

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XIX  
FASCICULO III



JULIO-SEPTBRE.  
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

ALFONSO DE COSSÍO: <i>La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español</i> ... ..	527
LUIS DíEZ PICAZO: <i>La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español</i> .	555
RAMÓN LÓPEZ VILAS: <i>Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento</i> ... ..	575

### Vida Jurídica

#### I. Noticias

<i>Conferencia del profesor Luis M. Ribo, en el Instituto de Derecho Comparado del C. S. I. C. (Barcelona), por Francisco Vega Sala</i> ... ..	617
--	-----

#### II. Dictámenes

<i>Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente, por Juan B. Jordano Barea</i> ... ..	619
---	-----

**Bibliografía**

**Libros** ..... 629

Libros recibidos: *Institut International pour l'Unification du Droit privé*, por José Bonet Correa; LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de familia*, por Manuel Peña; PAJARDI, Piero: *La separazione personale del coniugi nella giurisprudenza*, por Gabriel García Cantero; SAEZ JIMENEZ, Jesús, y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, Epifanio: *Compendio de Derecho procesal, civil y penal*, por Luis Vacas Medina.

**Revistas**

*A cargo de Rodrigo Bercovitz, Antonio Manuel Morales Moreno y Justo Jiménez Nicolás* ... .. 639

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

*A cargo de don Antonio de Leyva y Andía* ... .. 657

**Jurisprudencia**

**I. Estudios jurisprudenciales:**

*Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por O. Vicente Torralba Soriano ... .. 661

**II. Sentencias comentadas:**

*Matrimonio civil de españoles en el extranjero (Sentencia de 14 de noviembre de 1963)*, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós ... .. 709

**III. Sentencias** ..... 714

**IV. Sentencias de suplicación:**

1. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid* ... .. 737

2. *Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona* ... .. 741

3. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia* ... .. 746

4. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña* ... .. 747

5. *Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos* ... .. 756

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 123.—1958.

## IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XIX  
FASCICULO III

JULIO-SEPTIEMBRE

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.

## La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español

ALFONSO DE COSSIO  
Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Derecho civil ampara determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio, y al dotarles de la consideración de bienes jurídicos, crea un sistema de poderes conferidos al individuo para su eficaz defensa, que viene a constituir el aspecto positivo del ordenamiento privado. La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, lo que da lugar a una reacción de ese ordenamiento, la cual constituye su aspecto negativo: es decir, que la violación de la norma primaria da lugar a la entrada en juego de la norma secundaria o sancionadora, que actúa mediante la compulsión en las personas, mediante la pena, o simplemente, y esta es la característica fundamental de Derecho civil, a través de la indemnización de daños y perjuicios, convirtiendo el contenido de la obligación, en una prestación de carácter económico.

La lesión de un bien jurídico determina, por tanto, el nacimiento de una responsabilidad, en cuanto *el hecho causal* del daño o del perjuicio puede ser *imputado* o atribuido a una determinada persona, la cual habrá, por tanto, de sufrir la compulsión, sufrir la pena o reparar por su cuenta el daño, es decir, *responder* de la infracción producida. Cuando esta responsabilidad, nacida de la imputación, determina la imputación de una pena, se nos presenta como *responsabilidad penal*, y se construye como una relación de Derecho público, que excede del campo de la libre disposición de los particulares; en cambio, cuando se nos presenta como determinante de una reparación pecuniaria, aparece como *responsabilidad civil*, que entra de lleno en el ámbito del Derecho privado, dando origen a una relación *inter partes* accionada tan sólo a través de la iniciativa de la persona perjudicada.

Claro está que tal discriminación se funda más bien en los efectos que en las causas de la responsabilidad, es decir, que en los hechos

que pueden dar lugar a una u otra forma de la misma. La circunstancia de que se trate o no de hechos que por su gravedad o trascendencia afecten no sólo al interés de los particulares, sino también al orden público, es lo que da lugar a que sean definidos como típicos por la ley, y sometidos, por tanto, al régimen del Derecho penal, si quiera, en cuanto hayan venido a dañar un patrimonio privado, dén lugar, además, a una responsabilidad civil de contenido pecuniario. Los delitos y cuasi delitos civiles, por su parte, no son definidos como típicos, y constituyen tan sólo una violación de la norma general que impone a todo miembro de la comunidad jurídica la obligación de no dañar a otro, y producen únicamente —ya que solamente a los particulares interesan— una obligación de contenido económico, a través de la cual se consigue el justo resarcimiento.

Planteadas así la cuestión, no existe entre ambas responsabilidades más que una diferencia de grado o de intensidad de la culpa que las da nacimiento. Sin embargo, el Derecho civil moderno tiende a plantear el problema en unos términos muy diferentes a los que dan nacimiento a la responsabilidad penal, porque no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas, y así, más que de una imputación personal, se trata aquí de una imputación patrimonial, y la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa.

En realidad, este cambio de punto de vista se manifiesta de una manera palmaria en la *doctrina de la causalidad*, concepto elaborado fundamentalmente por los penalistas, partiendo del principio de que quien es causa de la causa es causa del mal causado, y que, por tanto, el hombre que voluntariamente causa un evento responde de los daños y perjuicios que pueden derivarse de su conducta: si el hecho dañoso es ajeno a su voluntad o, simplemente, si los daños posibles estaban fuera de su previsión, desaparece el nexo causal y la responsabilidad no nace, porque no basta para ello causar física o materialmente un hecho, es preciso, además, que este hecho sea imputable moralmente a su autor.

Ello, en el fondo, implica ya el acudir para llevar a cabo la imputación a criterios distintos del de la mera causalidad, no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinados, por ejemplo, la relación de propiedad con la cosa productora del daño, la de dependencia de la persona causante del mismo en relación con la declarada responsable, el ejer-

cicio de una actividad lícita, aunque creadora de riesgos, el indebido enriquecimiento, el pacto anterior...

Así planteadas las cosas, es evidente que la teoría de la responsabilidad civil se convierte en un caso especial dentro de la general teoría de los riesgos: el Derecho civil pretende distribuir socialmente las consecuencias económicas de todos los riesgos a que se encuentran sometidas las personas y las cosas. Hasta ahora habían venido considerándose como dos mundos distintos el de la responsabilidad civil y de los riesgos, separados entre sí por la frontera que significaba la fuerza mayor y el caso fortuito, fundado aquél en la conducta culposa de un sujeto y buscando éste su base en otros títulos que pudieran servir de razón suficiente para la atribución de tales consecuencias: el riesgo lo soporta el comprador, las cosas perecen para su dueño, quien recibe un beneficio debe soportar también el perjuicio... Hoy tales distancias se acortan y la distribución de los riesgos se lleva a cabo a través de toda una gama de matices, que permiten realizarla atendiendo en cada caso concreto a las más diversas circunstancias, siendo la culpa tan sólo uno de los muchos principios que es preciso tener en cuenta.

Existe un deber de solidaridad que impone a todos la obligación de comportarse de manera que no se perjudique el interés de otro más allá de la tutela del propio, de modo que no solamente se prohíbe el acto de emulación, sino que se excluye toda forma de ejercicio del derecho subjetivo que pueda resultar incivil o nociva. Por otra parte, se intenta ampliar los poderes del Juez, introduciendo una responsabilidad por equidad, aun fuera de los tipos clásicos establecidos por la Ley. Resulta, por tanto, evidente que un criterio de mera causalidad, debe ser en absoluto excluido, siquiera pueda servirnos de base, en muchos casos, para llevar a cabo la imputación, que en definitiva, tendrá su fundamento jurídico no en ella, sino en otra clase de consideraciones, basadas en principios de justicia y de equidad.

Supongamos, como ejemplo, el incendio de una casa: si nada más que este hecho se prueba, la pérdida patrimonial la sufrirá exclusivamente su propietario, ya que las cosas perecen para su dueño; si ha sido causado culposamente por otra persona, ésta soportará en definitiva tal perjuicio; pero si el responsable es insolvente, y la casa estaba asegurada contra incendios, el riesgo lo soportará el asegurador; si el incendio fue provocado por la caída de una aeronave, aunque no haya mediado culpa por parte de la empresa que la utilizaba, será ésta quien deba soportar también el daño del incendio, en virtud de la responsabilidad objetiva que gravita sobre esta clase de navegación, en atención a los beneficios que de ella obtiene quien la explota; si la persona que causó el incendio se hallaba en culpa, responderá también aquél que la tuviere a su servicio; si el incendio se produjo en virtud de una catástrofe, puede el Estado acordar indemnizar los daños a los perjudicados, siendo entonces el erario público quien soporta el riesgo...

Quiere ello decir que no nos basta en modo alguno el concepto de causa para poder llevar a cabo la imputación, lo que no impide que el mismo siga ofreciendo una fundamental importancia en el campo de la responsabilidad, siquiera su utilización exija una serie de precisiones previas, sin las cuáles carecería en absoluto de utilidad.

#### EL CONCEPTO DE CAUSA NATURAL Y EL CONCEPTO DE CAUSA JURÍDICA

La idea de Creación, introducida por la filosofía cristiana de inspiración bíblica, había de dar una fundamental importancia al concepto de causa eficiente. Siendo la existencia del mundo y de todos los elementos que le integran puramente *contingente*, se llega a la conclusión de que todo ser en el tiempo es siempre un ser causado: todo ser y todo acaecer temporales se deben a una causa, la cuál es a su vez el efecto de otra causa anterior, lo que nos hace ascender a través de una cadena ininterrumpida, hasta llegar a la causa primera. De aquí se sigue también, que toda causa se halla dotada de una virtualidad interna, en cuanto contiene *in potentia* el efecto que está llamada a actualizar, o lo que es lo mismo, que entre la causa y el efecto se da una relación de necesidad, impuesta por la naturaleza misma de las cosas.

Este orden de necesidad, tiene, sin embargo, como origen un acto libre de su causa primera, y, lo que es más significativo para el Dehecho, puede ser igualmente interferido por actos libres puestos por los sujetos humanos. Nos encontramos, por tanto, ante un orden de necesidad y ante un orden de libertad que conviven en el mundo, y dentro de cada uno de los cuales puede señalarse con toda precisión la relación de la causa con su efecto. Es claro que si el evento causante de un resultado tiene su origen en el orden de necesidad impuesto a la naturaleza, no puede servir de base a una imputación; pero si, por el contrario, encuentra su raíz en un acto libre del hombre, le puede ser moralmente imputable.

Ocurre, sin embargo, que la relación efecto- causa es en la realidad mucho más compleja. Como hacía notar Stuart Mill, todo fenómeno es, desde el punto de vista físico, la resultante de todas las condiciones, positivas y negativas que han conducido a producirlo, de forma que faltando una de esas condiciones, no se produciría el resultado. Es decir, que el efecto no es el efecto de una causa, sino el resultado de todo un complejo de condiciones, cada una de las cuáles, positiva o negativamente, tiene una transcendencia causal del mismo. Partiendo de este punto de vista, von Buri entendía que la "suma de todas las fuerzas que tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, debe ser considerada como causa del mismo", de donde se sigue que las condiciones de un resultado no pueden ser diferenciadas entre sí, pues "una condición, o es *conditio sine qua non* de ese resultado o no es nada, ya que no se da una tercera posibilidad".

Es decir, que todas las condiciones son *equivalentes*, tienen el mismo valor, y por lo tanto, basta que un acto o una omisión humana sean *conditio sine qua non* de un resultado para que deba entenderse como causa del mismo, y le haga imputable a su autor. Sin embargo esta tesis en el plano jurídico, presenta serias dificultades, y tal vez por afirmar demasiado, no resuelve nada. El ejemplo clásico que se ha puesto para demostrar su inconsistencia e inutilidad es el del armero que vende la pistola con que luego se comete el asesinato, ignorando, desde luego, el fin a que la va a destinar el comprador: ¿será causa del delito? Porque no existe duda que si no hubiera vendido el arma, el asesinato no podría haberse realizado... por lo menos con ella.

Tal orden de consideraciones nos conduce a la conclusión de que no todos los elementos que condicionan la producción de un resultado pueden ser considerados jurídicamente como causas del mismo; ni siquiera en un plano meramente físico parece correcta tal conclusión, y así no han faltado autores que han distinguido entre la *causa eficiente* —ésto es la condición más eficaz, la fuerza o el ser humano capaces de producir por sí un determinado evento—; la *condición* —aquello que permite a la causa actuar, bien secundándola, bien removiendo los obstáculos que se oponen a tal movimiento— y la *ocasión*, que es la coincidencia o combinación de circunstancias más o menos favorables al juego de la acción.

Se impone, por tanto, una valoración de las condiciones para poder saber cuál sea la causa en cada caso, y es obvio que tal valoración ha de llevarse a cabo aquí atendiendo a criterios propiamente jurídicos. La teoría de la *causa adecuada*, que debe su origen al fisiólogo von Kries, lleva a cabo esa valoración en virtud de un juicio previo de *posibilidad* en el que se unen elementos captados en un plano *ontológico* a otros obtenidos en un plano *nomológico*, es decir, se enuncia una relación entre hechos obtenidos por la experiencia y la ley natural que les rige: se puede, por ejemplo, formular el juicio de que arrojando una piedra al espacio ésta caerá al suelo, porque conocemos el hecho del lanzamiento (saber ontológico) y aplicamos a él la ley de la gravedad (saber nomológico).

Si nuestro saber de los hechos y de las leyes de la naturaleza fuese completo, es decir, si en ese caso conociésemos todas las condiciones que han de concurrir en la caída de la piedra y todas las leyes naturales que directa o indirectamente pueden influir en el fenómeno, el juicio formulado sería un juicio de necesidad; si nuestro saber, como ocurre en la realidad de la vida, es en ambos casos limitado, nuestro juicio será un juicio de posibilidad que se nos ofrecerá como más o menos probable, según sea más o menos completo y perfecto nuestro conocimiento de las leyes y de los hechos pertinentes. Afir-mar que una causa es adecuada, equivale a decir que puede producir un efecto, que es idónea para causarlo, no que necesariamente haya de dar lugar al mismo.

Pudiera pensarse que si la condición de causa atribuida a una

determinada condición, depende de un juicio, el concepto de causa adecuada no será algo objetivo, sino dependiente en cada caso del saber del sujeto que lo formula, es decir, que nos encontramos en el plano de la mera subjetividad. Sin embargo, la doctrina de la causa adecuada ha intentado evitar esta objeción admitiendo que este juicio, formulado por el Juez en el momento oportuno, ha de basarse, no en el saber del sujeto que cometió el acto, sino en la experiencia general de la comunidad, en el juicio que pudiéramos llamar común; lo que cualquier hombre razonable podía haber previsto. El juicio de posibilidad, dice Rümelin, debe comprender todas aquellas circunstancias que existían en el momento de llevarse a cabo la acción (aunque fueran conocidas después), y además, aquellas otras cuya producción posterior, según la experiencia humana, debía ser prevista, en cuanto eran favorecidas por aquel acto. Este conocimiento será el que hubiera tenido un hombre medio por regla general, pero también habrán de ser tenidas en cuenta las condiciones que por razón de su profesión o de cualquier otra circunstancia, pudo tener el agente al efectuar el acto.

Es evidente que al llevar a cabo estas valoraciones, en mayor o menor grado, subjetivamos la causa, porque tan subjetivo es el saber de un sujeto, como el de una colectividad, y acudimos a elementos ajenos a su teoría, introduciéndonos más bien en los que constituyen la doctrina del acto voluntario: lo que interesa no es tanto si la acción del sujeto produjo el resultado, como si éste pudo y debió prever, al producir el acto de su voluntad ese resultado. Por ejemplo, en una comunidad que crea en la hechicería, se llegaría de este modo a convertir en causa adecuada de la muerte de una persona, un determinado maleficio actuado por otra. En el fondo, hemos de concluir que la teoría de la causa en Derecho no es una teoría física, sino una teoría moral: el autor del maleficio quiso la muerte de la víctima, y es, por tanto, más culpable que quien vertió veneno en un vaso creyendo que era bicarbonato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado a este respecto:

*Sentencia de 30 de enero de 1954*: "Siguiendo la doctrina jurisprudencial, acoge el concepto de una causa como la que es eficiente y se refiere, tratándose de una omisión, a la condición necesaria para que se produzca el hecho que origina el daño, y esta condición es la que tiene una consideración preeminente como causa del hecho dañoso, y aun cuando fueran varias las concurrentes, habría que considerar decisiva la que por sus circunstancias determina el daño".

*Sentencia de 15 de abril de 1964*: "Que si por causa eficiente ha de entenderse aquel *principium quod actione sua producit effectum a se distinctum*, y este efecto, a su vez, actuar como causa eficiente de un efecto posterior y distinto que al producirse sin intervención ajena, produce lo que se llama con-

catenación causal, inspiradora del principio de que quien es causa de la causa es causa de lo causado; no hay duda de que el evento de autos, a la luz de tal criterio, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señala, al examinar en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del innúmero y multiforme encadenamiento de causas y efectos”.

Esta selección que permite aislar, dentro de un complejo causal, una o varias condiciones como jurídicamente relevantes, presupone, por tanto, un juicio previo de valor que se funda en razones jurídicas y no meramente naturales: no nos limitamos entonces a acoger el resultado de una simple observación, sino que atribuimos a la causa una trascendencia capaz de producir determinados efectos de derecho mediante la aplicación de determinados principios, cuya investigación es tarea propia y exclusiva del jurista. Al amparo de tales principios separamos de aquel complejo de condiciones, la que entendemos debe ser jurídicamente relevante para fundar una imputación de los efectos dañosos a un determinado sujeto o patrimonio.

Pero con ello abandonamos el plano objetivo en que se desenvuelve la teoría de la causa para invadir el plano subjetivo que sirve de base a la imputabilidad, quedando la cuestión planteada en estos otros términos: ¿qué daños y perjuicios derivados de nuestra conducta pueden sernos atribuidos a los efectos jurídicos de determinar el nacimiento de una responsabilidad civil? Porque la determinación de si nuestra conducta ha sido causa directa o indirecta, próxima o remota, única o en colaboración con otras causas del resultado dañoso, es una cuestión de hecho, no una cuestión jurídica, que se resuelve con criterios de experiencia, metajurídicos, pero que aún afirmada, no prejuzga en modo alguno la imputación del daño al agente.

#### LA CAUSA DIRECTA Y LA CAUSA REMOTA

¿Cuáles habrán de ser los criterios que jurídicamente nos sirvan de base para imputar a un sujeto un daño físicamente causado por él? La doctrina clásica, que encuentra su origen en Derecho romano, exige que el hecho origen de la responsabilidad haya sido *causa directa e inmediata* del daño: “In casibus incertis... quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus, in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat” (Cod. 7, 47). Más recientemente, Bacon afirmaba que *in iure non remota causa, sed proxima spectatur*, idea acogida también por Dumoulin y desenvuelta por Pothier, cuya doctrina sirvió de base al artículo 1.151 del Código francés, del que la tomó también el italiano de 1865: “Ni aun en el caso en que la inejecución de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios deben comprender en re-

lación con la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, mas que aquéllos que son una *consecuencia inmediata y directa del incumplimiento* del contrato”.

Distinta es la fórmula adoptada por el Código civil español, que en su artículo 1.107 establece que:

“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos o podidos prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean *consecuencia necesaria del incumplimiento*.”

Basta, por tanto, que la causa haya de producir necesariamente el daño, siendo por lo demás indiferente que lo haya producido de modo directo e inmediato, o indirecta y mediatamente, y así tenemos:

*Sentencia de 20 de abril de 1915*: “De la expresión literal de los artículos 1.106 y 1.107 del C. c. se deduce que las indemnizaciones de daños y perjuicios comprenden, previstos o podidos prever, los que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de las obligaciones en que incurriere el deudor, *sin que la ley exija que aquélla sea directa, sino que basta que sea necesaria*”.

Con reiteración, el Tribunal Supremo viene estableciendo la doctrina, entre otras, en las sentencias de *14 de junio de 1956*, *3 de junio de 1957*, *6 de febrero de 1958* y *5 de abril de 1960*, de que “es necesario que del hecho culposo o negligente, sea responsable por *actos directos o mediatos* el agente a quien se imputa y que haya entre aquel y éste la debida conexión o congruencia de causa a efecto”. Con mayor imprecisión, la sentencia de *26 de octubre de 1929*, hablaba de “*causa verdadera e inmediata*”, queriendo simplemente significar con ello que ha debido tener una influencia decisiva en el resultado dañoso.

Para que el daño pueda ser imputado al agente, lo único que se exige es que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal extraña a la primera, como se declara en la

*Sentencia de 21 de marzo de 1950*: “El recurso se apoya en dos fundamentos: el primero, en que los cirujanos demandados incumplieron el contrato que concertaron con la operada recurrente y el segundo, que aquéllos incidieron en culpa civil, en los dos aspectos, contractual y extracontractual, porque el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética, con el fin de rectificar ciertos defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de arrendamiento de obra que de arrendamiento de servicios, y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía; pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que pueda ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, que la operación fue correctamente realizada y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse

a descuido de los demandados, y de éste deduce acertadamente como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para éstos al faltar la base para apreciar culpa extracontractual ni contractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido, fue por un suceso no imputable a los demandados, de lo que resulta evidente que la sentencia no infringe los artículos que se citan en este motivo, y encaja el caso de autos en el artículo 1.105 del Código civil, aunque no lo mencione, pues no puede admitirse la teoría del recurrente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir, brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente, que en este caso no es imputable a los médicos.”

*Sentencia de 25 de enero de 1965*: “El deber de indemnización presupone el nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, pues sólo deben indemnizarse los daños que sean consecuencia del hecho que obliga a la indemnización, por lo que es preciso se dé una relación causal entre ellos, y como la misma se rompió al marchar el recurrente mejorado de la radiodermatitis, por no ser consecuencia de ella el proceso infeccioso que padeció y que culminó en la amputación sufrida, nexo no justificado, es evidente que al faltar este requisito, no existiría el deber de indemnizar”.

No se interrumpe el nexo de casualidad cuando el daño se haya producido como consecuencia de una sucesión de acciones y omisiones indisolublemente ligadas entre sí y dependientes todas de aquella que constituye la causa primera, necesaria y eficiente; sin embargo, en la reconstrucción del nexo casual referido a un determinado suceso, la superposición de un hecho nuevo, idóneo por sí solo para ocasionar el evento, hace que el último absorba el primer hecho, excluyendo toda posibilidad de imputación al agente de éste, aunque uno y otro fueran culpables. No se trata tanto de sancionar una conducta ilícita como de reparar el daño producido, lo que explica esta solución que en otro caso parecería contraria a justicia. Distinto, sin embargo, como veremos luego, es el supuesto de que varias acciones produzcan conjuntamente un resultado, de forma que suprimida una de ellas, la otra no hubiera sido capaz de causarlo por sí sola, pues entonces no se da la absorción de la responsabilidad por una de ellas, sino la responsabilidad de los agentes de ambas.

Esta solución es generalmente admitida por la doctrina y conforme además con la lógica: cuando interviene el hecho extraño, es éste y no el originario el causante del daño, no pudiendo, por tanto, afirmarse que sea el primero quien lo haya producido, y sin daño no existe posibilidad de indemnización, aunque la conducta haya sido ilícita (vid sentencias de 10 de noviembre de 1905, 13 de noviembre de 1916 y 26 de mayo de 1943), puede en algunos casos no ser equitativa, por ejemplo, cuando el autor del segundo hecho causante del

daño, sea insolvente y no pueda, por tanto, indemnizarlo: ¿es justo que de su hecho se beneficie el autor del hecho primero, que sin la superposición del segundo, hubiera necesariamente producido el mismo daño y lo hubiera tenido que indemnizar? En una consideración propiamente social, parecería más lógico convertir en responsable a todo aquél que ha observado una conducta peligrosa, con lo que la parte perjudicada no quedaría sin reparación. Sin embargo, tal solución no es fácil de fundar, dado el tenor de los textos legales vigentes.

En realidad, cuando se habla de causa próxima e inmediata y se excluye la remota o mediata, parece que lo único que se quiere afirmar es que es preciso que la causa debe ser verdadera causa, y que deja de serlo cuando interviene un hecho posterior capaz por sí solo de causar el daño; en modo alguno que si se prueba que el daño se produjo en virtud del hecho originario, y que sin él no habría podido tener lugar, y, por otra parte, que no pudo ser impedido por el perjudicado, si éste hubiere tenido a su vez una normal diligencia, quede exento el agente originario de toda responsabilidad.

#### LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La causalidad del daño es una relación de carácter objetivo que no basta por sí sola para determinar la imputación del mismo a un sujeto, ya que ésta depende, además, de la concurrencia de otros requisitos jurídicos, que unidos al de causalidad, constituyen al agente en responsable civil. La cuestión que ha de resolverse en derecho, es concretamente ésta: De los daños causados por un sujeto, ¿cuáles le deben ser imputados, dando lugar a una obligación de indemnizar? Porque podemos dejar desde ahora sentado que sin causalidad no hay imputación posible, pero que no basta la causalidad para que el hecho dañoso sea imputable al agente.

El artículo 1.107 del Código civil, a que anteriormente hemos hecho ya referencia, establece que:

“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Imputabilidad del daño a un determinado sujeto, exige, por lo tanto, ante todo, según este precepto, una conducta dolosa o culposa, sin la cual el nexo causal carece de toda significación, pero cuando de culpa se trata, es necesario además que concurra la *nota de previsibilidad* del daño o del perjuicio, porque no basta para que la indemnización proceda que el acto sea ilícito o culpable, sino que se exige además que el sujeto haya podido preverle como posible, dadas

las circunstancias que concurrían en el momento de realizarlo. La imputación implica, pues, la existencia de una conducta libre, sin la cual no entraría en juego la doctrina de la responsabilidad, sino la del caso fortuito y la *posibilidad de un juicio de previsión* de los daños que puedan derivar causalmente de dicha conducta.

*Sentencia de 3 de abril de 1963*: “La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la imputabilidad del mismo, cuyo aspecto objetivo, radica en la diligencia que puede esperarse de toda persona en atención a los efectos de sus actos y omisiones, y el subjetivo, en la posibilidad dada a un sujeto determinado de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, habiendo de determinarse en principio la diligencia exigible, según la actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, por ejemplo, en una operación médica, la diligencia que en ella suele poner un facultativo, y, al conducir un vehículo de motor, el orden y presencia de ánimo de un conductor corriente.”

La causalidad, por tanto, *únicamente tiene sentido jurídico cuando sea prevista o previsible por el sujeto*, de donde se sigue que la previsión es algo que constituye el contenido de un juicio, cuyas características son las propias del juicio de posibilidad a que se refería la teoría de la causa adecuada, y cuyo sentido fundamental es el de servir de base al acto de la voluntad. No se trata de un mero conocimiento o posibilidad de conocimiento, sino de un juicio que actúa directamente en la formación del querer, de una manera positiva o negativa; claro está, que quien desprecia la previsión y realiza el acto, o forma su voluntad sin la debida ponderación de motivos, incide en culpa generadora de responsabilidad. Con toda precisión, la indicada sentencia viene a declarar que:

“La culpa o negligencia es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podía haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal, pudiendo revestir la conducta culposa, la forma de culpa consciente que se da cuando aun reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, y la de culpa inconsciente, en la cuál no se reconoce la posibilidad del resultado, por ignorar el agente que tiene lugar el supuesto de hecho legal, pudiendo haber evitado la infracción mediante la diligencia exigible en el tráfico, bastando en ambas hipótesis que el resultado haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que incluso a la persona que obre conforme a sus deberes, no le hubiera hecho desistir de la acción, enjuiciamiento

que ha de hacerse teniendo en cuenta además de la verosimilitud muy especialmente el valor ético y económico del acto en cuestión y el valor de los bienes por él puestos en peligro.”

