendo, se encuentra en los artículos 216 y 217. La tutela de los locos y sordomudos está supeditada a la declaración de incapacidad (art. 213); pero en este proceso de incapacitación debe ser oído el consejo de familia (arts. 216 y 217)... En la práctica se rompe este círculo vicioso mediante la constitución de un consejo *provisional* (23) que, tras la incapacitación, se eleva a definitivo. Aquí sí que hay actuación concreta y aislada de un organismo tutelar anticipada y eventualmente constituido y que, por definición, es el organismo tutelar ordinario dentro del sistema del Código.

C. Ciertamente que el artículo 1.323 dice que este tutor se le designará al presunto incapaz "por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la Ley de enjuiciamiento civil". En ello se basa la doctrina dominante para entender que lo nombra el juez (artículo 1.847 Lec.), pero conforme a los criterios de vocación del Código (arts. 220 y 227). Ahora bien, ello no resuelve totalmente el caso de que exista delación testamentaria (aunque cabría referir la alusión al Código como referencia puente, en orden a los arts. 206 y ss.) ni, sobre todo, el caso en que no haya delación testamentaria ni legítima, es decir, el caso en que proceda la delación dativa (art. 231); aplicando el artículo 1.847 Lec., ¿cómo quedaría salvada la invocación al propio Código?... y si, entonces, de la doble invocación, al Código y a la Lec., se prescinde de la primera, ¿no es más lógico prescindir de la segunda?

Pero es que, además, esta doble invocación del artículo 1.323 admite otras interpretaciones: a) considerarla no específicamente referida

(23) La jurisprudencia le asignó además, la guarda de la persona y bienes del presunto incapaz (SS. de 20 enero 1904, 7 marzo 1905, 5 diciembre 1945). A juicio de PERE RALUY, *sin fundamento legal alguno* (*Derecho del Registro civil*, II, Madrid, 1963, pág. 811).

a *quien* designará el tutor y mediante *qué procedimiento*, sino como referencia genérica a la normatividad vigente en materia de tutela: el propio Código y lo que de la ley procesal éste haya dejado vigente, sin detenerse a resolver aquí el problema de los límites derogatorios; es decir, interpretar la doble invocación como una referencia abstracta a la ley, al Derecho objetivo; en principio, no es presumible que de un modo tan lacónico e inexpresivo al artículo 1.323 haya querido revivir parcial y excepcionalmente la vigencia de preceptos derogados (24); *b*) que con esta manera de expresarse el artículo 1.323 se refiera a la necesidad de declarar judicialmente —en este caso, incoar el proceso— la incapacitación, según las normas de los artículos 216, 217, 218 y 219 C. c. y las de la Lec. a que éste puede quedar remitido; lo mismo puede decirse del artículo 221 C. c. en relación con la regulación en la Lec. del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía; ha podido querer referirse a que se anticipa la puesta en marcha del artículo 293 C. c. y de los que de la Lec. sean concordantes; *c*) puede suponer un error del legislador que, al tratar de una cuestión de tutela fuera de su *sedes materiae* ha pensado —con toda lógica, por otra parte— que las cuestiones sustantivas (quién designa al tutor, orden de la delación) estaban reguladas en el Código civil, y las procesales (procedimiento para la constitución del organismo tutelar) en la Lec., es decir, no ha tenido en cuenta que el contenido procesal de los artículos 293 y ss. C. c. estaba, conforme al sistema vigente, en el Código y no en la Ley de enjuiciamiento.

En todo caso, la interpretación usual de esta invocación a la Ley de enjuiciamiento civil no tiene sentido si, de los dos supuestos de hecho contemplados por el artículo 1.323 C. c., nos fijamos sólo en el de la sentencia de interdicción o inhabilitación. Y no parece interpretación correcta la de quedarse con la invocación a la Lec. en el caso de que se haya promovido juicio, y prescindir de ella en el de que haya recaído sentencia firme. Los autores, en general, dicen que si el incapacitado ya tuviese tutor (nombrado sólo conforme al Código), no es necesario nombrarle otro; no abordan —salvo MANRESA— la hipótesis de que, estando ya judicialmente incapacitado, no se le haya proveído aún de tutor, pero parece que entonces la solución no puede ser distinta: nombramiento conforme al Código (así, expresamente, MANRESA). Pues bien, la invocación que el artículo 1.323 hace a la Ley de enjuiciamiento está referida a los dos supuestos de hecho en él contemplados; si pacíficamente se prescinde de aquélla en uno de ellos, no se ve razón decisiva para no hacerlo también en el otro.

5. El momento determinante de la actuación del precepto será, en los supuestos de incapacitación, la interposición (o la admisión) de la

(24) Entiende GUASP que en el art. 1.323 C. c. la innovación a la Lec. es un alvoldo material, que no puede contradecir la derogación fundamental establecida en las normas del Derecho civil que se refieren directamente a la materia. (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 1663).

demanda. En los de interdicción, no parece que deba ser el de la que-
rella o denuncia; MUCIUS SCAEVOLA, como queda expuesto, entiende
que lo constituye la calificación fiscal; pero quizá pueda entenderse
que, desde el Auto de procesamiento, queda ya “promovido juicio de
interdicción civil” a los efectos de este precepto, esta interpretación
hallaría cierto apoyo en la analogía con la procedencia de las medidas
cautelares.

La conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 840 DEL CÓDIGO CIVIL: SU FUNDAMENTO.

El artículo 840 C. c. determina en su párrafo primero la cuota legal que corresponde a los hijos naturales reconocidos del causante.

Pero en su párrafo segundo establece una importantísima reducción a sus derechos legitimarios. Reducción no cuantitativa, por supuesto, sino meramente cualitativa. Preceptúa: "Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponde a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación."

Deja el Código, pues, al arbitrio de los hijos legítimos el cumplimiento de la regla fundamental en materia de partición hereditaria contenida en el artículo 1.061: "En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie." Además, la facultad que confiere el artículo 840, párrafo 2.º, supone una derogación, si optan los hijos legítimos por el pago de la cuota de los naturales reconocidos, en dinero que no existe en la herencia, de la necesidad de que los legitimarios perciban el importe de sus derechos en bienes de la misma.

La facultad en cuestión se introduce en nuestro Código por influencia del Código italiano de 1865. Esta afirmación se deduce inevitablemente de la lectura del artículo 826 del Anteproyecto del Código civil español 1882-1888. Dicho artículo 826 es idéntico al actual 840, y según consta expresamente en aquél, se tomó directamente del artículo 744 del referido Código italiano, a cuyo tenor: "Los hijos legítimos o sus descendientes tienen la facultad de pagar la cuota que corresponda a los hijos naturales en dinero o en bienes inmuebles de la herencia, según justa apreciación" (1).

Causa realmente extrañeza esta disposición, tanto italiana como española, que impone tantas limitaciones a la posición de los hijos naturales reconocidos en la herencia del causante. La extrañeza se refiere nada más que a su fundamentación jurídica, porque es obvio que desde un punto de vista sociológico cuadra a las mil maravillas

(1) Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid 1965, pág. 255.

con la tendencia estrecha que resplandece en nuestro Código en lo que se refiere a la filiación natural.

En la *Relazione* de PISANELLI al Código de 1865 se explica la facultad de los hijos legítimos sobre una base meramente económica: impedir el excesivo fraccionamiento de la propiedad. Peregrina justificación, porque evidentemente estas situaciones se producen siempre que haya una pluralidad de herederos. No hay razón para estimar como inconveniente el que de tres sucesores uno sea hijo natural, por ejemplo, y sea, por el contrario, indiferente económicamente que los tres sucesores sean hijos legítimos. Pero es que, además, la intención está en pugna con la propia letra del precepto, ya que se permite a los hijos legítimos conmutar la cuota de los naturales reconocidos *por otros bienes de la herencia*. ¿Es que entonces desaparece el *excesivo fraccionamiento de la propiedad*?

La doctrina encuentra la razón de la norma en evitar choques entre la familia legítima y la natural a la hora de la división hereditaria. SÁNCHEZ ROMÁN dice: “No necesita este texto otra explicación que la de que, sin duda, responde a su propósito de evitar las posibles desarmonías más probables por la desigual condición filial entre los naturales y los legítimos, con motivo de la adjudicación de bienes en pago de su respectivo haber, y más que nada, en los casos en que se impusiera como solución forzosa la fórmula del *pro indiviso* en la aplicación de ciertos bienes y al consiguiente estado, propenso siempre a conflictos, del condominio” (2).

Pero la justificación más sencilla se halla en el trato de desfavor a la familia natural. El párrafo segundo del artículo 840 no es más que un modo de hacerlo patente. ¿Por qué, si consideramos la tesis anteriormente expuesta por un numeroso grupo de autores, no aplicar la misma disposición cuando la herencia haya de repartirse entre los hijos legítimos y extraños? Afirma CICU que la facultad de conmutación fue suprimida en el proyecto preliminar del Código italiano de 1942, con la intención declarada de mejorar en este aspecto la posición del hijo natural. Pero se reprodujo en el proyecto definitivo, “porque pareció excesivo el favor para los hijos naturales. La facultad de conmutación o *ius optionis* tiene por ello justificación en la preferencia acordada a la familia legítima” (3). He aquí formulada la verdadera base de la norma que es objeto de nuestro examen.

(2) *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 2, Madrid 1910, pág. 912. Igualmente DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios jurídicos varios* (Centenario de la Ley del Notariado), Madrid 1964, pág. 993.

En la doctrina italiana: CIU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milán 1943, pág. 73-4. MENGONI: *La conmutazione della quota ereditaria dei figli naturali*, Archivio Giuridico 1960, pág. 127. Bajo el Código de 1865, aunque el de 1942 reproduce la disposición sobre el particular de aquél: L. COVIELLO: *Successione legittima e necessaria*, Milán 1938, pág. 171. DEgni: *La successione a causa di morte*, Padua 1938, pág. 127.

(3) Ob. cit. pág. 74.

LA CONMUTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO Y LA DEL HIJO
NATURAL RECONOCIDO

El artículo 839 C. c. permite la conmutación de la cuota legal del cónyuge viudo. Sin embargo, frente a la razón económica del precepto (evitar la desmembración dominical con la imposición de un usufructo), la conmutación del artículo 840, párrafo 2.º carece de ella (4).

La confrontación de ambos preceptos no debe quedar en su *ratio*. Es necesario extraer de los mismos interpretaciones que permitan integrarlos del modo más completo posible. En otras palabras, aplicar a supuestos de hecho una regulación justa que se deduzca, bien de la conmutación del usufructo viudal, bien de la conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos. Veremos a lo largo de este estudio en qué medida soluciones válidas para los problemas de la conmutación del usufructo viudal tienen su encaje en el párrafo segundo del artículo 840 C. c.

Conviene, no obstante, dejar constancia de una diversidad aparente que se observa en los preceptos legales a propósito de un mismo fenómeno: la conmutación de unas legítimas.

A) La legítima del cónyuge viudo puede conmutarse por dinero. La expresión legal "capital en efectivo" del artículo 839 ha sido interpretada, a mi juicio con poca fortuna, por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962 como sinónima de moneda corriente. Así, pues, la conmutación por dinero del artículo 840, párrafo 2.º, no es distinta de la conmutación por la entrega de un capital en efectivo del artículo 839.

B) El artículo 839 no tiene tan limitado el campo de donde se extraen los medios solutorios de la cuota viudal como el párrafo 2.º del artículo 840. En éste, la conmutación puede hacerse en "dinero o en otros bienes de la *herencia*".

C) El artículo 839 parece conceder mayor intervención al cónyuge viudo en las operaciones de la conmutación que el párrafo 2.º del artículo 840 al hijo natural reconocido. Mientras que en el primero se dice "procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial", en el segundo no se menciona para nada la necesidad de mutuo acuerdo ni el recurso a la autoridad judicial. ¿Llegará hasta este extremo la protección a la familia legítima?

LOS SUJETOS DE LA CONMUTACIÓN

A) *Hijos legítimos.*

El artículo 840, en su párrafo 1.º, señala la cuota legitimaria de los hijos naturales reconocidos cuando concurren con "hijos o *descendientes legítimos*". En cambio, en el párrafo 2.º, a propósito de los

(4) GULLÓN: *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*. Anuario de Derecho Civil, 1964, pág. 583 y ss.

titulares de la facultad de conmutación, menciona únicamente a los “*hijos legítimos*”.

No parece que el legislador quiera excluir a los *descendientes legítimos* de la conmutación. Si éstos suceden al causante por derecho de representación, es evidente que tienen los mismos derechos de su ascendientes, entre ellos el de conmutar la cuota del hijo natural reconocido. Además, esta conclusión se asienta también en la *transmisibilidad* de la facultad de conmutar, como se verá en su momento. No tiene sentido que se admita la posibilidad de conmutar a los sucesores de un hijo legítimo que muere en el intervalo en que se puede realizar aquella operación, y se niegue a los descendientes legítimos de un hijo que le suceden por derecho de representación.

Todo ello inclina a pensar que la omisión de los descendientes legítimos entre los titulares se deba al deseo de omitir repeticiones innecesarias. Así, pues, en la expresión legal “*hijos legítimos*” van incluidos los descendientes legítimos por derecho de representación, y dejamos afirmado, para demostrarlo posteriormente, que también son sujetos activos de la conmutación los sucesores de los hijos legítimos.

B) *Hijos naturales reconocidos*

La posición del hijo natural reconocido en las operaciones de la conmutación es pasiva en cuanto al momento inicial de las mismas. Es decir, respecto de la petición de conmutación. El artículo 840, párrafo 2.º, atribuye claramente la facultad de conmutar a los hijos legítimos. El hijo natural reconocido no puede en modo alguno solicitarla. Cuestión completamente distinta es la intervención del mismo en el desarrollo específico de aquellas operaciones.

En contrario, tal vez pudiera alegarse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1911, recaída a propósito del artículo 839. En este precepto legal los titulares de la facultad de conmutar la cuota legal del cónyuge viudo son “*los herederos*”. No obstante, el Tribunal Supremo admitió la legitimación del cónyuge viudo para pedirla.

Pero la doctrina de la sentencia citada se basa en unos argumentos que no tienen razón de ser aplicados a la cuota legitimaria del hijo natural reconocido. El Tribunal Supremo reconoce al viudo la legitimación porque su cuota legal es en *usufructo*, y cuando va a recaer en *bienes infructíferos* aquélla queda reducida a la nada. “El fundamento principal —dice la sentencia de 20 de diciembre de 1911— del derecho concedido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido, dado los precedentes y motivos que lo inspiran es el de conservar a aquél la posición económica que en el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que aunque representen un gran valor en venta no lo tengan proporcionalmente en renta o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino,

viniendo con ello a dejar de ser susceptibles, en cierto modo, del derecho de usufructo, el cual no se concibe sin la producción de frutos que pueda percibir el usufructuario”.

C) *Sucesores de los legitimados para conmutar*

¿ Pueden hacer uso de la facultad de conmutar? El argumento afirmativo lo suministra la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1956, que consideró la facultad de conmutar del artículo 839 “*de marcado carácter patrimonial*”, por lo que “habrá de ser catalogado en la esfera general de la *transmisibilidad por herencia*”.

En contrario sería posible *limitar* la aplicación de esta doctrina al supuesto de que los sucesores sean parientes *legítimos* del causante. Ello debido a la auténtica *ratio* de la norma: protección a la familia legítima frente a la natural. Por lo tanto, en el momento en que hubiese un sucesor extraño, *éste no podría conmutar*.

Pero las consecuencias prácticas de esta limitación son inaceptables, porque van contra el propio párrafo 2.º del artículo 840. En efecto, téngase en cuenta (aunque ello necesite aclaraciones posteriores) que sólo se puede conmutar hasta el momento de realizarse la partición. Hasta entonces los sucesores del hijo legítimo tienen una titularidad sobre cuotas del patrimonio hereditario del causante de aquél. Si una de esas cuotas (o toda la cuota que pertenecía al hijo legítimo) pertenece a un extraño, a alguien que no sea pariente legítimo, y si negamos que éste pueda conmutar, nos encontramos con una consecuencia inevitable: los demás hijos legítimos del causante tampoco podrían conmutar con entera libertad, puesto que no es posible que entreguen al hijo natural reconocido “otros bienes de la herencia”, como preceptúa el párrafo 2.º del artículo 840, ya que para disponer de los mismos se necesita imprescindiblemente el consentimiento de *todos* los titulares de cuotas sobre el patrimonio hereditario, y hemos negado, en aras de la *ratio* de la norma, que el extraño pueda conmutar.

Así, pues, estamos ante la siguiente alternativa: a) Si no se admite que el sucesor del hijo legítimo (que muere en el intervalo entre su aceptación de la herencia del causante y la partición de la misma), no ligado por ningún parentesco legítimo con el mismo, pueda conmutar, los demás hijos legítimos *únicamente* conmutarán mediante la entrega de dinero, no hereditario porque si es hereditario se reproducen las dificultades anteriormente expuestas. b) Si por el contrario se acepta su legitimación para conmutar, se da un trato todavía más desfavorable al hijo natural reconocido. Se elimina de la herencia con el concurso de un *extraño*, y la *ratio* del precepto contempla solamente a la familia legítima frente a la natural. En otras palabras, si aquí hay un choque con la *ratio* de la conmutación, en la solución anterior ese mismo choque se da contra el *texto* del párrafo 2.º, que permite conmutar la cuota del hijo natural por dinero o en otros bienes de la herencia.

La solución "aséptica" la proporciona el recurso analógico a la doctrina de la sentencia citada de 13 de abril de 1956. Nos fijamos tan sólo en el carácter de la facultad de conmutar, y se decide el problema en pro de la transmisibilidad.

Pero parece más prudente interpretar la disposición con un criterio restrictivo, que emana de su misma índole: estamos en presencia de una cuota legitimaria que hay que proteger y respetar hasta el máximo en sus caracteres y contenido, que hay que mantenerla en lo posible intangible. La excepción que supone el párrafo 2.º del artículo 840 a estos principios; la *ratio* del mismo y la circunstancia de que enfrentamos a un extraño con el hijo natural del causante, invita a adoptar una solución restrictiva: los sucesores del hijo legítimo no podrán conmutar si no tienen parentesco legítimo con él. Los demás hijos legítimos conmutarán, si es su deseo, pero con dinero no hereditario.

D) *Cesionario de cuota*

Cuando el hijo legítimo ceda su cuota hereditaria, bien a título oneroso o gratuito, ¿se entenderá transmitida la facultad de conmutación? Por las mismas razones anteriormente dichas parece que no.

Pero si planteamos el problema en otros términos distintos, es decir, en el campo del negocio jurídico de venta de herencia (5), entonces habría que preguntarse si la facultad de conmutación queda en poder del heredero, que no pierde su cualidad por el hecho de la venta. La contestación tiene que ser forzosamente negativa a la vista de la doctrina de la sentencia de 13 de abril de 1956, que declaró de naturaleza *patrimonial* la facultad de conmutar la legítima del cónyuge viudo. Luego al no tener esa facultad una naturaleza personalísima e intransmisible, pasará al comprador de la cuota hereditaria.

Dentro de esta misma línea meramente "técnica" podría argumentarse en pro de la legitimación del cesionario, en la conexión que tiene la conmutación con la partición de la herencia del causante, ya que mediante aquélla se disuelve la comunidad hereditaria con relación al hijo natural reconocido. Si el cesionario de la cuota hereditaria está legitimado para solicitar la partición de la herencia, lógicamente lo estará también para unas operaciones que llevarán consigo la extinción de la comunidad para el hijo natural reconocido.

EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONMUTACIÓN

A) *Tiempo hábil*

Guarda silencio el artículo 840 sobre este punto importantísimo. No hay obstáculo para una aplicación analógica de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1924, que entendió que la facultad de conmutar su legítima al cónyuge viudo

(5) GULLÓN: *La venta de la herencia*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1959, págs. 359 y ss.

sólo podía tener efecto con anterioridad a la formalización de aquélla, toda vez que de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación no tendría nunca carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la titularidad exclusiva de lo que se le adjudicara en pago en la aludida partición, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1.068 que es indiscutiblemente aplicable a la adjudicación referida, ya que no se establece en el Código excepción alguna respecto a las mismas”.

Esta aplicación analógica está avalada, además, por la propia letra del párrafo 2.º del artículo 840. En efecto, se dice que “los hijos legítimos podrán satisfacer *la cuota que corresponda...*” Por tanto, la referencia a la *cuota* indica una concreción de los bienes hereditarios correspondientes al hijo natural reconocido, o en otras palabras, una alusión a la comunidad hereditaria sobre la que recae, necesariamente, el concepto de “cuota que corresponda a los naturales”.

B) *Conmutación y partición*

Anteriormente hemos visto que hasta la formalización de la partición puede realizarse la conmutación. Sin embargo, queda por aclarar un punto importante, a saber: si la facultad que se le concede a los hijos legítimos anula el derecho a intervenir en la partición de la herencia del causante a los hijos naturales reconocidos.

La jurisprudencia y la doctrina admiten la intervención en las operaciones particionales de los legitimarios, sea cual fuere el título sucesorio por el que el causante le haya dejado el *quantum* que por legítima le corresponde, en uso del poder que le confiere el artículo 815 C. c. Ahora bien, si los hijos legítimos deciden conmutar la cuota legal del natural reconocido antes de que se lleve a cabo la partición, puede pensarse que como están obligados a *soportar* la conmutación, ya no tienen derecho a intervenir en aquellas operaciones.

SÁNCHEZ ROMÁN lo niega. Si no hay convenio al efecto entre los hijos legítimos y los hijos naturales “no pueden ser éstos compelidos a aceptar aquella solución subsidiaria hasta tanto que no se concluya la operación particional” (6). CICU, en cambio, piensa que la conmutación es un especial modo de hacer cesar la comunidad hereditaria respecto al hijo natural, distinto del modo normal (acción de división), y priva al mismo de participar en las operaciones divisionales (7).

En realidad, la posición de SÁNCHEZ ROMÁN viene a cifrarse en considerar la conmutación *como un aspecto de la partición*. Es en esta donde el hijo natural ha de *soportarla*. Antes de la partición puede *aceptarla*. La posición de CICU parece inclinarse hacia el otro extremo: la conmutación se hace fuera de las operaciones particionales.

(6) Ob. cit. pág. 912.

(7) Ob. cit. pág. 74.

A mi juicio, la comutación viene a ser como una partición que se opera entre los hijos legítimos y los naturales. En efecto, hay que tener en cuenta que para conmutar la cuota de éstos se necesita, en primer término, la fijación de esa cuota. En otras palabras, la práctica de una serie de operaciones para la determinación del haber hereditario, su valoración, la imputación de las donaciones que los hijos naturales hayan recibido (art. 847 C. c.), y eventualmente las reducciones de las donaciones y de las disposiciones *mortis causa* que lesionen la *cuota* legitimaria.

Una vez fijada la cuota legitimaria de los hijos naturales entra en juego la comutación, no antes. Por ello es indiferente que ésta se realice *antes de la partición con todos los hijos*, que en la misma partición, ya que se trata en realidad de operaciones que sirven para *todos*. Como ha dicho certeramente VALLET DE GOYTISOLO en el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición. Esta no puede efectuarse válidamente sin su concurso, a no ser que previamente se hubiere dado por satisfecho. El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero, está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación de bienes a partir entre los herederos, requiere una serie de operaciones previas de valoración, comutación e imputación, y, en su caso, reducción de donaciones, legados y mejoras. Dichas operaciones no es aceptable que se puedan verificar sin el concurso de una parte interesada como es el legitimario, aunque no sea heredero (8).

A la vista de estas consideraciones puede afirmarse que el párrafo 2.º del artículo 840 no significa más que una derogación por voluntad unilateral de los hijos legítimos del artículo 1.061 C. c.

La comutación es un acto divisional al que se le aplicarán las normas oportunas sobre la división: declaratividad, saneamiento, rescisión por lesión, etc.

C) *La decisión de conmutar*

La facultad del párrafo 2.º del artículo 840 se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral. El precepto confiere aquella facultad a los hijos legítimos únicamente, según hemos indicado anteriormente.

Esa declaración unilateral tiene carácter recepticio. Su efecto, dice SANTORO-PASSARELLI se produce desde el momento de la notificación al hijo natural, y entonces queda irrevocable (9).

La declaración debe contener no sólo la decisión de conmutar, sino también la elección del modo, entre aquellos que permite la norma

(8) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, 1952, pág. 904.

(9) *Commutazione della quota successoria*, Rivista di Diritto Civile, 1940, pág. 508.

(dinero o bien otros bienes de la herencia). La doctrina niega que la simple declaración genérica de querer conmutar, no acompañada de la indicación del modo de efectuarla, constituya un acto dotado de individualidad jurídica autónoma, dotada de propia relevancia jurídica. No es una declaración negocial, sino una manifestación de mero propósito que no es idónea para producir el efecto final de la conmutación, ni siquiera para hacer surgir la obligación a cargo de los hijos legítimos de cumplir los ulteriores actos necesarios para aquella finalidad (10).

D) *Participación del hijo natural reconocido en la conmutación*

El hijo natural reconocido tiene que soportar el ejercicio por parte de los legítimos de la facultad que les confiere el párrafo 2.º del artículo 840. La conmutación tiene que hacerse, necesariamente, “en dinero o en otros bienes de la herencia”. Pero, ¿quiénes eligen *entre estos medios*? ¿Será necesario el acuerdo entre los hijos legítimos y naturales?

Estimo que el precepto autoriza exclusivamente a los hijos legítimos a elegir entre los medios de pago de la cuota enumerados. La opinión contraria es mantenida por SANTORO-PASSARELLI en base a una aplicación analógica de lo dispuesto para la conmutación de la cuota del cónyuge viudo (art. 839), en que se exige el “mutuo acuerdo” (11). Sin embargo, ya tuvimos ocasión de demostrar que la expresión citada tiene el siguiente significado: los herederos proponen al cónyuge viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, *no con ella ni con el medio de pago elegido*, sino con la valoración entre su usufructo y el objeto por el que se le sustituye (12).

Ahora bien, pudiera pensarse que cuando el dinero u otro bien de la herencia es el medio de conmutación elegido, es necesario *un acuerdo* con el hijo natural, porque su cuota legitimaria recae sobre el patrimonio hereditario y, por tanto, los hijos legítimos no pueden disponer por sí sin contar con ellos, como titulares de cuota indivisa. En tal sentido habría que restringir la facultad (de ejercicio unilateral) al supuesto en que se conmutase la cuota por *dinero que no fuese hereditario*.

Pero esta interpretación choca con el párrafo 2.º del artículo 840. Claramente se advierte que permite la exclusión de los hijos naturales de la atribución de bienes hereditarios para el pago de su cuota. De lo contrario no tendría sentido, partiendo de la necesidad de que los hijos naturales estén de acuerdo por su participación en los actos de disposición cuando la herencia se encuentra indivisa, la evidente unilateralidad en favor de los hijos legítimos que se recalca en la norma.

(10) MENGONI: Ob. cit. pág. 142.

(11) Ob. cit. pág. 505 y ss.

(12) GULLÓN: *El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil*, en Anuario de Derecho civil 1961, pág. 889. GULLÓN: *La conmutación...* cit. pág. 606.

E) La "justa regulación"

El párrafo 2.º del artículo 840 condiciona la conmutación a la existencia de una "justa regulación". Este requisito se refiere: a) A que se determine exactamente la cuota legitimaria del hijo natural reconocido. b) A que haya una correspondencia entre el medio de pago elegido y aquella cuota. Identidad de valor.

Parece necesario sostener que todo ello requiere, aquí sí, un acuerdo entre los hijos legítimos y naturales. A esta conclusión tienen que llegar, contra su voluntad, los defensores de la posición contraria. ALLARA niega que el hijo natural tenga que ponerse de acuerdo con los legítimos en estos puntos, porque el precepto ha suprimido toda referencia al "mutuo acuerdo" que exige la conmutación del usufructo viudal (13). MENGONI acepta este argumento y alega que la negativa encuentra una justificación lógica en la formulación positiva del precepto. El adjetivo "justa", dice, carece de sentido si la regulación debe ser objeto de un acuerdo con el hijo natural. El inciso "a justa regulación" no puede explicarse sino considerando la estimación como un elemento de la declaración de querer conmutar, como una predeterminación unilateral de los hijos legítimos, como un requisito de validez de la declaración misma. El hijo natural únicamente tiene el recurso de dirigirse a la autoridad judicial para que declare que al faltar el mismo, al no ser justa la conmutación, es nula la declaración que se le ha hecho (14). Sin embargo, el mismo MENGONI afirma que "es aconsejable en la práctica que los hijos legítimos busquen el acuerdo con el hijo natural para precluir la posibilidad de una acción de nulidad de acto de conmutación por inobservancia del requisito de la justa regulación (15).

Un apoyo jurisprudencial favorable a nuestra tesis lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962, recaída en un litigio en el que se discutía la recta aplicación del artículo 839.

Según la citada sentencia, se requería el "mutuo acuerdo" entre los herederos y el cónyuge viudo para "la *determinación y cuantía*" de la forma de pago. Es decir, en la conmutación de la cuota del hijo natural, los legítimos tendrían que ponerse de acuerdo con éste para la elección de uno de los medios que señala el precepto ("determinación") y para la valoración entre la cuota conmutable y el objeto que se entrega en pago de ella ("cuantía").

Pero si ya indicábamos que esta interpretación jurisprudencial no podía aceptarse en orden al acuerdo entre las partes sobre el objeto por el que se puede conmutar la legítima del cónyuge viudo (16), aquí se revela, por las consideraciones anteriormente expuestas, que

(13) *La successione familiare suppletiva*, Turín 1954, pág. 239.

(14) Ob. cit. pág. 146.

(15) Ob. cit. pág. 146, nota 52.

(16) GULLÓN: *Lo conmutación...* cit. pág. 593 y 605.

nada más lejos de la *ratio* del párrafo 2.º del artículo 840 está una aplicación analógica. El Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962 puede tener como base de partida la imprecisión de la frase “de mutuo acuerdo” del artículo 839. Pero en la norma que estudiamos no hay ninguna referencia a la necesidad de “mutuo acuerdo”.

Naturalmente que entonces se pudiera argumentar que tampoco cabría la aplicación analógica de esta doctrina jurisprudencial en lo que respecta a la exigencia de un “mutuo acuerdo” para las operaciones de valoración de la cuota legitimaria y del objeto en que se va a satisfacer (“justa regulación”). Pero aparte de no existir ningún inconveniente para una aplicación parcial, aquella exigencia está motivada precisamente por la indole misma de la conmutación. Dijimos que requería la fijación de la cuota legitimaria (con la consiguiente determinación del haber partible, computaciones, imputaciones, etc.). Es evidente que los hijos naturales, como legitimarios, están directamente interesados, en virtud de su misma cualidad de legitimarios, en esas operaciones. Lo mismo que los hijos legítimos. También es evidente que el hijo natural no puede permanecer indiferente en la valoración del medio de pago de su cuota legitimaria. Los mismos autores que en aras de su dogmatismo jurídico consideran privilegio de los hijos legítimos su fijación unilateral, aconsejan que “en la práctica” conviene ponerse de acuerdo siempre con el hijo natural. ¿Para qué sirve en tal caso la construcción dogmática que niega o no acoge la realidad?

F) *El recurso a la autoridad judicial*

En contraste con el artículo 839, el párrafo 2.º del artículo 840 no menciona el “mandato judicial” para solucionar las controversias que puedan suscitarse entre los hijos legítimos y naturales a propósito de la conmutación.

No por ello ha de estimarse que los hijos naturales vean también mermada su protección legitimaria hasta el punto de que el precepto les vede el recurso a la autoridad judicial, o que los hijos legítimos no puedan hacer uso de la facultad legal en el momento en que falte todo acuerdo entre los mismos y el hijo natural en orden a la valoración de la cuota de éste y el medio de pago que ellos han elegido.

Partiendo de la necesidad de la intervención judicial para dirimir los conflictos que se susciten, parece que dicha intervención debe limitarse a un punto exclusivamente: si se da o no el requisito de la “justa regulación” exigido por la Ley. En otras palabras, las controversias que deben plantearse para su resolución judicial son las nacidas de un desacuerdo sobre el valor de la cuota legitimaria del hijo natural y el medio de pago que ofrecen los hijos legítimos.

Sin embargo, la sentencia de 28 de junio de 1962 estimó, interpretando el artículo 839, que la autoridad judicial decide “la forma de

pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece” cuando falte acuerdo entre los herederos y el cónyuge viudo sobre su determinación y cuantía.

Ya hemos visto que es inaceptable el acuerdo entre los hijos legítimos y naturales para la determinación del medio de conmutación de la cuota, por lo que en buena lógica la autoridad judicial no impondrá un medio que no sea el escogido unilateralmente por los primeros. La falta de acuerdo (acuerdo aquí necesario) en lo que afecta a la cuantía no legitima razonablemente para que la autoridad judicial elija “otro medio” entre los enumerados en la norma. Únicamente para juzgar acerca de si las valoraciones de la legítima del hijo natural y del objeto ofrecido por los legítimos son justas.

Otra intervención judicial que no sea la señalada no autoriza el párrafo 2.º del artículo 840.

G) *Indivisibilidad en el ejercicio de la facultad de conmutar*

Si son varios los hijos legítimos, ¿es necesario el acuerdo colectivo para proceder a la conmutación y elección del medio solutorio?

Para la debida resolución del problema conviene partir de los medios de pago que enumera taxativamente la disposición: dinero u otros bienes de la herencia.

Por tanto, si se quiere conmutar por dinero *hereditario* o en otros bienes de la herencia, el acuerdo forzosamente será colectivo. No hay posibilidad de conmutación individual. La razón se deduce precisamente de la indicación de la procedencia del medio solutorio: herencia. Las cuotas de los hijos legítimos recaen sobre el patrimonio hereditario, por lo que ninguno de ellos puede disponer aisladamente, sin el concurso de los demás, de algún bien del causante.

La autoridad judicial no podrá intervenir en caso de que no exista el acuerdo de todos, porque se trata de una *facultad* que se concede a los hijos legítimos, no de una obligación ni entre sí ni en relación con el hijo natural (17). Ello ha llevado a PUGLIATTI a afirmar que la facultad de conmutar se atribuye colectivamente a los hijos legítimos como un todo, como un grupo (18). En cambio, MENGONI niega que cuando son llamados conjuntamente a la herencia los hijos legítimos y los naturales se formen dos grupos contrapuestos de llamados. En el caso de pluralidad de hijos legítimos, el derecho de conmutación —afirma el autor citado— es atribuido a cada uno de ellos, pero como derecho de ejercicio colectivo. Lo que, bajo el aspecto teleológico, se justifica sobre la base de que el derecho se atribuye no en interés individual de cada hijo legítimo, sino para la tutela de un interés colectivo, cual es el interés de la familia legítima (19).

(17) MENGONI: Ob. cit. pág. 152.

(18) *Alcune note sulle successione legittime*, Annali Univ. Messina 1930-31, página 421.

(19) Ob. cit. pág. 154.

Ahora bien, si estas consideraciones parten del hecho de que el medio de pago elegido sea un bien hereditario, queda por estudiar otro aspecto importante del problema. En otros términos, sí cabe el ejercicio *individual* de la conmutación, pero con dinero *propio* del hijo legítimo que ejercita la facultad. Esta última cuestión tienen carácter previo. Si el párrafo 2.º prohibiese conmutar con algo que no fuese un dinero *hereditario*, sería ocioso plantear un ejercicio *individual* de la conmutación.

Que el dinero por el que conmuta la cuota legitimaria puede ser no hereditario es algo que se deduce del propio texto de la norma. Carecería de sentido, en caso contrario, la contraposición que se establece en la misma entre el dinero y los otros bienes de la herencia. Si el legislador hubiese querido que el dinero fuese procedente del patrimonio hereditario hubiera eludido su mención en el párrafo 2.º Con la expresión "otros bienes de la herencia" ya se entendería incluido.

Ahora bien, si la conmutación por dinero no hereditario hay que admitirla, no por ello se debe deducir que cualquiera de los hijos legítimos, *individualmente*, pueda hacer la conmutación. Pero tampoco es argumento para sostener que han de ser todos, colectivamente, los legitimados aun mediante el pago en metálico no hereditario.

La verdad es que no hay argumentos firmes ni para una postura ni para la otra. El argumento literal extraído del párrafo 2.º ("los hijos legítimos, etc.") es totalmente insuficiente. El legislador puede haberse referido a los legitimados para conmutar de una manera *genérica*, sin intención de resolver el problema planteado.

DEGNI (20) y AZZARITI-MARTÍNEZ (21), sin ninguna razón especial, afirman el ejercicio individual con dinero propio. MENGONI y CICU lo niegan, al combatir los efectos que se seguirían de la tesis anterior, y que pueden ser en abstracto los siguientes:

1) El hijo legítimo que conmuta con dinero propio adquiere la *cuota del hijo natural reconocido*. MENGONI excluye que se dé este efecto, porque la conmutación no es un acto traslativo de la cuota del hijo natural, sino *extintivo* de la misma, es decir, comporta la extinción objetiva de la comunidad en relación con dicho hijo. La conmutación lleva a cabo esencialmente "una proporcional expansión a toda la masa hereditaria de las cuotas correspondientes a los hijos legítimos" (22). CICU argumenta: es inadmisibile la aplicación analógica del principio por el cual el acreedor no puede rehusar el pago hecho por quien tenga interés, y del principio por el cual cada comunero puede adquirir la cuota de otro comunero sin que los demás puedan oponerse: aquí no hay consentimiento del enajenante, sino *imposición* de la voluntad del hijo legítimo al natural. Tampoco vale para CICU el pensar que siendo la conmutación en realidad una cesión de

(20) Ob. cit. pág. 126-7.

(21) *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padua 1948, pág. 266.

(22) Ob. cit. pág. 152.

cuota, no hay incompatibilidad con esa esencia en la adquisición de la cuota por uno de los hijos legítimos tan sólo (23).

Desde luego que para adquirir el ejercicio individual no cabe la referencia al cumplimiento de las obligaciones por un tercero interesado con la consiguiente subrogación en los derechos del acreedor (arts. 1.158 y 1.210 C. c.), porque el hijo natural no tiene un *derecho de crédito*. Su legítima no se resuelve en eso tan sólo. Tiene una *cuota* del patrimonio hereditario.

El argumento más convincente consiste en ver en la conmutación en sí misma una cesión de la cuota de aquél a los hijos legítimos. Una cesión forzosa en virtud de la *facultad* que a ellos se les confiere. Entonces no habría dificultad en que el hijo legítimo, aisladamente, adquiriese esa cuota.

Ahora bien, ¿existe tal cesión forzosa en la conmutación? Parece claro que no, si esa conmutación se ha hecho en bienes de la herencia. Hay entonces una *concreción* de la cuota, un acto divisional. La cuota de los hijos legítimos se pagará con los bienes que resten del patrimonio hereditario. No tienen su cuota además de la parte que les corresponde en la de los hijos naturales.

Pero cuando la conmutación se hace por *dinero no hereditario* es dudoso que se pueda calificar de acto divisorial. No hay duda de que en un sentido lato, amplísimo, hay una disolución de la comunidad, puesto que el hijo natural ya no está en comunidad con los legítimos. Pero ello es más bien el efecto de la operación del pago en metálico no hereditario. Es evidente que aquí no hay concreción de la cuota en bienes hereditarios elegidos por los conmutantes, sino entrega de algo que no está en la herencia. Aquí sí que estamos en presencia de una adquisición de la cuota del hijo natural, porque su parte en el patrimonio hereditario se acrecienta. La diferencia que se anote entre lo que le correspondería por su cuota, concurriendo con el hijo natural, y la que van a tener una vez eliminado éste, es justamente la contraprestación por el metálico que han entregado. En otras palabras, la parte proporcional de la *cuota del hijo natural sobre el patrimonio hereditario*.

De ahí que si se reconoce, como hacen los autores citados, la posibilidad de conmutación en dinero no hereditario a todos (colectivamente) los hijos legítimos, no existen razones para negar el ejercicio individual.

2) El hijo legítimo conmuta con dinero propio, pero la cuota del hijo natural no pasa a él íntegramente, sino a todos los demás hijos legítimos. El conmutante tendría un derecho de reembolso contra éstos en proporción a lo que se hayan beneficiado con la cuota del hijo natural. Este efecto del ejercicio individual es inadmisibles, porque en realidad implicaría imponer a los demás que no han ejercitado la facultad una conmutación contra su voluntad.

(23) Ob. cit. pág. 80.

H) Pluralidad de hijos naturales

¿Habrán de conmutarse todas *las cuotas* que les corresponden en el patrimonio hereditario para el ejercicio válido de la facultad que compete a los legítimos?

La solución es dudosa. En contra pudiera alegarse la letra del párrafo 2.º del artículo 840. Menciona "*la cuota* que corresponda a los naturales", como si contemplase la cuota hereditaria que se atribuye a la prole natural en su conjunto.

Pero este argumento literal tiene poco valor. No es índice seguro de la intención del legislador. Por otra parte, es obvio que no se da esa atribución *global* en favor de los hijos naturales, a semejanza de lo que ocurre cuando entra en juego el derecho de representación en favor de la stirpe. *Cada* uno de los hijos naturales tiene una cuota *propia*, por lo que no hay obstáculo para pensar en una conmutación de *alguna* de esas cuotas.

LOS MEDIOS DE PAGO DE LA CUOTA DEL HIJO NATURAL

La norma que estudiamos sólo consiente el dinero u otros bienes de la herencia.

Sin embargo, cabe la duda sobre si el medio de pago que se ofrece al hijo natural tiene que ser *o* dinero *o* bien otros bienes de la herencia, de manera que no quepa la conmutación en dinero y en otros bienes. En otras palabras, que no sea posible la conmutación mediante la combinación de los medios legales. Desde luego, una mera interpretación literal que concediese valor de disyuntiva a la norma obligaría a la solución negativa.

CICU (24) se inclina por la afirmativa, puesto que la norma está dispuesta en favor o en interés de los descendientes legítimos. En la duda, hay que interpretarla en favor de los mismos. Pero MENGONI alega que si la norma "representa una anomalía en el derecho sucesorio de los hijos naturales, en la duda hay que interpretarla en el sentido que le sea menos desfavorable" (25). Esta tesis presupone que la combinación es desfavorable al hijo natural. Afirmación gratuita, porque éste está obligado a pasar por el medio de pago que los legítimos elijan siempre que exista "la justa regulación". No hay perjuicio entonces. Sin embargo, a los legítimos les puede convenir esa combinación para facilitar el ejercicio de la facultad.

FACULTADES DEL TESTADOR EN ORDEN A LA CONMUTACIÓN

Constituye doctrina común que el testador no puede privar a los hijos legítimos del ejercicio de la conmutación, ya que es una facultad que se otorga en interés de la familia legítima. Ello, naturalmente, se

(24) Ob. cit. pág. 78.

(25) Ob. cit. pág. 151.

refiere a la cláusula testamentaria que así lo impusiera a los hijos legítimos, y tanto para el supuesto en que se atribuya el *quantum* legal a los hijos naturales a título de herencia o de legado (art. 815).

Ahora bien, si el testador ha asignado al hijo natural una cuota mayor que la que le corresponde por legítima, ¿anula la facultad de conmutación? Hay que sostener que no, no solamente porque ello se prestaría a que el testador prohibiese, utilizando este porcedimiento, la conmutación, sino porque es claro que los hijos legítimos tienen derecho a conmutar la cuota *legitimaria*, es decir, el *quantum* legal, de los naturales. Más allá de esa cantidad parece que no se extiende, según el párrafo 2.º del artículo 840. CÁMARA apunta, sin embargo, que se trata de una laguna legal que puede llenarse perfectamente mediante la puesta en juego de los principios y fundamentos a que obedece el artículo 840. En consecuencia opina que si la facultad de conmutar se otorga a los hijos legítimos para evitar los roces que en la partición pueden tener con los naturales, la solución de conmutar por la cuota legitimaria, permaneciendo en lo restante con derecho a intervenir en la división del patrimonio hereditario frustraría esa finalidad (26).

Cuando el testador hace uso del artículo 1.056 no pueden los herederos legítimos conmutar, ya que la partición de aquél elimina el supuesto base sobre el que se asienta el párrafo 2.º del artículo 840: la comunidad hereditaria entre hijos legítimos y naturales.

Si se limita a dar norma para la formación de los lotes entonces sí es posible la conmutación, porque no evita la formación de la comunidad hereditaria.

(26) Ob. cit. pág. 996.

Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por norteamericanos

MANUEL SAINZ LOPEZ-NEGRETE

Notario de Vigo

Es perfectamente conocido que en Estados Unidos solamente existe una legislación única en materias determinadas, la mayor parte de Derecho Público, y por el contrario el Derecho privado se halla fragmentado en cincuenta legislaciones diferentes a las que se debe agregar la del Estado asociado de Puerto Rico.

Esta circunstancia hace extraordinariamente complejo el estudio de la legislación aplicable a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en España, pues tendremos que averiguar, en primer lugar, su domicilio, para una vez averiguado éste aplicarle la legislación del Estado a que dicho domicilio pertenezca, o la legislación española, si se llega a la conclusión de que por aceptación del reenvío es ésta la legislación aplicable.

Ante todo debemos dividir los Estados americanos en dos grandes grupos que, siguiendo la terminología de los autores norteamericanos, denominaremos Estados de la common-law y Estados de comunidad. Al primer grupo pertenecen todos aquellos Estados que tienen por las circunstancias de su conquista y colonización, un claro origen anglosajón, y además, algunos que habiendo tenido un origen español o francés por diversas razones, entre las cuales suelen ser de paso las fiscales las más importantes, han adoptado, al menos en la materia que nos ocupa, la legislación de los Estados de la common-law. En el segundo grupo se incluirán aquellos que han permanecido fieles a la tradición legislativa de Francia o España.

ESTADOS DE LA COMMON-LAW.—Dichos Estados en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges les dan un contenido muchísimo más restringido del que suele concederles el sistema que tiene su origen en el Derecho romano y germánico y del que aún perdura en los Estados que hemos denominado de comunidad. Solamente comprenden, en la por ello denominada propiedad marital, los derechos que cada uno de los esposos tiene como consecuencia del matrimonio sobre los bienes del otro, los que pertenecen a los acreedores de cada esposo sobre los bienes del otro cónyuge y muy pocas cuestiones más.

Como ya expuse en mi artículo sobre "Efectos del matrimonio

sobre los inmuebles adquiridos en España por ingleses" (1), el marido tenía derecho exclusivo a la administración y disfrute de los inmuebles —real estate— (2) de su esposa, y podía, incluso, enajenar este derecho vitalicio —similar a nuestro usufructo—, pero sin afectar a los derechos de la esposa sobre el inmueble. Casi todos los tratadistas anglosajones repiten la frase famosa de Blacstone: "Por el matrimonio el marido y la mujer son una sola persona ante la ley. Por eso durante él está suspendida la legal existencia de la esposa, o al menos, incorporada o consolidada dentro de la del marido".

Esta ficción legal de unión de las personalidades de los esposos tenía en la práctica importantísimas consecuencias. La esposa, aunque sin ninguna incapacidad en la common-law, por razón de su sexo no podía contratar y ni tan siquiera disponer de sus bienes inmuebles por testamento. En cuanto a sus muebles, eran adquiridos por el marido por el solo hecho de la formalización del matrimonio.

Para que la esposa pudiera disponer de sus inmuebles durante el matrimonio era preciso, no solamente que se uniera el marido a la transmisión, sino que el Tribunal la autorizara.

Únicamente se exceptuaba de la necesaria autorización o consentimiento del marido, aquellos casos en que éste había sido civilmente fallecido, es decir, cuando había abjurado el realismo, había sido sentenciado a cadena perpétua o de varios años, se tratase de un extranjero no residente en el país o estuviera declarado ausente.

Por el contrario, la esposa, durante la duración del matrimonio, no adquiría ningún derecho actual sobre los inmuebles de su esposo —the free-holds (3)—, pero sí un derecho expectante de viudedad —dower— que se convertía en un "life interest" —derecho vitalicio similar a nuestro usufructo— de una tercera parte de los inmuebles adquiridos por su esposo durante el matrimonio que hubiera podido heredar un hijo de haberlo tenido —con lo cual se excluía no solamente los bienes vinculados, sino cualesquiera otros sujetos a condición o cuyo destino estaba predeterminado al fallecimiento del esposo—. Este derecho expectante afectaba con afección real a todos los

(1) Dicho artículo ha sido publicado en la Revista de Derecho Notarial correspondiente al 1.º trimestre de 1966.

(2) En general, los autores anglosajones raramente emplean la denominación "inmuebles", o emplean la palabra "land", cuya traducción literal es "tierra", pero cuyo concepto jurídico es sinónimo de inmueble, o emplean la expresión "real estate" para significar la relación del propietario con el inmueble, que nunca suele ser propietario al estilo continental, sino que aún conserva el sentido feudal de la propiedad. Es muy interesante en este aspecto del estudio, en español, del libro de PUIG BRUTAU *Estudios de Derecho Comparado*, Barcelona, 1951, y el artículo de MANUEL RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de 1952 sobre Derecho Inmobiliario inglés.

(3) FREEHOLD. Es la forma de propiedad más libre que cabe imaginar en Derecho anglosajón. Indica que el tenedor no tiene el inmueble pendiente de la voluntad de otra persona, que la tiene durante su vida y que puede disponer de él libremente, con lo que se diferencia del life interest —derecho vitalicio similar a nuestro usufructo— y del "estate tail", que supone una vinculación a favor de otra persona.

inmuebles adquiridos por el marido que se hallaran en la situación indicada, y ello producía la importante consecuencia de que ninguna transmisión que efectuara el marido de sus inmuebles quedaba libre de una reclamación futura de la esposa, a menos que ésta se hubiera unido a la transmisión liberando de su dower al adquirente, o que se dieran alguno de los casos en que la esposa no tenía este derecho. Este derecho de la viuda estaba condicionado a que sobreviviera a su esposo.

El marido mantenía, si sobrevivía a su esposa, los mismos derechos de administración y disfrute sobre los inmuebles de aquella que ya tenía en vida de la misma. Dichos derechos le eran concedidos "by curtesy of England", y se denominaban "curtesy" iniciada, durante el mismo, y "curtesy" consumada, después del fallecimiento de la esposa. Este derecho era más amplio que el concedido a la esposa, puesto que se extendía a la totalidad de los inmuebles de la esposa y durante la vida de ésta no tenía el carácter de derecho expectante, sino que se trataba de un derecho actual de administración y disfrute, enajenable en las condiciones que ya hemos anotado.

Los Tribunales de equidad intervinieron para mitigar la dureza de la common-law en esta materia y formularon la doctrina, según la cual una mujer casada podía mantener y adquirir un "equitable separate estate" (4), incluso sobre todos sus inmuebles, independientemente de su marido y libre del control del mismo. Dicho "equitable separate estate" tenía que ser creado expresamente y era necesario que las palabras empleadas para la concesión mostraran, sin lugar a dudas, que la esposa tendría el control de estos bienes y no su marido. Este patrimonio separado de la esposa podía estar integrado tanto por bienes inmuebles, como por muebles y las rentas de unos y otros. La mujer tenía completo poder de administración y disposición sobre estos bienes, a menos que en el acto de creación se limitara su capacidad dispositiva. Es decir, que con respecto a los indicados bienes los Tribunales de equidad trataban a la mujer casada como si fuera soltera. Incluso, estipulándolo expresamente, podía ser excluido el derecho de "curtesy" del esposo. Sin embargo, según nos advierte MADDEN (5) existía cierta controversia entre las diferentes jurisdicciones sobre los poderes dispositivos de la esposa en su "equitable separate estate". En Inglaterra, y en algunos de los Estados americanos, se mantenía que el poder dispositivo era consecuencia de dicho "estate", pero en otros Estados los Tribunales no reconocían esta doctrina y mantenían que dicho poder de disposición le tenía que haber sido concedido expresamente en el instrumento de creación del "estate" y en éste le podía haber sido negado o limitado dicho poder dispositivo. En un tercer grupo de Estados se consideraba el poder dispositivo de la mujer tan amplio que podía transmitir incluso a su

(4) Estate, en el Derecho anglosajón, designa las diferentes formas de tenencia de la tierra.

(5) *Persons and Domestic Relations*, pág. 104.

esposo, siempre que tal disposición fuera "free-neither the result of flattery, nor o force, nor harss and cruel treatment" (libre, nunca resultado de adulación, fuerza, dureza y cruel tratamiento).

Con el "equitable separate Estate" dieron los Tribunales de equidad el primer paso para la total separación del patrimonio de los dos esposos.

Comunidades entre esposos en la common-law.—Como ya expuse en mi citado artículo sobre los inmuebles adquiridos por los ingleses en España, en la common-law existían tres clases de comunidad, una de ellas exclusiva del matrimonio y las otras dos factibles entre personas extrañas al mismo.

Era exclusiva del matrimonio la denominada "tenancy by entirety". Dicho tipo de comunidad era consecuencia lógica de la absorción de la personalidad de la mujer por el marido durante el matrimonio.

Cuando, durante el matrimonio, se transmitía un inmueble a ambos esposos, se presumía que éstos lo adquirirían por entero. Según MADDEN (6) en la "joint tenancy", cada uno de los partícipes adquiere una mitad u otra parte proporcional, indivisa, por supuesto. En lenguaje técnico siguiendo a este autor, ellos adquieren "per my e per tout". Por el contrario, un marido y su mujer, en la common-law adquirirían "the entirety" (por entero), no una indivisa mitad. Adquieren el todo. Ellos no se posesionan, agrega MADDEN, "per my e per tout", sino aislada y simplemente "per tout". Las mismas palabras que a otras personas harían "joint tenant", hacen al marido y la mujer "tenant by entirety".

Al "estado por entero" le es esencial la relación marital. Si no existe matrimonio válido no existe tenencia por entero. Dicha relación marital debe existir ya cuando se adquiere el título. Incluso cuando concurren en la propiedad de un inmueble con otras personas se estimaba que el marido y la mujer, es decir la entidad marital, constituía un solo partícipe. Si adquirirían un inmueble A, B y C y A y B estaban casados, se estimaba que pertenecía la mitad como "joint tenant" o "tenant in common" a C y la otra mitad a A y B.

La característica más esencial de la tenencia por entero era su indestructibilidad. También otra característica muy importante de dicha tenencia era el acrecimiento al sobreviviente, pero esta característica la compartía con la "joint tenancy" que, sin embargo, podía destruirse durante el matrimonio. Ninguno de los esposos tiene, en la tenencia por entero, un derecho independiente que pueda enajenar, gravar, donar o legar, afectando al derecho del sobreviviente. Tampoco respondía la tenencia por entero de las deudas de cualquiera de los esposos, solamente las contraídas por la entidad marital como tal.

El administrador y usufructuario de los bienes poseidos por entero.

(6) Obra citada, pág. 123.

era el marido. Su derecho podía ser embargado por los acreedores propios, pero de ninguna forma podía afectar el embargo o la ejecución forzosa de su derecho a la esposa que adquiriría la totalidad absolutamente libre de toda carga o gravamen si sobrevivía al esposo.

Cualquier adquisición conjunta efectuada por los esposos durante el matrimonio, de bienes inmuebles, eran favorable a la tenencia por entero, a menos que dichos esposos manifestaran expresamente su deseo de adquirir como "joint tenant" o "tenant in common".

Estos dos últimos tipos de comunidad, que convivían en la common-law con la tenencia por entero, no eran exclusivos del matrimonio. En la "joint tenancy", como ya hemos dicho, había acrecimiento a favor del sobreviviente, pero podía ser destruida fácilmente durante el matrimonio por partición o simplemente enajenando uno de los esposos su derecho a un tercero, pues para su existencia era requisito esencial la unidad de título. No obstante, ningún "joint tenant" podía disponer testamentariamente por su sola y exclusiva voluntad y al fallecimiento de uno de los partícipes la porción vacante acrecía a los demás.

En cuanto la "tenancy in common" era una comunidad de cuotas, siempre susceptible de división y destrucción, muy similar a nuestra comunidad de tipo romano.

En la concurrencia de extraños sobre un inmueble la common-law presumía la existencia de una "joint tenancy" por ser este tipo de comunidad más favorable a la unión de los derechos sobre la tierra y con ello existía más facilidad por parte de los señores de exigir el cumplimiento de los vasallos. Como casi todo el Derecho anglosajón, estos tipos de comunidad tienen un claro origen feudal. Pero más tarde el derecho-equidad fue limitando más y más esta presunción y favoreció por todos los medios la existencia de "tenencias en común", en las que no se producía el acrecimiento a favor del sobreviviente.

ESTADOS DE COMUNIDAD.—Aún se conservan en ocho de los Estados de Norteamérica las leyes heredadas de los colonizadores españoles o franceses, aunque con diferencia de detalles en su regulación. Dichos Estados son: Lousiana, Tejas, California, Nuevo Méjico, Arizona, Idaho, Whasington y Nevada.

Según nos dice MADDEN (7) el régimen de comunidad fue desconocido en Roma y pudo tener su origen en Derecho germánico, siendo adoptado posteriormente por Francia y España y transportado a las Colonias de estos países en el Nuevo Mundo. Prevalece en los Estados de la Unión americana que hemos citado. El esquema general de las leyes de estos Estados es el mismo, pero varían bastante los detalles.

En general, y al igual que sucede con nuestro régimen legal supletorio de gananciales, la propiedad adquirida a título oneroso durante

(7) Obra citada, pág. 130.

el matrimonio, pertenece a la comunidad, y, también generalmente, la propiedad adquirida por donación, legado o herencia o aportada por cualquiera de los esposos al matrimonio, se considera "separate property", término que podemos considerar sinónimo de nuestros parafernales o bienes propios del marido.

MADDEN (8) expone: "The general rule is that character of the property as community or separate property is determined as of the time of its acquisition" (La regla general es que el carácter de la propiedad como común o separada es determinada por el tiempo de su adquisición). La idea central, agrega este autor, es que el matrimonio crea una sociedad en la propiedad entre el marido y la mujer y toda la propiedad resultante del trabajo de ambos o la adquirida por cualquiera de los dos, salvo en los casos exceptuados, va en beneficio de ambos esposos. La presunción está a favor de que lo adquirido en el matrimonio, sea adquirido a favor de los dos esposos o de uno de ellos solamente, es propiedad común. Vemos que la analogía con la presunción del artículo 1.407 del Código Civil español no puede ser mayor. Esta presunción, al igual que ocurre en la nuestra, puede ser destruida. Cuando la propiedad es adquirida a nombre de la esposa, demostrando que se había invertido en la adquisición dinero procedente de sus parafernales o "separate Property", se supone que por subrogación real se adquiere esta última, pero es a la esposa a la que, normalmente, le incumbe la carga de la prueba. Así lo declararon los Tribunales de California en el caso de Booker versus Castillo y los de Lousiana en el de Stauffer versus Morgan (citados por MADDEN). Igualmente, el marido puede demostrar que adquirió con dinero propio, en cuyo caso la presunción queda destruida. Esta prueba pudo ser aportada por el marido ante los Tribunales de California en el "estate of Higgins", y ante los de Texas en el York contra Hilger (también citados por MADDEN).