Pero este juicio de previsión no es un juicio meramente subjetivo, sino más bien el resultado de una valoración objetiva que el Juez ha de llevar a cabo, teniendo en cuenta, no sólo su personal opinión, sino, además, y sobre todo, el juicio general que cualquier hombre medio se hubiera debido formar acerca de la posibilidad y probabilidad del daño que había de originarse, juicio que en este caso se convierte en norma de conducta para todos, en virtud de la obligación general de diligencia que nos es impuesta por la vida social, tratándose, por tanto, de un juicio dotado de valor normativo. Pero la previsibilidad del daño no es por sí sola suficiente para que la imputación haya de verificarse, ya que para que el daño previsto sea además un daño indemnizable, es preciso que sea también un daño *evitable*, pues en otro caso saldríamos del ámbito de la responsabilidad, para entrar en el de la fuerza mayor o caso fortuito. Pero esta idea de previsibilidad es en el fondo una idea relativa, y así tiene declarado el Tribunal Supremo:

*Sentencia de 9 de noviembre de 1949*: “Siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, hay que entenderlo, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que esto no sea imputable al deudor, por haberse procedido con la diligencia que las circunstancias exigían, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.104.”

Sin embargo, este criterio de la previsibilidad, plenamente aplicable en los supuestos de responsabilidad culposa, se nos muestra como insuficiente cuando nos encontramos ante la responsabilidad por dolo, y como problemático en los supuestos de responsabilidad objetiva admitidos por la Ley. Por ello se impone una consideración separada de los distintos supuestos que se nos ofrecen como fuentes de responsabilidad, y así tenemos:

### *La responsabilidad por hecho doloso*

Si partimos de la base de que el dolo supone intencionalidad y tenemos en cuenta que según el último párrafo del artículo 1.107, antes transcrito, del Código civil, el deudor doloso responde no sólo de los daños previsibles, sino “de todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento”, podemos preguntarnos si es posible hablar de daños dolosos, si los mismos no han sido previstos por el agente, lo que supondría una contradicción por parte del precepto indicado. Sin embargo, ello no es así, pues hemos de tener en cuenta que lo que convierte en doloso un acto no es la mayor o menor conciencia de sus resultados, sino el conocimiento previo de su ilegalidad, el saber que puede ser dañoso para los demás, aunque no se hayan previsto ni podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos.

Pero esta mayor o menor conciencia de los resultados dañosos y, sobre todo, la mayor a menor desproporción entre la gravedad del acto, y los efectos que el mismo haya podido producir, podrá llevarnos a admitir una posible moderación de la indemnización dejada al arbitrio de los Tribunales, que aunque a primera vista el Código civil, en su artículo 1.103, limita a los casos de culpa, podría hacerse extensiva a supuestos aparentemente dolosos, simplemente considerando que las fronteras entre la culpa y el dolo no son fáciles de establecer (*culpa lata dolo aequiparatur*) y, por tanto, será siempre factible negar la calificación de doloso a un acto que haya causado daños desproporcionados a la gravedad de la infracción cometida.

### *La responsabilidad por hecho culposo*

Responde el deudor que incidió en culpa de todos los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación”, siendo tal previsión, según aclara el artículo 1.104, la “que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. No se altera, sin embargo, la norma objetiva a que antes hemos hecho referencia, ya que el propio precepto aclara a continuación que: “Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia”, standard objetivo que desde el Derecho romano ha venido sirviendo para medir el grado de diligencia debida en cada caso concreto.

En realidad, exigir una diligencia medida por la de un hombre medio, presupone, a nuestro juicio, establecer una presunción de capacidad en el agente, y sentar, en cierto modo, las bases objetivas de la teoría de la responsabilidad. Pero nuestro Código no se detiene aquí, sino que, siguiendo esa misma línea objetivadora, va estableciendo todo un progresivo sistema de presunciones, que acaba por imponerse en ciertos casos, mediante fórmulas que suponen verdadera responsabilidad sin culpa. Así podemos señalar:

1.º El artículo 1.902, al establecer el principio general de la responsabilidad aquiliana, exige la prueba directa no sólo del daño, sino de la culpabilidad del acto, según una constante jurisprudencia:

*Sentencia de 30 de junio de 1954:* .El artículo 1.902 exige:

1.º La realidad de un daño producido al que ejercita la acción.  
2.º Un acto imprudente o negligente por parte de la persona contra quien la acción se dirige. 3.º La relación de causa a efecto entre este acto negligente y aquel daño, ya que nuestra legislación no sigue la teoría de la responsabilidad sin culpa.”

2.º El artículo 1.101 del C. c., que regula la responsabilidad debida a culpa contractual, establece la presunción de culpa en el incumplimiento, presunción, sin embargo, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, cuando se demuestre la imprevisibilidad del daño, prueba que es siempre a cargo del deudor.

3.º El artículo 1.903 del C. c., en cuanto regula la responsabilidad de los padres, tutores, dueños o directores de empresa, Estado, cuando no obra a través de agente especial, y de los maestros o directores de artes y oficios, por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, responsabilidad que solamente cesará “cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Se parte, por tanto, de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, cuya destrucción es a cargo del deudor. La misma doctrina parece ser de aplicación cuando se trate de daños producidos por las cosas, dado el tenor de los artículos 1.907, 1.908 y 1.910, que a la misma se refieren.

4.º Cuando se trata de daño causado por los animales, previsto en los artículos 1.905 y 1.906 del C. c., nos encontramos ya, según una reiterada jurisprudencia, ante verdaderos casos de responsabilidad objetiva, que deriva no de la culpa, sino de la propiedad de los animales:

*Sentencia de 3 de abril de 1957:* “Tanto por el texto claro de este artículo como por la doctrina de las sentencias, entre otras, de 19 de octubre de 1909 y 23 de diciembre de 1952, es de sentido lógico afirmar que basta que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad objetiva de su propietario, sin requerirse la existencia de culpa o negligencia de éste, ya que es sólo suficiente su condición de dueño para la imputabilidad que le corresponde, consecuencia de los daños que originó, aun cuando el animal se escape o se extravié, imputabilidad que sólo reconoce dos excepciones: una, que haya existido fuerza mayor, y otra, que derive de culpa proveniente del que lo hubiere sufrido, circunstancias que ha de alegar el que las propone.”

Esta excepción de fuerza mayor, en un caso en que rige la responsabilidad sin culpa, no puede menos de ser significativa, ya que nos lleva al convencimiento de que la razón de ser de la responsabi-

lidad establecida en este precepto no es otra que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, por entenderse que el hecho de tener y disfrutar de esos animales que supone ciertos riesgos que el propietario debió prever al adquirirlos, y sólo cuando los daños causados eran imprevisibles o inevitables cabrá exonerarle de responsabilidad.

### *La responsabilidad por hecho no culposo*

El Tribunal Supremo, sin llegar a admitir la teoría de la responsabilidad sin culpa, que expresamente ha rechazado en numerosas sentencias, ha venido, sin embargo, aproximándose progresivamente a ella, mediante interpretaciones particulares en casos concretos y consideración liberal de las pruebas practicadas. Tal tendencia objetivadora, que, como hemos visto, ya se marca dentro de nuestro Código, se refleja con gran claridad, por ejemplo, en la

*Sentencia de 14 de mayo de 1963*: “Es de advertir que esta Sala, sin pronunciarse abiertamente por esta teoría de la responsabilidad objetiva, en algunos casos concretos ha admitido la obligación de indemnizar los daños cuando el autor de ellos *no demostró* haber obrado con la diligencia debida: a) Así en la sentencia de 19 de octubre de 1909 declaró que basta que un animal cause perjuicio a las personas o a las cosas para que nazca la responsabilidad del dueño, aun no imputándose a éste ninguna negligencia. b) En la sentencia de 19 de enero de 1928 dijo que la responsabilidad puede surgir “aunque en la realización de los hechos —dañosos— no haya intervenido culpa o negligencia del obligado a reparar el daño causado”. c) En la sentencia de 10 de julio de 1945 proclamó que aunque el criterio de la responsabilidad objetiva en atropellos causados por automóviles no esté consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en determinados casos pueda presumirse la culpa y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción. d) En la sentencia de 2 de marzo de 1956 estimó que no puede excusarse la responsabilidad del causante de un daño el haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que viene obligado, cuando la realidad se impone demostrando que las medidas adoptadas no dieron resultado. e) En la sentencia de 7 de enero de 1960, que volvió a declarar que para la exigencia de responsabilidad del artículo 1.902 no es necesario en cuanto su texto la previa ilicitud.”

Poco después, afirmaba, si cabe, con mayor rigor tal punto de vista, aunque sin admitir de modo definitivo tal principio:

*Sentencia de 5 de abril de 1963*: “Ni se abre con ello tampoco la puerta de modo expreso a una responsabilidad objetiva,

sino que solamente, de acuerdo con la tendencia doctrinal y jurisprudencial, ante los riesgos que el progreso de la vida moderna crea o a que da origen, se suaviza la exigencia de una prueba completa o plena de los hechos frente a la peligrosidad de éstos... lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil."

La legislación española, por su parte, si no en el Código civil, sí en una serie de leyes especiales, ha venido admitiendo el principio de la responsabilidad sin culpa de manera expresa, en relación con determinadas actividades creadoras de graves riesgos, y así podemos señalar:

a) La *Ley de Accidentes de Trabajo* (Texto refundido aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956). Después de definir en su artículo 1.º el accidente como: "Toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", establece, en su artículo 6.º, las bases de una responsabilidad absolutamente objetiva: "Son indemnizables los accidentes definidos en el artículo 1.º, a menos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente. Deberá entenderse existente la fuerza mayor cuando sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trate. En ningún caso se considerará como fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos. La imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que a éste inspira, no exime al patrono de responsabilidad."

Queda, por tanto, claro que únicamente se excluyen de la responsabilidad por accidentes los derivados de culpa extraprofesional y los producidos por fuerza mayor extraña al trabajo, debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que el Tribunal Supremo viene haciendo aplicación en esta materia, con extraordinaria amplitud, del principio "*in dubio pro operario*" (vid. sentencia de 30 de enero de 1963, que resume tal doctrina).

b) La *Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado*, de 26 de julio de 1957, determina, en su artículo 40, que: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, *salvo los casos de fuerza mayor*, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o en la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa."

c) La Ley de 21 de julio de 1960, que establece el régimen jurídico de la *Navegación aérea*, parte de la distinción entre la responsabilidad por culpa y la meramente objetiva, que admite dentro de determinados límites. "La razón de indemnizar, dice el artículo 120, tiene su base objetiva en el accidente y procederá hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen en cualquier supuesto, incluso en el accidente fortuito y aun cuando el transportista,

operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia." Tales límites de la responsabilidad, que se fija en cantidades determinadas por la Ley en cada caso, no tendrán aplicación si "se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista *dolo o culpa grave*" (art. 121). Es claro que en tales casos entran en juego los principios generales que rigen la responsabilidad dolosa o culposa.

d) El artículo 39 de la *Ley sobre responsabilidad penal y civil por uso y circulación de automóviles* establece que: "El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas, estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuere debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste, ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos."

e) La Ley de 29 de abril de 1964 regula la responsabilidad civil por los daños causados por la *Energía nuclear*, establece en su artículo 45 que: "El explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuenta con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por culpa o negligencia, el Tribunal competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar la indemnización por los daños sufridos por dicha persona. No producirán responsabilidad para el explotador los daños causados por un accidente nuclear que se deba directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional."

Según el artículo 52, "el explotador responsable de accidente nuclear sólo estará obligado a satisfacer las indemnizaciones hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley". En los casos en que el daño exceda de la cobertura, el artículo 52 dispone que si éstos se han causado a las personas: "El Estado arbitrará los medios legales para cubrir la diferencia", y si son daños en el patrimonio, "se procederá a un prorrateo con arreglo a la importancia del daño acaecido en cada patrimonio".

#### EL LÍMITE DE PREVISIBILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Todos los supuestos de responsabilidad objetiva que acabamos de señalar —salvo el de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos— presentan la común característica de ir vinculados a un sistema de seguro obligatorio, lo que hace que los

riesgos se repartan y compensen entre toda la comunidad, perdiendo así toda sombra de sanción penal la indemnización de daños y perjuicios. Ello no obstante, es claro que tal responsabilidad no se llega a fundar en el principio de causalidad puro, sino que, por el contrario, al excluirse expresamente en todos ellos la fuerza mayor, es decir, al no ser resarcibles los causados por eventos imprevisibles o inevitables, producidos fuera del ámbito de actividad de la entidad obligada al resarcimiento, siguen, por lo menos en este aspecto, presentando, en último término, una nota de subjetividad en su concepto.

Juega también aquí, por tanto, el juicio de previsión o de posibilidad como limitador de los daños resarcibles, juicio que en este caso es cierto que no se refiere a un sujeto determinado, sino a la propia actividad creadora de riesgos en que se funda. Son los riesgos que esa actividad naturalmente es capaz de producir según la previsión humana los únicos comprendidos en la responsabilidad, y se excluyen, en cambio, los que hallan su origen en causas ajenas a tal actividad, procedentes de la naturaleza o de cualquier evento que pueda producirse por actividades ajenas. Pudiéramos decir que se supone o presume que todo aquel que se entrega a tales actividades gravadas con la responsabilidad objetiva debe hacer un juicio de previsión por el solo hecho de dedicarse a ellas, aceptando con ello las consecuencias dañosas que aun empleando la mayor diligencia son inherentes a la misma.

A nadie es lícito beneficiarse en perjuicio de otro, y, por tanto, quien compra un automóvil, explota una aeronave, utiliza en su propio provecho la energía nuclear, emplea obreros para la empresa en que se propone obtener lucros, es justo que responda de los riesgos que con ello crea, riesgos que en un orden normal ha debido prever, aunque en modo alguno dependan al producirse de su voluntad subjetiva ni se puedan evitar con la mayor prudencia. Es lógico, por tanto, que se excluya aquí la fuerza mayor, ajena a las actividades de la empresa, puesto que tal fuerza mayor no pudo ni debió ser prevista. La determinación de los daños que han de ser objeto de resarcimiento sigue entonces limitada por tal previsión abstracta, en cuanto la responsabilidad, tanto en el caso de culpa como en el de responsabilidad objetiva, vienen a fundarse en último término en un hecho humano, en una conducta determinada del hombre.

Incluso en el caso de responsabilidad por dolo, en que se responde no sólo de los daños previstos, sino de todos los demás que pudieran derivarse del acto doloso de un modo conocido, entendemos que ha de excluirse la fuerza mayor, si ésta ha actuado como causa independiente, dotada por sí sola de virtualidad para producir, aun sin la intervención del hecho humano doloso, la plenitud de su resultado, y entonces, como en el caso de la responsabilidad objetiva, se excluyen de la indemnización los daños producidos *ex aliena causa*, se produce una interferencia de dos series causales, cuya trascendencia no puede ser otra que la de la absorción de la primera por la segunda.

## LA CONDUCTA HUMANA CONSIDERADA COMO CAUSA DEL DAÑO

La conducta del hombre viene, tanto en un caso como en otro, a constituir un elemento necesario para que la responsabilidad civil se produzca, ya que todas las causas que determinan una responsabilidad tienen su origen, directo o indirecto, en esa conducta. Se impone, por tanto, examinar en qué condiciones puede el comportamiento del hombre ser considerado como causa del evento productor de daños.

Se suele hablar de causalidad humana y de causalidad natural como de dos conceptos perfectamente diferenciados, atribuyéndose a la primera un valor moral y a la segunda un puro sentido físico. Es la causalidad moral y no la causalidad física la que determina el nacimiento de la responsabilidad, en cuanto hace posible la imputación a una persona de un determinado resultado; pero es lo cierto que la voluntad humana, causa moral de sus actos, sólo actúa jurídicamente produciendo modificaciones en el mundo de los fenómenos exteriores, y para ello pone al servicio de sus fines todo el sistema de causas físicas y mecánicas que con su intervención voluntaria orienta y determina.

Dando un paso más, podemos decir que en todo resultado creador de responsabilidad confluyen causas humanas y causas físicas, vinculándose íntimamente en una serie causal, que en último término se reconduce a la voluntad que la produjo, dándole el primer impulso. Es evidente que al decir que ese primer impulso ha de ser voluntario, exige plena conciencia y libertad de actuación, sin las cuales el hecho del hombre no podría ser considerado sino como un hecho físico más, sometido a la ley de la necesidad. Pero la conducta del hombre, como causa moral, puede desenvolverse a través de una actuación positiva, mediante la posición de un acto determinado, o consistir simplemente en una falta de acción, en una omisión voluntaria; es decir, que puede crear una relación causal de resultado dañoso, originando daños que no se hubieran nunca producido sin un acto de voluntad, o por el contrario, limitarse a no interrumpir, mediante su intervención en una serie causal no creada por él, un resultado dañoso que en sus manos estaba el impedir.

Si vinculamos esta conducta a una obligación, tendremos que el contenido de ésta puede consistir en *un hacer* o en un *no hacer*, como dice el artículo 1.088 del Código civil: no hacer lo que se debe o hacer lo que no se debe, es lo que da nacimiento a una responsabilidad. En el orden penal, este hacer o no hacer se halla impuesto por la definición del tipo delictivo, en cada caso concreto; en Derecho civil, existen también definidos determinados tipos de conducta como causantes de responsabilidad, unas veces por la Ley y otras por el contrato, pero además de ellos, hemos de admitir la existencia implícita en nuestro ordenamiento de una norma genérica que nos prohíbe dañar a otro con nuestra conducta activa o pasiva, naciendo de su infracción una responsabilidad civil atípica que se traduce en la obligación de indem-

nizar pecuniariamente a la víctima los daños y perjuicios que se le hayan podido producir.

Es claro que una conducta dañosa es, en principio, una conducta ilícita; pero, según hemos visto, al admitirse con mayor o menor amplitud el sistema de la responsabilidad objetiva, aparece el daño más que la culpa como origen de la responsabilidad, no siendo, por tanto, necesario que el acto sea ilícito para que ésta se produzca. Se aceptaron *a priori* las posibles consecuencias dañosas que son siempre previsibles al emprender un género de actividad creadora de riesgos, y aunque tal actividad e iniciativas sean completamente lícitas, producen, en virtud de esa previsión, una imputabilidad de los daños producidos durante su desenvolvimiento, de forma no culposa. Es obvio que si quiero evitar tales consecuencias me basta con renunciar a la explotación o al uso de actividades peligrosas.

Lo que ocurre es que, al ser distinta la cualidad del hecho originario de la serie causal —daño doloso, negligencia o lícita creación de riesgos—, será diferente también la valoración que haya de hacerse a los efectos de la imputación de sus posibles consecuencias. Pero entonces excedemos del campo de la mera causalidad para entrar en el de la culpabilidad. Ya Ihering defendía el principio del equilibrio entre la culpa y la reparación, y el artículo 1.103 de nuestro Código civil determina que “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en toda clase de obligaciones; *pero podrá moderarse por los Tribunales, según los casos.*” A una mayor culpa, corresponderá, por tanto, una mayor reparación.

Ello supone, evidentemente, una valoración en cada caso del elemento moral: en el caso del dolo, según hemos visto, la responsabilidad se extiende a la totalidad de los daños causados, en el de responsabilidad objetiva, se establecen por la ley unas cantidades máximas comprendidas por la cobertura, de las que no puede exceder la indemnización; en los casos de responsabilidad culposa, la moderación se confía al arbitrio del Juez. Pero cabe preguntarse si estas facultades moderadoras se extienden sólo a la fijación del *quantum* de la indemnización, o pueden también afectar a la selección de los daños indemnizables; es decir, extender o limitar, según los casos, la serie causal, llevándola más o menos lejos según sea mayor o menor la negligencia del responsable.

Entendemos que siendo la base sobre la que se construye jurídicamente la relación causal la previsibilidad de los daños, no hay que poner en duda que puede el Juez, al formular su juicio de previsibilidad, con las probabilidades que encierra, hacerlo con mayor rigor, según sea mayor o menor la culpa del agente, por cuyo medio es obvio que podrá limitarse no sólo el *quantum* de la indemnización, sino también la clase y extensión de los daños que han de ser tenidos en cuenta para la determinación del resarcimiento. La mayor o menor previsibilidad de un daño, su mayor o menor probabilidad, determinan naturalmente una culpa mayor o menor en el agente, que

habrá de traducirse en una reducción de su responsabilidad o en una ampliación de la misma según los casos.

#### LA CONCURRENCIA DE CAUSAS

Hasta ahora hemos venido considerando el supuesto de una serie causal única, determinante del resultado, y caracterizada por poder ser reducida, directa o indirectamente a una voluntad personal. Pero es frecuente que en el complejo de relaciones que en la vida se establecen, concurren a la producción de un determinado resultado no una, sino varias series causales independientes en su origen, pero comunes en su acción. En tal caso, se impone una distinción fundamental previa: la nueva serie causal, puede proceder de un hecho de la Naturaleza, es decir, ser casual, o de un hecho humano libremente causado por otra persona. Así tenemos:

a) Si el resultado se hubiera producido con y sin la concurrencia de la nueva causa de una serie natural, la responsabilidad nace íntegra en el sujeto autor de la primera:

*Sentencia de 10 de noviembre de 1924:* “Los daños eran fácilmente evitables con sólo que la Compañía, ateniéndose a reglamentarias exigencias, hubiere sacrificado su interés económico al general, adoptando las medidas necesarias para evitar las consecuencias que se sucedieron, por las cuáles sobrevino el daño, no de un modo natural, imprevisto e irresistible, meteoro lluvia, que producía las avenidas, sino que éstas venían a actuar sobre los actos y omisiones de la Compañía, que había almacenado en el cauce y márgenes del río, elementos nocivos, tóxicos de la vida vegetal, que por aquella ilegítima colocación, estaban en disposición de que el agua las difundiera, extendiéndolos sobre las propiedades ribereñas, y se impone la necesidad de aplicar al caso de autos la obligación de indemnizar los daños causados, según el precepto del artículo 1.902 del Código civil, sin que tal responsabilidad se halle desvirtuada por la excepción del artículo 1.105 del propio Código civil.”

b) Si el resultado ha sido consecuencia de la nueva serie causal, sin que en él haya actuado para nada la primera causa puesta por el sujeto, aunque ésta hubiere sido ilícita, no nace, en cambio, responsabilidad alguna:

*Setencia de 30 de enero de 1951:* “El hecho de que viajasen en el camión varias personas, contraviniendo dicho precepto, no guarda relación de causalidad con aquél, exclusivamente debido a caso fortuito de rotura de frenos, y por tanto, intrascendente en este pleito, sin perjuicio de la sanción administrativa en que según el mismo Código haya incurrido el conductor.”

c) Si el resultado se hubiera producido necesariamente en virtud de la primera causa puesta voluntariamente por el sujeto, y la causa nueva de la serie natural, se ha limitado a agravar el daño, es preciso distinguir nuevamente:

1.º Si la interferencia de la nueva causa era previsible en el momento de ser puesto el acto causal originario, es evidente que es un daño previsible, y por lo tanto, indemnizable por entero por parte del agente.

2.º Si, por el contrario, era imprevisible, constituyendo verdadera fuerza mayor, parece lógico concluir que la indemnización deberá limitarse al daño previsible, quedando exonerado el agente de la que corresponda al mayor daño producido por la fuerza mayor.

En el segundo supuesto, es decir, cuando la nueva causa proceda de una voluntad humana, distinta de la del agente originario, habremos también de distinguir:

a) Si nos encontramos ante un caso de *culpa común* propiamente dicha, es decir, de un supuesto en que el hecho único origen del daño, procede del acto conjunto de diversas personas, nadie discute que todas ellas son responsables del mismo: se trata del supuesto de la coautoría, en que aun siendo varios los agentes, el hecho causal es único.

b) Si por el contrario, nos encontramos ante dos causas distintas, puestas por dos autores diferentes, que confluyen en la producción de un resultado, que sin su interferencia producida a *posteriori* no se hubiera podido producir, habremos de considerar:

1.º Si la interferencia de ambas causas era previsible, en cuyo caso la responsabilidad de ambos agentes es indudable.

2.º Si tal interferencia era imprevisible, en cuyo supuesto nos encontraremos ante un caso fortuito, y ambos autores quedarán exonerados de toda responsabilidad.

c) Puede darse, finalmente, el caso de que el hecho primero sea la *causa sine qua non* del daño y que la nueva causa, que no hubiera nunca podido causarlo, ha venido a agravar su resultado. Parece que en tal supuesto, el autor de la primera causa responderá —si la nueva era previsible— de la totalidad del daño; y el de la segunda, si pudo prever la interferencia, tan sólo de la agravación. Si el autor de la primera causa no pudo, a su vez, prever la posible agravación, responderá tan sólo del daño no agravado.

Así planteadas las cosas, se suscita una doble cuestión del mayor interés: ¿habiendo concurrido varias personas en la producción del daño —tanto en el supuesto de coautoría como en el de interferencia de causas— en qué medida responderá frente a la víctima cada una de ellas? Y, en el supuesto de que a ambas corresponda una responsabilidad por entero, ¿tendrán derecho luego a exigir de los restantes responsables el reintegro de la parte proporcional que a cada uno de ellos pueda corresponder en la producción del daño?

La jurisprudencia española se ha mostrado en este punto vacilan-

te y a veces contradictoria. En principio, parece que parte de la base de una responsabilidad *in solidum*, es decir, que admite la tesis clásica de que cada uno de los responsables, de por sí, debe responder de la totalidad del daño:

*Sentencia de 24 de febrero de 1928*: “Los funcionarios encargados de la vigilancia y del cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el tendido de líneas eléctricas, son civilmente responsables, aunque su desidia no exonera a la Compañía que también las incumpliera.”

*Sentencia de 13 de marzo de 1929*: “Declarado que el demandado no era sólo Agente de Aduanas, encargado como tal de despachar la documentación en las oficinas respectivas, sino que para el caso de autos obraba además como representante particular de las casas compradoras de la mercancía que causó el daño por negligencia en la colocación de las mismas en el puerto, hay que derivar la indiscutible responsabilidad de ambas entidades, por los actos realizados por su representante o dependiente con ocasión de sus funciones a tenor de la dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil.”

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, resolviendo un caso de concurrencia de culpas, en que el perjudicado pretendía hacer valer el principio de solidaridad, procediendo contra uno de los causantes por el daño total, estableció la tesis contraria:

*Sentencia de 19 de febrero de 1959*: “Nuestro derecho positivo, en contraste con otros extranjeros, y con algún sector doctrinal tendiente a fortalecer los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, sobre todo si no es fácil determinar y separar con nitidez las respectivas responsabilidades por la índole de la fuente que las origina, no establece la solidaridad fuera del pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresivos mandatos y autorizaciones, determine lo contrario como excepción, según informan para sus acotados supuestos fácticos, los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.784 y 1.890 del Código civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en los artículos 1.137 y 1.138 del propio Cuerpo legal, infringidos por la Sala de instancia, ya que el Tribunal *a quo*, contrariamente al juzgador, estableció una obligación solidaria al pago de la cantidad procedente como indemnización adecuada a la actora y a cargo del patrimonio de los demandados constructores de las obras, pero construyendo por su cuenta el principio de la solidaridad pasiva a pretexto de existir fundamentos de justicia y equidad, olvidando que el legislador, cuando desea que el Juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos legales para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores, así se manifiesta sin ambages, autorizándolo, como prueban,

con más o menos amplitud, los artículos 44, 1.103 y 1.690, entre otros.”

En realidad, esta sentencia para resolver el problema acude innecesariamente a la teoría de la solidaridad, ignorando que ante lo que se encuentra es ante una obligación *in solidum*, que es una cosa muy distinta, pues cada uno de los deudores responde por entero, con independencia de los demás, ya que el vínculo del que su responsabilidad deriva, es un vínculo independiente, que ha nacido por sí solo. Persistiendo en el mismo error, acepta, por el contrario, en otro fallo posterior la tesis de la solidaridad:

*Sentencia de 14 de febrero de 1964*: “Si bien es cierto que la solidaridad al no presumirse debe expresamente establecerse, hay casos en que la impone el legislador en atención a ciertos intereses que quiere tutelar, cuál es la decretada como sanción de una falta para que el perjudicado tenga la garantía de poder dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables, sin necesidad de fraccionar su reclamación, caracteres y requisitos que concurren en las obligaciones del artículo 1.903 del Código civil, puesto que: 1.º Hay pluralidad de sujetos pasivos, por estar obligados a reparar, tanto el autor material del daño, como la empresa de que aquél es empleado o dependiente. 2.º Unidad de objeto, cristalizado en reparar el daño causado. 3.º Pluralidad de vínculos, pues la obligación de la empresa, fundada en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es distinta e independiente de la del autor material. 4.º Garantía del perjudicado, el que para conseguir la indemnización puede dirigirse indistintamente contra ambos responsables o cualquiera de ellos, puesto que cada uno de ellos es deudor por entero de la obligación de reparar la totalidad del daño causado, y por todo ello, ratificando la doctrina de la Sala en Sentencia de 24 de marzo de 1953, hay que declarar que la responsabilidad definida en el artículo 1.903 del Código civil, es solidaria.”