Al marido corresponde la administración y el control de la propiedad común y en algunos Estados podía, incluso, transmitir y gravar los inmuebles sin el consentimiento de su esposa. Hoy se conceden por regla general mayores poderes a la esposa y, generalmente, es preciso su consentimiento para los actos de disposición y gravamen de los bienes inmuebles pertenecientes a la comunidad. Únicamente en Louisiana y la provincia canadiense de Quebec —es decir, en los de claro origen francés— puede el marido disponer y gravar los inmuebles pertenecientes a la comunidad sin el consentimiento de la esposa. En cambio, por regla general; puede gravar y enajenar los muebles sin este consentimiento, excepto en California, con respecto a los muebles de la vivienda familiar y en Texas dichos muebles de la vivienda familiar y los bonos y valores (9).

En cuanto a la esposa, en siete, de los ocho Estados, tiene la libre disposición y gravamen de sus bienes parafernales, tanto muebles co-

(8) Obra citada, pág. 132.

(9) *The Lawyer Directory*, 1959.

mo inmuebles, sin consentimiento de su esposo. Solamente en Tejas necesita el consentimiento de su esposo para gravar o enajenar los inmuebles y únicamente cuando el marido esté incapacitado legalmente o la ha abandonado puede suplir este consentimiento por el del Juez competente.

Como ya vimos, la presunción de que lo adquirido en el matrimonio a título oneroso es común la regla general, pero en California se ha invertido la carga de la prueba a favor de la presunción de que lo adquirido pertenece al cónyuge adquirente desde 1927.

Las rentas e ingresos de los esposos, con posterioridad al matrimonio, normalmente pertenecen a la comunidad, pero hay algunos Estados que prevén que sean propiedad separada. Así sucede en Arizona con lo adquirido por la esposa estando separada de su marido y en California en el mismo supuesto. En Idaho lo puede prever la esposa, por acuerdo pre nupcial, y en este caso tendrá su administración y no responderá de las deudas del marido. En el Estado de Whashington son propiedad separada en todo caso.

Contratos matrimoniales.—En los Estados de la comunidad, los esposos, al igual que en España, puede concluir un convenio matrimonial, antes del matrimonio, y en el mismo indicar los bienes que les pertenecen y aquellos que deben permanecer siendo propios, pero no pueden modificar los derechos del marido sobre los hijos, el orden público, las buenas costumbres, ni los derechos sucesorios. Generalmente existen ciertas formalidades legales para la validez de estos contratos y en algunos Estados deben ser inscritos obligatoriamente. Suelen ser inmutables durante el matrimonio.

La propiedad matrimonial en los Estados de la common-law en la actualidad.—En prácticamente todas las leyes —Statutes— de los Estados que tuvieron su origen en la common-law y aún en aquellos de diferente origen que por unas u otras razones —principalmente fiscales— aceptaron dicho sistema —como Hawai, Oklahoma y Nebraska— se reconoce que la propiedad, tanto mueble como inmueble, adquirida por la esposa durante el matrimonio, y por supuesto con anterioridad al mismo, es “separate property” y está libre del control del marido.

La mayor parte de los Estados —reconociéndolo expresamente en sus Statutes o Codes o por construcción de sus Tribunales— conceden a la mujer casada plenos poderes de administración y disposición sobre sus bienes. Respecto a los muebles esta regla es unánime; en cuanto a los inmuebles, se mantenía por la jurisprudencia de muchos Estados —según MADDEN (10)— que cuando los Statutes de un Estado decían que una mujer casada tenía derecho a disfrutar, poseer y mantener su propiedad separada como si fuera una mujer sola, esta

(10) MADDEN, *Persons and Domestic Relations*, pág. 118.

redacción no le confería poder de disposición sobre sus inmuebles, y, por el contrario, le concedían este poder de disposición, incluso sobre los inmuebles, aquellos Statutes que expresaban tenía las mismas facultades sobre su propiedad que hubiera tenido de no estar casada. No obstante, advierte el mismo autor, esta interpretación no era general en los Tribunales de todos los Estados y muchos se han negado a reconocer esta distinción.

La tendencia legislativa actual se dirige cada vez más en el sentido de equiparar los derechos de los esposos y por ello y dado que el libro de MADDEN, aún siendo el más completo de los norteamericanos sobre la materia, fue publicado en 1931, estimo más aconsejable estar a los que nos dicen las compilaciones modernas que he manejado y según estas últimas, en la actualidad, solamente en Alabama, Carolina del Norte, Florida e Indiana es preciso el consentimiento del esposo para la enajenación de la mujer de sus bienes propios (11).

Sin embargo, a pesar de la amplitud con que hoy se concibe la capacidad de la mujer casada, aún se conservan en la mayoría de los Statutes incapacidades para realizar actos concretos, especialmente para afianzar, sobre todo cuando se trata de afianzar deudas del esposo, y para transmitir los inmuebles que éste le ha donado. Precisar en qué Estados se encuentran vigentes estas limitaciones es tarea poco menos que imposible, pues la mayor parte de las Compilaciones de Leyes que he examinado no se refieren a las mismas, o se refiere el recopilador de un Estado y no lo hacen los otros. Y aún en los casos en que se contiene suele extractar un principio general que después es interpretado por la jurisprudencia, y ésta suele llegar a soluciones muy diferentes según el Estado de que se trate y según los términos literales en que la regla general está establecida en el respectivo Statute.

En cuanto a la presunción de propiedad —este instrumento de Derecho, según cierto autor, tosco, pero eficaz— está a favor del adquirente, ya sea el marido o la mujer. La mayor parte de los Statutes prevén que lo que la mujer casada adquiere durante el matrimonio, ya sea por donación, con su propio crédito, con dinero o con ganancias, le pertenece en propiedad plena y no afecta a su derecho el que su marido haya actuado como su apoderado o título el inmueble adquirido a su propio nombre, ni tan siquiera el que pague una parte del precio, si tuvieron la intención de adquirir bienes propios para la esposa.

Comunidades entre esposos en el Derecho actual de los Estados Unidos.—Los tres tipos de comunidad existentes en la common-law, continúan vigentes en muchos de los Estados norteamericanos. No obstante, se advierte en ellos una clara tendencia hacia la aboli-

(11) El *Juris Classeur de Droit comparé* cita también Kentucky y Pennsylvania, pero según *The Lawyer Directory* de 1959, en el primero de los Estados fue derogado este precepto en 1954, y en el otro, en 1957.

ción de la "tenancy by entirety", o al menos, a su radical transformación.

La tenencia por entero está vigente aún en casi la mitad de los Estados de la Unión. El importante Estado de Nueva York, aún la mantiene, aunque con importantes modificaciones. Los ingleses la derogaron en The Law of Property Act de 1925 que, literalmente traducida dispone lo siguiente: "Un marido y la mujer para todos los propósitos de adquisición de algún derecho sobre la propiedad, bajo una disposición que tenga lugar después de la entrada en vigor de este Act, serán tratados como dos personas." Se terminó con este texto la ficción legal de que el marido y la mujer eran una sola persona ante la Ley. La otra mitad de los Estados de la Unión americana, aproximadamente, han seguido el ejemplo de Inglaterra. Dicha abolición fue consecuencia lógica de la emancipación que los Statutes concedían, gradualmente, a la mujer casada.

Pero incluso en los Estados que mantienen este tipo de comunidad, la misma ha sufrido profundos cambios. Hemos visto anteriormente que una de las características principales de esta comunidad era su indestructibilidad. La tenencia por entero no podía ser afectada por los actos de cualquiera de los esposos ni de sus acreedores. En varios casos mantuvo la jurisprudencia que actuando conjuntamente marido y mujer podían transmitir un inmueble que poseyeran por entero y dar un buen título al adquirente, aunque el marido estuviera en quiebra (MADDEN, *ob. cit.*, pág. 126). A tal punto llegaba esta creencia de que cada esposo tenía un "derecho por entero", que algunos Estados reclamaron la inconstitucionalidad del impuesto sucesorio que el Gobierno Federal había establecido, alegando que en la tenencia por entero nada sucedía al fallecer uno de los esposos, y por consiguiente no había razón para imponer un impuesto por la transmisión efectuada cuando no existía dicha transmisión, pues solamente desaparecía una limitación que anteriormente al fallecimiento del otro esposo tenía el cónyuge superviviente. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que el impuesto era constitucional, tratando en la sentencia a las tenencias por entero como algo irreal y declarando: "Que el poder de imposición es una fundamental e imperiosa necesidad de todo Gobierno y no está restringido por meras ficciones legales". Aún en el sentido de limitar la indestructibilidad del "estate", el Tribunal de Pennsylvania mantuvo que ni el divorcio podía destruirle. Pero la tendencia contraria, que admite su destrucción por el divorcio, va ganando terreno en la mayor parte de los Estados. El Tribunal de Massachusset mantuvo que el divorcio convertía a la tenencia por entero en una tenencia en común (la que es similar a nuestra comunidad) y esta última orientación ha sido seguida por los Tribunales de otros muchos Estados, incluso el de Nueva York. Como consecuencia es posible la partición, mientras que la common-law no reconocía la posibilidad de la misma. Esta se realiza dividiendo por partes iguales entre los esposos, pues los Jueces se basan en que en el momento de la creación

de la "tenencia en común" —que coincide con la declaración del divorcio— los intereses de ambos esposos eran iguales. No obstante, nos advierte FARRELL en el artículo sobre la materia que publicó en *The Brooklyn Law Review*, Dic, 1963, pág. 79, que la nueva sección de la *Domestic Relations Law* de 1963 del Estado de Nueva York ha permitido una mayor flexibilidad a los Jueces y éstos pueden conceder la posesión a uno o al otro esposo denegando la partición, y ateniéndose al grado de culpabilidad de cada cónyuge en el divorcio o a otro motivo fundamental.

Una separación no tiene efectos sobre la tenencia por entero, porque con ella no se pone fin al matrimonio. Pero si queda destruida en los casos de nulidad o anulabilidad. Incluso la muerte civil de uno de los esposos, que en el Estado de Nueva York produce tan importantes efectos como el de permitir un nuevo matrimonio al otro esposo, no destruye la tenencia por entero.

En la *common-law*, el marido tenía el control y disfrute de los inmuebles "by entirety" con la misma amplitud que la de sus propios inmuebles. Este derecho ha sido muy restringido en los Statutes modernos y en ellos se mantiene que mientras la "tenancy" permanece indivisible las partes son consideradas como "join tenant" del uso y "tenant in common" de las rentas y provechos. Cualquier ingreso de esta tenencia debe ser partido por partes iguales, a menos que, expresamente los titulares de la "tenencia" acuerden otra cosa. Cualquier acreedor que ejecute el derecho de uno de los esposos se convierte en "tenant in common" con el otro, pero siempre condicionado a la exclusiva posesión y título del sobreviviente. Brevemente, afirma FARRELL en el artículo citado, al menos en el Estado de Nueva York, los derechos de la mujer son tan extensos como los del marido.

En cuanto los poderes dispositivos de los inmuebles sujetos a esta tenencia, tanto antes como ahora, pertenecen conjuntamente a los dos esposos.

La presunción a favor de la tenencia por entero en las adquisiciones conjuntas realizadas por los esposos, sigue al igual que en la *common-law* en la mayor parte de los Estados que admiten este tipo de comunidad, pero ello no excluye el que los esposos puedan manifestar expresamente su intención de adquirir como "join tenant" o "tenant in common". Y los Statutes de algunos Estados han establecido una presunción favorable a la "tenancy in common" en todo caso, incluso cuando adquieren esposos. En otros, esta presunción favorable a la tenencia en común se mantiene solamente cuando los adquirentes son extraños, o los esposos lo declaran expresamente.

THE DOWER AND THE COURTESY.—Como ya vimos, en la *common-law* se concedían estos derechos a la viuda y al viudo, respectivamente. Anteriormente estudiamos el contenido de estos derechos en la *common-law*. Aquí solamente estudiaremos los Estados en que aún con-

tinúan vigentes y las características de las transformaciones que han sufrido en los mismos.

Tanto the dower como the curtesy tienen dos fases:

a) *Durante la vida del otro esposo.*—En este período the dower concede a la esposa, y en muchos Estados también al esposo, un derecho expectante de viudedad que protegía plenamente a la esposa de cualquier enajenación que realizara el marido sin su consentimiento.

En general, encontramos gran analogía entre the dower y la viudedad foral aragonesa. A ambas viudas —la aragonesa y la norteamericana de los Estados en que sigue vigente— les corresponde un derecho de viudedad sobre los inmuebles adquiridos por el marido durante el matrimonio —si bien el derecho de la viuda aragonesa es mayor en extensión que el de la viuda norteamericana, al menos, como estaba concebido este derecho en la common-law y como aún hoy lo está en la mayor parte de los Estados que lo mantienen vigente— y ambos derechos están protegidos —durante la vida del otro esposo— con una afección real susceptible de afectar a terceros adquirentes de los inmuebles del otro esposo.

Pelayo Hore, con referencia a la viudedad aragonesa, expone: “La viudedad foral aragonesa ofrece dos momentos en su desarrollo. Uno, el derecho expectante; otro, aquél en que dicho derecho en situación de expectativa se convierte en un derecho actual y perfecto. Pero, en realidad, ambos momentos pueden reducirse a uno solo, porque las expectativas, término medio entre las meras esperanzas y los derechos puros, muy semejantes a las condiciones suspensivas, gozan y participan de la misma naturaleza del derecho en que la expectativa aspira a convertirse” (12). Y continúa el autor exponiendo que se trata de un derecho real, pero de origen y contenido esencialmente familiar, y se extiende sobre los problemas de naturaleza interregional que plantea este derecho de viudedad. Como veremos, similares problemas de Derecho internacional privado nos planteará the dower.

Quizá la diferencia más esencial entre ambos derechos consista en que la common-law the dower solamente se concedía a la viuda, mientras que en el Derecho aragonés se concede a ambos esposos, pero esta diferencia ha desaparecido en gran parte de los Estados que aún mantienen esta institución, pues lo conceden tanto a la esposa como al esposo y con el mismo contenido.

El artículo 49 del Apéndice foral aragonés dice: “En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiera dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo, no obstante las enajenaciones o gravámenes que impusiera el marido.” El mismo derecho expectante y la misma protección que correspondía a la viuda americana en la common-law y que aún le corresponde en buen número de Estados. Únicamente si ella se une

(12) SANTIAGO PELAYO HORE, *Problemas de la viudedad foral* (Anuario de Derecho aragonés, 1943, pág. 176).

a la transmisión o gravámen el adquirente estaba plenamente protegido de cualquier reclamación posterior. Si no lo hacía, siempre podría reclamar la mujer su derecho, a menos que por otra causa, como la posible tenencia en común de inmuebles cuando existía derecho de acrecimiento a favor del sobreviviente, que en muchos Estados excluye a la viudedad, este derecho expectante hubiera desaparecido.

Dice Atkinson (13) que tanto the dower como the curtesy son excelentes formas de protección del esposo sobreviviente frente a las enajenaciones, gravámenes o disposiciones testamentarias del otro esposo. Según el mismo autor se trata de instituciones que efectuaron un trabajo útil en un momento en que la mayor parte de las fortunas familiares eran agrarias, pero no es muy adecuada en las presentes condiciones de vida urbana, en las que no suele haber más dominio que el de los muebles y quizá una residencia familiar. Aun en los casos en que el marido tenga otra clase de bienes, un tercio en los inmuebles, durante su vida, es con frecuencia insuficiente para la viuda. Por otra parte, la existencia del derecho de viudedad con su afección real, agrega, impide la libre transmisión de los inmuebles, cosa que la mujer puede no desear, o la obliga a unirse a la transmisión que haga el marido. Además, después que el derecho ha sido consumado los herederos del inmueble pueden encontrar dificultades para hallar un comprador que pague un precio razonable debido a la incertidumbre de la duración de la vida de la esposa. En adición, la protección concedida frente a las deudas puede ser indeseable para los acreedores del marido.

No nos convencen las dificultades expuestas por Atkinson porque son comunes no solamente a los países en los que rige la viudedad foral, sino en aquellos otros, como el nuestro, en que la esposa suele tener como derecho hereditario la totalidad —por aplicación de la cautela Socini, tan frecuente en nuestros testamentos— o una parte en usufructo de los bienes del marido. Bien es verdad que en nuestro sistema de Derecho común no existen dificultades para las enajenaciones derivadas del derecho expectante de viudedad, pero también es cierto que en la mayoría de los casos de bienes adquiridos durante el matrimonio, éstos tendrán el carácter de gananciales, y desde la última reforma del Código civil es preciso el consentimiento de la esposa para los actos de disposición realizados con los mismos. Quizá la más importante diferencia entre ambos sistemas radica en que en el nuestro el problema se centra como problema de capacidad, mientras que en el derecho expectante de viudedad se protege a la mujer con un derecho real cuya eficacia no suele traspasar, como luego veremos, las fronteras nacionales o regionales. En todo caso se precisa la protección a la viuda de las enajenaciones realizadas por el marido en fraude de sus derechos aun teniendo muy en cuenta la protección que merece el tráfico jurídico, pero entre protegerla con el derecho expectante de viu-

(13) ATKINSON on WILLS, pág. 107. HANDBOOK of the LAW of WILLS. Second edition, 1953. St. Paul. Min.

edad o exigir el consentimiento conjunto para la enajenación o gravamen, creemos preferible este último. No desconozco, sin embargo, que habrá casos, especialmente cuando el marido no posea más que bienes propios que este derecho de disposición conjunta, admitido solamente para los gananciales, la dejará poco menos que indefensa frente a las enajenaciones intervivos realizadas por el marido, pero también es cierto que en estos casos no suelen existir las mismas razones morales, especialmente la del premio al trabajo realizado por la esposa en el hogar y a su colaboración en la realización de economías, que justifican su consentimiento para la enajenación de los gananciales. Por otra parte, en la práctica notarial se observa con más frecuencia el caso del marido que pretende favorecer a la esposa con mayor amplitud de lo que la ley permite que aquel otro que pretenda burlar sus derechos hereditarios. Suele ser muy excepcional el último proceder y casi siempre estar justificado por una conducta inmoral de la esposa.

Es muy posible que las razones expuestas por Atkinson, especialmente los obstáculos que la viudedad suponía para el tráfico jurídico, fue lo que motivó que en Inglaterra, ya en 1883, se redujera la viudedad a aquellos inmuebles que el marido poseyera en el momento de su fallecimiento, y en 1925 se suprimieran totalmente los derechos de dower y curtesy. En compensación se concedió a la viuda mayores derechos hereditarios en los bienes muebles, y la jurisprudencia se encargó de protegerla en cuanto afectase a la vivienda familiar.

Una tendencia similar han seguido muchos Estados norteamericanos, o suprimiendo the dower y curtesy o reduciéndolo a aquellos inmuebles que el marido poseyera en el momento de su fallecimiento, con lo que, en dichos Estados, desapareció el derecho real expectante de viudedad y fue sustituido por una verdadera legítima viudal —aunque los escritores norteamericanos e ingleses se abstienen de darle este nombre u otro similar—. Pero los más numerosos, o bien conservan the dower, extendiéndolo al marido, o conservan también el derecho de curtesy, o han sustituido el uno y el otro por una afección real sobre los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, al que no dan denominación especial, pero que en esencia es el mismo derecho un tanto modernizado, ya que, al igual que en el dower, puede ser opuesto a tercero cuando la esposa no se une a la transmisión.

b) *Después del fallecimiento del otro esposo.*—Lo que era un derecho expectante durante la vida del marido se convierte en un “life interest” —derecho vitalicio— sobre una tercera parte, en valor, de los inmuebles adquiridos por el marido durante el matrimonio y que hubiera podido heredar un hijo, de haberlo tenido.

¿Podemos identificar este derecho vitalicio con nuestro usufructo? Esta cuestión ha sido objeto de un estudio especial por KAGAN (14). Llama la atención de este autor, según PUIG BRUTAU (15), que el

(14) KAGAN, *Res corporalis e incorporalis. A comparison of Roman and English law of Interest for life* (Tulane Law Review, vol 20, págs. 107-108).

(15) PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado*, pág. 78.

derecho del usufructuario fuera calificado en Roma como una *res incorporalis* y el derecho del nudo propietario como una *res corporalis*, mientras que el Derecho anglosajón califica de *res corporalis* el derecho del "life tenant" —usufructuario— y de *res incorporalis* el de quien conserva el residuo de la propiedad, o sea el "reversioner". A pesar de ello, agrega KAGAN, ambas figuras son fundamentalmente iguales, y la diferencia se explica por la siguiente razón: "Según el Derecho romano, al crearse el usufructo, una parte de la propiedad pasa al usufructuario, pero solamente una *parte*, de manera que el nudo propietario conserva todavía el núcleo de la propiedad. Por ello el usufructo es un mero derecho de disfrute que recae sobre cosa ajena. Esta cosa, es decir, el derecho sobre la misma considerado como *res corporalis*, se estima que no abandona al nudo propietario. En cambio, el derecho anglosajón concibe el fenómeno de diferente manera, a saber, se considera que el life tenant adquiere la plena propiedad de la cosa, aunque solamente por tiempo limitado: generalmente mientras viva. En cuanto al titular del derecho equivalente a nuestra nuda propiedad, queda desprovisto de toda propiedad durante el mismo período, y todos sus derechos quedan reducidos a la futura reversión de la plena propiedad a su favor —propriadamente reversión— o a favor de quien designe —remainder—. Después de lo expresado, siguiendo a Puig Brutau, KAGAN llega a la conclusión de que el usufructuario del Derecho romano y el "life estate" del Derecho anglosajón son fundamentalmente la misma institución. PUIG BRUTAU no está conforme con esta conclusión, y cree que el mismo KAGAN ha demostrado lo contrario al configurar al "life tenant" como un propietario pleno mientras dura la tenencia, mientras al usufructuario como titular de *ius in re aliena*. En definitiva, la situación es más similar al propietario bajo término resolutorio similar al heredero fiduciario y al heredero reservista de nuestro Derecho, según opina el citado autor español.

THE CURTESY.—Al marido, durante la vida de la esposa, le correspondía en la *common-law* el usufructo de los inmuebles que la esposa pudiera transmitir libremente por herencia, es decir, aquellos que hubiera podido heredar un hijo de haberlo tenido. Este derecho, que ya le pertenecía durante el matrimonio como derecho actual, podía continuar después del fallecimiento de la esposa. Antes del fallecimiento de la esposa se denominaba *cortesia iniciada*, y *cortesia consumada* después del fallecimiento de la misma.

El derecho del marido era de mayor amplitud que el concedido a la esposa, primero, por ser ya un derecho actual y no un derecho expectante durante el matrimonio, y segundo, porque se extendía a todos los inmuebles adquiridos por la esposa durante el matrimonio no vinculados o sujetos a condición o término, y no a una tercera parte de los mismos como ocurría con the *dower*. El marido, durante el matrimonio, era titular de las rentas, frutos y productos, y a su fallecimiento, las mejoras realizadas en dichos bienes beneficiaban a sus

herederos y no a los de su esposa, si no eran los mismos. Podía enajenar su derecho sobre los inmuebles, pero siempre quedaba condicionada resolutoriaamente la adquisición de dichos inmuebles al derecho absolutamente libre que correspondía a la esposa o sus herederos al fallecer el enajenante.

Después del fallecimiento de la esposa le pertenecía un "life interest" de las mismas características que el que por viudedad correspondía a la mujer.

DOWER AND THE CURTESY, EN LA ACTUALIDAD.—Principalmente por el deseo de proteger el tráfico jurídico y la seguridad de los adquirentes, tanto the dower como the curtesy han sido abolidos en algunos de los Estados norteamericanos y sufrido mayores o menores modificaciones en otros. En general, the curtesy, con el contenido que tenía en la common-law, ha desaparecido en la mayor parte de ellos, y en otros ha sido equiparado a la viudedad, siendo frecuente el que en los Statutes modernos se concedan a ambos esposos los mismos derechos. Así ocurre en Illinois, Kansas, Kentucky, Maryland, Missouri, Ohio y West Virginia.

The dower está vigente en Alabama —excepto cuando la viuda tenga bienes propios que excedan en valor a lo que le pertenezca por dower—, Arkansas —pero solamente con respecto a los bienes que tuviera el marido a su fallecimiento, es decir, sin afección real—, Alaska, las dos Carolinas, Columbia, Delaware, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Montana, New-Hampshire, New Jersey, Ohio, Oregón, Rhode Island, Virginia, West Virginia y Wisconsin (16).

The curtesy, con el contenido de la common-law, más o menos modificado, pero con afección real, sigue vigente en North Carolina —solamente la consumada—, Alabama, Columbia —solamente con respecto a los matrimonios anteriores a 1957—, Delaware, Massachusetts, New-Hampshire, New Jersey, New York —en inmuebles adquiridos antes de 1930—, Oregón, Rhode Island, Virginia y Wisconsin. En Tennessee se discute por los Tribunales si el derecho expectante perteneciente a la viuda o al viudo tiene o no afección real. Es posible que en alguno de los Estados no citados conserven los viudos de matrimonios anteriores a su abolición los derechos adquiridos, pues en los Statutes se suele prever esta posibilidad, especialmente con respecto a inmuebles adquiridos con anterioridad a su abolición.

En otros Estados, aunque tanto the dower como the curtesy han sido abolidos, expresamente se concede al esposo sobreviviente, sin distinción entre la viuda y el viudo, una afección real —erga omnes— sobre los inmuebles adquiridos por el otro esposo durante el matrimonio, al menos que éste lo hubiera renunciado expresamente. Tal

(16) Según datos de *The Lawyer Directory* de 1959, cotejados con los de *Juris Classseur de Droit comparé*, en cuya compilación se incluyen algunos Estados más en que ya no está vigente esta institución. Es muy posible que con posterioridad se haya suprimido en algunos más, por ser la tendencia legislativa la de supresión de dichos derechos, al menos tal y como estaban regulados en la common-law.

ocurre en Colorado, Columbia, Indiana, Iowa, Kansas, Minnesota —hasta 1958— y Pennsylvania.

En otro grupo de Estados se ha suprimido el derecho expectante y se concede solamente al viudo o a la viuda una especie de derecho legítimo —aunque sin darle esta denominación— para proteger al esposo sobreviviente de la libertad de testar casi absoluta existente en el Derecho anglosajón. En este sentido están redactados los Statutes o Codes de Connecticut, Florida, Georgia, Mississippi y Vermont, aunque en Florida solamente se concede a la esposa y no al esposo.

En cuanto al contenido del derecho del esposo sobreviviente, si bien en una buena parte de los Estados, como en la common-law, continúa siendo un tercio en usufructo de los inmuebles adquiridos por el otro esposo durante el matrimonio, en Carolina del Sur puede elegir entre un tercio de dichos inmuebles en usufructo o un sexto en pleno dominio, en Florida puede elegir entre sus derechos en la sucesión intestada o una tercera parte en todos los inmuebles pertenecientes al esposo en el momento de su fallecimiento en "fee simple" (pleno dominio), en Missouri —antes de 1956 y aun ahora con respecto a los bienes adquiridos con anterioridad a dicha fecha— se le concedía en pleno dominio, al igual que en Nueva York antes de 1930. En Utah y en Wisconsin tiene derecho el sobreviviente a una tercera parte en fee simple, y en Virginia, a la misma proporción si fallece con hijos, y a la totalidad de los inmuebles en pleno dominio cuando no deja hijos.

En todos los Estados, tanto el marido como la mujer, pueden renunciar a sus respectivos derechos de viudedad y cortesía, uniéndose a la transmisión en el mismo documento en que ésta se efectúa, por convenio prenupcial con el marido y a veces postnupcial y por documento posterior a la transmisión de un inmueble determinado.

Algunos de los Estados que han suprimido the dower y the curtesy, o los han privado de la afección real que anteriormente tenían, contienen en sus Statutes reglas específicas anulando cualquier transmisión o gravamen efectuada por el marido, en perjuicio de la esposa y con intención de desheredarla. Los maridos suelen utilizar, a juzgar por los casos conocidos por los Tribunales, o la transmisión absoluta a un allegado o, con más frecuencia, el "trust" revocable intervivos o la donación mortis causa. Los Tribunales suelen actuar con rigor en esta materia, aunque con gran flexibilidad para no afectar la seguridad del tráfico jurídico y la posibilidad de mejoras en los bienes transmitidos, resultados socialmente indeseables.

En Vermont, que fue uno de los Estados que abolieron the dower y concedieron al viudo —tanto marido como mujer— un derecho en los inmuebles que conservara a su fallecimiento, los Tribunales han actuado varias veces en el sentido indicado. En el caso Thayer contra Thayer, un marido, separado de su esposa, transmitió un "trust", a beneficio de sus hijos, toda su propiedad, reservándose un derecho como arrendatario por una renta nominal, y a consecuencia de este derecho conservaba la posesión, uso y control de su propiedad durante

su vida. El Tribunal anuló la transmisión por fraudulenta. Pudo apoyarse para esta decisión en el título 14 del Statute de 1958, que dice: "toda transmisión en el real estate, efectuada durante el matrimonio, y para no producir efecto hasta después del fallecimiento, con intención de privar a la viuda de sus derechos y acciones sobre dicho "real estate" (inmuebles), será nula e inoperativa para obstaculizar la reclamación de sus derechos en el repetido "real estate".

La mayor dificultad, advierte Ryan en el artículo publicado sobre la materia en *The Boston University Law Review*, pág. 541, está en la prueba de esta intención fraudulenta.

Por último, otro grupo de Estados conceden al viudo derecho de elección entre la viudedad y el legado que el esposo o esposa le deje en su testamento. Tanto la forma como los plazos de elección suelen estar regulados en los Statutes de los Estados que conceden este derecho.

Homestead.—Es un derecho a la vez de índole familiar matrimonial y sucesorio. Por una parte, es un patrimonio familiar que no está sujeto —al menos en cuanto no excede de determinado valor— a las reclamaciones de los acreedores. Y por otra parte, protege a la esposa y a los hijos menores de las excesivas liberalidades o derechos del cabeza de familia, en un país en donde, dejando a salvo los derechos de la esposa, la libertad de testar es casi absoluta.

Esta institución, según Atkinson (17), es de origen típicamente americano, y fue Texas el Estado que primero la adoptó. Con posterioridad entró en vigor en la mayor parte de los Estados.

El patrimonio familiar —homestead— suele estar constituido por la residencia familiar, o, si es en el campo, por una granja y un lote de tierra que no suele exceder de ciento sesenta acres de extensión. También suelen limitar las Leyes de los Estados el valor exento de las reclamaciones de los acreedores. No obstante, no suele estar exento del pago de impuestos, ni por las deudas creadas con motivo de la adquisición o edificación de la casa, ni tan siquiera por "mortgages" (negocio fiduciario que cumple los fines de nuestra hipoteca) constituidos por ambos esposos.

En algunos Estados, el esposo sobreviviente hereda en fee simple —pleno dominio— the homestead, pero en la mayor parte de ellos adquiere solamente un derecho temporal durante su vida, la minoría de sus hijos o ambos espacios.

La principal característica de esta institución, durante la vigencia del matrimonio, consiste en que su enajenación y gravamen tiene que ser realizada conjuntamente por ambos esposos.

CONFLICTOS DE LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.—En los Estados Unidos, como en Inglaterra, la *lex rei sitae* en cuanto a los inmuebles tiene un ámbito extensísimo. No solamente regula cuanto afecta a la propiedad, su adquisición, pérdida, derechos

(17) ATKINSON, ob. cit., pág. 127.

reales, servidumbres, etc., como en la mayor parte de los países continentales, sino que también se aplica, con muy pocas excepciones que ya examinaremos, a la capacidad para contratar, a las relaciones patrimoniales entre los esposos —limitadísimas en el Derecho anglosajón, como ya hemos examinado— y a las sucesiones en los inmuebles. Incluso en muchos casos se extiende a la forma de las transmisiones.

Entre los sistemas principales existentes en el Derecho comparado, a saber, el de los países que consideran al patrimonio matrimonial como una unidad sujeta a complejas relaciones jurídicas, y aquellos otros en que solamente ven en él bienes aislados, considerados *uti singuli*, a los que, por consiguiente, se les pueden aplicar diferentes leyes, los estados norteamericanos se encuentran decididamente en este último grupo. Aplican una ley a los inmuebles —la *lex rei sitae*— y otra a los muebles —la *lex domicilii*—.

Una vasta Asociación de Abogados, Magistrados y juristas privados inició en el país una codificación del Derecho de los Estados Unidos. Por lo que concierne al Derecho internacional privado, o mejor, siguiendo la terminología norteamericana, a los conflictos de leyes, el Instituto aprobó en 1934 el texto del *Restatement*, y en cuanto al efecto del matrimonio sobre los bienes de cada esposo, se decidió, en cuanto a los inmuebles, por la ley de la situación como principio general. En efecto, la sección 237 del *Restatement* dice literalmente: “the effect of marriage upon interest in land owned by a spouse at the time of marriage is determined by the law of the state where the land is.” (El efecto del matrimonio sobre los derechos de un inmueble adquirido por un esposo durante el matrimonio está determinado por la Ley del Estado donde está dicho inmueble.)

Al igual que en los países continentales, en los efectos del matrimonio quedan comprendidas las facultades de administración y disposición que cada esposo puede poseer y el control que puede corresponder al otro esposo, en qué extensión está limitada la libertad de enajenación de cada esposo, quién puede demandar y ser demandado y cuestiones similares. En los países continentales la ley del régimen matrimonial comprende también los efectos de una separación judicial, acuerdos postnupciales, cuestiones de la quiebra de un esposo, y remedios establecidos contra los abusos del marido en los bienes en que tenga la administración. RABEL (17) nos dice que esto también es verdad en los Estados Unidos, pero con muchas variaciones y excepciones, y agrega que en los Estados de comunidad la ley del régimen matrimonial también determina qué bienes son de la comunidad y cuáles de propiedad separada de los esposos, y, en adición, todo lo relativo a la administración, posesión y control por el marido y la mujer, las acciones permitidas durante la comunidad, la liquidación y la partición. No está integrada en la ley del régimen matrimonial cuestiones tales como la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas de la comunidad, como está establecido en el Estado de Washington, o por las

(17) RABEL: *The conflict of Laws*. A comparative Study, 2.^a edición, 1958.

deudas del marido, como prevé el Código de Louisiana (Estado, por otra parte, que mantiene reglas propias de conflicto de leyes absolutamente territorialistas) o por las de la comunidad y las pre-nupciales de la esposa, como ocurre en California (Rabel, ob. citada, vol. L, página 358).

En cuanto a la amplitud que en los Estados Unidos tiene la *lex rei sitae*, RABEL nos dice que en su comparación la ley continental de la propiedad (artículo 10 de nuestro C. c.) tiene muy modestas funciones. La ley europea o, lo que es lo mismo, la aplicación en Europa de la *lex rei sitae*, no determina el régimen bajo el cual los esposos vivirán, con sus innumerables ramificaciones, y tampoco los requisitos de una convención matrimonial. Únicamente decidirá sobre la ejecución técnica de lo que la ley personal le ordena. Bajo la ley americana, por el contrario, agrega RABEL (obra citada, pág. 362 del volumen I), como en los tiempos feudales, la ley del sitio del inmueble determina todas las cuestiones concernientes a la extensión y contenido de los efectos del matrimonio sobre la propiedad de los inmuebles. Normalmente, nunca es aplicada la ley extranjera en el sitio para determinar los derechos que un esposo puede tener en los bienes del otro, ni para determinar las incapacidades que puedan existir para la transmisión de los inmuebles, ni para concretar la responsabilidad de un esposo frente a los acreedores del otro. En contraste con lo que sucede respecto a los muebles, la ley del sitio es considerada competente para cuanto concierne a la administración por el marido, al control por la mujer y a los derechos de los acreedores. Aun con respecto a la capacidad de la mujer casada en las transmisiones de inmuebles está gobernada por la ley donde está el inmueble, y no de conformidad con la ordinaria norma de conflicto en el país, por la ley del sitio del contrato.

No obstante, en cuanto a la determinación de la capacidad de la mujer casada por la *lex situs*, EHRENZWEIG —*Conflict of Laws*, St. Paul, 1962, pág. 477—, nos dice que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha mantenido que el país del foro no tiene “el deber de proteger”, bajo la propia ley, a mujeres casadas que no estuvieran protegidas bajo la ley de su domicilio. En este caso, foro y sitio se pueden identificar, y, agrega Ehrenzweig, que los Tribunales americanos en repetidas decisiones han mantenido la validez de contratos otorgados por mujer casada sola, sin tener en cuenta la invalidez de dichos contratos según las leyes del foro, sitio, contrato o domicilio, basándose en su propia ley, que unas veces era la del foro, otras la del contrato, otras la del sitio, y a veces la del domicilio. Sin embargo, apunta RABEL (ob. cit., pág. 364) que estas decisiones pueden ser debidas, más que a una excepción, a la aplicación de la *lex rei sitae*, a la intervención del *orden público*, por considerarse anticuada la incapacidad de la mujer casada para contratar en unos tiempos en que la regla general es la equiparación de derechos entre los dos sexos.

En general, como EHRENZWEIG reconoce, en Norteamérica, como en Europa, siempre ha jugado un importante papel la distinción entre

jus in re y *ad rem* a la hora de elegir entre dos leyes. Y basándose en la distinción entre ambas clases de derechos, los Tribunales norteamericanos distinguieron entre efectos obligacionales y efectos reales en la transmisión de la propiedad. Mientras los efectos reales han estado sujetos a la *lex rei sitae*, la simple promesa de comprar o vender, se rige por el lugar del contrato. Así lo declararon expresamente The Restaters —autores del Restatement— cuando establecieron en éste: “La ley del sitio del contrato determina la validez de una promesa de transmitir o participar en la propiedad”. Con ello consagraban una norma de conflicto establecida por primera vez en 1897 por el Juez Holmes —uno de los jueces de mayor prestigio en Norteamérica, no solamente por la cualidad y contenidos de sus decisiones, sino también por sus escritos a la par jurídicos y filosóficos sobre materias de Derecho— en el caso *Pelson contra Stewart*. En dicho caso mantuvo la validez de un contrato entre esposos celebrados en North Carolina y válido según la ley de este Estado, aunque el inmueble estaba situado en Massachusetts —Estado del foro— cuya ley declaraba inválido dicho contrato. (EHRENZWEIG, ob. cit.; pág. 613).

Pero nos podemos preguntar: ¿siempre es aplicable en cuanto a los inmuebles en Norteamérica?, ¿rige esta ley todas las relaciones patrimoniales entre esposos en cuanto se refiere a los inmuebles?

EHRENZWEIG (ob. cit., pág. 647) nos dice que precisamente en materia de propiedad marital —término preferido por los autores anglosajones siguiendo la terminología establecida por la common-law— la variedad entre las leyes de los diferentes Estados norteamericanos ha dado lugar a una situación al borde “de lo fantástico”. Aunque es frecuente clasificar a estas leyes como sistemas de la common-law y de comunidad, ambas categorías tienen tantas variaciones, que el examen de todas las posibles situaciones de conflicto requerirían un volumen por sí mismas. Y, agrega, si a ello se adiciona las enormes diferencias de la “propiedad matrimonial en el extranjero” y las múltiples migraciones de nuestros tiempos, la tarea se convierte en prohibitiva.

Y con respecto a la pregunta que nos hemos formulado anteriormente, nos dice —pág. 649— que para determinar los efectos del matrimonio sobre los títulos de los inmuebles adquiridos por cualquiera de los esposos durante el matrimonio, no hay razones para aceptar este régimen como axiomático con vistas a la propiedad marital. Y, agrega: “Un esfuerzo por conservar la unidad del “estate” puede inducir a los Tribunales a sujetar a los inmuebles, en todo o en parte, a la ley del domicilio matrimonial”. “No está la *lex situs* establecida con vista a los inmuebles adquiridos por cualquiera de los esposos durante el matrimonio, y como a continuación mostraré la *lex situs* claramente no se aplica a los más frecuentes casos de litigios sobre inmuebles adquiridos con dinero derivado de otro Estado diferente al del sitio”. Con todo ello quiere referirse a la denominada “the source” doctrina.

Esta doctrina, tal como nos la explica EHRENZWEIG —pág. 649— y siguiendo la norma norteamericana establecida para el denominado por nosotros “conflicto móvil” —que es la de parcial inmutabilidad, según la cual aplican la ley del domicilio del primer Estado a los bienes adquiridos en éste, y la del Estado al que los esposos se trasladan en cuanto a los adquiridos con posterioridad al traslado— los fondos adquiridos por un esposo de un Estado del sistema de la common-law, no se convierten en propiedad común cuando traslada su domicilio a un Estado en que rige el sistema de comunidad. Pero el problema, continúa, es mucho más complejo si tales fondos se invierten en inmuebles que, según presunción general, están gobernados por la *lex situs*. Con seguridad, bajo la doctrina llamada “source” (fuente u origen) o “tracing” (calco), la doctrina de parcial inmutabilidad también tiene que ser aplicada en este caso.

Los inmuebles comprados en un Estado que se rige por sistema de comunidad con dinero adquirido en un Estado del sistema de la common-law, ha sido mantenido por los Tribunales que sigue sujeto a la ley que gobernaba este dinero en el momento de su adquisición, no obstante el cambio de domicilio que haya podido efectuar el poseedor del mismo desde un Estado de la common-law a un Estado de la comunidad. Así lo mantuvieron los Tribunales de Arizona en el caso de Stephen contra Stephen (1930) el de Apelación de Tejas en el caso Mc Dowell contra Harris (1937) y en el de Joiner contra Joiner (1938) y el de Whashington “in re Pugh’s estate”. (todos citados por el mencionado autor). Pero, como sigue exponiendo él mismo, si bien esta regla parece estar de acuerdo con las expectativas de los esposos, deja varias preguntas sin contestar. En primer lugar no está claro si “the source rule” también se aplica frente a los acreedores y transmitentes que, justificadamente, han constituido sus derechos y transmitido bajo la ley del sitio, porque no conocían, ni estaban obligados a conocer, el origen del dinero. Además, repetidas migraciones de los esposos pueden crear insuperables dificultades en cuanto a determinar cada ingrediente en el inmueble, en cuanto, a su origen, tanto más, cuanto que el carácter de la propiedad de un inmueble con frecuencia tendrá que ser determinado bajo la básica regla prevaleciente en los Estados de la comunidad, según la cual, la propiedad adquirida después del matrimonio se presume ser propiedad común. Y finalmente ha sido expresado el temor... “que aunque se pudiera separar las contribuciones de los diferentes Estados las características de la propiedad resultante... podría ser bien grotesca”. (ob. cit., pág. 650). “Recíprocamente, sigue exponiendo, bajo “the source rule”, inmuebles comprados por esposos domiciliados en Estados de comunidad y que estén sitos en Estados de la common-law, con dinero adquirido en el Estado de la comunidad, ha sido mantenido por los Tribunales de los Estados de la common-law, que quedaba como si sobre ellos se hubiera constituido un “trust”. Así fue decidido por los Tribunales de Oklahoma en el caso Edwards contra Edwards (1924). Y los Tribunales de al

menos un Estado de la comunidad —California— presumen que los Estados de la common-law así lo harían. Pero ha sido sugerido que todos o algunos de los incidentes de la propiedad pueden variar según la Ley del Estado donde son reclamados. Y the American Law Institute— el redactor del Restatement— no obstante las fundadas críticas, continúa manteniendo la posibilidad de que los derechos de los esposos puedan ser afectados por convenios después del cambio de domicilio. Los derechos de dower de la common-law han sido adicionados a los derechos matrimoniales de unos esposos procedentes de Estados de la comunidad mientras una conmoción no parezca evidente.” (obra citada, página 650).

RABEL (ob. cit., pág. 364 del vol. L, University Michigan Law School, 1958, 2.ª edic.) expone: “Existe, no obstante, una importante excepción sobre la aplicación de la *lex situs*. En casi todas las jurisdicciones americanas, inmuebles adquiridos con dinero perteneciente a la propiedad separada de un esposo, son de su propiedad separada, y cuando adquieren con propiedad común son de la comunidad —ha sido llamada “replacement or source doctrina”— (nosotros probablemente diríamos subrogación real). Como resultado el impacto de la *lex situs* en una considerable extensión es calificado por la aplicación de la *lex domicilii* influenciando la propiedad de los fondos o dinero usados para adquirir inmuebles en otro Estado. Esta puede ser la ley del actual o del primer domicilio de los esposos. La ley del sitio, claro está, retiene su poder sobre adquisiciones de inmuebles a través de ganancias (suponemos que del mismo Estado), donaciones y herencia. Los Tribunales también aplicarán la *lex situs* sin vacilación en cuanto a la determinación y validez de tales contratos por el marido o la mujer en cuanto a la disposición de inmuebles, adjudicación al propietario de los frutos y provechos, y en cuanto a la averiguación de las relaciones internas de los esposos con respecto a sus derechos sobre los inmuebles”, y a continuación pone el siguiente ejemplo: “El marido compró un inmueble en Idaho —Estado de comunidad— con dinero ganado en Michigan —Estado de la common-law— y adquiere propiedad separada sobre el mismo a despecho del sistema de la comunidad del primer Estado. Pero si él titula el inmueble a favor de una hija casada domiciliada en Nueva York hay una presunción bajo la ley de Idaho que la propiedad es mantenida en comunidad por ella y su marido”.

De lo expuesto por estos dos autores —internacionalistas ambos del máximo prestigio en Estados Unidos, ratificado en el caso de RABEL por tratarse de un autor que conoce perfectamente tanto el Derecho continental como el de los Estados Unidos, ya que nacido en Austria trabajó muchos años en las Universidades alemanas, principalmente en Estudios de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado, pasando los últimos años de su vida hasta su fallecimiento (en 1955) en Michigan, donde bajo el patrocinio de la Universidad de aquel Estado escribió su libro sobre Conflicto de Leyes,

que, a mi modesto entender, es uno de los más completos sobre la materia— se deduce la importante excepción establecida a la regla general de aplicación de la *lex rei sitae*, excepción no existente en Inglaterra, y nacida allí, con toda seguridad, de la necesidad de coordinar dos sistemas tan opuestos como el derivado de la common-law y el de los Estados que heredaron nuestras leyes y las francesas.

Si no he interpretado mal lo expuesto por estos autores, la mencionada excepción a la *lex rei sitae* se aplicará solamente en aquellos casos en que el inmueble es adquirido con dinero procedente de otro Estado. Si ambos Estados son de la common-law o de la comunidad nada sucederá porque las consecuencia a que conduzca la aplicación de cualquiera de las dos leyes serán las mismas. Pero no ocurrirá lo mismo si el Estado donde el esposo adquirente del inmueble obtuvo el dinero es de distinto sistema al de situación del inmueble. En este caso se establecerá y perdonen la expresión una especie de guerra entre dos presunciones, la que establece que el inmueble es del esposo adquirente y aquella que por el contrario nos dice que todo lo adquirido durante el matrimonio pertenece a la comunidad. Y en esta guerra vence la establecida en el Estado donde fue adquirido el dinero, que puede ser la ley del actual o del primer domicilio de los esposos, según éstos hayan traslado o no su domicilio después de adquirir el dinero con el que compraron el inmueble. Pero, probablemente esta ley del primer domicilio —o del actual, según los casos— se limite a regular ciertas relaciones entre los esposos, probablemente casi en exclusiva a qué esposo pertenece el inmueble adquirido, dejando las demás relaciones bajo el imperio de la *lex rei sitae* que es la regla general. A pesar de todo, la excepción nos parece que puede presentar muchos más problemas de aplicación que la regla general. En efecto, si comprobamos la numerosa y variada jurisprudencia sobre conflicto de leyes que presenta en Estados Unidos la existencia de Estados en los que rigen sistemas tan opuestos, nos inclinamos a dar la razón a los legisladores europeos cuando admiten una ley única en las relaciones patrimoniales entre esposos.

Y ¿de qué domicilio se trata?. Según RABEL, del domicilio del marido en el momento de adquisición del dinero, siendo indiferente a estos efectos que posteriormente traslade su domicilio, por la regla de parcial inmutabilidad que aplica la jurisprudencia americana.

CONVENCIÓNES MATRIMONIALES CONCERNIENTES A INMUEBLES.—The Restatement declara que los convenios matrimoniales concernientes a inmuebles han de ser redactados de conformidad con la *lex situs*. Dice RABEL (obra citada, pág. 397) que esta disposición ha sido criticada como demasiado amplia, pero puede ser errónea esta creencia, a menos que se reconozca que el Restatement reconoce el reenvío desde la *lex situs*. Esta ley, en el presente caso, agrega, consiste simplemente en una regla común a todas las jurisdicciones del país. En primer lugar, la validez del contrato matrimonial se fije por ley del sitio del contrato. En segundo lugar, bajo otra norma de conflicto, la cual no

es más "situs" que la primera, el convenio se reconoce como teniendo plenos efectos en el Estado del inmueble, a menos que choque con el orden público de éste y de la misma forma es reconocido en un tercer Estado. Un convenio antenupcial concluido entre residentes en Nebraska y aplicable en dicho Estado, también se aplica a los inmuebles situado en Kansas que poseyera el marido en el momento de su fallecimiento, de acuerdo con la regla general de que los acuerdos prenupciales ecuanímes y claros son válidos y ejecutables. Así lo declaró el Tribunal de Kansas en el caso *Sauyer contra Sauyer* (citado por RABEL).

Derecho español.—Las normas fundamentales de Derecho Internacional Privado español, en la materia que nos ocupa, son los artículos son incompletos y no muy perfectos, pero la doctrina, la jurisprudencia y alguna disposición legislativa posterior se han encargado de completarlos.

El Tribunal Supremo había concretado el ámbito de la ley personal en esta materia ya con anterioridad a la publicación del Código civil en la sentencia de 27 de noviembre de 1868 y la ha completado en sentencias posteriores. El Dahir jalifiano de primero de junio de 1914, dictado para la que entonces era nuestra Zona del Protectorado en Marruecos, estableció lo siguiente: "Los efectos del matrimonio respecto a los bienes cuando no se haya celebrado contrato, se regirán por la ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio, sin que el cambio de nacionalidad posterior, de cualquiera de los esposos, influya para nada en el régimen de los bienes". Está claro, pues, que el Derecho español, y así lo reconoce también unánimemente la doctrina, aplica el estatuto patrimonial a todo cuanto se relacione con las relaciones patrimoniales entre los esposos que por otra parte, contiene en nuestra legislación un sistema coherente de reglas, similares a las contenidas en el Derecho continental europeo, en las que predomina el criterio de tratamiento unitario al patrimonio matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón.

En el caso de los inmuebles adquiridos por norteamericanos en España, nuestra legislación puede entrar en conflicto con la de los Estados norteamericanos en un doble aspecto: a) Por admitir nosotros el estatuto personal y ellos el real, pues ya hemos visto que, en principio, y en cuanto a inmuebles se refiere se aplica la *lex rei sitae*; b) por tener la legislación española como elemento de conexión la nacionalidad y ser este elemento de conexión en los Estados norteamericanos el domicilio.

Puede existir en ambos casos un problema de reenvío. La ley española señala la nacional del norteamericano y esta última, salvo en las excepciones que ya hemos examinado y sobre las que insistiremos, reenvía a la de situación del inmueble, es decir, a la española, común o foral. Me ocuparé solamente de la de Derecho común dejando para

los foralistas —entre los que hay juristas muy competentes— las peculiaridades que puede ofrecer el reenvío a la legislación foral. Ahora bien, como en los Estados Unidos de Norteamérica no hay una ley federal para la mayor parte de las cuestiones de Derecho Privado, se plantea, en primer lugar, el problema de si será necesario acudir al reenvío que implícitamente parece existir cuando se señalan las leyes de los diferentes Estados. Batiffol parece opinar en este sentido cuando para justificar el reenvío (*Traite elementaire de Droit International al Privé*, pág. 89) nos dice que si tratamos de aplicar la ley nacional a un norteamericano, pronto nos daremos cuenta de que hay cuarenta y ocho Estados —hoy cincuenta— y por consiguiente el mismo número de leyes nacionales, y por ello, termina afirmando, habría que aplicar el reenvío para saber si es competente la legislación de Florida, California o cualquier otro Estado.

RABEL (18) expone que en aquellos países como Estados Unidos, el Imperio Británico y Méjico, que tienen un sistema de leyes compuesto sobre bases territoriales, hacen de la nacionalidad como elemento de conexión, un criterio incompleto, y es necesaria una secundaria regla de conflictos. Si el país, a cuya ley se refiere la conexión nacional, posee una unificada regulación interna declarando cual entre varias privadas leyes se aplica al individuo de cuestión, esta regulación es universalmente aceptada con el fin de una secundaria referencia. Este método recomendaba también el Instituto de Derecho Internacional. Pero, agrega, esto no puede ser aceptado como un regular reenvío. Porque la regla extranjera inter-regional no está en competencia con la regla de conflictos del foro. Aún los más fuertes adversarios del reenvío están de acuerdo con el uso de las leyes inter-regionales extranjeras. Pero la situación puede ser más complicada donde no existen estas reglas inter-regionales, como sucede en el Imperio Británico o en Estados Unidos. No obstante, afirma RABEL (19), se ha reconocido generalmente que la ley del sitio donde está domiciliado constituye su ley personal.

Aclarando este punto, para tomar la decisión final de si a un norteamericano se le aplicará su ley personal o la española como consecuencia de estar situado el inmueble que le pertenece en España, dependerá de que nuestra nación acepte o rechaze el reenvío.

Estudiamos esta materia por extenso el trabajo sobre los inmuebles adquiridos por los ingleses, ya que, con respecto a éstos, se presenta el mismo problema. En dicho trabajo comprobamos que la jurisprudencia española —como decidió el juez inglés en el caso del sexto Duque de Wellington— es muy controvertida. El referido Juez llegó a la conclusión, después de examinar detenidamente la legislación y la jurisprudencia española, que en España no se aceptaba el reenvío. La conclusión nos parece un tanto aventurada, porque si bien es verdad que la jurisprudencia solamente es de Tribunales inferiores,

(18) RABEL, obra citada, volumen I, pág. 136.

(19) Obra citada, vol. I, pág. 140.

y no del Supremo, y que éstos en una sentencia aceptan el reenvío —la del Juzgado de Hospitalet de 1900 basada en un dictamen de TRÍAS y GIRÓ— y en otra la rechazan — la de la Audiencia de Granada de 7 de febrero de 1925 en el caso Larios— la Dirección General de los Registros y del Notariado, parece mantener un criterio favorable al reenvío, pues expresamente lo acepta en la Resolución del 30 de junio de 1956. En el repetido trabajo reseñamos el pro y el contra de la doctrina en relación con el reenvío y para no repetir a él nos remitimos.

¿Se admite el reenvío en ESTADOS UNIDOS?

YANGUAS MESSÍA (20) nos dice que aunque parezca extraño en una legislación tan territorialista como la norteamericana, el artículo 7 del Restatement of Conflicts of Laws, aunque rechaza el reenvío por regla general, sin embargo lo acepta cuando se trata de un derecho real de la propiedad inmobiliaria, en cuyo caso, expresamente dictamina se aplicará la ley de la situación del inmueble, *comprendidas sus reglas de conflicto*. Es decir, que en cuanto al reenvío a la *lex rei sitae* acepta el que ésta hace a la ley personal, en este caso la del domicilio. Como consecuencia de esta aceptación si un matrimonio norteamericano adquiere un inmueble en España y posteriormente se divorcian o fallecen uno de los esposos con su último domicilio en Nueva York o en cualquier otro Estado de la Unión norteamericana, los Tribunales de aquel Estado no le aplicarán la ley española como señala su norma de conflicto de leyes, sino la norteamericana por aceptar el reenvío de la norma española de conflicto de leyes. Existen varios casos de ciudadanos de Estados Unidos fallecidos en países europeos que en su norma de conflicto señalan como elemento de conexión la nacionalidad en que así lo han declarado los Tribunales.

RABEL (21) expone a propósito del reenvío, que si el mundo está dividido en dos sistemas contradictorios, debe haber un *modus vivendi* entre ellos. Y el reenvío, agrega, es uno de los mejores medios para alcanzar este fin.

En cuanto se refiere a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en diferentes países europeos, también aquí existen opiniones contradictorias entre las sentencias dictadas por los Tribunales de dichos países. Alemania ha aceptado el reenvío a la *lex rei sitae* y lo ha aplicado con notable amplitud en cuanto a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en su territorio. Una norteamericana había adquirido un inmueble en Alemania, sin consentimiento de su marido por no exigir la ley de Nueva York, en donde estaba domiciliada, este consentimiento, pero los Tribunales alemanes mantuvieron que el reenvío americano a la *lex situs* resultaba de la aplicación de todas las reglas de la ley germánica de la propiedad matrimonial, según la cual —cuando la sentencia se dictó— era necesario el citado consenti-

(20) *Derecho Internacional Privado*, 2.^a edición, 1958, pág. 220.

(21) Obra citada, tomo I, pág. 82.

miento del marido. Asimismo ha sido aceptado el reenvío en Suiza. Por el contrario, en Francia, a pesar de aceptar sus Tribunales el reenvío por regla general, lo han rechazado en su aplicación a la propiedad matrimonial, por mantener, según RABEL, que era más importante conservar la unidad de ley aplicable al matrimonio. Italia rechaza el reenvío en todos los casos por imperativo del libro preliminar del Código civil de 1942 (RABEL, obra citada, tomo I, página 379).

CONCLUSIONES.—En definitiva que llegaremos a la misma conclusión que con respecto a los inmuebles adquiridos por ingleses, es decir, que para saber si a los norteamericanos se les aplicará su propia ley personal o la española, será definitivo llegar a una conclusión preliminar sobre si en España se admite el reenvío o se rechaza. Creo que la admisión del reenvío no admite grandes dudas y, además, sería muy conveniente, en los casos en que dichos norteamericanos tengan su domicilio en España. Para ello tendríamos un buen precedente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 1956. Pero, ¿aceptaremos igualmente el reenvío y por consiguiente aplicaremos el Derecho español en todos los casos de inmuebles adquiridos por norteamericanos domiciliados en Estados Unidos?

El imperio de la ley territorial en España, como en el resto de los países continentales, sin ser tan amplio como en Estados Unidos e Inglaterra, es lo suficientemente amplio para que, por simple aplicación del primer párrafo del artículo 10 del Código civil, se sujete a la misma cuando afecte a la propiedad, constitución de derechos reales, publicidad, servidumbres, usucapión, prescripción y cuestiones similares comprendidas en el ámbito de esta ley, unánimemente por la doctrina y legislación de la mayor parte de los países. Pero aquí queremos solamente determinar si también procede aplicar la ley española a aquellas materias del estatuto personal, normalmente excluidas de la aplicación de la ley territorial, excepto en unos pocos países entre los que se encuentran Estados Unidos.