Ciertamente que no se trata aquí de un caso de concurrencia de causas propiamente dicha, ya que la serie casual es una sólo, y las razones de esta doble responsabilidad muy distintas, pero no parece que tal argumentación sea diferente de la que permitiría establecer una responsabilidad solidaria, incluso en el caso de concurrencia de series causales distintas e independientes. Lo que ocurre es que el precepto señalado en la sentencia, no establece, contra lo que el Tribunal Supremo estima, una verdadera responsabilidad solidaria, sino más bien una responsabilidad *in solidum*, que permite al dueño de la empresa repetir por entero contra el autor material del daño, según establece de modo expreso el artículo 1.904 del Código civil, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de verdadera solidaridad, que exigiría un reparto por igual entre ambos responsables, según el precepto del artículo 1.136 del mismo Código.

Sin embargo, en esta materia, la tendencia actual se dirige a convertir en estos casos en solidaria la responsabilidad de los distintos deudores, no obstante la independencia de origen de sus respectivas responsabilidades, y así tenemos que según el artículo 123 de la Ley de Navegación aérea: "En caso de colisión entre aeronaves, los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a un tercero. Si la colisión ocurre por culpa de la tripulación de una de ellas, serán de cargo del empresario los daños y pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave." El artículo 52 de la Ley de Energía nuclear, en su párrafo 2.º, establece que: "Si la responsabilidad del daño nuclear recae sobre varios exportadores, éstos responderán solidariamente por el daño acaecido, hasta el límite de cobertura que se señale."

Pero el hecho de que frente al acreedor los distintos responsables respondan *in solidum*, por la totalidad del daño, no resuelve, en modo alguno, el problema de la distribución entre ellos de las consecuencias del daño causado a los efectos de una posible repetición del condenado contra los demás responsables. El artículo 106 del Código penal, determina que: "En el caso de ser dos o más los responsables de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno"; y el Código civil, aunque no considera concretamente la cuestión, parece dar base a la misma solución, en cuanto al artículo 1.103 concede a los Tribunales una facultad de moderación, que en este supuesto traería consigo una distribución proporcionada a la gravedad de las respectivas culpas.

Lo que ocurre es que esta indeterminación previa de la cuantía de la indemnización que a cada uno de los responsables corresponde prestar, fijada, salvo en algún excepcional supuesto, sobre bases subjetivas, atendiendo "a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1.104), crea serias dificultades para el juego de la solidaridad: si en virtud del mismo yo demando a uno de los responsables, y el Juez modera su responsabilidad, no cubriendo la misma íntegramente el daño, es indudable que no quedará totalmente cubierto mi daño, y que, por lo tanto, deberé reclamar contra los demás responsables el resarcimiento de la diferencia. Si accioné contra uno de ellos y el Tribunal le condenó a la indemnización total, por el principio de solidaridad y no estimar que fuese pertinente la moderación en relación al mismo, ¿por qué cantidad podrá éste repetir contra los demás, si ignora en cuánto habrá de fijar el Juez la participación de cada uno de ellos?

La cuestión se presenta aún más llamativa en los casos en que concurre una responsabilidad objetiva con una responsabilidad culposa. El responsable objetivo, como hemos visto anteriormente, podrá repetir por la totalidad de la indemnización prestada contra el responsable culposo; éste, por el contrario, carecerá de acción para exigir el reintegro total o parcial contra el responsable objetivo. De

lo dicho se sigue que no es jurídicamente correcto calificar de solidaria esta relación, que hemos de construir más bien como una responsabilidad *in solidum* que gravita sobre cada una de las personas responsables, con el límite que la Ley o el juzgador determinen en cada caso concreto.

#### LA CULPA DEL PERJUDICADO

Tradicionalmente se ha venido admitiendo el principio de que "*volenti non fit iniuria, quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire*". La culpa del perjudicado, cuando concurre causalmente a la producción del daño, parece excluir, en principio, la responsabilidad de los restantes causantes del daño. En materia de responsabilidad objetiva, esta norma es de rígida aplicación, salvo en el caso de responsabilidad por accidente de trabajo, en que, como hemos visto, la culpa profesional de la víctima, no exime de responsabilidad al patrono. Pero, ¿ocurrirá lo mismo cuando se trate de responsabilidades dolosas o culposas?

La jurisprudencia española ha venido evolucionando en esta materia, partiendo de una posición inicial que negaba toda responsabilidad en los casos de culpa de la víctima:

*Sentencia de 7 de marzo de 1902*: "Con arreglo a la doctrina de la que es expresión el artículo 1.902 del Código civil, la culpa o negligencia es fuente de obligaciones cuando entre ella y el daño se da la relación de causa a efecto; pero si el mal producido no dimana de los actos u omisiones de un tercero, no alcanza a éste la obligación de repararle, aunque tales actos u omisiones sean imprudentes o ilícitos, y mucho menos cuando se justifica que el daño tiene por causa inmediata la propia imprudencia de la víctima."

Sin embargo, este punto de vista vino luego a ser modificado, en el sentido de exigirse para que la compensación se produzca, que ambas culpas fuesen de igual grado o idéntica virtualidad jurídica:

*Sentencia de 18 de enero de 1936*: "Para que la concurrencia de culpas pudiera ser compartida o compensable, se haría imprescindible que éstas fueran de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica, y en el presente caso, no están en el mismo plano ni son de la misma entidad las que se ofrecen a compensación, porque las obligaciones que atañen a la Compañía son de constante y forzosa observancia por la directa relación que guardan con las garantías que demanda el interés público y porque afectan a la seguridad, cuidado y vigilancia de los caminos de hierro y no cabe equipararlas al acto, desde luego imprudente, del conductor del automóvil surgido de improviso y que pudo determinarlo el creer que los silbidos de la locomotora le apercebían de la proximidad del tren. Del mismo modo resulta evi-

dente que desde el momento que el Tribunal de instancia apreció la coexistencia de dos culpas, en cuya virtud se ha producido el daño único, cuya reparación se intenta, era indispensable que, cual no se hizo, se determinase la relación que entre ambas existía, ya que por su importancia en sí podía la una absorber a la otra o provocar la atenuación de la responsabilidad del agente; pero de no surgir de la sentencia estas bases de compensación, la Compañía ofrece en sus omisiones mayor grado de culpa por la trascendencia del servicio que le está cometiendo y excluye, por lo tanto, la atribuida al recurrente.”

En idénticos sentidos se manifestaban las sentencias de 24 de mayo de 1947, 10 de julio de 1943, 2 de marzo de 1956, 16 de junio de 1957, 6 de febrero de 1958 y 24 de marzo de 1963. La resolución que con mayor precisión define tal doctrina, es la

*Sentencia de 14 de octubre de 1957:* “Los principios sobre el nexo causal, al reconocer como causa aquella condición que se halla en conexión adecuada con el resultado dañoso, no excluyen la posibilidad de la concurrencia de dos condiciones que impliquen esa conexión adecuada al daño, como sucede cuando concurren la culpa del agente con la del perjudicado, pudiendo los Tribunales moderar la responsabilidad del agente y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado. La influencia de la culpa del perjudicado se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia como una consecuencia de la derivación del nexo causal entre el acto que obliga a indemnizar y el daño (sentencias de 7 de marzo de 1902, 16 de junio y 22 de diciembre de 1905, 13 de junio de 1923, 5 de abril de 1925, 22 y 27 de diciembre de 1928 y 26 de octubre de 1930) y si bien la sentencia de 21 de diciembre de 1910, concurriendo culpa apreciada en ambas partes, imputa los daños al agente, pese a la realidad de una cierta imprudencia del lesionado, las sentencias de 18 de enero de 1936 y 10 de julio de 1943, reconocen la posibilidad de que la concurrencia de culpa pueda ser compensada o compartida entre el agente y el perjudicado. A igual solución se llega utilizando la facultad que compete a los Tribunales para moderar, según los casos, la responsabilidad procedente de culpa (artículo 1.103), por no poder considerarse esta facultad privativa con las obligaciones contractuales, con lo que moderada de esta suerte la responsabilidad del agente y reducido en proporción su deber de indemnizar, implícitamente resulta repartido el daño con el perjudicado.”

Se admite, por tanto, la posibilidad de una distribución de la responsabilidad de los daños entre las distintas personas que concurren a causarlos, atendiendo a criterios de mayor o menor culpabilidad, mayor o menor intervención en la producción de los mismos, distribución que en el caso de concurrencia de culpa por parte del

perjudicado, actúa con mayor sencillez, ya que se traduce en una reducción proporcional de la indemnización que ha de prestar el autor principal del daño, y que en el de concurrencia de culpas por parte de personas distintas de la víctima, presenta la mayor complejidad a que hemos tenido ocasión de aludir en el anterior apartado.

#### CAUSALIDAD Y ENRIQUECIMIENTO

Puede ocurrir que un hecho determinado, al mismo tiempo que causa un daño en un patrimonio, beneficia a otro, que puede ser el del propio agente o el de un tercero. En tales supuestos, al principio de la responsabilidad se une el del enriquecimiento indebido, que hará nacer una obligación, a cargo del beneficiado, para restituir o indemnizar en la medida de su propio beneficio. De esta manera, el artículo 108 del Código penal establece que: "El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación".

Es evidente que en tales casos, incluso en derecho civil es de aplicación de la misma norma, la cual, por otra parte, en ningún caso podrá restringir la responsabilidad del causante del daño, sin perjuicio de las acciones que tanto a éste como a la víctima puedan corresponder contra quien obtuvo el beneficio, dentro de los expresados límites, para obtener la restitución de lo indebidamente percibido. El principio de causalidad actúa aquí de una doble manera, por lo tanto.

# La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español

LUIS DIEZ PICAZO  
Catedrático de Derecho civil

## I

La tradición, dice un famosísimo pasaje de ULPIANO (1) conservado en el Digesto justiniano, es la enajenación de las cosas *nec mancipi*. El dominio de estas cosas, continúa diciendo el jurisconsulto citado, lo adquirimos por la tradición si en virtud de una justa causa nos han sido entregadas (2).

A lo largo de toda la historia del derecho esta última idea se ha conservado y se ha entendido siempre y continúa entendiéndose todavía hoy, por tradición aquel mecanismo jurídico por virtud del cual se produce una transmisión y consiguientemente una adquisición derivativa del dominio. En nuestro Derecho actual esta idea aflora en el artículo 609 del Código civil, según el cual, la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y se transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Aparece, pues, en este artículo la palabra "tradición", para indicar un mecanismo traslativo del dominio que es consecuencia de ciertos contratos y que se presenta de alguna manera como un fenómeno jurídico distinto de los demás modos de adquirir la propiedad que en dicho precepto aparecen tipificados como son la ocupación, la prescripción, etc. (3).

---

(1) Dig. 19, 5, 7.—Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehensimus, scilicet, si ex iusta causa traditae sunt nobis.

(2) Por lo que se refiere a las cosas *mancipi* la tradición no constituyó, como es sabido, un modo de transferir el dominio, si bien en el Derecho pretorio el adquirente por *traditio* de cosas *mancipi* tenía una situación jurídica protegida frente a terceros por la acción publiciana y frente al transmitente por la *exceptio rei venditae et traditae*, que se puede considerar *cuasi* dominical.

(3) Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español común y foral*, 7.ª edic., Tomo II, Madrid, 1950, pág. 185, donde se establece la distinción de los modos originarios y derivativos, caracterizando a estos últimos como aquellos que hacen adquirir una propiedad fundada en un precedente derecho que tenía otra persona, y se menciona como ejemplo típico —y único, podríamos añadir nosotros— la tradición. Más claramente, antes GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo II, Madrid, 1875, pág. 37: "La tradición ha sido definida como modo de adquirir derivativo por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada con justa causa a otro que la recibe". También VISO, *Lecciones Elemen-*

La tradición consiste, según viene diciendo la doctrina, en un acto extraordinariamente simple y sencillo: es la entrega de la cosa transmitida hecha por el transmitente al adquirente (4). Esta operación tan sencilla se complica, sin embargo, en una cierta medida tan pronto como tratamos de observar la estructura y el funcionamiento de este mecanismo jurídico de transmisión del dominio. El mero hecho de la entrega de una cosa, es decir, el paso de la cosa de una mano a otra, no es, ni puede ser nunca por sí solo un índice inequívoco de una transmisión dominical. La *datio rei* o entrega de una cosa es, como ponen de relieve FERRINI y URSICINIO ALVAREZ (5), un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar múltiples fines económicos de naturaleza profundamente diversa, como son, por ejemplo, la cesión de una cosa en préstamo (mútuo o comodato), en arrendamiento, en custodia o depósito, en garantía o prenda, etc. ¿Qué es entonces lo que da color y atribuye inequívoco sentido a la entrega para convertirla en un acto traslativo del dominio? La doctrina viene contestando a esta pregunta señalando que para que exista una verdadera transmisión del dominio es necesario: Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una *datio possessionis*, como decían los clásicos (CUIACIO, DONELLO, POTHIER, etc.), una *consignatio*, como decía DE LUCA. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un *verus dominus* (6).

Una más exacta comprensión del fenómeno jurídico que ahora nos ocupa, exigirá, pues, examinar con la debida separación y con el debido cuidado cada uno de estos elementos.

## II

El primero de ellos era, como se recordará, una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Es claro que el sencillo acto de entrega de una cosa sólo puede producir un efecto

---

*tales de Derecho Civil*, Tomo I, Valencia, 1879, pág. 283: "Se entiende por tradición un acto por el cual el propietario que tiene capacidad para enajenar sus bienes los traspasa a otro con intención de que adquiera su dominio en virtud de una justa causa". Cfr. igualmente SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1900, pág. 234: "No es la tradición, en su sentido gramatical, lo que en su sentido jurídico. En el primero equivale a entrega y, por tanto, constituye siempre un hecho, el acto de entregar una cosa. En el segundo significa derivación o transmisión de derechos reales o sobre las cosas".

(4) Cfr. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Madrid, 1941, pág. 355; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Madrid, 1959, pág. 99; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1964, pág. 100.

(5) FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4.<sup>a</sup> edic. por Giuseppe Grosso, Milán, 1953, pág. 303 y sigs.; ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945.

(6) Cfr. ARU, *Traditio*, en *Nuovo Dig. ital.* XII, 2, pág. 267 y sigs.

traslativo de la propiedad cuando va acompañado de la voluntad de enajenar por parte del tradente y de la voluntad de adquirir por parte del accipiente. Esta doctrina tiene su base fundamental en una serie de textos romanos que exigen para que la tradición se produzca una concorde voluntad de transferir y de adquirir el dominio (una *voluntas transferendi et acquirendi domini*) (7).

Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que existe una concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir el dominio? En principio cabe pensar que la respuesta será clara en todos aquellos casos en que el acto de transmisión de la cosa vaya acompañado por una expresa declaración de la voluntad traslativa. Sin embargo, un supuesto semejante no será frecuente en la práctica del tráfico económico. Puede ocurrir y esto será lo más probable, que el acto de transmisión en sí mismo no vaya acompañado de una especial declaración de la voluntad traslativa y que esta voluntad traslativa tenga que inducirse de la existencia de un negocio jurídico previo del cual la transmisión sea consecuencia. Puede incluso llegar a decirse a mi juicio que, existiendo este negocio jurídico previo o antecedente, debe presumirse que la entrega se realiza con ánimo traslativo. Una presunción semejante no puede, sin embargo, ser considerada como una presunción absoluta, sino, por el contrario, como una presunción *iuris tantum*, que debe admitir prueba en contrario. Es hoy día muy frecuente en el tráfico económico que, no obstante haberse celebrado un contrato del que es consecuencia natural la transmisión del dominio y haberse producido ya la entrega de la cosa, la voluntad de las partes haya sido diferir para un momento futuro la transmisión de la propiedad. Un esquema como el mencionado se encuentra a la orden del día en las ventas a plazos de bienes muebles con cláusulas especiales de reserva de dominio a favor del vendedor hasta tanto el precio no sea íntegramente pagado. Es evidente que la expresada reserva de dominio excluye la voluntad traslativa actual en el acto de entrega de la cosa y que, por consiguiente, en tal caso hay entrega de la cosa, pero no en rigor tradición. Un problema mucho más delicado consiste en averiguar si la reserva de dominio, no declarada en forma expresa, puede ser inducida tácitamente de las circunstancias del caso, de acuerdo con los usos del tráfico. El problema es importante en las ventas de inmuebles (pisos, apartamentos, etc.) cuando se realiza también con precio aplazado y el contrato consta en un simple documento privado. Aunque no suele introducirse en ellos una expresa reserva de dominio, es claro que muchas veces la verdadera intención de las partes, de acuerdo con los usos del tráfico, ha consistido en no entender transmitido el dominio hasta que el contrato es elevado a escritura pública. También en estos

---

(7) JAVOLENO, en Dig. 44, 7, 55: "In omnibus rebus quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium".

casos existiría entrega y faltaría tradición, porque la tácita reserva de dominio excluye la voluntad de transmitir y de adquirir (8).

### III

He tratado de poner de relieve cómo efectivamente un mero traspaso posesorio es, en sí mismo considerado, un acto incoloro y equívoco que puede tener jurídicamente una pluralidad de significados (te doy la cosa para que la custodies, para que te sirva de garantía, para que la uses y después me la devuelvas, para que la hagas definitivamente tuya), y cómo lo que dota de significación y de sentido a la tradición como acto jurídico específico es una determinada dirección de la voluntad de las partes. Cuando esta voluntad de las partes no aparece expresamente declarada, debe ir unida a un determinado comportamiento, al que podemos llamar desde ahora comportamiento traslativo. Ahora bien, ¿cuál es este comportamiento traslativo? ¿Qué tipos de actos deben realizar las partes para que esos actos puedan ser calificados jurídicamente como tal comportamiento traslativo? Dicho de otra forma, ¿a través de qué actos se manifiesta o se declara la voluntad de adquirir y transmitir? (9).

Asistimos en este punto a un fenómeno que resulta extraordinariamente curioso. Los Derechos primitivos exigieron siempre que la voluntad traslativa se manifieste a través de una serie de actos solemnes y formales (*mancipatio*, cesión *in iure*, etc.). La tradición aparece precisamente como una vía idónea para flexibilizar estas rígidas solemnidades primitivas, atendiendo a las exigencias de rapidez y de celeridad que el tráfico económico impone sobre todo en materia de mercaderías. Sin embargo, y a pesar de que toda la evolución del fenómeno traslativo parece consistir en una progresiva espiritualización del elemento formal, subsiste la necesidad de que los actos traslativos encarnen en una conducta objetivamente identificable. De esta manera, la tradición, que originariamente es la simple entrega material de la cosa, al irse progresivamente espiritualizando, permite que el requisito del consentimiento de las partes vaya ganando terreno hasta

---

(8) Los casos son tres: a) expresa declaración de la voluntad traslativa; b) expresa exclusión de la voluntad traslativa (reserva de dominio); c) falta de una expresa declaración y de una expresa exclusión de la voluntad traslativa. Obviamente solo el caso sub c) plantea el problema, que es, en rigor, un problema de interpretación, que habrá de ser resuelto acudiendo a los criterios hermenéuticos generales. En línea de principio se sientan, sin embargo, estas dos ideas: (1) la voluntad traslativa puede inducirse cuando un traspaso posesorio subsigue a un negocio jurídico del que debe resultar la transmisión: (2) no obstante el traspaso posesorio, la voluntad traslativa actual puede entenderse excluida por las circunstancias del caso de acuerdo con los usos del tráfico.

(9) Lo que aquí llamo "comportamiento traslativo" cumple claramente una doble función: (1) *inter partes* *embebe* la voluntad traslativa, de la cual es además ya un acto de ejecución, (2) frente a terceros constituye lo que puede llamarse un "signo de reconocibilidad de la transmisión".

dejar reducido el acto material de entrega a un puro símbolo primero y a la nada después, hasta que termina por imponerse el principio *nudum consensus parit proprietatem*. Sin embargo, la evolución continúa y termina por exigirse, al menos respecto de aquellos bienes de gran valor, como son los inmuebles, que el *consensus* deje de ser desnudo y se vista con un documento solemne. Todo ello constituye, además, una ineludible exigencia económica. La aprehensión material o corporal de las cosas tiene un indudable sentido económico como signo de la transmisión del dominio de las cosas muebles corporales, pero es, en cambio, muy difícil y queda muy desdibujada en la transmisión del dominio de las cosas inmuebles y de las cosas incorporales. Un estudio de este ciclo exigirá hacer alguna referencia a las fuentes donde es posible encontrar toda una serie de casos en los cuales el elemento material de la tradición se va presentando cada vez más espiritualizado. La doctrina romanista suele comprender todos estos casos bajo la rúbrica *traditio ficta*, frente a los casos de aprehensión material que se llamaron de “tradición real” o efectiva.

Según RICCOBONO (10) ha puesto de relieve, la terminología ha sido en muchos casos mal aplicada. De hecho, entre los textos usualmente comprendidos en la categoría de la *traditio ficta* deben distinguirse nítidamente aquellos casos en los cuales, aunque muy espiritualizada la entrega, existe un traspaso posesorio, que deben incluirse entre los casos de *traditio* efectiva y aquellos otros donde en cambio el acto material de entrega no es que haya sido reducido a un mero símbolo, sino que en rigor no existe ya. Sólo estos últimos constituyen los casos de verdadera y propia *traditio ficta*.

Una comprensión más clara del fenómeno exige probablemente realizar una enumeración, aunque sea somera, de cada uno de los casos en cuestión (11).

1.º El primero es la *adprehensio corpore et tactu*. Representa el modo con el cual en el período más antiguo se realizaba el acto material de la *traditio*, que sin embargo, fue en el curso de los tiempos objeto de muchas atenuaciones. De algún texto de PAULO se deduce que para llevar a cabo el traspaso de la posesión de una finca, en el período más antiguo, se exigía que el adquirente pisase materialmente todas las tierras del fundo: *omnes glebas circumambulare*. En el tiempo de la jurisprudencia clásica, bastaba simplemente entrar en él con la intención de poseerlo en toda su extensión: *quamlibet partem introire*. La forma ordinaria de adquisición de los bienes muebles es la entrega material de los mismos casos o el paso de mano a mano (*contractatio*).

2.º *Traditio longa manu*. El ejemplo típico de ella nos lo ofrece un pasaje de CELSO, según el cual cuando la persona que había vendido el fundo mostraba al adquirente los confines del mismo desde lo alto

(10) RICCOBONO, *Traditio ficta*, en Zeitsch. Sav. Stift, Rom. Abt., 33, 1912, pág. 259 y 34, 1913, pág. 159.

(11) ARU, op. y loc. cit., pág. 268.

de una torre o desde cualquier otro lugar eminente, se entendía que ésta adquiriría, sin más, la posesión como si hubiera materialmente entrado en el fundo (*nonminus quam si pedem finibus intulissem*). Para los muebles la *contractactio* se sustituye por el *ponere in conspectu*.

3.º *Traditio clavium apud horrea*. Es la entrega de las llaves de un edificio, hecha en la proximidad del mismo, que se entiende como traspaso posesorio del edificio mismo.

4.º La adquisición por medio de un intermediario. En un principio venía reconocido únicamente como traspaso de la posesión cuando tenía lugar en presencia del propio adquirente en favor de quien el intermediario actuaba. En una época posterior, sin embargo, probablemente en tiempo de los Severos, el requisito de la presencia del adquirente en el acto de aprehensión de la cosa por su intermediario no se consideró ya esencial para la adquisición de la posesión, que puede realizarse aunque al adquirente se encuentre lejano.

5.º *Traditio brevi manu*. En un caso claro en que la transmisión de la propiedad se realiza sin necesidad de ningún acto exterior real o simbólico de aprehensión de la cosa. Cuando el adquirente del dominio ostentaba ya con anterioridad la posesión de la cosa en virtud de un título distinto (por ejemplo, arrendatario), la *traditio brevi manu* lo que hace es convertir la posesión en propiedad por medio de una mutación de la situación posesoria. Sin necesidad de ningún acto exterior la *causa possessionis* cesaba para dar paso a una *causa proprietatis*.

6.º *Constitutum possessorium*. Es hasta cierto punto la hipótesis inversa del anterior. En ella también la cosa se tramite sin necesidad de ningún acto exterior. El anterior propietario trasmite continúa poseyendo después de la transmisión como poseedor en nombre ajeno. Hay simplemente una mutación de la *causa possessionis* y el poseedor *pro suo* deviene poseedor *pro alieno*. El *constitutum* encontraba sobre todo su aplicación en las adquisiciones por procurador y en la reserva de usufructo. La doctrina romanística discute su claridad, pero es este un tema que en estos momentos nos está vedado.

7.º La *traditio instrumentorum*. Es un caso de tradición simbólica. La transmisión se efectúa con la entrega, no de la cosa en sí, sino de un símbolo de la misma, como son los documentos o títulos de propiedad. Como un caso particular de aplicación de la misma idea se encuentra la *proffesio censualis*. La transferencia de los documentos relativos al pago de los tributos y la declaración hecha ante la autoridad tributaria tiene valor traslativo del documento.

8.º La *suscriptio instrumenti*. La suscripción o firma del documento, incluyendo en él una cláusula especial, hace perfecta la transmisión del dominio, sobre todo en el caso de donación. Justiniano declaró que en las ventas o donaciones a favor de las iglesias, fundaciones y municipios, el solo texto confería la propiedad de las cosas corporales.

La mayor parte de estos tipos clásicos se conservan en el De-

recho moderno. En nuestro Código civil, sin embargo, aparecen muy simplificados y hasta cierto punto esquematizados. Una enumeración de los mismos podría hacerse del siguiente modo.

Hay, en primer lugar, una tradición real y efectiva que consiste en la entrega material de las cosas transmitidas. Puede ser el paso de mano a mano tratándose de cosas muebles o la aprehensión u ocupación material tratándose de inmuebles. Hay entonces lo que el Código llama una "puesta en poder y posesión". La misma naturaleza reviste la llamada "puesta a disposición" de las mercancías vendidas en la compraventa mercantil, si bien en este caso no es necesario la material aprehensión por el adquirente.

En segundo lugar aparece una tradición simbólica, que se produce cuando la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa, sino a la entrega de una cosa accesoria en la cual queda simbolizada o representada la cosa principal. Hay en el Código civil dos casos muy significativos de esta tradición simbólica: Uno, que es heredero de la clásica *traditio clavium*, lo constituye lo que el Código llama "la entrega de llaves" del lugar o sitio donde se encuentran almacenados o guardados los bienes muebles que se transmiten (art. 1.463); el segundo lo constituye la entrega al adquirente de los documentos justificativos de la propiedad de la cosa (títulos de pertenencia cuando se trata de bienes incorporales) que es un caso de *traditio instrumentorum* (art. 1.464).

Con carácter general puede decirse que en todos estos casos la forma de la *traditio*, tanto real como simbólica, parece que consiste más que en el hecho estricto de la entrega de la cosa, en la creación de un signo exterior de reconocibilidad de la traslación del dominio, del cual la entrega no sería más que una especie, la más típica, si se quiere, pero desde luego no la única. Por esto, un estudio de las formas exteriores de la *traditio* hay que hacerlo integrando los artículos 1.462-1.464 con la norma contenida en el artículo 438 del Código civil. Siempre que el accipiente ha tomado posesión de la cosa con consentimiento del transmitente, la tradición se ha producido y esta toma de posesión, según el artículo 438 puede revestir tres formas distintas: la ocupación material de la cosa; el hecho de quedar esta sujeta a la acción de la voluntad; o la realización de los actos y el cumplimiento de las formalidades legales establecidas al efecto. La nota común a todos estos casos la constituye, según decíamos, la creación de este signo exterior de reconocibilidad del dominio del adquirente, pues lo que verdaderamente importa es que la posesión del adquirente, como dueño, pueda ser fácilmente reconocida como tal por los terceros ajenos a la relación jurídica existente entre el que trasmite y el que adquiere. En todos estos casos en que el signo de reconocibilidad se crea, aunque sea simbólicamente, puede hablarse de *traditio* en sentido estricto.

Existen, sin embargo, otros casos en los cuales la transmisión se produce sin verdadera entrega material de las cosas y también sin un

acto que suponga esa creación de un signo reconocible. La verdadera *traditio* queda entonces sustituida por un acto cuya naturaleza jurídica es claramente diversa. Se aproxima en estos casos nuestro Derecho positivo a los sistemas de transmisión consensual de la propiedad según el modelo franco-italiano que entre nosotros acogió el Proyecto de García Goyena de 1851, pero que en cambio rechazó, en línea de principio, la Base 20 de la Ley de 1888. Es un acto traslativo del dominio en nuestro derecho positivo, en primer lugar, el “solo acuerdo o conformidad de los contratantes”, en materia de bienes muebles (art. 1.463), donde parece que existe una evidente acogida del sistema de transmisión consensual de la propiedad. Es cierto que el artículo 1.463 condiciona el efecto traslativo del solo acuerdo a dos hipótesis: una, que la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta; y otra, que el adquirente la tenga ya en su poder por algún otro motivo; pero cierto es también que la imposibilidad del traslado puede obedecer a falta de manualidad de las cosas o simplemente a falta de conveniencia de los interesados al respecto, pues no se trata de una imposibilidad física, ni tampoco de una imposibilidad absoluta, sino de una imposibilidad “en el instante de la venta”; en el segundo caso —el comprador tiene ya la cosa en su poder— reaparece la antigua figura de la *traditio brevi manu*. Lo que importa destacar ahora es la amplitud que tiene en nuestro derecho la transmisión del dominio de las cosas muebles por el solo acuerdo o conformidad de los contrayentes. El único problema que se plantea radica en averiguar si este medio de transmisión, el solo acuerdo, es supletorio y excepcional frente a la regla general del artículo 1.462, es decir, si es menester una voluntad expresa de las partes para que su acuerdo tenga eficacia traslativa, o, si por el contrario, la eficacia traslativa se produce objetivamente cuando una voluntad en contrario no ha sido manifestada. A mi juicio es esta segunda la solución que debe mantenerse.

El segundo de los casos en que nuestro Derecho positivo atribuye virtud traslativa al acuerdo de las partes lo contiene el párrafo 2.º del artículo 1.462, caso en el cual la transmisión se produce por el otorgamiento de la escritura pública (*suscriptio*), salvo que las partes excluyan expresamente aquel efecto. Aquí en rigor, nos encontramos ante un tipo de acto traslativo que se distingue netamente de la pura *traditio*, pues la transmisión se opera sin mutación posesoria, pero que se distingue también de la verdadera transmisión consensual, pues no es en rigor el *nudus consensus* lo que trasmite, sino la forma solemne en que este consentimiento cristaliza (una escritura pública).

El tercer caso donde puede encontrarse una transmisión de la propiedad sin verdadera tradición lo constituyen las hipótesis de *constitutum possessorium* y de *traditio brevi manu*, que se pueden reconducir respectivamente a las normas del artículo 1.462 (escritura pública) y del 1.463 (sólo acuerdo), según que se trate respectivamente de bienes inmuebles o muebles. En el mismo caso se encuentra la

transmisión que de su derecho realiza un propietario no poseedor, a que se refiere LACRUZ BERDEJO (12).

El problema de las transmisiones de la propiedad aparece sumamente confuso, en nuestro Código civil, en materia de transmisiones gratuitas (13). Está claro que el legatario deviene propietario de la cosa legada sin necesidad de que se produzca el traspaso posesorio a su favor (art. 882), En cuanto a las donaciones puede sostenerse que el Código (art. 609) las considera como un modo de adquirir independiente y que con arreglo a esta idea basta la perfección del negocio de donación para que la propiedad de las cosas donadas se pueda entender transmitida del donante al donatario. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha entendido que no puede sin más excluirse respecto de la transmisión del dominio de las cosas donadas al requisito de la entrega y que donatario sólo se convierte en dueño de ellas cuando ha adquirido por *traditio* la posesión de las mismas. Esta exigencia, sin embargo, sólo aparece en el Código civil con claridad por lo que se refiere a la donación verbal de cosas muebles. En cambio, en la donación de bienes inmuebles el acto traslativo parece que es el otorgamiento de la escritura pública (art. 633 en relación con el 1.462), lo que está más conforme con los antecedentes históricos de la materia, con arreglo en los cuales para transmitir el dominio de las cosas donadas bastaba la suscripción (*suscriptio*) del documento.

En resumen puede sentarse una conclusión: que también esta materia de la transmisión del dominio está como tantos otros puntos del Derecho civil, tejida de lugares comunes y de residuos históricos y que, en realidad, bajo el nombre genérico de *traditio* estamos refundiendo dos tipos de fenómenos traslativos que no tienen nada o casi nada en común, como son el traspaso posesorio, que es la tradición genuina, y los simples acuerdos traslativos. El nombre de *traditio* debe reservarse para todos aquellos casos en que la transmisión del dominio se opera mediante la creación de un signo exterior de reconocibilidad, que consiste en la toma de posesión por el adquirente. En cambio, todos aquellos otros casos en los cuales la transmisión del dominio ocurre sin que sea necesario aquel traspaso de la posesión, deben ser comprendidos bajo la rúbrica de "acuerdos traslativos".

Para concretar el tema será necesario también hacer referencia, aunque sea muy brevemente, a las relaciones que existen entre tradición e inscripción (14), sobre todo para averiguar si es posible que en algunos casos la inscripción supla o sustituya a la tradición.

La doctrina clásica española entiende que la legislación registral no ha introducido modificaciones sustanciales en el clásico sistema traslativo fundado en la teoría del título y el modo. Lo que se inscribe en

---

(12) LACRUZ BERDEJO, *Inscripción y tradición*, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1957, y en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958, pág. 98 y sigs.

(13) Véase: CALVO SORIANO, *Tradición y donación*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, III, 1946, pág. 403 y sigs.

(14) Cfr. LACRUZ, op. y loc., cit., pág. 100 y sigs.

el Registro, dice ROCA SASTRE, no es el título, sino la entera traslación del dominio, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo (15). Para que sea posible la inscripción, añade el autor citado, es necesario un acto de transferencia y para que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición, de tal manera que mientras esto no ocurra, la inscripción no podrá practicarse (16).

En cambio, otros autores se ven obligados a establecer algunas distinciones. Así, por ejemplo, CASTÁN (17) señala que con relación a terceros, la Ley Hipotecaria concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición y que en el caso de doble venta de una cosa, según al párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, tiene preferencia y se reputa dueño de lo comprado no aquel a cuyo favor se ha efectuado la tradición, sino a aquel otro que se adelantó a inscribir primero su título en el Registro de la Propiedad. Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ señala que si bien en principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus efectos peculiares (18), sin embargo, la función estrictamente convalidante de la inscripción puede llegar a producir importantes efectos sobre la tradición. Ello significa que respecto de terceros, el titular inscrito es, desde luego, un adquirente del dominio por el mero hecho de la inscripción. Por otra parte, al establecer el artículo 38 de la Ley Hipotecaria una presunción de que el titular inscrito posee la cosa, da lugar a una presunción de tradición (19) que invierte, en definitiva, la carga de la prueba, pues será el que impugne la transmisión por falta de tradición quien deba demostrar que el demandado no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ningún otro acto posterior de *traditio ficta* eficaz. A unas con-

---

(15) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, Tomo I, página 160 y sigs.

(16) Op. y loc. cit., pág. 163: "Para que sea posible la inscripción es necesario que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición. Una vez concurren estos dos elementos se habrá producido un acto traslativo y, por tanto, mientras éste no se produzca mal podrá inscribirse".

(17) Op. y loc. cit., pág. 180 y sigs.

(18) SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, Tomo I, pág. 253: "La tradición y la fé pública entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con un alcance muy diferente. La tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real, y con referencia al acto transmisivo, en tanto la fe pública entra en juego dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en momentos en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición es en cuanto a la preexistencia del derecho en el patrimonio del disponente, es decir, sólo en un limitado aspecto, que es, por otra parte, ajeno a la necesidad de la tradición. De aquí que la fe pública sea completamente independiente de la tradición y ni la supla ni la excluya en manera alguna.

(19) SANZ, op. cit., pág. 258, donde habla precisamente de "la inscripción como forma de tradición presunta".

clusiones similares llega también LACRUZ BERDEJO partiendo de la base ya citada del artículo 1.473-2.º del Código civil (20).

#### IV

La necesidad de que la tradición, para producir un efecto traslativo, esté fundada en una justa causa, proviene de los textos romanos. Es muy conocido un fragmento de PAULO, con arreglo al cual "*nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*". En el mismo sentido el párrafo de ULPIANO a que hicimos referencia al principio de estas páginas.

La tradición ha de ir, habíamos dicho, precedida o por lo menos unida con una justa causa para que llegue a tener verdadero valor traslativo. Ahora bien, ¿qué se entiende por justa causa de la tradición? Es éste quizá una de los puntos más oscuros y debatidos de toda la problemática del Derecho civil (21).

Las posiciones mantenidas por la doctrina pueden clasificarse en tres grupos distintos.

Con arreglo a una tesis que entre nosotros podría llamarse clásica, justa causa de la tradición es siempre un negocio jurídico obligatorio en ejecución del cual se realiza la transmisión de la propiedad (v. gr., una compraventa, una donación, etc.). La doctrina de la justa causa de la tradición vendría de esta manera a ligarse con la doctrina escolástica del título y del modo. A esta forma de dibujar el mecanismo de la transmisión de la propiedad se le califica entre nosotros como concepción causal de la *traditio*. Para una concepción causal, la causa de la tradición es siempre, como he dicho, aquél negocio jurídico antecedente que justifica la transmisión del dominio (la compraventa, la donación, la dación en pago, etc.). La consideración del negocio jurídico antecedente como causa produce una estrecha vinculación entre el negocio obligatorio y la tradición, de tal manera que las vicisitudes o irregularidades del negocio causal afectan directamente e inmediatamente a la tradición. La irregularidad o la ineficacia del negocio obligatorio hace ineficaz la *traditio*. Si el negocio obligatorio es nulo, dice URSICINO ALVAREZ (22), ello significa que el tradente no ha perdido la propiedad y que el adquirente no la ha recibido: por tanto, el tradente puede todavía esgrimir una acción reivindicatoria no sólo contra el accipiente, sino incluso contra todos los

---

(20) LACRUZ, op. y loc. cit., pág. 98 y sigs.; parece aceptar su punto de vista HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Introducción al Derecho Hipotecario*, Madrid, 1963, pág. 135 y sigs. Mas bibliografía en las obras citadas.

(21) Véase: SERRANO, *Iusta causa traditonis*, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1935; ALVAREZ, Ursicino: *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945; NÚÑEZ LAGOS: *Causa de la traditio y causa de la obligatio*, en Revista Crit. Der. Inmob., 1961; MARTÍNEZ RADIO: *La tradición en la transmisión de los derechos reales*, en Rev. Der. Esp. y Americano, 1964, 6, pág. 44 y siguientes.

(22) Op. cit., pág. 12 y sigs.

terceros cuyos derechos deriven de éste. Es obvio que un sistema semejante tiene su quiebra más grave en la enorme inseguridad que introduce en el tráfico jurídico, pues la certeza de una adquisición no depende sólo de la regularidad del acto traslativo, sino también de la regularidad de toda una serie de actos anteriores en que el adquirente actual no ha sido parte y no tiene ni siquiera por qué conocer. Todo adquirente se encuentra expuesto así al riesgo de ser sometido en cualquier momento a una demanda de reivindicación.

Frente a esta concepción se alza otra, a la que puede denominarse como concepción abstracta de la *traditio* (23), que ha sido sostenida por algunos romanistas modernos al interpretar las fuentes y que ha sido adoptada por algunos ordenamientos positivos. Para la concepción abstracta, justa causa de la tradición no es el negocio obligatorio antecedente que explica y justifica la mutación dominical, es decir, la *emptio* o la *donatio*, sino que es simplemente la concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir. Naturalmente que aunque la *traditio* se configure como *traditio* abstracta el negocio antecedente ha existido también. Las cosas no se transmiten porque sí. Se transmiten porque se venden, porque se regalan o porque se pagan con ellas las deudas. Lo que acontece es que entre aquel primitivo negocio obligatorio y la *traditio* se intercala el llamado negocio traslativo, que es simple expresión de la voluntad de adquirir y de transmitir, de tal manera que la eficacia de la *traditio* queda ligada al negocio traslativo del cual es ejecución, pero desligada, en cambio, del negocio obligatorio antecedente que ya no funciona como justa causa. Ello quiere decir que la *traditio* puede ser eficaz, aunque aquel primitivo negocio obligatorio no lo fuera, siempre que se haya manifestado válida y regularmente la voluntad de adquirir y transmitir.

Aunque el negocio obligatorio hubiera sido ineficaz, el tradente pierde el dominio y el accipiente lo adquiere. Como consecuencia de ello, el tradente no puede ejercitar una acción real reivindicatoria, sino solamente una acción de enriquecimiento que no es real, sino personal y que no se dirige contra cualquier tercero que tenga la cosa en su poder, sino únicamente contra aquel que se haya enriquecido.

Una postura intermedia respecto de las dos anteriores la constituye la de quienes sostienen que la justa causa de la tradición no es ni el primitivo negocio obligatorio ni el supuesto negocio traslativo consistente en la concorde voluntad de adquirir o transmitir, sino el cumplimiento de una "*obligatio dandi*". La *venditio* puede ser una causa remota de la tradición, pero no es la causa próxima de la misma. No se transmite por vender, sino por cumplir una obligación. La causa de la *traditio* se encuentra así en el cumplimiento o pago de la *obligatio dandi*. La justa causa es, de esta manera, una causa *solvendi* (24). Esta concepción pre-

(23) Sobre el tema véase el clásico trabajo de HECK: *El negocio jurídico real abstracto*, traducido ahora al castellano, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1965, página 1443 y sigs.

(24) FERRINI, op. cit., pág. 303 y sigs.

senta una notable diferencia con las dos anteriores. La ineficacia del primitivo negocio obligatorio no hace sin más ineficaz la tradición, ni permite al tradente el ejercicio de una acción real reivindicatoria, pero tampoco puede decirse, como sostiene la tesis abstracta, que el dominio se transmite en todo caso y que al transmitente le compete únicamente una acción personal de enriquecimiento. En la postura que ahora analizamos, si el transmitente realiza la entrega *solvendi causa*, es decir, estimando que cumple un deber de pagar, aunque se produzca error sobre la existencia de la *obligatio dandi* (título putativo), el pago es justa causa. La propiedad pasa al adquirente, y el transmitente no puede reivindicar lo que ha entregado, sino solamente "*condicere*" como debido al pago; pero la acción (*condictio*) de pago de lo indebido es, en primer lugar, una acción restitutoria del objeto entregado y sólo en vía subsidiaria una acción de enriquecimiento.

¿Cuál de estos sistemas ha sido acogido por el Derecho español?

Ante todo hay que dejar sentado que el problema, en nuestro Código civil, es cualquier cosa menos claro. No se puede negar que el sistema de la transmisión causal goza del favor de una amplia tradición doctrinal, pero insisto en que en el Código el problema aparece muy impreciso. Para encuadrarlo en sus verdaderas dimensiones tenemos que partir del hecho de que el Código menciona la tradición únicamente en el artículo 609: La transmisión se produce "como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". Es claro que esta manera de expresarse deriva de una mentalidad causalista, puesto que la tradición se configura como "consecuencia" de un contrato antecedente. Pero el argumento está muy lejos de ser decisivo. Porque ni se dice qué contrato es —aunque el uso del plural, "ciertos contratos", parece excluir la idea de un contrato abstracto traslativo— y porque tampoco se explica, y este es el punto clave, la especie del ligamen que existe entre la tradición y el contrato del que es consecuencia.

Mucho menos decisivos todavía son los argumentos extraídos por la doctrina de los artículos 1.274-1.277, porque en ellos lo que se hace es jugar con la equivocidad de la palabra "causa" que no asume el mismo sentido ni el mismo perfil cuando se refiere al contrato (causa del contrato), que cuando se refiere a un fenómeno de conexión entre dos actos jurídicos distintos (causa de la tradición). Por la misma razón es desestimable el argumento que en pro del sistema abstracto se quiere extraer por algunos autores del artículo 1.277, pues en el artículo 1.277 la abstracción es puramente formal o "procesal", como dicen los italianos —la causa no se expresa en el contrato—, lo cual no quiere decir que una vez conocida no deba influir decisivamente en la suerte del contrato mismo.

Un argumento de algún peso que favorece la idea de que en nuestro sistema de Derecho positivo tiene vigencia una concepción causal de la tradición puede extraerse del hecho de que las normas en que se configura la entrega de la cosa (art. 1.462-1.464) se incluyen formando parte del contrato de compraventa y como consecuencia de él. Pero el argumento tampoco es decisivo, pues, en primer lugar, es dudoso que en

nuestro Derecho en la compraventa exista una verdadera obligación del vendedor de transmitir la propiedad, y en segundo lugar, aun transmitida la propiedad, sobre el vendedor pesa la obligación (deuda) de entregar materialmente la posesión de la cosa al comprador.

A mi juicio, para poder establecer si la *traditio* en el Derecho español es abstracta o causal, lo que hay que investigar es si el efecto traslativo funciona o no con independencia de la justa causa y en qué medida la irregularidad o la falta de causa repercute en la eficacia de la transmisión.

Por lo pronto, parece claro que si el vicio del negocio antecedente es una mera anulabilidad, este vicio de la justa causa no provoca la ineficacia de la transmisión. El tradente deja de ser dueño, no dispone de una acción real reivindicatoria y tiene solamente una acción de restitución (arts. 1.303-1.307). Lo mismo ocurre en todos aquellos casos en que la eficacia del negocio obligatorio antecedente desaparece en un momento posterior sobrevenido (rescisión, revocación, resolución).

GIORGIANNI (25) ha hablado por esto de una progresiva reducción del área de incidencia de la falta de causa. Al final de este proceso, dice el autor citado, la causa no se refiere ya a la efectiva "realización" del propósito de cada contratante (*causa non secuta*), sino exclusivamente a la creación del mecanismo idóneo para que aquella realización se produzca. Por otra parte, el mismo autor señala también cómo, cuando el Derecho franco-italiano, en virtud del principio de la transmisión puramente consensual, se vio forzado a hacer partícipe al acto traslativo de los vicios del contrato consensual, la doctrina tuvo que intentar reducir al mínimo las consecuencias perjudiciales que se derivan de la nulidad de la transmisión por falta de causa, tratando de volver a la construcción clásica en el Derecho común, en el cual, si bien era cierto que la simple *traditio* no bastaba para transmitir la propiedad, se consideraba comúnmente que era suficiente que la voluntad de "*transferre dominium*" se apoyase en un preexistente "*titulus adquirendi*", aunque este fuera putativo o inválido, según expresa un antiguo texto de BALDO. Se deducía de ello que la falta o el vicio de la causa atribuía al "tradens" exclusivamente una acción personal dirigida a la restitución de la cosa, esto es, una "*conditio indebiti o sine causa*".

Esta es, a nuestro juicio la solución que debe sostenerse en el Derecho español (26). La tradición no es abstracta, si con ello quiere significarse que el que transmite sin causa dispone sólo de una acción pecuniaria de enriquecimiento, pero tampoco puede decirse que sea causal en el sentido de que la falta de causa o la nulidad de la causa mantenga el dominio en el tradente y le atribuya una acción real reivindicatoria. A pesar de la falta o la nulidad de la causa, el dominio se transmite y el

(25) *Causa*, en Enciclopedia del Diritto.

(26) Cfr., sin embargo, NUÑEZ LAGOS, en op. y loc. cit., pág. 606, quien estima que la causa de la tradición es por regla general el pago de una obligación de dar, pero admite dos excepciones: los casos en que la entrega se haga causa *credendi* y causa *donandi*.

tradente dispone únicamente de una *condictio*, que es recuperatoria o restitutoria de la cosa, si ésta continúa en poder del adquirente, y que se convierte en una acción de reclamación del valor si la cosa ha pasado ya a manos de un tercero.

Ahora bien, esta consecuencia, que es clara cuando la transmisión del dominio se ha producido por genuína *traditio*, esto es, por transmisión posesoria con la consiguiente creación de lo que antes llamé un signo de reconocibilidad, debe ser matizada, en cambio, cuando lo que ha existido ha sido solamente un acuerdo traslativo. El puro acuerdo traslativo reclama un claro tratamiento rigurosamente causal, y el enajenante, que no obstante haber transmitido en virtud del acuerdo conserva todavía la cosa en su poder, debe estar legitimado para oponer nulidad del negocio causal, tanto por vía de acción como por vía de excepción, incluso frente a los posibles terceros que ejerciten alguna pretensión sobre la cosa.

## V

Todo el análisis que hasta aquí hemos tratado de realizar nos permite ahora tratar de establecer algunas conclusiones en torno a la naturaleza jurídica de la tradición. Entre los romanistas y entre los pandectistas ha gozado durante mucho tiempo de favor la doctrina que ve en la tradición un contrato. Esta doctrina tiene su fundamento en una serie de textos que exigen para que la tradición se produzca una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Siempre que exista un concurso de voluntades —se razonará— existe un contrato. El llamado “contrato de tradición” posee, sin embargo, algún rasgo especial, que le separa del cuadro normal de los contratos obligatorios, y se le calificará por ello como “un contrato real”. La idea de contrato real se sobrepone a la de contrato obligatorio. Estos últimos constituyen relaciones obligatorias; aquéllos, en cambio, producen inmediatamente una mutación jurídica real.

Al analizar la figura del contrato real de transmisión de la propiedad, los autores que admiten esta figura suelen señalar que se trata de un contrato formal. Para la perfección del contrato, es decir, para que éste produzca sus efectos es preciso llenar una forma determinada, que será, según el pensamiento común, el paso de la posesión, sin el cual el consentimiento de las partes quedaría ineficaz. Así, EXNER, en su clásica monografía sobre la tradición, dice precisamente que el tradere es la forma del contrato real, de tal manera que es al contrato mediante esta forma concluido a lo que llamamos tradición (27), y WINDSCHEID afirma que “el contrato de transmisión de la propiedad

---

(27) “Ist das tradere Form eines dinglichen Vertrag”, EXNER: *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach oesterreichischem und gemeinem Recht*, Viena, 1867.

debe tener una cierta forma, y esta forma es la tradición de la cosa" (28).

La teoría de la naturaleza contractual de la *traditio* ha sido objeto de críticas muy duras. BONFANTE niega que la tradición sea una simple forma (29). Y PEROZZI, en un amplio estudio (*Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*), publicado en 1886 en los Anali dell'Università di Perugia (30), acumula una serie de pruebas extraídas de los textos clásicos para demostrar que la idea de "tradición-forma" es extraña al pensamiento de los juristas clásicos. Por su parte, FUNAIOLI observa que la tradición nace como institución del *ius gentium* y, por ello, en una calculada oposición a los vínculos formalistas del *ius civile*. Por otra parte, tampoco hay en la *traditio* una declaración de voluntad en sentido técnico (31). "La tradición —declara BONFANTE— no es una manifestación formal de la voluntad de transmitir el dominio, sino la material realización del acto de traspaso de la posesión, a la cual el derecho en determinadas circunstancias da el valor de acto de transmisión de la propiedad" (32).

Apartándose de la teoría de la tradición como contrato, algunos autores han buscado nuevos caminos.

La tradición se configura como un negocio jurídico, pero como un negocio unilateral, fundado exclusivamente sobre la voluntad del tradente. Como causa de la transferencia de la propiedad, la voluntad del accipiente sería, para la doctrina que ahora examinamos, completamente indiferente. SCHLOSSMANN y SCHEURL consideran que en las fuentes romanas el valor traslativo del dominio de la tradición se apoya y se basa exclusivamente en la voluntad del tradens (33), y SILVIO PEROZZI, en el estudio citado, llega a esta misma conclusión: "el derecho de propiedad —dice PEROZZI— pasa por tradición cuando el propietario de una cosa, por un motivo determinado, que no consiste en un acto prohibido por la ley, manifiesta su voluntad de transferir la propiedad a otra persona y ésta, mientras existe tal voluntad, o bien posee *animo domini* la cosa o bien toma posesión *animo domini*. Ordinariamente, añade, es el propietario mismo quien, abandonando la posesión de la cosa, facilita con ello la adquisición del accipiente, y es de este acto, el más frecuente y originariamente acaso el único, de donde la institución toma su nombre" (34).

BREMER, partiendo de un punto de vista acaso no sustancialmente

(28) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. it., por FADDA-BENSA, vol. I. 2.º, pág. 135 y sigs.

(29) BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, vol. II, La Proprietá, Roma, 1928, página 178 y sigs.

(30) Reimpreso en *Scritti Giuridici* (1948), vol. I, pág. 1 y sigs.

(31) FUNAIOLI: *La tradizione*, Padova, 1942.

(32) BONFANTE, op. y loc. cit., pág. 179 y sigs.

(33) SCHEURL: *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlangen, 1863; SCHLOSSMANN: *Der Vertrag*, pág. 94. La cita es de DERNBURG. *Pandekten*, II, 213, pág. 162.

(34) PEROZZI, op. y loc. cit., pág. 48 y sigs.

diverso del de PEROZZI, llega a la conclusión de que en la tradición no hay un contrato, sino dos negocios jurídicos unilaterales diversos, cada uno completamente independiente, con un propio *corpus* (aprehensión o dación de la cosa) y con un propio *animus* (voluntad de tomar o de dejar) (35). En algún sentido esta es también la opinión de GORLA que encuentra la existencia de dos voluntades, en lugar de una sola, pero no la de un consentimiento contractual (36).

La doctrina más reciente ha criticado la naturaleza negocial de la *traditio*. En realidad, se dirá, el que haya en la tradición un elemento volitivo no significa que sea un negocio jurídico. No siempre que hay voluntad hay negocio jurídico. Se juega aquí con la incertidumbre del concepto mismo de negocio, pero es evidente que no hay aquí un negocio jurídico. Ahora bien, si el acto traslativo no es un negocio jurídico, ¿cómo viene dada su naturaleza?

Se acude entonces a las clasificaciones usuales de los actos no negociales y, en particular, en la clasificación de ENNECERUS, a los llamados "actos jurídicos en sentido estricto" y a los llamados "actos reales". Un acto jurídico en sentido estricto o un acto semejante al negocio es una declaración de voluntad dirigida a obtener más que un resultado jurídico un resultado empírico al cual la ley liga unos efectos jurídicos independientes de la voluntad. Los actos de hecho o actos reales (Realakte, Tathandlungen) son meros comportamientos, sin declaración de voluntad, por tanto, que tienden a un resultado de hecho y a los cuales la ley liga también unos efectos jurídicos. Partiendo de estas ideas de tradición, se califica por algunos autores como un acto jurídico en sentido estricto o como un acto real.

Por otro lado, y partiendo de la idea del "acto debido", esto es, del acto realizado en cumplimiento de un deber jurídico, se observará que toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior, sea este un negocio causal o un negocio abstracto. La tradición se encontraría así siempre entre los actos de ejecución de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago. Esta idea que configura la tradición como un pago tiene también algún apoyo en la letra de nuestro Código civil, donde el problema de la libre disposición de la cosa y de la capacidad para enajenar, como requisito de la tradición, está contemplado por el artículo 1.160.