Creo que en el día de hoy no existe en España una orientación clara sobre el particular. La jurisprudencia, ya hemos visto, es escasa y discordante. La doctrina, en general,, contraria a la aplicación del reenvío. Opino que éste, de conformidad con la doctrina extranjera más moderna, ni se debe rechazar categóricamente, ni admitirse sin discriminación. Puede ser un excelente medio de coordinación entre las diferentes legislaciones. Ya expuse que lo aplicaría sin vacilar cuando existe reenvío al domicilio, pero en cuanto al reenvío a la *lex rei sitae*, creo sería preferible conceder al Juez facultades suficientes para admitirlo o rechazarlo según las características del caso planteado. Existirán en la práctica muchos casos en que será un medio excelente para una decisión más justa y otros en que su aplicación daría lugar a indudables injusticias. Pienso especialmente en el caso de que uno de los esposos tenga bienes propios exclusivamente en un Estado de los que se rigen por sistema de la common-law, y posteriormente,

el otro esposo adquiere propiedad en España. Si por aplicación del reenvío, al fallecimiento de uno de los esposos conoce de la sucesión un Tribunal español que aplica la ley española su decisión será muy diferente a la de un Tribunal norteamericano que también acepte el reenvío de la ley española y que por consiguiente aplique la ley norteamericana y los derechos de cada esposo según se considere ganancial o no el inmueble adquirido en España pueden ser muy diferentes. En cambio, la aplicación del reenvío no tendrá gran importancia en los Estados norteamericanos que siguen el sistema de la comunidad de bienes entre los esposos, por ser la regulación que éstos hacen muy similar a la española.

Pero, además, en cuanto se refiere a la actividad notarial, no debemos olvidar que, por aceptar el reenvío, los Tribunales norteamericanos aplicarán la ley del domicilio y, por ello, nuestros documentos deben ser redactados de tal forma que no se perjudique al otorgante extranjero cualquiera que sea la ley aplicable. Esto en unos pocos casos será muy difícil de conseguir, pero en la mayoría será factible si llenamos los requisitos de ambas leyes.

La postura del Juez, ya en una fase contenciosa, será muy diferente. Tendrá que elegir decididamente si acepta el reenvío o lo rechaza, y de aceptarlo tendrá que aplicar el régimen de gananciales que es el supletorio español. Ahora bien, si acepta el reenvío será por suponer que la legislación española manda se aplique no solamente las leyes internas extranjeras que regulan las relaciones entre esposos, sino también las normas de conflicto de leyes que señalan la *lex rei sitae*, y por ello deben aceptar éstas en toda su extensión, es decir, con la excepción de la doctrina de "the source" que ya hemos examinado. Por ello tendrá que averiguar de donde procede el dinero invertido en la adquisición del inmueble español y si, como será frecuente, éste procede de un Estado norteamericano en que el adquirente tenga su domicilio tendrá que aplicar la ley del domicilio. Por ello será importante que en los documentos referentes a inmuebles adquiridos por norteamericanos, procuremos consignar por declaración de los contratantes, la procedencia del dinero invertido en la adquisición. De la importancia de esta declaración para destruir la presunción del Código civil español en el artículo 1.407 se ha ocupado entre nosotros, con su habitual maestría, MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (22) por su trabajo y por las decisiones de la jurisprudencia podemos comprobar que las declaraciones que los esposos hacen en el documento sobre esta materia tienen muy escaso valor. Ahora bien, en el derecho anglosajón, y en general en todos los derechos de separación de bienes, la trascendencia es muchísimo mayor, y por supuesto, será esencial para una buena redacción del documento si ade-

(22) MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil* (Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII).

más de determinar los derechos de los esposos sobre la adquisición del inmueble, determina la ley aplicable al mismo.

Como consecuencia de cuanto antecede creo que se deben aplicar las siguientes reglas a los inmuebles adquiridos por norteamericanos:

a) *Cuando existen convenciones matrimoniales.*—Se aplicará lo dispuesto en las mismas en cuanto no afecte al orden público español. Estas convenciones son poco frecuentes en los Estados Unidos.

b) *Cuando no existan convenciones matrimoniales.*—Será el supuesto más corriente y en donde mayores dudas se puedan plantear sobre la ley aplicable. Dentro de este supuesto y con referencia principalmente a la contratación notarial debemos distinguir varios casos, o mejor, momentos.

Adquisición del inmueble.—Si adquiere uno de los esposos aisladamente la presunción en el derecho anglosajón está a favor del adquirente, a menos que dicha presunción sea destruida por declaraciones de dicho adquirente. Por ello considero muy importante concretar esta materia en términos de gran claridad, consignando la procedencia del dinero invertido y señalando incluso el Estado norteamericano en donde fue adquirido.

Si comparece solamente la esposa, creemos puede hacerlo sin necesidad de licencia marital, puesto que dicha licencia en el momento de la adquisición no la exige ningún Estado norteamericano y, por otra parte, no creemos que afecte al orden público español, máxime cuando el legislador español sigue una tendencia clara hacia la supresión de esta licencia, tendencia manifestada en las recientes Compilaciones de Cataluña y Baleares.

¿Prevalecería en España una acción de anulabilidad instada por el marido o sus herederos cuando faltase esta licencia? Creemos que en este caso los Tribunales no dudarían en aplicar la ley personal sin admitir el reenvío, especialmente en perjuicio de un súbdito español que probablemente suponía se aplicaría en esta materia la legislación extranjera.

Enajenación del inmueble.—Tenemos que distinguir dos supuestos:

a) *Propiedad común.*—Este supuesto de propiedad común puede darse no solamente en los países que se rigen por el sistema de la comunidad de bienes con respecto a los bienes comunes que nosotros denominaríamos gananciales, sino también con respecto al patrimonio familiar —homestead— e incluso a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos esposos en los Estados en que se rigen por el sistema de la common-law.

La regla general respecto a la enajenación o gravamen de los bienes comunes es que se precisa el consentimiento de los dos esposos. Solamente en el Estado de Louissiana y la provincia canadiense de Quebec puede enajenar el marido los bienes comunes sin el consentimiento de la esposa, y la tendencia legislativa actual en pro de la equiparación de derechos entre los dos sexos va claramente en dirección a

la intervención conjunta de los dos esposos. En cuanto al "homestead", así lo establecen expresamente la mayor parte de los Estados en que se admite este patrimonio familiar. Y la misma intervención conjunta para la enajenación y gravamen es admitida en las diferentes tenencias en común reguladas en el derecho anglosajón.

Por ello estimo que solamente muy excepcionalmente y en cuanto se trate de norteamericanos domiciliados en Louissiana, se debe admitir la enajenación o gravamen realizada por el marido aisladamente, teniendo cuidado de comprobar la vigencia del derecho en el momento de la enajenación.

Bienes propios.—El marido, por regla general, podrá enajenar libremente sus bienes propios, pero puede tener una barrera para la plena eficacia de esta enajenación en los Estados en que "the dower" no está abolida o incluso en aquellos otros en que ha sido sustituido este derecho de la esposa por otro similar con afección real sobre los inmuebles adquiridos durante el matrimonio. Estudiaremos este problema más adelante.

En cuanto a la esposa, puede enajenar y gravar libremente sus bienes propios en la mayoría de los Estados norteamericanos. Únicamente está restringida su facultad de disposición en cuanto a los inmuebles en Carolina del Norte, Florida, Louissiana y Alabama. En Michigan, New-Hampshire y Vermont también se la prohíbe gravarlos en garantía de las deudas de su esposo. No obstante la plena eficacia de su enajenación puede estar limitada por los derechos de dower, curtesy u otros similares con afección real, que hemos visto subsisten en muchos de los Estados norteamericanos. Prescindiendo de estos derechos podría la mujer enajenar sus bienes propios sin el consentimiento de su marido en cuanto esté domiciliada en cualquiera de los Estados que no hemos citado, pero considero más prudente, y siempre que sea posible, exigir el consentimiento del marido mientras nuestro legislador o nuestra jurisprudencia no nos aclaren la cuestión del envío.

Y ahora se nos plantea un problema cuya resolución es muy importante: ¿Se aplicará la afección real anexa a la viudedad norteamericana a los inmuebles adquiridos por norteamericanos que tengan su domicilio en Estados donde aquélla está vigente, en España?

Tanto the dower como de curtesy, como aquellos derechos de viudedad modernos con afección real establecidos en muchos de los Estados norteamericanos, son muy similares, como ya espusimos, a la viudedad foral aragonesa, y por ello creemos que la doctrina y la jurisprudencia que aclaren la afección real de la viuda aragonesa puede servirnos para la averiguación de si el derecho similar de una viuda o viudo norteamericano afectaría al adquirente de un inmueble que enajenara o gravara el otro esposo en España.

En el derecho de viudedad norteamericano, al igual que en el aragonés, podemos distinguir dos fases:

Durante la vigencia del matrimonio.—El derecho expectante que la celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley, a los cónyuges solamente con respecto a los bienes inmuebles que hubieran aportado a aquél —en Aragón— o que con posterioridad adquirieran durante el mismo —en muchos de los Estados norteamericanos— así a título lucrativo como oneroso —en ambos Derechos— es un verdadero *derecho real*, puesto que afecta —erga omnes— a cualquier adquirente de dichos bienes. Ahora bien, ¿se aplicará esta afección real a los inmuebles adquiridos por norteamericanos en cuyos Estados está vigente, a los inmuebles que adquirieran en España?

PELAYO HORE (23), en su artículo sobre la viudedad foral aragonesa, expone: “Hay en España dos sistemas inmobiliarios; el de la propiedad no inscrita y el de la inscrita en el Registro. El primero está regido e inspirado por el principio “*Nemo dat quod non habet*”. Nadie transmite sino aquello que tiene, y si la cosa está gravada, con el gravamen se transmite, y esto aun cuando nada refleje el contrato, aun cuando el gravamen fuese desconocido por el adquirente y hasta para el propio transmitente. En el mundo extrarregistral las cosas son como son, no como parecen ser. En cambio, el sistema de la propiedad registrada viene inspirado en el principio de la apariencia. Las cosas, respecto a tercero, no son como son en la realidad jurídica, sino como según el Registro parecen ser, y frente a terceros la verdad jurídica cede frente a la verdad registral. En este régimen, los bienes se transmiten solamente con aquellas cargas que refleje el Registro de la Propiedad.” Ahora bien, advierte a continuación, aun en el sistema registral hay circunstancias de mero hecho y una serie de problemas, como los de capacidad, que quedan fuera de la protección registral y que, por consiguiente, son susceptibles de controversia aun en perjuicio de tercero. “En segundo lugar, hay veces que una que pudiéramos llamar “publicidad legal” se sobrepone a la publicidad registral, o, mejor dicho, se complementa de tal forma que el principio de que los derechos inscritos son tal como aparecen en el Registro deben rectificarse en el sentido de decir que los derechos son tal como el Registro y la Ley, conjuntamente, nos dicen que son, ... Y por último, no hay que olvidar que la protección a la apariencia exige que quien la invoque la merezca; por ello no puede el tercero parapetarse tras el contenido del Registro cuando le consta por otras fuentes de conocimiento que tal contenido no es íntegro o no es exacto.”

Y Pelayo Hore respecto a las fincas no inscritas llega a la conclusión de que no cabe duda que la viudedad, en su forma expectante, pesa siempre sobre las fincas que enajene el cónyuge aragonés sin consentimiento ni renuncia del otro cónyuge, “lo mismo si están sitas dentro que fuera de Aragón, lo mismo si en el contrato se ha consignado expresamente la posibilidad de que el usufructo nazca como si se ha omitido tal referencia a él. Si el marido cometió fraude fingiéndose andaluz cuando era aragonés, habrá que reclamarle daños y per-

(23) Artículo citado, pág. 179.

juicios, pero la esposa no pierde por ello su derecho de usufructo. Nadie da lo que no tiene, y el marido no puede vender libre de un derecho expectante las fincas que al mismo se hallan sujetas.”

Nos parece exagerada la conclusión a que llega Pelayo Hore respecto a las fincas no inscritas. Nada tendría que objetar si se tratase de inmuebles pertenecientes a aragoneses y situados en el mismo Aragón. A ellos les obliga plenamente el Apéndice foral aragonés. Pero no creo que suceda lo mismo con inmuebles sitos en territorio de Derecho común enajenados por aragoneses. No cabe duda que el derecho de viudedad es un derecho matrimonial sujeto al estatuto personal, pero en su fase expectante es un verdadero derecho real, y como tal derecho real está sujeto a la ley territorial y, por consiguiente, al imperio del artículo 10, párrafo 1.º, del Código civil. Es una más, entre las numerosas veces, que el Derecho internacional privado y en el Derecho inter-regional se entrecruzan entre sí la ley personal y la ley territorial. Es preciso distinguir entre el campo de aplicación de la una y de la otra. Que en este caso la equiparación entre las normas de derecho inter-regional e internacional se completa parece demostrarlo el artículo 14 del Código civil cuando dice: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 10, 9 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.”

Y si hay alguna cuestión completamente clara entre los internacionalistas privados, es la de sujetar a la ley territorial todo lo relativo a la constitución y extinción de los derechos reales. Para solamente citar las opiniones de los más autorizados, veremos que NIBOYET (24) expone: “La ley de la situación interviene cada vez que se plantea una cuestión acerca del régimen de los bienes. Las principales aplicaciones de esta regla son las siguientes: 3.º A los derechos reales, privilegios, prendas... La *lex rei sitae* determina cuáles son estos derechos reales, cómo nacen, se publican y se extinguen, así como los efectos que producen.” BATIFOL (25) nos dice que el usufructo se regirá por la ley de la situación, cualquiera que sea su origen contractual o legal —usufructo del cónyuge—. La ley real define el régimen del derecho creado, la ley contractual, sucesoria o personal, las condiciones de existencia, la duración y extensión del derecho.

Según RABEL, la doctrina de todos los países (26) está de acuerdo en que la *lex situs* determina: “si sólo un número determinado sobre la propiedad son admitidos —*numerus clausus*— o las partes pueden crear nuevas clases de derechos, como se permite en la *common-law* y es discutido en Francia, qué extrínsecos requisitos existen para las

(24) Principios de Derecho Internacional Privado, traducidos por Andrés Rodríguez Ramón, pág. 488.

(25) BATIFOL, *Traite élémentaire de Droit International Privé*, 2.ª edición 1955.

(26) RABEL, obra citada, volumen IV, pág. 49.

transmisiones... Esto incluye también los requisitos del consentimiento, buena fe y otros elementos de adquisición del propietario.”

Y el mismo Rabel, en el volumen I de su citada obra, al tratar de la relación entre la propiedad marital y la *lex situs*, se pregunta: ¿qué problemas deben ser gobernados en todos los países por la *lex situs*?, y contesta: “la *lex situs* determina, naturalmente, la clase de derechos de propiedad y su creación, transmisión, modificación y extinción y decide en que extensión hay buena fe por el adquirente y en qué medida se debe extender la protección de los acreedores. En su aplicación a los problemas de la propiedad marital, la ley del sitio puede entrar en conflicto con la ley personal. La ley personal puede conceder a uno de los esposos un derecho de propiedad en los inmuebles del otro, *por ejemplo, un gravamen, el cual es desconocido en el sitio del inmueble*, o la ley personal puede disponer que inmediatamente después del matrimonio y sin ninguna transmisión, ciertos bienes de los esposos son transformados en fondos de la comunidad, mientras dicha transformación por inmediata operación de la ley es desconocida bajo la ley del sitio. En todos estos casos la ley del *sitio prevalece sobre la ley personal* en tanto en cuanto tales inmediatas cuestiones sobre la propiedad son afectadas. De esta forma, el Tratado de Montevideo de 1889 limita la ley del matrimonio del domicilio siempre que su aplicación esté prohibida por la ley del sitio donde la propiedad, con la significativa redacción, en el Tratado de 1940, a materias de *estricto carácter real*, al cual pertenecen los derechos reales.” Y a continuación, RABEL ilustra su opinión con un ejemplo: “Antes de la modificación del Derecho civil germánico, una pareja domiciliada en Westfalia, vivía bajo el sistema de comunidad, y de esta forma la tierra adquirida por uno de los esposos después del matrimonio caía en comunidad de ambos esposos. La mujer adquirió tierra en Sajonia, donde la adquisición por ambos esposos no podía tener lugar sin una transmisión del uno al otro. El Tribunal de Apelación de Sajonia mantuvo que solamente la esposa era propietaria, pero que estaba obligada, por razonable aplicación de la ley personal, a ejecutar una transmisión apropiada” (27).

Por último, si algún sentido debe tener el párrafo final del artículo 1.325 del Código civil cuando dice: “todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los inmuebles”, es, según interpreta la mayor parte de la doctrina, el deseo del legislador de que prevalezca la ley territorial sobre la personal en aquellas cuestiones que se refieran a los inmuebles y que sean de la tradicional competencia de la primera.

Después de la clarísima exposición de Rabel pocas dudas nos quedan sobre el destino del derecho expectante de viudedad en los territorios de Derecho común. El derecho de viudedad, en su fase expectante, es un derecho *real desconocido en el sitio del inmueble* cuando éste se encuentra dentro del territorio de Derecho común español, y por ello, ya se trate de un aragonés o de un norteamericano, la ley

(27) RABEL, obra citada, volumen I, pág. 360.

personal de ambos cede ante la *lex situs* española. Y como ésta desconoce dicho derecho expectante, no es posible que este tenga ningún efecto sobre un adquirente. Únicamente si la esposa consiguiera asegurar su derecho —por medio de una hipoteca— creemos podría afectar su derecho a un tercer adquirente del inmueble.

Quizá hubiera sido preferible, al menos en cuanto afecta a los aragoneses, que el problema hubiera sido centrado sobre la enajenación conjunta de ambos esposos, como nos dice Pelayo hacia el fuero “*Ne vir sine uxore*”, dado por Don Jaime en las Cortes de Huesca, y prescribía también el Proyecto de Apéndice Aragonés de 1899, según Sancho Rebullida (28), pues si así se hubiera enfocado el problema, ninguna duda quedaría de que, por tratarse de un problema de capacidad, se regiría por la ley personal de los contratantes, o por la ley del régimen matrimonial. Pero puesto que no ha sido así, creemos debe prevalecer el imperio de la *lex rei sitae*.

No obstante lo anteriormente expuesto, en una fase prejudicial del problema, como es la notarial, el Notario, siempre que sea posible, debe procurar la intervención, tanto en el caso de aragoneses como norteamericanos domiciliados en Estados en que aún está vigente the *dower*, the *curtesy* o algún derecho con afección real, del otro esposo y reflejar en el documento la renuncia de éste a su derecho de viudedad. De esta forma, desaparecerían también los posibles efectos obligacionales que tal derecho pudieran entrañar para el otro esposo.

Una vez disuelto el matrimonio.—Hemos visto que una vez disuelto el matrimonio el derecho expectante se convierte en un “*life interest*” del cónyuge superviviente. Este derecho tiene tal analogía con nuestro usufructo que no cabe duda que respecto a los inmuebles situados en España, y también por imperio de la ley territorial, aplicaríamos este derecho real en cuanto a su régimen, pero sujeto, como expone Battifol en la opinión que anteriormente hemos transcrito, en cuanto a la existencia, duración y extensión a la Ley del Estado norteamericano de que se trate, siempre que no sea aplicable en cuanto a la totalidad la ley española si admitimos el reenvío.

(28) SANCHO REBULLIDA, *La viudedad foral aragonesa en Anuario de Derecho Aragonés*, 1956-57.

La sucesión forzosa del cónyuge viudo en el Derecho chileno

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ

De la Carrera Fiscal, Secretario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Madrid

Al profesor D. Luis Herrera Reyes.

SUMARIO: I. Propósito de estas notas. II. La porción conyugal: 1. Concepto y fundamento.—2. Antecedentes legislativos.—3. Naturaleza jurídica.—4. Personas con derecho a la porción conyugal: A) Regla general. B) Caso de divorcio. C) Caso de matrimonio nulo.—5. Cuantía de la porción conyugal: A) Extensión legal: hipótesis. B) Porción íntegra y porción complementaria.—6. Bienes de donde debe sacarse la porción conyugal.—7. Modos de hacer efectiva la porción conyugal.—8. Renuncia del derecho a la porción conyugal.

I. PROPOSITO DE ESTAS NOTAS

Los derechos sucesorios del cónyuge viudo constituyen tema de alguna actualidad. El hecho de que en el Congreso mundial de Derecho comparado celebrado en Barcelona en 1956 fuera aquél ampliamente debatido —haciéndosele numerosas aportaciones por parte de destacados civilistas— denota cuán general es la atención que se le dedica en nuestro tiempo. Cualquier estudio de Derecho extranjero en esta materia puede, pues, ofrecer algún interés. El Derecho chileno, en particular, lo presenta acaso mayor, ya que el valor general que tiene el Código civil de Chile (primorosa obra de don Andrés Bello, que tanta influencia ha tenido en las codificaciones hispanoamericanas) se refuerza en esta concreta zona del Derecho civil por la originalidad con que dicho Código reguló lo que llama *porción conyugal*; e incluso el interés aumenta por el hecho de haber sido reformados, en fecha relativamente reciente, algunos preceptos en esa materia, siendo la reforma fruto y testimonio de algunas tendencias actuales.

Las presentes notas no abarcan los derechos del cónyuge supérstite en todos los cauces de la sucesión, sino tan sólo en el de la sucesión forzosa. Es de señalar ya que el Código civil chileno reguló esta sucesión en el título 5.º del libro III, relativo a las *asignaciones forzosas*. El artículo 1.167, con el que se abre dicho título, expresa

que “asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Según el propio precepto: “Asignaciones forzosas son: 1.º. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. 2.º. La porción conyugal. 3.º. Las legítimas. 4.º. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, de los hijos naturales y de los descendientes legítimos de estos últimos”. (Cfr. arts. 806 ss. C. c. español). Hay así en el Derecho chileno cuatro asignaciones forzosas que podrían considerarse como otros tantos cauces de la sucesión forzosa. A esa asignación reservada al cónyuge viudo y que en Chile recibe el nombre de *porción conyugal* me refiero únicamente en este trabajo, que quisiera añadir como un modesto homenaje más a los muchos y más brillantes que recientemente se han ofrecido en el mundo hispánico al autor del Código civil chileno, don Andrés Bello, con ocasión del centenario de tan eminente jurista y humanista.

II. LA PORCIÓN CONYUGAL

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El Código civil chileno regula la porción conyugal en sus artículos 1.172 a 1.180. En el primero de tales preceptos, el legislador de Chile, amigo de las definiciones, ha esbozado una definición de la porción conyugal. Según el artículo 1.172, en efecto, “la porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo”; el texto actual de este artículo es el que le dio la ley número 10.271, de 2 de abril de 1952.

Una primera especialidad, pues, del Código chileno en esta materia es de carácter terminológico: el empleo del nombre “porción conyugal” para designar lo que en otras legislaciones se llama “derechos del cónyuge viudo”. Ya don Andrés Bello explicó, en una nota al Proyecto chileno de Código civil de 1841, por qué había escogido aquel término: “Se ha preferido esta denominación a la de cuarta marital, porque ésta parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La ley de Partidas, si hemos de atenernos a su sentido natural, sólo concede esta asignación a la mujer. La Comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los dos consortes” (1). Hoy, el término “porción conyugal” es ya tradicional en Chile.

El fundamento de la porción conyugal es el mismo que el que tienen en otras legislaciones los “derechos del cónyuge sobrevivien-

(1) A. BELLO, nota al § 2 del tit. V del lib. III del Código civil de la República de Chile, tomada del Proy. de 1841.

te". Es decir, un fundamento de justicia que se admite incluso en los ordenamientos pertenecientes a la esfera del Derecho soviético. Con razón ha podido observar a este respecto un civilista chileno, el profesor Arturo Alessandri, que "en las diversas legislaciones positivas, cualquiera que sea el régimen político, económico y social a que van ligadas, es dable observar, en la época contemporánea, un aumento notable de los beneficios patrimoniales concedidos por la ley al cónyuge sobreviviente" (2).

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En el Derecho chileno anterior al Código había regido el sistema de las Partidas de la "cuarta marital" (que permitía a la viuda pobre recibir hasta la cuarta parte de los bienes del marido), discutiéndose en Chile qué debía entenderse por pobreza y cómo debía entenderse el verdadero valor del tope de "cien libras de oro" impuesto por la Partida VI a la herencia de la viuda (3).

Don Andrés Bello dio a esta materia, en el Código civil de Chile, una regulación que ha sido considerada como original y adelantada para su época. "Con muy pocos artículos —decía Fabres— ha conseguido nuestro Código civil formar este sistema tan adelantado y que, casi en su totalidad, nos pertenece" (4). "Se han mejorado notablemente —afirmaba el mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código civil— la suerte del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales. Al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación, se le asegura una no corta sustentación en el patrimonio del difunto, al modo que se hace en la legislación que hoy rige, pero igualando el viudo a la viuda; lo que si antes de ahora se había observado una vez, ha sido sólo en fuerza de una interpretación injustificable de la ley romana y española" (5). Los preceptos en que se regulaba la porción conyugal era, como ya dije, los artículos 1.172 a 1.180, integrantes de una de las secciones dedicadas a las asignaciones forzosas en el título 5.º del libro III.

Esa regulación que en su tiempo resultó progresiva, en el actual ha parecido, sin embargo, insuficiente. La referida sección ha su-

(2) A. ALESSANDRI, *Conclusiones del Coloquio sobre los derechos del cónyuge supérstite*, en la *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, de Barcelona, 1957, p. 384.

(3) *Vid.* P. RODRÍGUEZ GREZ, *Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena*. Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 33.

(4) *Cit.* por RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 34. Sin embargo, en el siglo pasado sostuvieron viva polémica respecto de la porción conyugal el propio don José Clemente Fabres y don Carlos Aguirre Vargas (*vid.* el Prólogo del profesor Mujica a la obra de Rodríguez Grez, p. 9).

(5) Mensaje firmado por Manuel Montt y Francisco Javier Ovalle, recogido en la ed. del *Código civil de Chile* del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, p. 37.

frido por ello algunas modificaciones con la ley núm. 10.271, de 2 de abril de 1952, que es una de las leyes en que se ha traducido el proceso constante de reforma del Código chileno. ¿Cuál ha sido la orientación de la reforma en este punto? El profesor Pedro Lira Urquieta nos la resume así: "En cuanto a porción conyugal, la nueva legislación procuró mejorarla, elevando su monto y permitiendo al cónyuge sobreviviente favorecido acumularla con cualquiera otra asignación que haya de recibir en la sucesión del causante. Con otras palabras, se ha querido quitarle el carácter de asignación alimenticia *sui generis* que tenía" (6).

Pero aun después de la reforma, la regulación de la porción conyugal sigue pareciendo inadecuada a parte de la doctrina chilena. En este sentido, Pablo Rodríguez Grez, tras observar que la regulación se compone sólo de ocho artículos (ya que, de los nueve que había, uno, el 1.179, ha sido totalmente derogado), afirma que aquella es muy escasa en comparación con su importancia y que se requiere "actualizar muchas de sus características, algunas de ellas perdidas en reformas esporádicas y parciales, que no han enfocado en conjunto los defectos legislativos y sólo han pretendido corregir disfunciones aisladas" (7).

3. NATURALEZA JURÍDICA

El problema, tan debatido en España y otros países, de cuál sea la naturaleza jurídica del derecho del cónyuge sobreviviente (y, fundamentalmente, la cuestión de si el viudo es heredero de su consorte) ha sido también ampliamente discutido en Chile.

Sobre la base del Código chileno, puede parecer en principio que la porción conyugal constituye una asignación forzosa, aunque no una legítima. En efecto: asignación, en cuanto el artículo 1.167 la incluye en la lista de las asignaciones forzosas y el testador está obligado a hacerla, supliéndose si no lo ha hecho; pero no legítima, en cuanto el mismo artículo 1.167 la menciona (núm. 2) aparte de las legítimas (núm. 3), y el artículo 1.182 no incluye al cónyuge sobreviviente en la lista de los legitimarios. La cuestión es, sin embargo, más compleja, siendo bastante lo que se ha discutido entre los civilistas chilenos acerca de si la porción conyugal constituye herencia o cosa distinta.

Y es que en esta materia hay que pesar también algunos otros preceptos, como son:

1) El artículo 1.181, que califica expresamente a los legitimarios como herederos e induce, por tanto, a creer que el cónyuge sobreviviente, respecto al cuál no hace el Código una declaración semejante, no lo es.

(6) P. LIRA URQUIETA, *Estudio preliminar* a la ed. cit. del Código de Chile, p. 21.

(7) RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 34.

2) El artículo 998, que, al decir que “en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno”, parece considerar como títulos distintos el de la porción conyugal y el de la herencia.

3) El artículo 1.178, que en su redactado de 1952 afirma: “la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos”. En el Proyecto de 1841 la porción conyugal se definía como “la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, *existentes y conocidos* al tiempo de su muerte”. Según don Andrés Bello, en virtud de esas palabras, “no se consideraría la porción conyugal como una asignación a título universal, ni el cónyuge que la recibiese como heredero”; ello, porque, también según la nota de Bello, una cuota de los bienes existentes y conocidos al tiempo de la muerte, no es una cuota de todo el patrimonio: si acreciesen algunos bienes a la sucesión, el cónyuge sobreviviente no participaría de este lucro a título de porción conyugal; si, por el contrario, apareciesen deudas o recayesen nuevos gravámenes sobre la sucesión, no se debería tocar a la porción conyugal, sino en el caso de ser llamados a contribución los legatarios. Ahora bien, el término de *bienes existentes y conocidos* ha desaparecido, como hemos visto, del artículo 1.178 y ello suprime una de las razones por las que podría negarse que el cónyuge sea heredero.

4) El artículo 1.180, que, a primera vista, parece consagrar en su actual redacción al viudo como heredero, al decir: “el cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado como heredero”. Sin embargo, la doctrina chilena ha puesto ya de relieve que de este precepto no se desprende tal carácter. A este respecto, el profesor Manuel Somarriva observa que aquella frase, que fue introducida por la ley 10.271, denota la perplejidad del legislador en orden a la naturaleza jurídica de la porción conyugal, ya que no se atrevió a decir que el cónyuge “es heredero” y afirma solamente que “será considerado como heredero”, lo que indica que no lo es, sino que se le tiene por tal y se le equipara al heredero, por lo cual sigue siendo sostenible, aun después de la reforma, que la porción conyugal no es herencia (8). En esta línea se aduce también que lo que se asigna al cónyuge es una porción (es decir, una cuantía

(8) M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho sucesorio*, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1961, p. 356. Según este autor, la asimilación del cónyuge a los herederos se hizo con el solo objeto de que aquél fuera considerado como comunero (la cuestión se había planteado en pleito que llegó a la Corte Suprema, y así lo acreditan las actas de las sesiones preparatorias de la ley. Consecuencias de esa consideración de comunero serán: 1.º) Que al cónyuge será menester otorgarle la posesión efectiva de la herencia, y 2.º) Que el cónyuge quedará en idéntica situación que los herederos en todo lo concerniente a la partición de la

de bienes, no una parte alicuota del patrimonio) y que el cónyuge no tiene, respecto de las deudas hereditarias, la responsabilidad de los herederos, sino la de los legatarios.

En definitiva, pues, la doctrina chilena se inclina a negar el carácter de herencia a la porción conyugal. Ahora bien, el rechazar que la porción conyugal sea una herencia no lleva forzosamente a creer que sea un legado. Lejos de ello, la doctrina pone de relieve que mient. ^{os} los legados se pagan de la parte de libre disposición, la porción conyugal nunca se extrae de ella (9). ¿Qué es, pues, en conclusión, la porción conyugal? Para Somarriva, una asignación *sui generis*, especialísima, que no encuadra en la herencia ni en el legado: el cónyuge, por su porción conyugal, no es heredero ni legatario (10). En esta línea están también Barros Errázuriz (11) y Abeliuk, Rojas y Tasso (12).

La jurisprudencia chilena, finalmente, aparece (como la española, por cierto) contradictoria en este punto. Una sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1908 declaró que “el cónyuge sobreviviente en concurrencia con sus hijos legítimos es *asignatario a título universal* del cónyuge difunto, por su opción a la legítima rigorosa de un hijo, que es una cuota de la herencia”. Pero, por otro lado, la sentencia de la Corte de Santiago de 22 de mayo de 1928 (cuya tesis, como dijo Claro Solar, fue implícitamente acogida por la Corte Suprema al rechazar ésta el recurso interpuesto contra la sentencia) afirmó que “el cónyuge que por haber abandonado sus otros bienes y derechos, recibe como porción conyugal íntegra la legítima rigorosa de un hijo, no adquiere por ello el carácter de heredero en los bienes del cónyuge difunto”. Parece, por tanto, que el problema teórico de la naturaleza del derecho del cónyuge viudo no está resuelto definitivamente en la jurisprudencia chilena, si bien, en la práctica, la equiparación entre el viudo y los herederos, en orden a la partición, suprimirá la mayor parte de los conflictos que podrían surgir.

4. PERSONAS CON DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL

A) *Regla general*: El Código de Chile (como el de España y la mayoría de los modernos, al haberse relegado el sistema de la “cuarta marital” que se reconocía solamente a la viuda) otorga los derechos sucesorios indistintamente al marido y a la mujer (cf. art. 1.172 C. c.). Antes de la reforma, el Código chileno exigía, en cierto modo, el tra-

herencia, en la que intervendrá en pie de igualdad con los herederos. Pero, por lo demás, habiendo de interpretarse restringidamente la declaración del Código, no se la puede extender a otros supuestos.

(9) SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 355.

(10) SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 354.

(11) A. BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho civil*, vol. V, Santiago de Chile, 1931, p. 236.

(12) R. ABELIUK MANASEVICH, O. ROJAS BESOAIN y M. TASSO FUENTES, *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código civil (La sucesión intestada y las asignaciones forzosas)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s. f., p. 190.

dicional requisito de la "pobreza del cónyuge sobreviviente", pues el artículo 1.172 concedía únicamente la porción conyugal al viudo "que carece de lo necesario para su congrua sustentación". Era, pues, un requisito la carencia de bienes, aunque, como pone de relieve la doctrina chilena, no se trataba de una pobreza absoluta, sino relativa, es decir, en relación con la fortuna dejada por el causante (13). Hoy, tras la reforma de 1952, el precepto no exige ya aquel requisito. Al hacer desaparecer la frase de "congrua sustentación", el legislador ya no da idea de tratar de favorecer a un asignatario falto de recursos; como señala un autor chileno reciente. "el nombre tradicional de *cónyuge pobre* expresa una idea ya superada" (14).

El artículo 1.176 del Código de Chile, por otra parte, dice después de la reforma: "Por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal. Se imputarán, por tanto, a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare, y los que haya de percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto. No obstante lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto." La doctrina chilena ha destacado la importancia de la reforma en este punto: antes se tomaban en cuenta todos los bienes que el sobreviviente tuviere o adquiriere al momento del fallecimiento del premuerto; hoy no se imputan a porción conyugal los bienes que el supérstite reciba del difunto a título testamentario. Al decir de algunos autores, estos bienes "es como si el cónyuge no los tuviese" (15). Una duda se ha planteado para el caso de la viuda con derecho a una pensión de Montepío: ¿Cómo debe considerarse esta pensión? ¿Se tendrá por asignación abintestato o testamentaria? Rodríguez Grez, que hace un estudio del problema, llega por diversas razones a la conclusión de que lo que el cónyuge sobreviviente reciba por Montepío no debe imputarse a la porción conyugal (16).

Si no es necesario que el cónyuge sobreviviente sea "pobre" para tener derecho a la porción conyugal, ¿será preciso, en cambio, que sea "digno"? El Código chileno no dice que el cónyuge viudo ha de ser digno de suceder al difunto para recibir la porción conyugal; sin embargo, algunos autores observan que, como dicha porción es una asignación por causa de muerte, y los asignatarios deben ser dignos para suceder y capaces de hacerlo, debe entenderse así (17).

B) *Caso de divorcio*: El cónyuge sobreviviente que se hallaba divorciado del premuerto (entendiendo la palabra "divorcio" en sentido

(13) ABELIUK, ROJAS y TASSO, *op. cit.*, p. 191.

(14) RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 52.

(15) ABELIUK, ROJAS y TASSO, *op. cit.*, p. 191.

(16) *Vid.* RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, ps. 52-53.

(17) ABELIUK, ROJAS y TASSO, *op. cit.*, p. 192.

de separación, no de divorcio vincular), ¿conservará sus derechos en la sucesión? La mayoría de las legislaciones contestan negativamente, al menos para el cónyuge que dio causa al divorcio (18). El Código chileno, en el artículo 1.173, dispone que “tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio”. Varias dudas se ha planteado la doctrina chilena ante este precepto. Una de ellas es la de si el artículo se refiere solamente al divorcio perpetuo, y no al temporal: algunos autores (como Pinochet Contreras, José Clemente Fabres y Rodríguez Grez) creen que la referencia es sólo al divorcio perpetuo; otros (como Mesa Barros, Claro Solar y Somarriva) se inclinan a entender que se trata del divorcio perpetuo y del temporal. Otra duda posible es la de si tendrá derecho a porción conyugal el esposo que dio ocasión al divorcio, pero sin culpa: como el precepto exige “culpa”, se entiende que quien no la ha tenido conserva el derecho; a este respecto se recuerda el caso del que da ocasión al divorcio por padecer enfermedad contagiosa. Igualmente se ha planteado la duda de si tendrá derecho el sobreviviente en la hipótesis de que el divorcio hubiera sido por culpa de ambos cónyuges: para este caso se ha afirmado que habrá que entender que ambos cónyuges pierden su derecho, toda vez que ambos están comprendidos en la privación legal y que las culpas no se compensan (19).

Si, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, los herederos de éste otorgaran perdón al cónyuge sobreviviente, culpable de divorcio, ¿permitirá ese perdón recibir la porción conyugal? Parece que no, ya que el artículo 1.175, en la redacción que le ha dado la ley de 1952, dice que “el cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por causa alguna”.

¿Y si, al morir uno de los cónyuges, estaba planteada solamente la demanda de divorcio? La jurisprudencia chilena ha entendido que la sentencia no hará perder el derecho a la porción conyugal (20).

C) *Caso de matrimonio nulo*: La nulidad del matrimonio, ¿hace perder el derecho a la porción conyugal? Para afrontar esta cuestión conviene distinguir según que la declaración de nulidad sea anterior o posterior al fallecimiento del causante.

a) Si la nulidad del matrimonio estaba ya declarada, es evidente que, al tiempo de abrirse la sucesión, no existe matrimonio: el superviviente, en consecuencia, carece de porción conyugal. Ahora bien, el caso se complica si el matrimonio se contrajo de buena fe, porque cabe preguntarse si en esta hipótesis —que es la del matrimonio putativo, al que las legislaciones suelen reconocer efectos— es justa la privación del derecho.

(18) Cf. respecto del Derecho español: art. 834 del C. c.; art. 148, núm. 1.º, de la Compilación de Cataluña, y art. 45, párr. 1.º, de la Compilación de Baleares.

(19) *Vid.* RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, ps. 45 a 56.

(20) SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 328. Cf. el art. 835 del C. c. español.

En varios ordenamientos europeos, entre ellos, como es sabido, el español (cf. art. 834 C. c.), parece que el cónyuge putativo no tiene derechos sucesorios, ya que no podría basarlos en una situación jurídica ya inexistente al abrirse la sucesión. En la doctrina chilena, llega a la misma conclusión Somarriva; para él, el cónyuge putativo carece de derecho a la porción conyugal: ello, porque el matrimonio nulo putativo produce sus efectos mientras dura la buena fe de los cónyuges, pero deja de producirlos desde el momento en que esa buena fe cesa; y, una vez declarado nulo el matrimonio, es imposible hablar de buena fe: ésta sería incompatible con la sola presentación de la demanda y su notificación, cuanto más con la declaración de nulidad (21).

Esas razones, de bastante peso, se refuerzan acaso si consideramos los antecedentes históricos del matrimonio putativo y su naturaleza jurídica. La doctrina del matrimonio putativo —como en su estudio sobre el mismo señala el profesor Jordano— fue creación del *ius canonicum* y pasó al *ius civile* para tutelar los intereses de los hijos, la legitimidad; primeramente se justificó para cuando concurriera buena fe de ambos padres, luego se concedió en el caso de buena fe unilateral, y hoy, desenvolviendo hasta el máximo la idea del *favor protis*, algunas legislaciones civiles mantienen en todo caso para los hijos la legitimidad producida por la apariencia de matrimonio (22). En definitiva impera, pues, el deseo de mantener los efectos ventajosos del matrimonio para los hijos, eliminando, en cambio, dichos efectos para los padres de mala fe. Ahora bien, en el caso de la porción conyugal no se trata de un efecto para los hijos, sino de un efecto para uno de los cónyuges; y un efecto que nace con posterioridad a la declaración de nulidad. El momento de la apertura de la sucesión del causante es el momento de su muerte, y en ese momento no existía el matrimonio, ni el superviviente puede alegar buena fe. No parece posible, pues, reconocerle el derecho a la porción conyugal.

Acaso podrían aducirse también en apoyo de esta tesis, sobre la base del Código chileno, los artículos 122 y 1.790, referentes a la situación en que quedan, tras la declaración de nulidad, las donaciones por causa de matrimonio hechas por los cónyuges: el artículo 122, en efecto, preceptúa en su párrafo 3.º, redactado por la ley 10.271, que “las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad del matrimonio”; y el artículo 1.790 permite que “declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe...”. Si el legislador hubiera querido mantener el derecho a la porción conyugal después de la decla-

(21) SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 328.

(22) J. JORDANO BAREA, *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, en el *Anuario de Derecho civil*, 1961, pág. 344.

ración de nulidad, podría haberlo hecho expresamente como en el artículo 122.

b) Si la nulidad del matrimonio es declarada después de la muerte de uno de los cónyuges, el problema parece más difícil, ya que aquí faltan algunas de las razones que en el caso anterior se alegaban para negar la porción conyugal al sobreviviente. En la doctrina española, ante esta hipótesis, el profesor Fuenmayor opina que el cónyuge putativo sobreviviente tiene derechos sucesorios, salvo si la declaración de nulidad procede de que el cónyuge premuerto estaba ligado, al tiempo de contraer matrimonio, con otro vínculo derivado de unión legítima (caso de bigamia), ya que en este caso el segundo cónyuge quedará excluido del beneficio hereditario (23). En la doctrina chilena, sin embargo, Somarriva cree que en este caso “se producirá la situación curiosa de concurrir dos cónyuges a la porción conyugal, debiéndola dividir por mitades” (24).

5. CUANTÍA DE LA PORCIÓN CONYUGAL

A) *Extensión legal: hipótesis*.—La palabra “porción” tiene un significado de parte. Esa parte, en Derecho chileno, es atribuida en propiedad, y no, como en el español, en usufructo. Su extensión es distinta según las siguientes hipótesis.

1.^a El viudo concurre a la sucesión con un hijo legítimo del matrimonio: El Código chileno ha previsto esta hipótesis en las últimas palabras del párrafo 2.º del artículo 1.178, según la redacción de 1952, que dice que “si sólo hubiera un hijo legítimo, la porción conyugal será igual a la legítima rigurosa de ese hijo” (25). Esta solución es la misma que en su redacción primitiva tenía el Código para todos los casos en que hubiera descendientes legítimos.

2.^a El viudo concurre a la sucesión con varios hijos o descendientes: El Código chileno, antes de su reforma, preveía la hipótesis en el párrafo 2.º del artículo 1.178, donde preceptuaba que “habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo”. La reforma de 1952 ha dejado este párrafo redactado así: “habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos y recibirá como porción conyugal, con imputación a la mitad legitimaria, el doble de lo que por legítima rigurosa corresponda a cada hijo legítimo”. Según esto, como observan los autores chilenos después de la reforma, cuando concurren varios hijos legítimos, el cónyuge es contado como dos para los efectos de dividir la mitad legitimaria. Si concurre un solo hijo (hipótesis anterior), al cónyuge se le cuenta por uno y la mitad legitimaria se divide por dos. En definitiva, la porción es la

(23) A. DE FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, II, pág. 431 ss.

(24) SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 328.

(25) Cf. art. 834 C. c. español.

misma habiendo uno o dos hijos y distinta habiendo más de dos. En efecto, si hay un solo hijo, el cónyuge recibe la mitad de la mitad legitimaria, es decir, un cuarto de la herencia. Si hay dos hijos, como al cónyuge se le cuenta por dos, la mitad legitimaria se ha de dividir por cuatro, y al cónyuge le toca la mitad de la mitad legitimaria, o sea también un cuarto de la herencia. En estos dos casos, pues, el cónyuge recibe exactamente la cantidad que le asigna el párrafo 1.º del artículo 1.178, o sea, la cuarta parte de los bienes de la persona difunta. Pero si aumenta el número de descendientes que concurren a la sucesión, la porción conyugal deja ya de ser un cuarto de la herencia y va disminuyendo progresivamente. De todo ello resulta —observan Abeliuk, Rojas y Tasso— que los hijos legítimos están perjudicados por la concurrencia del cónyuge cuando son pocos, y beneficiados cuando son muchos (26). Y también —podemos añadir— que el cónyuge sale más perjudicado cuantos más hijos hay, resultado injusto que se daba también en el Código español y que ha tratado de suprimir la reforma del artículo 834 de éste por la ley de 24 de abril de 1958.

3.ª El viudo concurre a la sucesión con ascendientes legítimos: Para esta hipótesis, y cualquiera otra que pueda presentarse, “la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta” (art. 1.178, párr. 1.º).

B) *Porción íntegra y porción complementaria.*—Es esta una distinción peculiar del Derecho chileno. Como dice Alessandri, la porción conyugal es íntegra cuando el cónyuge recibe la totalidad de lo que por porción conyugal le corresponde; es complementaria cuando sólo lleva parte de ella. Esto último ocurre cuando el viudo tiene bienes, pero no de tanto valor como los que le corresponden por porción conyugal, pues en tal caso sólo tendrá derecho al complemento, o sea a lo necesario para llegar al límite de la porción; así, si el límite es 100 y tiene bienes por 80, sólo recibirá un complemento de 20 (27). El precepto de donde este sistema se desprende es el párrafo 1.º del artículo 1.176, que dispone que “por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal”.

6. BIENES DE DONDE DEBE SACARSE LA PORCIÓN CONYUGAL

El párrafo 2.º del artículo 1.178 del Código chileno (en la redacción que le ha dado la ley 10.271, la cual ha zanjado una discusión doctrinal que había en Chile acerca de los bienes de donde debe extraerse la porción conyugal) dispone que el viudo “recibirá como porción conyugal, *con imputación a la mitad legitimaria*, el doble de lo

(26) *Op. cit.*, p. 194.

(27) ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 341.

que por legítima rigurosa corresponda a cada hijo legítimo". Así, pues, la porción se paga de la mitad legitimaria.

En todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, la porción conyugal se deduce previamente del acervo o masa de bienes del causante, o sea, antes de llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley; así lo determina el artículo 959, núm. 5.º

Dos artículos del Código, el 1.185 y el 1.190, hablan de deducciones de la porción conyugal. Acerca de lo que sean estas *deducciones* y de si coinciden o no con las *imputaciones* a la porción conyugal, se ha discutido mucho en la doctrina chilena, que ha estado dividida, a partir de Fabres y Aguirre Vargas, sobre la cuestión (28). Aquí baste recordar que la ley 10.271, al reformar el artículo 1.176, ha establecido en sus incisos 2.º y 3.º lo siguiente: "Se imputarán, por tanto, a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare, y los que haya de percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto. No obstante lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto." Así, pues, hoy, si el causante ha dejado una disposición testamentaria a favor del viudo, sea superior o inferior a la porción conyugal, no se imputa a ésta. Por tanto, no se tomará en cuenta al calcular la porción; es como inexistente^o a esos efectos. La finalidad de la reforma en ese punto, como la del Código español en 1958, ha sido beneficiar al cónyuge viudo (que hoy puede llevarse en la sucesión, además de su porción conyugal, una asignación importante) y solucionar de paso la cuestión que se discutía en la doctrina.

7. MODOS DE HACER EFECTIVA LA PORCIÓN CONYUGAL

Recibiendo el cónyuge sobreviviente, en el Derecho chileno, una parte en propiedad, no se plantea en Chile, como en otros países, entre ellos España (29), la necesidad de prever formas subsidiarias de pago que permitan a los herederos, de acuerdo con el cónyuge viudo o con la aprobación del Juez, satisfacer a aquél su parte con algo distinto al usufructo de unos bienes.

8. RENUNCIA DEL DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL

El Código admite expresamente una renuncia de la porción conyugal en los casos (previstos en los dos primeros incisos del artículo 1.176) de que el cónyuge tenga bienes propios. A tenor del ar-

(28) Vid. SOMARRIVA, *op. cit.*, pág. 342 ss.; ABELIUK, ROJAS y TASSO, *op. cit.*, página 196 ss.; RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, ps. 96 ss.; y MUJICA, *prólogo cit.*, páginas 9-10.

(29) Cf. art. 839 C. c. español.

título 1.177, en efecto, en tales casos “el cónyuge sobreviviente podrá, a su arbitrio, retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal abandonando sus otros bienes o derechos”.

La finalidad de aquel precepto, según pone de relieve la doctrina chilena, es beneficiar al viudo. Puede suceder, en efecto, que los herederos pretendan tasar muy alto los bienes del cónyuge, negándole así el derecho a porción conyugal o reduciendo el complemento que le corresponde; el cónyuge podrá entonces zanjar la cuestión abandonando sus bienes propios y llevándose la porción conyugal íntegra. El derecho de opción está atribuido al cónyuge *a su arbitrio* y podrá ejercitarlo, por tanto, sin limitaciones, no pudiéndose oponer a él los herederos. El artículo 1.177 tiene un defecto de redacción, puesto de relieve en la doctrina desde Claro Solar y Fabres y que no ha sido corregido en la reforma de 1952: parece indicar que el cónyuge, para llevar su porción, ha de abandonar forzosamente sus bienes propios, y, a la inversa, para retener sus bienes propios debe abandonar la porción conyugal. Pero lo que en realidad quiere decir es que, si el cónyuge quiere llevar porción conyugal íntegra, puede renunciar sus bienes y ya nada tendrá que imputarse a porción conyugal (30).

¿En qué momento ha de hacer uso el viudo del derecho de opción que le concede el artículo 1.177? El problema se presentó hace años en la Corte Suprema de Chile, que en sentencia de 21 de abril de 1904 declaró que dicho artículo (el cual, antes de la reforma de 1952, admitía ya la renuncia) no impone hacer una renuncia previa para pedir sus otros bienes, ni hacer una renuncia previa de éstos para pedir la porción conyugal.

(30) *Vid.* SOMARRIVA, *op. cit.*, p. 345; ABELIUK, ROJAS y TASSO, *op. cit.*, páginas 210 ss.; RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, pág. 61 ss.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

Joan Martí i Miralles y sus «Principis del Dret Successori»

En la Academia de Jurisprudencia de Barcelona, el día 25 de noviembre de 1966, fue celebrado un brillante acto en homenaje de don Juan Martí i Miralles, en conmemoración del centenario de su nacimiento. El miembro del Instituto de Estudios Jurídicos, don Juan Vallet de Goytisolo, pronunció las siguientes palabras:

En la rememoración y muy justo homenaje a la eximia figura de Joan Martí i Miralles, que hoy conmemoramos, me ha sido asignada la honrosa misión de contemplarle a través de sus "Principis del Dret Successori". Mi tarea, no es pues la de mostrar la personalidad del autor directamente, sino vista a través de una de sus obras, siguiendo así el consejo que nos advierte de que *por sus frutos los conocerèis*.

Bajo este aspecto han sido escogidos los *Principis...* porque, como dijo mi maestro Ramón María Roca Sastre, "es la obra fundamental de Martí Miralles" (1). Y, probablemente, ha sido elegida mi humilde persona —a pesar de que evidentemente hay otros mejor dotados y con más títulos para realizar esta glosa— porque quien ahora os habla, al hacer, hace dos años, la ofrenda de la edición traducida al castellano por el Instituto de Estudios Jurídicos, escribió bastante más de la escuela jurídica catalana que del autor de la obra y, por eso, ahora, se nos brinda generosamente una ocasión para que intentemos subsanar esa falta.

La primera edición de los *Principis del Dret Successori* aparece en catalán en 1925, publicada por el Colegio Notarial de Barcelona. Recogió las siete lecturas públicas dadas durante los meses de mayo y junio de 1923 en dicho Colegio Notarial durante una huelga de transportes, cuando los atentados se repetían todos los días. El autor las ofreció al auditorio, para que, con "la dolça apacibilitat d'unes dilucidacions jurídiques, pugui fruir la vostra ànima, sacsejada pels sotrats de les impresions doloroses dels actuals moments, els efectes sedants de la calma i del repós" (2).

El extraordinario éxito de las Lecturas, nos lo refiere don Manuel Borrás de Palau, a la sazón Decano-Presidente del Colegio Notarial, en el Prólogo de la obra. Las escucharon con creciente fruición los diversos sectores de profesionales del Derecho, científicos y prácticos, la representación de todas las corporaciones jurídicas, la juventud universitaria que se preparaba para las oposiciones de especialidades del Derecho junto a los envejecidos en el estudio y en el ejercicio profesional.

Todos comprendían que asistían a la lectura de una obra perdurable. No a un juego de artificio producto de un momento o de una moda efímera, sino a algo duradero. Así lo expresó el mismo Borrás de Palau: "Qui no veí en el

(1) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: "Martí Miralles (R. I. P.)", en Revista Jurídica de Cataluña, LX, julio-octubre 1949, p. 331, y ed. castellana de los *Principios...*, p. XXXI.

(2) I *Lectura, Manifestacions preliminars*, ed. cat., pág. 8, y ed. cas., página 6.

sistema i en l'estel de l'autor son entronc i filiació amb els grans tractadistes, antics, tal volta, pels procediments i forma d'exposició propis del temps en que escriviren, pero sempre d'actualitat pel fons de les seves doctrines i per assolir aquelles pures i enlairades regions de la raó i de la justicia que están a cobert de les mudances del temps i de les ideologies circumstancials?" (3).

¡Gran enseñanza! La cultura no se forma sólo con los hallazgos —especializados y técnicos— de una generación, ni con las intuiciones de un momento histórico dado, y menos aún con el lanzamiento y la vulgarización de *slogans* que, por un sistema de reflejos condicionados, mueven determinados sentimientos no educados racionalmente. La cultura se forma por la conservación de los logros obtenidos por las generaciones que nos han precedido, por la adición de las soluciones no conseguidas por ellas y que nosotros realicemos, y por la adaptación ponderada de aquellas soluciones a las nuevas circunstancias. La cultura se pierde haciendo tabla rasa de todo lo que experimentaron nuestros predecesores, a quienes se les desconoce, porque no se les lee, porque *a priori* se les desprecia, ignorando totalmente sus razones, rechazándolos, sin oírlos, a golpe de frases hechas y de calificativos acuñados. Así, queriendo comenzar todo por la primera página, sin experiencia histórica alguna, y cargados con prejuicios ideológicos, como lastre, vemos hoy que algunos, en lugar de trabajar modestamente como juristas, aportando su grano de arena a la obra común y secular, prefieren lanzarse sin frenos por el más fácil pero falso camino de superficiales periodistas del Derecho.

Martí Miralles divide sus siete Lecturas en dos partes. En la primera, examina siete principios del Derecho sucesorio. La segunda, la dedica a estudiar seis interesantísimas fórmulas de usufructo viudal y herencia vitalicia, con sus variantes y modalidades.

Tanto cuando explica los principios como cuando analiza las fórmulas, mantiene su visión universal de jurisprudencia. Es decir, al examinar los principios no deja de contemplar el detalle de lo concreto; y al matizar las fórmulas no pierde de vista la universalidad de los principios. Su realismo comprende, a la vez, la realidad del sistema, de sus normas, legales y consuetudinarias, de sus fórmulas y de sus resultados.

Nos advierte (4) del defecto de confundir las construcciones doctrinales —*las exageraciones de escuelas*, que imputó Manresa a los romanistas— con los principios estructurales de un sistema normativo. Estas no son elucubraciones doctrinales, sino trama y urdidumbre de un tejido de normas, algo que no puede mirarse aislada y separadamente, sino entramado, tejido, en el conjunto. Y, en este conjunto hay que estudiar los conceptos, no como elaboraciones ideales y abstractas, sino como expresión de una realidad estructural del sistema. El principio de la universalidad de la institución y el de la incompatibilidad de la institución testamentaria de heredero con la sucesión

(3) BORRÁS DE PALAU, *Prólogo* a los *Principis...*, ed. catalana, pág. XI, y edición castellana, pág. XXXIX.

(4) I *Lect., Principi*, ed. cat., pp. 16 y ss., ed. cast., pp. 15 y ss.

intestada, no pueden juzgarse si no es en el conjunto del sistema que, a su vez, admite el codicilo y la cláusula codicilar y que ha elaborado la doctrina de la *institutio ex re certa*. Y el principio romano *semel heres, semper heres* solo puede valorarse, percatándose, al tiempo, de que en el mismo sistema caben las sustituciones fideicomisarias. Así nos hallamos ante un concepto de *testamento* más restringido, puesto que lo diferencia del codicilo; y ante una aplicación más rigurosa de la palabra *heredero*, circunscrita a la persona en la que *in solidum* recae el fenómeno de la subrogación sucesoria que es irreversible (5). Y por eso, nos advierte del peligro de hacer “la *xègessi d’una llei* que està en manifesta y fonamental contraposició amb els raonaments i les consideracions que es manllevan de la legislació de la qual la llei comentada s’ha valgut allunyar” (6).

Por lo que se refiere a la apreciación de cuál de los sistemas es el mejor, su juicio es claro: “jo vos declaro que no crec ara oportú el resoldre-ho per apreciacions apriorístiques; i penso que serà molt millor, que després del examen dels inconvenièns y dificultats, el mateix que de les ventatges i excelències que d’un i altre sistema s’en deriven, quiscú formi el seu criteri” (7).

Su visión persistente de la realidad práctica, singular y concreta, aun al contemplar los principios, nos la ilustra al exponer ejemplos. Y lo hace con finalidad didáctica, con el deseo de: “contribuir—transcribimos literalmente— a apartar dels rutinaris procediments als qui, cercant sempre la feina feta, s’han acostumat a deixar de mirar de fit a fit els problemes del Dret, i acostumar-los, pel contrari, a fer us de la seva intel·ligència per a discorre personalment, enrobustin el seu esperit amb els estimulants de la crítica y de la *xègessi*” (8).