Recientemente ARTURO DALMARTELLO, en una monografía sobre "*La consegna della cosa*", publicada en los "*Saggi di Diritto commerciale*", del profesor ASCARELLI, ha vuelto sobre el carácter negocial de la entrega. Hay, dice DALMARTELLO, un "negozio giuridico di consegna", que pertenece a la categoría general de los negocios dispositivos. Se trata, además, de un negocio bilateral, porque la *traditio* no se perfecciona si no concurre la voluntad de ambos sujetos,

(35) La cita es de FUNAIOLI: *Tradizione*, cit.

(36) GORLA: *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936.

pero no es un contrato en sentido típico, porque le es extraño el relieve obligatorio que parece constituir requisito necesario del contrato. Ahora bien, si no hay aquí un contrato, ¿qué tipo de negocio bilateral es este? No es, como ha pretendido GORLA, un "acto complejo", porque en el acto complejo lo característico es que las declaraciones de voluntad se muevan en un sentido convergente mientras que aquí las declaraciones de voluntad se cruzan. Hay, por tanto, una "convención", que no es, sin embargo, un contrato (37).

A mi juicio, para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la tradición es necesario volver sobre la distinción que antes establecimos entre tradición genuina o tradición en sentido estricto y acuerdos traslativos. En estos últimos hay un evidente negocio jurídico, en cuanto que se establece una reglamentación autónoma para una situación de intereses. Dentro de un único fenómeno negocial quedan embebidas las reglamentaciones obligatorias (efectos obligatorios del negocio) y la reglamentación dispositiva (efecto real del negocio). En cambio, la tradición genuina, es decir, la transmisión de la propiedad por el traspaso de la posesión carece en rigor de naturaleza negocial y es un acto solutorio o, si se prefiere, un pago en sentido estricto.

## VI

Después de todo lo anterior pueden establecerse, por vía de resumen las siguientes conclusiones:

1.º La idea de *traditio* en el derecho positivo moderno es equívoca y se emplea en sentido amplio para designar todo mecanismo de adquisición derivativa del dominio de los derechos reales.

2.º Dentro del fenómeno general antes indicado, deben distinguirse dos especies distintas, a las que debe llamarse respectivamente *traditio* en sentido estricto y acuerdos traslativos. En el primer caso, la propiedad se trasmite por virtud de una concorde voluntad de las partes fundadas en una justa causa y seguida de un comportamiento traslativo que permita la creación de un signo exterior de reconocibilidad de la titularidad real o una apariencia de la misma (posesión). En el segundo caso, la transmisión se produce por la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir embebida en la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico causante de la transmisión.

3.º La propiedad de los bienes inmuebles se trasmite, por regla general, por medio de un acuerdo traslativo plasmado en una escritura pública. Solamente cuando la escritura pública no ha existido o cuando las partes han excluido expresamente la eficacia traslativa de su acuerdo, la transmisión del dominio se produce una vez que en el adquirente se ha creado, con el consentimiento del tradente, la apariencia de titularidad real que llamamos posesión.

(37) DALMARTELLO: *La consegna della cosa*, Milano, 1950.

4.º La propiedad de los bienes muebles se transmite cuando el adquirente recibe la posesión de los mismos. Sin embargo, las partes pueden pactar que la transmisión se produzca por el mero acuerdo o simple conformidad.

5.º El conflicto de pretensiones entre dos adquirentes que deriven sus derechos de una misma persona se resuelve con arreglo a lo prevenido por el artículo 1.473.



# Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento

RAMON LOPEZ VILAS

SUMARIO: I. El legado como disposición mortis causa a título particular.—II. Las disposiciones testamentarias modales. Su concepto, importancia, caracteres, naturaleza jurídica y diferenciación de otras figuras afines.—III. Distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales. Supuestos en los que hace crisis dicha distinción: las disposiciones testamentarias modales que supongan un beneficio patrimonial para tercero.

## I. EL LEGADO COMO DISPOSICIÓN MORTIS CAUSA A TÍTULO PARTICULAR

La sucesión mortis causa o sucesión en sentido estricto (1) es aquel cambio de sujeto respecto a una o varias relaciones jurídicas que se produce por la muerte de una persona. Tal sucesión puede verificarse a título universal o a título particular, según el modo y la forma en que tenga lugar la adquisición de la titularidad de las relaciones jurídicas correspondientes.

En la sucesión universal, el sucesor (heredero) que pasa a ocupar la titularidad del patrimonio que queda vacante con la muerte del causante lo hace, o bien subentrando en el puesto de aquél, o bien sólo como titular de una cuota (2) del citado patrimonio, pero (y esto

---

(1) El término sucesión en su sentido más amplio, es decir, como sinónimo de toda adquisición derivativa, incluso de cosas o derechos singulares, parece ser que es producto de la dogmática bizantina reflejada posteriormente en la compilación justiniana. Cfr. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, I, Turín, 1916. Sobre el concepto de *successio* y de *hereditas* y examen de los elementos integrantes de ésta puede verse U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*. Guiffré, Milán, 1965.

(2) Por "cuota" se debe entender una fracción aritmética del patrimonio considerado como una universalidad. De igual forma que para fijar el concepto de herencia se aplica dicha idea de universalidad, el concepto de cuota debe configurarse también como una parte ideal y abstracta de aquélla. Véase en este sentido GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1948, vol. II, pág. 181 y ss.

es lo característico de la institución) el sucesor sucede siempre al difunto "in universum ius".

De ahí que el heredero, precisamente por suceder "in universum ius defuncti", responderá siempre del pasivo de la herencia aunque ésta sobrepase el activo de la misma, quedando exceptuados de esta regla (responsabilidad "ultra vires") únicamente los supuestos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Esta idea de "universum ius" o universalidad característica y peculiar de esta modalidad de sucesión en contraposición a la sucesión a título particular, debe entenderse en el sentido de adquisición del patrimonio en su conjunto. Es decir, la herencia entendida no como una suma o agregación de cada uno de los bienes que la integran, sino la herencia misma como una unidad intelectual o abstracta que comprende en sí todas las varias relaciones jurídicas ("universitas iuris") (3).

Por ello decimos masa hereditaria, en singular, en contra de lo que ocurría en el Derecho consuetudinario francés, donde se hablaba de "masas hereditarias" debido a que en aquel Derecho la herencia estaba concebida como el complejo de bienes materiales y concretos diferenciados y distinguidos según su naturaleza, mueble o inmueble, o según que la procedencia y entrada de tales bienes en el patrimonio del "decius" hubiese sido por línea paterna o materna o, en fin, según se tratase de bienes ya heredados por el causante o bienes adquiridos posteriormente por él. Distinciones (4) todas ellas rechazadas por el propio Code de Napoleón en su artículo 732 que viene a acoger la concepción de la herencia como unidad abstracta o "universitas iuris" (5).

Por su parte, la sucesión a título particular tiene lugar cuando el que sucede al causante lo hace sólo en una o varias relaciones jurídicas determinadas y concretas, lo que hace que frente a la responsabilidad "ultra vires" característica del heredero puro y simple, el sucesor a título particular no responderá más allá del valor de lo recibido del causante.

Aquí no se produce, por consiguiente, la confusión de los patrimonios del causante y del heredero, característica de la sucesión universal (excepción hecha, como ya hemos señalado, de los casos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario). En la sucesión

---

(3) Sobre la concepción de la herencia como *universitas iuris* puede verse CICU, *Derecho de sucesiones*, Parte general, trad. esp. Studia Albarnotiana. Barcelona, 1964, pág. 23 y ss. Este concepto de la herencia como *universitas* es concepción típica romana, distinta de la concepción germánica de la misma. Véase al respecto LACRUZ BERDEJO, *Sucesión univesal e institución de heredero en la Historia y en el Derecho comparado*, en Estudios de Derecho civil, 1958, pág. 584 y ss.

(4) Cfr. sobre el particular DEMOLOMBE, *Successiones*, I, 345 y ss. También VALINE, *L'individualisme et le droit*, 1948, pág. 357 y ss.

(5) Según dicho precepto del Code *la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*.

a título particular, uno y otro patrimonio se mantienen deslindados y diferenciados.

Pues bien, con esta sucesión a título particular se suelen identificar los legados. Nuestro propio Código civil, en su artículo 660, dice textualmente que "se llama heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular".

Tal equiparación debe admitirse con reservas, ya que al no valer dicha identificación para todos los casos, debemos de calificarla de inexacta.

En efecto, pensemos, por ejemplo, que en el legado de cosa ajena o en el legado de género (cuando el género no está delimitado en el contenido de la herencia) no se produce en realidad una verdadera sucesión a título particular en el puesto del causante, ya que el contenido de estos legados es algo que está fuera del patrimonio del testador.

Uno y otro son supuestos de legados especiales que nuestro legislador ha previsto en los artículos 860, 861, 862, 884, etc., del Código, y en los que, como decimos, el hecho de no pertenecer al causante los objetos que integran los mismos hace que su adquisición por los legatarios no implique el subentrar de éstos en la titularidad o puesto del causante.

Desde otro punto de vista, no debemos olvidar tampoco que hay legados que no suponen ni sucesión a causa de muerte ni tan siquiera sucesión. Pensemos al respecto en el legado de reconocimiento de deuda o en el llamado legado de liberación, es decir, aquel legado previsto por nuestro legislador en el artículo 870 del C. c. y en virtud del cual se perdona una deuda que el legislador tenía frente al propio causante.

Por todo esto sostenemos que no es exacto afirmar que los legatarios son sucesores a título particular del "decius" (al menos no lo son siempre). Y por eso mismo nos merece críticas la identificación contenida en el ya citado artículo 660 de nuestro Código, según el cual "llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular".

Tal principio viene a expresar lo que normalmente sucede, pero, como acertadamente hace notar Lacruz (6), no puede tomarse como regla absoluta.

Error que arranca ya del Derecho romano, donde se consideraba que "legatarius unius rei est successor sicut heres universitatis" (Basil, 41, 1, 17) o se decía que "successores autem non solum qui in rei tantum singularum rerum dominium successerint" (I. 24, 1; D. 34, 2), sin prever en ningún caso la posibilidad de legados que no implicasen "successio".

En nuestra opinión, la figura del legado debe ser construida y asentada sobre algunos principios fundamentales que, a modo de pila-

---

(6) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*. Parte general, 1961, pág. 63.

res básicos de la institución, podríamos resumir en los siguientes:

1.º Los legados son disposiciones "mortis causa" a título particular que normalmente (pero no siempre) suponen una sucesión particular en el puesto del causante.

Como primera característica básica de los legados debemos decir que el legado se contrapone a la herencia de forma que, dentro de las sucesiones "mortis causa", debe considerarse en principio como legatario al sucesor, o mejor dicho, al adquirente que no llega a la categoría de heredero.

Preferimos hablar aquí de adquirente en lugar de sucesor, porque así como hemos visto que no siempre se puede hablar de sucesión en los legados, es, en cambio, válido para cualquier tipo de ellos el definirlos como una adquisición de derechos patrimoniales concretos atribuidos por el causante en testamento.

Casi siempre que se ha intentado fijar el concepto de legado, los distintos autores más que dar una definición positiva de la figura lo que suelen hacer es poner de relieve las diferencias que le separan de la herencia señalando en forma negativa que cuando faltan las premisas o requisitos determinantes de la cualidad de heredero estaremos entonces ante un legatario.

Así, por ejemplo, Gangi, en definición que ha servido un poco de modelo a la doctrina posterior, dice del legado que "es una atribución patrimonial hecha por testamento que no tiene por objeto la universalidad o una cuota de los bienes de quien la hace y que no constituye, por consiguiente, institución de heredero" (7).

Este tipo de definición tiene siempre el inconveniente peculiar de todas las definiciones de carácter negativo. En ellas más que indicarnos lo que es la figura se nos dice en forma descriptiva precisamente lo que no es.

Este inegable paralelismo entre legado y herencia (8) se hace palpable también en diversos lugares de nuestro Código, pudiendo servir como ejemplo el artículo 768, conforme al cual "el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario".

2.º En segundo lugar, el legado es institución característica y exclusiva de la sucesión testamentaria.

Así, pues, a la vez que se contrapone a la herencia vista como disposición "mortis causa" a título universal, el legado tiene sin embargo su mismo origen: el testamento.

Y si decimos que todos los legados se ordenan en testamento, con tal afirmación estamos rechazando la calificación de legados a aque-

(7) GANGI, ob. y lug. cit. También en *I legati*, I, Padua, 1933.

(8) En torno a la distinción entre heredero y legatario, con exposición de las teorías objetiva y subjetiva para calificar de herencia o de legado una determinada disposición. Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, ob. ya citada, página 77 y ss., OSSORIO MORALES, "El legado de parte alicuota" en *Estudios de Derecho Privado*, 1942, pág. 117 y ss. y ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 189 y ss.

llas figuras que se conocen con el nombre de legados legales o "ex lege".

Son supuestos de esta pretendida categoría de legados en nuestro Código civil el derecho de alimentos que el artículo 845 prevé y concede a los hijos ilegítimos; los derechos que los artículos 1.379 y 1.427 conceden a la viuda para los casos de regímenes de separación y de comunidad, respectivamente; en la sucesión abintestato, el usufructo del cónyuge superviviente en concurso con los hijos legítimos, etc.

Es curioso observar cómo existiendo ya en Derecho romano casos similares (como, por ejemplo, la llamada "quarta divi Pii") no fueron considerados o calificados entonces de legados legales. Tal innovación se debe en realidad a los juristas alemanes, que fueron los primeros que usaron esta contradictoria denominación (*gesetzliche Vermacht-nisse*), que tuvo eco en algunos Códigos de línea germánica.

La denominación de legados legales sólo es útil y aceptable, en nuestra opinión, para poner de manifiesto la relativa semejanza y vecindad entre los legados y aquellos supuestos que pueden considerarse de sucesión particular legítima.

Aunque los legados se ordenen siempre en testamento no es necesario que el testador use al efecto palabras determinadas, pues no olvidemos que el testador no tiene por qué calificar de legado o herencia la correspondiente atribución "mortis causa".

3.º Finalmente, el legado es un acto a título gratuito que encierra una atribución patrimonial, entendida ésta en el sentido más amplio del término.

Aunque en la mayoría de los casos el legado significa un acto de liberalidad, esta característica no es esencial ni imprescindible, de modo que podrán darse supuestos de legados que no signifiquen para el legatario un provecho patrimonial, sin que por ello se desnaturalice la figura.

Pensemos en los legados de deuda ("legatum debiti"), en los cuales el testador lega a su creedor lo mismo que le debe. Este es un tipo de legado que atribuye al legatario algo a lo que ya tenía derecho en virtud de obligación anterior válida. O pensemos también en un legado gravado con otro legado o con una disposición modal que absorban totalmente el valor del primer legado.

El mismo artículo 858 de nuestro C. c., en su párrafo 2.º, está previendo la posibilidad de que se imponga al legatario un gravamen que supere el valor de lo atribuido. Y así como afirmamos que el beneficio económico o ánimo de beneficiar es efecto meramente normal pero no esencial del legado, también debemos decir que el legado no importará nunca para el legatario un perjuicio económico, entendido esto en el sentido de que el legatario o heredero gravado con manda o legado "no estará obligado a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado" (art. 858, párrafo 2.º).

Por lo expuesto, creemos que deben ser criticadas algunas definiciones clásicas dadas para los legados (como, por ejemplo, las debidas

a Modestino y Florentino), en las que, evidentemente, se tergiversan el valor y la esencia de los mismos.

Según Modestino, “*legatum est donatio testamento relicta*” (I, 36, D. 31), definición que hace caer en el error de creer que el legado, como donación hecha en testamento, supone siempre para el legatario un enriquecimiento o provecho patrimonial.

Para Florentino, en cambio, el legado era “*delibatio hereditatis qua testator ex eo quod universsum heredis foret alicui quid collatum velit*” (I, 11, D. 30). Esta definición, a su vez, nos indica que objeto de legado podrán ser únicamente cosas de la herencia y que todo legado implicará necesariamente una disminución o “*delibatio*” de dicha herencia.

Principios que no son plenamente válidos, habida cuenta de que objeto de legado podrán ser también, como ya sabemos, cosas del propio gravado o incluso cosas de un tercero, de igual forma que pueden darse legados que no signifiquen una disminución del caudal de la herencia. Así, por ejemplo, el legado consistente en el derecho concedido al legatario para comprar al justo precio una cosa de la herencia, o la concesión de un préstamo al legatario al interés corriente.

Vistas las tres características que nosotros consideramos fundamentales y básicas de los legados, convendrá recordar someramente que en todo legado intervienen tres personas, a saber:

El causante, que es quien dispone o instituye el legado y que podrá ser todo aquel que tenga capacidad para disponer por testamento.

El gravado con el legado, es decir, la persona obligada a dar cumplimiento al mismo, y que podrá ser un heredero u otro legatario, cuyo segundo supuesto dará lugar a la figura del sublegado.

El legatario, que es la persona (9) favorecida o beneficiada con el legado y que, igualmente, podrá ser toda persona que tenga capacidad para ser instituida heredero. Es posible, además, que en una misma persona concurren las cualidades de heredero y legatario. Tal es el caso de los prelegados, que no son más que legados a favor de un coheredero y hechos a cargo de la herencia.

Como justamente hace notar Ossorio Morales, por excepción “podría señalarse el caso de alguna persona que no puede ser heredero y sí legatario: así ocurre con el notario autorizante de un testamento

---

(9) Por persona entendemos aquí todo sujeto de derecho, sea persona física o jurídica. Rige, pues, la regla del artículo 744, según el cual “podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley”, señalando el artículo siguiente quienes son incapaces para suceder. A su vez, el artículo 746, refiriéndose a las personas jurídicas, puntualiza que “las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las Provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la Ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38”. Y, en fin, en los artículos 747, 748 y 749 se detallan los procedimientos de adquisición en instituciones específicas.

y con la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, que no pueden ser herederos, pero a quienes se puede dejar un legado de cosa mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal relicto (arts. 754 y 682 del C. c.)” (10).

El legatario, además, ha de ser persona cierta, determinada o determinable, debiendo considerarse nula toda disposición que haga depender del arbitrio de un tercero la indicación de la persona del legatario.

Señalemos, sin embargo, que tanto el legatario como el obligado o gravado con legado podrán ser dos o más personas, en forma conjunta o alternativa.

El legado se adquiere por el legatario “*ipso iure*” en el momento de la muerte del causante (11); no se necesita la aceptación, como ocurre en la herencia. Esto no quiere decir, sin embargo, que el legatario no pueda eludir el legado, pues siempre tendrá, como es lógico, la posibilidad de renunciar al mismo. Renuncia que en todo caso se distingue netamente de la citada aceptación previa peculiar de la herencia.

Digamos finalmente que, al contrario de lo que también sucede en materia de herencias donde la aceptación parcial está prohibida por el artículo 990 (12), en cambio, el 889 está implícitamente admitiendo la posibilidad de que el legatario acepte sólo en parte el legado. En efecto, según el párrafo primero del citado artículo, “el legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuese onerosa”, de donde se deduce, a “*sensu contrario*”, que el mismo legatario podrá renunciar parcialmente cuando la parte renunciada no sea onerosa.

## II. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES.—SU CONCEPTO, IMPORTANCIA, CARACTERES, NATURALEZA JURÍDICA Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

El modo considerado como elemento accidental que puede incorporarse a ciertos negocios jurídicos ha recibido en la doctrina numerosas denominaciones.

La múltiple y variada terminología con que se le ha distinguido viene a poner de manifiesto, como señala Castán (13), el considerable confusiónismo que envuelve a la figura. La simple observación y consi-

(10) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*. 1957, pág. 349-350.

(11) Tal afirmación va referida al legado puro y simple, pues no hemos de olvidar que junto a las muchas variedades que la doctrina y el mismo Código prevén de legados, puede ocurrir además que aquel aparezca sujeto a cualquiera de las determinaciones accesorias de la voluntad a que puede ser sometida una institución de heredero (condición, término y modo).

(12) Art. 990: “la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente”.

(13) CASTÁN, *El modo en los actos jurídicos*, en Rev. Der. Privado, 1921, página 211 y ss.

deración de los términos empleados para designar el modo en los distintos países nos indica, de otra parte, las preferencias de los autores a la hora de destacar y resaltar la esencia de las disposiciones modales.

Junto a la tradicional y peculiar denominación romana de "modus" en Derecho español se habla indistintamente de modo, carga y gravamen. En Francia se usan los términos destination y, sobre todo, charge (14). En Italia, en cambio, onere, incarico o erogazione. En Alemania, en fin, Auflage, Auftrag, Zweck, Zwecktimmung, Verwendung, Endzweck...

De todas ellas, la mejor y más acertada denominación es, en nuestra opinión, aquella que hace alusión a la idea de carga o gravamen, pues el modo supone, efectivamente, una carga o gravamen para la persona obligada a cumplirlo.

Carga o gravamen que se traduce en una limitación a la liberalidad hecha por el disponente. Por eso Sovigny llama al modo Verwendung y lo comprende entre las limitaciones, o mejor dicho, entre las autolimitaciones de la voluntad. E igualmente Windscheid consideraba a las modalidades que las partes podían añadir al negocio jurídico (entre ellas, fundamentalmente, el modo) como una autolimitación de la eficacia del mismo (Selbstbeschränkungen).

Esta misma idea del modo como limitación o moderación de la disposición principal es perceptible también en Derecho histórico español, donde se describe el modo como "moderatio quaedam..." (15).

En realidad, la noción del modo proviene ya del Derecho romano justiniano ("si tibi legatum vel fideicommissum relictum uti quid facias") y tuvo un importante desarrollo en Derecho intermedio y moderno.

En Derecho intermedio se decía que "onus aliquid heredi vel legatario injunctum, dandi vel faciendi aut non faciendi, quo heres vel legatarius cogi potest"; y en Derecho moderno la elaboración doctrinal del modo adquirió considerable impulso con la teoría de la presuposición de Windscheid.

Para Windscheid, la llamada presuposición (Voraussetzung) era una condición no desarrollada, no desenvuelta (Unentwickelte Bedingung) y, al igual que la condición propiamente dicha, significaba una autolimitación de la voluntad verdadera (16).

(14) En la doctrina francesa la distinción entre *legs avec charges* y *legs par personne interposée*, se confunde exactamente con la situación entre legados (*legs*) y modo (*charge*). V. BOUYSSON, *Los liberalités avec charges en droit civil français*. These. Toulouse, 1945, pág. 83. DUPEYROUX, *Contribution a la theorie générale de l'acte a titre gratuit*. París, 1955, pág. 228 y ss.

(15) GÓMEZ, Antonio, *Variae Resolutiones*. Tomus primus. Cap. XII. De legatis, n.º 70. Lugduni, 1701.

(16) Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850. En castellano puede verse una resumida exposición de la teoría de la presuposición de WINDSCHEID en Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. española, Madrid, 1956, pág. 21 y ss., o en J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956, pág. 311 y ss.

Pues bien, dentro de este concepto de presuposición Windscheid hacía encajar el modo. Planteamiento que consideramos equivocado, puesto que quien hace una disposición gravada con modo no se está limitando a presuponer, sino que está imponiendo real y verdaderamente un cierto comportamiento a la persona gravada. Comportamiento que, consistiendo en un dare, un facere o un non facere, no podrá en ningún caso considerarse como la contraprestación típica de los negocios onerosos.

En nuestra opinión, el modo no es más que una declaración accesorio de voluntad que contiene una obligación de dar, hacer o no hacer impuesta por el testador o disponente a cargo del gravado y a favor ya sea del disponente, ya del mismo gravado o ya incluso de un tercero beneficiario.

Cuando el citado modo aparece incluido en una disposición testamentaria hablamos de disposición testamentaria modal.

En forma descriptiva, Scuto ha dicho del modo que "es una carga o peso, aneja a una disposición a título gratuito y a cargo de quien adquiere, que en todo caso agrava en algún modo la condición de este último, pudiéndose imponer tanto un uso determinado de la cosa transferida, cuanto una prestación variada a favor de quien da, o aun de un tercero, o bien cualquier otra en interés del mismo gravado" (17).

Biondo Biondi, por su parte, afirma más concisamente que se llama modus, según los intérpretes y siguiendo el lenguaje del Corpus Juris, a la carga impuesta a un acto de liberalidad (disposición testamentaria, donación) que debe cumplir el que la recibe (18).

Domenico Barbero entiende, a su vez, que "el modo consiste en un peso que en los negocios a título gratuito (testamento y donación) puede ser impuesto al destinatario de la liberalidad, de hacer o de dar cualquier cosa a favor del disponente, de un tercero o del mismo beneficiario o de emplear en una cierta manera el objeto de la disposición" (19).

En nuestra doctrina, Roca Sastre y Puig Brutau (20) señalan, siguiendo a Oertmann (21), que el modo "es aquella determinación accesorio agregada a un acto de disposición, y por la cual se obliga al adquirente a realizar una prestación en favor del disponente o de un tercero".

Así, pues, lo que se pretende con el modo es lograr y tratar de asegurar el cumplimiento de un fin ulterior, y por eso se ha dicho que el modo viene a ser un motivo particularmente relevante y con

(17) SCUTO, *Il modus nel Diritto civile italiano*. Palermo, 1909, pág. 107.

(18) B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. española, 1960, página 580.

(19) D. BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*. U. T. E. T. Sexta edición, 1965, I, pág. 461.

(20) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, en *Estudios de Derecho Privado*, I, pág. 76.

(21) OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. española, 1933 página 302.

eficacia jurídica en relación a un fin determinado querido por el disponente.

En toda disposición testamentaria modal considerada en su conjunto se da, por tanto, una yuxtaposición de dos prestaciones en el sentido de que el causante, a la disposición que hace a título gratuito, agrega la carga o modo propiamente dicho.

Como es sabido, el modo, junto con la condición y el término, constituyen lo que la doctrina conoce con el nombre de determinaciones accesorias de la voluntad. De igual forma que estas determinaciones accesorias de la voluntad son conocidas en los negocios "inter vivos", también en Derecho de sucesiones tienen amplio campo de aplicación, pudiendo encontrarse en cualquier disposición testamentaria, sea institución de heredero o legado.

Se puede decir incluso que es precisamente en esta parcela del Derecho civil donde aquellas determinaciones accesorias de la voluntad, y en particular el modo, adquieren mayor relieve debido a la especial importancia que aquí asume la voluntad del disponente o causante, que es quien podrá someter a condición, término o modo la disposición o atribución principal que él mismo dispone.

Cierto que en todo el campo del Derecho y de las relaciones jurídicas la voluntad de las partes juega papel decisivo, pero con lo dicho anteriormente queremos resaltar el hecho de que esta primacía de la voluntad del causante encarnada en las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad presenta el Derecho sucesorio importantes consecuencias.

En primer lugar, porque de aquella voluntad del causante dependerá en principio que nos encontremos ante un modo, ante una condición o ante un término; que la figura que contemplemos sea un supuesto de modo propiamente dicho con eficacia jurídica, o se trate, por el contrario, de un simple ruego o consejo ("modus simplex"); que debamos hablar de condición suspensiva o de condición resolutoria; que debamos considerar la institución como modal o como legado, etc. El testador, que es quien crea y da origen a la disposición, le dará la forma y el carácter que tenga por conveniente.

En segundo lugar, es de destacar también la utilidad de estas disposiciones accesorias de la voluntad en Derecho sucesorio. Las disposiciones "mortis causa" tienden a regular relaciones jurídicas que miran al futuro, de modo que el testador, no pudiendo conocer la situación exacta y real de las personas o de los bienes en ese tiempo futuro, trata de fijar (por así decirlo) esa situación por medio de aquellas disposiciones accidentales. Como dice Binder, "las determinaciones accesorias tienden a subordinar en el grado posible el futuro a la voluntad humana y a neutralizar de antemano, con prudente precaución, la incertidumbre del acaso" (22). Y en el mismo sentido, señala Ossorio cómo "los efectos normales del testamento... pueden

---

(22) BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. española, 1953, pág. 74.

modificarse mediante determinaciones accesorias de la voluntad, alterando o limitando la eficacia de las disposiciones contenidas en él" (23).

Si a todo lo dicho añadimos el principio de irreversibilidad de la voluntad del causante plasmada en testamento, una vez muerto aquél, no cabe duda de que la intención y el querer del testador es principio básico en materia testamentaria. De ahí que se haya dicho que la voluntad del testador (salvo en cuestiones de legítimas, forma y capacidad) es soberana y da la ley de la herencia. Y por eso también la gran importancia y dificultad que tiene la labor interpretativa de dicha "voluntas" en todos aquellos supuestos, tan frecuentes, que ofrecen dudas de calificación (24).

Lo dicho hasta aquí nos ha servido para fijar el concepto y destacar la importancia del modo en Derecho sucesorio, visto que toda institución modal testamentaria no es más que el producto de la voluntad del causante, que ha querido gravar con aquella carga ("modus") la correspondiente disposición o atribución principal contenida en testamento.

En cuanto a los caracteres que tipifican al modo, debemos enumerar los siguientes:

1.º *Obligatoriedad*.—El modo es obligatorio y vincula jurídicamente a la persona gravada.

A la carga modal se aplicarán, en cuanto sea posible, la disciplina jurídica de la obligación en general, pudiendo tener por contenido el modo las más variadas figuras del Derecho de obligaciones, consintiendo a su vez dicho modo la aposición de una condición o término, según la voluntad del disponente.

La razón de la obligatoriedad del modo radica no sólo en la protección del interés del beneficiario, sino, sobre todo, en la protección de la voluntad o interés del causante, que ha dispuesto la correspondiente prestación de dar, hacer o no hacer; es decir, del testador, que ha tenido a bien incorporar a la atribución principal esa carga o gravamen que constituye el modo propiamente dicho.

El modo será vinculante aun cuando el beneficiario de la disposición modal sea la misma persona gravada con la carga. Ahora bien, dado que la persona beneficiaria de la carga modal tiene siempre la posibilidad de renunciar a dicho beneficio, en aquellos supuestos excepcionales en que beneficiario y gravado con el modo coinciden en una misma persona sucederá que si ésta renuncia al beneficio quedará también libre de la carga.

Y ello precisamente porque siendo la carga modal, como veremos a continuación, algo accesorio respecto de la atribución principal, se cumple aquí, una vez más, el principio tan conocido de que lo accesorio sigue siempre a lo principal.

(23) OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 205.

(24) Casos en los que ha de tenerse siempre presente el principio romano de generalizada aceptación *modum non tam verba faciunt, quam voluntas*.

2.º *Accesoriedad*.—Dentro de la clasificación general y tradicional de elementos esenciales, naturales y accidentales de los negocios jurídicos el *modus* testamentario es un claro supuesto de elemento accidental que, como tal, podrá ser incorporado al testamento, prototipo de negocio jurídico unilateral.

Pero es que además de este carácter de elemento accidental, al que ya aludimos en páginas anteriores, el modo está caracterizado también con la nota de accesoriedad.

Y así como la accidentalidad del modo es —tal como señala ALBALADEJO (25)— nota común a la condición y al término, la accesoriedad, en cambio, es privativa del modo. “En el caso del modo —dice ALBALADEJO (26)— hay dos voluntades: una encaminada a los efectos normales del negocio; otra distinta, aparte, que formula una disposición accesoría, deseando unos efectos dependientes de aquellos efectos normales”.

No quebranta esta nota de accesoriedad el hecho de que el modo consista en la aplicación de todo lo dejado por el causante. El artículo 858 de nuestro C. c. en su párrafo segundo está pensando justamente en el supuesto de que el cumplimiento de la carga modal agote la atribución principal (legado) al señalar el legislador al respecto que el legatario gravado con modo, cuyo gravamen sea superior al valor del legado, cumplirá respondiendo sólo hasta donde alcance el valor de éste.

Pues bien, el carácter accesorio de la carga o modo decimos que se mantiene aun en los casos en que el cumplimiento de aquél agote la atribución principal dejándola, por así decirlo, vacía de contenido. La accesoriedad, aunque sólo sea formal, viene dada por el hecho de que la carga modal o *modus* aparece siempre incorporado y pendiendo de la citada atribución principal.

En contra de este carácter del modo se ha manifestado de forma tajante Giorgianni, el cual propone una sistematización y encuadramiento de la figura diverso del tradicional (27). Aboga el citado autor por una consideración del *modus* testamentario como disposición autónoma equiparable y situada junto a los legados y a la institución de heredero.

También es curioso observar en este mismo sentido cómo parte de la doctrina alemana al ocuparse del contenido del negocio jurídico contemplan la condición y el término, pero no el modo (28), como hay quien estudia dentro del Derecho de sucesiones el modo testamen-

(25) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Parte general y Derecho de obligaciones*. Studia Albarnotiana, 1960, pág. 414. También en “Condición, término y modo”, en *Rev. Der. Notarial*, julio-diciembre, 1957, pág. 85.

(26) ALBALADEJO, ob. y lug. anteriormente citados.

(27) GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, en *Rivista trimest. de diritto e proc. civile*, 1957, pág. 890 y ss. También en *Studi in onore de F. Messineo*, volumen I, Milán, 1959, pág. 191 y ss.

(28) ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeine Theil des bürgerlichen Rechts*, 15 edición, Tübingen, 1960, pág. 1164.

tario junto a los legados, en capítulo dedicado a ambas figuras (29), dándole una consideración preeminente respecto de la condición y el término.

Igual podríamos decir de la doctrina francesa más reciente, dentro de la cual hay algunos autores (30) que no incluyen el modo entre las modalidades que puede presentar la obligación, refiriéndose sólo en tal epígrafe a la condición y al término.

3.º *Gratuidad*.—Como especie del modo en general, el modo testamentario tiene una enorme importancia, puesto que aquél es característico y exclusivo sólo de los negocios a título gratuito (donación y testamento).

De la misma forma que la nota de obligatoriedad permite distinguir el modo del simple consejo o recomendación (*nudum preceptum* o *modus simplex*), así también la llamada gratuidad del modo permitirá diferenciarlo, como veremos más adelante, de la contraprestación peculiar de los negocios onerosos.

En los negocios onerosos toda atribución patrimonial va necesariamente acompañada de la correspondiente contraprestación de la otra parte. En cambio, el modo, siendo exclusivo de los negocios a título gratuito, no puede considerarse ni confundirse con la contraprestación. Es un límite o una simple carga o gravamen de la liberalidad que el causante hace y que no tiene para él la significación de prestación equivalente (contraprestación).

No hará faltar decir que el *modus* testamentario habrá de ser lícito, posible y determinado o determinable ya que pudiendo ser objeto de modo todo lo que pueda serlo de la obligación, se entenderá que no será susceptible de ser configurado como tal algo que no reúna los requisitos que se exigen a toda obligación (31).

El modo ilícito o imposible se tendrá por no puesto (*pro non scripto*). Eliminado el modo se mantendrá, sin embargo, vigente e inalterada la disposición principal a la que hubiese sido incorporado aquel, sea institución de heredero, sea legado. Única excepción a este principio de conservación de la disposición principal son aquellos supuestos en que resulte probado que el modo fue precisamente motivo determinante que impulsó al causante a otorgar aquella atribución.

Ahora bien, en la correspondiente labor investigadora e interpretativa de la voluntad del causante debemos tener presente que cuando una disposición accesoria tenga aquel carácter tan relevante estaremos

---

(29) BINDER, ob. citada, pág. 315 y ss.

(30) Así, por ejemplo, P. VOIRIN, *Manuel de Droit Civil*, 15 ed., París, 1966, pág. 419 y ss. o J. CHEVALLIER, *Droit civil*, 2.ª ed., Sirey, París, 1966, página 248 y ss.

(31) Al ocuparse del objeto de los contratos, nuestro Código sienta, como es sabido, tales requisitos en los artículos 1.271, 1.272, y 1.273.

normalmente ante una condición y no ante una simple carga modal (32).

En efecto, si el difunto obró movido fundamentalmente por el deseo de que la disposición accesoria fuese cumplida, normalmente habrá elevado aquélla a la categoría de condición, habida cuenta de los distintos efectos entre ésta y el modo, de forma que mientras aquella disposición accesoria condicional no se cumpla estarán en suspenso todos los efectos de la obligación.

La imposibilidad del modo puede surgir también como algo sobrevenido, es decir que puede hacerse imposible su ejecución o cumplimiento en un momento posterior al de su constitución como disposición accesoria lícita y posible.

Pues bien, si la imposibilidad sobrevenida del modo no es debida a culpa de la persona gravada con el mismo, ésta queda liberada de su cumplimiento, manteniéndose a los demás efectos la disposición testamentaria principal como si se tratara de una imposibilidad inicial, existente ya en el momento de la apertura de la sucesión. En cambio si aquella imposibilidad ha sido provocada o debida a actitud culposa o dolosa de la persona obligada a cumplir la carga, estaremos ante un supuesto asimilable y equiparable al voluntario incumplimiento del modo, punto éste del que nos ocuparemos con detalle en el siguiente capítulo, al estudiar las analogías y diferencias entre los legados y las disposiciones testamentarias modales.

Puede ocurrir, en fin, que la imposibilidad del modo sea sólo relativa en cuyo caso en Derecho moderno (33) cabe lo que se llama la conmutación del modo, es decir, el cumplimiento del modo en la forma más aproximada y fiel a la deseada por el causante. Naturalmente, esta conmutación será verificable siempre y cuando el causante no la hubiese prohibido expresamente. Por eso se dice que el modo no se reputará imposible cuando se puedan cumplir y alcanzar los mismos fines queridos por el causante, aunque no sea en los mismos y precisos términos establecidos por aquél. A este respecto el artículo 798 de nuestro C. c. señala en su párrafo primero que "cuando, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, no pueda tener

---

(32) En los casos normales en que no se dé aquella circunstancia tan especial y anormal de que la pretendida carga modal ha constituido el motivo determinante de la atribución, la interpretación de los supuestos dudosos entre condición y modo debe inclinarse hacia el modo en virtud de la admisión del principio del efecto mínimo. Pero sobre este punto volveremos más adelante al distinguir entre condición y modo.

(33) En cambio, en Derecho romano era tan fuerte el respeto a la voluntad del difunto, que en principio no se admitía cambio alguno. Más tarde, sin embargo, la práctica administrativa va admitiendo en determinados casos la conmutación del modo, cuando se trata de disposiciones a favor de entes públicos o dirigidas a un fin de carácter público o cuando se trata de buscar uno de mayor utilidad pública.

efecto la institución o legado de que trata el artículo precedente (o sea, el objeto, la aplicación o la carga impuestos al heredero o legatario) en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, lo más análogos y conformes a su voluntad”.

Al igual que ya vimos que ocurría con las varias denominaciones atribuidas al modo, también cuando se ha tratado de fijar la naturaleza jurídica de la figura, han surgido una serie de teorías que tratan de destacar los distintos aspectos que integran y caracterizan aquélla. Tales teorías, expuestas en forma esquemática (34), son las siguientes (35):

1. Teoría de la carga, según la cual el modo no es más que una carga o gravamen que se impone a la liberalidad hecha.

2. Teoría del empleo o aplicación patrimonial, de acuerdo con la cual la esencia del *modus* radica en que con él se impone al favorecido la obligación de emplear lo que recibe en la consecución de un cierto y determinado fin.

3. Teoría del fin, para cuyos sostenedores el modo es la determinación expresa del fin del acto jurídico.

4. Teoría de la modalidad, según la cual el modo viene a modificar o, mejor dicho, a delimitar en su extensión el derecho que se atribuye al beneficiario de la disposición.

5. Teoría de la obligación accesorias, que sustancialmente sostiene que el contenido del modo está constituido por una prestación exactamente igual a la que es objeto de otra obligación cualquiera (dar, no dar, hacer o no hacer algo).

6. Teorías eclécticas que no son más que el resultado de combinar los caracteres destacados por las demás teorías de forma que en ellas aparecen aunadas las ideas anteriormente expuestas de carga, aplicación patrimonial, fin, modalidad, etc.

Con todos los caracteres básicos examinados en páginas anteriores, la institución testamentaria modal se perfila ya con la necesaria autonomía jurídica que le mantiene debidamente diferenciada de otras figuras e instituciones jurídicas que le son afines, pero con las que no llega a confundirse.

Veamos cuáles son éstas:

1.º *Modo testamentario y mera recomendación o consejo.*—La

(34) No es nuestra intención, desde luego, extendernos en un estudio general y completo del modo, ni siquiera del modo testamentario. Por el contrario, tal como hemos hecho en el capítulo anterior cuando fijamos el concepto de los legados, lo que nosotros aquí pretendemos es dejar debidamente caracterizada y delimitada la figura del modo testamentario o disposiciones testamentarias modales, para luego, una vez sentadas las necesarias premisas, intentar establecer con trazos firmes las correspondientes analogías y diferencias entre tales disposiciones y los legados. Tal procedimiento nos parece fundamental y aconsejable habida cuenta del considerable confusionismo y falta de límites claros entre ambas figuras.

(35) Para una exposición más detallada de estas teorías, con expresión de los principales sostenedores de unas y otras, véase CASTÁN, ob. y lug. anteriormente citados, pág. 211 y ss.

mera recomendación o consejo dado por el testador o causante no tiene eficacia jurídica, pues como su mismo nombre indica obliga sólo, y como máximo, moralmente, sin posibilidad de que aquél le sea exigido al destinatario conforme a Derecho (36).

Los romanos le llamaron *modus simplex* precisamente para distinguirlo del *modus qualificatus* que era el verdadero modo con relevancia jurídica.

2.º *Modo testamentario y motivo.*—Vale para la distinción el mismo criterio anterior de falta de exigibilidad jurídica.

Los motivos que inducen al causante a disponer una atribución también carecen de relevancia jurídica por tratarse de consideraciones personales de aquél que se mantiene dentro de su ámbito interno sin salir, por así decirlo, a la luz del Derecho.

Podrá un motivo ser elevado por el propio testador a la categoría de modo o condición, pero en ese mismo momento deja de ser motivo propiamente dicho y pasa a adquirir los perfiles y la consideración de la otra figura.

3.º *Modo testamentario y contraprestación.*—El que la contraprestación sea, como veíamos antes, característica de los negocios onerosos (37) no significa que no pueda darse en los negocios jurídicos unilaterales (testamento). Es decir, el hecho de que la declaración de voluntad del testador sea eficaz por sí sola para dar vida al negocio (unilateralidad) no impide que una atribución patrimonial testamentaria pueda ir acompañada de una contraprestación. No lo irán únicamente aquellas atribuciones que sean hechas a título gratuito (donación, legados).

La contraprestación representa la equivalencia de la atribución o sacrificio de la otra parte. Las partes se obligan a prestaciones recíprocas y cualquier obligación que asuman (aun en forma de pactos agregados) caerá dentro de aquel esquema de equivalencia o contraprestación de la prestación debida.

Por el contrario, el modo, como ya vimos al ocuparnos de la accesoriedad y gratuidad del mismo, no guarda con la atribución o disposición principal a la que grava esa relación de interdependencia y coordinación características de las contraprestaciones y tampoco tiene

---

(36) La Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 16 de noviembre de 1944 afirmó que "basta que el testador exprese el fin, objeto, destino o aplicación de una cosa o cantidad, para que exista el modo, siempre que dicha expresión no envuelva una simple recomendación o deseo". Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia más reciente, de fecha de 24 de noviembre de 1958, ha sentado la doctrina de que "las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el decius al rango de normas de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o afectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio".

(37) SÁNCHEZ-BLANCO, *Onerosidad, gratuidad y causa*, en Rev. Der. Privado, 1952, pág. 476 y ss.

para quien lo impone esa significación o consideración de prestación equivalente.

4.º *Modo testamentario y condición.*—Ambas figuras se distinguían en un plano teórico con cierta claridad ya en el Derecho justinianeo, donde se escribía: “Nec enim paren dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit; et eum cui datum est: ut monumentum faciat.”

Los romanos, partidarios de conceder importancia decisiva a las palabras, estimaban en principio como condición a aquella cláusula que fuese precedida por la conjunción *si*, mientras que el modo venía caracterizado por la conjunción *ut*, de igual forma que para el término reservaban la partícula *quando*.

Ahora bien, estas reglas no se podían tomar más que como simples indicios, y en la práctica las cosas se complicaban notablemente ante un caso dudoso cuando con aquellas presunciones no se resolvía la cuestión. No quedaba entonces más solución que la de investigar la concreta voluntad del testador, haciendo entrar en juego en dicha labor nuevas fórmulas que aún hoy se deben de considerar de plena aplicación. Nos referimos a la regla de admisión del efecto mínimo, principio tradicionalmente enunciado como sigue: “semper in obscuris quod minimum est sequimur”.

En virtud de este principio, en aquellos casos en que surgiesen dudas de calificación ante una determinada disposición (condición o modo), ésta se deberá considerar como modal en cuanto que así resultará más beneficiosa para el beneficiario de dicha disposición, ya que el modo no produce ninguna situación de pendencia y obliga desde su constitución.

Todas estas dificultades prácticas de deslinde entre condición y modo estaban agravadas ya en el Derecho romano por el hecho de que tanto la condición como el modo eran designados muchas veces de forma indistinta con el término “condicio”.

En nuestro propio Código se mantienen todavía reflejos de aquella confusión, encontrándonos con artículos en los que se usa el vocablo condición para referirse a supuestos de modo. Así, por ejemplo, los artículos 647, 1; 651, 2; 798, 2, etc.

Evidentemente, la distinción entre condición y modo es la más importante y trascendental de todas las aquí examinadas. Su dificultad reside fundamentalmente en la práctica, donde se pueden dar efectivamente casos de difícil calificación.

Ahora bien, podemos señalar al respecto que mientras la condición hace inciertos los efectos de la obligación de que se trate, el modo, por su parte, obliga sin más a su cumplimiento. Como dice el artículo 797 de nuestro Código, “lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego”.

Por eso se dice que la condición suspende, pero no constriñe, en tanto que el modo constriñe, pero no suspende. Y por eso también cabe decir que mientras la condición produce una incertidumbre ori-

ginada por ese carácter peculiar de interinidad y pendencia, la disposición modal, en cambio, surge siempre perfecta, cierta y segura. "Modus est in obligatione", mientras que "condicio non est in obligatione".

Finalmente, podríamos decir que en tanto que el modo es, además de elemento accidental del negocio, una obligación accesoria que se añade a una liberalidad, la condición, siendo también elemento accidental, carece, en cambio de aquel carácter accesorio, puesto que el fin que con la misma pretende alcanzar el disponente o causante se hace principal y decisivo al subordinar a él la eficacia del acto o negocio respectivo. La consideración de la concreta condición es, pues, fundamental en el ánimo del testador.

Todos estos criterios nos deben de servir en la práctica para distinguir y resolver los supuestos poco claros, recurriendo siempre en cada caso a una investigación particular y detallada de lo realmente querido por el testador al disponer la correspondiente atribución.

En torno a la distinción entre modo y condición existe una abundantísima jurisprudencia en nuestro T. S., en cuyas sentencias se reiteran los postulados aquí expuestos. Así, por ejemplo, las de 9 de julio de 1910, 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 2 de noviembre de 1944, 14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1953 (38), 27 de septiembre de 1961, 18 de diciembre de 1965, etc.

5.º *Modo testamentario y fundación.*—Las fundaciones han surgido en el ámbito y a través del modo, y sabido es que la mayoría

---

(38) Esta importante sentencia trató de la interpretación de una cláusula en la que se discutía si establecía una carga modal o una condición. Según dicha cláusula: "...sin perjuicio de la cuota viudal que la ley concede al cónyuge supérstite, instituye por sus herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, del usufructo vitalicio con relevación de fianza a su esposa... y de la nuda propiedad, consolidable con el usufructo al fallecimiento de su dicha esposa, a su sobrina por afinidad... con la obligación de que esté en su compañía, cuidándole y asistiéndole, hasta la muerte del testador y de su esposa".

El segundo considerando comienza por referirse al artículo 797 del C. c., para luego pasar a sostener que "en el caso presente la carga u obligación, pues de este último modo en el testamento se la denomina, que a la demandante se impone de acompañar, cuidar y asistir a sus tíos hasta su fallecimiento, ni el propio testamento ni los hechos coetáneos o posteriores tenidos por ciertos en la sentencia recurrida revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera y que esté por lo tanto supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia; siendo, por el contrario, más natural creer, dado el hecho que no ha sido siquiera discutido, de que desde muy niña vivió constantemente con sus tíos y el que ambos, en sus testamentos respectivos, otorgado en el mismo día, la nombraran igualmente heredera, que a esto los movió el cariño que por su cercano parentesco y tan continuada convivencia con ellos le profesaban, y que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución submodo, de las que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones (Jurisprudencia civil, Sentencia, n.º 444, tomo 32, pág. 896. También en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo V, vol. II, páginas 328-329).

de aquéllas deben su origen efectivamente a disposiciones de última voluntad (39).

No estando reconocido por la ley el acto de fundación, el disponente podía alcanzar en la práctica los mismos o muy parecidos fines dejando por testamento (40) su patrimonio o bienes determinados a un ente público o a un privado con la carga de aplicarlos, en todo o en parte, al fin querido por aquél (41).

Como señala Biondi, "la doctrina de Brinz del Zweckvermögen por la cual la fundación se concibe como patrimonio destinado a un fin, discutida y discutible bajo el aspecto dogmático, responde al proceso histórico que desemboca en el reconocimiento de la fundación" (42).

Ahora bien, mientras que la función del negocio de fundación, que consiste en el destino de los bienes a un fin determinado (Zwecksetzung), implica una dotación de la persona jurídica constituida, en el modo, en cambio, no hay más que una obligación a cargo de la persona gravada.

El destino o fin de la fundación se objetiva en los bienes que integran la misma y a la que se le reconoce por la ley (C. c. español, artículo 35) categoría de sujeto de derecho desde el mismo momento en que queda válidamente constituida con arreglo a Derecho (43).

Por su parte, el modo mantiene su peculiar configuración de obligación o carga accesoria que incide y pesa sobre la persona del gravado, pudiendo consistir dicho gravamen en la obligación para aquél de crear una determinada fundación.

De la distinción entre modo y fundación se ocupó la S. T. S. de 9 de febrero de 1948, en cuyo tercer considerando puede leerse: "... parece haber sido la voluntad de la causante instituir o crear una obra de destino de un patrimonio, vinculando a éste al cumplimiento de un fin que la misma señala, apreciándose claramente la existencia de un acto fundacional que aparece incorporado a otro de dotación bajo la forma de disposición testamentaria y que determina, de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de 7 de abril de 1920, el nacimiento de una persona jurídica desde el día que, por fallecer la testadora, adquirió plena eficacia su declaración de voluntad... siguiéndose de las anteriores consideraciones que los tér-

---

(39) Sobre fundaciones, véase el magnífico trabajo de LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, en Rev. Derecho Privado, julio-agosto 1965, pág. 567 y ss., donde además se incluye una interesante referencia histórica a los orígenes de la institución.

(40) Naturalmente cabe también la posibilidad de que dicha constitución tenga lugar, no por testamento, sino a través de una donación inter vivos.

(41) B. BIONDI, *Le donazioni*. Trattato Vassalli U. T. E. T., 1961, pág. 640 y siguientes.

(42) B. BIONDI, ob. y lug. últimamente citados.

(43) Sobre el tema del reconocimiento y regulación de las fundaciones en Derecho comparado puede verse LÓPEZ JACOISTE, ob. y lug. citados, pág. 573 y siguientes.

minos de la cláusula testamentaria no autorizan en manera alguna a entender que la disposición contenida en ella reviste el carácter de un legado submodo en favor de la Congregación de las Hijas de la Caridad encargadas de la tarea docente, como por error afirma la sentencia recurrida” (44).

6.º *Modo testamentario y fideicomiso*.—En primer lugar, el modo tiene frente al fideicomiso un mayor campo de aplicación y admisibilidad que éste.

De otra parte, mientras que en una disposición testamentaria modal hay una institución simple, el fideicomiso supone una doble institución sobre los mismos bienes que vienen atribuidos a los llamados mediante un solo acto de voluntad en el que se fija un orden sucesivo.

Así, pues, frente a la idea de carga o gravamen de la institución testamentaria submodo, consistente en un determinado dare, non dare, facere o non facere, se alza la idea del tránsito de derechos o de bienes que es característica del fideicomiso.

Una vez examinados el concepto, caracteres y naturaleza jurídica de las disposiciones testamentarias modales, y vistas también las diferencias que separan a éstas de otras figuras afines, debemos detenernos ahora en el punto relativo a la exigibilidad del modo.

La coercibilidad del modo deriva del carácter obligatorio que, como ya sabemos, le caracteriza y le distingue del simple consejo o recomendación que no vincula jurídicamente.

La exigibilidad jurídica del modo fue admitida ya por el Derecho romano justiniano, y hoy día está expresamente recogida por un buen número de legislaciones (45).

Examinando los Códigos más representativos, podemos comprobar al efecto cómo el Código francés, en su artículo 1.046, admite la petición de revocación de los legados por el incumplimiento del modo y a instancia de los interesados, remitiéndose a lo dispuesto para las donaciones “inter vivos” (46). Por su parte, el C. c. italiano vigente, en el artículo 648, concede acción para pedir el cumplimiento del modo a cualquier interesado en dicho cumplimiento (47). El C. c. austriaco, tras distinguir entre Auftrag y Absicht, dispone expresamente, en el párrafo 709, que el modo debe considerarse como una condición

(44) Jurisprudencia Civil, Sentencia, núm. 44, tomo IV, I, pág. 395.

(45) Cfr. sobre este particular GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, ya cit., vol. I, pág. 40 y ss.

(46) En efecto, el citado precepto del Código francés dice textualmente que *les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires*. Y entre las causas comprendidas en los artículos 953 y 954 del Code, los legisladores franceses han incluido el incumplimiento de condiciones (conditions), término con el que se quiere designar también las cargas o gravámenes impuesto por el testador.

(47) Según el párrafo primero de dicho precepto *per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato*.

resolutoria, de manera que lo dejado se resuelva cuando el supuesto modo no se cumpla.

En cambio, tanto el B. G. B. alemán (que regula con cierto detalle la institución modal) como el Código suizo, no admiten en principio la revocación de la disposición por incumplimiento del modo.

El párrafo 1.940 del B. G. B. señala que el testador puede obligar en testamento a un heredero o legatario a cumplir una prestación sin atribuir por ello a otra persona ningún derecho a exigir la prestación misma. Por consiguiente, según el Código alemán, mientras el gravado con modo está obligado a cumplir la carga impuesta por el testador, el beneficiario de aquélla no tiene ningún derecho a la misma ni podrá, en consecuencia, ejercitar ninguna acción para pedir el cumplimiento.

Se nos muestra así lo diversa que es en Derecho alemán la configuración y regulación del legado y del modo, ya que mientras el legatario está investido de un auténtico derecho de crédito para exigir el cumplimiento del correspondiente legado, el beneficiario del modo, en cambio, queda supeditado a que el gravado quiera cumplir voluntariamente.

Ahora bien, el párrafo 2.194 del mismo B. G. B. viene a evitar que en Derecho alemán el cumplimiento del modo quede a merced del gravado sin que aquél se le pueda exigir jurídicamente, con lo cual el pretendido modo no sería más que un simple consejo o recomendación ("nudum praeceptum"), sin relevancia jurídica. Dicho párrafo establece precisamente que el heredero, el coheredero, la persona que se beneficia inmediatamente de la falta del gravado, y la autoridad competente (cuando el modo sea de interés público) podrán pretender el cumplimiento del modo.

El inmediato párrafo 2.196 dispone, además, que si el modo se hace imposible por un hecho del cual el gravado debe responder o si, habiendo sido condenado al cumplimiento, los medios de coacción empleados contra él han sido ineficaces, puede ser obligado a restituir, en todo o en parte, lo que ha recibido, a instancias de aquel a quien su falta aprovecha en forma inmediata, de acuerdo todo ello con las reglas de la restitución por enriquecimiento injusto.