Al término de la primera parte de su trabajo, Martí Miralles muestra su respetuosa discrepancia con su venerado maestro Durán i Bas, en cuanto a la apreciación de las diferencias entre el sistema sucesorio del Código civil y el observado en Cataluña. De detalle para Durán, le parecen esenciales a Martí Miralles, pues a su juicio es innegable que “per virtut dels principis filosòfics que serviren de fonament, i d’orientació a les modernes legislacions civils, i per la força o impulsos inspiradors dels moderns tribunals de casació, instaurats al calor de la Revolució francesa, la Jurisprudència moderna es mostra poc afecta a les realitats jurídiques tradicionals” (9). Cuando Martí Miralles escribió estas líneas, el panorama jurídico sucesorio de la *xègesis* del Código civil le daba la razón frente a lo que, casi medio siglo antes, había advertido Durán i Bas. Hoy puede que la cuestión no sea tan nítida. En nuestra presentación y ofrenda de la obra que glosamos advertimos que, en ella, “no debe buscar el lector un análisis profundo de los principios sucesorios que recogen los artículos del Código civil, pues en este aspecto no es posible exigir a Martí Miralles mayores conocimientos que los mostrados por los comentaristas de entonces del Código civil y que la refle-

(5) I *Lect.*, II *Princ.*, ed. cat., pp. 25 y s., y ed. cast., p. 25.

(6) I *Lect.*, V *Princ.*, ed. cat., pp. 45 y s., y ed. cast., p. 43.

(7) I *Lect.*, I *Princ.*, ed. cat., p. 18, y ed. cast., p. 16.

(8) II *Lect.*, VI *Princ.*, ed. cat., p. 60, y ed. cast., p. 67.

(9) III *Lect.*, *concl.*, ed. cat., pp. 135 y s., y ed. cast., pp. 129 y s.

jada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de su tiempo" (10). Hoy los preceptos del Código civil son considerados como desembocadura del cauce histórico que a ellos ha llevado (11), tal como pretendió la ley de Bases, y, así, van siendo estudiados y clarificados. Pero, en esa labor, y por lo menos para mí, ha sido Martí Miralles maestro y punto de partida, que ha enseñado, a la vez, a rastrear desde atrás y a avanzar progresivamente en la solución de las realidades nuevas.

La segunda parte de los *Principis* está dedicada a fórmulas de usufructo viudal y de herencia vitalicia. Martí Miralles habla de fórmulas testamentarias a los Notarios en su Colegio y les maravilla. Pone en sus manos, seleccionado y sistematizado, un viejo tesoro acumulado por la labor de los juristas de Derecho común. Recordamos, ahora, que hace poco más de veinte años un querido compañero, Notario de Madrid, con su aguda inteligencia y genial penetración, analizó diversas fórmulas usuales en toda España de disposición de usufructo, en las que se prevenía sólo para después de la muerte del usufructuario la atribución de la propiedad, y supo darse cuenta de que la primera atribución nominalmente en usufructo encerraba algo más; que la usufructuaria era realmente una propietaria sujeta a sustitución fideicomisaria; y bautizó tal figura —llamada inexactamente usufructo— con el nombre de *pseudo-usufructo* (12). Lástima que tan ilustre compañero y amigo no hubiese conocido los *Principis*... de Martí Miralles, aún no traducidos entonces al castellano, porque si así hubiera sido, esa cuestión, que sólo su fino sentido iluminó, la habría hallado llena de vieja luz y de matices riquísimos, con los cuales hubiese podido profundizarla y actualizarla en armonía con el Código civil.

De ahí el valor de conocer la vieja doctrina de los autores, que ha podido parecer casuista a quienes han ido a ella sin el hilo rector de los principios y sin el sentido de la realidad justa del que gozaban quienes la elaboraron con un perfecto sentido de equilibrio y claras líneas de orientación.

Martí Miralles, en sus consideraciones finales, hizo esta advertencia primera: "per dir avui qualque cosa nova en matèria referent al nostre Dret civil s'ha d'acudir forçosament als llibres vells" y "si es vol fer anar avant l'estudi de la nostra jurisprudència, s'ha de tornar molt cap enrera per a profunditzar-la; perquè els llibres nous, en la seva generalitat, són molt més a propòsit per a engruixir les biblioteques, que no pas per a il·lustrar-nos i per a fer-nos progressar en l'estudi del Dret" (13).

(10) Pág. XXII.

(11) Cfr. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *Prólogo* a la obra de Mario Armero Delgado, "Testamentos y Particiones" (Madrid, 1951), pp. V y VI.

(12) Cfr. JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "Diagnóstico y tratamiento del "pseudousufructo testamentario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. II (Madrid, 1946), pp. 441 y ss.

(13) VII *Lect.*, *Consideracions finals*, ed. cat., p. 440 y s., y ed. cast., pp. 319 y ss. La segunda advertencia de Martí Miralles se refirió a la conservación de la latinidad y al estudio de los jurisconsultos que en latín escribieron sus maravillosas dilucidaciones. Ciertamente el abandono del latín significa necesariamente el olvido de ese rico legado de experiencia secular; es el pasaporte para introducir un Derecho ideológicamente deducido desde la primera página y ajeno a toda experiencia histórica. En latín se entendían todos los autores del Derecho

E insiste, respecto de los autores modernos, en que es innegable, "que els seus tractats, massa inspirats, pel mètode didàctic o sintetic, no arriben tan lluny com els antics, quan es tracta de desentranyar problemes tan minuciosos..." (14).

Esa opinión, en las fechas de sus lecturas y fuera del ámbito de los juristas formados en la escuela jurídica catalana, parecería, sin duda, arcaizante y acientífica. Pero hoy cobra actualidad. Es sabido que Aristóteles, en su *Organon* desarrolló un método deductivo, silogístico, formal; que Descartes comenzó a tratar la Filosofía de modo geométrico; que Leibnitz imaginó el método jurídico al estilo euclidiano, y que ese método ha sido seguido, sobre bases diversas, por los juristas de la Escuela moderna del Derecho natural, por todo el racionalismo jurídico y por la dogmática conceptual. Sin embargo, muy recientemente, se ha vuelto a repensar que era más adecuado al Derecho otro método, también explicado por Aristóteles, en su *Retórica*, en su *Tópica* y en sus Refutaciones a los sofistas, que fue el seguido por los jurisconsultos romanos, por Santo Tomás de Aquino y, en general, por los autores de Derecho común. Método de confrontación de opiniones contradictorias, que hay que sopesar, y en el cual el instrumento más adecuado no es el silogismo, sino la balanza. El renacimiento científico de ese método para su aplicación al Derecho ha sido especialmente divulgado en estos últimos años por Vieweg (15), por Perelman (16), por García Barca, al distinguir éste la lógica y la estructura razonable o logóide de un dominio de los objetos, que es la que estima la adecuada al Derecho (17), y por Recasens Siches con su doctrina del *logos de lo humano* o de lo razonable (18). Y a este nuevo renacimiento está dedicado el Tomo del año actual de los *Archives de Philosophie du Droit*, encabezado con un preámbulo de su redactor-jefe, el Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de París, Michel Villey (19).

De ese razonar ponderado, que sopesa todos los elementos en juego, que compara, mide, distingue y subdistingue, parte y reparte, hace uso en toda su obra Martí Miralles. Pero, especialmente es de destacar cuando en el ámbito del Código civil estudia la repercusión de la vida deshonestista de la viuda en el usufructo testamentario. Es entonces, cuando se patentiza que su método no teme el silencio de la ley ni la ausencia de jurisprudencia de

común, en una real comunidad jurídica que quedó rota al ser abandonada esa lengua por la nueva literatura jurídica.

(14) III *Lect.*, ed. cat., p. 108, y ed. cast., p. 102.

(15) THEODOR VIEWEG, "Tópica y jurisprudencia" (vers. castellana, Madrid, 1964).

(16) CHAIM PERELMAN, "Le raisonnement juridique", en *Etudes Philosophiques*, 1965.

(17) JUAN-DAVID GARCÍA BACA, "Planes de lógica jurídica", en *Studia Iuridica*, n. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1958, pp. 13 y ss.

(18) LUIS RECASENS SICHES, "Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tom XI (1964-1965), pp. 11 y ss., donde precisa la tesis que ya había expuesto en "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho" (México, 1956).

(19) Archives de Philosophie du Droit, tom. XI, "La Logique du Droit", París. 1966.

los Tribunales, ni pide reformas legislativas. Oigámosle: "jo no he defugit jamai, ni he cregut del cas defugir ara, el sentar las meves conclusions sobre els nous problemes que se m'han presentat en l'examen de les matèries que he vingut fent objecte dels meus estudis; donç penso que si per la consideració de no sentir-se amb facultats adocrinadores, totom defugis el resoldre la multitud de qüestions noves que constantment es presenten en l'orbita del Dret, es faria, certament, ven poc camí en l'avençament dels estudis jurídics" (20).

Su método, pues, huye tanto del racionalismo puramente deductivo como del empirismo romo, sin principios ni perspectivas, y lo mismo del doctrinarismo puramente teórico como del positivismo legalista que no sabe despegarse de la letra de la norma. Pone cada cosa en su sitio y todo lo valora de conformidad a ese orden.

En fin, y para terminar, observemos que, al concluir su última lectura, como ya había hecho al término de la segunda, declaró Martí Miralles que hablaba a quienes sentían amor *un poco romántico* por el Derecho, no a los escépticos, ni a los metalizados, ni a quienes sólo piensan en soluciones prácticas, sin advertir el valor práctico que pueden tener esas pérdidas de tiempo que parecen románticas (21). ¡Esos días buscando un libro, esas horas localizando un texto, esas tardes tratando de descifrarlo! Pero si en el amor no todo es romanticismo, sin duda el amor requiere unas gotas de romanticismo; así como uno no puede alimentarse tan sólo de sal, pero un poco de sal es necesaria en la comida. Y así ninguna conquista importante de amor puede hacerse sin un poco de romanticismo. Martí Miralles amó al Derecho y lo amó realistamente, pero poniendo en la tarea sus gotas románticas, por eso conquistó una alta meta, y su obra es grande, profunda e impercedera.

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

(20) VII *Lectura, Codic civil*, al final, ed. cat., pp. 337 y ss., y ed. cast., p. 318.

(21) II *Lect.*, ed. cat., p. 91, y ed. cast., p. 85, y VII *Lect.*, ed. cat., p. 342, y ed. cast., p. 321.

II. DICTAMENES

Dictamen acerca de la interpretación del testamento cerrado
de doña L. X. X.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Se solicita dictamen acerca de la interpretación de la cláusula 16 del testamento cerrado de la finada, doña L. X. X., protocolizado el 19 de abril de 1910 ante el Notario de..., don..., en el cual instituyó heredero a su hermano don F. X. X., y, entre otros legados, dispuso sendos a favor de sus sobrinos, todos ellos hijos del heredero, llamados doña A., don B., don C., don E., doña F. y doña G.

La cláusula 16 puesta a continuación, de las que disponen los indicados legados, dice así: "Quiero, y es mi voluntad, que los legados que dejo hechos a mis sobrinos ya nombrados se entiendan con la cualidad de no poderse enajenar, ni gravar los bienes a que se refieren para que se conserven íntegros y sin menoscabo, y en tal estado vuelvan a mi heredero, o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente, y quedando en igual caso la sucesión de mis dichos sobrinos, siempre que murieren sin dejar sucesión legítima".

El heredero falleció el 16 de noviembre de 1924. De los legatarios, ha fallecido don E., dejando un solo hijo, y también ha fallecido doña F., dejando cuatro hijos. Los demás viven y tienen descendencia, excepto doña G., que es soltera y de edad propecta. Un sobrino, hijo de doña A. ha premuerto, dejando hijos.

Concretamente se desea saber el destino de los bienes dejados a doña G., en el caso de que ésta renunciare a los mismos.

DICTAMEN

La transcrita cláusula 16 tiene una primera parte literalmente clara, que determina una prohibición de disponer y una restitución, *post mortem*, de cada legatario, de los bienes que respectivamente les han sido legados. Se reúnen, por lo tanto, los requisitos de la limitación dispositiva y de la restitución sucesoria preordenada, que son característicos de la sustitución fideicomisaria; institución jurídica que el artículo 781 C. c. expresa como *encargo al heredero de que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia* —que el artículo 789 hace extensivo a los legados— válido, según el artículo 785, núm. 1.º, aunque no se dé el nombre de sustitución fideicomisaria, si se impone al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado.

Pero las dudas asaltan al tratarse de determinar quiénes son los llamados como sustitutos.

La cláusula a interpretar determina, respecto de los bienes que cada legatario debe conservar, que *"en tal estado vuelvan a mi heredero, o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente"*.

I. La primera duda que presenta esta cláusula estriba en dilucidar cómo debe resolverse ese llamamiento alternativo: ¿había prioridad para el heredero de la testadora, en todo caso, si éste sobreviviese a alguno de sus hijos sustituidos?; o bien esa prioridad ¿se debería entender limitada al supuesto de que no dejare descendencia aquél de los hijos del heredero, legatario de la testadora, que premuriere a ésta, de modo que el llamamiento del heredero sería subsidiario?

Sin embargo, por haberse dado la circunstancia ulterior de que el heredero ha premuerto a todos los legatarios, hijos suyos, resulta superfluo buscar la solución de esa duda. Así, del doble llamamiento alternativo (bien fuera subsidiario uno u otro), sólo resta posible el referido *"a los sucesores legítimos de aquéllos, según los casos y según dejo determinado anteriormente"*.

Pero, ¿qué significa esa última expresión *"según los casos y según dejo determinado anteriormente"*? Lo que con relación a los sustituidos dispuso la testadora, en las cláusulas anteriores a la que estudiamos, se circunscribe a una serie de legados dispuestos, respectivamente, cada uno de éstos, a favor de cada uno de sus dichos sobrinos. Por lo cual, parece que su referencia a los *sucesores legítimos de aquéllos*, en cada caso, HA DE CONCRETARSE A LOS DE CADA LEGATARIO CON RESPECTO A LOS BIENES DE SU RESPECTIVO LEGADO.

Vemos, pues, hasta aquí una sustitución *si cum liberis decesserit* dispuesta, precisamente, a favor de éstos. A cada legatario, pues, se le sustituye fideicomisariamente por sus respectivos sucesores legítimos. En el sentido de sus descendientes legítimos, según se desprende del contexto de la cláusula y, en especial, de su inciso final, que dice: *"siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

Pero, ¿no se ha ordenado, por lo contrario, ninguna sustitución *si sine liberis decesserit*? Directamente no la vemos ordenada hasta aquí; pero, en cambio, aparece claramente impuesta en el inciso que aún nos queda por examinar. Veámoslo:

Dice así el último inciso de esa cláusula 16: *"y, quedando en igual caso, la sucesión de mis dichos sobrinos, siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

La exégesis de este último inciso nos lleva a la conclusión de que, además de sustitución fideicomisaria *"si cum liberis decesserit"* que acabamos de constatar al examinar el inciso anterior, la testadora dispuso una sustitución fideicomisaria *"si sine liberis decesserit"*. De la expresión *"quedando en igual caso, la sucesión de mis dichos sobrinos"*, sólo puede referirse *"igual caso"* al gravamen de la sustitución fideicomisaria, que aquí se impone *"siempre que muriesen sin dejar sucesión legítima"*.

Pero, ¿a favor de quién se establece?

Antes, con referencia a la sustitución *si cum liberis decesserit*, se dispone que los bienes “vuelvan a mi heredero o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Como hemos visto, la primera posibilidad no es ya posible, pues el heredero de la testadora premurió a todos sus hijos, los sobrinos llamados por ésta. Queda la segunda posibilidad, y queda por ver si, en esta segunda hipótesis, nos dice algo la aclaración que, a seguido del llamamiento fideicomisario a “los sucesores legítimos de aquéllos”, añade “según los casos y según dejo determinado anteriormente”.

Hay algo, que está determinado evidentemente, a nuestro juicio, para la sustitución *si cum liberis decesserit* y que, en cambio, no puede aplicarse a la *si sine liberis decesserit*. El dato de que la sucesión legítima de cada sobrino sea sustituta fideicomisaria del mismo *si cum liberis decesserit*, en los bienes respectivamente legados a éste, no puede servirnos para dar solución para la sustitución *si sine liberis decesserit*, puesto que ésta presupone la falta de sucesores legítimos del sustituto.

Pero, ¿puede decirnos algo esta expresión en cuanto se refiere a la determinación del modo y proporción cómo deben suceder fideicomisariamente, al sobrino fallecido sin sucesión legítima, los sucesores legítimos de los demás sobrinos?

Concretamente, ¿puede servir para determinar si éstos deben suceder *per capita* o *per stirpes*? y ¿para aclarar si los descendientes de grado más próximo excluyen en todo caso a los de grado más remoto, o bien si con ellos deben concurrir los de grado más remoto que representen a los de grado más próximo premuertos?

Si, en caso de duda—conforme previene el § 1.º del artículo 675 C. c.—, “se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del testamento”, parece que esa referencia literal al supuesto primeramente previsto de sustitución *si cum liberis decesserit*, con las palabras “según dejo determinado anteriormente” y “quedando en igual caso”, inclinan a pensar que si para este supuesto la sustitución se ha dispuesto *per stirpes*, también *per stirpes* ha de entenderse dispuesta para el otro supuesto *si sine liberis decesserit*, con la sola diferencia de no referirse la sustitución a los bienes asignados a la respectiva estirpe, sino a otra que ha quedado sin sucesión.

Por otra parte, es de subrayar que la finalidad de las sustituciones fideicomisarias establecidas, es—según dice la cláusula—, la de que los bienes “vuelvan a mi heredero o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Frustrada la primera finalidad prevista, al haber premuerto el heredero de la testadora, sólo queda la segunda: “o pasen a los sucesores legítimos de aquéllos”. Y esta expresión evoca la sucesión en línea descendente y por estirpes de cada sobrino, en efecto:

Es cierto que la expresión *sucesores legítimos* tiene un doble significado: uno, *sucesores ab intestato*; otro, *descendientes legítimos*. También lo es, que esta expresión, en la cláusula en cuestión, es empleada en el segundo de estos sentidos, puesto que es el que corresponde mejor a la finalidad familiar evidentemente perseguida, que no se cumpliría en caso de pasar los bienes a algunos de los órdenes de la sucesión intestada. Pero también es cierto

que la expresión *sucesión legítima*, aplicada a la *descendencia legítima*, refiere ésta con un sentido orgánico, análogo al que en la sucesión intestada se aplica al orden de los descendientes legítimos, en el cual concurren todas las líneas descendentes representadas, unas, por los hijos vivos y, otras, por los nietos, hijos de hijos premuertos y sucesivamente... Es decir, expresa una sucesión *per stirpes*, y, siendo así, parece arbitrario aplicar el régimen de estirpes a partir de la sucesión de cada hijo de sobrino, y no aplicarlo ya previamente a la que la testadora denomina *sucesión legítima* de cada sobrino. No parece lógico ordenar la sucesión por estirpes de cada hijo de sobrino y no haberla ordenado, en cambio, por estirpes de cada sobrino.

Notemos que la testadora no llama a todos los hijos de sus sobrinos, sino a la *sucesión legítima* de cada uno de sus sobrinos. En el primer caso, el llamamiento podría haber inclinado a interpretar que se había dispuesto a favor de éstos *per capita*; sin perjuicio de valorar que "en la palabra "hijos", aunque se trate de herederos voluntarios, están incluidos los nietos a no hallarse expresamente excluidos" (S. 9 junio 1950), para entender llamados éstos en lugar de sus padres premuertos. En el segundo caso, parece que, al llamar a los sucesores legítimos de los sobrinos, no se llama *per capita* a los hijos de todos los sobrinos, sino *per stirpes* a los descendientes legítimos de cada sobrino, puesto que la sucesión de cada uno de ellos tiene una unidad orgánica individualizadora de su estirpe.

En contra de esta interpretación podría argüirse la aplicación analógica del artículo 769 del C. c., que previene: "Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: "Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.", los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador". Pero, ¿es correcta esa analogía?

Navarro Amandi ("Cuestionario del Código civil reformado", artículos 767 a 771; Madrid, 1890, T. III, pp. 231 y s.) ya planteó la cuestión: "Cuando el testador nombra diversos herederos, unos y otros colectivamente, ¿qué regla se observará? El artículo 769 decide una hipótesis: la de ser nombrados unos herederos individualmente y otros colectivamente... Mas la hipótesis que proponemos en la cuestión no ha sido especialmente tratada en la ley; ¿qué solución se adoptará?". Y señaló la posibilidad de dos soluciones: una, distribuir la herencia por cabezas entre todas las personas que integran los diversos grupos sin discriminación de si son más los de un grupo que los de otro; otra, la de dividir la herencia en tantas partes como grupos, y entre de cada grupo dividir su parte entre los individuos que respectivamente lo compongan.

Este comentarista no llegó a adoptar una posición decidida. Empezó por citar la opinión del portugués Ferreira, favorable a hacer una parte igual para cada grupo, razonando su opinión "no sólo porque los artículos 1.797 y 1.799 (del Código portugués, correlativos a los 769 y 771 del español) no deben aplicarse a otros casos que los que en ellos se especifican, sino porque la separación en grupos indica que el testador no los quería confundir". Navarro Amandi añadió, por su parte: "Si la interpretación mejor es aquella que más

se conforma con la voluntad del que otorgó el testamento, es preciso convenir en que la solución de Ferreira acomodará, en el mayor número de los casos, a la última voluntad del testador, y deberá, por lo mismo, merecer la preferencia. Sin embargo, a falta de resolución concreta de la ley, se invocará la *analogía* de este caso con los resueltos en los artículos 769 y 771, para apoyar una decisión semejante”.

Como sea que de lo que tratamos es de hallar una solución, debemos profundizar en los dos términos de esa duda: la posibilidad de aplicación analógica del 769, y cuál es la valoración que a la intención del testador debe darse en este caso.

Respecto al primer extremo es de notar que Sánchez Román (“Estudios de Derecho civil”, VI-I, cap. XII, núm. 26, 2.^a ed. Madrid, 1910, pp. 602 y s.) observó que: “Las reglas de los artículos 769 y 771 del Código, expresivas del criterio legal en los casos a que se refieren en cuanto a la *forma* de hacer la institución de heredero, no tienen otro inconveniente que el de ser en extremo particularistas o casuísticas, puesto que resuelven —de manera más o menos caprichosa— las dificultades de interpretación que pueden originar las hipótesis previstas en los indicados artículos, mientras que dejan desamparados de reglas precisas una multitud de casos que pudieran presentarse”.

En cuanto al segundo extremo, no coincide el criterio de este autor y el del comentarista Mucius Scaevola.

Scaevola (“Código civil comentado y concordado”, artículo 769, III, T. XIII, 5.^a ed. Madrid, 1943, pp. 511 y s.) opinó que el adverbio “*claramente*” matizando el hecho de que resulte que ha sido otra la voluntad del testador, “tanto significa como constar de una manera expresa o poco menos; de una manera que no permita duda”, que así “se pone una limitación en el arbitrio de los Tribunales para interpretar las cláusulas dudosas, por todos los medios de derecho, bastando que efectivamente la disposición ofrezca duda, dadas las palabras con que se expresó, para que la discusión judicial no sea posible”. A su parecer, “si para conocer la voluntad del testador pudiera acudir a los elementos de prueba ordinarios, y en todo caso de dificultad cupiese discusión, holgarían, no sólo la regla que se sienta, sino el artículo mismo; puesto que ya se sabe que la intención testamentaria es decisiva cuando la ley no la prohíbe”.

Pero la razón alegada no justifica la opinión sostenida, pues el precepto tendría suficiente razón de ser con servir para los supuestos de duda absoluta; es decir, cuando la duda no pudiera aclararse a tenor del artículo 675, § 1.^o. Y aún podría servir mayormente si la expresión “*de modo claro*” significase *ausencia racional de dudas seriamente fundadas*, aunque no requiriese *constancia expresa*, ni *ausencia de toda duda*.

Sánchez Román (loc. cit., p. 603) opinó que: “la solución en cada caso dependerá de la recta inteligencia de la voluntad del causante, según la forma en que se halle expresada. El Código lo reconoce así, al decir que la regla por él fijada no tendrá aplicación cuando conste de un *modo claro* que fue otra la voluntad del testador”.

Sin embargo, volvió a preguntar cuándo se entenderá que consta de un *modo claro* que ha sido otra la voluntad del testador: “¿Cuando conste así

expresamente? ¿Cuando el libre arbitrio judicial, basado en la apreciación de las pruebas que pudieran aducirse, lo declare? Esta duda deja el supuesto expresado en una indeterminación casi equivalente a la que tendría si no hubiese sido regulado por el Código; a la que tienen otros muchos casos que pueden ocurrir en la práctica; sin ir más lejos, el análogo al presente, de nombrar el testador diversos herederos, haciendo designación colectiva de unos y de otros. Nuestra opinión es, que en todas estas hipótesis se atiende en primer término al testamento, para resolver, según lo que en él aparezca, las dificultades que se originen, y, en caso de duda, se aplique directamente, o por analogía, el precepto del Código". (Notemos que "en caso de duda", aquí parece significar "en caso de no poderse resolver según el testamento").

La jurisprudencia ha resuelto dos recursos de casación en los que se invocó infracción del artículo 769 C. c. A saber:

En el motivo tercero del recurso de casación rechazado en la S. de 1 marzo 1901, se alegó que "por la cláusula 15 del testamento, los herederos han sido individualmente llamados a la herencia sin expresión de grupos, sin embargo, de lo cual la sentencia les adjudica la herencia por grupos estirpes". Notemos que aquí no se discutía, porque estaba expresamente dispuesta, la distribución en tres partes entre los respectivos descendientes de tres parientes, sino la distribución de cada parte entre los integrantes del respectivo grupo que los recurrentes pretendían se hiciese por cabezas, mientras los ejecutores testamentarios la verificaron por estirpes, como confirmó la sentencia recurrida. Y el Tribunal Supremo consideró que carecía de aplicación el artículo 769 entre otros, "para inferir una inteligencia de dichas cláusulas diversa de su letra y de su recto sentido, ley primordial en el cumplimiento de las últimas voluntades".

Y en el segundo motivo del recurso, al que no dio lugar la S. 8 de julio 1904, discutióse una cláusula testamentaria en la que el testador dispuso que los bienes "adquiridos por mi se dividirán por parte iguales entre mis antedichos primos, los señores Carvajales y sobrinos, y mi tío, D. J. M. de U.". Los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo apreciaron la existencia de dos preposiciones "y" y, delante la segunda, de una coma, que determinaban la aplicación de la expresión por partes iguales, no por cabezas, sino de una parte a los primos, señores Carvajales y sobrinos, y de otra parte, al tío D. J. M. de U.". Pero, además, el quinto considerando, señaló "que si el sentido literal de las palabras transcritas ofreciera duda, estaría desvanecida por la segunda oración con que termina el período", y el sexto afirmó que para que pudiera proceder la casación hubiera hecho falta que la cláusula se hubiese interpretado "contradiendo manifiestamente la voluntad del testador, supuesta la claridad de dicha cláusula y la racional inteligencia que debiera dársele relacionándola con las demás.

Criterio que tiene en cuenta, por tanto, elementos no sólo gramaticales, sino lógicos y sistemáticos para interpretar, si consta de *modo claro*, la voluntad del testador, contraria a la previsión del artículo 769, y que, además, deja un amplio margen de apreciación al Tribunal *a quo* y elimina toda aplicación demasiado rígida y rigurosa de la expresión de *modo claro*.

Como resumen de este análisis del artículo 769, creemos que resulta claro que este precepto cede ante una interpretación fundada de la voluntad del testador, apoyada en el tenor de su testamento. Por lo cual, su norma no puede significar de modo alguno un criterio rígido, que, en el caso que dictaminamos, imponga una distribución *per capita*, aun aceptado a efectos polémicos que dicha norma comprenda, ya sea directamente o bien analógicamente, no sólo—como textualmente regula—el llamamiento de unos herederos designados individualmente y otros colectivamente, sino incluso—lo que estimamos muy discutible—el supuesto de designarse colectivamente en varios grupos a los llamados.

Insistiendo en nuestro criterio interpretativo, es de notar que en nuestro caso la testadora llamó a los *sucesores legítimos* de los sobrinos legatarios. Expresión que designa no individualmente cada uno de los miembros de un grupo estático y amorfo, sino con visión familiar, un grupo dinámico y orgánico. Llamamiento que sucesoriamente se puede traducir mejor con el modo de suceder *per stirpes*, adaptado a la idea familiar, que con el modo de suceder *per capita*, que o bien exigiría la distribución entre todos los descendientes, prescindiendo de su grado, y de si los de grado primero viven para que también adquirieran sus descendientes, o bien requeriría que se prescindiera de todos los de ulterior grado, aunque hubiesen premuerto algunos de los de primer grado dejando descendientes legítimos.

Si por *estirpes* debe determinarse la distribución de los bienes entre los descendientes de los hijos premuertos de sobrinos, con mayor razón deberá aplicarse a los hijos de sobrinos, a quienes se llama como sucesores legítimos de cada uno de éstos, y a quienes en la sustitución *si cum liberis decesserit* se les llama, precisamente con relación a su respectiva *estirpe*, sólo a los bienes respectivamente legados a aquél de los sobrinos legatarios que fue su progenitor. La disposición de la sucesión *si sine liberis decesserit* se hace con referencia—"y quedando en igual caso", dice la cláusula—a la sustitución "*si cum liberis decesserit*", claramente organizada por *estirpes*—"según los casos y según dejo determinado anteriormente".

No creemos que pueda tomarse en consideración la objeción de que por ser los sustitutos fideicomisarios hijos de sobrinos de la causante, sólo pueden suceder *per capita*, ya que el derecho de representación no llega en la línea colateral más allá de los sobrinos, hijos de hermanos premuertos.

Este razonamiento falla en su premisa menor, puesto que aquí no se trata de la sucesión intestada de la causante, ni de la aplicación del derecho de representación propiamente dicho, que es pieza de la sucesión legítima y no de la testada.

La testadora no dispuso las sustituciones haciendo referencia a su parentesco con los sustitutos, sino al de éstos con sus sobrinos los sustituidos. Es decir, que aun cuando los sustitutos traigan causa de la testadora, ésta hace su llamamiento con referencia a su condición de sucesores legítimos de los sustituidos. Se trata, pues, de interpretar ese llamamiento, como llamamiento de descendientes legítimos, aunque sea de varias terceras personas; no como sucesión intestada de la testadora. No se trata sino de saber si el lla-

mamiento testamentario referido a los sucesores legítimos de varios sobrinos ha de entenderse como un llamamiento testamentario ordenado *per stirpes* o *per capita*s, problema de interpretación del testamento y no de aplicación de las normas de la sucesión intestada de los colaterales.

II. La segunda cuestión planteada se concreta a saber si en caso de renuncia de una de las sobrinas legatarias, que carece de descendencia y es de edad propecta, los bienes a ella fideicomitidos deberían corresponder a los sucesores legítimos de sus hermanos; es decir, de los otros sobrinos legatarios de la testadora, que vivan en el momento de la renuncia, o bien a los que existan el día en que fallezca la renunciante, dándose lugar en el interin a la situación provisoria prevista en los artículos 801 y ss. del Código civil.

Pero aún cabe otra cuestión previa. La de saber si es o no posible renunciar a la situación de heredera fiduciaria, puesto que no sólo implica derechos, sino también el sustancial deber de conservar los bienes hasta el momento de su transmisión a favor de los sustitutos fideicomisarios.

Se trata de una cuestión que repetidamente tratada por el Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y el Notariado, generalmente referida a supuestos de institución de herederos usufructuarios e institución de otros herederos en propiedad para después del fallecimiento del usufructuario (es decir, en hipótesis, que José González Palomino ha denominado pseudo-usufructo, por considerarla como un supuesto de institución de heredero fiduciario).

La S. 24 marzo 1930 declaró en su último considerando que “esta modalidad de usufructo vitalicio, que de un modo implícito tiene señalado el día del vencimiento, excluye la posibilidad del ejercicio de los otros motivos de extinción voluntaria por la renuncia del usufructuario, si al término de su derecho, como se ha establecido por el instituyente, viene subordinado por la voluntad del mismo el nacimiento del derecho de nuda propiedad de la cosa usufructuada, porque no se puede realizar la consolidación hasta que cumplida la condición impuesta, que es la muerte del usufructuario, pueda hacer la refundición en el patrimonio del titular de los derechos que constituyen propiamente el dominio pleno y el instituyente había separado por acto de su libérrima voluntad, que así había limitado la eficacia de todo hecho adquisitivo anterior al cumplimiento de la condición impuesta o al vencimiento del término señalado, en cuya estructura o modo de hacer posible la consolidación del dominio viene a constituir la muerte del usufructuario, a un mismo tiempo, momento de expirar el plazo por que se constituye el usufructo y el señalado para discernir el dominio a las personas a quienes correspondiere, según los términos de la postrimera voluntad del instituyente...” Y, líneas después, añade que, si bien tal usufructuaria “tiene facultad para contratar libremente sobre dicho usufructo mientras viva, carece de la indispensable para crear, por su exclusiva voluntad y contra la del testador causante, el momento de la consolidación de los derechos de dominio sobre los bienes, que son la herencia testada de don Patricio, cuya ley es necesario cumplir en todas sus partes, y más por quien aceptó la cualidad de heredera voluntaria”.

Hay un hecho que resulta evidente: si la voluntad del testador es llamar a personas que existan en el momento de fallecer la llamada primeramente, sea como usufructuaria vitalicia o como heredera fiduciara, ese momento —en el cual la determinación debe hacerse— no puede ser cambiado por la voluntad esta en contra de lo previsto por el testador.

Veamos cómo lo razonaron los considerandos de la S. 17 marzo 1934:

“... viéndose paulatinamente... que en dicha disposición testamentaria está ordenada, según elementos no equívocos de la voluntad del testador, con la institución de usufructo vitalicio, otra de pleno dominio, cuya eficacia pende de una condición suspensiva fijada en el hecho de existir los designados, para su adquisición, al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, con fuerza jurídica en el artículo 790 del Código civil, en relación con el párrafo tercero del artículo 758 del propio Cuerpo legal.”

“... siendo de esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho, en tanto pende la realidad del hecho ordenado, en creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquel que no desaparece, sino con la ocurrencia del evento puesto como condición, sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1.114 del Código civil, es por esto por lo que dicho Cuerpo legal, en su artículo 759 dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos; pues no es el presente caso de fijación de un término, ni que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador, sino de la suspensión de la disposición misma, y por ello la aplicación del último citado artículo, y no del 799 del propio Código.”

Acerca de la ineficacia de la renuncia para determinar el nacimiento del derecho de los llamados *post mortem*, la Dirección General mantiene igual criterio.

Así, la Res. de 22 febrero 1943, consideró:

“... que la declaración principal de la escritura objeto del presente recurso en orden a la consolidación, o sea, la de que la renuncia hecha por la fiduciaria equivale a su fallecimiento y provoca el traspaso consiguiente de los derechos a favor de ciertos hijos, establece una equivalencia o ficción que no puede mantenerse sin olvidar que la muerte es un hecho incluido en el juego característico de la condición establecida y cuyo acaecimiento en su día, ha de influir decisivamente en las relaciones jurídicas que ahora se discuten, y en el destino de los bienes relictos.”

“... que si tal renuncia se refiere a la cualidad de heredera, necesaria, para ser válida, que hubiese sido efectuada en tiempo oportuno, no después de transcurridos buen número de años a partir de la aceptación de la herencia y con infracción manifiesta de los artículos 990 y 997 del Código civil, mientras que si se limita a las facultades de orden económico y alcance jurídico que correspondieran al primer llamado sobre parte de los bienes hereditarios, motivaría su traspaso a las personas llamadas en segundo lugar, que en el momento actual son desconocidas o inciertas.”

Como escribió José González Palomino ("Estudios de arte menor de Derecho sucesorio", "Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario", Resumen final, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", vol. II, Madrid, 1943, y en "Estudios jurídicos de arte menor", T. II, página 206, Pamplona, 1964): "En una sustitución fideicomisaria con segundo llamamiento puro (que es a *término*), puede el fiduciario, de acuerdo con todos los fideicomisarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia. Pero en una sustitución fideicomisaria cuyo segundo llamamiento esté afectado por una condición de supervivencia referida nada menos que a la determinación de los fideicomisarios, no puede la fiduciaria anticipar la devolución ni desligarse de sus deberes de conservar y restituir, después de haberlos aceptado, ni de tener otro sentido la devolución intentada que el de una cesión (o un abandono) de sus derechos de posesión o disfrute. Los fideicomisarios no se determinan sino por la muerte de la fiduciaria..."

En el supuesto que aquí examinamos, el llamamiento de los sucesores legítimos, de los sobrinos que los tengan, se halla supeditada respecto a la parte de los demás sobrinos, a que éstos "muriesen sin dejar sucesión legítima", momento en que se determina quiénes serán los beneficiados por la sustitución, que serán aquellos que en ese momento reúnan la condición requerida en el testamento, y que hemos examinado en el epígrafe anterior.

La renuncia anticipada de una de las legatarias, que carezca de descendencia, dará, por lo tanto, lugar a una situación interina, de dependencia condicional de las previstas en los artículos 801 y ss C. c.

Al no existir colegatarios llamados sin condición, habría de aplicarse el § 2.º del artículo 803 C. c., correspondiendo interinamente la administración a los herederos presuntos. Su llamamiento, como resulta de los términos del testamento y nos confirma la jurisprudencia, está condicionado suspensivamente, y no resolutoriamente como excepcionalmente había entendido, para su supuesto, la Res. de 12 enero 1944.

En conclusión, creemos que la cláusula objeto de este dictamen contiene alternativamente dos sustituciones fideicomisarias para cada sobrino legatario de la testadora.

a) Una, si *cum liberis decesserit*, a favor de su respectivos descendientes legítimos por estirpes.

b) Otra, si *sine liberis decesserit*, a favor, también por estirpes, de los descendientes legítimos de los demás sobrinos legatarios.

Unos y otros sustitutos sólo quedan determinados en aquel momento al cual se refiere la condición, es decir, el de la muerte de cada sobrino de la testadora, sea con o sin hijos. Determinación que no puede ser anticipada por la renuncia de los sustituidos.

En Madrid, a veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

LIBROS RECIBIDOS (1)

- ACADEMIA INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO: "VII Congreso Internacional de Derecho Comparado". (Upsala, 6-13 agosto 1966). Ponencias españolas. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1966. 581 páginas.
- ALBALADEJO, Manuel: "Derecho civil para las Facultades de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales". Segunda edición totalmente reelaborada. Librería Bosch. Barcelona, 1965. 778 páginas.
- BARRERA GRAF, Jorge: "La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías". Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1965. 171 páginas.
- EROSETA PONS, Manuel: "La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil". Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1965. 298 páginas.
- CASTAN TOBEÑAS: "La idea de Justicia social". Discurso leído en la solemne apertura de Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1966. Madrid, 1966. 71 páginas.
- CELAYA E IBARRA, Adrián: "Instituciones civiles de Vizcaya". Conferencia pronunciada el día 9 de julio de 1966 en la capilla juradera de la Casa de Junta de Guernica. Publicaciones de la Excelentísima Diputación Provincial de Vizcaya. 30 páginas.
- CENTRE UNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE: "Rapports belges au VII Congrès International de Droit comparé. Upsala, 6-13 août 1966. C. I. D. C. Bruxelles, 1966. 538 páginas.
- CERVERA, Alejo de: "The statute of limitation in american conflicts of laws". University of Puerto Rico Press. Oceana Publications, Inc., 1966. 189 páginas.
- COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD DE ESPAÑA: "Primer Congreso de Derecho registral". (2 a 6 de mayo de 1961). Ponencias, Actas, Conferencias. 1965. 404 páginas.
- MONTERO Y GARCIA DE VALDAVIA, Jaime: "La política y el concepto de colonización". Estudios, V, núm. 25. Ministerio de Agricultura. Instituto Nacional de Colonización. Madrid, 1966. 64 páginas.
- FRAGOLA, Augusto: "La cinematografia nella giurisprudenza". Edizioni Cedam. Padova, 1956. 563 páginas.
- GARCIA CANTERO, Gabriel: "El concubinato en el Derecho civil francés". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1965. 212 páginas.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "El Derecho de superficie". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1966. 302 páginas.

(1) En esta Sección se dará cuenta de los libros recibidos. Sin perjuicio de publicar más tarde, en su caso, reseñas bibliográficas o notas críticas sobre ellos: de este modo no se retrasará indebidamente su noticia a los lectores.

- HIRMEIS, Otto: "Das besondere Erbrecht des sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens". Walter de Gruyter & Co. Berlin. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1966. 494 páginas.
- PAJARDI, Piero: "La separazione personale dei coniugui nella giurisprudenza". Edizione Cedam. Padova. 358 páginas.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: "Dottrine generali del Diritto civile". Nona edizione. Casa editrice Dott. Eugenio Jauene. 1966. 325 páginas.
- VIDA SORIA, José: "La suspensión del contrato de trabajo". Instituto de Estudios Politicos. Madrid, 1965. 413 páginas.

S. BRATOUS, et al.: «Principes de la législation et de la procédure civile en U. R. S. S.». Textes légaux et commentaires, traducción del ruso de L. Piatigorski, Moscú. Editions du progrès, s. d. 193 páginas.

Contiene este libro los *Principios generales de la legislación civil de la U. R. S. S. y de las repúblicas federadas*, aprobados por el Soviet Supremo de la U. R. S. S. el 8 de diciembre de 1961, y los *Principios del enjuiciamiento civil de la U. R. S. S. y de las repúblicas federadas*, aprobados por el mismo órgano en la misma fecha.

El primer texto está comentado por los profesores S. Bratous, E. Fleichitz y R. Khalfina; el segundo, por los profesores M. Gourvitch y V. Poutchinski.

El libro no tiene fecha de edición, sin que hayamos apreciado ningún indicio para la determinación de la misma. Lógicamente debe tratarse de un libro editado en 1962 o fecha posterior, probablemente en 1964 ó 1965.

Respecto de los textos de las disposiciones conviene resaltar, desde luego, que no son directamente normativos, sino que contienen los principios generales para la elaboración de los respectivos códigos (civil y procesal civil) por cada una de las quince repúblicas federadas que componen la U. R. S. S. (1). Los principios, no obstante, contienen respecto de bastantes materias y puntos concretos cláusulas de reserva en favor de la legislación federal o del poder ejecutivo investido en el Consejo de Ministros que implican correlativas limitaciones al poder normativo de las repúblicas federadas.

En cuanto a su contenido, quedan fuera de los *Principios* de la legislación civil todas las relaciones familiares, objeto de otro texto (el Código de la familia, de la U. R. S. S.), y las relaciones de trabajo; "el derecho de familia es una rama independiente del derecho..., las relaciones familiares no están sujetas al Derecho civil. Igual solución para las relaciones en el campo

(1) Esta fórmula legislativa se generaliza en la U. R. S. S. a partir de 1958, en que se aprobaron los *Principios* de la legislación penal, del enjuiciamiento penal y de la organización judicial, aunque había sido usada esporádicamente con anterioridad. V., R. DEKKERS, *Introduction au droit de l'Union Soviétique et des républiques populaires*. Bruselas, 1963, pág. 103. La delegación general de facultades legislativas a las repúblicas federadas, reservando a la legislación federal la formulación de los *Principios*, procede de una Ley de 11 de febrero de 1957; V., P. ROMACHKINE, et al., *Principes du Droit Soviétique*. Moscú, s. d., pág. 24.

del trabajo, regidas por el derecho correspondiente" (pág. 77, comentarios).

Tampoco se regulan las relaciones de derecho inmobiliario ("las relaciones nacidas del derecho de goce gratuito de la tierra atribuido a las organizaciones estatales y sociales, a los coljoces y a los particulares"; comentarios, página 77), salvo lo que se dirá respecto de las casas-habitación; ni las relaciones jurídicas que se desarrollan en el seno del coljoc, entre éste y sus miembros, que constituyen "una rama independiente del Derecho... [distinta] ... del civil y del del trabajo" (pág. 77, comentarios).

Con estas exclusiones, los *Principios* de Derecho civil regulan, en títulos sucesivos, el derecho de propiedad, el derecho de obligaciones (con un capítulo general sobre las obligaciones y capítulos independientes para una serie de contratos: compra-venta, suministro, compra de producciones agrícolas por el Estado, arrendamiento de bienes, arrendamiento de casa-habitación, empresa, "grandes trabajos", transporte, seguros del Estado, relaciones de crédito, obligaciones derivadas de delitos y cuasi delitos y, "obligaciones nacidas del daño que se haya sufrido en defensa de la propiedad socialista"), el derecho de autor (en general; derechos del descubridor; derechos del inventor), el derecho sucesorio y la capacidad civil de los extranjeros y de los apátridas, así como la aplicación en la U. R. S. S. de las leyes civiles de estados extranjeros y de los convenios internacionales.

Estos títulos van precedidos de un título primero en el que, bajo la rúbrica "disposiciones generales" se regulan los "fines de la legislación civil soviética" (un artículo no normativo, parece; se asigna como finalidad al Derecho civil "crear la base material y técnica del comunismo y satisfacer más completamente las necesidades materiales y espirituales de los ciudadanos", con la aclaración de que, "la vida económica de la U. R. S. S. está determinada y dirigida por el plan del Estado para la economía nacional", art. 1); las relaciones reguladas por la misma; esto es, la delimitación de la "materia civil", írente a la política, administrativa, familiar, etc.; la relación entre la legislación de la Unión y de las repúblicas federadas; las fuentes del Derecho (civil) y de las obligaciones; el ejercicio y defensa de los derechos civiles; la capacidad jurídica y de obrar y las declaraciones de ausencia y fallecimiento de la persona natural; las personas jurídicas; la teoría del acto jurídico (al que la traducción francesa da el nombre de *transaction*: "se denominan transacciones los actos de los ciudadanos y de las organizaciones que tienden a establecer, modificar o extinguir ciertos derechos civiles u obligaciones", y, seguidamente, "las transacciones pueden ser unilaterales, bilaterales o multilaterales", art. 14); la prescripción de derechos y acciones, y la aplicación de normas en el espacio, en su aspecto de conflictos de leyes entre las distintas repúblicas federadas.

Los *Principios* del procedimiento civil tienen, asimismo, unas disposiciones generales, presididas por una norma finalista ("el procedimiento civil debe contribuir al reforzamiento de la legalidad socialista, a prevenir las infracciones de las leyes y a educar a los ciudadanos en el espíritu de la estricta observancia de las leyes y del respeto a las reglas de vida en sociedad socialista", artículo 2), a la que sigue la regulación de la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales, la exposición de los principios de defensa ante los tribunales, rogación, jurisdicción exclusiva de los tribunales, colegialidad e

independencia de éstos y publicidad de los procesos; los poderes, realmente: extraordinarios, del Ministerio fiscal, encabezado por el Procurador General de la U. R. S. S.; las reglas sobre la admisión, carga y apreciación de las pruebas; recusación de los jueces; ejecutoriedad de las sentencias, costas.

Los títulos sucesivos se refieren a las partes coadyuvantes y a su participación en el proceso, al proceso en primera instancia, al proceso en casación o para conocimiento de los recursos especiales de "control judicial" y a los procesos de ejecución. El título último, en paralelismo con los *Principios* civiles regula los derechos procesales-civiles de extranjeros y apátridas y el proceso especial de *exequatur*. Téngase en cuenta que la organización de los Tribunales está contenida en otro texto independiente, aunque guarda íntima relación con éste, los denominados *Principios de la legislación sobre el sistema judicial de la U. R. S. S. y de las repúblicas federadas y autónomas*; con su correspondiente estudio este texto puede consultarse, juntamente con los otros que a su título alude, en *Principes de la législation pénale, du système judiciaire et de la procédure pénale en U. R. S. S.*, en traducción francesa publicada en Moscú, también sin fecha, aunque aquí, algunas citas y referencias en los estudios doctrinales, permiten asegurar que la edición es de 1964 o posterior.

Lo más característico de los comentarios a los *Principios* civiles es, en general, su carácter meramente expositivo, faltando las notas críticas, aunque hay más de una referencia interesante a las modificaciones que los principios de 1961 introducen respecto del Código civil anterior (ruso) de 1922 (2). Destaca muy naturalmente entre éstas no tanto la admisión de la casa-habitación como objeto de propiedad privada (art. 25) (3), sino la regulación detenida del contrato de arrendamiento de casa-habitación, la facultad de arrendar que se concede al propietario privado y la que se concede asimismo de transmitir su propiedad de casa-habitación *inter vivos* y *mortis causa*.

Aparte de modificaciones sustanciales del tipo de la que se ha indicado hay modificaciones importantes técnico-jurídicas; así, por ejemplo, "antes de la promulgación de estos principios..., el derecho de propiedad del adquirente de cosa determinada nacía a partir del momento de la celebración del contrato... [mientras que ahora] ... el derecho de propiedad fundado sobre un contrato no surge si no desde la transmisión de los bienes" (págs. 87-88, comentarios); efectivamente, el artículo 30 es claro y terminante al respecto. La modificación se explica y justifica en los comentarios por las necesidades del tráfico.

Por supuesto, una de las materias más interesantes así en el Código como en los comentarios es la difícil conjugación del contrato como concurrencia de voluntades libres con el Plan económico estatal que preside la vida económica; la regla general, se nos dice, "es que el Plan determina solamente

(2) Respecto de este, remitimos a R. DEKKERS, *op. cit.*, y al voluminoso *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*. Londres, 1959, 2 vols.

(3) Esta forma de propiedad está reconocida por la Constitución de 1936; el Decreto de 20 de agosto de 1918 atribuía al Estado la propiedad de toda superficie habitable en las poblaciones de más de 10.000 habitantes. V., J. N. HAZARD, *Law and Social Change in the U. R. S. S.* Londres, 1953, págs. 5 y 20.

las cláusulas más importantes del contrato, dejando los detalles a que se establezcan por las partes” (pág. 90, comentarios) salvo en cuanto a los contratos que tengan por partes simplemente a particulares y se refieran a los bienes que pueden ser propiedad individual, incluida la casa-habitación. Incidentalmente, y volviendo sobre el importante tema de la casa-habitación, se nos dice (pág. 98, comentarios), que pese al gran esfuerzo realizado en los años últimos no se está “todavía en condiciones de satisfacer enteramente las necesidades de la población”, aunque el programa del Partido “prevé resolver el problema en dos decenios”: sin duda, esta necesidad de alojamientos es la que ha liberalizado las reglas en cuanto a la propiedad de los mismos (4). Por lo demás, contienen los *Principios* normas de una extremada dureza, que no se comentan, sobre “casos especiales de expulsión del alojamiento” (artículo 62), conforme a las cuales es posible desahuciar, sin adjudicarles otra vivienda, a los “obreros y empleados que hayan resuelto por su voluntad sus contratos de trabajo o hayan sido despedidos por violar la disciplina del trabajo”. En general, la posibilidad de propiedad de la casa-habitación—que no excluye, al parecer, el que se pueda ser también propietario de una casa para vacación y reposo en el campo (5)—se apoya en la declaración básica del artículo 25 de los *Principios* de que “pueden ser objeto de propiedad personal de los ciudadanos los bienes afectados a la satisfacción de sus necesidades culturales y materiales”, siempre que no se utilicen “para procurarse rentas no procedentes del trabajo”, aunque esto se compagina mal con la facultad de arrendar que se reconoce al propietario.

Es necesario destacar, vista la importancia que los *Principios* le conceden (veintiún artículos, de un total de ciento veintinueve), la cuidadosa regulación de los derechos de propiedad intelectual e industrial y las normas de fuerte protección a la misma. El Derecho sucesorio, en cambio, está regulado muy parcamente dándose el esquema de las sucesiones *ab intestato* y testamentaria y de las cuotas legitimarias. Conviene señalar finalmente, según se nos previene en los comentarios, que los *Principios* no regulan los contratos de permuta, préstamo, donación, depósito ni mandato porque esta materia se abandona por completo a la legislación de las repúblicas federadas. El contrato de sociedad no es objeto de normación por razones obvias (6).

El artículo doctrinal dedicado a los principios del proceso civil es más cor-

(4) La escasez de viviendas y lo reducido de las inversiones en las mismas hasta fechas muy recientes son “fenómenos que las estadísticas más elementales muestran con evidencia” (R. ARON, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*. París, 1962, pág. 230), y especialmente a anotar en una sociedad con un proceso de urbanización tan rápido como la rusa. Sobre los cambios recientes, V., R. V. DANIELS, *Russia*. Eng. Cliffs, N. J., 1964, págs. 119 y ss.

(5) V., R. DAVID y J. HAZARD, *Le droit soviétique*. París, 1954, vol. II, página 32.

(6) Inexistencia de personas jurídicas de derecho privado, pero un contrato de sociedad es posible, como contrato innominado no prohibido por la ley; cfr. R. DEKKERS, *loc. cit.*, pág. 111. Por otro lado, en cuanto a los derechos de autor téngase en cuenta que son fundamentalmente derechos frente al Estado, puesto que “la explotación personal de una invención es materialmente imposible en el sistema económico soviético” (J. BELLÓN, *le droit soviétique*, París, 1963, página 77).

to y menos interesante. Por supuesto, se destacan los amplísimos poderes que se otorgan al Ministerio fiscal, el principio inquisitivo que domina los procesos civiles (el tribunal "tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para resolver los asuntos totalmente, sobre todo cuando las pruebas reunidas sean insuficientes", página 167), el principio general de que la justicia no es gratuita, y las excepciones en favor de la gratuidad; la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles, que se refiere no sólo a las pretensiones de Derecho civil en sentido estricto—esto es, el regulado en los *Principios*—, sino también a las materias de derecho familiar, del trabajo y, parece, administrativo; la debilitación, típica de los procesos inquisitivos, del principio de congruencia ("facultad del tribunal de rebasar el límite de las pretensiones del demandante...", pág. 181); la oralidad de los procesos y el extraordinario sistema de revisión de las sentencias, de instancia y de casación, a través del procedimiento denominado de "control judicial", especie de recursos, en interés de la ley, que pueden ser interpuestos por los presidentes del Tribunal Supremo de la U. R. S. S. y de los de las repúblicas federadas y por el Ministerio fiscal, y alguna otra autoridad.

De nuevo, los comentarios son expositivos, más que críticos, destacándose en algún punto temas que, por obvios, no parecería que debieran ser objeto de comentario especial (así, "la decisión del tribunal es un acto de importancia capital en la justicia socialista"; pág. 180), y aun otros de glosa un tanto ingenua de la actuación de los tribunales (así, "la experiencia demuestra que la gran mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales soviéticos son justas y no son recurridas", pág. 184).

Es difícil, para quien no domina el idioma ruso, juzgar si las versiones francesas de los textos normativos y de los comentarios sobre los mismos son fidedignas. La impresión es que sí lo son, puesto que pueden ser objeto de una lectura inteligible y hay una gran correlación entre texto comentado y comentario al texto.

M. ALONSO OLEA

CHICO ORTIZ, José María; FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio, y AGERO HERNANDEZ, Vicente: «Manual del Registro de la Propiedad». Distribución: Marcial Pons. Madrid, 1966.

La bibliografía española en materia hipotecaria no puede, en verdad, calificarse de copiosa. Faltan en ella, a nuestro modesto juicio, unos Comentarios a la Legislación Hipotecaria (actualmente hay que seguir acudiendo a los de Morell, 1925-1934, con el Apéndice de López Torres, 1943, y completados con las obras de La Rica, en general limitadas al estudio de las reformas), un repertorio sistemático de la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado (agotadas e inactualizadas las obras de Odriozola, Loraque y otros, sólo se encuentra la monumental "Jurisprudencia Registral" de Roca Sastre y Molina Juyol, que concluye en 1950, aparte de que lo que se necesita no es propiamente una compilación, sino un repertorio sistemático), y faltaba también una obra de la naturaleza de esta que se anota; es decir, una obra

en la que, con sentido práctico, pero sin perder la necesaria altura científica, se abordasen las numerosas cuestiones de índole práctica que se plantean en torno al Registro de la Propiedad, no sólo en el ámbito estrictamente hipotecario, sino también en relación con la copiosa legislación, a menudo incluso ajena a la esfera del Derecho privado, que en los Registros hay que interpretar y aplicar. Esta auténtica necesidad es la que ha venido a cubrir el presente Manual.

La obra, precedida de un prólogo del ex Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, don Pedro Cabello de La Sota, se divide en tres partes. La primera, que abarca 256 páginas, consiste en una exposición sistemática y completa de la materia propiamente hipotecaria, con inclusión de lo relativo al Registro Mercantil, y al que los autores llaman Registro mobiliario, o sea, Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y Registro de venta a plazos de bienes muebles. La finalidad que persigue esta parte parece indudable que es de naturaleza docente en cuanto puede constituir perfectamente una iniciación al conocimiento del Derecho hipotecario por parte de aquellos que no hayan realizado antes estudios más profundos de dicha disciplina, pudiendo servir para los que tengan ya un conocimiento más extenso, de recordatorio siempre útil. Dada la división de la obra, podría discutirse si algunos extremos contenidos en esta primera parte son más propios de la tercera; así, los modelos de edictos (págs. 85 a 87), de nota simple informativa (pág. 183), y de certificaciones (págs. 187 a 189); respecto a estas últimas, y dada su importancia y frecuencia, parece que en próximas ediciones, que es indudable alcanzará este Manual, deben incrementarse los modelos, agregando, por ejemplo, las certificaciones previstas en los artículos 41 (procedimiento para el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inscritos); 131, regla 4.^a (procedimiento judicial sumario); 201, regla 2.^a (expediente de dominio en sus tres modalidades); 210, regla 2.^a (expediente de liberación de gravámenes), y alguna otra, ya que todas tienen alguna interesante modalidad que debe tenerse en cuenta en el momento de expedirlas.

La segunda parte, 272 páginas, es, desde luego, la más importante, como se indica acertadamente en el prólogo, y creemos que será la más consultada. Después de un breve estudio del título inscribible en general, se examina minuciosamente la escritura pública como objeto de calificación registral, siguiendo el esquema de la misma más admitido (requisitos previos, comparecencia e intervención, exposición, estipulaciones, otorgamiento y autorización y copias). La complejidad cada vez más creciente del ordenamiento jurídico hace de todo punto necesarios estos trabajos de recopilación y síntesis y creemos que en este caso se ha logrado plenamente el propósito perseguido por los autores, ya que en el lugar adecuado se encuentran siempre los preceptos requeridos de forma verdaderamente exhaustiva y exacta, no olvidando citar cuando es necesario la doctrina sentada por la Dirección General o las opiniones de los comentaristas más autorizados. Resulta imposible enumerar aquí con el suficiente detenimiento el contenido de esta parte, en la que se recogen gran número de disposiciones antiguas y recientes, pero, desde luego, a nuestro juicio, la recopilación es completa, y sólo la

incansable actividad legislativa podrá motivar lagunas, aunque también creemos que, dado el éxito que, a no dudarlo, alcanzará el Manual, se sucederán las ediciones, y con ello se tendrá una constante puesta al día. Acaso hubiera sido conveniente un estudio más detenido de los títulos judiciales que ofrecen alguna especialidad respecto de los notariales digna de tenerse en cuenta.