Sin embargo, a todas estas personas que pueden pretender la ejecución del modo no se les reconoce en Derecho alemán un verdadero derecho de crédito similar al que pueda alegar un legatario respecto del legado que le ha sido atribuido. El legado es una *Zuwendung* que crea un *Bedachter*, es decir, una persona que adquiere un derecho en virtud de una determinada disposición de última voluntad. El modo, en cambio, y salvo que la voluntad del causante se manifieste en un determinado sentido (como indica el párrafo 2.195), no comunica a las personas ya indicadas más que una especie de interés moral en que se cumpla la última voluntad del testador. Los juristas alemanes

hablan al respecto de un derecho formal (48) (“eine formale Befugnis”) o de “Rechtsträger im fremden Interesse” (49), que no actúan en interés propio, sino que son meros ejecutores de la última voluntad de otra persona expresada en testamento. Al contrario, pues, de lo que ocurre con los legados, en Derecho alemán puede decirse que el modo no es una Zuwendung ni hace surgir un Bedachter (50).

Por lo que se refiere al Derecho español, nuestro Código civil nada dice acerca del problema fundamental de la coercibilidad del modo y de su cumplimiento, sin aludir tampoco a las posibles acciones que puedan hacerse valer contra el gravado incumplidor, ya sea por las personas interesadas en velar por la ejecución de la última voluntad del causante, ya por el beneficiario insatisfecho. Únicamente el artículo 797 dispone, en su párrafo segundo, que lo dejado submodo podrá pedirse “desde luego”, señalando a continuación que lo dejado de esta manera “es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación” (51).

Por su parte, el artículo 798 prevé, de un lado, la posibilidad de convalidación del modo, cuestión que ya hemos examinado en páginas anteriores al ocuparnos de la imposibilidad relativa del modo; y de otro, y también como variedad equivalente al exacto cumplimiento de aquél, el mismo artículo prevé el incumplimiento causado por “intervención obstaculizadora” (52) del interesado en que el citado modo se incumpla (párrafo 2.º del susodicho artículo 798) (53).

Pero sobre la importante cuestión del cumplimiento y exigibilidad del modo testamentario en Derecho español volveremos con detalle en el próximo capítulo al estudiar las analogías y diferencias existentes entre los legados y las disposiciones testamentarias modales.

(48) Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Munich-Berlin, 1914, vol. V, pág. 2194. Derecho formal al que no se pueden aplicar las normas relativas a la defensa de intereses jurídico-patrimoniales.

(49) Von THUR, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1910, vol. I, pág. 60, nota 17.

(50) Von TUHR, ob. y lug. últimamente cit.

(51) En su primer párrafo este mismo artículo 797 sienta el principio de que “la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad”.

(52). ALBALADEJO en *Condición, término y modo*, Rev. Der. Not. ya citada, página 93.

(53) Según el párrafo segundo del mencionado artículo, “cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición”. Recordemos que éste es uno de los artículos en que se usa el término condición para designar una carga modal.

III. DISTINCIÓN ENTRE LEGADOS Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES. SUPUESTOS EN LOS QUE HACE CRISIS DICHA DISTINCIÓN: LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS MODALES QUE SUPONGAN UN BENEFICIO PATRIMONIAL PARA TERCERO

Por todo lo que hasta aquí hemos dicho refiriéndonos, primero, a los legados y, luego a las instituciones testamentarias modales ya estamos en condiciones de comprobar la dificultad de la distinción entre ambas figuras.

Entre una y otra institución hay, sin embargo, algunos criterios distintivos que inicialmente sirven para deslindar uno y otro campo. Ahora bien: tales criterios son válidos sólo en un sentido general, pero no puede reconocérseles a los mismos valor absoluto y definitivo.

Como tendremos ocasión de demostrar a lo largo del presente capítulo la distinción entre disposiciones testamentarias modales y legados resulta fácil en los supuestos en que la carga modal o modo *propriadamente dicho* beneficia al testador o a la propia persona a quien grava (gravado-beneficiario), pero, en cambio, cuando el modo se constituye a favor de terceros es cuando se hacen patentes las graves dificultades de deslinde y diferenciación respecto de los legados.

Tal situación nos llevará a afirmar que aquellas disposiciones testamentarias modales que impliquen un beneficio patrimonial para terceros deben de ser asimiladas a los legados y regirse por las disposiciones relativas a los mismos.

Tradicionalmente, en cambio tanto la doctrina española como la extranjera a la hora de distinguir los legados de las disposiciones testamentarias modales suelen repetir generalmente, y sin hacer ninguna distinción previa, una serie de argumentos, que como decimos, son sólo parcialmente válidos.

Al suscribir tales criterios de distinción, dicha doctrina, en realidad, lo que hace es renunciar a considerar una serie de casos concretos de legados y disposiciones testamentarias modales en los que aquellos no caben ni son aplicables, tal como intentaremos hacer ver en este mismo capítulo.

Por eso decimos que a aquellas distinciones no se les puede reconocer valor absoluto en cuanto que resultan fácilmente impugnables en determinados supuestos concretos.

Tales criterios diferenciales, expuestos en forma esquemática, podrían condensarse en los siguientes apartados:

1.º Por el carácter principal o accesorio de la disposición.

El legado es una disposición autónoma e independiente de cualquier otra institución sucesoria, mientras que el modo es una atribución de carácter accesorio que, como tal, va inserta y ligada siempre a una disposición principal, sea ésta una institución de heredero, sea un legado.

2.º Por el objeto o contenido de la disposición.

El legado es siempre una atribución patrimonial, en tanto que el modo puede presentar un contenido más variado y amplio.

3.º Por el carácter objetivo o personal de la institución.

El legado se nos muestra como un peso de la herencia o, más exactamente, como una detracción o “delibatio” de la misma (“delibatio hereditatis”). Por su parte el modo testamentario supone e implica más bien un gravamen personal que afecta al gravado.

Frente a la idea cuantitativa y objetiva de la detracción de la herencia se alza así la del gravamen o carga como vinculación personal.

4.º Por la naturaleza de la prestación en que el objeto consiste.

Mientras que el legado se configura normalmente como obligación de dar, el modo suele consistir en una obligación de hacer.

5.º Por el fin perseguido por el testador.

Se dice que en los legados el testador o causante tiene presente directamente y en forma primaria, al hacer su atribución, el provecho o beneficio del legatario. Este es, por tanto, el fin de la disposición del testador. En cambio, en las instituciones testamentarias con modo, el causante tomó en consideración el provecho del beneficiario sólo en un plano secundario o, mejor aún, como repercusión o reflejo de otros fines primarios que son los que integran la disposición principal.

6.º Por el grado de determinación o determinabilidad de la persona beneficiaria.

Tanto el legado como la disposición testamentaria modal son atribuciones hechas a favor de persona (física o jurídica) determinada o determinable, es decir, susceptible de determinación.

Ahora bien, en el caso del modo se piensa que la determinación o determinabilidad del beneficiario de aquél, se mueve normalmente dentro de límites más amplios, tal como podría ser, por ejemplo, el supuesto de un gravamen consistente en la entrega de una cantidad en concepto de premio a quien realice un determinado descubrimiento científico (indeterminación inicial o eventual) o el caso previsto por el artículo 749 de nuestro C. c. de disposiciones hechas en favor de los pobre en general, sin designación de personas ni de población que, al decir del propio Código, se entenderán limitadas a los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, si no consta claramente haber sido otra su voluntad (54).

7.º Por la diferente estructura que presentan una y otra figura.

En los legados, el legatario está vinculado directamente al testador, siendo el *avente causa* del mismo. En las disposiciones testamentarias modales el tercero beneficiario (caso de que éste sea un tercero) es

---

(54) El segundo párrafo del citado artículo 749 dispone, a efectos prácticos, que “la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador; en su defecto, por los albaceas y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez Municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran”. “Esto mismo se hará —dice el último apartado del mismo artículo— cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado.

el *avente causa* del gravado y no del causante, al que está vinculado sólo a través de aquél.

8.º Por la naturaleza del derecho que otorgan ambas atribuciones a los respectivos beneficiarios de las mismas.

En el caso de los legados, es evidente que el legatario favorecido con la atribución queda investido de un auténtico derecho de crédito contra el gravado que le permitirá exigir de éste y en su propio nombre el cumplimiento de la prestación correspondiente.

En los supuestos de institución testamentaria modal se dice, en cambio, que el beneficiario carece de acción para exigir el cumplimiento del modo impuesto al gravado y que únicamente tendrán legitimación formal para pretender dicho cumplimiento el coheredero del heredero gravado, los albaceas, los herederos, las autoridades competentes en los supuestos de modo de interés público y las personas designadas y facultadas por el testador para ello, en los casos en que éste haya previsto tal eventualidad.

Este último es, sin duda, el argumento más repetido por los autores para fundamentar la distinción entre institución testamentaria modal y legado.

Trataremos de hacer ver a contiación cómo efectivamente aquellos criterios distintivos propuestos por buena parte de la doctrina tienen un valor relativo, puesto que pueden aplicarse sólo en algunos casos, existiendo, en cambio, numerosos supuestos en los que aquellos criterios no son válidos.

Las mejores críticas a tales argumentos las encontramos en la doctrina italiana. Críticas debidas a dos juristas de formación predominantemente práctica que han contemplado el tema de distinción entre legados e institución testamentaria modal desde ese ángulo tan importante, y a veces tan olvidado, de la realidad vivida cada día en los casos particulares, enemiga de la aceptación a priori de fórmulas más o menos estereotipadas que muchas veces valen sólo en un plano teórico. La primera de aquellas breves críticas data ya del año 1938 y se debe a la antigua profesora y abogado de Génova E. Filippón (55). La segunda es mucho más reciente (1961) y está fuertemente inspirada en la primera, siendo su autor E. Brunori, abogado de Florencia, el cual, reiterando las líneas fundamentales expuestas por su predecesora en el tema, critica y se lamenta del olvido en que se han tenido y se tienen aquéllas (56).

Siguiendo el mismo orden en el que hemos examinado anteriormente las supuestas diferencias entre legados y disposiciones testamentarias modales, vamos a replantearnos nosotros ahora, en forma también esquemática, aquella delicada cuestión. Problemas de diferenciación que, según adelantamos en páginas anteriores, se plantean funda-

(55) EBBE FILIPPON, *Rapporti tra il legato e il modus*, en Giur. it. 1938, IV, c. 232 y ss.

(56) E. BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en Riv. dir. civile, 1961, I, pág. 468 y ss.

mentalmente en los casos de disposiciones modales hechas a favor de tercero y que implican beneficio patrimonial para éste.

Veamos al efecto:

1.º Por el carácter principal o accesorio de la disposición.

Decíamos que mientras el legado es una disposición mortis causa autónoma e independiente, el modo, en cambio, aparece incorporado a una declaración de voluntad principal frente a la que funciona como límite y a la que aparece vinculada en forma de disposición accesoria y subordinada.

Efectivamente los legados son disposiciones mortis causa autónomas e independientes. Características que distinguen a aquéllos no sólo en los supuestos excepcionales en que toda la herencia se distribuya en legados (art. 891 del C. c. español) (57), sino también en los casos mucho más normales y corrientes en que el legado aparece junto a una o varias instituciones de herederos, frente a las cuales aquél se mantiene, como decimos, como disposición principal autónoma e independiente. El modo, por su parte, es ciertamente una disposición accesoria respecto de la atribución principal.

Ahora bien la dificultad surgirá a la hora de distinguir en la práctica si es legado o modo una atribución patrimonial determinada que aparece en una disposición testamentaria de carácter más general.

El esquema propuesto para distinguir la atribución según su carácter principal o accesorio no nos servirá en muchos casos, dado que normalmente la dificultad práctica y verdadera residirá precisamente en eso: en saber si la disposición en cuestión puede considerarse autónoma y, en consecuencia, principal o subordinada y accesoria.

De tal calificación dependerá que al tercero destinatario o favorecido con la atribución le debamos considerar legatario o simple beneficiario de la carga modal, con las diferencias de trato que ello supone y que van referidas fundamentalmente a la posibilidad de pretender la resolución de la disposición por incumplimiento de la atribución correspondiente en los supuestos de legado, cosa que, como veremos, no sucede en las disposiciones testamentarias modales.

2.º Por el objeto o contenido de la disposición.

En segundo lugar hemos dicho que el legado era siempre una atribución patrimonial, en tanto que el modo podía presentar un contenido más variado.

Pues bien, entendido el término patrimonial en un sentido amplio, estimamos que también podrá decirse que el contenido de toda carga modal es patrimonial, en el sentido de que aquélla será susceptible, en mayor o menor medida y de una manera más o menos inmediata, de valoración económica.

Pensemos, por ejemplo, en una carga modal consistente en la obli-

---

(57) Dicho artículo que, efectivamente, prevé el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, ordena que en tal caso "se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa".

gación de acoger en la propia cosa del gravado o de atender de algún modo a un determinado pariente anciano y solo en la vida. No cabe duda de que en tal supuesto, junto al elemento inapreciable del cariño y de las atenciones y consideraciones debidas al pariente desamparado, están también los inevitables gastos de estancia o manutención que aquello acarrea y que permite valorar económicamente dicha obligación modal. Lo mismo podríamos decir de toda una serie de cargas consistentes en dar o hacer algo y en las que pudiendo predominar un elemento espiritual, moral o afectivo (recuerdos de familia) (58), se da también un aspecto económico en forma de gastos que aquellas cargas implican y de valor intrínseco de lo dejado, por pequeño que éste sea, y que permiten calificar a dicha obligación de patrimonial.

En resumen, creemos que todo lo que puede ser objeto de legado puede serlo también de disposición testamentaria modal y aquí está la razón de la inutilidad del criterio propuesto en este segundo apartado para establecer la distinción entre una y otra figura. Como dice Filippón, el testador podrá ordenar al gravado, "tanto por medio de un modo como por legado, la aplicación de parte de lo recibido, la constitución de un contrato de compraventa a precio ventajoso para el tercero, la reparación de una casa o el abandono de una servidumbre de la que el gravado es titular" (59).

3.º Por el carácter objetivo o personal de la misma institución.

No creemos que pueda decirse que el legado implica siempre una "delibatio" o detracción de la herencia, en tanto que el modo se caracteriza más bien como gravamen personal del sujeto obligado.

En efecto, no todos los legados suponen detracción de una parte de la herencia en favor del legatario, pues como ya hemos visto en el capítulo I de este trabajo cuando nos ocupábamos de fijar los caracteres fundamentales de los legados, objeto de éstos podrán ser cosas no sólo del testador, sino también del propio legatario y hasta de tercero (60). Es evidente que el contenido de tales legados no se sustrae (por así decirlo) del caudal hereditario. Lo mismo podríamos decir de un legado de género, cuando el género no está delimitado dentro de la herencia o del legado de reconocimiento de deuda, etc.

De igual forma, y como ya veremos al rebatir a continuación el cuarto criterio de distinción propuesto, los legados pueden consistir en obligaciones de hacer o de no hacer, los cuales no implican tampoco "delibatio hereditatis".

El modo, por su parte, podrá consistir también en una detracción de la herencia, como sucede en todos los casos en que la prestación

---

(58) SAVATIER, *Cours de Droit civil*, 3.º tomo, 2.ª ed. París, 1951, pág. 523. En la doctrina española, sobre cartas y recuerdos de familia puede verse LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, 1961, pág. 126.

(59) E. FILIPPON, ob. y lug. citados.

(60) V. supra, I, "El legado como disposición *mortis causa* a título particular".

correspondiente se hace a expensas de la herencia, con lo cual se iguala al legado en esa pretendida diferenciación que ahora rebatimos, poniéndose de manifiesto en tales casos la improcedencia de aquella afirmación según la cual el matiz peculiar y característico del modo es el de gravamen personal y no el de peso de la herencia.

Podrá decirse, por consiguiente, que la carga modal se muestra como un gravamen personal que afecta al sujeto obligado, pero ello no excluye que pueda caracterizarse también en muchos casos como peso o detracción de la herencia.

4.º Por la naturaleza de la prestación en que el objeto consiste.

En líneas anteriores acabamos de recoger la opinión de que tanto el legado como las disposiciones testamentarias modales podrán consistir indistintamente en obligaciones de dar, no dar, hacer o no hacer, con lo cual desechamos esta sorprendente diferenciación según la cual los legados se traducen en obligaciones de dar, en tanto que las disposiciones modales suponen una obligación de hacer.

En realidad este criterio de distinción fue propuesto dentro de la doctrina francesa por Lévy-Ullman y Grunebaum-Ballin (61) y no ha tenido gran aceptación ni siquiera entre los autores de su mismo país (62), dado que no ofrece duda que tanto el legado como el modo pueden consistir indistintamente en obligaciones de dar o de hacer. Así, por ejemplo, una disposición consistente en realizar una gestión por parte del sujeto obligado y según deseo del testador, podrá ser legado o modo, según sea el supuesto concreto.

5.º Por el fin perseguido por el testador.

Según este criterio, habrá legado cuando el testador tiene presente en primer lugar el provecho o beneficio del legatario a la hora de realizar su atribución. En las disposiciones testamentarias modales, en cambio, el provecho del beneficiario entra en la consideración del testador sólo en un plano secundario o reflejo.

Aparte de la dificultad que supondrá el poder saber cuál ha sido en la mente del causante ya desaparecido del mundo de los vivos el fin primario de su disposición, resulta, además, que no es exacto decir que en todos los legados la disposición o atribución patrimonial está pensada como beneficio o provecho para el legatario.

Pensemos al efecto en los legados que el testador hace en favor de su propia alma, es decir, aquellos legados consistentes en misas, oraciones, obras de caridad, etc. En estos casos no puede decirse que el fin primordial de la atribución sea el beneficio del legatario, ya que

---

(61) LÉVY-ULLMANN y GRUMENBAUM-BALLIN, en *Essai sur les fondations par testament*, en *Revue trim.*, 1904, pág. 265 y ss., centran en este punto la pretendida distinción entre legado y *modus* testamentario.

(62) Puede verse la crítica correspondiente en BOUYSSON, *Les libéralités avec charges en droit civil français*. These. Toulouse, 1945. También ver SIMONNET, *Le legs avec charge catégorie juridique*. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, t. II, pág. 128.

el causante cuando dispone tal clase de legado está animado sobre todo por el deseo, en cierto modo egoísta, de que sea su propia alma la que obtenga en la otra vida el provecho de aquellas misas, oraciones, limosnas u obras de caridad que servirán, en su opinión, para hacerle más meritorio ante los ojos de Dios o más livianas las penas del Purgatorio. Lo mismo podemos decir de aquellos legados que se constituyen para fomentar y promover una determinada investigación científica o alcanzar cualquier otro fin de utilidad pública. En estos supuestos el legado aparece claramente configurado como una atribución hecha a una determinada Institución o Universidad para que inicie o prosiga unos estudios de investigaciones relativos, por ejemplo, al descubrimiento de determinados virus o de la correspondiente vacuna que los destruya.

Entendemos que tampoco aquí se puede decir que el fin primordial o prevalente que mueve al causante a disponer aquel legado es el beneficio directo del legatario (Institución o Universidad). Por el contrario, estamos ante unos supuestos en los que el testador obra movido por fines altruistas de utilidad pública y beneficio de la comunidad.

Y así como en los ejemplos anteriores de sucesión a favor del alma (63) el beneficio patrimonial que obtiene la parroquia o institución benéfica de que se trate no es más que el medio o procedimiento idóneo escogido por el causante para alcanzar el verdadero fin primordial de su atribución (salvación de su alma), así también en estos otros casos la concreta Universidad o Instituto científico que se beneficia del legado entra en la consideración del testador en un plano secundario y totalmente pospuesto al fin principal de dicha atribución (triunfo médico sobre una grave enfermedad y correspondiente provecho para la humanidad).

No es, pues, exacto decir que frente a las disposiciones testamentarias modales los legados se distinguen porque en ellos el decuius obra movido por la consideración dominante del beneficio o provecho que atribuye al legatario.

En cambio, sí creemos que es válido decir que en las disposiciones modales las ventajas que obtiene el beneficiario tienen un carácter accesorio o secundario para el causante. Ahora bien, esta característica inherente a toda disposición modal no sirve para distinguir ésta del legado o, al menos, de todos los legados, según acabamos de ver.

Tal característica será, en cambio, válida para diferenciar el modo de la condición, pudiendo afirmarse que cuando se demuestre que el provecho que el beneficiario obtiene con la supuesta carga modal ha entrado en la consideración del causante como fin primario de la disposición, deberá hablarse de condición y no de modo. Dicho con otras

---

(63) Sobre la llamada sucesión a favor del alma, MARTÍNEZ PEREDA, *Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma*, en A. A. M. N. tomo VII, 1953, pág. 151 y ss.

palabras, el testador, con tal consideración, habrá elevado la supuesta disposición modal a la categoría de condicional (64).

6.º Por el grado de determinación o determinabilidad del beneficiario.

Según este criterio, entre un legado y una institución testamentaria modal podría establecerse una leve distinción según el mayor o menor grado de determinación del sujeto que se aprovecha de la atribución, entendiendo que en las disposiciones testamentarias modales la determinación de dicho beneficiario puede aparecer menos detallada y precisa que en los legados.

Como es sabido, sin embargo, esta determinación o determinabilidad es siempre necesaria en nuestro Derecho en virtud del artículo 750 del C. c. que expresamente contiene la sanción de nulidad para toda disposición en favor de persona incierta, a menos que por algún evento aquélla pueda resultar cierta (65). Supuesto este último que no equivale a incerteza, sino a simple indeterminación provisional o eventual de la persona que recibe la atribución y que en este caso aparece como determinable.

Por ello creemos que el criterio de la determinación nada dice en favor de una deseada distinción entre legados e institución modal, no debiendo olvidarse además que cualquier supuesto de indeterminación inicial o eventual o de determinación indirecta (art. 749 de nuestro C. c.) podrá ser objeto de legado o de disposición testamentaria modal según la voluntad del testador o el contenido concreto de la disposición.

7.º Por la diferente estructura que presenta una y otra figura.

Vimos en páginas anteriores que un nuevo criterio de los propuestos para fijar la separación entre legados y disposición testamentaria modal era decir que el legatario era un sucesor a título particular del causante y en cambio el tercero beneficiario de la institución

---

(64) Nos remitimos a lo dicho en el cap. anterior en torno a la distinción entre *modus* testamentario y condición. II. "Las disposiciones testamentarias modales...".

(65) Art. 750: "Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta".

Cosa distinta es la autorización concedida por el artículo 671, según el cual "podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de Beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse". Precedentemente el artículo 670 ha dejado claro que "el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente". Sobre el sentido e importancia de estos dos últimos artículos, véase Díez-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, 1957, págs. 23 y ss. y 155 y ss., al ocuparse del arbitrio testamentario.

modal era sucesor de la persona gravada con la carga, de la cual recibía directamente la atribución.

Tal criterio nosotros también lo rechazamos recordando al efecto algunos ejemplos de verdaderos legados y de auténticas disposiciones modales testamentarias en los que no se dan estos pretendidos esquemmas, poniéndose de manifiesto la fragilidad de los mismos.

En el capítulo primero del presente trabajo comprobamos ya la existencia de legados cuyo contenido, al estar integrado o formado por algo que queda fuera del patrimonio del causante, su adquisición por el legatario no implica el subentrar de éste en el puesto de aquél. En tales supuestos no es posible por tanto sostener como característica que el legatario correspondiente es sucesor a título particular del causante o difunto. Así tenemos los legados de cosa ajena del *decuius*, el legado de género no delimitado en la herencia, el legado de reconocimiento de deuda, el legado de liberación, etc.

Y, a la inversa, por lo que se refiere al *modus* testamentario tampoco puede reconocerse valor absoluto a la afirmación según la cual carácter peculiar de tales disposiciones modales es que el beneficiario de la carga sea sucesor de aquel a quien grava aquélla y no del propio causante que dio vida a la disposición. Como prueba de que tal criterio falla, bástenos con recordar todos los casos de cargas testamentarias modales que en la práctica se traducen en la entrega por parte del gravado al beneficiario de algo que está dentro de la herencia del difunto. En tales casos la persona (heredero o legatario) obligada a cumplir la carga, se limita a ejecutar algo que le ordena el causante en beneficio del tercero. Este, por tanto, debe considerarse averse causa del difunto, porque es éste quien dispone de algo suyo en provecho de aquél, valiéndose únicamente de la intervención material del gravado.

8.º Por la naturaleza del derecho que una y otra atribución otorgan a los respectivos beneficiarios.

Los legados suponen un verdadero derecho de crédito para los legatarios. El beneficiario del modo por su parte no queda investido de tal derecho y carece de acción en juicio para exigir el cumplimiento de la carga al gravado incumplidor o negligente.

Este es, sin duda, el criterio de distinción más repetido y reiterado por la doctrina española y extranjera para separar las figuras del legado y de las disposiciones testamentarias modales. Así lo indicamos ya en páginas anteriores cuando recogíamos tal orientación.

No hay duda de que el legatario en virtud del legado que le ha sido atribuido es titular de un derecho de crédito que podrá hacer valer en juicio a través de la correspondiente acción. Sin embargo no estamos conforme con la generalizada opinión de que el beneficiario del modo carezca en cambio de toda posibilidad para pretender por sí el cumplimiento de la carga modal, debiendo esperar a que el gravado cumpla por su propia voluntad o que sean los albaceas, herederos, eje-

cutores testamentarios, etc., quienes promuevan y exijan el cumplimiento de la voluntad del difunto.

Tal cuestión, que evidentemente es capital en el tema que nos ocupa, merece una detenida consideración.

En derecho romano la coercibilidad del *modus* atravesó distintas fases (66) y fueron diversos los procedimientos pensados para asegurar su cumplimiento.

En principio era frecuente imponer, en concepto de pena, una multa al incumplidor que debía pagarse a favor de un ente público. Se disponía también la *exhereditio*, la *ademptio* o *traslatio legati*, subordinada al incumplimiento, o la condición *iurisiurandi*, todas las cuales venían a funcionar o hacer las veces de auténticas cláusulas resolutorias (67).

Ya en derecho romano clásico el heredero, mediante la *exceptio doli*, podía negarse a entregar al legatario lo donado submodo, cuando éste no garantizase con caución el cumplimiento de la carga. De igual forma el coheredero podía ser obligado por los demás a respetar la carga mediante la *actio familiae erciscundae* (68).

En el Derecho Justiniano se perfilan dos acciones para asegurar el carácter obligatorio del *modus*: la *actio praescriptis verbis*, para exigir el cumplimiento de la carga y la *condictio causa data, causa non secuta* para pedir, a través del juego de la causa, la restitución de lo entregado.

En todo caso, cuando estos procedimientos resultaren inadecuados y estuviesen en juego intereses públicos, nos dice Biondi que podía intervenir el magistrado, "y en base de su *coercitio*, obligaba al gravado al cumplimiento" (69). La intervención administrativa de las autoridades civiles o eclesiásticas para obligar al cumplimiento del modo se hace general en el Derecho Justiniano. (70).

Para acentuar y asegurar la coercibilidad del modo es característico en Derecho romano tratar de emparejar y asimilar dicha institución a otras dos figuras que le son afines: el fideicomiso y la condición. Así cuando el modo es a favor y en beneficio de una persona determinada, dicho modo se considera como fideicomiso, pasando a disponer el tercero beneficiario de las acciones características del fideicomisario. Y en cuanto a la tendencia que se deja notar en mu-

(66) Como hacen notar ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU en el *ius civile* se negaba eficacia jurídica al *modus*, el cual era considerado como un *pacta nuda* que no otorgaba acción ni para exigir el cumplimiento ni para que se devolviera lo entregado en el supuesto de incumplimiento. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 79.

(67) B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. española, 1960, página 582.

(68) Cfr. FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. española, 1960.

(69) B. BIONDI, ob. últimamente cit., pág. 584.

(70) El mismo BIONDI cita el siguiente pasaje (Fr. 50, 1 D, 5, 3. Pap. 3 quaest.): *Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad momentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.*

chos casos dentro del Derecho romano de equiparar el modo a la condición, efectivamente aquel pasa a convertirse en la práctica, a través de la interpretación y de la jurisprudencia, en la condición de prometer con garantías el cumplimiento.