Finalmente, en la tercera parte se incluyen 318 modelos de asientos que se practican en los Registros de la Propiedad, en los Mercantiles y en los de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. La cuestión de los formularios es de gran interés para los juristas prácticos o profesionales del Derecho. Frecuentemente se oyen críticas más o menos sinceras contra su utilización; pero, a nuestro juicio, el formulario como punto de partida es de innegable utilidad, remitiéndonos para un ponderado y acertado juicio sobre esta clase de trabajos a la recensión que el notario don Manuel de la Cámara hizo en estas mismas páginas (tomo VI, fascículo 1.º, págs. 218 a 221) del "Formulario para la práctica notarial" de Nart Fernández. Los modelos contenidos en este Manual van precedidos en cada caso del precepto legal o reglamentario que regula el asiento a practicar, siendo extraordinariamente completos y consiguiendo siempre la mayor sencillez y concisión, aunque en este camino de la redacción de asientos en el Registro aún haya mucho que recorrer, como recientemente ha puesto de manifiesto Giménez Arnáu en "El acelerado ritmo de la vida moderna y el modo de llevar los Registros" (tomo XIV de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, págs. 609 a 641). Para quien conozca el modo de trabajar en los Registros, donde el Registrador no puede sino trazar pautas generales y redactar por sí los asientos más complicados, pero casi nunca la totalidad, ni aun en forma de minuta, la utilidad de esta parte de la obra resultará evidente.

Para concluir, se trata de una obra llamada a prestar gran servicio a todos aquellos que en una forma u otra hayan de tener relación con la institución registral.

R. IZQUIERDO ASENSIO

DE LA VILLA, Luis Enrique: «El trabajo a domicilio». Editorial Aranzadi. Pamplona, 1966. 602 páginas. Prólogo del profesor Eugenio PEREZ BOTIJA.

El trabajo a domicilio es, sin lugar a dudas, una realidad social importante en el desarrollo del Derecho del Trabajo. Las condiciones de vida de los tiempos actuales hacen de esta figura elemento muy apto para la satisfacción de las necesidades económicas de aquellos que con una dependencia más relajada pueden prestar sus servicios fuera de la vigilancia de la persona por cuya cuenta trabajan.

Pero si el tema es jurídica y sociológicamente actual, cobra mayor interés aún por el tratamiento del mismo que lleva a cabo su autor, el profesor DE LA VILLA, que une a su fecunda y magistral aportación dogmática, una prestigiosa carrera como abogado en ejercicio. Es ésta una obra para juristas en el más exacto sentido del término; no va, pues, dedicada al tratadista aséptico, desconectado de la realidad social, sino al hombre que vive el dere-

cho. Aquí radica uno de los méritos más señalados de la obra: la contemplación, en extremo profunda, de esta institución jurídica, haciendo sobre ella una elaboración doctrinal difícilmente superable, junto a un tratamiento exhaustivo de los supuestos prácticos que puede plantear esta cuestión. Pero, desde otra perspectiva, quizá una de sus principales virtudes estriba en el estudio del trabajo a domicilio, proyectando sobre él toda la problemática general del derecho laboral, y en particular del contrato de trabajo como institución central e, incluso, de la Seguridad Social.

Desde el punto de vista sistemático, el presente libro se divide en cinco partes y un Apéndice. La primera parte se dedica al estudio del trabajo a domicilio como hecho social; se diseña, pues, el supuesto sociológico sobre el que actúa, introduciéndose, entre amenas anécdotas, valiosas conclusiones e incluso algunos cuestionarios de gran interés, destacándose también como de hecho, y dadas las especiales características del trabajo a domicilio, son las mujeres quienes lo asumen generalmente, hasta el punto que es normal calcular entre el 70 y el 90 por 100 del total del personal contratado que trabaja en el domicilio el número de mujeres a ello dedicadas.

La segunda parte se dedica a la regulación jurídica del trabajo a domicilio, y en ella se lleva a cabo un análisis histórico del mismo, desde su consideración como trabajo común hasta la actualidad en que se discute si da o no lugar a un contrato especial; en la contestación se distingue un aspecto formal, cuya solución, a la vista de los textos legales en vigor, apoya la tesis de la especialidad y otro material que, tras un esquemático análisis, llega a la misma conclusión.

La parte de la obra más interesante, desde nuestro punto de vista, es, sin duda, la tercera, que viene dedicada al estudio del contrato de trabajo a domicilio. En ella distinguiremos un primer gran capítulo que trata de los presupuestos, supuestos y modalidades del mismo, siendo en este punto en uno de los que se manifiesta, de manera visible, el grado de madurez científico-pragmática del autor: el tratamiento de los presupuestos del contrato del trabajo, en general, para luego especificarlos en el trabajo a domicilio, es realmente insuperable. Pero DE LA VILLA, reafirma el destino no exclusivamente dogmático de la obra, y así, con un agilísimo manejo de la jurisprudencia más reciente, realiza un exhaustivo análisis de los supuestos y modalidades de esta figura, conjugando todas las posibles circunstancias hábiles para configurar una situación de trabajo a domicilio. Dentro también de esta parte, y en un segundo capítulo, se encuentra el núcleo de la obra, que se dedica al estudio de la relación jurídica de trabajo a domicilio, esbozando en ella la teoría de las relaciones extracontractuales (que creara la doctrina alemana, y de las cuales, en nuestro derecho, es especial defensor el autor), para hacer después un completo estudio del nacimiento, vida y extinción de las relaciones propiamente contractuales. Es al tratar de la perfección del contrato, donde se advierte, de modo más visible, la paternidad privatista del contrato de trabajo; de esta forma se observa cómo, al ocuparse de los elementos esenciales del mismo, se suceden las referencias a preceptos del Código Civil (artículos 1.261 y sig.) y a la doctrina civilista.

También estudia el autor, en la parte cuarta, los problemas de la Seguridad

Social con referencia al trabajo a domicilio, dándonos, de paso, una esquemática, pero muy clara, visión del panorama general de la Seguridad Social (de la que DE LA VILLA es consumado especialista) hasta la reforma habida en el ordenamiento español en 1963.

La quinta y última parte se refiere a la defensa de los derechos del trabajador a domicilio, en su triple dirección: ante el Sindicato, ante la Administración laboral y ante la jurisdicción del trabajo, marcando el camino a seguir en estas vías con abundante manejo de legislación y jurisprudencia.

En el Apéndice se incluyen los modelos oficiales del contrato y de las tarjetas y hojas talonarias, la legislación de ámbito general (ya sean normas laborales, ya de seguridad social) y la de ámbito profesional (reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos más importantes). Resultan también muy expresivos los "impresionantes" índices de bibliografía sobre la materia y de autores que contiene la obra.

Para concluir, y resumiendo en pocas palabras el valor que nos merece el presente libro, me remito a las palabras, mucho más autorizadas que las mías, que el llorado maestro don EUGENIO PÉREZ BOTIJA escribe al principio del prólogo de esta obra: "Estudio el más importante que conocemos; no sólo el más extenso y completo; el de mayor acopio bibliográfico; el de problemática más acabada; el de sistemática más perfecta; el de metodología más depurada y conclusiones más precisas..."

JAIME DE MONTALVO

HAMIAUT, Marcel: «La réforme des régimes matrimoniaux». Librairie Dalloz.. Paris, 1965. 276 páginas.

No parece superfluo insistir acerca de la importancia de la Ley francesa. n.º 65-570, de 13 de julio de 1965, por la que se ha tratado de aplicar el principio de igualdad de sexos a la legislación civil y mercantil; por su alcance, la reforma afecta a más de doscientos artículos del *Code civil*, que se modifican o, pura y simplemente, se derogan; por la materia, cabe señalar las modificaciones introducidas en los artículos 214 a 226, relativos a los derechos y deberes de los cónyuges y a la capacidad de la mujer casada, así como las relativas a los regímenes económicos del matrimonio (arts. 1.387 a 1.581), que, entre otras novedades, suponen la supresión para el futuro del régimen dotal y una nueva regulación del régimen legal subsidiario. Hasta cierto punto, la reforma se sitúa en la línea de la *Gleichberechtigungsgesetz* alemana, aunque conservando fuertes elementos de la tradición nacional. Por nuestra parte, ya se comprende la imposibilidad de emitir un juicio de conjunto sobre la ley, en espera de estudios monográficos más profundos que el actual. Pero el lector español encontrará abundantes motivos de reflexión comparativa; para poner un ejemplo, la posible influencia de nuestro 1.413, reformado en el 1.424, tal como ha quedado redactado después de la citada Ley de 1965.

El presente volumen está constituido casi en su totalidad por un intere-

sante material legislativo, útil para la mejor interpretación del texto, pues contiene las diversas exposiciones e intervenciones realizadas ante la Asamblea y el Senado en torno a la Ley (discurso de Foyer, Ministro de Justicia; discurso de De Broglio, Secretario de Estado; del senador Marcihacy y del diputado Collette), así como la Exposición de Motivos de la Ley; la exposición en columnas paralelas del texto antiguo y del nuevo permite al lector hacerse cargo rápidamente del alcance de las modificaciones; cada artículo va comentado con textos de las discusiones parlamentarias.

G. G. C.

KELSEN H.; BOBBIO y otros: «Crítica del Derecho Natural». Biblioteca Política Taurus. Introducción y traducción de Elías Díaz. Madrid, 1966. 279 páginas.

Pocas novedades aporta la publicación de esta obra colectiva, cuya versión francesa apareció hace ya algunos años bajo el título *Le droit naturel* (Presses Universitaires de France; París, 1959). Se trata de siete ensayos, de contenido heterogéneo y valor desigual, cuyos autores son:

H. KELSEN: *Justicia y Derecho Natural*; CH. PERELMANN: *La idea de justicia en sus relaciones con la Moral, el Derecho y la Filosofía*; A. PASSERIN D'ENTRAVES: *El Derecho Natural*; B. DE JOUVENEL: *La idea del Derecho Natural*; N. BOBBIO: *Algunos argumentos contra el Derecho Natural*; M. PRELOT: *Taparelli d'Azeglio y el renacimiento del Derecho Natural en el siglo XIX*; CH. EISENMANN: *El jurista y el Derecho Natural*.

Si dejamos fuera el breve estudio de Prelot sobre un autor jusnaturalista del siglo pasado, los restantes autores pueden dividirse convencionalmente en dos grupos; en el primero pueden incluirse a los negadores del Derecho Natural, ya sea como el fundador de la teoría pura del Derecho, ya sea como el más insigne representante del neo-positivismo italiano, el profesor Bobbio, o el juspublicista francés Eisenmann, siendo de notar que sus trabajos son los más extensos; en el segundo grupo se incluyen autores que aceptan de alguna manera el valor del Derecho Natural, generalmente con fuerza puramente moral.

Como las posiciones de Kelsen son harto conocidas —aunque la última evolución de su pensamiento no está recogida aquí—, me limito a señalar que las objeciones de Bobbio no son propiamente tales contra el verdadero Derecho Natural, sino más bien apuntan al Derecho Natural vigente en la Europa de la Ilustración, de inspiración racionalista y protestante.

Tampoco puede dejarnos indiferentes el ataque enmascarado que Elías Díaz hace en el Prólogo al Derecho Natural, so capa de sociología, cuando sostiene el carácter conservador que hoy presenta el jusnaturalismo, o cuando pretende que si a finales del siglo XVII la razón fue jusnaturalista, hoy la razón se configura claramente como crítica del Derecho Natural. El panorama del pensamiento jurídico europeo occidental parece de signo contrario.

G. G. C.

RICCA, Lucio: «Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto». Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, núm. 72. A. Giuffré. Milano, 1965. 198 p.

El tema de las *faktische Vertragsverhältnisse* no había suscitado, hasta ahora, eco considerable en la doctrina italiana; en adelante, junto a los trabajos de Funaioli, Betti (aunque este autor contempló fundamentalmente el Derecho alemán), Zago Garelli, Ghezzi, Scognamiglio, Messineo, Carraro, Mancini, Lega, Benatti y Rescigno, que con extensión mayor o menor se habían ocupado del tema, habrá que citar, en lugar preferente, la presente aportación de Ricca.

Para el lector español, las dos partes de esta monografía ofrecen un desigual interés. Este se concentra, especialmente, en la primera, dedicada a exponer con amplitud la teoría de las relaciones contractuales de hecho, así como sus aplicaciones más importantes; mientras que la segunda parte contempla el Derecho italiano bajo la perspectiva de la prestación laboral de hecho y la sociedad de hecho.

Ricca ha realizado una excelente síntesis de las *faktische Vertragsverhältnisse*, con base en los estudios de Lehmann, Ballerstedt, Esser, Blomeyer, Haupt, Nikisch, Sieber, Simitis y Larenz, al mismo tiempo que ha cuidado de advertir las dificultades de adaptación de la teoría al actual Derecho positivo italiano; la responsabilidad precontractual, el transporte de cortesía, la prestación laboral de hecho y la sociedad de hecho, aparecen ya normativamente reguladas.

Además, el autor ha valorado críticamente la teoría, y sin dejar de reconocer su mérito de ofrecer una explicación de fenómenos actuales sin acudir a artificios ni ficciones, recoge las objeciones que se le han dirigido, tanto en Alemania como en otros países. Cita el severo juicio de Lehmann: *Eine Atombombe zu Zerstörung eines gesetzestreuen juristischen Denkes*. Destaca la poco feliz terminología, pues lo “de hecho” viene a ser, propiamente, lo “no contractual”, con lo cual aquella se revela contradictoria. Está clara la heterogeneidad de los fenómenos contemplados. Parece responder a motivaciones políticas hoy superadas, aunque Simitis ha realizado últimamente un considerable esfuerzo por actualizar su fundamento. No proporciona adecuados instrumentos técnicos para resolver los problemas afrontados, pues choca con el principio de libertad contractual. La idea de contacto social es confusa: con sutil ironía, ha dicho Lehmann, que quien viaja en tranvía se encuentra en “contacto social” con su vecino, sin que por ello se instaure entre ambos una relación contractual. Al atacarse la institución contractual, el problema está en ver cómo tales situaciones objetivas pueden sustituirse al contrato como supuesto de hecho generador de relaciones obligatorias, sin que a la buena fe pueda darse una amplitud tan grande.

Al estudiar las aplicaciones que la doctrina alemana hace de las relaciones contractuales de hecho, Ricca se ocupa en particular de las obligaciones nacidas de la prestación de los servicios públicos y de la inserción en una

comunidad. Aquí, sus razonamientos ofrecen mayores motivos de discrepancia.

Libro que ofrece un material informativo importante para el estudio de una cuestión de la que apenas si se ha ocupado nuestra doctrina (1).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

WAYMEL, Jean Pierre: «Les formes du testament olographe et le maintien de ces formes jusqu'au décès du testateur», Préface du Mⁿ. Jacques Flour. Editions Montchrestien. París, 1966. 262 páginas.

El testamento ológrafo goza en Francia de una reiterada atención por parte de la doctrina. Sólo en este siglo pueden citarse las tesis doctorales de Stern (1909), Boistard (1927), Rousseau (1928), Girault (1930), Rathery (1933), Tourtelier (1934) y Beaucoup (1938), referidas a la institución en su conjunto o a algunos de sus aspectos.

La jurisprudencia francesa se inclina por una interpretación benévola de las formalidades del testamento ológrafo. Parece que alguien ha sostenido que la condición de escritura se cumple aunque el testador no sepa escribir, siempre que sepa leer y esté dotado de la capacidad de copiar por tener habilidad para el dibujo. El autor de esta excelente tesis se opone a tal simplificación de formalidades (aunque en el caso citado más bien sería una desnaturalización de la esencia del testamento ológrafo), que también parece dominar últimamente en otras legislaciones extranjeras (cfr. para el Derecho suizo, la Tesis de Cottier; Laussane, 1950), y elevándose a los principios, adopta las siguientes conclusiones: Sólo el respeto al formalismo conduce a soluciones simples y seguras, mientras que el rechazo del mismo conduce a verdadera incertidumbre al estarse en presencia de un conjunto de casos particulares acerca de cuyos límites nunca se está seguro; el respeto del formalismo es capaz, en esta materia, de aliar seguridad y equidad.

El autor se ocupa de las condiciones de forma del testamento ológrafo referidas al momento de su confección (la escritura, la firma y la fecha), explicando su razón de ser, problemas de prueba e irregularidades. En la segunda parte trata de la forma del testamento ológrafo desde su confección hasta su ejecución, afrontando los problemas derivados de las adiciones y tachaduras y de los efectos de la destrucción del testamento.

Obra concienzudamente documentada, a la que sólo falta para ser completa el estudio del problema en el Derecho comparado. La "vuelta al formalismo", que propugna, se explica por los excesos contrarios.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

(1) Cfr. las observaciones críticas de HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*. (Madrid, 1960), I, p. 225 y s. En *El concubinato en el Derecho civil francés*. (Roma-Madrid, 1965), p. 94. n. 46, me he ocupado de la posible utilización de la teoría de las *faktische Vertragsverhältnisse* en la unión libre.

REVISTAS

A cargo de Antonio Manuel MORALES MORENO
y Rodrigo BERKOVITZ

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *De las Fuentes Romanas de las Partidas: I. Primera Partida*, RDN, núm. LII, abril-junio 1966; págs. 7-67.

Tres grupos principales de fuentes deben considerarse en las Partidas: romanas, canónicas e hispanas. Además del Derecho natural y de otras obras de carácter jurídico, moral, filosófico o literario que directa o indirectamente se aprovecharon por los compiladores. El autor considera que el conocimiento de las fuentes remotas y próximas de las Partidas podrían arrojar luz sobre los problemas debatidos en torno a estas leyes. Un estudio exhaustivo en tal sentido está por hacer. Y esto es precisamente lo que se propone el autor, ocupándose ya de toda la primera Partida y señalando los antecedentes romanos de cada precepto.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar*, RGLJ, núm. 5, mayo 1966; págs. 678-688.

Actos jurídicos familiares son los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares. En base a esta definición, resalta el profesor argentino peculiaridades de este tipo de actos jurídicos frente a los actos jurídicos en general definidos en el artículo 944 del C. c. argentino.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *La seguridad social y su actual perspectiva*, RGLJ, núm. 4, abril 1966; págs. 505-530.

Después de una introducción sobre la actualidad e importancia del tema, se tratan: las acepciones y aspectos de la seguridad social, sus orígenes y proceso evolutivo, y su actual momento. Termina el autor con unas apreciaciones críticas sobre sus ventajas e inconvenientes, así como sobre las normas generales a que su realización debe ajustarse.

2. Derecho de la persona

LEMPF, Kurt: *Voraussetzungen der Volljährigkeitserklärung*, EF, V. II, noviembre 1965; págs. 588-589.

La declaración de mayoría de edad prevista en el artículo 3.º y siguientes del BGB ha dado lugar a una abundante literatura jurídica en torno a sus pre-

supuestos. Sin embargo, la mayor parte de ésta se ha concentrado en el caso más frecuente: concesión de la mayoría de edad para que un menor pueda contraer matrimonio. Este artículo trata de esclarecer los presupuestos en los demás casos, en los que se producen divergencias de criterio entre la Administración y los Tribunales tutelares.

PAULICK, Heinz: *Der Beitritt Minderjährigen zu einer eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht*, EF, v. II, noviembre 1966; págs. 523-527.

El autor dedica este artículo a la crítica de una sentencia en la que se considera que un menor de edad puede entrar a formar parte de una sociedad con responsabilidad ilimitada sin autorización del Tribunal tutelar.

DEUTSCH, Erwin: *Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivil recht*, NJW, v. 43, 1965; págs. 1985-1989.

Constituye opinión general el considerar que es necesario en las operaciones médicas contar con el consentimiento del paciente, previa adecuada información del mismo. La infracción de esto da lugar a indemnización de daños y perjuicios. Se trata de una falta jurídica y no médica. En estas circunstancias cabe preguntarse si la operación no puede calificarse de lesión corporal, aunque médicamente sea acertada. El trabajo estudia el caso señalado y sus consecuencias.

3. Derecho de cosas

FABIANI, Mario: *Disciplina della concorrenza ad esercizio del diritto di autore*, RDC, v. 5-6, mayo-junio 1965; págs. 205-224.

El estudio atiende primero a las relaciones existentes entre competencia y derecho de autor, ya que ambos se limitan recíprocamente. A continuación, se ocupan del sistema de tutela del derecho de autor y de sus particularidades. El resto se dedica a la sociedad de autores.

REBES SOLE, José Enrique: *Notas al título "Del usufructo" de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, RJC, núm. 2, abril-junio 1966; págs. 351-370.

El usufructo de bosques ha sido desde antiguo tema polémico en Cataluña, centrado fundamentalmente en torno al usufructo de bosques maderables. Había dos tendencias (una restrictiva, mantenida por el Tribunal Supremo, y otra no restrictiva, mantenida por juristas catalanes) en cuanto a la determinación de si tales bosques podían, o no, ser cortados. Tanto el Proyecto de la Comisión de Juristas Catalanes como el del Ministerio de Justicia, optaron por la solución no restrictiva. A la luz de estas consideraciones previas, el autor estudia, desde el punto de vista del Derecho civil, el usufructo de bosques en la Compilación.

FAZ ARES, José-Cándido: *Observaciones en torno a la fórmula "liquidatoria de los foros en la Compilación de Derecho foral de Galicia*, RGLJ, núm. 6, junio 1966; págs. 880-889.

El autor considera oportuno el propósito del legislador de extinguir los foros que se conserven vivos a los diez años de la entrada en vigor de la Compilación. Sin embargo, considera chocante que se dediquen luego 46 artículos para regular una institución cuya defunción se decreta. El estudio se centra fundamentalmente en las deficiencias de orden técnico existentes en la fórmula "liquidatoria".

HUEMANN, Heinrich: *Das neue Urheberrecht*, NJW, v. 46, 1965; págs. 2.129-2.133.

El autor expone brevemente los cambios introducidos por la nueva Ley de Derecho de Autor de 16-IX-1965: Su juicio crítico es favorable, ya que, aunque no haya satisfecho todos los deseos de los autores, supone un gran avance en la protección del trabajo intelectual. Destaca especialmente la ampliación del período de protección y la regulación de las grabaciones privadas con magnetofón.

CONRADT, Joachim: *Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 53 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes v. 9.9.1965*, NJW, v. 20, 1966; págs. 917-919.

El autor expone tres inconvenientes constitucionales al artículo 53, párrafo 5.º de la nueva Ley sobre los derechos de autor, que coloca a las sociedades que los explotan frente a los fabricantes de aparatos reproductores de sonido o imagen de cualquier tipo.

4. Obligaciones y contratos

GENOVESE, Anteo: *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, RDC, v. 5-6, mayo-junio 1965; págs. 163-192.

El autor trata de elaborar un concepto técnico del contrato de opción previsto en el artículo 1.331 del C. c. que permita distinguirlo de toda otra declaración precontractual. Su concepción se desarrolla en torno a la siguiente definición: por el contrato de opción, las partes convienen en que una permanezca vinculada al negocio definitivo, mientras que la otra adquiere la facultad de adherirse al mismo.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Las indemnizaciones a los arrendatarios por desalojo*, RDM, núm. 100, abril-junio 1966; págs. 353-377.

El autor pretende aclarar las confusiones que originan a veces tales indemnizaciones, especialmente en cuanto a su contenido y al órgano llamado a determinarlas. Para ello, trata sucesivamente los diversos supuestos en que entra en juego la indemnización: cuando el desalojo obedece a la necesidad del

propietario de ocupar sus propias viviendas o locales; cuando el Gobernador civil ha otorgado autorización para el derribo de la vivienda, a fin de construir sobre el solar resultante en las condiciones legales; cuando el desalojo tiene como causa la expropiación forzosa; casos en que el desalojo se impone por virtud de aplicación de la Ley del Suelo.

NIESSEN, Herman: *Zur Reform. der Haftung der Beherbergungsbetriebe*, MDR., v. 9, septiembre 1966; págs. 718-722.

Este trabajo se ocupa de la reforma introducida por la Ley de 24-III-1966 (entrada en vigor el 1.º de abril) en materia de responsabilidad de los fondistas por los objetos introducidos en sus locales por los huéspedes. Esta reforma legislativa responde a la ratificación por parte de la República Federal Alemana del Acuerdo Internacional firmado en París (17-XII-1962) sobre esta materia.

BÁDENES GASSET, Ramón: *Los requisitos del precio en la compraventa*, RJC, núm. 3, julio-septiembre 1966; págs. 635-680.

Se estudia el contenido de los requisitos derivados del artículo 1.445 del C. c.: precio verdadero, determinado y consistente en dinero o signo que lo represente. A continuación se atiende a la justicia del precio, a la inadmisibilidad de la fijación por una de las partes y al precio legal, dentro del que se incluye las consecuencias de la infracción del régimen de divisas y de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.

BONET CORREA, José: *El arrendamiento de un local de negocio en renta pactada en moneda de oro o plata*, RDN, núm. LI, enero-marzo 1966; págs. 195-228.

No parece normal el establecimiento de tales cláusulas con respecto al arrendamiento de viviendas. En cambio ya son varios los casos llegados al Tribunal Supremo con respecto al arrendamiento de locales de negocio. La doctrina de éste es contradictoria. El autor, partiendo de la sentencia de 24-XI-1957, en la que se acepta la validez de tales cláusulas, se propone sacar las conclusiones que permitan admitirlas en los contratos de arrendamiento de locales de negocios regidos por la legislación especial.

SCHORREIT, Armin: *Vertrauensgrundsatz und Kraftfahrzeughaftung*, NJW, v. 20., 1966; págs. 919-920.

Este trabajo se ocupa de los puntos de vista que han sido dejados de lado en la elaboración del vigente artículo 7.º de la Ley reguladora del tráfico rodado, y cuya consideración en una nueva regulación de la responsabilidad jurídica sería, sin embargo, recomendable. Marginalmente, trata el autor el problema existente en torno al principio de responsabilidad objetiva y al de responsabilidad subjetiva.

5. Derecho de familia

SCHMIDT, Folke: *Schwedisches Ehescheidungsrecht*, EF, v. 1, enero 1966; páginas 1-3.

La Ley del matrimonio vigente en Suecia es de 1920. Sin embargo, los preceptos sobre el divorcio son anteriores (de 1915). Lo mismo ocurre con la regulación correspondiente de los restantes países escandinavos que, además, es muy similar. El artículo trata de esta regulación. Señala el autor en su conclusión que el ordenamiento sueco no menosprecia el valor social de la institución matrimonial; pero no olvida, sin embargo, que dentro del mismo subsisten dos personas con su propia vida.

LEISNER, Walter: *Zur Verleihung des Erzeugernamens (Vaternamens) an das uneheliche Kind im Wege der Namensänderung*, EF, v. 3, marzo 1966; páginas 123-134.

Este trabajo se ocupa de los problemas surgidos en torno a un caso normal: el cambio de apellido del hijo ilegítimo cuando fracasa su legitimación, para darle el de su auténtico padre. Se atiende a los principios que pueden apoyar tal concesión, especialmente cuando la mujer legítima del procreador se opone a la misma. También se establece la relación existente en tal caso entre los preceptos constitucionales protectores del nombre y los protectores de la familia.

GRZYWACZ, Jerzy: *Das neue polnische Familienrecht*, EF, v. 11, noviembre 1965, páginas 529-532.

Se trata de una breve exposición del nuevo Código de Familia y Tutela de 25-II-1964, que viene a ser la tercera codificación de dicha materia en el plazo de veinte años. Las dos anteriores son el Decreto sobre el Derecho matrimonial de 25-IX-1945 y el Código de Familia de 27-VI-1950, completado por el Decreto de 3-VI-1953. Este último Código cuenta con 184 artículos, y es bastante más amplio y completo que los anteriores.

LALINDE ABADÍA, Jesús: *Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, RJC, número 2, abril-junio 1966; págs. 313-349.

Este trabajo ofrece una interpretación del Cap. IX, Tít. III, Lib. I de la Compilación (arts. 52-62), siguiendo el orden mismo de los artículos y de acuerdo con el artículo 1.º, párr. 2.º de ésta; es decir, atendiendo a la "tradición jurídica catalana", encarnada en las "antiguas leyes, costumbres y doctrina" de que los preceptos derivan.

ALEMANY GAL-BOGUÑA, José M.: *La separación matrimonial de hecho*, RJC, número 2, abril-junio 1966; págs. 400-405.

Después de unas consideraciones preliminares sobre el tema, son objeto de este artículo la nulidad de los acuerdos de separación amistosa o extrajudicial,

Los efectos propios de la separación de hecho y los problemas que puede plantear. Termina con una referencia al punto de vista de la religión católica.

PUIG I FERRIOL, Lluís: *Conflictos interregionales en materia de filiación*, RJC, número 3, julio-septiembre 1966; págs. 683-700.

El autor estudia los conflictos que surgen de las diversas regulaciones existentes en el C. c. y en la Compilación. Esta divergencia sólo se da en la reclamación de la filiación extramatrimonial, en la impugnación de la misma y, en cuanto a la filiación adoptiva, en los pactos y derechos sucesorios y en la posibilidad que tienen de adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Estos puntos constituyen, pues, los tres apartados del artículo, puesto que en las restantes cuestiones de filiación la Compilación se acoge al régimen del C. c.

MARSA VANCELLS, Plutarco: *¿Tutela de familia? ¿Tutela de Autoridad?*, RJC, número 3, julio-septiembre 1966; págs. 709-726.

El autor considera que estos dos principios de organización de la tutela no son radicalmente contradictorios, por lo que pueden combinarse según un criterio armónico. Hace referencia a la legislación comparada para ratificar tal opinión. Termina con una propuesta de reforma de nuestra legislación sobre esta materia, de acuerdo con una serie de criterios que enumera.

CASASUS HOMET, Emilio: *Actos dispositivos, con reserva de usufructo, que favorece al cónyuge del disponente*, RDN, número LI, enero-marzo 1966; páginas 185-193.

Este supuesto, que es frequentísimo, entraña una aparente liberalidad "inter vivos" entre los esposos, y por ello se plantea la necesidad de ver si tal cosa es o no posible en nuestro Derecho positivo, en base a la prohibición de donaciones entre cónyuges del artículo 1.334. El autor examina tanto el caso en que los bienes en cuestión sean privativos del cónyuge donante como aquel en que son gananciales del matrimonio en cuyo favor se establece la reserva del usufructo.

VOGEL, Friedrich: *Der Beweiswert des sogenannten "Essen-Möller-Verfahrens" auf Grund serologischer Merkmale im Rahmen der Vaterschaftsbegutachtung*, NJW, v. 43, 1965; págs. 1993-1995.

El autor expone brevemente todos los posibles fallos de uno de los procedimientos médicos al que se recurre frecuentemente en la investigación de la paternidad. Con ello pretende evitar la tendencia, que se viene registrando en la práctica judicial alemana a una supervaloración del mismo.

GRASNICK, María: *Der Verkehr des Vaters mit seinem unehelichen Kinde*, NJW, v. 29, 1966; págs. 1298-1301.

Este artículo trata de las tentativas existentes en la doctrina alemana acerca de una reforma del ordenamiento actual, en cuanto el mismo no permite al padre

tener contacto con el hijo ilegítimo sin el consentimiento de la persona legalmente encargada del mismo, que es normalmente la madre.

SCHLECHTRIEM, Peter H.: *Ersatz der vom Scheinvater erbrachten Unterhaltszahlungen*, NJW, v. 39, 1966; págs. 1795-1797.

El trabajo expone las vías por las que el padre aparente de un hijo adulto puede exigir al procreador del mismo una indemnización por los gastos de manutención de aquél, una vez impugnada su legitimidad.

GRASNICK, María: *Ansprüche der Mutter gegen den Vater ihres unehelichen Kindes*, NJW, v. 31, 1966; págs. 1389-1393.

Según el artículo 1.715 del BGB, el padre ilegítimo está obligado a responder frente a la madre del mismo de los gastos del embarazo, del parto y de la manutención durante las seis primeras semanas siguientes al mismo. El trabajo es un estudio crítico de este precepto, en comparación con los correspondientes de un proyecto de Ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos.

6. Derecho de sucesiones

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: *Examen de la normativa legal del denominado testamento "in articulo mortis"*, RDN, número LII, abril-junio 1966; páginas 119-193.

Después de un estudio general de este tipo de testamento excepcional y de su posible justificación, aborda el autor el estudio de su normativa legal en el C. c. Finalmente, atiende a las prescripciones adjetivas de su procedimiento insertas en la LEC.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *Crítica de un privilegio: el beneficio de separación*, RDN, número LI, enero-marzo 1966; págs. 53-141.

Es ésta una primera parte de un extenso trabajo. Comprende el Derecho Romano, una referencia al Derecho Comparado, el beneficio de separación en la Ley Hipotecaria de 1861 y en la LEC; la doctrina y sus argumentos, y el estudio del problema en el C. c.: repudiación del beneficio de separación y del régimen de preferencias por nuestro C. c. De esta última parte sólo trata los siguientes temas: la confusión de los bienes de la herencia, las tutelas de los acreedores, la falta de preferencia de los acreedores del causante sobre los legatarios y las tutelas de los legatarios.

II. DERECHO HIPOTECARIO

DIEZ GÓMEZ, Aurelio: *Sobre el concepto de finca*, RDN, número LII, abril-junio 1966; págs. 69-117.

En la literatura alemana encontramos formulado el siguiente problema: "Ticio tiene una hacienda que se compone de una casa-labor, un jardín, cuatro tierras, una huerta, dos prados y un trozo de bosque. ¿Cuántas fincas tiene Ticio?". El problema corresponde a la determinación de los bienes que han de ser considerados como un único objeto de Derecho. En base a este planteamiento se estudia la finca discontinua, la individualización de la finca y el negocio jurídico de individualización.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *La integridad de la fe pública en los registros de la propiedad*, RDN, número LI, enero-marzo 1966; págs. 7-52.

En esta conferencia se trata de la integridad de los Registros de la Propiedad en su sentido técnico documental. Primero se aborda la integridad en las diversas clases de Registros: de hechos, de toma de razón, de documentos, de títulos, de actos y contratos; después, en las leyes prusianas de 1872 y en la Ley Hipotecaria española.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

SENÉN DE LA FUENTE, G.; BERCOVITZ, A.; GARRIGUES, L., y JIMÉNEZ DE PARGA, R.: *La protección de la libre competencia. Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los países miembros del Mercado Común*, RDM, número 95, enero-marzo 1965; págs. 153-186.

El trabajo se divide en tres partes. Tras una breve exposición del fundamento ideológico de la protección a la libre competencia, se atiende a la regulación de ésta en la Carta de La Habana, el Tratado de la CECA y el del EURATOM. Finalmente, quedan expuestos los sistemas vigentes en cada país miembro del Mercado Común.

PELLICER VALERO, Jesús A.: *La política de la competencia mercantil en la Comunidad Económica Europea*, RDM, número 99, enero-marzo 1966; páginas 111-182.

El artículo es una exposición de conjunto de la política seguida por la CEE en el sector de la competencia mercantil. En la primera parte (reglas aplicables a las Empresas) estudia las medidas tendentes a la aplicación del artículo 85 del Tratado, los abusos de posición dominante y las concentraciones de Empresas. En la segunda, pasa al examen de asuntos individuales: notificación de restriccio-

nes, solicitud de certificación y quejas, incoación de procedimientos, recomendaciones, decisiones y comunicaciones de la Comisión.

GARRALDA VALCÁRCEL, Alvaro: *La participación de los trabajadores en la dirección de las Empresas en el Derecho alemán.* RDM, número 100, abril-junio 1956; págs. 291-342.

El trabajo ofrece una visión del ordenamiento alemán sobre la cogestión, regulada en cuatro leyes. Tres de ellas regulan el derecho de cogestión de los trabajadores en los establecimientos y Empresas privados: Ley de Codecisión de los trabajadores en las Empresas de la industria carbonero-siderúrgica, de 21-V-1951; Ley Constitucional del Establecimiento, de 11-X-1952, y Ley Complementaria de Codecisión de los trabajadores en las Empresas carbonero-siderúrgicas, de 7-VIII-1956. La cuarta, de 5-VIII-1955, trata de la representación del personal que trabaja en los servicios de la Administración y en los establecimientos públicos. Después de estudiar los antecedentes históricos, atiende sucesivamente al Derecho de cogestión en general y en particular, dentro de las mencionadas leyes.

PELLICER VALERO, Jesús A.: *Diez años de ententes y concentraciones en la CECA,* RDM, número 95, enero-marzo 1965; págs. 79-151.

Este artículo se ocupa de la regulación de la competencia en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Dentro de este tema, se limita a las medidas referentes a las prácticas restrictivas que resultan de una acción colectiva de Empresas o de una posición de monopolio o de efecto equivalente.

FUENTES CARSI, Francisco: *Particularidades de la sentencia en el proceso de nulidad de patentes y marcas,* RDM, número 95, enero-marzo 1965, páginas 187-193.

Sobre el tema señalado en el título, el autor estudia, en sucesivos apartados, los motivos de la nulidad y la congruencia, la cosa juzgada, las resoluciones susceptibles de cosa juzgada, el objeto de la cosa juzgada y sus límites, y límites subjetivos de la cosa juzgada.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *Aspectos de la actividad bancaria,* RDM, número 97, julio-septiembre 1965; págs. 87-96.

Este trabajo se refiere a las limitaciones temporales de la vigencia de las operaciones crediticias, a las restricciones administrativas en orden a la constitución de garantías reales, a la tributación de las operaciones realizadas por la Banca privada, a los inconvenientes que se advierten en el marco jurídico de la documentación bancaria y a ciertos aspectos de la política financiera. Termina con un apartado dedicado a la actitud de la Banca ante el empresario.

GIMÉNEZ ARNÁU TORRENTE, Enrique: *Esquema de las disposiciones legales vigentes sobre el llamado "statu quo bancario"*, RDM, número 98, octubre-diciembre 1965; págs. 337-365.

Después del régimen del Decreto de 17 de mayo de 1940, el autor expone las normas que regulan la creación de nuevas entidades bancarias, la instauración de nuevas agencias o sucursales, los tratados de local de las oficinas bancarias, la forma jurídico-social de las Empresas bancarias, las ampliaciones de capital y puesta en circulación de acciones de sociedades bancarias, y los acuerdos entre firmas bancarias sobre traspasos de oficinas o fusiones de acciones o participaciones de negocios bancarios.

GLEISS Alfred, y HORTZ, Christian, *Bereichsausnahme für die Versicherung und Missbrauchsverbot* (102 GWB), NJW, v. 19, 1966; págs. 864-867.

La economía de los seguros tiene propias características a las que debe acomodarse la legislación sobre la competencia. En este sentido cabe señalar la existencia de un órgano de inspección encargado de evitar el mal uso de las excepciones concedidas por la Ley a esta rama de la economía. Ahora bien, la medida del mal uso debe venir determinada también, de la misma forma que las excepciones aludidas, por la naturaleza de la cosa. Sólo podrá fijarse de acuerdo con los efectos prácticos del "Kartell".

TETZNER, Heinrich: *Das Gesetz zur Änderung des UWG, des WZG und des GebrMG vom 21.7.1965*, NJW, v. 42, 1935; págs. 1944-1948.

Las leyes sobre competencia desleal, sobre marcas y sobre modelos de utilidad quedan reformadas por la Ley de 21-7-1965. Este trabajo estudia dos innovaciones importantes de ésta: la legitimación activa concedida a las asociaciones de consumidores para ejercer demandas de cesación y la posibilidad de costear los gastos de las partes económicamente débiles en los procesos correspondientes a dichas leyes.

BECHER, Hans: *Die Werbeware*, NJW, v. 29, 1966; págs. 1.289-1.292.

Se ha generalizado la publicidad mediante el regalo de mercancías, lo que, naturalmente, da lugar a una pugna entre las firmas competidoras. El autor considera, en base a la jurisprudencia, que este tipo de propaganda no debe ser considerada de manera distinta a los demás, en cuanto a sus repercusiones sobre la competencia. Así, pues, sólo podrá considerarse jurídicamente contraria a la misma cuando alcance un volumen desproporcionado.

2. Comerciantes y sociedades

VERDERA Y TUELLS, Evelio: *Aportaciones directas extranjeras a sociedades anónimas españolas*, RDM, núm. 99, enero-marzo 1966; págs. 17-90.

El Decreto-Ley, de 21 de julio de 1959, de Ordenación Económica, vuelve a considerar, frente a la orientación restrictiva de la Ley de Ordenación y

Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, que las inversiones extranjeras constituyen un factor fundamental en el desarrollo económico nacional. Ello da lugar, a partir del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 sobre Inversiones de Capital Extranjero en Empresas Españolas, a una nueva reglamentación para hacer más atractivas tales inversiones. El estudio se orienta al examen de las posibles colisiones entre esta nueva regulación y el vigente Derecho de sociedades anónimas.

BROSETA PONT, Manuel: *Las empresas públicas en forma de Sociedad Anónima*, RDM, núm. 100, abril-junio 1963; págs. 267-290.

La finalidad de este estudio es poner de manifiesto los problemas que plantea el hecho de que el Estado o los entes públicos utilizan la forma y la estructura de la sociedad anónima para dotar de vestidura jurídica a ciertas Empresas. El autor se ocupa en sucesivos apartados de las causas político-sociales que determinan la intervención del Estado en la Economía; las formas que se utilizan para dar vestidura jurídica a las Empresas públicas; los antecedentes y Derecho positivo español, respecto a este recurso, a las sociedades mercantiles de estructura capitalista; las derogaciones impuestas al régimen de las sociedades mercantiles por la presencia de entes públicos. Termina con unas conclusiones críticas.

PALA BERDEJO, Francisco: *El cómputo de la mayoría en la Junta general de accionistas*, RDM, núm. 95, enero-marzo 1965; págs. 41-76.

Los acuerdos de la Junta General de accionistas se adoptan por mayoría, pero ésta responde a varios contenidos posibles; de ahí la necesidad de determinar el mismo en cada caso. Este es el propósito del autor, ya que no existe una clasificación comúnmente aceptada de los distintos tipos mayoritarios ni una terminología uniforme.

VOLTES BOU, Pedro: *Límites operativos de la "Holding Company"*, RJC, núm. 2, abril-junio 1966; págs. 371-391.

El estudio defiende la tesis según la cual la sociedad "holding" no tiene como atributo esencial el control de una sociedad por otra, por lo que no se pueden abrigar bajo aquel nombre las maniobras que una sociedad emprenda para dominar a otra. Este error procede de haber considerado por "holding" a lo que no es sino un subgrupo de aquélla, es decir, la "holding" de control. El nacimiento de la "holding" obedece, en la mayoría de los casos, al deseo de evitar o atenuar la eficacia de una legislación determinada y, frente a esto, las demás razones quedan en segundo término.

KÄMMERER, Ludwig: *Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft*, NJW, v. 18, 1966; págs. 801-806.

Según la opinión dominante en la doctrina, la sociedad colectiva no es una persona jurídica, aunque tal afirmación vaya acompañada de una serie de li-

mitaciones. Para el autor se trata de una sociedad civil con patrimonio unitario. Pero los titulares de sus derechos y obligaciones son los socios. En ningún caso se la puede atribuir personalidad o capacidad jurídica.

SCHÖNLE, Herbert: *Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für mangelhafte Sacheinlagen*, NJW, v. 46, 1965; págs. 2.133-2.138.

Frente a la jurisprudencia del Reich, la doctrina actual afirma la existencia de pretensiones de garantía de la sociedad con responsabilidad limitada frente al socio, en base a aportaciones "in natura" defectuosas en el sentido del artículo 459 del BGB (sobre la compraventa). Se trata de saber si tal cambio de criterio está justificado.

SPIEKER, Wolfgang: *Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder*, NJW, v. 42, 1965; págs. 1937-1944.

El autor pretende determinar el contenido y los límites del deber de guardar secreto que tienen los miembros de los consejos de administración. El fin del artículo es práctico: proporcionar criterios para que dichos miembros, especialmente los trabajadores, sepan a qué atenerse en los casos de duda.

4. Obligaciones y contratos

BATISTA MONTERO-RÍOS, José: *Crédito bancario e hipoteca*, RDM, núm. 100, abril-junio 1966; págs. 345-351.

Se exponen los tres tipos de hipoteca en que es sujeto activo un Banco: las constituidas para garantizar la concesión de créditos nuevos; las constituidas en superposición de garantía de créditos que originariamente han sido concedidos sin más garantía que la personal del deudor o con garantías reales de otro tipo que la hipotecaria las constituidas para garantizar préstamos complementarios dedicados a la construcción de viviendas protegidas. A continuación se estudia el segundo caso, ya que es el que actúa más estrictamente en garantía de operaciones de la Banca comercial.

MUÑOZ CAMPOS, Juan: *Reflexiones sobre el régimen legal de los transportes de mercancías por carretera*, RDM, núm. 97, julio-septiembre 1965; páginas 77-85.

El autor considera que la Ley y Reglamento de los Transportes Terrestres por Carretera son normas inadecuadas para esta modalidad de transportes. Tal situación debe ser subsanada, máxime si se considera encuadrada dentro del Plan de Desarrollo Económico. Por ello establece los principios de una futura ordenación.

5. Derecho mercantil: Derecho marítimo

ARIAS BONET, Juan Antonio: *Derecho marítimo en las Partidas*, RDM, núm. 99, enero-marzo 1966; págs. 91-108.

Las Partidas contienen una reglamentación del Derecho marítimo que, aunque no llegó a alcanzar la difusión de otras ordenanzas marítimas ni probablemente tuvo repercusión práctica inmediata, no deja por ello de merecer atención. El autor pretende precisar el origen de cada una de estas leyes contenidas en el Título IX de la Partida V. Trata en apartados independientes las disposiciones que acusan un influjo de la Lex Rhodia y aquellas que no presentan tal característica. Antepone a este examen unas consideraciones sobre la relación entre las Partidas y los Roles de Olerón.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general

DUFFEK Hans: *Einstweilige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht*, NJW, v. 30, 1966; págs. 1.345-1.347.

Se trata de una crítica de la práctica judicial de denegar la adopción de medidas provisionales que se encaminen a restablecer la situación alterada por el arbitrio individual. Para ello, se suele alegar que tales medidas no deben procurar una satisfacción, sino sólo una garantía, lo que no ocurriría en dicho caso, ya que equivaldría a una ejecución realizada antes de tiempo. Pero con ello, señala el autor, ignoran los tribunales los principios esenciales de tales medidas: la protección de la paz social.

3. Procesos especiales

FUENTES LOJO Juan V: *Desahucios de viviendas protegidas*, RJC, núm. 2, abril-junio 1966; págs. 395-399.

El autor critica la competencia de los órganos administrativos sobre el desahucio de las viviendas protegidas por Entidades públicas y Empresas industriales, abogando por una reforma que encomiende tales cuestiones a la jurisdicción ordinaria. A sus argumentos une una sentencia reciente del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1964, en la que éste pone de manifiesto la nulidad de muchos de estos desahucios.

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, Ar-
 gentina).
 BFDC = Boletim da Facultade 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-Berlin).
 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 (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (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).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Matrimonio Civil contraído de mala fe por católico mallorquín con norteamericana

(S. 2 noviembre 1965)

MATRIMONIO PUTATIVO: FORMA MÍNIMA EXIGIDA: *Frente al recurrente que invoca que el matrimonio celebrado en Tánger, en el Consulado de los Estados Unidos de América, es inexistente —y fuera de la órbita del artículo 69 del Código civil—, pues no aparece cumplida ni la forma española ni la del país del acto, ni la del país de la contrayente, se declara que “como quiera que parece probado que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado, es evidente que se celebró conforme al Derecho positivo de la autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo”.*

RÉGIMEN DE BIENES: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Es aplicable el régimen nacional del marido (no hubo pactos nupciales), pero no el común sino, en su caso, el foral correspondiente.*

SEPARACIÓN DE BIENES: COMPILACIÓN BALEAR: *Aplica el artículo 1.396 para la determinación de los bienes privativos. No probándose el carácter privativo, el bien se entenderá del matrimonio, según el artículo 3, III, de la Compilación balear.*

NULIDAD DE MATRIMONIO: MALA FE: *A los bienes comunes o del matrimonio son aplicables analógicamente, en relación con la disposición final segunda de la Compilación balear, los artículos 72 y 1.417, Código civil.*

DAÑOS MORALES: *Es indemnizable el perjuicio en la honra y reputación de la esposa, determinado por el matrimonio nulo contraído de mala fe (S. de 2 de noviembre de 1965; ha lugar).*

A. Exposición de la Sentencia.

Un mallorquín contrae en 1953, en Tánger, matrimonio civil con una norteamericana ante el Visecónsul de los Estados Unidos de América, y a la vez, según el rito protestante. A demanda del español, los Tribunales declaran la nulidad del matrimonio por estar bautizado en la Iglesia Católica, si bien se estima que hubo mala fe por su parte y asimismo que se produjeron daños morales a la esposa.

El español demanda la nulidad del matrimonio. La demandada no se opone a la nulidad, pero en reconvencción solicita, entre otras peticiones, que se declare: 1.º Que el matrimonio se había celebrado de mala fe por el actor. 2.º Que se condenara al actor a otorgar escritura pública de venta, a favor de la demandada, de una casa que el marido putativo había adquirido durante el matrimonio con dinero de ella, inscribiéndola en favor de él; o subsidiariamente, que pague a ésta su importe 3.º Que abone 75.000 pesetas en concepto de indemnización por los daños morales.

El Juzgado declaró: 1.º Que el matrimonio es nulo. 2.º Que el actor lo contrajo de mala fe y la demandada de buena fe. 3.º Que la casa comprada era bien común. Y entre otras determinaciones condenó al demandante a trans-

ferir la casa a la esposa otorgando los documentos oportunos, y a abonarla en concepto de daños morales 50.000 pesetas.

Apela el actor y la Audiencia confirma las declaraciones del Juzgado, pero, en cambio, estima la casa bien privativo del marido y eleva a 75.000 pesetas (1) la indemnización por daños morales.

Ambas partes recurren en casación.

El demandante, en su recurso, invoca que no hay lugar para aplicar la doctrina del matrimonio putativo porque no es un caso de nulidad sino de inexistencia, ya que no se cumple ni la forma española ni consta cumplida la del país del acto, ni la americana. No discute que los daños morales sean indemnizables: pero no son indemnizables los simples disgustos, sino los daños verdaderos. Invoca además que la sentencia implica, en dos cuestiones cuyo detalle no interesa (una de ellas, la cuantía de la indemnización) *reformatio in pejus*.

También recurre la demandada porque se aplique el régimen de bienes gananciales —como es posible en virtud del artículo 1.325, Código civil— o se aplique (lo que se invoca subsidiariamente) el sistema mallorquín (cf. artículo 3, III, Compilación balcar), la casa comprada por el marido debe conceptuarse como bien común o ganancial de ambos cónyuges. No basta que en la escritura de compra, conste el comprador como adquirente, y que “de presente pagó el precio convenido”, pues lo esencial es probar la procedencia del dinero y en el caso presente se da por probado que el demandante no poseía bienes antes del matrimonio y que “la vida económica del matrimonio había gravitado de modo esencial sobre los bienes” de la contrayente. Es un bien *común* o ganancial y por aplicación de los artículos 72 y 1.417, Código civil, nunca pudo atribuirse al contrayente.

El Tribunal Supremo accediendo al recurso de la demandada casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juez de Instancia. En cambio, desestima el recurso del demandante; sólo en dos cuestiones —cuya especificación no interesa en este momento (una de ellas la cuantía de la indemnización)— accede el Tribunal Supremo al recurso del demandante para evitar la *reformatio in pejus*.

He aquí los considerandos de la sentencia en la parte que nos interesa:

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso articulado por el demandante se sustenta en el número 1 del art. 1.692 de la L. E. C., para denunciar la violación en la sentencia recurrida del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y sentencias de esta Sala, que cita, con la consiguiente aplicación indebida de los 42, 100, número 4.º del 101 y 69 del mismo cuerpo legal, por entender el recurrente que su matrimonio con la demandada fue inexistente y no nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron —Pastor protestante y Cónsul en Tánger de los Estados Unidos de Norteamérica— sean los que debieron conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio como tal se inscribió en el Consulado del citado Estado, es evidente se

(1) Esta es la cifra que se da en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo; en los Resultados se habla de 65.000.

celebró conforme al Derecho positivo de la autoridad que lo autorizó, y decae este primer motivo.

CONSIDERANDO: Que con la misma sustentación procesal se articula por el demandante los motivos 4.º, 5.º y último del recurso, con invocada violación de la doctrina sobre resarcimiento de daños morales, que a su juicio precisa un daño real, sin que sean suficientes los meros disgustos para producirlos, según la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita; y habida cuenta que la resolución impugnada da como probado que como consecuencia de la separación de los cónyuges se produjo un perjuicio en la honra y reputación de la esposa, que quedaba por la actuación y peticiones del esposo en mala situación ante sus amistades y compatriotas, es evidente que se le ha ocasionado un daño moral, y que éste es indemnizable conforme a la doctrina elaborada por esta Sala sobre el particular...

CONSIDERANDO: Que entrando en el estudio del recurso articulado por la esposa demandada, formula los cuatro primeros motivos, al amparo del número 1.º de dicho artículo 1.692, para combatir la declaración de la sentencia de que la casa adquirida durante el matrimonio por el esposo pertenece exclusivamente a éste en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961, sobre Compilación del Derecho de Baleares, que establece el régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges cuando sean mallorquines alguno de ellos, como lo es el esposo, y no haya pacto expreso en capitulaciones matrimoniales, que no concurre en el caso contemplado, alegando la violación por la resolución impugnada del párrafo 3.º de dicho artículo 3.º de la Compilación y de los artículos 1.325, 1.396, número 1.º del 1.401, 1.407 y 13 del Código civil; y habida cuenta que la sentencia da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes y que no los ha adquirido por herencia, cuya declaración no ha sido combatida por el único cauce adecuado para ello, el del número 7.º de tan repetido artículo 1.692, es evidente que la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396 para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra, y, como consecuencia, y en principio, deberá ser estimada como del matrimonio con arreglo al párrafo 3.º del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares, y en su consecuencia procede casar y anular en tal extremo la sentencia recurrida, máxime en el caso presente, en que del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer y, salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa, y, por tanto, bien privativo de ella.

CONSIDERANDO: Que, por último, el 5.º motivo del recurso, por el mismo cauce procesal de los anteriores, denuncia la violación en la sentencia de los artículos 72 y 1.407 (2) del Código civil; y como quiera que persiste la declaración que contiene de que el marido procedió de mala fe, al no haberse combatido en forma tal aserto, procede casar la resolución impugnada en tal extremo, por

(2) En el recurso, el artículo citado es el 1.417. Parece, pues, que hay una errata en el Considerando.

aplicación analógica de los preceptos invocados, en relación a la disposición final 2.^a de dicha Compilación.

B. Comentario.

1. *Referencia a la cuestión de la nulidad del matrimonio civil contraído por bautizados.* En casación no se plantea esta cuestión. De la sentencia sólo se desprende que se consigue la declaración de nulidad del matrimonio porque el contrayente estaba bautizado cuando contrajo matrimonio, y éste se había celebrado sin sujetarse a las prescripciones de la Iglesia Católica. El Ministerio Fiscal asiente—el dato no está muy claro— a la nulidad, y la demandada no se opuso a ella. Contra la declaración de nulidad nadie recurre.

Queremos ahora simplemente llamar la atención contra la fácil declaración de nulidad de los matrimonios civiles por razones religiosas. Después de un periodo de vacilaciones administrativas y jurisprudenciales, ya expuestas en otra ocasión (3), se ha impuesto la idea de que si los que profesan la religión católica contraen matrimonio civil, y, por tanto, infringen el artículo 42 C. c., el matrimonio civil es nulo. El Tribunal Supremo —dijimos entonces— parecía entender que no procedía la nulidad por no estar tal infracción en la relación taxativa de causas que enumera el artículo 101, Código civil (cf. SS. 13 junio 1943, 26 enero y 7 marzo 1956). Mas recientemente entiende que la infracción del artículo 42 determina la nulidad del matrimonio (cf. SS. 21 octubre y 12 noviembre 1959, 16 febrero 1961 y 5 julio 1965 (3 bis). El Reglamento del Registro Civil también presupone que la infracción del artículo 42, Código civil, determina la ineficacia del matrimonio (cf. art. 249, II, Reglamento Registro civil).

Pero quizá en algún caso se ha llegado a la declaración de nulidad con excesiva facilidad: así, por no constar que las autoridades de la Iglesia hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasía formal del contrayente, bautizado en la Iglesia Católica (cf. S. 21 octubre 1959) (4). Es obvio que esta doctrina no logra la total armonía con la disciplina canónica (cf. canon 1.099). Y, en cambio, está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 42 C. c. —particularmente tal como estaba redactado al tiempo del matrimonio—, pues según tal artículo—y conforme a la interpretación que apoyan abundantes razones (5)— procede autorizar el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes

(3) Cf. M. PEÑA, *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932*, A. D. C., X, 1, pág. 261.

(3 bis) En esta sentencia se supone la nulidad de un matrimonio civil contraído ante funcionario británico en Gibraltar por española que profesa la religión católica con norteamericano. Estima el T. S. que hay nulidad por infracción del artículo 42, aplicable —dice la sentencia— en virtud de los artículos 9 y 11, Código civil.

(4) Hay que tener en cuenta que esta sentencia se refiere a un matrimonio celebrado con infracción de las prevenciones adoptadas —en desarrollo del artículo 42, Código Civil— por la Orden de 10 de marzo de 1941, la cual podría relativizar y en algún modo explicar —aunque no justificar, por el valor subordinado de toda orden ministerial— la doctrina que se sienta.

(5) Cf. M. PEÑA, *Los matrimonios...*, págs. 260 y 261.

profesa la religión católica, de cuya religión apostatan, sin exigirse, además, declaración, penal o no, en sentido alguno, de las autoridades eclesiásticas.

La interpretación que sobre la intervención de la Iglesia debe prevalecer es la seguida en los artículos 243 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, y en la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957 (confirmada en 28 de enero de 1959), y que también presupone la Circular de la Nunciatura Apostólica de 25 de marzo de 1957 a todos los Ordinarios de España. Conforme al artículo 245 del Reglamento del Registro civil, al tramitarse las diligencias previas a la celebración del matrimonio civil de los bautizados en la Iglesia Católica, se expondrá circunstanciadamente al proyectado matrimonio a las autoridades Eclesiásticas. Pero de éstas no depende el que tales bautizados puedan ser o no considerados como católicos a efectos de celebrar matrimonio civil. Ellas, simplemente—según la Circular de la Nunciatura—, informarán a la autoridad civil cuando no resulte conforme a la verdad el invocado abandono de la fe católica, o bien cuando resulten fructuosas las gestiones apostólicas cerca de los contrayentes; “pero si resultan infructuosas no se hará notificación alguna a la autoridad civil”.

La Dirección General de los Registros sigue entendiendo, no obstante la citada sentencia, que puede autorizarse el matrimonio civil de los bautizados en la Iglesia Católica, si se estiman que no profesan ya la religión católica y aunque no proceda declaración eclesiástica sobre la apostasía (cf. R.R. de 18 mayo y 28 junio 1961, 25 octubre 1962, 3 septiembre y 8 octubre 1963, 8 marzo 1965 y 3 marzo 1966). Nótese la perturbación que dentro del orden jurídico ocasionaría el que unos órganos públicos (los Tribunales) estimaran nulos los matrimonios que otros órganos públicos (los encargados de la autorización del matrimonio) admiten como válidos.

En ningún caso debe admitirse fácilmente la nulidad invocando el catolicismo del contrayente. El propio matrimonio civil es un indicio muy fuerte de su desafección a la Religión Católica. La necesidad de dar estabilidad a una institución tan fundamental y transcendental en el orden jurídico, restringe, en general, los supuestos de nulidad (*favor matrimonii*). Pero en concreto, la causa ahora invocada, con facilidad puede resultar en burla de la institución matrimonial, del otro contrayente, de la Religión Católica y del Ordenamiento del Estado, con los consiguientes deshonor y perjuicios para la comparte, la descendencia, la familia, el Estado y la Iglesia.

Los principios de libertad de religión y de no discriminación civil por razones religiosas, imponen la máxima cautela antes de concluir que se da la nulidad del matrimonio por la catolicidad de alguno de los contrayentes.

2. “*Minimum*” de forma exigido por el Derecho español para que pueda aplicarse la doctrina del matrimonio putativo.—De esta sentencia sólo se desprende que, incluso aunque uno de los contrayentes sea católico, basta haber contraído matrimonio civil conforme a la ley correspondiente a la “autoridad” que lo autorizó (el Vicecónsul de los Estados Unidos), para que pueda aplicarse la doctrina del matrimonio putativo.

Es claro que no se aplican aquí los preceptos canónicos sobre el matrimonio putativo. El artículo 69, Código civil, está dentro del capítulo I relativo a las

disposiciones generales al matrimonio, y en concreto forma parte de la Sección 5.ª, que trata de los efectos de la nulidad del matrimonio y de la separación de los cónyuges, y cuyos preceptos se aplican a una y otra clase de matrimonio. Así, pues, para determinar si hay o no matrimonio putativo hay que estar sólo a lo dispuesto en el artículo 69 C. c. Nótese que, de aplicar los preceptos canónicos, el matrimonio no podía haber merecido la consideración de matrimonio putativo (6) (6 bis).

La cuestión del *minimum* de forma exigido para poder entender que se producen los efectos del matrimonio putativo no tiene una solución directa en el Código. Tiene que haber "*matrimonio contraído*", un matrimonio en apariencia válido. Es decir, se requiere una cierta base objetiva, y, por tanto, una cierta corrección formal. Pero, ¿hasta qué punto los defectos de forma son decisivos?

Tampoco da luces especiales el Derecho Comparado. El Derecho Canónico requiere celebración en forma eclesiástica, aunque esté viciada (vide nota 6). En el Derecho francés no se exige más que la buena fe, importando poco la gravedad o el tipo de vicio que afecta al matrimonio contraído (7). Más exigente era el sistema alemán (8). En Italia, la doctrina dista de ser unánime sobre el *minimum* de base formal exigido para el matrimonio putativo (9).

(6) Hasta hace poco se tenía como dudoso si bastaba el matrimonio civil a efectos de poder entenderse que se daba matrimonio putativo (vide KNECHT, *Derecho matrimonial católico*, trad. Gómez, 1932, pág. 64; MIGUÉLEZ, ALONSO y CABREROS, *Código de derecho canónico*, 1947, Canon 1015, § 4). En 26 de enero de 1949 la Comisión de intérpretes entendió que en la palabra *celebratum* (cf. canon 1015, § 4) debía entenderse sólo el matrimonio celebrado ante la Iglesia. Un comentario a esta respuesta, ABAD GÓMEZ, *Rev. D. Canónico*, 1949, pág. 831 y sigs.). La interpretación dada sigue la doctrina anterior al Código (vide, KNECHT, *loc. cit.*). El mismo criterio es seguido al definirse el matrimonio putativo en el *Motu proprio de disciplina matrimonii apud orientales*, de 22 de febrero de 1949, canon 4, § 4.

(6 bis).—La S. 5 julio (cf. nota 3 bis) también parte de que la doctrina del matrimonio putativo es aplicable al contraído sólo en forma civil —forma local extranjera—, por quien profesa la religión católica.

(7) Cf., en este sentido: COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIEYRE, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, I, 1947, pág. 195; JOSSE-RAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, segunda ed., 1932, núm. 860, págs. 443 y ss.

RIPERT-BOULANGER entienden que se exige además la apariencia jurídica de un matrimonio, y concretamente que en el matrimonio celebrado en Francia, entre franceses, haya intervención de un oficial del estado civil o al menos de una persona que sea tomada como tal por los esposos. Pero en realidad este requisito parece exigirse como consecuencia de el de la buena fe: "el carácter laico de la institución civil es demasiado universalmente conocido para que pueda estar justificada la menor ilusión a este respecto" (cf. RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, I, 1956, núms. 1379 y ss.; págs. 536 y ss.).

(8) En el sistema originario del Código Civil alemán se excluyeron (cf. § 1345, II) los efectos del matrimonio putativo, si la nulidad se funda en vicio de forma y el matrimonio no se ha inscrito en el Registro de Matrimonios. Cf. KIPP y WOLFF, *Derecho de familia*, I, 1946, pág. 174.

(9) Las posiciones doctrinales son muy variadas. Se ha sostenido que no es posible matrimonio putativo, si hay un vicio de forma. Otros destacan la necesidad de determinados elementos formales. Otros, finalmente, entienden que basta que se dé el hecho que, según la opinión de las partes, parezca necesario o suficiente para realizar una unión matrimonial válida. Cf. las diferentes posiciones en SACCO, *La buona fede*, Torino, 1949, pág. 133.

Los anotadores del Kipp y Wolff (10) sostienen, para el Derecho español, que sólo hay matrimonio putativo si el matrimonio es formalmente existente; Fuenmayor (11) entiende que quedan fuera del matrimonio putativo los "matrimonios impugnados por defecto de forma". En pro de cierta flexibilidad: Sánchez Román (12), Valverde (13) y Lalaguna (13 bis).

Es claro, ciertamente, que determinados vicios de forma, aunque provocan la nulidad del matrimonio civil, no impiden la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. ¿Cómo substraer a esta doctrina el matrimonio contraído ante quien aparecía como funcionario competente y no lo era, y si es que no se aplica la doctrina del funcionario de hecho (14)? ¿Cómo negar los efectos del matrimonio putativo al contraído ante quien de buena fe se estima que es autoridad legítima (supuesto de guerra civil), y si es que no cabe aquí la citada doctrina del funcionario de hecho (15)? Por S. 26 noviembre 1957, en un caso de matrimonio contraído, vigente la L. 28 junio 1932 y O. 14 julio 1932, el Tribunal Supremo estimó nulo el matrimonio civil contraído ante Juez municipal, por no ser el competente por razón del domicilio. ¿Cómo sostener entonces que ni siquiera estamos ante el supuesto del artículo 69 C. c.?

Nótese que la sentencia que comentamos se mueve en este terreno con cierta flexibilidad. No entra a determinar si se da o no la forma exigida por el ordenamiento español para los españoles que contraen matrimonio en el extranjero.

(10) Cf. KIPP y WOLFF, *op. cit.*, pág. 178.

(11) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, R. G. L. y J., 1941, II, pág. 433.

(12) SÁNCHEZ-ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V, segunda ed., 1898, páginas 910-912.

(13) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, IV, cuarta ed., 1938, pág. 202.

(13 bis) LALAGUNA, *Ineficacia civil de matrimonio por vínculo precedente*, A. D. C., XVI, 2, pág. 540.

(14) Según el Código Civil alemán, en su redacción originaria, vale como funcionario del estado civil, a los efectos de la celebración del matrimonio, el que, aun sin serlo, ejerce públicamente tales funciones, a no ser que los futuros esposos sepan que no tiene competencia oficial en el momento del matrimonio (cf. §§ 1317 y 1319, B. G. B.).

Para el Código Civil italiano "se considera celebrado ante el oficial del estado civil el matrimonio que se celebró ante persona que, sin tener la calidad de oficial del estado civil, ejercía públicamente sus funciones, a no ser que ambos contrayentes, en el momento de la celebración, hayan sabido que dicha persona no tenía tal calidad" (art. 113, Código Civil italiano).

La jurisprudencia francesa ha estimado que no es nulo el matrimonio celebrado ante funcionario incompetente si sobre este punto había un error común, porque *error communis facit ius*: cf. RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, I, núms. 12, 1338 y 1381.

También conforme al Código de Derecho canónico, "en caso de error común o de duda positiva y probable, tanto de derecho como de hecho, la Iglesia suple la jurisdicción, así en el fuero externo como en el interno" (canon 209). En 26 de marzo de 1952 la Comisión de intérpretes declaró que este canon debe aplicarse también al caso del sacerdote que, sin delegación, asiste a un matrimonio.

(15) El Reglamento del Registro Civil excluye expresamente de la consideración de títulos manifiestamente ilegales "los matrimonios civiles en zona roja" autorizados por personas que "ejercían, siquiera de hecho, las funciones de órganos competentes para autorizarlos" (cf. disp. tr. 12).

Le basta con que el matrimonio aparezca como celebrado de conformidad al ordenamiento correspondiente al funcionario extranjero que lo autoriza.

3. No se alude en la Sentencia, a la cuestión de si los españoles pueden contraer matrimonio civil con arreglo a la *forma extranjera* (16). Descartada de la sentencia del Tribunal Supremo la cuestión de la eficacia del matrimonio civil (pues estaba ya definitivamente juzgado que era ineficaz por razones confesionales), no era necesario determinar si también era ineficaz por falta de forma. De otra parte, admitido que se da el *mínimum* formal para el matrimonio putativo (por haberse celebrado de conformidad con el ordenamiento extranjero del funcionario (Vicecónsul) que autoriza en el extranjero el matrimonio civil) holgaba entrar en la cuestión de si el *mínimum* formal se daba también por ser suficiente, para la validez de un matrimonio civil de españoles en el extranjero, seguir *la forma del país*, si es que podía tener tal conceptualización la forma consular norteamericana en Tánger, en 1953, en el matrimonio de un español con una norteamericana.

Tampoco se cuestiona en esta sentencia, por las mismas razones, si, aunque la ley del país de celebración no lo permitiera, es posible conforme a la ley española que un español contraiga matrimonio civil en el extranjero ante un funcionario consular del Estado del que es súbdito el otro contrayente (cf. artículos 11 y 100 Código civil).

4. *Régimen económico aplicable al matrimonio de mallorquín con norteamericana, contraído en Tánger.*—Supuesto que se da el matrimonio putativo y que éste fue contraído con buena fe por parte de la mujer, es claro que el matrimonio surte efectos civiles respecto de ésta y de los hijos (en el supuesto no había hijos) (cf. artículo 69 C. c.). Es necesario, pues, determinar, como si se tratara de un matrimonio válido, cuál es el régimen aplicable a la sociedad conyugal.

El Tribunal Supremo en esta sentencia hace una vez más aplicación de la ley nacional del marido. En este aspecto no ofrece la sentencia particular interés. Ni tampoco puede invocarse en relación con la cuestión de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio de español con extranjera, en pro de la tesis de la aplicación de la ley del marido y en contra de la del principio de autonomía de la voluntad, pues la sentencia parte del hecho de que nada habían estipulado los contrayentes en relación a su régimen económico (17).

En cambio, tiene un gran interés en cuanto aborda la cuestión de qué ley es la aplicable como ley personal del marido español, si la propia de su condición de aforado o el régimen común de gananciales. En el recurso de la contrayente se planteó abiertamente la cuestión. Según tal recurso, son varios los autores que, con amplia argumentación, sostienen que al matrimonio de aforado con extranjera, contraído en país extranjero, le es aplicable el régimen común y, por el contrario, Castán señala una opinión contraria (18). El Tribunal Supremo, en

(16) Cf. M. PEÑA, *Matrimonio civil de españoles en el extranjero: forma local. Nota a la S. de 14 de noviembre de 1963*, A. D. C., XIX, 4. pág. 709.

(17) Sobre la cuestión de la Ley aplicable conforme al Derecho español, al régimen económico conyugal, cf. M. PEÑA, *El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado*, *Revista D. Inter.*, VIII (1955), 3, págs. 614 y ss. Allí los argumentos en favor de la tesis voluntarista.

(18) La tesis de Castán se concreta en estas líneas: "Aunque una interpre-

la sentencia que comentamos, no vacila en considerar aplicable el régimen foral correspondiente al varón, y, en este sentido, ha de entenderse que resuelve la cuestión. Pero no razona cómo llega a esta conclusión.

Ciertamente hay razones de peso que apoyan la tesis del Tribunal Supremo: 1.^a La conveniencia de mantener en lo posible la unidad de ley en cuanto a los derechos y deberes de familia y en cuanto a la sucesión. 2.^a El que el artículo 1.325 Código civil esté fuera de los preceptos de aplicación preferente al Derecho Foral (cf. art. 12, Código civil) podía, pues, entenderse que se refiere sólo el caso del matrimonio de varón español, sujeto al Derecho Común, que contrae matrimonio con extranjera. Sobre el artículo 1.325 parece tener preferencia lo dispuesto en los arts. 14 y 15 en relación con el art. 9, los cuales establecen para el supuesto de marido aforado la aplicación, en cuanto a los derechos y deberes de familia, de la legislación foral del marido. 3.^a El principio de igualdad de alcance entre las diversas legislaciones de los territorios españoles que se desprende del artículo 15, *fine*, Código civil.

Ahora bien, hubiera sido de desear un mayor detenimiento en el razonamiento de la conclusión a que llega el Tribunal Supremo, pues no son despreciables las razones que apoyan la aplicabilidad, no del régimen foral, sino del régimen común, y, por tanto, del régimen de la sociedad de gananciales.

¿Cuáles son estas razones que el Tribunal Supremo debería haber rebatido?

1.^a La interpretación literal del artículo 1.325 C. c.: Terminantemente establece este precepto que si el casamiento se contrajera en país extranjero entre español —sin distinciones— y extranjera, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

2.^a Esta interpretación armoniza con la solución que se da a la cuestión recíproca: si el casamiento se contrajera en país extranjero entre extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá “que se casa bajo el régimen de *derecho común* en el país del varón” (cf. art. 1.325). Parece, pues, que nuestro legislador determina que el régimen aplicable no es el que corresponda según el estatuto personal *particular* del marido, sino el que corresponda según el *derecho común* correspondiente al marido. En el mismo Código hay base suficiente para interpretar que *derecho común* es el Derecho de vigencia general como opuesto al derecho particular que subsiste en determinados territorios (cf. art. 15 Código civil).

3.^a Concuerdia también la interpretación con el carácter de reglas excepcionales que asignaba la doctrina antigua a los Derechos Forales (19). Que en la concepción del Código no tienen tales Derechos el mismo carácter que las normas

tación literal del artículo 1325 conduciría a la aplicabilidad de la sociedad legal de ganancias cuando el marido español esté sujeto, no al Código, sino a un Derecho Foral, la solución lógica es, como apunta Miaja, que cuando el varón sea aforado, haya tenido lugar la unión en territorio sujeto al Código, en país foral o en el extranjero, se regule por su fuero su régimen matrimonial” (cf. CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, V, vol. I, séptima ed., Madrid, 1955, pág. 492).

(19) Cf. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte General, I, tercera edición, Madrid, 1955, págs. 270, 272, y *Compendio de Derecho civil*, segunda edición, Madrid, 1964, pág. 63.

de Derecho Común, se confirma en otro artículo, también relativo al régimen económico matrimonial, el artículo 1.317 C. c.

4.ª En el artículo 1.325, como ya dijimos en otra ocasión (20), parece resurgir de algún modo una antigua preocupación de Gregorio López (21), que arranca de Baldo; se trata de no perjudicar a la mujer que ignore las costumbres *particulares* del marido, pues en su desconocimiento no hay culpa. La mujer pudo justamente creer que las leyes del marido eran las generales del Reino.

Aunque en el Código no se acoge la concepción romanista sobre la ignorancia de la ley, el argumento no deja de tener peso para interpretar el artículo 1.325 C. c., sobre todo si se estima que la ley aplicable al régimen es, en primer lugar, la determinada por la voluntad de los contrayentes (cf. nota 17): piénsese, por ejemplo, en el supuesto de marido sujeto al Fuero del Baylio, donde rige el sistema de comunidad universal de bienes de los cónyuges, que se casa en el extranjero con norteamericana.

5. *Aplicación retroactiva de la Compilación balear.*—En el recurso se alegó que la sentencia de la Audiencia, al declarar bien privativo del marido una casa comprada por éste e inscrita a su favor, infringe el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación balear, según el cual “pertencerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”. Y el Tribunal Supremo, en efecto, acepta que, como “la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396, para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra..., en principio deberá ser estimada como del matrimonio, con arreglo al párrafo III del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares”.

Pero téngase en cuenta que el matrimonio se contrajo en 1953, y que la casa en cuestión se adquiere poco después, y, sin duda, mucho antes de la entrada en vigor de la Compilación de 19 de abril de 1961. ¿Es correcto, entonces, aplicar el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación? Ciertamente las Compilaciones de Derecho Foral, como los diversos Anteproyectos y Proyectos, constituyen (como ha repetido la jurisprudencia) un testimonio de autoridad sobre lo que era el Derecho Foral que habían de sustituir, y, en este aspecto, se podría hablar de eficacia retroactiva de aquellos cuerpos legales. Pero las Compilaciones no se han limitado estrictamente a recoger el Derecho particular correspondiente. Precisamente porque pueden contener modificaciones respecto del Derecho anterior, tiene sentido el que terminen con disposiciones transitorias. Por eso no cabe dar a las Compilaciones un total valor interpretativo del ordenamiento anterior (cf. en este sentido, S. 10 diciembre 1965).

En concreto, el párrafo III del artículo 3.º de la Compilación del Derecho civil especial de las islas Baleares constituye una novedad. En la Memoria de Ripoll no había disposición similar. Por el contrario, en ella, en su artículo 18, se declaraba: “Tanto el marido como la mujer pueden adquirir libremente para sí toda clase de bienes durante el matrimonio. Sin embargo, las adquisiciones de bienes

(20) Cf. M. PEÑA, *El régimen económico...*, pág. 619, nota 32.

(21) Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Valencia, 1767, P. 4, 11, 24, glosa 1, pág. 81.

inmuebles hechas por la mujer se considerarán efectuadas con dinero marital, siempre que no acredite haber tenido medios para hacerlo con su propio peculio, y, en este caso, tendrá el marido acción para reclamar su precio" (22).

En la Compilación, la supresión de la presunción muciana es una modificación de última hora. La propia 'Exposición de Motivos, al hacer relación de las modificaciones introducidas en el Anteproyecto formulado en 22 de febrero de 1949 por la Comisión de Juristas de Baleares, expresa que "se suprime, decididamente, la discutida presunción muciana".

En consecuencia, no parece lógico aplicar la regla del párrafo III del artículo 3.º de la Compilación a una adquisición del marido anterior a la vigencia de tal regla. Sólo podría explicarse tal aplicación por el carácter especial, similar al del Derecho extranjero, que puede tener el Derecho derogado en relación al principio *jura novit curia*: sólo se aplica el Derecho derogado si se invoca por los particulares (23). Ciertamente de la sentencia no se desprende que se hubiera hecho invocación por las partes del Derecho anterior a la Compilación.

6. *Pérdida, por el cónyuge de mala fe, de los bienes que en el régimen de separación son comunes.*—El Tribunal Supremo, tras de estimar que la casa comprada por el marido putativo es común de ambos cónyuges, aplica analógicamente los artículos 72 y 1.417 (cf. nota 2) C. c., en relación a la disposición final 2.ª de la Compilación, y, en consecuencia, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado que había condenado a dicho marido a transferir a la mujer el inmueble citado, realizando los actos necesarios de liquidación del patrimonio conyugal.

a) Esta aplicación analógica ofrece más de un inconveniente. En primer lugar, resulta un tanto extraño aplicar por analogía una norma penal, como es la contenida en los artículos 72 y 1.417 C. c., pues siempre se ha pensado que las reglas sancionadoras no son aptas para su extensión por analogía (24).

El Código civil impone la pérdida de los gananciales; pero sería anómalo extender la sanción a la pérdida de los bienes que proindiviso pertenecieren privativamente a ambos cónyuges. Y, sin embargo, esto es lo que hace esta sentencia al aplicar los artículos 72 y 1.417, C. c. a bienes que en el sistema de separación mallorquín, pertenecen "por mitad y proindiviso a ambos cónyuges", como, según la sentencia, ocurre con la casa en cuestión.

(22) "La completa separación de patrimonios entre el marido y la mujer ha producido, naturalmente, una verdadera independencia en la adquisición de los bienes... Existiendo, pues, libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges, para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecute adquisiciones figurándolas a nombre de aquélla, en los títulos del respectivo otorgamiento": RIPOLL, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma, 1885.

(23) "No interesa la guarda de la ley caduca y la defensa de las reglas transitorias que la mantienen en vigor; esto es cosa de los interesados. Por ello, si en un proceso las partes no alegan el antiguo Derecho, los Tribunales pueden aplicar el Derecho vigente": DE CASTRO, *Derecho civil de España, op. cit.*, I, pág. 751. Allí, jurisprudencia en apoyo de esta doctrina.

(24) Cf., en este sentido, DE CASTRO, *Derecho civil de España, op. cit.*, I, pág. 540.

La sanción que el Código impone en dichos preceptos merece censura. Un mismo hecho —la mala fe al contraer matrimonio nulo— tendrá mayor o menor sanción según haya más o menos gananciales (lo que no está en proporción directa a la mayor o menor riqueza del culpable), y, lo que es peor, según cuál sea el régimen aplicable. En concreto, si el cónyuge de mala fe tuvo la precaución de conseguir que el régimen aplicable fuera el de separación, la sanción no operará. Todo ello puede ser un defecto del legislador, pero no parece que quepa corregirlo *extendiendo la pena* a supuestos que claramente quedan fuera de los preceptos.

b) Según la sentencia del Juzgado, confirmada por el Tribunal Supremo, se condena al marido a transferir a la mujer “el inmueble citado” —la casa misma comprada por el marido—; pero se agrega “realizando los actos necesarios de liquidación del patrimonio conyugal”.

Esta referencia que hace la sentencia del Juzgado a la *liquidación del patrimonio conyugal*, muestra una vez más la dificultad de aplicación analógica de los artículos 72 y 1.417 C. c. En efecto, tiene sentido exigir la liquidación del patrimonio conyugal en la sociedad de gananciales, pues en ella hay un patrimonio integrado con determinado tipo de bienes y que está afecto a especiales cargas. Pero no parece que en el sistema mallorquín pueda hablarse de un patrimonio conyugal. Cada cónyuge tiene su propio patrimonio (cf. art. 4 de la Compilación) y no hay un patrimonio de ambos especialmente afecto al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Puede haber bienes *pro indiviso* de ambos; lo son todos los que no resulten privativos de uno u otro cónyuge (cf. art. 3, III, Compilación); pero ningún precepto autoriza a pensar que estos bienes están primordialmente afectos a esas cargas, ni siquiera entre los mismos cónyuges; ni tampoco se dice que la obligación de cada uno de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio sea proporcional a la cuantía de los bienes que ambos tienen en común (cf. art. 4, I, Compilación).

c) La solución a que llega el Tribunal Supremo es justa en el caso que resuelve, pues, como dice el propio Tribunal. “del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer”. Pero a la vez que se hacía justicia en el caso concreto, se ha establecido, para los sucesivos casos planteables, una doctrina que no parece muy segura.

7. *Daños morales producidos por la nulidad del matrimonio.*—Se parte de que la nulidad del matrimonio produce daños morales. El contrayente de mala fe debe indemnizar al de buena fe. No cabe invocar, como lo hizo el demandante, que los simples disgustos no son indemnizables, pues ha habido daños morales.

Se confirma, una vez más, en esta sentencia, la ya reiterada doctrina de la indemnizabilidad de los daños morales, la cual empezó en la famosa Sentencia de 6 de diciembre de 1912. Más en concreto, en esta sentencia se confirma la doctrina, ya indicada en la Sentencia de 21 de enero de 1957, de la indemnizabilidad de los daños morales causados a la víctima de un matrimonio nulo.

En el caso de la Sentencia de 21 de enero de 1957 (de circunstancias muy distintas) (25), el Tribunal de instancia había impuesto una indemnización de

(25) La Sentencia de 21 de enero de 1957 confirma la condena a la madre

150.000 pesetas (año 1957). No se discutió en casación la cuantía de la indemnización, sino la procedencia de la indemnización misma.

En el caso de la sentencia que ahora comentamos el Juzgado señaló una indemnización de 50.000 pesetas, y la Audiencia la elevó a 75.000 pesetas. El Tribunal Supremo en su nuevo fallo volverá a la determinación del Juzgado, pues como con la declaración del Juzgado "se conformó la demandada al no apelar la tal resolución, la Audiencia no podía elevarla a 75.000 pesetas en virtud del principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales consentidas".

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

Letrado de la D. G. R. N.

del contrayente a indemnizar a la contrayente, cuyo matrimonio canónico fue declarado nulo por miedo reverencial causado por tal madre. Tampoco puede, por otras circunstancias, parangonarse el supuesto, en cuanto a la cuantía a indemnizar, con el ahora decidido en la sentencia comentada.

II. SENTENCIAS

1. Colaboración de Luis J. FERNANDEZ DE LA GANDARA.

1. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Para el ejercicio de las acciones personales, fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, es competente el Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, lugar que puede estar determinado por propio acuerdo de las partes o por la Ley misma. Según una reiterada jurisprudencia, en las cosas que, en cumplimiento de un contrato de compraventa, se remitan de un lugar a otro, será elemento decisivo para determinación de la competencia el que los gastos de transporte hayan corrido a cargo del vendedor o del comprador, y no estando éste determinado y tratándose de una compraventa mercantil, deberá estimarse competente el Juez del lugar en que esté sito el establecimiento comercial del vendedor.* [S. 14 mayo de 1966; resuelve competencia.]

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *A falta de sumisión expresa o tácita, no acreditándose por otro medio que los géneros vendidos viajasen por cuenta y riesgo del vendedor, aunque no se hallare claramente determinado el lugar de cumplimiento de la obligación, habrá de estarse a la presunción de que las mercancías fueron entregadas en el lugar del establecimiento del vendedor y este lugar determina la competencia.* [S. 26 septiembre de 1966; resuelve competencia.]

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: LETRAS DE CAMBIO: *En defecto de sumisión expresa, corresponde conocer de los juicios en que se ejerciten acciones personales al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, que lo es el de la población donde se hubiera pactado había de llevarse a efecto el pago de la compraventa mercantil. Cuando se ha estipulado abonar la cantidad que se reclama mediante letras de cambio domiciliadas, los Tribunales competentes para conocer del litigio son los de la capital consignada en las cambiales cuando dichas cambiales no constituyan meras facilidades de pago, sino la forma de cumplir una cláusula contractual.* [S. 17 octubre de 1966; resuelve competencia.]

Se trataba de una compraventa concertada entre el demandado, JMCL, domiciliado en X, y el actor, PJM, con domicilio en Y. A efectos del pago se conviene entre las partes el libramiento de letras de cambio domiciliadas en X. Al promoverse la "litis", aunque la acción ejercitada era la personal de reclamación de cantidad y era de aplicar, por tanto, la regla 1.º del artículo 62 de la L. E. C., el Juez de Primera Instancia entendió que, al haberse convenido domiciliar los giros en X, éste era el lugar para el cumplimiento

de la obligación de pago. Esta tesis, que fue la que más tarde acogiera el Supremo, incorporaba el criterio —consagrado por una reiterada jurisprudencia— de que si bien la letra de cambio es una facilidad de pago, no determinante de la competencia, la determinará cuando, ejercitándose la acción para el cobro de la mercancía vendida, los contratantes hayan convenido que el pago se efectúe en letras de cambio domiciliadas en el domicilio del comprador.

4. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *Las contiendas de jurisdicción han de decidirse partiendo de las alegaciones de los interesados, de los documentos presentados por ellos y de la actitud procesal de las partes, dado que, por regla general, las alegaciones contra lo que aparezca en dichos documentos pueden constituir excepciones utilizables en el pleito, pero no son de tener en cuenta en la competencia. Por ello, probado documentalmente que existe una compraventa mercantil, rige la presunción de que los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento del vendedor, siendo competente para conocer del asunto el Juzgado del lugar donde se hizo la entrega. [S. 18 marzo de 1966; competencia.]*

5. SUSPENSIÓN DE PAGOS: NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO: *El convenio, tal como viene considerado por la doctrina más autorizada, constituye un negocio jurídico "sui generis", que si bien se asemeja a los de naturaleza contractual —por nacer de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y puede implicar una transacción—, no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, ya que junto a los factores de esta índole, concurrentes en su génesis, hay otros de marcado carácter público, revelado por la intervención judicial que procura la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados.*

CONDICIÓN DEL ACREEDOR AUSENTE DEL CONVENIO: *La solución más acomodada al espíritu informador de la ley y a la equidad es asimilar la condición del acreedor ausente del convenio, por causas que no le sean imputables, a todos los concurrentes, sin preferencia alguna sobre los titulares de créditos no privilegiados.*

EFFECTOS: *La omisión o eliminación de la lista de acreedores, aun reconociendo el crédito en el juicio correspondiente, no libra ni exime al acreedor de su obligación de someterse al convenio. [S. 4 julio de 1966; estimatoria.]*

6. QUIEBRA FRAUDULENTE: REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: *Se ha de atender, en primer lugar, al significado verbal de las palabras, completando después la actividad hermenéutica con el empleo de los demás elementos racionales, históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma.*

QUIEBRA FRAUDULENTE POR NO LLEVAR LIBROS DE COMERCIO: *Basta la circunstancia de que el comerciante no lleve libros para tener que calificar de fraudulenta la quiebra que le sobrevenga, sin distinguir entre comerciantes modestos y grandes entidades mercantiles. [S. 16 marzo de 1966; desestimatoria.]*

La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia que nos ocupa sienta el criterio, reiterado en un gran número de fallos, de presunción de quiebra fraudulenta del comerciante que no llevase los libros de contabilidad que exige el artículo 33 del C. Com. La sentencia —que en este aspecto no presenta ninguna novedad— da pie, sin embargo, para una sucinta reflexión sobre los principios en que se inspira nuestro ordenamiento en esta materia.

El concepto legal español de comerciante, al ser único e indivisible, somete a todo el que ejerce el comercio a idénticas obligaciones legales. Consiguientemente, la obligación referente a la contabilidad, recogida en los artículos 33 y siguientes del C. Com., se extiende a toda clase de comerciantes sin excepción. Este criterio incluye a nuestro ordenamiento en el llamado, en la doctrina, “sistema latino”, separándose de aquellos otros que, como el alemán, imponen la obligación de llevanza de la contabilidad sólo a los comerciantes plenos (“Vollkaufleute”), y no a los pequeños comerciantes. (Sobre los particulares aspectos de esta orientación pueden verse, bajo un planteamiento genérico: SCHUMANN, “Handelsrecht”, I. Wiesbaden, sin fecha, p. 69 y sgts., especialmente p. 71; GIERKE, “Handelsrecht und Schiffahrtsrecht”, 7 Aufl., Berlín, 1955, p. 121; BAUMBACH-DUDEN, “Handelsgesetzbuch”, 15 neu bearbeitete Aufl., München and Berlin 1962, & 38, p. 115.) No tiene cabida, portanto, en nuestro derecho positivo vigente la tesis de que en una empresa reducida, sin más alcance que el puramente familiar o cuasi familiar, no tengan que llevarse, necesariamente, libros de contabilidad al estilo y volumen de toda empresa, como pretendía el recurrente.

Al ratificar el Supremo la calificación de la quiebra como fraudulenta no hace sino interpretar correctamente la disciplina legal, que en este punto es terminante, y aplicar las consecuencias que para la inobservancia de esta prescripción recoge el supuesto previsto en la regla 3.ª del artículo 890 del C. Com. Por otra parte, al considerar esta presunción como “iuris et de iure”, adopta del T. S. un criterio acorde con una reiterada jurisprudencia y con la doctrina científica (vid., por todos, RAMÍREZ, “Derecho Concursal Español. La Quiebra”, tomo III, Barcelona, 1959, p. 315). Tal vez desde un punto de vista de “lege ferenda” fuese oportuna una revisión de la actual regulación legal, que corresponde a un estado de evolución económica ya superado; pero en el plano de la disciplina de “lege data” la doctrina de esta sentencia responde a los principios jurídico-positivos vigentes relativos al contenido material de la obligación de contabilidad.

II. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO.

1. INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: *La interpretación del negocio jurídico en relación con el recurso de casación origina tres cuestiones, lo que debe ser interpretado, cómo ha de ser interpretado, y a quién corresponde la interpretación. Lo que ha de ser interpretado es el texto o término del contrato que da lugar a una cuestión de hecho, la de fijar cuál sea el llamado “tenor” de la obligación, revisable en casación por la vía del núm. 70. La interpretación propiamente dicha partiendo de ese tenor ha de efectuarse*

con sujeción a las normas legales, indagando el sentido íntimo de lo pactado y sobre su alcance y significación, todo lo que puede traerse al recurso por la vía del núm. 1.º, debiendo citarse con precisión y claridad cuál sea la norma infringida, en qué concepto lo ha sido, y de ser varios los preceptos de carácter hermenéutico que se estiman vulnerados, puntualizando con la posible separación en qué ha consistido la transgresión que se denuncia. La interpretación de los negocios jurídicos corresponde a la peculiar competencia de los Tribunales de instancia, y si se abre la vía de la casación, no es buscando el criterio superior o más acertado, presumible por razones jerárquicas en el órgano jurisdiccional supremo, sino para que éste conozca, y corrija en su caso, la vulneración de las normas aplicables en la exégesis del negocio jurídico, por lo que la interpretación recaída en la instancia ha de ser aceptada, aun en caso de duda, si no se acredita que verdaderamente, existe la infracción de ley que se acusa. [S. 26 mayo de 1966; no ha lugar.]

2. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: OBLIGACIONES RECÍPROCAS: FACULTAD DE PEDIR LA RESOLUCIÓN: *No puede pedir la resolución contractual, amparado en el artículo 1.124 C. c., quien no ha cumplido su prestación, de igual modo que tampoco se puede actuar dicha facultad resolutoria tácita contra la parte contratante que cumplió la suya y no dio muestras de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La claridad y precisión necesarias en los escritos de formalización del recurso de casación son incompatibles con la alegación conjunta e indiferenciada de los conceptos de violación y aplicación indebida.* [S. 29 septiembre de 1966; no ha lugar.]

3. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *La indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual, sino que precisa la prueba de la existencia de aquéllos.*

PRUEBA: DOCUMENTO PRIVADO DE EXTRAÑOS AL PROCESO: *El art. 1.225 C. c. sólo se refiere a aquellos documentos admitidos como auténticos por los litigantes, pero no a los relativos a personas extrañas al juicio, quedando sujeto el reconocimiento que éstas hagan de los mismos a las reglas de valoración de la prueba testifical.*

INSERCIÓN DE LOS DOCUMENTOS EN EL APUNTAMIENTO: *Los documentos que no han sido testimoniados en el apuntamiento no existen para el Tribunal de Casación.* [S. 3 marzo de 1966; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE INGENIEROS AGRÓNOMOS PRESTADOS A PARTICULARES: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Las tarifas aprobadas por R. D. de 13 de septiembre de 1919 son de carácter general y aplicables también a los trabajos prestados a particulares. Como al tiempo de prestarse los trabajos estaban vigentes las tarifas de 1919, procede fijar los honorarios conforme a las mismas, y como de los datos y bases que constan en el apuntamiento no resulta de tal aplicación mayor suma que la señalada por el demandado, procede condenar al abono de ésta.*

INTERESES MORATORIOS: *Cuando para determinar el alcance cuantitativo de la obligación principal no basta una simple cuenta aritmética, sino que es preciso un juicio valorativo dentro del proceso, no se deben intereses moratorios.*

LEYES EN SENTIDO MATERIAL: *Bajo la denominación genérica de "leyes" no sólo se comprenden éstas, sino también los Reales Decretos, Instrucciones, Circulares y Reales Ordenes dictadas por el Gobierno de conformidad con las mismas en uso de su potestad. La Instrucción aprobada por R. D. de 13 de septiembre de 1919 para el abono de indemnizaciones al personal facultativo agrónomo, y tarifa de sus honorarios en servicios a Corporaciones o particulares, contiene normas de derecho material, dictadas con carácter de generalidad y obligatoriedad, y merece la conceptualización de ley a todos los fines por concurrir los requisitos prevenidos en el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.*

VALOR INTERPRETATIVO DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: *El artículo 29 de la LRJAE sirve de orientación para determinar la naturaleza y alcance de los Decretos, dentro del orden jerárquico de las normas de derecho, incluso aún de los dictados con anterioridad a su vigencia.*

FUERZA DEROGATORIA DE LOS ACUERDOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE INGENIEROS AGRÓNOMOS: *El R. D. de 1919 ha tenido vigencia hasta su expresa derogación por el Decreto de 19 de octubre de 1961, ya que los acuerdos del Consejo Superior de los Colegios Oficiales del Cuerpo de Ingenieros Agrónomos carecen de fuerza derogatoria frente a lo dispuesto en el artículo 5.º del Código civil [S. 30 junio de 1966; ha lugar.]*

5. **CONTRATO DE OBRA: "MORA SOLVENDI": INDETERMINACIÓN DEL SALDO DEUDOR:** *La mora del deudor es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, siendo condición necesaria para que exista, el que la obligación sea exigible por estar vencida, y determinada o líquida; y como al ejercitarse la acción de reclamación del precio de la obra no estaba determinada la cantidad que debía satisfacer el deudor, por tener que deducirse el importe de las obras no realizadas y agregarse las ejecutadas fuera de presupuesto, era necesaria una liquidación que practica la Sala y que es incompatible con la morosidad por lo que no es procedente condenar al pago del interés legal. [S. 8 junio de 1966; ha lugar.]*

6. **PRÉSTAMO USUARIO: LIBERTAD DE APRECIACIÓN:** *El espíritu y la letra de la Ley de 23 de julio de 1908 es conceder a los Tribunales libertad para formar su propia convicción. [S. 11 marzo de 1966.]*

7. **RESPONSABILIDAD CIVIL: IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA:** *No ha lugar a indemnizar cuando el accidente fue debido en realidad a la indudable imprudencia del que resultó víctima del mismo.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La yuxtaposición de conceptos incom-*

patibles, como la interpretación errónea y la violación, hacen inadmisibile y desestimable el recurso. [S. 21 mayo de 1966; no ha lugar.]

Los hechos habian ocurrido el 18 de septiembre de 1955, y por los mismos se siguió sumario, dando lugar a procesamiento del ahora demandado, pero recayó sentencia absolutoria.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS: CULPA: *Es imprudente la conducta del chófer de un camión que conociendo la existencia de una vía pecuaria, la poca visibilidad y el estado de humedad de la carretera, circula a velocidad superior a la que aconsejaban aquellas circunstancias, y no utiliza los frenos. [S. 2 julio de 1966; no ha lugar.]*

Los hechos ocurrieron antes de entrar en vigor la Ley del Automóvil.

9. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *No mediando sumisión expresa corresponde el conocimiento al lugar donde debe cumplirse la obligación, pues el artículo 1.500 C. c. es aplicable a las ventas mercantiles, debiendo entenderse por tal aquel en que la mercancía fue entregada o puesta a disposición de los compradores. [S. 21 junio de 1966.]*

10. COMPETENCIA: CONTRATO DE OBRA CON SUMINISTRO DE MATERIALES: *Cuando el suministro está unido a la ejecución de obras de instalación de los materiales, debe entenderse por lugar de cumplimiento de la obligación el de instalación de aquellos. [S. 24 septiembre de 1966.]*

11. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: DESAHUCIO CONFORME A LEY ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *La incompetencia de jurisdicción debe plantearse por el cauce del número 6.º del artículo 1.692 LEC cuando afecta a la materia del pleito, y por el número 6.º del artículo 1.693 LEC como recurso basado en quebrantamiento de forma cuando se trata de competencia territorial. Las SS. de 12 de junio 1944 y 20 mayo 1946 declaran que cuando se trata de desahucio sujeto a la legislación especial, el caso está incluido en el número 6.º del artículo 1.692. [S. 28 abril de 1966; no ha lugar.]*

12. INCONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia de apelación que resuelve sobre un extremo de la sentencia de primera instancia que habia quedado firme al no haber sido recurrido. [S. 22 abril de 1966; ha lugar.]*

13. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NEGATIVA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA: *Para que sea estimable la denegación del recibimiento a prueba en segunda instancia es requisito indispensable que sea pertinente el recibimiento a prueba solicitado. No es pertinente el recibimiento a prueba en segunda instancia por no estar comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 872 LEC, ya que lejos de basarse en un hecho nuevo, el solicitante tuvo a su disposición—al formular oposición en el juicio ejecutivo—los mismos elementos que extemporáneamente trata de esgrimir y probar. [S. 26 abril de 1966; no ha lugar.]*

14. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN: *No se cumple el requisito de la claridad y precisión cuando se citan como infringidos los artículos 229 y siguientes del Código de Comercio; la casación no se da contra los razonamientos de la sentencia, a menos que el criticado sea el único y esencial fundamento del fallo.* [S. 10 mayo de 1966; no ha lugar.]

15. ERROR DE HECHO: *La memoria suscrita por un arquitecto no sirve para denunciar el error de hecho, dado que no constituye propiamente prueba documental, sino pericial, apreciada libremente por los Tribunales; y ni, aun teniendo tal naturaleza, patentiza por sí sola la equivocación invocada, ya que es preciso acudir a operaciones aritméticas.* [S. 30 junio de 1966; no ha lugar.]

16. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Son defectos formales el no citar en cada uno de los motivos el número correspondiente del artículo 1.692 LEC, en que se apoya.*

ERROR DE HECHO: PRUEBA: *Los documentos que no aparecen testimoniados en el apuntamiento no puede invocarse para justificar el error de hecho; la declaración de obra nueva no tiene virtualidad de documento auténtico por constituir una declaración unilateral de quien la hace, no vinculante para quienes en ella no han intervenido.* [S. 11 junio de 1966; no ha lugar.]

17. PRUEBA: ERROR DE HECHO: *El documento básico de la demanda, fue contemplado, analizado e interpretado por la Sala, no puede esgrimirse como documento auténtico a efectos de casación.*

PRUEBA: ERROR DE DERECHO: *Sólo se comete cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, con vulneración de una norma valorativa preestablecida.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es rechazable el motivo que carece de todo razonamiento, alegándose únicamente ser complemento del anterior y no necesitar aclaración; también lo es el que no expresa concretamente cuáles son los documentos auténticos a que se refiere.* [S. 19 abril de 1966; no ha lugar.]

18. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación del artículo 1.795 LEC es especialísimo: su objeto es defender la intangibilidad del fallo que ha adquirido ejecutoriedad, y obliga a examinar comparativamente la parte de dispositiva de la sentencia que se viene ejecutando y la resolución que se ha dictado en ejecución de la misma.*

CUESTIÓN SUSTANCIAL NO CONTROVERTIDA: *Al decretar la Audiencia que había cesado la personalidad del ejecutante para llevar adelante la ejecución al haber cesado en la administración del abintestato, resuelve una cuestión sustancial no controvertida en el pleito, para la que prevé oportunamente el artículo 745 LEC.*

CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO: *Se resuelve en contradicción de lo ejecutoriado al dejar sin efecto varios pronunciamientos de la sentencia y*

cuando se exonera a algunos demandados de sus obligaciones. [S. 20 abril de 1966; ha lugar.]

19. RECURSO DE REVISIÓN: INTERPRETACIÓN ESTRICTA: *El llamado recurso de revisión tiene un carácter extraordinario en cuanto excepcionalmente se opone al principio casi absoluto de inmutabilidad de la cosa juzgada y a la irrevocabilidad del fallo firme, sin que pueda utilizarse como un medio que autorice a los litigantes para promover un nuevo examen de las cuestiones, o como un remedio para suplir la negligencia de las partes en el orden probatorio; tiene que encuadrarse en alguna de las causas del artículo 1.796 LEC, que son exhaustivas y deben ser interpretadas restrictivamente.*

EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN INEXACTA NO APORTADA A LOS AUTOS: *La expedición de certificación inexacta, sin intervención de la parte recurrida, no puede incluirse en el número 1 del artículo 1.796 LEC por tratarse de supuesto diferente, a menos que se dé a la palabra "recobrar" un sentido gramatical que no tiene y se conceda a la frase "detenido por fuerza mayor" un alcance que no se ajusta a los términos empleados por la misma Ley. El número 2 del artículo 1.796 exige, por su parte, que los documentos falsos hayan sido fundamento causal del fallo, y que obrando en el pleito hayan sido admitidos por el juzgador como verdaderos; lo que no ocurre cuando la certificación quedó en poder de la parte ahora recurrente en revisión y no fue aportada a los autos del juicio. [S. 25 junio de 1966; no ha lugar.]*

En un juicio de resolución de contrato de arrendamiento urbano por subarriendo inconsciente de la arrendataria en favor de su madre, se alegó convivencia, y para acreditarla se solicitó un certificado del Padrón Municipal, documento que la parte demandada no aportó a los autos por haber sido expedido en sentido negativo. Con posterioridad a la firmeza de la sentencia que condenó al desahucio se comprueba que el contenido del certificado no correspondía a la realidad por haber sido expedido por error. En el presente caso, la sentencia que estimó la demanda de desahucio hizo hincapié en que la alegada convivencia hubiera debido dejar prueba, así como en la no presentación de la prueba solicitada.

III. Colaboración de Rafael GARCIA VILLAVERDE.

1. RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL: *El nacimiento de la relación jurídico-procesal presupone el ejercicio de una acción y exige el cumplimiento de ciertos presupuestos, sin cuya concurrencia la actividad jurisdiccional no puede ponerse en movimiento, y, una vez iniciado el proceso, su contenido se agota mediante el ejercicio de una serie de actos (fundamentalmente, la demanda y la contestación) que establecen los términos precisos de la actuación de las partes intervinientes y garantizan la eficacia de la futura decisión.*

LITISCONSORCIO NECESARIO: *La relación litisconsorcial puede venir impuesta por la índole de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa*

y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados en la cuestión, produciéndose el efecto más trascendental del litisconsorcio necesario en materia de cosa juzgada, cuyos efectos pueden trascender a los que no intervinieron en la litis, porque, dada la naturaleza de la relación, única en unos casos, indivisible en otros, la resolución dada respecto de uno tiene que afectar forzosamente a los demás.

LEGITIMACIÓN PASIVA: *La excepción de falta de legitimación pasiva puede, incluso, ser apreciada de oficio por el Tribunal, a quien incumbe cuidar de que el litigio se ventile con todos los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser demandados. [S. 27 octubre de 1966; ha lugar.]*

2. CUESTIÓN NUEVA: *Deben ser reputadas como cuestiones nuevas a todos los efectos de las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegación y discusión, o sea, a la parte expositiva del pleito.*

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD; DIFERENCIA: *La excepción de prescripción debe alegarse debidamente por el que la opone sin que quepa confundirla con la caducidad, la cual supone "ope legis" la extinción o muerte de la acción.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: ACTOS INTERRUPTIVOS Y SUSPENSIVOS: *En la prescripción extintiva puede ocurrir que se interrumpa el curso del plazo, quedando ineficaz el tiempo ya transcurrido, o que se suspenda su curso liberatorio sin anular el tiempo pasado anteriormente, que se unirá al que siga al hecho determinante de la suspensión.*

ARTÍCULO 114 L. E. CRIMINAL: *Este artículo no consagra el principio de suspensión de la prescripción de acciones. No cabe fundamentar un criterio distinto de la sentencia de 22-XII-50 y otras, que, distinguiendo entre actos interruptivos de la prescripción extintiva y los meramente suspensivos, adoptan un criterio "suspensivo", ya que hacen esto porque se trata de una reclamación antes deducida ante las Juntas de Detasas y tienen su concreto apoyo en la legislación que rige esta materia: al no ser ésta la norma general, debe estimarse que el proceso criminal a efectos del artículo 114 L. E. Criminal tiene carácter interruptivos, como destacan las sentencias de 8-X-1898, 7-X-99, 22-XII-1910 y 25-V-1959, con base en lo siguiente: de sus párrafos 1.º y 2.º resulta con claridad que, siendo preferente en casos de posible delito, la jurisdicción criminal a la civil, la suspensión no se refiere al plazo prescriptivo, sino simplemente al pleito civil, si lo hubiese. Lo que la Ley veda es que pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho mientras la vía criminal no quede determinada a fin de que entonces la acción civil pueda ejercitarse o proseguirse.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Para ser invocables estos principios es preciso señalar las sentencias del T. S., que los sancionen o declaren aplicables. [S. 10 junio de 1966; no ha lugar.]*

3. **COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA:** *A efectos de la determinación de la competencia se presume, salvo prueba en contrario, que las mercancías fueron entregadas en el establecimiento comercial del vendedor, que es el del cumplimiento del contrato.* [S. 26 septiembre de 1966; no ha lugar.]

4. **COMPETENCIA:** *Las contiendas de jurisdicción se han de decidir partiendo de las alegaciones de los interesados, de los documentos por ellos presentados y de su actitud procesal, por constituir todo ello, a efectos de la competencia, un principio de prueba eficaz.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR EN QUE DEBE EFECTUARSE EL PAGO: *No pactado lugar para el pago, éste ha de hacerse en el lugar en que la cosa se puso a disposición del comprador. Tratándose de géneros de comercio, se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor.* [S. 8 marzo 1966.]

5. **TRANSPORTE MARÍTIMO: LEY DE 22-12-1949: ÁMBITO DE APLICACIÓN:** *Sentado por la sentencia recurrida, que entre las partes contendientes se celebró un contrato, mediante la correspondiente póliza, de transporte marítimo de cabotaje, y no pudiendo desvirtuarse este carácter por la sola opinión de la recurrente de que se pactó uno de navegación de altura, no cabe hablar de interpretación errónea del artículo 24 de la Ley de 22-XII-1949, que unifica reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, porque este precepto, de acuerdo con el preámbulo de la Ley y sus artículos 1, 2, y 8, señala que las disposiciones de esta Ley no se aplican al transporte de mercancías en navegación de cabotaje, surtiendo sólo efecto cuando se trate de transporte entre naciones que ratificaron el Convenio de Bruselas (suscrito por España en 1930).* [S. 14 junio de 1966; no ha lugar.]

6 **AVAL: CONCEPTO, FORMA Y RELACIONES DEL AVALISTA CON EL ACEPTANTE:** *El aval en nuestro derecho es una fianza dada, en forma expresa y escrita, para el pago de la letra, encaminada a asegurar el derecho del acreedor al cobro de la deuda, por lo que es una obligación accesoria al círculo normal de las obligaciones cambiarias; si bien nuestro C. Com. no reconoce expresamente el aval por acto separado, como aquél generalmente expresa la voluntad del avalista mediante la palabra "por aval" escrita junto a la firma de la persona cuya obligación se desea garantizar. es lo cierto que al expresar a todos los posibles acreedores este afianzamiento, para éstos nada influyen las relaciones entre avalista y aceptante, dado que las relaciones entre ambos no pueden disminuir la eficacia del aval frente al librador o tenedor de la letra.*

DOCUMENTOS QUE NO FIGURAN EN EL APUNTAMIENTO: *Como de esta omisión es responsable el recurrente al no utilizar el derecho que, en su momento, le concede el art. 857 L. E. C., no puede apoyarse en ella para denunciar una falta a él solo imputable.*

CARGA DE LA PRUEBA: *El artículo 1.214 C. C., que regula el problema del "onus probandi", no puede ser base de casación cuando la Sala sentenciadora no ha fundado su fallo en la carga de la prueba.*

INCONGRUENCIA: *No cabe apreciar incongruencia cuando, pedida en la demanda la resolución del contrato de comunidad o sociedad existente entre las partes y el abono al actor del saldo que resulte a su favor, ello lleva consigo la liquidación y rendición de cuentas, por lo que al incluirlos en el escrito de réplica con fines aclaratorios no se altera el "petitum" de la demanda.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Esta indemnización no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual y es preciso demostrar la existencia real de los daños. [S. 3 mayo de 1966; ha lugar.]*

7. COMPRAVENTA MERCANTIL A "PORTE DEBIDO": COMPETENCIA: *Es competente para conocer acerca de la reclamación del precio debido como consecuencia de una compraventa mercantil el juez del lugar en que radica el establecimiento del vendedor, en el que se presume que las mercancías fueron entregadas.*

Al mismo resultado se llega teniendo en cuenta que los géneros fueron expedidos a "porte debido" al domicilio del comprador y que, por ello, viajaron a cuenta y riesgo de éste. [S. 2 marzo de 1966; competencia.]

S. A.: CENSORES DE CUENTAS: *La L. S. A. prevé una revisión de las cuentas formuladas por los administradores, para lo que estatuye un órgano de inspección encargado de actuar exclusivamente en el terreno de la contabilidad mediante la institución de los censores de cuentas, que constituyen un órgano social subordinado a la Junta de socios, los que los designan, según las dos formas previstas en el artículo 108, 2.º, para que suplan a la Junta general en su función fiscalizadora, dado que dicha Junta no está capacitada para ejercitar esa actividad con eficacia.*

ATRIBUCIONES: *Están fijadas por el artículo 108 L. S. A., con la mayor amplitud para los accionistas censores de cuentas, en cuanto que su fiscalización abarca a las operaciones realizadas durante el ejercicio económico, mientras que para los no accionistas se limitan a un juicio técnico sobre la forma de llevar la contabilidad y sobre la exactitud de los datos del balance. Son un sustitutivo de la prohibición impuesta al accionista aislado de investigar en la contabilidad y en los libros sociales, pues negado tal derecho, para poner a cubierto los secretos de la empresa de indiscreciones o malas intenciones, se ha sustituido el mismo por la facultad de designar a los censores, que, en nombre de la Junta general o de la minoría discordante, hagan esa investigación en beneficio de todos los accionistas.*

DERECHO DE INFORMACIÓN: *Para cumplir la misión de situar a los accionistas en condiciones de poder emitir su voto con conocimiento de causa, en la forma prescrita por el artículo 108, impuesta a los censores de cuentas, los administradores tienen el correlativo deber de someterles a examen e informe las cuentas, con tiempo suficiente para que puedan ejercitar sus facultades investigadoras en el plazo fijado de dicho artículo, máxime cuando los censores, sean o no accionistas, no pueden saber cuándo han formulado las*

cuentas los administradores, dado que éstos tienen un plazo máximo de cuatro meses para ello, hasta que los mismos no les recaban su revisión y censura. Si tal informe preceptivo no se solicita, no se puede poner a disposición de los accionistas, privándoles así de su derecho de información. [S. 23 abril de 1966; no ha lugar.]

IV. Colaboración de Rafael IZQUIERDO.

1. AYUNTAMIENTO: ACUERDO QUE NO CONSTA EN ACTA: *Cuando se puede demostrar la existencia de un acuerdo municipal que no conste en acta y ha creado derechos, no puede reputarse inexistente por no figurar en el Libro de Actas, ya que su omisión indebida en el mismo no puede ser motivo de incumplimiento, y si la persona a quien afecta el acuerdo puede demostrar su adopción, debe proclamarse su realidad.* [S. 25 mayo de 1965; no ha lugar.]

2. PROPIEDAD EN MANO COMÚN: MONTES: VECINOS DE UNA PARROQUIA GALLEGA: *Aunque desde el punto de vista administrativo la legislación ha sido fluctuante en cuanto a la posibilidad de titularidad domínical por parte de las parroquias, actualmente el artículo 4.º, ap. 3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 admite la titularidad en las cuatro provincias gallegas y desde el punto de vista estrictamente civil es incuestionable la posibilidad jurídica de esta titularidad en favor de los vecinos de una determinada parroquia, constituida en auténtica comunidad en mano común, al margen por completo de su entidad eclesiástica o administrativa.*

USUCAPIÓN: *Si el Ayuntamiento demandado y recurrido no ha acreditado el carácter comunal de los montes y aparece que la parroquia demandante y recurrente disfrutaba su aprovechamiento desde tiempo inmemorial con posesión pública, pacífica y no interrumpida y en concepto de dueño, tal circunstancia no se desvirtúa, como pretende el Tribunal a quo, porque se pagasen arbitrios municipales por los vecinos hoy recurrentes, ni porque algunos de ellos solicitasen autorización para parcelar, ya que tales datos no demuestran la existencia de una posesión en nombre de otro, ni mucho menos el simple concepto de servidor de la posesión, sino que son simples índices de interferencias de orden administrativo, que no empañan la relación jurídico-privada que respecto a los montes han tenido los vecinos de la parroquia, al modo que para poder adquirir por usucapión exigen los artículos 447, 1.941 y 1.959 C. C.* [Dos sentencias de 5 junio de 1965; ha lugar.]

El pedimento fundamental de las dos demandas presentadas en nombre de los vecinos de determinadas parroquias gallegas contra el Ayuntamiento a que las mismas pertenecen, la Diputación Provincial y el Abogado del Estado en representación del Patrimonio Forestal del Estado, consistía en que "se dictara sentencia declarando que los actores y comunidad mencionada (la de los vecinos de cada parroquia) eran dueños en pleno dominio como derecho privado de las fincas de monte descritas, sin perjuicio de que tal propiedad privada que sobre ellos ostentan se encuentre sometida a otras

disposiciones legales que afecten a esta clase de fincas". El Ayuntamiento y el abogado del Estado se opusieron, alegando que se trataba de bienes comunales y los aprovechamientos se habían realizado por los actores como vecinos y no como dueños. Estimadas las demandas en primera instancia, fueron revocadas las sentencias en apelación y el Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandantes, casando las sentencias de la A. T. y confirmando las del Juzgado, con fundamento en la doctrina extractada.

3. PROPIEDAD HORIZONTAL: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: PRESIDENTE: *Es uno de los tres órganos a quienes se confía normalmente el funcionamiento de esta forma de propiedad, y aunque representa a la comunidad (art. 12, Ley de 21 julio 1960), no lo es en el sentido técnico de representante, pues sus actos no son de representación aislada e independiente, requiriendo en cada caso unos poderes específicos, ni obra en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa como un auténtico órgano del ente comunitario, al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social y vieniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo cual permite considerar todo lo realizado por el Presidente, no como hecho "en nombre de la comunidad", sino como si ésta misma lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna entre aquél y ésta, ante la cual deberá responder si no se ajustó a las normas legales o estatutarias.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: AUTORIZACIÓN PARA OBRAS: *La autorización para realizar obras concedida por el Presidente de la Comunidad al arrendatario de un local de negocio, que ya contaba con la de su arrendador, es indudable que no la dio en nombre propio por representación del ente comunitario, sino sustituyendo la verdadera voluntad de éste como órgano formal del mismo que legítima a todos los efectos legales al tercero para obtener las consecuencias que le sean favorables, ya que éste pactó con el único órgano que estaba en condiciones de hacerlo sin que faltase la buena fe, único supuesto en que quedaría enervada la protección a la apariencia formal, ya que ignoraba que el Presidente no había recabado el consentimiento de los demás copropietarios. [S. 19 junio de 1965; ha lugar.]*

4. APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL ESPACIO: ORDEN PÚBLICO: INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO: *La norma de indisolubilidad del vínculo matrimonial debe reputarse como de orden público en España, según lo demuestra la base 6.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, los artículos 51, 52 y 83, núm. 5.º, del C. c. y el preámbulo y los artículos 2.º y 4.º de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó el C. c., así como el artículo 104 del mismo, reformado por dicha Ley, sin que contra ello pueda prevalecer la Ley de 2 de marzo de 1932 que ha sido derogada.*

MATRIMONIO CIVIL: NULIDAD POR ANTERIOR MATRIMONIO CANÓNICO DE LA ESPOSA: *Interpreta erróneamente el párrafo 3.º del artículo 11 C. c., la sentencia que otorga validez y eficacia a la declaración de divorcio vincular obtenida en otro país respecto a un matrimonio canónico allí contraído, y entiende que no es*

nulo el posterior matrimonio civil contraído en España el 3 de junio de 1935, aunque se trate de súbdito perteneciente a dicho país, cuyo matrimonio civil no era posible conforme a los artículos 83, núm. 5.º, y 51, 52 y 104 del C. c. de España. [S. 5 abril de 1965; ha lugar.]

En el considerando 2.º, se dice que “el orden público nacional... está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

5. SENTENCIA DE CONDENA: RENDICIÓN DE CUENTAS EN FAVOR DEL CAUDAL HEREDITARIO: *No otorga más de lo pedido incurriendo en el motivo de casación del número 3.º del artículo 1.692 LEC, la sentencia que condena a los demandados a aportar al caudal hereditario los beneficios obtenidos con determinados bienes, en tanto que lo solicitado en la demanda era que se les condenase a rendir cuentas de la administración de dichos bienes, ya que lo que se pidió fue una sentencia de condena y no meramente declarativa, y toda rendición de cuentas lleva implícita la entrega del saldo resultante al que aparezca como acreedor.*

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Son desestimables los motivos de casación amparados en el núm. 1.º del artículo 1.692 L. E. C., en que se omite consignar el concepto de la infracción, en contra de lo ordenado en el artículo 1.720 L. E. C. [S. 20 enero de 1966; no ha lugar.]*

6. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: CAMBIO DE LA JURISPRUDENCIA: *Si bien el artículo 135 C. C. ha venido aplicándose en sus dos números con un criterio riguroso y restrictivo, la doctrina jurisprudencial, acompañada a la científica, ha evolucionado, y a partir de las sentencias de 25 mayo y 3 julio 1945, viene propugnando la interpretación declarativa de dicho precepto, siendo de citar a tal respecto las Ss. de 24 mayo 1956 y 16 mayo 1963, cambio de directriz inspirado en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otro tiempo “disposiciones odiosas”, y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes.*

POSESIÓN DE ESTADO: ELEMENTOS: *Son “nomen, tractatus y fama o reputatio”, si bien los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad, no requiriéndose en cuanto al último que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostentosos como en la familia legítima, ya que es normal y corriente que el padre natural no suela alardear de su paternidad.*

POSESIÓN DE ESTADO: APRECIACIÓN: *Es cuestión de hecho sometida a la apreciación, judicial, si bien se requiere que los elementos constitutivos de la misma se acrediten por prueba directa y no por meras y simples presunciones, derivándose de un conjunto o serie de actos reiterados, que por su naturaleza y circunstancias determinan una situación de hecho de carácter*

permanente, en principio de la libre apreciación de los Tribunales de instancia, aunque los elementos probatorios sean combatibles en casación por el núm. 7.º del artículo 1.692 L. E. C. [S. 24 febrero de 1966; no ha lugar.]

7. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: DOCUMENTO PÚBLICO: *La facultad concedida por el artículo 48 C. C. a los Notarios eclesíasticos 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 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 concede, ya que el carácter público del documento se limita al acto para el que aquéllos tienen competencia funcional, careciendo de eficacia en lo que excede de dicha competencia.*

FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: DOCUMENTO PÚBLICO: APROBACIÓN JUDICIAL: *La aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, requerida en el artículo 133, p. 2.º C. C., cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o en testamento, 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. [S. 28 septiembre de 1966; no ha lugar.]*

Como indica el Considerando 1.º, "la materia propia del litigio no envuelve un caso de reconocimiento forzoso de la calidad de hija natural.. 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 Código Civil, por el hecho de que aquélla (la presunta madre) 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". En el Considerando 2.º se citan, como sentencias coincidentes en su doctrina con la presente, las de 1 julio 1895, 7 junio 1949 y 11 diciembre 1965, esta última recaída en un caso análogo.

8. ANULABILIDAD: LEGITIMACIÓN PASIVA: INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO: *Dirigida la demanda a conseguir el cierre de una industria que gira a nombre de persona que no ha sido parte en el pleito, es indudable que, de prosperar, se vería dicha persona privada sin su intervención de derechos y facultades que con más o menos licitud le correspondían por haberlos adquirido a través de una cesión o adjudicación en pago que quedaría invalidada sin su intervención, contrariando así la doctrina relativa a la legitimación pasiva de las acciones de anulabilidad comprendidas en los artículos 1.300 y concordantes del C. C. y el principio general de Derecho que prohíbe la condena en juicio de quien no ha sido oído y vencido en él. [S. 13 noviembre de 1965; ha lugar.]*

Como antecedente de la doctrina que queda extractada, se dice en el único. Considerando de la sentencia: "que el principio de contradicción, indispensable en nuestro ordenamiento positivo para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, exige de forma inexcusable la integración en el litigio de cuantos elementos subjetivos estén ligados extrajudicialmente en situación de paridad frente al actor respecto a la pretensión sustantiva o material contenida en la demanda, bien porque se hallen vinculados por un litis consorcio pasivo necesario, impuesto por algún precepto legal, como ocurre con los artículos 1.139 del Código Civil, 1.276 y 1.312, número 3.º de la Ley de Trámites y 25 número 1 de la de 22 de diciembre de 1955, o porque el nexa que los une sea calificado de cuasi necesario por algún sector doctrinal, al poder resultar afectados por la decisión jurisdiccional que pusiera fin a la controversia, cual sucedería, por ejemplo, en el supuesto contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.252 del primer texto citado, o en el previsto de modo más genérico por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 23 de marzo de 1932 y 27 de mayo de 1964, hipótesis todas ellas en que la falta de emplazamiento de tales interesados en el proceso provocaría el acogimiento de la correspondiente exceptio plurium litis-consortium, si se hubiere esgrimido oportunamente por la parte afectada, o la repulsa de oficio de la demanda en el caso contrario, cual proclaman, entre otras, las sentencias de 23 de noviembre de 1961 y 3 de julio de 1964."

9. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA: *El número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., no es medio hábil para sentar hechos distintos de los afirmados en la sentencia recurrida, si no es el efecto de controvertir éstos, pues ello equivaldría a crear al amparo de este recurso extraordinario una nueva instancia, en la que, con el libre examen de otros medios de prueba, se llegase a la afirmación de hechos distintos y no antagónicos¹ de los que dieron lugar a la resolución.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: CUESTIÓN ADJETIVA: *El motivo amparado en el número 7.º del artículo 1.692, y relativo a haber dado la Sala sentenciadora eficacia probatoria a un documento presentado ante ella, invocando no ser de los autorizados por el artículo 863 número 2.º L. E. C., plantea una cuestión adjetiva totalmente ajena al recurso y, por tanto, desestimable. [S. 25 noviembre de 1965; no ha lugar.]*

V. Colaboración de Luis Fernando MARTIN PEREZ.

1. SIMULACIÓN EN CONTRATO: *No existe simulación en una escritura pública en que aparece como comprador un segundo adquirente respecto del vendedor originario. Tales hechos no constituyen una simulación del contrato en su sentido jurídico, sino simplemente el revestimiento o apariencia externa de dos enajenaciones en una sola, evitando los gastos y formalidades previstas para el acceso al Registro del cambio de titularidad del dominio. [S. 25 marzo de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: El caso considerado en la sentencia era el de una transmisión de inmueble en que aparecía como vendedor, no el actual propietario, sino el anterior. Se alegaba, en los motivos del recurso, simulación a efectos de cambios de titularidad del inmueble que hiciera posible la interposición de juicios de desahucio de inquilinos.

2. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Los artículos 576 y 597 de la Ley procesal no contienen normas valorativas de la prueba documental que vinculen a los Tribunales. Ni tampoco el artículo 633 respecto de la prueba de reconocimiento judicial. En el mismo sentido ha de afirmarse con la prueba pericial, salvo demostración de haberse vulnerado las reglas de la sana crítica.* [S. 24 febrero de 1966.]

3. CONFESIÓN JUDICIAL: FUERZA PROBATORIA: *La fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás medios de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas y no con independencia. Sin que sea lícito en casación combatir el resultado de la apreciación conjunta de la prueba, por la aislada de uno de sus elementos integrantes.* [S. 11 octubre de 1966; no ha lugar.]

4. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: *La Asociación Médica que incumplió la obligación de nombrar nuevo facultativo a requerimiento del asegurado, según se deriva de su reglamento, queda responsable por ello, sin que se libere de dicha responsabilidad el que cumpliera sus servicios a plena satisfacción, ya que la condena no se basa en su deficiencia, sino en no haber designado un segundo médico de su cuadro para el reconocimiento del lesionado.* [S. 12 mayo de 1966; no ha lugar.]

5. DEUDA EN DETERMINADA ESPECIE: CONVERSIÓN: *La obligación de entregar determinada cantidad de acciones, no disponibles en el momento del pago, otorga la posibilidad al acreedor de reclamar la prestación en moneda de curso legal, de acuerdo con la prescripción del artículo 1.170 del Código civil.* [S. 4 junio de 1966; no ha lugar.]

6. FACULTAD RESOLUTORIA Y ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: *No es válido el razonamiento del recurrente que arguye que no puede pedir le sea prestada la obligación de saneamiento quien incumple la obligación de pagar una parte del precio al cumplimiento del término pactado, pues no considera que dicho pago, como se deduce de los autos, no se suspendió maticiosamente, sino al amparo de la facultad que le otorga el artículo 1.124 del Código civil y una vez que el vendedor demoraba el cumplimiento de su obligación de sanear.* [S. 7 junio de 1966; no ha lugar.]

7. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: *Para determinar acerca de la existencia de un contrato perfecto de compraventa o de una simple promesa o compromiso de comprar y vender, es preciso estar a los términos literales del contrato, investigando la verdadera voluntad o intención de las partes en el caso de que aquellos no sean claros o terminantes.*

CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA: *Para la posibilidad de aplicación de la facultad resolutoria concedida por el artículo 1.124 del Código civil, es necesario y basta tener en cuenta los elementos fácticos que concurren en cada caso, siendo irrelevantes las declaraciones de intención de cumplimiento por una de las partes que no sean acompañadas de hechos en ese sentido.*

CONDICIÓN RESOLUTORIA Y MORA SOLVENDI: *El funcionamiento de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código civil es independiente de las normas comprendidas en el artículo 1.100 del mismo texto con ocasión de la mora. Pues el no cumplimiento a que se refiere el legislador en el primer precepto, no indica tan sólo el retraso culposo que integra el concepto técnico de la "mora solvendi", sino el conjunto de actos que demuestran, en opinión del juzgador, que no tuvo lugar el cumplimiento contractual. [S. 21 junio de 1966; no ha lugar.]*

8. CARGAS DE LA COSA VENDIDA: ACCIÓN DE REEMBOLSO: *Los pagos hechos por el comprador, en concepto de liquidación de cargas de la cosa vendida, dan lugar correctamente a la acción de reembolso contra el vendedor, conforme el artículo 1.158 del Código civil, si del contrato no derivó claramente que el comprador retuviera parte del precio para liquidar aquellas cargas. [S. 30 junio de 1966; no ha lugar.]*

9. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATO EXCLUIDO DE LA LAU: *El contrato de cesión de parte de un local destinado a bar y bombonería dentro de un teatro, debe ser considerado como contrato con matices especiales derivados del destino específico, que impide al titular sustituirlo aun por otro análogo, porque perjudicaría al negocio principal (teatro), en cuyo interés y como complemento fue montado. Esto hace de dicho contrato un negocio singular, regido por el Código civil y excluido del ámbito del artículo 1 de la LAU. [S. 22 junio de 1966; ha lugar.]*

10. DEVOLUCIÓN DE INDUSTRIA: ELEMENTOS INTEGRANTES: *La devolución de una industria por el que la disfrutó en arrendamiento incluye también, entre sus elementos integrantes, la del local en que se halla situada. [S. 18 mayo de 1966; no ha lugar.]*

11. NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación tiene como fundamental designio el que las leyes sean interpretadas y aplicadas recta y uniformemente por los Tribunales, a fin de evitar que, en casos idénticos y por diversidad de criterios, se dicten resoluciones contradictorias. Pero nunca tiene el carácter de una tercera instancia. [S. 19 febrero de 1966; no ha lugar.]*

12. CLARIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE RECURSOS DE CASACIÓN: *Al haber dos recursos interpuestos, debe ser examinado primeramente aquel que, al atacar todos los pronunciamientos del fallo, de prosperar, cambiaría radicalmente el sentido del mismo y haría innecesario el estudio del otro recurso.*

REQUISITOS EN LOS MOTIVOS DE LA CASACIÓN: *El recurso de casación tiene un*

carácter formal y, entre sus requisitos, está el de expresar con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida y el "concepto" en que lo haya sido. [S. 10 mayo de 1966; no ha lugar.]

13. VIAVILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación, de carácter limitadísimo, se da tan sólo contra el fallo o contra aquellos fundamentos de la sentencia determinantes del mismo. Pero nunca contra los razonamientos que no tienen este carácter.* [S. 30 junio de 1966; no ha lugar.]

14. INCONGRUENCIA EN EL FALLO: *Las cuestiones relativas a la congruencia de la sentencia sólo pueden ser traídas a casación al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia no congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes) o del número 3.º del mismo precepto (sentencia que no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito). Pero nunca al amparo del número 1.º.* [S. 7 junio de 1966; no ha lugar.]

15. CUESTIÓN NUEVA EN CASACIÓN: *No habiendo sido alegada en la instancia la validez del contrato litigioso frente a la nulidad que pretendía la demanda, no puede ser traída a debate en casación, en cuyo trámite sólo se puede examinar si la decisión de instancia se ajustó o no a lo alegado y probado por las partes.*

INFRACCIÓN DE DOCTRINA LEGAL: *Cuando en un recurso de casación se alega infracción de doctrina legal, es preciso citar el concepto en que se supone cometida la infracción, sin que aquella alegación pueda hacerse en abstracto ni aun señalando las sentencias presuntamente infringidas.* [S. 28 junio de 1966; no ha lugar.]

16. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No incurre en vicio la sentencia impugnada al no dar a un documento privado el valor probatorio que el artículo 1.218 del Código civil otorga a una escritura pública, pues para ello se precisa, conforme al artículo 1.225 del mismo texto, que sea reconocido en la forma que expresa el artículo 1.226. Siendo así que el demandado no reconoció en juicio ni la autenticidad de la firma ni admitió el contenido del documento. Sin que sea óbice que de la prueba pericial dedujera la autenticidad de dicha firma, pues ésta no es vinculante y debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica.* [S. 2 junio de 1966; no ha lugar.]

17. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de hecho en la apreciación de la prueba alegado por el recurrente, ha de observarse, para el éxito de la pretensión, "de manera clara, sin necesidad de razonamientos, conjeturas ni deducciones".* [S. 4 junio de 1966; no ha lugar.]

VI. Colaboración de José PERE RALUY.

1. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Copiosa doctrina jurisprudencial ha sin-*

tetizado las siguientes normas de interpretación: ha de prevalecer el sentido literal de las palabras cuando aparezca, con evidencia, que están en concordancia con la voluntad real, sin que sea lícito en tal caso sustituir su significado o acepción gramatical; la voluntad real tiene valor preferente a la declarada cuando está ofrezca duda o esté en pugna con la intención; la interpretación de los contratos es atributo de los Tribunales de instancia, la que ha de respetarse, mientras no resulte, por ilógica y absurda, contraria a la letra y el espíritu del texto convencional. [S. 30 abril de 1966; no ha lugar.]

2. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: Para la interpretación de toda declaración de voluntad, hay que averiguar la voluntad real, estando al sentido de las palabras cuando de ellas resulte con claridad el propósito del negocio; pero si la voluntad expresada con aquellas palabras es contraria a la voluntad verdadera, habrá que dar preferencia a la voluntal real. Toda interpretación, tanto de las normas, como de los negocios jurídicos, exige fundamentalmente captar el elemento espiritual, la voluntad o intención de los sujetos declarantes contenida en la ley o en el acto jurídico, sin limitación al sentido aparente que resulte de los contratos.

CALIFICACIÓN DE CONTRATO: ARRENDAMIENTO: Un contrato en que una de las partes hace suya la totalidad de los ingresos del negocio que se le confía y se hace cargo de todos los pagos que lleva anejos, quedando el resto como beneficio a su favor, obligándose a entregar una cantidad fija mensual a favor del propietario, es de arrendamiento; aunque en el documento contractual a la cantidad a pagar mensualmente se le dé el carácter de "compensación por el empleo de encargado, del que la abona", su verdadero concepto es el de renta. [S. 31 mayo de 1966; ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTO MIXTO Y DUALIDAD DE CONTRATOS: El arrendamiento mixto existe cuando, dentro de la unidad instrumental, se incluyen objetos sometidos a diversa regulación legal; cuando los contratos son dos, no puede hablarse de contrato mixto, sino de contratos distintos.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITO DE HABITABILIDAD: La calificación de un local como de negocio, exige la ubicación de la actividad en lugar que tenga la condición de habitabilidad.

CASACIÓN: FORMALISMO: Es causa de inadmisión, el hecho de no citar el posible subsanar el defecto, en trámite posterior a la formalización, porque el número del artículo en que se señalan los motivos de casación, sin que sea producido el efecto de la inadmisión, nada puede consolidarlo posteriormente. [S. 25 mayo de 1966; no ha lugar.]

4. DIFERENCIA ENTRE ARRIENDO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO: Si lo arrendado fue no sólo un local, sino éste con todas las instalaciones conducentes al ejercicio de una industria de bar, y el contrato se suscribió precisamente después de verificado el montaje de todas las instalaciones conducentes al desenvolvimiento y explotación de los servicios propios de aquella actividad industrial y acompañándose el correspondiente inventario de

las instalaciones y enseres apropiados para la expresa dedicación, es indudable que no se trata de un arrendamiento de local de negocio, sino de industria susceptible de explotación inmediata, sin que sea obstáculo a tal calificación, el que con anterioridad al arrendamiento no existiera la industria, ya que es perfectamente lícito que el propietario proceda al montaje de una explotación industrial para luego arrendarla como tal. [S. 27 abril de 1966; no ha lugar.]

5. **DISTINCIÓN ENTRE EL ARRIENDO DE OFICINA Y EL DE LOCAL DE NEGOCIO:** *Cuando el local represente lo esencial en el ejercicio de la industria o comercio, se estará ante un arrendamiento de local de negocio por naturaleza, mientras que, por el contrario, cuando el local sea meramente una parte secundaria o accesoria del negocio o centro de operaciones que radica en otro lugar distinto, se estará ante un local destinado a oficinas propiamente dichas. Es de local de negocio propiamente dicho el concertado por el arrendador con una compañía de seguros con referencia a un local que la parte arrendataria ha venido utilizando como oficina principal, abierta al público para todas las funciones propias de la empresa, y que fue calificado por las partes como de local de negocio, aunque sin derecho de traspaso.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CIERRE DE LOCAL: *El cierre existe en los locales arrendados para el servicio directo al público cuando la comunicación con el mismo se interrumpe, aunque en el local siga desarrollándose alguna otra actividad. [S. 4 mayo de 1966; ha lugar.]*

6. **MANDATO; RATIFICACIÓN:** *El contrato celebrado por el mandatario con terceros, fuera de los límites del mandato o con poder insuficiente y nulo, si bien es cierto que no obliga al mandante, puede ser ratificado por éste, expresa o tácitamente, forma ésta, de ratificación, que tiene lugar cuando, sin hacer uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización.*

TRANSACCIÓN EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: BUENA FE: *Es inadmisibile y contrario a la buena fe que exige el artículo 9 de la LAU, el propugnar la ineficacia de un contrato transaccional sólo en lo que perjudica al impugnante.*

RENUNCIA A LA PRÓRROGA FORZOSA: *Si los locales objetos de una transacción eran objeto de un contrato anterior, protegido por la prórroga forzosa, este derecho estaba ya en el patrimonio del arrendatario y era perfectamente renunciabile, como se renunció, para evitar una acción resolutoria que hubiera podido abreviar mucho más el disfrute de los locales que obtuvo por la transacción. [S. 15 junio de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: La LAU, al hablar en su artículo 6.º, de renuncia de beneficios, para referirse, en realidad, al carácter imperativo y no dispositivo de ciertas normas, ha introducido un confuisionismo que se acusa particularmente al hablar del beneficio de prórroga forzosa. Cuando, siguiendo la terminología legal, se dice que el derecho de prórroga forzosa es irrenunciabile, no se quiere decir que el arrendatario esté vinculado, aun contra su voluntad, a permanecer

en el arriendo, sino simplemente que la norma que establece la prórroga legal del arriendo pertenece al *ius cogens*, y que, por consiguiente, no puede ser eliminada por una cláusula del contrato de arriendo. El arrendatario que en un momento determinado decide unilateralmente o por convención bilateral con el arrendador, poner término al arriendo, no renuncia al derecho de prórroga forzosa, sino que simplemente realiza un acto de desistimiento contractual plenamente liberatorio. Hablar de que la prórroga forzosa es renunciabile con posterioridad a la celebración del contrato, pero no al tiempo de su celebración, supone cierta impropiedad y sería más correcto hablar de desistimiento contractual—válido—en el primer caso y de pacto opuesto a norma del *ius cogens*—ineficaz—en el segundo. El arrendatario, en cualquier tiempo de la relación contractual puede poner término a la misma, si bien ello puede producirse de diversas formas; durante la fase “contractual” del arriendo, cabe el desistimiento unilateral del arrendatario, pero tal acto no será liberatorio si no va acompañado del pago de la renta correspondiente a la totalidad de la referida fase “contractual”; extinguida dicha fase, e iniciada ya la de prórroga forzosa, el desistimiento del arrendatario no se halla sujeto a requisito alguno, pudiendo ser un acto unilateral—abandono puro y simple de la titularidad arrendaticia c bilateral, en cuyo caso se borra el propio carácter de desistimiento, y el término de la relación arrendaticia revistirá, por lo general, un carácter de negocio conmutativo—, abandono del arriendo a cambio de una contraprestación económica a cargo del arrendador—o transaccional—cuando el arrendador concede al arrendatario, que ha incidido en alguna causa resolutoria, un margen de permanencia en el disfrute de la cosa arrendada superior al que hubiera tenido caso de ejercitarse la acción resolutoria, a cambio de que el arrendatario desista del arriendo para una fecha determinada y le evite el riesgo de fracaso en el proceso resolutorio eliminado por la transacción.

7. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: ALEGACIÓN: *El abuso de derecho, institución de equidad para impedir que se produzca un daño intencionado o innecesario a intereses que carecen de otra protección jurídica, requiere para que sea procesalmente atendible que, como todas las defensas renunciabiles, sea oportunamente alegado y se prueben y justifiquen los presupuestos que lo determinan. El abuso de derecho no puede invocarse en su favor por quien sea responsable de una conducta antijurídica que lleve aparejada una sanción prevista de la propia ley.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe estimar en el recurso el abuso de derecho si se presenta como cuestión nueva no debatida en primera instancia. [S. 13 junio de 1966; no ha lugar.]*

8. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *No puede entenderse como abuso de derecho el ejercicio de una acción para efectividad de la Ley. [S. 12 febrero de 1964; no ha lugar.]*

NOTA: No es infrecuente hallar en sentencias resolutorias de recursos extraordinarios, afirmaciones que, como la que acaba de transcribirse, al ser formuladas sin mayores matizaciones y de ser entendidas en su sentido literal pueden conducir a creer en la existencia de una verdadera doctrina legal, que no es difícil demostrarse asentaría sobre bases erróneas. Particularmente en materia de abuso de derecho, al rechazarse—fundamentalmente en la mayor parte de los casos—la aplicación a un determinado supuesto de la doctrina que repele tal abuso, se lanzan, como de pasada y quizá por lo evidente de la inaplicabilidad al caso de tal doctrina, afirmaciones excesivamente escuetas que no responden a la fisonomía real del abuso del

derecho, y que entendidas literalmente conducirían a la negación de tal doctrina; en efecto, si no cupiera invocar en ningún caso el abuso de derecho contra quien ejercita una acción al amparo de una norma legal pretendiendo la efectividad de una ley, jamás tendría aplicación el abuso de derecho que precisamente y por definición supone el ejercicio de una acción amparada en una norma, pero que, pese a ello, no puede ser amparada por los Tribunales por la anormalidad objetiva o subjetiva de su ejercicio; es decir, o porque se ejercitan con un ánimo meramente emulativo —es decir, mirando más el daño ajeno que el provecho propio—, o porque supone un ejercicio objetivamente anormal del derecho. No hay que conceder por ello excesiva importancia a esas escuetas declaraciones formuladas como “de pasada” por los Tribunales, pues sigue en pie el concepto que en forma insuperable se formulara en la memorable S. de 14 febrero 1944, aunque quizá haya que reconocer que en general los Tribunales, en especial los de mayor jerarquía, muestran cierta timidez a la hora de aplicar la doctrina del abuso del derecho, timidez que quizá indujo al legislador, que en 1964 reformó la LAU, a robustecer la referencia del artículo 9 de dicha Ley al abuso de derecho al afirmar que los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o *ejercicio anormal de un derecho*.

9. REDUCCION DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL: EJERCICIO DEL DERECHO EN ACTO DE RECONCILIACIÓN: *Según reiterada doctrina de la Sala I, para el ejercicio del derecho del arrendatario a reducir la renta pactada a la Hacienda, es suficiente la voluntad de verificarlo, siendo sólo preciso, para su consumación, acudir a la vía judicial, caso de oposición de la propiedad. La declaración por el arrendador de la renta realmente percibida, con posterioridad al acto de conciliación en que el inquilino manifestó su voluntad de reducir la renta a la que en aquel momento figuraba declarada, es inoperante para enervar la acción revisoria deducida por el inquilino con posterioridad a la citada declaración del arrendador, sin que quepa invocar el artículo 479 de la LEC, ya que la conciliación no perdió su efecto de requerimiento eficaz con cuyo carácter se hizo, ya que no interrumpió término de prescripción alguna ni era requisito necesario para el ejercicio posterior.* [S. 14 mayo de 1966; ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: DISMINUCIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL LOCAL: *No obsta a la realidad del cierre, el hecho de que el local se utilice, pero de forma o modo anormal de como anteriormente se venía utilizando, pues esa anormalidad equivale a un incumplimiento de su propia y natural dedicación. Si desde la iniciación del arriendo de un local destinado a cine sólo se dieron en el mismo sesiones los días festivos y tal situación se mantiene al tiempo de la demanda resolutoria por cierre, no cabe dar lugar a la misma, ya que en el caso de autos sólo se daría una reducción en la actividad en el local en el supuesto de que el arrendatario hubiera reducido el número de días en que diese sesiones en el expresado cine.* [S. 25 mayo de 1966; no ha lugar.]

11. DERECHO DE RETORNO A LA VIVIENDA O LOCAL RECONSTRUIDO: SUPERVIVENCIA DEL ARRENDAMIENTO: *Según reiterada jurisprudencia, en los casos de reserva del derecho de retorno concedido por el artículo 81 de la LAU, el contrato de arrendamiento permanece latente y no deja de estar vigente durante el lapso de tiempo que duren las obras de demolición y reedificación, ya que el retorno*

constituye una facultad de los arrendatarios para reanudar la efectividad de la relación arrendaticia en suspenso.

ACCIÓN RESOLUTORIA RESPECTO A UN ARRENDAMIENTO LATENTE EN VIRTUD DE DERECHO DE RETORNO: *Cuando en procedimiento distinto del de negación de prórroga para reedificar, como es el desahucio por falta de pago iniciado con anterioridad a la suscripción del acta de retorno, se llega a decretar la resolución por falta de pago, acción ésta compatible con la de denegación de prórroga para reedificar, es lógico que desaparezca la base sobre que se asentaba el derecho de retorno.*

NATURALEZA DEL DESAHUCIO: *El desahucio, en cuanto priva al arrendatario de goce o uso de la cosa arrendada y le obliga a devolver al arrendador la posesión natural de aquélla, es incuestionable que lleva en sí su resolución.*

COSA JUZGADA: SENTENCIA DE DESAHUCIO: *Las sentencias ejecutorias de desahucio tienen la autoridad de cosa juzgada respecto a las causas que dieron lugar, a la competencia del Juez y defectos de forma, no pudiendo rescindirse sino por recurso de revisión. [S. 1 abril de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: Es indiscutible que el derecho de retorno se extingue si prospera una acción resolutoria basada en causa distinta de aquella de la que se dimanó el derecho de retorno, aunque claro es que para que la extinción citada sea definitiva precisará que lo sea la resolución basada en causa distinta; así, el derecho de retorno decaerá definitivamente si prospera una acción de resolución por subarriendo, obras in consentidas, etc.; pero si la resolución se basa en el impago de rentas, habrá que tener en cuenta las normas sobre enervamiento de la acción o rehabilitación de contrato que beneficiarán al titular del derecho de retorno, ya que se trata de supuestos en que la acción resolutoria, aun estimada, no es definitiva, en tanto subsistan los presupuestos de enervamiento de la acción o rehabilitación del contrato.

Frente a las antiguas y reiteradas declaraciones del T. S., según las cuales las sentencias de desahucio no producían la excepción de cosa juzgada, la moderna jurisprudencia ha dado a la cuestión una solución más matizada, poniendo de relieve que la sentencia de desahucio en cuanto a las materias cuyo debate cabe en el cauce del citado juicio producen la excepción de cosa juzgada, sin perjuicio claro es del derecho de revisión; claro es que, en proceso plenario en que quepa el debate sobre cuestiones excluidas del desahucio podrá, por vía indirecta, anularse el efecto de la sentencia de desahucio. De todas formas, sería deseable que en la futura reforma de la Ley procesal civil el alcance de las sentencias dictadas en juicios sumarios —si se mantienen— se precise, y se regule la impugnación de sentencias en vía extraordinaria de las sentencias dictadas en procedimiento inadecuado o por Juez objetivamente incompetente.

12. LAU: NÚMERUS CLAUSUS DE CAUSAS RESOLUTORIAS: *No cabe estimar como causa de resolución el incumplimiento de un pacto contractual que no figura entre las causas de resolución enumeradas en la LAU, que son taxativas y terminantes, por disposición legal, como lo ha reconocido múltiple jurisprudencia. [S. 3 junio de 1966; no ha lugar.]*

13. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: PRESCRIPCIÓN: DIES A QUO: *La posesión por el cesionario de recibos de la renta correspondientes a una determinada fecha no prueba que en la misma se hubiera producido la cesión,*

ni cabe considerar que la indicada fecha sea el "dies a quo" del plazo de prescripción de la acción resolutoria.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *La prueba de confesión judicial es inadecuada para acreditar el manifiesto error en la apreciación de la prueba.* [S. 30 junio de 1966; no ha lugar.]

14. **RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: CUESTIONES DE PRUEBA:** *El solo hecho de que en la Guía Telefónica figure como abonado, en el local de autos, un hermano del arrendatario, añadiendo al nombre la palabra "garaje", no basta para desvirtuar el aserto de la Sala "a quo" de que no existe cesión del arriendo en favor de dicho hermano, aserto que se basa en el hecho de que el referido abonado habita en dependencias del local arrendado y en que el resto de las pruebas es desfavorable a la tesis de la cesión.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Los errores de hecho no se justifican por meras presunciones, sino por pruebas directas de carácter documental o pericial que por sí patenten un hecho que sea incompatible con el establecido por la sentencia recurrida.* [S. 7 marzo de 1966; no ha lugar.]

15. **RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA:** *Cuando la cosa arrendada se halla ocupada total o parcialmente por persona distinta de la que en concepto de arrendataria celebró el contrato, y no se ha justificado, por parte del ocupante, el título en cuya virtud goza o usa aquella, surge la consecuencia de la resolución del contrato.* [S. 1 julio de 1966; no ha lugar.]

16. **RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO Y CAMBIO DE DESTINO:** *Si un local de negocio es usado por persona extraña a la relación arrendaticia (sin subordinación ni dependencia del arrendatario) para vivienda suya y de su familia, tales hechos son constitutivos de las causas de cesión o subarriendo inconscntidos y cambio de destino.* [S. 6 abril de 1966; no ha lugar.]

17. **RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: IMPUGNACIÓN DEL ERROR DE HECHO EN INJUSTICIA NOTORIA: CONSENTIMIENTO DEL SUBARRIENDO:** *Los recibos de renta en los que se aprecia una elevación de la cuantía de la misma, pero en los que no se expresa que tal elevación fuera la contrapartida del consentimiento del subarriendo, no son suficientes en el recurso de injusticia notoria para impugnar la afirmación del órgano "a quo" sobre la existencia de un subarriendo inconscntido.* [S. 16 marzo de 1966; no ha lugar.]

18. **RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN:** *La construcción en el local de un nuevo tabique de 9 por 1,40 metros y la sustitución de una chimenea por otra de distinta altura, extensión y emplazamiento, suponen la alteración de la configuración del local.* [S. 4 mayo de 1966; no ha lugar.]

19. **RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO:** *El consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o la voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de*

diversas interpretaciones. Faltando una actuación concluyente e inequívoca de los arrendadores, reveladora del propósito de aceptar y tolerar las obras denunciadas por ellos, no cabe estimar el consentimiento de las obras. [S. 10 junio de 1966; no ha lugar.]

20. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INCÓMODAS: *Cuando la LAU habla de que las actividades incómodas que originan la resolución tengan lugar en el interior de la vivienda o local de negocio hay que entender que se refiere a todo lo comprendido en el contorno o perímetro del espacio arrendado, tanto de las piezas principales como de las accesorias, a las que puede tener acceso el arrendatario en virtud del contrato, como, por ejemplo, un patio común. Las normas administrativas sobre calificación de actividades industriales como las del Decreto de 30 de noviembre 1961 no pueden ser determinantes de las resoluciones de los Tribunales en materia arrendaticia, que han venido identificando los conceptos de incomodidad y molestia.* [S. 30 abril de 1966; no ha lugar.]

NOTA: Se trataba de la actividad de selección y lavado de pescados en un patio común, que producía malos olores.

21. ARRENDAMIENTO OTORGADO POR USUFRUCTUARIO: ALEGACIÓN POR EL NUDO PROPIETARIO DE SER GRABOSAS PARA EL MISMO LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES: ACTOS PROPIOS: *Si el recurrente, nudo propietario de la finca, estuvo presente en el momento del otorgamiento del contrato por el usufructuario, ha de estimarse que de manera tácita, pero inequívoca, aceptó todas sus condiciones, y no puede ahora ir contra sus actos propios impugnando lo que estimó correcto al contratar, haciendo con su presencia innecesario el problema de la capacidad de la usufructuaria para autorizar todos los pactos del contrato.*

RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *No procede la resolución, por la realización por el arrendatario de tales obras, si en el contrato se faculta al mismo a efectuar obras de albañilería "mientras no perjudiquen el inmueble", y si además el arrendador dio su conformidad a las obras en la petición de licencia municipal para la realización de las mismas.* [S. 14 octubre de 1966; no ha lugar.]

22. APLICACIÓN DEL PROCESO COMÚN Y NO DEL ESPECIAL DE LA LAU: ACCIÓN NO AMPARADA EN NORMA DE LA LAU: APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: COSTAS: *La acción por la que se pide la declaración de nulidad de un contrato de subarriendo y que se considere al supuesto subarrendatario como arrendatario directo respecto al propietario del inmueble, debe debatirse por el cauce del proceso común y no del proceso de la LAU, debiendo acordarse de oficio la declaración de inadecuación del procedimiento seguido por el cauce procesal de la LAU.* [S. 1 julio de 1966; ha lugar.]

NOTA: La sentencia del Tribunal Supremo declara la nulidad, por inadecuación del procedimiento, de todas las actuaciones practicadas desde la admisión de la demanda, y condena al actor al pago de las costas de la primera instancia. Una muestra más de que el Tribunal Supremo se ha adherido definitivamente al acertado criterio de que en los procesos en que impera

el criterio del vencimiento hay que imponer las costas al actor tanto en el caso de sentencia desestimatoria de fondo como en los casos de mero vencimiento procesal (declaración de incompetencia, declaración de inadecuación de procedimiento, etc.).

23. INJUSTICIA NOTORIA: AUTO QUE NO FUE OBJETO DEL PREVIO RECURSO DE SÚPLICA: *No cabe admitir un recurso de injusticia notoria contra el Auto de la Audiencia que declaró mal admitida la apelación, si dicho Auto no fue objeto del oportuno recurso de súplica; el recurso de injusticia notoria sólo procede cuando se han agotado los recursos ordinarios.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: DEVOLUCIÓN: *El depósito para recurrir ha de devolverse al que lo constituyó cuando "no se trata la recurrida de doble resolución" (lo que ocurría en el caso a que se refiere el párrafo anterior).* [S. 1 junio de 1966; no ha lugar.]

24. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación del recurso, el hecho de no expresar si el mismo se basa en violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la norma cuya vulneración se invoca.* [S. 8 junio de 1966; no ha lugar.]

25. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: *No cabe admitir un recurso de injusticia notoria en el que no se expresa la causa —del artículo 136 de la LAU— en que se ampara.* [S. 10 octubre de 1966; no ha lugar.]

26. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Ni el reconocimiento judicial, ni la confesión, ni la prueba testifical, constituyen prueba documental o pericial idónea para acreditar el error de hecho.* [S. 3 noviembre de 1966; no ha lugar.]

27. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No es procedente que en un recurso amparado en la causa cuarta de injusticia notoria —error de hecho— el recurrente valore la prueba a su modo, interpretando los documentos y conjugándolos con la confesión testifical, para llegar a conclusión contraria a la sentencia, en lugar de enfrentar a las declaraciones de la Sala documentos y pericias que manifiestamente expresen lo contrario de lo declarado por aquélla.* [S. 10 junio de 1966; no ha lugar.]

28. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No cabe en este recurso involucrar en un mismo motivo cuestiones de hecho con supuestos de índole jurídica, sino que se han de tratar por separado; semejante defecto es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación.* [S. 26 septiembre de 1966; no ha lugar.]

29. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *El manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba sólo puede acreditarse por documentos o pericias que, por sí, sin necesidad de razonamientos ni de interpretaciones, patenten la equivocación del juzgador.*

CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es inadmisibile el recurso en el que no se expresa con precisión y claridad el concepto en que se estiman infringidos los preceptos invocados; esto es, si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida.* [S. 13 mayo de 1966; no ha lugar.]

30. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Las actas en que el Notario se limita a recoger manifestaciones ante él mismo formuladas por terceras personas no constituyen prueba documental idónea para demostrar un error de hecho.*

FORMALISMO DEL RECURSO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Procede la desestimación de un recurso en que se cita como infringida una norma sin precisar el concepto de la infracción.* [S. 24 septiembre de 1966; no ha lugar.]

31. CASACIÓN: CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, el que en un mismo motivo se comprendan dos o más conceptos de infracción y el plantear cuestiones heterogéneas con distinto tratamiento legal, por ir todo ello contra la claridad y precisión que ha de presidir la formulación del recurso.*

CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Procede desestimar el recurso que se basa en la interpretación de unas cláusulas contractuales sin denunciar la infracción de alguno de los artículos del Código civil reguladores de la materia.* [S. 4 julio de 1966; no ha lugar.]

32. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA Y RECURSO DE NULIDAD DE ACTUACIONES: NECESIDAD DE DENUNCIAR, EN SU MOMENTO, LA INFRACCIÓN: *Tanto en el recurso extraordinario de nulidad de actuaciones, como en el de casación por quebrantamiento de forma, rigen, como principios básicos: que la falta o defecto procesal en que se funda se haya pedido a tiempo de subsanación y que produzca indefensión.*

FALTA QUE NO AFECTA A LA ESENCIA DEL TRÁMITE: *Si bien el órgano "a quo" debió aplazar lo resuelto hasta la sentencia —en lugar de decirlo en resolución previa—, esta falta no implica ni afecta a la esencia del trámite, que, en todo caso, representará irregularidad sin trascendencia en la defensa de los intereses que se ventilan. No es dable volver en casación sobre un defecto subsanado por el consentimiento de las partes.* [S. 3 junio de 1966; no ha lugar.]

VII. Colaboración de R.

1. ARTÍCULO 42: *Es nulo, por infringir este artículo, el matrimonio civil contraído ante funcionario británico en Gibraltar por española que profesa la religión católica con norteamericano.*

MATRIMONIO PUTATIVO: *Tal matrimonio tiene efectos civiles conforme al artículo 69.* [S. 5 julio de 1965; ha lugar en parte.]

La nulidad se declara a petición del súbdito norteamericano. El Ministerio Fiscal reconviene pidiendo que se declare la mala fe del norteamericano en la celebración y la buena fe de la española. Había dos hijos del matrimonio. La demandada invocó incompetencia de jurisdicción.

El Juzgado desestima la incompetencia y la demanda. La Audiencia declara nulo el matrimonio civil estimando que había mala fe por ambos cónyuges.

El Tribunal Supremo estima que, en cuanto se declara la mala fe de la demandada, la sentencia es incongruente con la demanda. En casación no se discute si se da el *minimum* formal para el matrimonio putativo sino sólo sobre la buena fe de la esposa demandada. Estima el T. S. que el matrimonio es nulo por infracción del artículo 42, aplicable en virtud del artículo 9 y 11 C. c. Y, en cuanto al matrimonio putativo, declara "que en armonía a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 69 del Código civil, habiendo intervenido buena fe por parte de la esposa demandada, el matrimonio ha de surtir efectos civiles, no obstante la declaración de nulidad, respecto a dicha esposa y de los hijos".

VIII. Colaboración de José L. RIO BARRO.

1. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN: CARGA DE LA PRUEBA: *Atendiendo al carácter complejo de las peticiones contenidas en el "suplico" de la demanda, que no se limitan a poner en juego la efectividad de la patente por medio de una acción meramente declarativa, sino a lograr, entre otros pronunciamientos que desbordan aquélla, una condena de indemnización de perjuicios por las actividades imputadas a los demandados, es obvio que la prueba de estas últimas, así como la del daño sufrido y de la culpa o negligencia con que se actuó al inferirlo, eran a cargo del reclamante.*

VIRTUALIDAD DEL DERECHO DEBATIDO: CARGA DE LA PRUEBA: *El simple hecho de la existencia de una patente y el de atribuir al objeto de la misma una virtualidad ha sido tan ampliamente debatida en los autos y no reconocida finalmente por la sentencia de instancia, no puede bastar al reclamante para tener por superado el "onus probandi" que le incumbía.*

PRESUNCIONES: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La Sala de instancia no admite como probado, ni el hecho de que quiere derivarse la presunción, ni la consecuencia a que se llega, y, para combatir su criterio, se aduce la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, por aplicación indebida del artículo 1.249 del Código civil y artículo 1.253 del mismo cuerpo legal; mas, para rechazar ambos motivos, basta advertir la ineficacia que deriva de su propia formalización, pues la denuncia de los errores de derecho implica para su posible éxito, la necesidad de hacer la cita de los preceptos legales valorativos de la prueba que se suponen infringidos, y tal carácter no lo tienen ni el artículo 1.249 ni el 1.253 del Código civil.*

CONFESIÓN JUDICIAL: OBJETO: *No hay duda de que, legalmente, la confesión*

ha de recaer siempre sobre hechos personales y nunca acerca de problemas o aspectos técnicos, que tienen su marco adecuado en otra clase de prueba.

REGISTRO DE LA PATENTE: IMPUGNACIÓN: *Pese a acudir el demandado a la vía reconvenzional, al no solicitar de modo claro y concluyente la nulidad de registro de la patente a cuyo amparo se demandó, sus alegaciones no pasan de ser simples excepciones que han de entenderse resueltas en lo esencial por el propio pronunciamiento absolutorio de la demanda. [S. 25 enero de 1966; no ha lugar a ambos recursos.]*

2. ARTÍCULO 171 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: CRÍTICA: *La definición o descripción del artículo 171 ha sido objeto de crítica por entender que sus términos, poco precisos, pueden hacer que en la práctica el modelo de utilidad se confunda con la patente de una parte y con el modelo industrial de otra (1).*

MODELO DE UTILIDAD: REQUISITOS: *El cambio de forma en los instrumentos, herramientas, dispositivos y objeto a que se refiere el artículo 171 no basta para su patentabilidad como modelo de utilidad; para ello es preciso que se produzca un cambio de "fin" (beneficio o efectos nuevos) y una simplificación, economías o mejoramiento de los medios empleados para obtenerlos, alteraciones o cambios de "medio" o "fin" que han de revestir cierta importancia o trascendencia que los diferencie de los anteriormente habidos.*

EL MERO CAMBIO DE FORMA: RELEVANCIA: *La referencia que el artículo 174 hace a la prohibición establecida en el número 3.º del artículo 48, impide que sea objeto de patente, y, por tanto, de modelo de utilidad, el mero cambio de forma, a no ser que modifique esencialmente las cualidades del objeto patentado o que, con su utilización, se obtenga un resultado industrial nuevo.*

MODELO DE UTILIDAD: NOVEDAD: *Constituye novedad el sistema de percusión mediante un golpe contra una masa fija. No destruye la novedad el que los elementos del aparato, por separado, fuesen conocidos en España, siempre que en conjunto, formando el aparato reivindicado, no lo fuesen. [S. 23 febrero de 1966; no ha lugar.]*

Pirotécnica L., S. A. había interpuesto contra doña F. O. demanda de nulidad de registro de un modelo de utilidad por un "cohetes lanzaseñales o cargas de aplicación diversas", alegando que todos y cada uno de los elementos reivindicados carecían de novedad y utilidad, ya que el modelo impugnado estaba constituido por una yuxtaposición de elementos de dominio público que podían funcionar independientemente, y cuyo conjunto no aportaba ningún resultado característico distinto de los aisladamente producían aquellos elementos.

La parte demandada se opuso a la pretensión de la actora, alegando que el modelo de utilidad no exigía el alto nivel de inventiva que suponían las patentes de invención; no obstante lo cual, su artificio resultaba utilísimo

(1) Se repite exactamente el Considerando 1.º de la Sentencia de 25 de enero de 1965, que asimismo desestimó el recurso.

principalmente en la marina mercante y de guerra, a las que se destinaba con el fin de salvar vidas humanas, proyectando sobre el espacio, a una altura de más de 300 metros, señales ostensibles de petición de socorro. Se alegaba, además, que el mecanismo percutor del cohete constituía novedad.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Territorial, pasaron los autos al Abogado del Estado, informando éste que el cohete era original en su balística de lanzamiento.

La parte actora interpone recurso que fundamenta en la violación de los artículos 48, número 5.º, en relación con el 174, del 100, número 3.º, párrafo 7.º, en relación con el 175, y en la interpretación errónea del artículo 48, número 4.º, en relación con el 174, todos ellos del Estatuto de la Propiedad Industrial.

3. DIVULGACIÓN: CONCEPTO: *Divulgación no significa, conforme a la jurisprudencia, conocimiento del vulgo, sino de las personas que por su preparación o por su actividad industrial en relación al objeto patentado hubiesen podido formular una solicitud similar al efectuarse la patente.*

DIVULGACIÓN DE INVENTO EXTRANJERO: ESTIMACIÓN: *Ha de estimarse divulgada en España la invención de una bobina cuando, al tiempo de patentarse, ya circulaban en España más de 2.000 automóviles provistos de la misma; y, además, tales bobinas habían sido descritas en revistas de la especialidad y en los catálogos de la Empresa automovilística que las inventó.*

CONCEPTO DE DIVULGACIÓN: VÍA PROCESAL PARA SU IMPUGNACIÓN: *El concepto de divulgación es una cuestión de hecho que, apreciada por la resolución impugnada sólo puede combatirse con éxito por la vía procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [S. 12 mayo de 1966; no ha lugar.]*

Don S. L. promueve juicio especial de nulidad de dos patentes de introducción concedidas a don M. G., la primera de ellas, en 1937, por "perfeccionamiento en las bobinas de encendido para motores de explosión", y la segunda, en 1955, por "perfeccionamiento en los circuitos por chispa de ruptura de alta tensión".

Alegaba como hechos que las bobinas fabricadas por el procesado son idénticas, tanto en su organización interna como en su forma exterior, a las hasta entonces sólo fabricadas en Francia por la casa C.

En el año 1955 fueron importados a España por primera vez los automóviles de la casa francesa C., en número de 200, y en los años 1956 y 1957 se importaron otras 2.000 unidades; es decir, que, al tiempo de ser solicitadas y concedidas las patentes de introducción, circulaban por territorio nacional 2.200 vehículos provistos y equipados de las mencionadas bobinas, las cuales podían ser examinadas por electricistas y mecánicos.

El demandado alega que el concepto de novedad es distinto respecto de las patentes de introducción, pues éstas protegen la introducción de un invento extranjero que no se practica en España. Por ello, al solicitar las patentes, el demandado ya indicó que las invenciones eran conocidas en Fran-

cia, pero no en España, lo cual, conforme al Estatuto de la P. I., es suficiente para solicitar la patente de introducción.

Alegó, además, el demandado, que las bobinas se encontraban adosadas en las proximidades del motor, recubiertas totalmente por diversos materiales y, por lo tanto, fuera de la vista de cualquier persona, agregando que, una vez abiertas para ver su interior, quedaban inutilizadas debido a su cierre hermético.

Finalmente, manifestó el demandado que la traducción española de la revista extranjera automovilística fue publicada en el año 1962, mientras que las patentes fueron concedidas en los años 1957 y 1959, sin que, por lo demás, conste que la revista tenga una gran divulgación ni siquiera dentro del mundo del automóvil.

José Luis Río Barro

III SENTENCIAS DE SUPLICACION

I. Sentencias de Suplicacion de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho Civil

1. **VIVIENDA; CARÁCTER:** *La atribución a la vivienda del carácter de chabola, es un concepto subjetivo.* (Sentencia de 18 de octubre de 1966; no ha lugar.)

2. **CONTENIDO DEL CONTRATO: SU OBLIGATORIEDAD:** *Es indudable que una de las obligaciones, y fundamental, que al inquilino o arrendatario corresponde en la relación contractual locativa, es la de pagar la renta o merced arrendaticia; sin embargo, mientras el contrato esté vigente, puede exigir al arrendador el cumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que éste puede reclamarle las rentas o ejercitar la acción de desahucio por falta de pago, sin que pueda obstar el descubierto en las rentas en los arrendamientos sometidos a la Ley especial.* (Sentencia de 14 de octubre de 1966; no ha lugar.)

3. **ABUSO DE DERECHO: EXISTENCIA:** *La exigencia de derechos que en la realidad no existen, es una de las formas más claras de abuso de derecho.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

4. **SUBARRIENDO: FALTA DE AUTORIZACIÓN:** *Nada afecta la alegación de que desde hace diez años viene cediendo a diversas personas la vivienda, teniendo en conocimiento el propietario, ya que aquí se trata de un caso concreto, y para el cual no se ha obtenido autorización del propietario; y en cuanto a este caso concreto ha habido con ello subarriendo.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

5. **SUBARRIENDO: EXISTENCIA:** *El retorno de la hija del inquilino, al domicilio paterno, una vez separada de su marido, no puede estimarse por sí sola, como constitutiva de subarriendo, sino obligado recurso de la hija casada que separada del esposo, busca el natural amparo en el domicilio de su padre.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

6. **SUBROGACIÓN: EXISTENCIA:** *La situación arrendaticia se consolidó, dada la conducta que durante siete años observó la propiedad del inmueble, que con sus actos exteriorizó, sin dejar la menor duda, su voluntad de aceptar la subrogación pretendida.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *En caso de conflicto, la función social de la propiedad debe servir con preferencia para satisfacer las necesidades del titular del dominio, obligado a habitar en vivienda ajena cuando tiene la propia de su hijo.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Hay necesidad ya que los hijos del actor estudien una carrera, no puede considerarse de caprichosa o superflua, sino un legítimo derecho de ellos y, a la vez, un deber del padre, conforme al Código Civil, el educar a sus hijos e instruirles con arreglo a su fortuna, como también es claro el derecho a elegir el lugar donde hayan de cursar sus estudios cuando no existen centros docentes de la especialidad elegida en el lugar de su residencia, y es lógico y perfectamente justificado que se elija aquel lugar en que disponga de vivienda, más aún en épocas como la actual, en que es notorio las dificultades que ofrece el problema de la vivienda. Y no es posible tomar en consideración los razonamientos respecto a que los estudios suponen una etapa transitoria en la vida de los hijos de familia, pues ningún precepto del Ordenamiento especial regulador de los contratos de locación de fincas urbanas exige que la necesidad haya de mantenerse durante toda la vida o un dilatado periodo de tiempo.* (Sentencia de 11 de octubre de 1966; ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *El actor, con destino en Guadalajara, pasó a otra situación administrativa por cumplimiento de la edad reglamentaria, con cese en aquel cargo, fijando su residencia en Madrid. En ese su anterior destino, la residencia en Guadalajara era obligada, fuese voluntaria o forzosa, mas al cesar en él, tenía que elegir necesariamente residencia, y así lo hizo en Madrid, siendo ello acreditativo de necesidad.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *En la L. A. U. cuando se trata de viviendas habla de ocupación y no de cierre como en los locales de negocio, y es evidente que la vida cotidiana y normal de ocupación del piso por un inquilino no se ha realizado por el recurrente en el plazo de los seis meses que dice el precepto legal, aunque alguna vez lo haya visitado o realizado limpieza, etc., pero siempre de manera transitoria y esporádica, no como permanencia en el mismo a los efectos de su ocupación, realizando en él la vida normal familiar.* (Sentencia de 5 de octubre de 1966; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *Al establecerse las dos concretas condiciones de que la desocupación dure más de seis meses y ello ocurra en el curso de un año, sin decir que la suma del tiempo de aquéllos haya de computarse en lapso único e ininterrumpido, hay que interpretar que éste se completa por desocupaciones discontinuas, ya que de otro modo bastaría con que el inquilino cortara el curso de los seis meses cuando fueran a cumplirse, ocupando la vivienda algún o algunos*

días para que tuviera que volver a contarse el tiempo del término legal de desocupación, con lo que este medio, y con su repetición, se haría imposible la aplicación del precepto comentado, burlándose la razón y el propósito que le inspiraron. (Sentencia de 7 de octubre de 1966; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *La vivienda estuvo ocupada por el demandado hasta que cesó en ella como hogar suyo y sólo continuó allí ejerciendo sus actividades profesionales, no puede estimarse la desocupación, pues en realidad no ha estado la misma sin ocupar, sino tan sólo ha habido una modificación en cuanto al modo de su utilización, lo que en su caso podrá originar otra distinta causa resolutoria, pero nunca la desocupación, que exige una total desocupación durante el lapso de tiempo señalado.*

VIVIENDA: CARÁCTER: *La vivienda no pierde el carácter de tal por la circunstancia de que su inquilino la dedique con exclusividad al ejercicio de sus actividades profesionales.*

VIVIENDA: CARÁCTER: *No hay impedimento legal para hacer compatible en la vivienda que ocupa de su propiedad su morada particular y el ejercicio de sus actividades profesionales, porque lo dispuesto en los textos legales que regulan las viviendas de renta limitada, de tener que dedicarlas exclusivamente a domicilio permanente, sin que bajo ningún pretexto pueda dárseles un uso distinto, no significa la exclusividad de una dedicación completa a morada particular de sus ocupantes, sino que siendo ésta la finalidad primordial y que ha de cumplirse inexcusablemente, ello, sin embargo, no es obstáculo para que se pueda simultanear tal uso con el desempeño de las actividades de trabajo, negocio o profesión de sus respectivos moradores. (Sentencia de 11 de octubre de 1966; ha lugar.)*

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN PREVIA: IMPROCEDENCIA: *No han de seleccionarse las viviendas que no constituyen medio adecuado a las necesidades del que las pretende. (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: CARÁCTER DE INQUILINO: *El Banco de España se halla comprendido en el radio de aplicación del artículo 66 de la L. A. U. (Sentencia de 3 de octubre de 1966; ha lugar.)*

15. RENTA: *Sigue vigente para el arrendador la obligación, que se negó a cumplir, de extender en los recibos de renta, en capítulo aparte, el importe de los suministros y servicios, que por ahora, en las viviendas no suntuarias, no ha sido absorbido como renta legal. (Sentencia de 6 de octubre de 1966; ha lugar.)*

II. Derecho Procesal

1. **COMPETENCIA:** *La competencia de los órganos jurisdiccionales no se define por la acción que el actor pudo utilizar, sino por la que real y efectivamente ejercita.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; no ha lugar.)

2. **RECURSOS: REQUISITOS: CONSIGNACIÓN:** *Teniendo en cuenta que el recurrente consignó en 29 de abril las rentas de marzo y abril, al formularse en 13 de mayo el recurso de apelación no acreditó haber satisfecho la renta de dicho mes, que, con arreglo al contrato, debía pagar adelantada, en los tres primeros días del mismo, es obvio que el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado inferior no debió ser admitido y, en consecuencia, ha de declararse firme esa resolución y nulas todas las actuaciones posteriores.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil

1. VINCULACIÓN DE LA NATURALEZA DEL SUBARRIENDO A LA DEL ARRIENDO: *El contrato de subarriendo, tanto por su naturaleza como por su nombre, depende en cuanto a su existencia y consecuencias del contrato principal de arriendo.* (Sentencia de 25 de febrero de 1966 en la que se estima que si el arriendo es de local de negocio, el subarriendo debe reputarse de igual clase a efectos de competencia; no ha lugar.)

2. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: REQUERIMIENTO PREVIO DEL ARRENDADOR; DERECHO INTERTEMPORAL: *La norma introducida en el artículo 58 de la L. A. U., por la reforma de 1964, exigiendo un requerimiento previo al ejercicio de la acción resolutoria por defecto de notificación, es aplicable aunque la defunción del inquilino se produjera antes de la vigencia de la reforma de la L. A. U. de 1964, dada la retroactividad otorgada a la nueva norma por la Disposición transitoria 12.^a* (Sentencia de 26 de marzo de 1966; no ha lugar.)

3. NECESIDAD BASADA EN MATRIMONIO: TIEMPO DE CELEBRACIÓN: *No cabe denegar la prórroga del arriendo con base en un matrimonio no celebrado al expirar el año de preaviso.* (Sentencia de 21 de abril de 1966; no ha lugar.)

4. NECESIDAD; ABUSO; FRAUDE DE LEY: *El hecho de que el actor comprara, en comunidad con sus hermanos, la finca objeto de la denegación de prórroga, no es acto abusivo o fraudulento y si el móvil de la acción es disponer del piso para ocuparlo con su esposa e hijos, por no tener vivienda propia, se trata de una realidad sentida y una finalidad lícita.* (Sentencia de 1 de julio de 1966; ha lugar.)

5. NECESIDAD; FALTA DE ESPACIO: *La necesidad de vivienda deriva del hacinamiento de la familia en una vivienda insuficiente.* (Sentencia de 31 de enero de 1966; no ha lugar.)

6. NECESIDAD; CONVIVENCIA DE PADRES E HIJOS: *No cabe imponer la convivencia no querida de padres e hijos en oposición a una demanda de negación de prórroga por necesidad, basada en el deseo de independizar el hogar de los hijos respecto al de los padres.* (Sentencia de 31 de marzo de 1966.)

7. NECESIDAD; FALTA DE LA MISMA: *No procede la denegación de prórroga por necesidad, si en el requerimiento se alega, por el beneficiario de la misma, el hecho de habitar en una barraca que ha de ser desalojada y en la demanda se habla simplemente del hecho de habitar en una barraca, y si, además, durante los siete años en que el actor ha habitado en la mencionada barraca, adquirió un inmueble en el que se reservó el piso objeto de la denegación de prórroga —percibiendo el arrendador 41.000 pesetas a cuenta de*

alquileres, a descontar a razón de 150 pesetas al mes— y vendiendo los otros tres pisos del mismo. (Sentencia de 2 de mayo de 1966; ha lugar.)

8. NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA DE CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS A AQUELLA DE QUE SE DISPONE: *Es irrelevante oponer, a la denegación de prórroga por necesidad, la alegación de que la vivienda que se reclama es de análogas características a aquella de que ya dispone el beneficiario de la denegación de prórroga, si se trata de viviendas colindantes y aquél necesita el conjunto formado por las dos. (Sentencia de 8 de febrero de 1966; no ha lugar.)*

9. NECESIDAD: MUNICIPIOS DISTINTOS QUE FORMAN UNA UNIDAD URBANÍSTICA: *Cabe reclamar una finca en Badalona, aunque el lugar de trabajo radique en Barcelona, ya que una y otra población forman una agrupación urbana a efectos del artículo 63 de la L. A. U. (Sentencia de 11 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

NOTA: Esta sentencia y las dos siguientes, ratifican el criterio de la Audiencia de Barcelona, según el cual, el término «localidad» utilizado en el artículo 63 y el de término municipal, empleado en el propio artículo, han de ser objeto de una interpretación extensiva, haciéndolos equivalentes a unidades urbanísticas, de modo que entren en los mismos tanto los Municipios aislados como aquellas agrupaciones físicas de municipios que en realidad integran una sola unidad de población como ocurre en múltiples municipios del cinturón de Barcelona. En efecto, en esta población, en la que se ha seguido un criterio diametralmente opuesto al mantenido respecto a Madrid, se da la circunstancia de que las calles de la misma penetran en los términos municipales colindantes —Hospitalet de Llobregat, San Adrián del Besós, Santa Coloma de Gramanet, etc., que son en realidad verdaderos barrios de Barcelona— sin que se haya producido la anexión de tales términos a la capital. Teniendo en cuenta semejante situación y el espíritu de la Ley, es lógico que se considere como una sola localidad o término, a dos municipios cuyas vías edificadas se suceden sin solución de continuidad.

10. NECESIDAD: CAUSAS: *No existe «numerus clausus» de causas de necesidad:*

AGRUPACIÓN URBANÍSTICA: *San Adrián, por hallarse inmediata a Barcelona ha de considerarse formando parte de esta última ciudad a efectos de la denegación de prórroga por necesidad, aun cuando constituyan municipios independientes.*

NECESIDAD DERIVADA DE JUBILACIÓN: *Cabe negar la prórroga por necesidad si se ha de abandonar la vivienda ocupada por razón de relación laboral como consecuencia de la jubilación, ya sea voluntaria o forzosa, pedida por una persona de ochenta y un años. (Sentencia de 14 de abril de 1966; no ha lugar.)*

11. NECESIDAD: LUGAR DE DOMICILIACIÓN: *Demostrada la necesidad del actor de gozar de vivienda independiente, puede elegir entre inmueble radicado en Sabadell o Sarñañola, máxime teniendo en cuenta la proximidad de ambas poblaciones y autorizando el Fuero de los Españoles a que éstos fijen su residencia en cualquier lugar dentro del territorio nacional. (Sentencia de 17 de febrero de 1966; ha lugar.)*

12. NECESIDAD: REQUERIMIENTO: BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR VERSE OBLIGADO A ABANDONAR SU ANTIGUA VIVIENDA: *Si el motivo de necesidad invocado es la precisión de desalojar la antigua vivienda, es*

indiferente la causa de tal obligación de desalojo, siendo irrelevante una discrepancia al efecto entre el requerimiento y la demanda denegatoria; lo primordial es el requerimiento. (Sentencia de 25 de febrero de 1966; no ha lugar.)

13. NECESIDAD: LEGITIMACIÓN DEL MARIDO: *El marido siempre está legitimado para representar a su mujer, máxime si la acción ejercitada se encamina a proporcionar hogar independiente al matrimonio. (Sentencia de 17 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECUPERACIÓN DE VIVIENDA POR EL INQUILINO DESALOJADO: DEDICACIÓN PARCIAL A LOCAL DE NEGOCIO DE VIVIENDA RECLAMADA POR NECESIDAD: *No es causa de recuperación de vivienda por parte del inquilino desalojado por el ejercicio de una acción resolutoria por necesidad, el hecho de que el beneficiario de la denegación de prórroga dedique parte de la vivienda a ampliar un local de negocio contiguo si, en definitiva, utiliza el resto de la misma para habitar en ella. (Sentencia de 25 de enero de 1966.)*

15. NECESIDAD: ACCIÓN IMPUGNATORIA POR VENTA POR PRECIO SUPERIOR AL DE CAPITALIZACIÓN: LITIS PENDENCIA: *Pendiente una demanda de impugnación de venta basada en el artículo 53 de la L. A. U., no cabe que el adquirente de la vivienda ejercite la acción denegatoria de prórroga por necesidad. (Sentencia de 26 de marzo de 1966; ha lugar.)*

16. RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO POR NECESIDAD: *No existe situación de necesidad si aunque la familia del inquilino, compuesta por el matrimonio y una niña de dos años, pernocta en una sola habitación, dicha familia dispone de dos habitaciones destinadas a comedor, en una de las cuales hay una cama plegable. (Sentencia de 4 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

17. NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: PRUEBA: *La falta de consumo de fluido eléctrico revela, de modo concluyente, que la vivienda no sirve a las necesidades de habitación. (Sentencia de 10 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

18. INCREMENTOS DE RENTA: REPERCUSIÓN DE OBRAS: NOTIFICACIÓN: *Al notificar la repercusión por obras no basta citar el precepto legal correspondiente sino que hay que indicar la clase de obras, el capital invertido y el porcentaje resultante. (Sentencia de 31 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

19. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: LEGITIMACIÓN PASIVA: *En el proceso de resolución de arriendo por causa de subarriendo ilícito no es preciso demandar al subarrendatario. (Sentencia de 18 de noviembre de 1966; no ha lugar.)*

20. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: TÍTULO DE CONVIVENCIA DIVERSO: *La presencia en una vivienda del marido e hijos de la doméstica, no responde a cesión o subarriendo, ni es causa de resolución, si se debe a agradecimiento de la inquilina por las atenciones y servicios de la doméstica. (Sentencia de 21 de abril de 1966; no ha lugar.)*

21. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: CONOCIMIENTO DEL SUBARRIENDO POR EL ARRENDADOR: *No procede la resolución del arriendo, por omisión de la notificación del subarriendo prevista en el artículo 18 de la L. A. U., si la existencia del subarriendo era conocida por el arrendador, hasta el punto de que el subarrendatario fue impuesto al inquilino por el administrador del inmueble. (Sentencia de 3 de mayo de 1966; ha lugar.)*

22. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILEGAL DE VIVIENDA: CADUCIDAD: *Procede la resolución si al entrar en vigor la modificación introducida en el artículo 25 de la L. A. U., por la ley de 1964, y al presentarse la demanda en febrero de 1964, la acción no había caducado.* (Sentencia de 17 de febrero de 1966; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: *Procede la resolución, por transformación de una vivienda en un taller para la confección de fundas de plástico.*

SUSPENSIÓN DEL PROCESO CIVIL CON BASE EN PROCESO PENAL: *El artículo 114 de la Ley de E. crim. tiene carácter excepcional y no es aplicable si lo alegado es, no la falsedad de un documento, sino la de las declaraciones vertidas, en juicio, de modo verbal.* (Sentencia de 15 de febrero de 1966: no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR MUERTE DEL INQUILINO SIN DEJAR SUCESOES ARRENDATICIOS: SUPUESTA CESIÓN INTER VIVOS: PAGO DE RENTAS POR EL OCUPANTE: *No cabe presumir que se produjera una cesión «inter vivos» si el inquilino, supuesto cedente, siguió habitando la vivienda hasta su fallecimiento. El cobro por el arrendador de recibos de renta, tras la muerte del inquilino y a nombre de éste no supone el otorgamiento de un arriendo en forma tácita al ocupante que abonaba tales recibos, ya que el arrendador tiene derecho, durante la sustanciación del proceso de resolución, a la debida compensación económica por la ocupación de la vivienda.* (Sentencia de 19 de enero de 1966; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO: DESALOJO DEL SUBARRENDATARIO: *No infringe la Ley la sentencia que, al decretar la resolución del arriendo por fallecimiento del inquilino sin dejar sucesores arrendatarios, acuerda el desalojo del subarrendatario del antiguo inquilino.* (Sentencia de 19 de enero de 1966; no ha lugar.)

26. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: LIMITACIONES: *La nueva norma de la L. A. U. sobre autorización judicial de obras se refiere a las que sean de mejora. No cabe la autorización judicial de obras que supondrían la desaparición de los límites físicos entre edificios colindantes de distinta pertenencia.* (Sentencia de 10 de marzo de 1966; no ha lugar.)

NOTA: Se trataba de una solicitud de autorización para abrir una comunicación entre el local arrendado y otro contiguo perteneciente a distinto propietario; con razonable criterio la Audiencia, de acuerdo con el órgano de instancia, ha denegado la autorización.

27. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS: AUMENTO DE RENTA: *La elevación de renta por autorización judicial de obras presupone que haya sido pedida por el arrendador y que el Juez la estime justa.*

SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: ÁMBITO DEL RECURSO: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia; no cabe basarlo en infracciones procesales.* (Sentencia de 6 de junio de 1966; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. COMPETENCIA: DESTINO INICIAL: *A efecto de la competencia hay que tener en cuenta la naturaleza del arriendo, derivada del destino inicial, sin*

que sean relevantes las modificaciones de destino introducidas unilateralmente por el inquilino. Es indiferente, a efecto de competencia, que el subarrendatario de la vivienda, contra la voluntad del arrendador, estableciera en la misma un consultorio médico. (Sentencia de 31 de enero de 1966; no ha lugar.)

2. PROCESO ARRENDATICIO URBANO: COMPETENCIA: CAMBIO DE LA CLASE DE ARRIENDO: *No afecta a la competencia el que el destino del arriendo haya sido alterado unilateralmente por el inquilino.* (Sentencia de 21 de abril de 1966; no ha lugar.)

3. ACCIONES ARRENDATICIAS: LEGITIMACIÓN PASIVA: ADMINISTRADOR: *Las demandas que los inquilinos deduzcan ejercitando derechos arrendaticios deben dirigirse contra el arrendador propietario —o usufructuario o de título análogo— y no contra el administrador, aunque éste fuera el que, en calidad de tal administrador, suscribiera el contrato.* (Sentencia de 25 de febrero de 1966; no ha lugar.)

4. DESALOJO DE CONDÓMINO: *No puede ser desalojado, al amparo del artículo 58 de la L. A. U. —resolución por fallecimiento del inquilino sin dejar sucesores arrendaticios— el condómino de un inmueble que, al fallecer el inquilino, se introdujo en la vivienda, pues la situación creada por tal introducción se halla regida por el Derecho común.* (Sentencia de 3 de junio de 1966; no ha lugar.)

5. REQUISITO DE PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA APELAR: APRECIACIÓN DE OFICIO: *Debe decretarse de oficio la firmeza de la sentencia recurrida, si se advierte que no se acreditó el pago o consignación de rentas al apelar.* (Sentencia de 2 de febrero de 1966; no ha lugar.)

6. SUPPLICACIÓN: CUESTIONES DE PRUEBA: *Las cuestiones de prueba no son materia del recurso de Supplicación.* (Sentencia de 14 de febrero de 1966; no ha lugar.)

7. SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: DOCTRINA LEGAL: *El recurso de suplicación tiene naturaleza extraordinaria; las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal a efectos de suplicación.* (Sentencia de 2 de marzo de 1966; no ha lugar.)

8. SUPPLICACIÓN: NATURALEZA DEL RECURSO: LIMITACIÓN DE CAUSAS: *El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria, no constituyendo una tercera instancia y siendo limitado a las señaladas en la L. A. U., las causas en que cabe fundarlo.* (Sentencia de 18 de febrero de 1966; no ha lugar.)

9. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: SUPPLICACIÓN: *La calificación del arriendo, como de vivienda o local de negocio, es revisable en suplicación.*

NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *Frente a quien tiene necesidad, no cabe oponer el abuso de derecho.* (Sentencia de 6 de junio de 1966; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA CONJUNTA DE TRES HIJAS DE LA ARRENDATARIA DE LAS QUE SÓLO DOS REALIZAN LA NOTIFICACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4.º DEL DECRETO 28 DE SEPTIEMBRE DE 1956: EFECTOS DE TAL NOTIFICACION: *Subrogadas conjuntamente al fallecimiento de la arrendataria sus tres hijas, al amparo de lo prevenido en el artículo 71 de la L. A. U. de 1946, el hecho de que solamente dos de ellas notificaran la subrogación, de conformidad con el artículo 4.º del Decreto de 28 de septiembre de 1956, no obsta a que la situación de convivencia y subrogación conjunta siguiera subsistente, no produciendo otros efectos tal notificación defectuosa que los señalados en ese precepto, sin privar en manera alguna a la demandada del derecho a ser considerada como subrogada de su madre conjuntamente con sus dos hermanas.* (Sentencia de 8 de marzo de 1966; desestimatoria.)

2. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: VIUDA DEL CESIONARIO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CESIÓN NO NOTIFICADA AL ARRENDADOR: *La viuda del cesionario carece del derecho a subrogarse en el contrato al fallecimiento de éste, pues la falta de notificación de la cesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.º del Decreto de 28 de septiembre de 1956, hace inaplicables los artículos 58 y 59 de la L. A. U. vigente, que en su Disposición Final 2.ª, de modo expreso, ha declarado no derogados, entre otras disposiciones, el Decreto-ley de 14 de septiembre de 1956 y el Decreto antes citado.* (Sentencia de 9 de marzo de 1966; estimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DE DOS VIVIENDAS PARA DOS HIJOS DEL ARRENDADOR: SELECCIÓN DE LOS ARRENDATARIOS: FRAUDE DE LEY: *Al seguirse por separado dos demandas de resolución por necesidad de dos viviendas para dos hijos del arrendador puede producirse fraude de Ley al no haberse hecho la selección en forma legal, por no existir más que esas dos viviendas seleccionables, pues podría suceder que se estimara una de aquéllas y se desestimara la otra, y que el inquilino condenado al desalojo fuera preferente para ser excluido con respecto al otro.* (Sentencia de 7 de febrero de 1966; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 64 NÚMERO 3.º DE LA L. A. U.: SU CARÁCTER: *El requerimiento previo a los inquilinos de la casa para que manifiesten las circunstancias de posposición que en ellos concurren, como dispone el número 3.º del artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es sólo una facultad que se le concede al arrendador, cuya falta no obsta a la validez del que se le haga al inquilino afectado.* (Sentencia de 24 de febrero de 1966; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NECESIDAD CREADA POR EL BENEFICIARIO DE LA ACCIÓN: *Conviviendo con la actora su hija, la beneficiaria de la acción, y familia en casa de la que aquélla es copropietaria con mayoría de participaciones, arrendada a su hijo político, y habiéndose fallado en su contra proceso de resolución de necesidad, no le es dable promover a los pocos meses nuevo juicio con base en haber rescindido el contrato voluntariamente, pues la necesidad ha sido creada por la beneficiaria de la acción.* (Sentencia de 18 de marzo de 1966; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: SÓLO DEBE RECAER SOBRE LAS VIVIENDAS ADECUADAS PARA SATISFACER LA NECESIDAD: *El carácter de funcionario de un inquilino cede ante una vivienda que, aunque teóricamente debiera ser elegida para denegarle la prórroga, sus características le impiden cubrir la necesidad que hay que satisfacer, por lo que no debe ser tenida en cuenta en la selección.* (Sentencia de 24 de marzo de 1966; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: AUMENTO DE NECESIDADES FAMILIARES POR CRECIMIENTO DE LOS HIJOS: *Si el actor al adquirir la casa en que habita, en 1951, tenía tres hijos, el mayor a la sazón de cuatro años, al haberle nacido un nuevo hijo en 1961 y llegar a la pubertad el varón y las dos hembras mayores, hay que admitir se ha producido un indudable aumento de sus necesidades familiares, resultando la vivienda, que cuenta solamente con cuatro piezas contiguas y comunicados entre sí, comedor, cocina y dos dormitorios para aquél, su esposa y cuatro hijos, el varón de dieciocho años y las tres hembras de dieciséis, catorce y cuatro años, respectivamente, notoriamente insuficiente, sin que las dependencias destinadas a granero, cuadra y pajar puedan computarse al efecto de desvirtuar la necesidad invocada.* (Sentencia de 2 de abril de 1966; estimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN DEL ADQUIRENTE DE VIVIENDA CALIFICADA DE BONIFICABLE: *Partiendo del hecho cumplidamente acreditado, de que el título de adquisición de la vivienda por parte del actor aparece inscrito en el Registro de la Propiedad, esa titularidad registral le legitima como poseedor real, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en orden al incumplimiento de lo legislado sobre viviendas bonificables.* (Sentencia de 21 de mayo de 1966; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: VIVIENDA ENTREGADA CON DEFECTO GRAVE TRAS LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR OBRAS: *Constituye justa causa de desocupación la actitud del arrendador que, tras suspender el contrato por obras de ampliación de vivienda en el inmueble, entrega su piso al demandado con grave defecto en la chimenea de la cocina, al no absorber los humos haciendo irrespirable la atmósfera y se niega a su acondicionamiento, pues dicho defecto, según informe pericial, es debido a la construcción de un nuevo piso sobre la vivienda litigiosa; y, si bien, su arreglo, como reparación necesaria, podría efectuarse por el inquilino — artículo 110 de la L. A. U. — ni ello implica que esté obligado, ni cabe olvidar que tal precepto contempla solamente el supuesto normal de obras en local ocupado, no teniendo razón de ser la pretendida entrega del piso, dada la*

importancia de las obras efectuadas por el propietario con el defecto de referencia. (Sentencia de 30 de marzo de 1966; estimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN: *Las obras de reconstrucción pueden alterar la configuración de lo arrendado, y así, según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1964, la destrucción de un techo y su reconstrucción supone modificación, pues no es necesario esperar al final de la obra.* (Sentencia de 21 de marzo de 1966; estimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: AUTORIZACIÓN PARA OBRAS DE ADAPTACIÓN: SU ALCANCE: *La autorización para obras de adaptación no puede extenderse a cuantas estimare convenientes realizar el arrendatario durante el plazo de duración del contrato, pues tal autorización no es indefinida ni ilimitada.* (Sentencia de 4 de febrero de 1966; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR RUINA: IRRELEVANCIA DE SU GRADO: *Según doctrina jurisprudencial reiterada, esta causa de resolución es igualmente operante cualquiera que sea el grado de extensión de la ruina, total o parcial, inminente o no, incluso la incipiente.* (Sentencia de 21 de abril de 1966; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR RUINA: DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA: OBRAS DE CONSOLIDACIÓN DISPUESTAS POR LA PROPIA AUTORIDAD MUNICIPAL: *Firme la declaración de ruina, no es óbice a la resolución pretendida la realización de obras de consolidación dispuestas por la Autoridad municipal, ni tampoco el que para ello no se ordenara el desalojo, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1957, el precepto arrendaticio —artículo 114, causa 10.ª— considera como causa de resolución del contrato la mera declaración administrativa de ruina, sin distinguir los casos en que sea preciso el lanzamiento de aquel en que no lo sea.* (Sentencia de 21 de abril de 1966; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR RUINA: FIRMEZA DEL ACUERDO MUNICIPAL POR CADUCIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA EL: *Suspendidas en la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones del recurso contra el acuerdo municipal de ruina el 3 de julio de 1964 hasta tanto no formulara el recurrente demanda de pobreza, y presentada la de resolución del contrato con base en ese acuerdo el 14 de diciembre de 1965, es visto que había vencido ya el plazo del año tenido en cuenta por el Tribunal de aquella jurisdicción para declarar la caducidad, no siendo óbice el que ello se hiciera por proveído de fecha posterior.* (Sentencia de 21 de abril de 1966; desestimatoria.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Si bien es cierto que este especial medio impugnativo no permite, por regla general, atacar la valoración probatoria hecha por el juzgador de instancia, ello no impide que quepa ponderar la actividad disci-*

minatoria llevada a efecto por aquél al hacer la calificación jurídica del contrato, con base en las conclusiones que de los hechos deduzca en el juicio lógico que toda resolución de este tipo supone. (Sentencia de 16 de febrero de 1966; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES REVISORAS DE LA SALA: *La Sala, de acuerdo con la naturaleza de este recurso, tiene facultad revisora de las consecuencias jurídicas extraídas por el Juzgado ante los hechos que el mismo declara probados.* (Sentencia de 21 de marzo de 1966; estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: POSIBILIDAD DE NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: ALCANCE DE ESTA FACULTAD: *La posibilidad de denunciar en el recurso la equivocada valoración de la prueba, según las reglas legales para su estimación, al amparo de lo prevenido en el artículo 132 de la L. A. U., no quiere decir ni implica una revisión de la práctica por el Juzgado, sino la simple autorización para mostrar que el juzgador de instancia dejó de aplicar una norma o precepto valorativo de la prueba a la que tenía que ceñirse, por estar limitada en este punto su libertad de apreciación.* (Sentencia de 28 de abril de 1966; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPOSIBILIDAD DE FUNDARLO EN LA ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO CUANDO NO SE APLICA EN LA SENTENCIA RECURRIDA: *La única motivación que en este aspecto cabe en el recurso de suplicación, conforme a los claros términos del artículo 132 de la L. A. U., es la errónea aplicación de dicha teoría, autorizada con la indudable finalidad de evitar y corregir el uso desmedido o infundado que de un tan amplio arbitrio judicial pudiera hacerse al actuar la facultad otorgada por el artículo 9, sin que, por consiguiente, dicho motivo pueda indebidamente extenderse a aquellos supuestos, como el de autos, en que la sentencia de instancia lejos de aplicar, rechaza por improcedente el juego y aplicación de esa doctrina.* (Sentencia de 16 de mayo de 1966; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: IMPROCEDENCIA: ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Es improcedente el recurso de suplicación fundado en error de hecho en la interpretación de las pruebas, sin cita de precepto o de doctrina legal, que se hayan infringido y sin tener en cuenta que no se aplicó en la sentencia recurrida el abuso de derecho.* (Sentencia de 31 de mayo de 1966; desestimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: MOMENTO INICIAL DEL PLAZO DE CADUCIDAD: *Si la inquilina, con anterioridad al actual proceso, fue requerida de desalojo por necesidad del arrendador, compareció como tal en el acto conciliatorio previo y también se personó y se opuso en el juicio subsiguiente, que terminó por sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1965, es en esta fecha cuando la cesión pudo tomar cuerpo y exteriorizarse, a los efectos del plazo de caducidad, pues mientras se tramitó este proceso la arrendataria ocultó celosamente el hecho de la cesión.* (Sentencia de 8 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

2. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO DEFECTUOSO: *Discutiéndose en el pleito si al fallecer el titular del contrato éste subsistió, subrogándose la viuda, o si se extinguió por falta de notificación fehaciente, era preciso demandara todas aquellas personas a las que arregladamente a lo estatuido en el artículo 58 de la L. A. U. de 1956, bajo cuyo imperio se produjo el óbito de aquél, en relación con la Disposición Transitoria 10.ª, pudieron acceder a la titularidad del arrendamiento, imponiéndose la apreciación de oficio de tal defecto.* (Sentencia de 10 de junio de 1966; estimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DE NO NECESIDAD DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 63 DE LA L. A. U.: PERÍODO DE TIEMPO AL QUE HAY QUE REFERIR EL DESALOJO DE LA VIVIENDA: *La presunción «juris tantum» de no estar acreditada la necesidad, establecida en el número 3.º del artículo 63, requiere para su actuación que el desalojo de la vivienda se haya producido con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga al inquilino, es decir, dentro de ciento ochenta días precedentes a esa notificación, pero no en el semestre posterior o al periodo comprendido entre ella y la presentación de la demanda.* (Sentencia de 2 de diciembre de 1966; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: ENFERMEDAD CARDÍACA: *Si se sienta como probado que la desocupación de la vivienda, por plazo superior al legal de los seis meses fue debida a la imprescindible necesidad en que se vio la demandada de situarse en Madrid, como única posibilidad de observar el reposo en cama o en sillón, que se le prescribió médicamente para combatir adecuadamente su enfermedad cardíaca, se impone la desestimación de la demanda.* (Sentencia de 12 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR DERRIBO DEL EDIFICIO: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR EL DOCUMENTO POSIBILITADOR DEL DERECHO DE RETORNO IMPUTADA A ARRENDADOR Y ARRENTATARIO: *Si el no otorgamiento del documento prevenido en el artículo 81 de la L. A. U. es atribuible a las dos partes contratantes obligadas a suscribirlo, como la Ley no establece sanción alguna —según la doctrina jurisprudencial— cada parte conserva los derechos que la misma Ley les reconoce y, en su consecuencia, el arrendatario, el de retorno.* (Sentencia de 6 de julio de 1966; estimatoria.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COMPARECENCIA DE LA ACTORA A LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO EN PROCESO DE COGNICIÓN EJERCITANDO ACCIÓN DE CONTENIDO ECONÓMICO SUPERIOR A MIL QUINIENTAS PESETAS SIN ASISTENCIA DE LETRADO: *Si bien la demandante acudió a la celebración del juicio en proceso de cognición, en el que el valor económico de la pretensión a ventilar ascendía a 1.800 pesetas, no lo hizo asistida de Letrado (párrafo 1.º, artículo 28, Decreto de 21 de noviembre de 1952 y número 2.º del artículo 10 de la L. E. C.), por lo que no compareció en forma legal, y, en consecuencia, como los únicos medios probatorios de que posteriormente podía valerse eran los de confesión judicial y documental en los casos y formas que se establece en los artículos 508 y siguientes de la L. E. C. (artículo 49 del Decreto citado), ninguno de los cuales fue propuesto con posterioridad al acto indicado, es visto que procede desestimar la demanda.* (Sentencia de 11 de julio de 1966; desestimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SITUACIONES QUE NO ENGENDRAN LA RESOLUCIÓN DEL VÍNCULO LOCATIVO: *El subarriendo no puede colegirse, según la doctrina generalmente admitida, por la mera presencia de persona distinta del arrendatario, cuando tal hecho tiene otra significación, esto es, la de convivencia familiar, hospedaje o, simplemente la residencia esporádica por relación social o parental, supuestos todos ellos que se dan en la vida de relación y que escapan al cuadro obligacional locativo, y, de consiguiente, no vulneran el vínculo contractual.* (Sentencia de 26 de enero de 1965; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O CESIÓN: SITUACIONES DISTINTAS BASADAS EN LA CONVIVENCIA FAMILIAR: *La doctrina jurisprudencial, conforme a la cual la introducción de un tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada es suficiente para presumir una cesión o un subarriendo, no tiene aplicación cuando el supuesto cesionado o subarrendatario es un descendiente o un pariente dentro del tercer grado, por impedirlo lo dispuesto en los artículos 4 y 24 del Ordenamiento arrendaticio.* (Sentencia de 25 de febrero de 1965; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA ILEGAL: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: *Si unos días después de ocurrir el fallecimiento del inquilino, su viuda, que con él convivía, comunicó tal acontecimiento al actor, propietario arrendador de la vivienda, y posteriormente lo manifestaron así los propios interesados a la presencia judicial, es visto que la demandada hizo la notificación fehaciente del número 3.º del artículo 58 de la L. A. U., porque la notoriedad en ella le imprime evidencia y ésta es una de las manifestaciones más completas y acabadas de la fehaciencia.* (Sentencia de 16 de febrero de 1965; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: INEXISTENCIA DE PERSONA CON DERECHO: *Si no hay nadie con derecho a subrogarse al fallecimiento del inquilino, ni los ocupantes podían notificar tal hecho negativo, ni el arrendador podía requerir o reclamar la concurrencia de tal circunstancia inexistente.* (Sentencia de 25 de febrero de 1965; desestimatoria.)

5. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: REQUISITOS A CUMPLIR POR EL ARRENDADOR: *El artículo 58 de la L. A. U., en su actual redacción, exige en caso de fallecimiento del titular arrendaticio, no sólo la notificación de la subrogación que tenga lugar, sino el requisito por parte del arrendador para el caso de*

que los ocupantes no hubieran cumplido el requisito anterior. (Sentencia de 25 de febrero de 1965; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ES SUFICIENTE EL MERO DESEO DE ROMPER UNA CONVIVENCIA FAMILIAR: *Sin necesidad de discriminación alguna, basta la invocación del simple deseo de vivir en lugar independiente para estimar justificada la pretensión de denegación de prórroga; y este principio exonera al preaviso de investigar las razones de la determinación del actor.* (Sentencia de 21 de enero de 1965; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESEO DE VIDA INDEPENDIENTE: PRUEBA: *Para que prospere la acción resolutoria por necesidad, basada ésta en el deseo del actor de romper la convivencia con su madre, es preciso demostrar la existencia de dicha situación.* (Sentencia de 3 de febrero de 1965; desestimatoria.)

8. SELECCIÓN DE VIVIENDA: CONVIVENCIA DE FAMILIARES: *Los hijos del inquilino casados y sus consortes y descendencia que reanudan la convivencia en la vivienda litigiosa deben computarse, a efectos de selección de vivienda, tengan o no dependencia económica de aquél y siempre que la fecha de la reanudación de esa convivencia sea anterior al preaviso.* (Sentencia de 4 de febrero de 1965; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SISTEMA LEGAL DE SELECCIÓN: NO ES SUFICIENTE PARA EXCLUIRLO EL MERO DESEO DEL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE INSTALAR SU DESPACHO PROFESIONAL EN VIVIENDA CONTIGUA A LA QUE HABITA INSUFICIENTE POR AUMENTO DE SUS NECESIDADES FAMILIARES: *No constituye necesidad, sino mera conveniencia o comodidad, el deseo del beneficiario de la denegación de prórroga de instalar su despacho de Abogado, por aumento de sus necesidades familiares, en el piso contiguo al que habita, para abrirle comunicación interior, prescindiendo del sistema legal de selección, del que solamente están excluidas las viviendas que dentro del edificio se encontrasen habitualmente deshabitadas, si no constituye medio adecuado para satisfacer la necesidad sentida.* (Sentencia de 4 de febrero de 1966; estimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE PROSPERAR LA CAUSA DE NECESIDAD SI NO SE CONCRETÓ EN EL PREAVISO: *No puede fundarse la resolución pretendida en le deseo de romper la convivencia con parientes, si esta circunstancia no se hizo constar en el acto de conciliación previo a la interposición de la demanda, en el que los postulados fundamentadores de la misma deben tener precisa concreción.* (Sentencia de 17 de febrero de 1965; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA COPROPIETARIA DE LA FINCA LITIGIOSA: *La excepción de falta de legitimación activa en la beneficiaria de la denegación de prórroga, propietaria en proindiviso con una hermana suya de la finca litigiosa, por reconocer como causa eficiente el interés de los partícipes, no reside en el demandado, sino en la propia comunidad.* (Sentencia de 27 de febrero de 1965; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NO USO: ENFERMEDAD DE LA ARRENDATARIA: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *La ausencia temporal de la arrendataria fundada en motivos*

de salud, si piensa caso de no empeorar, regresar a la vivienda litigiosa, constituye justa causa de desocupación que impide acceder a la resolución, y ello aunque medie la circunstancia de que un hijo ayude a su anciana y enferma madre abonando la renta, dadas las obligaciones alimenticias existentes entre padres e hijos. (Sentencia de 25 de febrero de 1965; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NO USO: INQUILINA QUE POR RAZÓN DE ENFERMEDAD SE TRASLADA DEFINITIVAMENTE A CASA DE UNA HIJA: *Si la demandada por padecer enfermedad calificada de «artrosis» y «varicosis» se ha trasladado definitivamente a casa de una hija, y no sólo en los períodos de agudización de su dolencia, hay que presumir que se trata de un caso de desocupación no accidental, sino permanente, y, por tanto, no amparado por justa causa.* (Sentencia de 13 de marzo de 1965; desestimatoria.)

• II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA Y FINALIDAD: *Por su especial naturaleza el recurso de suplicación se halla limitado al control de la aplicación de las normas de índole extraprocesal, y de éstas, de las que están comprendidas en la L. A. U., por fidelidad a su fin que es la unificación de la jurisprudencia arrendaticia.* (Sentencia de 26 de febrero de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTAD DE LA SALA PARA VALORAR LA PRUEBA RELATIVA A CUESTIONES VENTILADAS EN EL PROCESO NO RECOGIDAS EN LA SENTENCIA DEL JUEZ «A QUO»: *La circunstancia de no haber sido examinadas y resueltas en la sentencia recurrida la totalidad de las cuestiones planteadas, obliga a la Sala a realizar un estudio de las pruebas practicadas en relación exclusiva con aquellos puntos respecto de los cuales guarda silencio el Juez «a quo», pues en este supuesto el Tribunal recobra, por excepción, toda la plenitud jurisdiccional.* (Sentencia de 25 de febrero de 1965; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS: *En esta clase de recursos, cuando se interponen por infracción de Ley o de doctrina legal, ha de partirse siempre en su decisión, por imperio de lo dispuesto en el artículo 132 de la L. A. U., del supuesto de hecho que se declare probado en la sentencia suplicada.* (Sentencia de 9 de junio de 1965; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DE PROCEDIMIENTO: *La denunciada infracción del artículo 30 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, artículo 359 de la L. E. C. y de la doctrina legal contenida en reiterada jurisprudencia respecto a la desestimación plena de una demanda cuando los documentos en que funda su derecho el demandante se aportan a destiempo, son cuestiones «in procedendo» que escapan del ámbito de la suplicación.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: CARÁCTER DE ESTE REQUISITO PREVIO: *La consignación de la renta por el arrendatario es un requisito necesario y esencial para la admisión del recurso de suplicación; de ineludible observancia; de interpretación rigurosa y restringida, sin cuyo total y exacto cumplimiento es un imposible procesal la admisión del recurso.* (Sentencia de 18 de febrero de 1965; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: REDUCCIÓN UNILATERAL POR EL ARRENDATARIO DE LA PACTADA A LA DECLARADA POR EL ARRENDADOR A EFECTOS FISCALES: *No cumple con lo prevenido en el artículo 148 de la L. A. U. el arrendatario que consigna para interponer el recurso de suplicación, no las rentas adeudadas, sino una cantidad inferior, alegando que una vez extinguido el plazo contractual, redujo unilateralmente la renta pactada a la declarada a efectos fiscales, pues tanto la Ley de 1956 como la actual privan al arrendatario de la facultad de autorrevisión que le concedía el artículo 133 de la Ley de 1946.* (Sentencia de 18 de febrero de 1965; estimatoria.)

6. Selección de Sentencias de Suplicación da la Audiencia Territorial de La Coruña

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. ABUSO DE DERECHO: CIRCUNSTANCIAS QUE LO CONFIGURAN: *Es doctrina jurisprudencial sobradamente conocida la que rechaza la aplicación del abuso de derecho a un negocio que se realiza al amparo de un precepto legal, y si no concurren, además, las circunstancias de falta de interés legítimo e intención de dañar.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSAS DEPENDIENTES DE LA VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO: *Si el juzgador establece que el destinatario de la vivienda abandonó la que tenía desde la celebración del matrimonio, en virtud de una sentencia judicial resolutoria, no se puede concluir que esta decisión constituye una causa dependiente de la voluntad del arrendatario y no ajena, pues esto valdría tanto como afirmar que idéntica condición investiría a casi todas las comprendidas en el artículo 114, siempre dependientes en su origen de un acto nacido de dicha voluntad.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1966; estimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O CESIÓN: NO PROCEDE: CASUÍSTICA: *La situación de subarriendo o cesión requiere el desplazamiento de la titularidad arrendaticia en todo o en parte, conferida por el arrendatario en favor de tercero, bien bajo merced —subarriendo— o sin ella —cesión—, lo que en modo alguno puede entenderse producido por el hecho de que la arrendataria, con la que permanecen en la vivienda litigiosa en régimen de convivencia familiar, el otro demandado con su esposa e hijos, haya ingresado por causa de enfermedad en un Hospital, toda vez que siendo ésta una circunstancia temporal carece de eficacia, por sí sola, para generar aquellas situaciones.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA ENTRE PARIENTES: HECHO OSTENSIBLE: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *Si la sentencia recurrida da como probado, con el carácter de hecho ostensible, que en el año 1958 el titular arrendaticio al contraer segundas nupcias abandonó la vivienda litigiosa cediéndosela a una hija, hay que partir de esa fecha para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de resolución que al arrendador concede la Ley.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SITUACIONES DE CONVIVENCIA: *No produce la resolución la situación de convivencia, nacida al amparo del artículo 27 de la L. A. U. de 1946, que continúa en la actualidad con la misma persona,*

si la sentencia recurrida afirma que fue consentida y aun autorizada por el arrendador y no niega que se hubiera realizado la notificación fehaciente a la que alude la Disposición Transitoria 5.ª de la L. A. U. de 1955, que además cabe entender adecuadamente cumplimentada con los referidos consentimiento y autorización. (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO: NO PROCEDE SI SE TRATA DE UNA SITUACIÓN DE CESIÓN PARCIAL: *El apartamiento total del arrendatario sobre una parte del objeto arrendado perfectamente determinado para un ulterior uso independiente; la sustitución del espacio cedido por unas edificaciones hechas a cargo del cesionario y la permanencia del arrendamiento sobre los mismos locales arrendados con la variación de sus elementos personales, configura una situación que habrá de subsumirse en el ámbito de la cesión arrendaticia y no del subarriendo, sin que constituya obstáculo la probable existencia de una renta, ya que ésta puede no ser consecuencia de la cesión de uso hecha por el arrendatario primitivo, sino de la permanencia del arrendamiento, y bien pudiera ser que así cubra la autorización del dominio.* (Sentencia de 13 de julio de 1966; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR HOSPEDAJE ILEGAL: MUTACIÓN FORMAL DE LA SITUACIÓN FÁCTICA CON ANTERIORIDAD A LA EXIGENCIA LEGAL DE AUTORIZACIÓN: *Procede la resolución, cuando una situación de hospedaje de más de dos personas, que había sido autorizada con anterioridad a la exigencia legal de autorización expresa y escrita, sufre mutación formal con posterioridad, sin la previa obtención de dicha autorización.* (Sentencia de 16 de mayo de 1966; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR TENENCIA ILEGAL DE HUÉSPEDES: CONDUCTA DEL ARRENDADOR INDUCTORA DEL HECHO ALEGADO COMO CAUSA RESOLUTORIA: *No puede entenderse que se da la buena fe en el arrendador que, con su comportamiento, ha provocado y colaborado en la producción por el arrendatario del hecho básico de la acción resolutoria, por aquél promovida, al enviar sus clientes al piso de la demandada cuando no podía darles alojamiento en su industria de hospedaje.* (Sentencia de 16 de mayo de 1966; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS QUE NO AFECTAN A LA EXISTENCIA DE DICHA CAUSA: *No hay ningún precepto que obligue a justificar la existencia de un motivo para que cualquier persona pueda, en un momento determinado, romper una convivencia que no desea continuar.*

La tardanza de cuatro años en el ejercicio de la acción de denegación de prórroga no afecta a la necesidad alegada, por ser inconsumibles los efectos del requerimiento. (Sentencia de 13 de julio de 1966; estimatoria.)

10. PRESUNCIÓN DE NO NECESIDAD: CASOS A LOS QUE NO ES APLICABLE: *El párrafo 3.º del artículo 63 de la L. A. U. es de aplicación a los casos de propietario único o a aquellos otros en que las facultades de disposición se encuentran concentradas en una sola persona, pero carecen de aplicación a los casos de copropiedad en que las facultades de disposición corresponden a la totalidad de los comuneros y que para el disfrute exclusivo de una vivienda*

por parte de uno de ellos, es necesario el acuerdo de todos o, por lo menos, de la mayoría. (Sentencia de 13 de julio de 1966; estimatoria.)

11. REQUERIMIENTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO ES NECESARIO HACER CONSTAR EL OFRECIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN AL INQUILINO: *No resulta necesario en el requerimiento hacer al inquilino el ofrecimiento de la indemnización que proceda, cuya ponderación cuantitativa no podría constituirse entonces por depender de factores que sólo ulteriormente se manifestarían, cuales son las opciones que le ofrece el artículo 66 en orden a la dilación o premura en su desalojo aquiescente, como determinantes del porcentaje indemnizatorio.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: IGLESIA CATÓLICA: EXENCIÓN DE PRUEBA: *El requisito de la declaración de necesidad hecho por el Ministerio correspondiente, lo exige el artículo 76 de la L. A. U. para las Corporaciones de Derecho público, pero no para la Iglesia que distingue de aquéllas el párrafo 1.º del citado precepto legal.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

13. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA: LA INSTALACIÓN DE VIVIENDA DEL CAPELLÁN Y SERVICIOS DE LA PARROQUIA NO TRANSFORMAN LAS DEPENDENCIAS OCUPADAS: *Con la instalación de la vivienda del Capellán y servicios de la Parroquia en las dependencias litigiosas —piso 2.º abohardillado y planta baja y accesorios— no se produce la transformación prevenida en dicha Disposición Adicional, máxime en este caso en que el bajo está destinado a vivienda y cuadra con puerta aneja.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CARENCIA DE VIVIENDA DEFINITIVA E INDEPENDIENTE EN EL LUGAR DONDE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD LABORAL DEL BENEFICIARIO: *Quien orienta su vida familiar instalándose definitivamente en una determinada localidad, en proyección de su actividad laboral, en uso del perfecto derecho a elegir libremente su residencia, careciendo de vivienda definitiva e independiente en ella, pues la situación de subarriendo, aparte implicar convivencia no deseada, es inestable desde el momento en que no se admite la prórroga forzosa, y en tanto no se evidencie que ello responde a una ficción, se encuentra en la genérica situación de necesidad que ampara el apartado 2 del artículo 63.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

15. ORDEN SELECTIVO: ALCANCE DEL TÉRMINO PENSIONISTA: *El vocablo «pensionista» a dichos efectos, deberá admitirse en su precisa acepción administrativa de personas que, integradas en las Clases Pasivas del Estado, perciban pensiones del Tesoro, sin prestación de actividad, normalmente como derivación de funciones públicas antaño desempeñadas o para recompensa de servicios beneméritos a la Patria, por lo que sólo cabe admitir, como relevantes para el caso, las situaciones contempladas en la legislación de dichas Clases.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

16. ORDEN SELECTIVO: CONCEPTO DE FAMILIA A ESTOS EFECTOS: CIRCUNSTANCIAS IRRELEVANTES: *El concepto de familia ha de entenderse ampliamente, con-*

forme a su tradicional significado, que se deriva del principio de unidad y vinculación de las personas que viven juntas por razón de parentesco, sin que esta convivencia pueda ser coartada por la situación de independencia o no de los convivientes.

También es irrelevante el hecho de que la hija del demandado que con él convive en la ciudad de L... atienda desde allí, dada la escasa distancia que les separa, la Escuela de C..., de la que es Maestra titular. (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

17. ORDEN SELECTIVO: ALCANCE DE LA FUNCIÓN PÚBLICA A ESTOS EFECTOS: *El artículo 64 de la L. A. U. es de exégesis restrictiva, lo que lleva a estimar que, con excepción de los del Movimiento, no se invisten de la condición de funcionarios públicos, los que presten sus servicios en Entidades paraestatales, con patrimonio independiente.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

18. ORDEN SELECTIVO: LUGAR QUE OCUPA EL LOCAL CONSTRUÍDO PARA CASA HABITACIÓN QUE SE ARRIENDA DESPUÉS PARA OFICINAS DONDE EL ARRENDATARIO EJECE PROFESIÓN COLEGIADA SIN TENER EN ÉL SU HOGAR FAMILIAR: *Al amparo de lo prevenido en la Disposición Transitoria 14.^a, en relación con el artículo 62, 1.º, el local construído para servir de casa-habitación que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se hubiera arrendado con el fin de ejercer en él actividad industrial, comercial o de enseñanza con fin lucrativo —en este caso, oficinas para el desempeño de profesión colegiada—, aunque a tenor del texto legal merezca la calificación de local de negocio, a efectos del orden selectivo del artículo 64, se entenderá situado, cuando el arrendatario no tuviera en él su morada, entre las viviendas que no sirvan de hogar familiar y la ocupada por familia menos numerosa.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

19. ORDEN SELECTIVO: VIVIENDAS SITUADAS EN EDIFICACIONES HABITABLES DISTINTAS PROPIEDAD DEL ARRENDADOR: *Aunque en el nuevo artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se advierte la supresión del epígrafe 3, existente en su comienzo a «fincas arrendadas por pisos» hay que interpretarla en el sentido de que mantiene en esta tesitura toda latitud del arrendador para optar por cualquiera de las casas de su propiedad que prefiera y respecto a la cual designada habrá de jugar circunscritamente el orden de selección.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

20. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: DESHABITABILIDAD: *No cabe discernir el motivo de la deshabitabilidad de la vivienda elegida por el actor, ya que el artículo 64 contempla únicamente el supuesto de vivienda habitualmente deshabitada para hacer gravitar sobre la misma, en primer término, el ejercicio de la acción denegatoria de la prórroga arrendaticia, cuando se actúa al amparo de la causa 1.^a del artículo 64 de la L. A. U.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

21. NECESIDAD: NO EXISTE: CASUÍSTICA: *No se dan los presupuestos para que exista necesidad, si el marido de la hija de la actora, para quien se pide*

el piso litigioso, ocupa una casa de su propiedad que constituye lugar adecuado para habitar en ella ambos cónyuges y sus hijos, no habiéndose probado que los primeros se hallen separados de hecho. (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

22. NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA SU CONFIGURACIÓN: *No puede darse de la necesidad una definición en términos absolutos, sino que habrá de apreciarse en cada caso real y específico, en conexión con la situación o circunstancia que de hecho la produce, y así no se puede prescindir de las razones de tipo moral y educativo, dentro de una ética cívica, que dan relevancia en este aspecto al hecho de que la hija del matrimonio demandante, por su edad —ocho años— ocupe una habitación independiente.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

23. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Es lógico, legal y humanamente razonable que todo propietario de una finca urbana tenga derecho a rescindir una locación, cuando las necesidades ordinarias de su familia lo exigen, como en el caso contemplado, en que el constituir 15 personas entre el matrimonio, los hijos y la servidumbre, indudablemente no pueden acondicionarse en una superficie útil de unos 100 metros cuadrados.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

24. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CARACTERÍSTICAS DEL DESALOJE FORZOSO DEL ARRENDADOR DE LA VIVIENDA QUE OCUPA, COMO SUPUESTA CAUSA DE NECESIDAD: *El desaloje forzoso de la vivienda que ocupa, que alega el actor para denegar la prórroga, ha de ofrecer de alguna manera un cariz compulsivo de inexcusable realización.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

25. NECESIDAD CREADA POR VOLUNTAD DEL ACTOR: NO PROCEDE LA RESOLUCIÓN: *No puede estimarse la existencia de necesidad en el demandante, que hace de tres a cinco años, cuando sus necesidades familiares eran las mismas que en la actualidad, redujo su propia vivienda, destinando a otros usos dos dependencias de la casa, una a comercio de ultramarinos y la otra a peluquería de señoras.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

26. NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS QUE NO LA DESVIRTÚAN: CASUÍSTICA: *Establecida la necesidad en favor de la beneficiaria de la denegación de prórroga que con su familia convive en el hogar del actor, no la desvirtúa la circunstancia de que su esposo pueda tener opción, como empleado de una empresa mercantil, a acceder en concepto de inquilino a vivienda que ésta facilita a sus asalariados.* (Sentencia de 27 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

27. RESOLUCIÓN POR NO USO: CÓMPUTO DEL PLAZO LEGAL DE DESOCUPACIÓN: *Este cómputo, a los efectos de la resolución del contrato, debe realizarse, no dentro del año natural, sino a contar desde el día siguiente en que se deje de habitar aquélla.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

28. RESOLUCIÓN POR NO USO: PROCEDE: CASUÍSTICA: *La domiciliación del demandado en moradas distintas a la litigiosa sirve precisamente para reforzar, en la sentencia recurrida, la manifiesta certeza de la clausura perma-*

nente de ella, por plazo superior a los dos años, en cuanto que le depara todas las posibilidades de aprovechamiento útil de vivienda que, antes de dejarla desocupada, le proporcionaba el goce posesorio de la cuestionada. (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

29. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: LO ES EL CAMBIO TEMPORAL DE LUGAR DE TRABAJO DEL MARIDO DE LA ARRENDATARIA NO DEBIDO A SU VOLUNTAD: *Concurre justa causa de desocupación en el hecho de que el marido de la titular arrendaticia, sólo accidentalmente y por convenirle así a la Empresa donde presta sus servicios, ha de residir temporalmente en lugar distinto al en que fue contratado, ya que esta residencia accidental se impone contra la voluntad o sin la voluntad de aquél, y repugnaria a la moral y al Derecho el romper la unidad del matrimonio obligando a la arrendataria a vivir separada de su marido.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1966; estimatoria.)

30. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: LOCAL INHABITABLE: *No es vivienda apta para satisfacer las necesidades del demandado un local que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, según informe de la Fiscalía de la Vivienda.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

31. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: INAPTITUD DE LA DISPONIBLE PARA SATISFACER LAS NECESIDADES DEL DEMANDADO: CASUÍSTICA: *No puede entenderse apta para satisfacer las necesidades del demandado la vivienda de que dispuso en el plazo de seis meses con anterioridad a la demanda, por su mayor altura, sesenta escaleras y sin ascensor, en relación con el bajo en que habita, dadas las enfermedades que aquejan tanto a aquél como a su madre que con él convive, que prescriben totalmente en ésta y hacen recomendable en el primero el no subir ni bajar escaleras.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

32. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: NO PROCEDE: CASUÍSTICA: *La adquisición en condominio por la arrendataria de otro inmueble, en unión de otros hermanos distintos a los que con ella han convivido, nada tiene que ver con el supuesto contemplado en el número 4 del artículo 62 de la L. A. U., que exige la ocupación de dos viviendas en la misma población, sin que sean necesarias.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

33. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: CIRCUNSTANCIAS QUE NO LA DESVIRTÚAN: *La categoría urbanística de la calle en que se hallan las viviendas disponibles en función de la categoría social del arrendatario no puede considerarse más que como una mayor comodidad que responde a una apreciación subjetiva suya, pero siempre muy distinta de la necesidad y que nunca justifica que se multiplique el disfrute de locales por una sola persona.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1966; estimatoria.)

34. RESOLUCIÓN POR DERRIBO: NOTIFICACIÓN EN LA QUE NO SE EXPRESA LA FECHA DEL COMIENZO DE LAS OBRAS: *Si en la notificación que el propietario del inmueble a derruir realizó a la inquilina no se expresa la fecha en que han de ser iniciadas las obras, es indudable que no está bien hecha, y como*

el conocimiento de esta fecha es esencial, pues de él se deriva para el arrendatario la necesidad de cumplir, antes de que llegue, ciertas obligaciones de cuyo incumplimiento se derivan perjuicios para el mismo, que incluso pueden acarrearle la pérdida del derecho de retorno, aparece claro que no procede la resolución del contrato. (Sentencia de 29 de diciembre de 1966; estimatoria.)

35. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: AUTORIZACIÓN DEL APODERADO DE UNO DE LOS COPROPIETARIOS DE LA VIVIENDA LITIGIOSA: *La autorización concedida por el copropietario ha de estimarse como eficaz para liberar al arrendatario de la responsabilidad de la realización de las obras, pues como condueño hizo creer en el consentimiento de la comunidad a que representaba.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

36. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA: INQUILINO QUE EJERCE PROFESIÓN COLEGIADA: *No basta para que pueda originarse atribución de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 122, párrafo 1.º y 123 L. A. U. que el inquilino que deba ser parte en la «litis» sea titular de una determinada profesión colegiada, sino también que la realice, con efectividad, en la vivienda de que se trate.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

37. EL EJERCICIO DE UNA PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA EN LA VIVIENDA A EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL: *El ejercicio de una pequeña industria doméstica en la vivienda litigiosa, por el que ni siquiera se satisface contribución, no puede identificarse con el de profesión colegiada por la que se satisfaga tributo, a los efectos de atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia.* (Sentencia de 28 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

II. Derecho Procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA Y FINALIDAD: *El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y de aplicación restringida; no constituye una tercera instancia, siendo su finalidad la unificación de criterios interpretativos de la Ley dentro del territorio jurisdiccional de cada Audiencia Territorial.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FUNDAMENTACIÓN: *La fundamentación de este recurso ha de hacerse sobre la base de considerar infringido un precepto de la L. A. U., de su doctrina legal, o bien y en el especialísimo caso que el artículo 132 establece, del abuso de derecho; y, si bien no pueden desconocerse los preceptos generales, tanto del Código civil como de la Ley Adjetiva, lo serán como complemento y aclaratorios de las taxativas reglas que aquella Ley prescribe, pero en ningún caso por sí solos.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS PROBADOS: EXCEPCIÓN SUS PRESUPUESTOS: *La intangibilidad de los hechos que fija como probados el juzgador de instancia en el ejercicio de su exclusiva valoración probatoria no abre otra excepción que la que surge de la errónea aplicación del abuso de derecho, y sólo cuando esta aplicación equivocada se efectúa en virtud de los deducidos por aquél, con infracción de las reglas legales de la estimación de la prueba.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD DE CITAR EL PRECEPTO QUE SE SUPONE INFRINGIDO: *Por su carácter formalista, en el escrito de interposición del recurso deben ser citados, de un modo concreto, el precepto o preceptos que se estimen infringidos por la resolución recurrida y el sentido en que se cometió la infracción.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es lícito invocar como motivo de suplicación la infracción por inaplicación del artículo 1.253 del Código civil, por cuanto este precepto es uno más de los reglados por la Ley, regulando la prueba de presunciones, que es precisamente, en unión de otros, un simple medio de prueba, por lo que al pedirse la aplicación de la misma en este típico y limitado cauce resultaría vulnerado el artículo 132 de la L. A. U.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO ES DABLE AL RECURRENTE SUSTITUIR SU PERSONAL CRITERIO SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA POR EL MÁS OBJETIVO DEL JUEZ «A QUO»: *El criterio personal del recurrente no puede sustituir el más objetivo e imparcial de la sentencia recurrida, que ha de permanecer incólume, mientras tanto no se acredite, por un acto o documento auténtico, la evidente equivocación del juzgador en la fijación de los hechos probados, como antecedente indispensable y preciso para determinar si realmente existe la violación de los preceptos legales que el escrito de formalización del recurso denuncia.* (Sentencia de 12 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NORMAS QUE DEBEN REPUTARSE INFRINGIDAS: *Es inoperante el recurso que se basa en la infracción de preceptos y doctrina legal relativos a la valoración de la prueba practicada en autos, con olvido de que la suplicación tiene que fundarse en la infracción de normas de derecho sustantivo.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DE LA SALA EN CUANTO AL ABUSO DE DERECHO: *Alegado el abuso de derecho en el escrito de demanda y no acogido por el Juez «a quo», no puede invocarse como motivo del recurso de suplicación su inaplicación, pues el artículo 132 de la L. A. U. sólo consiente a la Sala el decidir si tal teoría se ha aplicado o no erróneamente.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SUBSUNCIONES JURÍDICAS: *En este recurso la intangibilidad de la valoración probatoria efectuada por el juzgador de instancia, se refiere exclusivamente a los hechos deducidos, no a las consecuen-*

cias o subsunciones jurídicas, que son precisamente la materia de aquél. (Sentencia de 15 de noviembre de 1966; estimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EJERCICIO POR EL ARRENDATARIO DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS POR EL ARTÍCULO 54 DE LA L. A. U.: *El arrendatario puede imponer al arrendador el cumplimiento de la prevención del artículo 54 de dos maneras: bien mediante el ejercicio de una acción de mera declaración de sus derechos, bien mediante la posibilidad de excepcionar el incumplimiento del orden selectivo, si fuese requerido de denegación de prórroga, sin perjuicio de la validez del título en que se apoya ese requerimiento, entre los contratantes; pero lo que no puede es ejercitar, por analogía, la acción impugnatoria de la transmisión, recogida en el artículo 53.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE «LITISPENDENCIA»: *Por su carácter netamente procesal, hay que excluir dicha excepción del ámbito del recurso de suplicación.* (Sentencia de 29 de diciembre de 1966; desestimatoria.)

12. LA NECESIDAD ANTE EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: HECHOS PROBADOS: *Si bien la necesidad como concepto jurídico es revisable ante la Sala de Suplicación, es también evidente que para fijar el verdadero alcance de tal situación es preciso partir de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ACCIÓN RESOLUTORIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Según reiterada doctrina jurisprudencial, para ejercitar la acción resolutoria no es necesario que acredite el arrendador el dominio sobre la vivienda litigiosa.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

14. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LA RENTA Y, POR CONSECUENCIA, DE LA DEVOLUCIÓN DE LO COBRADO INDEBIDAMENTE POR EL ARRENDADOR: *La devolución de las cantidades indebidamente cobradas por el arrendador no es extraña a la normativa arrendaticia, ya que es un pago indebido por consecuencia de una relación arrendaticia urbana, al serle de aplicación el artículo 8.º, en relación con el número 4 del artículo 101 de la LAU.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; estimatoria.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.

Extranjero, 540,— pesetas.

Número suelto: España, 125,— pesetas.

Extranjero, 150,— pesetas.