Digamos para terminar este breve análisis histórico relativo a la coercibilidad del modo, cómo esta misma tendencia a equiparar en la práctica el modo a la condición o a los legados y fideicomisos se hace perceptible también en nuestros clásicos españoles, tales como Antonio Gómez (71) o J. Y. Parladorio, (72), quienes con frecuencia usan indistintamente aquellos términos para designar el *modus* o al tercero beneficiario del mismo.

Pasando ya a los Ordenamiento positivos modernos comencemos por decir que, conforme a lo dispuesto en el B. G. B. alemán, sí se puede considerar válida en este país aquella distinción propuesta para separar los legados de la institución testamentaria modal de acuerdo con las personas legitimadas para exigir su cumplimiento. Nos referimos concretamente a la diversa situación en que como ya sabemos, se encuentran el legatario y el tercero beneficiario del modo para poder exigir el cumplimiento de la atribución correspondiente, pues mientras el legatario puede exigir en su propio nombre el cumplimiento del legado, al tercero favorecido con el modo no se le reconoce interés ni acción alguna para pretender personalmente aquel mismo cumplimiento (73).

En efecto, recordemos cómo el parágrafo 1.940 del B. G. B., del que ya nos ocupamos en el capítulo segundo de este trabajo, señalaba que el testador puede obligar en testamento a un heredero o a un legatario a cumplir una prestación sin atribuir por ello a otra persona ningún derecho a exigir la prestación misma.

Decíamos también que el rigor de este parágrafo, que podía hacer creer que en Derecho alemán el modo equivalía al simple consejo o recomendación, quedaba paliado y debidamente matizado en el parágrafo 2.194 que oportunamente detallaba las personas hábiles para pretender el cumplimiento del modo (el heredero, el coheredero, la persona que se beneficia inmediatamente de la falta del gravado y la autoridad competente, en los casos de modo de interés público).

Pues bien, a la vista de estos dos preceptos es por lo que creemos que puede decirse en Derecho alemán que el beneficiario del modo carece de acción para exigir el cumplimiento de la carga modal, puesto que aquel no aparece en la enumeración del parágrafo 2.194. Siendo esto así y admitida como incuestionable la afirmación de que el legatario es titular de un derecho de crédito accionable en juicio, no hay

---

(71) GÓMEZ, Antonio, *Variae Resolutiones*, Tomus Primus, Cap. XII. De legatis, n.º 70 y 71. Lugduni, 1701.

(72) YAÑEZ PARLADORIO, Juan. Opera Iuridica. *Quotidianarum differentiarum*. Differentier CXLVII Inter conditionem et modum, n.º 10. 1741.

(73) Recuérdese lo dicho en su momento oportuno acerca del problema del cumplimiento de las cargas modales en Derecho alemán, Supra II, "Las disposiciones testamentarias modales...".

duda de que en Derecho alemán es válido el criterio distintivo entre ambas instituciones, según el cual mientras el legatario es titular de un derecho de crédito y se encuentra por ellos respaldado por la acción de cumplimiento, el beneficiario del modo carece en principio de la misma y está supeditado a lo que en dicho punto decidan otras personas (exigir o no el cumplimiento a la persona obligada o gravada).

Por su parte en los Ordenamientos jurídicos latinos no encontramos preceptos similares a los del B. G. B. Es más, el C. c. italiano vigente en su artículo 648 reconoce explícitamente acción para pedir el cumplimiento del modo a cualquier interesado en dicho cumplimiento (74). La cuestión aquí residirá en saber a qué personas se le puede y debe reconocer interés en el cumplimiento, lo cual viene a ser también el problema a resolver en los Ordenamientos francés (75) y español.

Refiriéndonos a nuestro Derecho, comencemos por señalar que, no diciendo nada el Código al respecto, no vemos razón alguna para excluir de la lista de interesados en el cumplimiento de la carga al beneficiario de la misma. A nuestro juicio dicho beneficiario debe ser considerado además como el más calificado de aquellos, pudiendo pasar a ocupar el primer puesto en dicha relación.

La acción para pedir y obtener el cumplimiento del modo testamentario corresponderá por tanto, según nuestra opinión, a los beneficiarios del mismo, teniendo en cuenta que cuando se trata de modo de interés público aquella legitimación corresponderá a las autoridades competentes, de acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912. A este respecto el artículo 179 del Reglamento Notarial impone también a los notarios que autoricen testamentos o escrituras particionales en los que conste alguna disposición de carácter benéfico o beneficio docente, la obligación que aquellos tienen de comunicarlo a las autoridades y organismos competentes (76).

(74) Ver supra, nota, 47.

(75) Ver supra, nota, 46.

(76) El texto del artículo 179 del Reglamento notarial dice así: "Los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente que tenga por objeto la enseñanza, educación e instrucción, el incremento de las Ciencias, Letras y Artes, remitirán a la Junta de Beneficencia de la provincia a que pertenezcan y a la Dirección General del ramo, en el primer caso, y al Ministerio de Educación Nacional en las demás, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador".

"De igual modo, los notarios que autoricen o eleven a escritura pública particiones o manifestaciones de herencia fundadas en testamentos que contengan algunas disposiciones de las expresadas en el párrafo anterior, notificarán mediante acta al Ministerio de la Gobernación o al de Educación Nacional, según los casos, el texto íntegro del testamento, con cargo a la herencia; siendo responsables, si no lo hicieren, de los perjuicios que puedan ocasionar con su negligencia. No se admitirán en ningún Registro u Oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente".

Junto a los beneficiarios, es evidente que también podrán pedir el cumplimiento los albaceas, los propios herederos, las personas que en su caso hubiese nombrado el testador para tal fin, etc. En definitiva, pues, podrán pedir el cumplimiento de la carga modal todas las personas que demuestren interés en el mismo, ya sea un interés directo y patrimonial o el interés de ver cumplida en toda su extensión la última voluntad del causante.

En cuanto al tiempo en el cual se puede pedir el cumplimiento del modo se entenderá que será aquel en que, de acuerdo con la obligación principal, deberá ejecutarse la prestación correspondiente.

En caso de incumplimiento del modo creemos que deberá intentarse, siempre que ello sea posible, el cumplimiento forzoso o el cumplimiento por uno de los interesados a expensas y en lugar del gravado incumplidor, sobre el cual repetirá luego aquél (77). Fundamos esta opinión en el principio del respeto debido a la última voluntad del difunto que debe vincular más o menos intensamente a todos los interesados en su ejecución. Y no cabe duda que aquella postrera voluntad ha quedado reflejada parcialmente en el modo, por lo cual éste deberá cumplirse íntegramente, de la manera más fiel a lo querido por el testador y en el tiempo por él indicado.

Según todo lo que acabamos de decir tampoco consideramos válida la distinción entre legado e institución modal atendiendo a los efectos respectivos en caso de incumplimiento, puesto que, para nosotros, el tercero beneficiario del modo está legitimado también como el legatario para pedir el cumplimiento de la carga.

Con tal afirmación nos situamos frente a la opinión predominante en nuestra doctrina, ya que la mayoría de los autores patrios niegan esta facultad al tercero beneficiario del gravamen o disposición modal. Ciertamente no fundamentan seriamente aquella afirmación limitándose en general a pasar muy superficialmente sobre dicho punto.

Así, los traductores del Enneccerus-Kipp recogen la opinión que del modo da éste. Según Kipp, por medio del modo "el testador impone al heredero o legatario una prestación, pero (a diferencia del caso del legado) sin atribuir a otro un derecho a exigirla en su beneficio (parágrafo 1.940 del B. G. B.)" (78), estimando Roca Sastre al anotar y concordar dicha obra con arreglo a nuestro Derecho que "son aceptables en Derecho español las consideraciones que expone el texto acerca de las disposiciones por causa de muerte" (79).

Ossorio Morales a su vez, después de citar las personas que pueden exigir el cumplimiento de la carga modal, señala que "si el beneficiario con el gravamen impuesto al heredero está facultado para

---

(77) Recuérdese lo señalado por el artículo 1.098 en materia de obligaciones.

(78) KIPP, *Derecho de sucesiones*, tomo V, vol. I. de la obra de Enneccerus, traducción española de la 8.ª revisión alemana, 1951, pág. 67.

(79) Ob. cit., pág. 69.

exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que, en realidad, se tratará entonces de un legado" (80).

Puig Brutau, en fin, sostiene que "en el legado el legatario siempre adquiere el derecho subjetivo correspondiente que le legitima materialmente para instar la protección judicial del beneficio que tiene atribuido. En el modo, en cambio, la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el heredero o legatario gravado, corresponderá a terceros sólo formalmente legitimados para el ejercicio de la acción" (81). Y más adelante el mismo Puig Brutau aclara: "Cuestión de especial interés es la de saber quien puede exigir su cumplimiento (se refiere al modo). Debe tenerse en cuenta que precisamente la diferencia más clara entre modo y legado se hace consistir en que el legatario tiene legitimación material, en virtud de la protección jurídica de su interés (derecho subjetivo), para demandar en nombre de interés propio el cumplimiento del legado, mientras el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador". (82).

La Jurisprudencia de nuestro T. S. igualmente suele seguir y recoger esta orientación de la mayor parte de la doctrina, negando derecho al tercero para exigir por sí y para sí el cumplimiento de la carga modal. Así, por ejemplo, la reciente sentencia de 4 de junio de 1965 relativa a una institución modal dice textualmente en uno de sus considerandos "que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho de exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado".

Nosotros disentimos, sin embargo, de tal orientación doctrinal y jurisprudencial, pues estimamos que no habiendo en nuestro Código un precepto similar a los ya citados parágrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., no hay razón para sostener esa diferencia de criterio entre legatario y beneficiario del modo. ¿Cómo se puede decir que el beneficiario con la carga modal no tiene interés susceptible de protección jurídica en el cumplimiento de la misma? ¿Por qué excluir de la relación de interesados en el cumplimiento del modo (83) a quien es, probablemente, el más calificado de aquéllos? Pensemos además que al reconocer y otorgar aquella acción de cumplimiento al favorecido con

---

(80) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, 1957, pág. 231.

(81) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, 1963, página 330.

(82) PUIG BRUTAU, ob. últim. cit., pág. 334.

(83) Se trata de personas legitimadas formalmente para exigir el cumplimiento de la carga, no como titulares de un derecho de crédito, sino simplemente como interesados en que se verifique lo que el testador dispuso *mortis causa*. Son, pues, meros ejecutores de la última voluntad de aquél.

el modo, tal como nosotros proponemos, queda configurada la mejor garantía y el mejor medio para asegurar el exacto cumplimiento de la voluntad del testador que ha dispuesto así aquella atribución (84).

Problema distinto al de la acción para pedir el cumplimiento del modo es el de la posible revocación o resolución de la disposición principal por incumplimiento de aquel.

Y así como admitimos la posibilidad de ejercicio de la acción de cumplimiento por el tercero beneficiario de la carga, creemos, en cambio, que en los supuestos de incumplimiento de aquélla, las posibilidades de pedir la revocación o resolución de la disposición principal han de admitirse en forma más restringida, debido precisamente al especial carácter de toda institución modal que le distingue de otras figuras afines y en este caso concretamente de la condición y de los legados propiamente dichos.

Sólo en dos casos entendemos que se puede pretender aquella resolución. En primer lugar cuando ha sido el propio testador el que en la misma disposición incluye expresamente tal sanción para el caso de incumplimiento de la carga. En segundo término, cuando dicho modo, carga o gravamen supone precisamente la razón decisiva y determinante de la entera disposición (85).

Normalmente ambos supuestos coincidirán en la práctica de forma que uno supondrá el otro. Es decir, que cuando la consideración del modo ha sido decisiva para el testador, será él mismo quien refuerce su importancia con la correspondiente sanción de resolución de la disposición en el caso de incumplimiento de la carga por el gravado.

Ahora bien, a nuestro juicio, en los dos supuestos aquí contemplados estamos en realidad ante un modo desnaturalizado y que no es tal, aunque en la disposición de que se trate se empleen los términos "modo", "carga" o "gravamen". Se trata por el contrario de dos ejemplos que entrañan una verdadera y propia condición, la cual, operando como tal, hace depender la efectividad de la disposición testamentaria del cumplimiento de aquella. El testador, con aquella especial consideración que ha tenido con el pretendido modo, ha elevado a este a la categoría de condición (86).

---

(84) En este mismo sentido de reconocer al beneficiario del modo acción para poder reclamar personalmente su cumplimiento, se manifiesta en nuestra patria Puig Peña, según el cual cuando existe un beneficiario determinado y concreto "aun cuando el Código guarda silencio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias, y en su caso, los herederos respecto del legatario, el coheredero respecto a los coherederos, así como los albaceas..." (Cfr. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, pág. 439, y nota 29 de la misma página). También LACRUZ, trad. del Binder, pág. 340.

(85) Así el artículo 648, párrafo 2.º, del vigente C. c. italiano, procediendo en tales casos la declaración de resolución por la autoridad judicial.

(86) Ver *supra*, II. "Las disposiciones testamentarias modales..." Entendemos que los efectos de la posible resolución por incumplimiento del supuesto modo (condición) pasarán a beneficiar a los herederos, tanto testamentarios como legítimos.

Por todo ello creemos que, al menos con arreglo a Derecho español, no podrá decirse que el incumplimiento de una simple carga o modo testamentario pueda llegar a suponer la resolución de la disposición principal a la que aquel grava.

Aunque el Código civil nada dice al respecto, la Compilación de Cataluña, en cambio, en su artículo 111, párrafo 4.º, señala expresamente que “el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que, en dicho supuesto, pueda el testador gravarlo de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones” (87).

En cambio, el propio C. c. español contiene en materia de donaciones un precepto a tenor del cual se podría pensar y configurar como regla general la posibilidad de la revocación de la disposición principal por incumplimiento del modo. Nos referimos al artículo 647 el cual en su primer párrafo dice que “la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso”. Si partimos del hecho innegable de que aquí el legislador español emplea, una vez más, incorrectamente el término condición queriendo referirse con él a las cargas o gravámenes que, a modo de limitaciones, puede imponer el causante a los beneficiarios de su atribución, comprenderemos por qué decimos que tal precepto podría dar pie para sustentar la tesis de la resolución por incumplimiento del modo.

Sin embargo, no creemos que haya lugar a esta conclusión, pues entendemos que una cosa es el problema del incumplimiento del modo en materia de actos inter vivos (donaciones) y otra distinta en el campo de las disposiciones mortis causa (modus testamentario).

En efecto, la revocación que opera y tiene lugar a instancia del donante en tema de donaciones inter vivos, no parece en principio viable en materia de sucesiones, salvo que se prevea concretamente tal posibilidad o que haya una remisión expresa a la materia de donaciones (88). En derecho sucesorio el causante o testador una vez desaparecido de este mundo no tiene posibilidad alguna de reaparición para volver a considerar disposiciones o atribuciones ya decididas. Dentro del marco de la autonomía de la voluntad, tuvo todas aquellas posibilidades en el momento de dar vida a la disposición, momento en el cual pudo libremente decidir, gravar, condicionar o prever la resolución de tales atribuciones. Por eso decimos que la figura de la revocación, típica y característica de los actos y negocios inter vivos, resulta un tanto extraña en los negocios *mortis causa*.

---

(87) Cfr. Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. (Ley de 21 de julio de 1960.)

(88) Esto es exactamente lo que ocurre en Derecho francés, tal como hemos indicado en la precedente nota 46. El artículo 647 de nuestro Código anteriormente citado, concordante e inspirado en los artículos 953 y 954 del Código de Napoleón, no aparece en cambio reclamado por el legislador español en materia de mandas y legados.

A tenor de todo lo que hasta aquí hemos venido diciendo, observamos que la distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales resulta efectivamente muy problemática en algunos casos, visto que los pretendidos criterios de diferenciación que la doctrina cita y considera tradicionalmente como definitivos y básicos fallan y se desmoronan en muchos casos en los que la carga modal encierra y supone un beneficio patrimonial para el tercero beneficiario de la misma.

El hecho de que aun en tales casos sea válido decir que frente a la posibilidad de resolución de la disposición por incumplimiento del legado, dicha resolución no será posible, en cambio, si lo incumplido fuera una carga o gravamen modal, no resuelve nuestras dificultades (89). En efecto, lo que precisamente tendríamos que encontrar sería un criterio de distinción válido para deslindar una y otra figura, dado que esta diferenciación previa es imprescindible para luego atribuir y reconocer un efecto u otro (resolución o no, por incumplimiento), según se trate de legado o de *modus* testamentario.

La solución en estos casos límites en que el legado y carga modal se confunden, ha de ser la siempre problemática investigación e interpretación de la voluntad del testador, para tratar de ver en qué modo y forma ha querido aquél realizar su atribución, teniendo siempre en cuenta la regla interpretativa contenida en el artículo 797 de nuestro Código civil.

Aquella voluntad del testador, que a la vez que ley suprema de la herencia (90) es también fuente inagotable de litigios, es, por consiguiente, la que debe presidir y encauzar la labor calificadora de todos estos supuestos dudosos (91), debiendo tener en cuenta el intérprete

---

(89) Como ya hemos dicho, la posibilidad de resolución en materia de legados es indiscutible, en tanto que aquélla no es posible tratándose de disposiciones testamentarias modales. Aquí el beneficiario del modo tendrá derecho sólo a ejercitar la acción de cumplimiento lo mismo que los albaceas, los herederos, las personas designadas en su caso por el testador, etc. Y si una vez exigido el cumplimiento, el gravado con el modo se mantiene en su actitud de no cumplir y el cumplimiento de otra persona (también interesaba en la ejecución de la voluntad del testador), en lugar y a expensas del gravado incumplidor, no es posible por la naturaleza de la obligación, estimamos que quedan ya agotadas las vías posibles de coacción para lograr el deseado cumplimiento del modo.

Única excepción a esta regla serían aquellos dos casos mencionados en páginas anteriores en que en realidad estamos ante una verdadera condición y no ante un supuesto modo y que, por lo mismo, cabe la resolución: cuando el propio testador prevé la resolución y cuando resulte claro que aquel gravamen constituyó para el causante motivo determinante de su entera disposición.

(90) Así, GONZÁLEZ PALOMINO, *Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, en A. A. M. N., II, 1946, pág. 457.

(91) En los casos que no ofrecen duda se ha de estar al principio "in claris non fit interpretatio", principio con el cual, al decir de Jordano Barea, "se trata de impedir que, a pretexto de interpretación, sea tergiversado el sentido literal cuando es fiel expresión de la voluntad del declarante". Cfr. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, 1958, pág. 79.

que en un testamento, junto a disposiciones oscuras, ambiguas y atípicas (92) pueden darse también verdaderas lagunas (93).

Y en todo caso, y en vista de la pobreza de nuestro Código en disposiciones relativas a posibles instituciones modales hechas en testamento, creemos que en los ya aludidos casos dudosos se deberán tener en cuenta siempre, bien aplicándolos directamente o bien por analogía, las disposiciones que nuestro legislador dedica a los legados, salvando siempre el principio de la imposibilidad de pretender la resolución de la disposición principal por el no cumplimiento del gravamen modal.

Abundando en la idea de la trascendencia de la investigación de la voluntad del causante en materia de testamentos, una recentísima Sentencia del T. S., de fecha 18 de diciembre de 1965, referente a un legado modal (94), hace hincapié en la importancia de dicha labor interpretativa de las cláusulas testamentarias por los Tribunales correspondientes.

En el apartado *a*) de su primer considerando señala dicha Sentencia que “conforme establece la S. de 3 de febrero de 1961, si bien es función del juzgador de instancia fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, también corresponde su significado al Tribunal de casación cuando se combata el sentido dado por la Sala a la intención del testador...”. Y en el apartado *b*) del mismo considerando continúa la citada Sentencia diciendo que “por su parte, la S. de 11 de junio de 1964, puntualiza que es función del Tribunal sentenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se petentiza, de modo manifiesto, el error cometido en la Sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal “a quo”, frente al recurrente, si no parece haber sido contrariada de un modo evidente la voluntad del testador, por lo que, conforme a copiosa doctrina jurisprudencial, ha de resultar un muy manifiesto error interpretativo para que tratándose de cláusulas testamentarias pueda ser combatido con éxito en casación”.

Y, finalmente, en el considerando siguiente, relativo ya a la concreta distinción entre condición y modo, puede leerse en un determinado punto: “... en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues en definitiva el artículo 797 de nuestro C. c. hace a la voluntad del testador árbitro del carácter condicional o modal de la institución, inclinándose por esto último si aquélla no aparece clara,

(92) Véase GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento*. Milano, 1954.

(93) PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la jurisprudencia*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 23 de noviembre de 1959. Separata, Reus, 1962, pág. 11.

(94) Sobre la figura del legado modal, cfr. CONTURSI LISI, *Il legato modale*, en Riv. dir. civile, 1956, pág. 957 y ss.

pero hay expresión del objeto, aplicación o carga en que la modalidad consiste" (95).

En orden a la posible trascendencia registral de las cláusulas modales estimamos, en fin, que nuestra vigente legislación hipotecaria admite, efectivamente (96), la inscribibilidad de la cláusula modal propiamente dicha y cuya constatación debería hacerse en el cuerpo del propio asiento de inscripción del derecho que se ha transmitido o constituido submodo (97).

---

(95) Aranzadi. Rep. Jurisprudencia, 1965, II, 5898. Sentencia que ya mencionamos en el capítulo anterior (II. "Las disposiciones testamentarias modales...") al ocuparnos de la distinción entre condición y modo.

(96) En este sentido, MEZQUITA DEL CACHO "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad", *Rev. Der. Priv.*, 1960, pág. 21 y ss.

(97) En galeradas ya este trabajo, aparecen unas breves notas sobre el modo testamenario en Derecho español en los que su autor entiende que el párrafo 2.º del artículo 797 de nuestro C. c. se refiere a la condición resolutoria potestativa "que impone un comportamiento condicionante". Cfr. CANO TELLO "La institución y legado "sub modo" en el C. c.". *Rev. Crit. Der. Inmob.* Mayo-Junio, 1966, pág. 684.



# VIDA JURIDICA

## I. NOTICIAS

### Conferencia del Profesor Luis M. Ribó en el Instituto de Derecho Comparado, del C. S. I. C. (Barcelona)

En el salón de actos del Instituto de Derecho comparado de Barcelona, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y organizada por su Sección de Derecho hispanoamericano, dictó una conferencia el profesor Luis M. Ribó Durán, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico y abogado del Ilustre Colegio de Barcelona, el día 17 de junio pasado, con el título "El Derecho puertorriqueño y el Derecho comparado".

Después de señalar el conferenciante, en un breve prólogo, que entendía por conferencia una de las formas de iniciar el diálogo y no una manera de dar lecciones, fijó la línea que se proponía seguir en su comunicación. Se refirió entonces al concepto que podía entenderse más aprovechable, para los objetivos de la comunicación, sobre el Derecho puertorriqueño, en primer término, y sobre el Derecho comparado, después. Calificado el primero como un ordenamiento jurídico compuesto por elementos de Derecho español y de Derecho norteamericano, se refirió al Derecho comparado como una técnica "puesta al servicio de una ciencia: la del Derecho". Una técnica, como señaló el conferenciante, "cuyo objetivo primordial es el profundizar en el conocimiento del propio ordenamiento jurídico a través de su contrastación con los extranjeros".

El Derecho puertorriqueño, siguió señalando el profesor Ribó Durán, es un ordenamiento cualificado por dos etapas de potentes soberanías: la española, que duró cuatro siglos, y la norteamericana, que todavía no ha cumplido un siglo. La prolongada etapa de influencia española contrasta con la breve, pero intensa, influencia del Derecho norteamericano. El resultado es que, actualmente, Puerto Rico tiene un ordenamiento jurídico que puede presentarse al mundo como un experimento de alto interés científico: la confluencia de dos ordenamientos tan distintos como el español y el norteamericano que, respectivamente, deben encuadrarse, en técnica comparatista, dentro de las familias del Civil Law o sistema de derechos romanizados, y dentro del sistema angloamericano o Common Law.

Pasó luego revista el conferenciante a las dos etapas de influencia de los ordenamientos jurídicos de los dos países que, sucesivamente, proyectaron su soberanía sobre Puerto Rico. Desde el descubrimiento y toma de posesión de la isla por los Reyes Católicos, en 1493, hasta la firma del Tratado de París, en 1898, el profesor Ribó Durán indicó la conveniencia de distinguir los períodos correspondientes a las Leyes de Indias y a la codificación. En la etapa correspondiente a la soberanía norteamericana, señaló la necesidad de distinguir el período del gobierno militar establecido por los Estados Unidos de América en Puerto Rico durante dieciocho meses, y en el cual tuvo lugar la llamada recepción forzosa de instituciones del Derecho norteamericano, y el período correspon-

diente al gobierno civil, en el que tuvo y tiene lugar la recepción progresiva de los elementos del sistema Common Law.

Después de esta exposición, el profesor Ribó Durán expuso la actitud del jurista puertorriqueño ante la situación del ordenamiento de su país. Señaló la evolución del pensamiento jurídico que, desde las primeras décadas de este siglo hasta las actuales, ha cambiado sensiblemente. El carácter mixto del Derecho puertorriqueño fue aceptado casi sin discusión durante la primera parte de la etapa de soberanía norteamericana; contrariamente, en la actualidad, las opiniones se dividen. Pero junto a las actitudes extremistas, que no pueden faltar, destaca hoy la tendencia a la comprensión del fenómeno de la recepción y la seria intención de armonizar, en lo posible, la coincidencia de los dos ordenamientos jurídicos. No obstante, observó el conferenciante, el conocimiento y el respeto por los elementos del sistema romano-germánico que pudiera contener el Derecho puertorriqueño eran de mayor entidad en los momentos de la recepción de principios de siglo que en la actualidad. En la última parte de su comunicación, el profesor Ribó Durán señaló la conveniencia de llamar la atención al jurista español sobre la suerte que corren los ordenamientos jurídicos que fueron un día españoles y que, actualmente, viven bajo influencias distintas. El jurista español debe estar consciente de que su ordenamiento jurídico prohijó derechos que se desarrollan ahora bajo circunstancias que pueden ser comunes, en cierto sentido, a cualquier otro país. La mayor o menor compatibilidad de las instituciones de los derechos romanizados con las del sistema angloamericano es una prueba que la historia ha hecho obligatoria para Puerto Rico; pero que las conveniencias actuales de asociación internacional pueden hacer aconsejable a cualquier país en el mundo occidental.

El esfuerzo que la técnica comparatista implica resulta beneficioso con creces. La superación del provincialismo jurídico, herencia del nacionalismo decimonónico; el ensanchamiento de los horizontes del Derecho, situando su cultivo y estudio en la dimensión científica que le corresponda, por encima de las fronteras; y, finalmente, la necesaria amplitud que el Derecho comparado está llamado a imprimir en la agobiante tarea del ejercicio del Derecho en unos momentos en que el ordenamiento jurídico de todos los países se va haciendo inabarcable.

Terminó el profesor Ribó Durán su disertación exhortando al jurista español ha recobrar la visión universalista y científica del Derecho que fue prenda de honor en los siglos en que España ensanchó el mundo en la geografía y en la inteligencia.

FRANCISCO VEGA SALA

*Secretario del Instituto de Derecho Comparado  
de Barcelona.*

## II. DICTAMENES

# Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: ANTECEDENTES.—CONSULTA.—DICTAMEN. I. *Impugnabilidad de la venta por simulación absoluta.* II. *Las diversas hipótesis de simulación relativa y la transmisión fiduciaria de los bienes con el fin de administración.* 1. Compraventa que encubre una donación modal. 2. Compraventa que encubre una dación en pago. 3. Compraventa que encubre una adjudicación para pago de deudas. 4. Transmisión fiduciaria de los bienes con fin de administración. III. *Conclusiones.*

### A N T E C E D E N T E S

Procesada por el presunto delito de parricidio en la persona de su marido, doña J. otorgó poder desde la prisión en favor de los parientes más próximos, sus dos sobrinos, los hermanos don A. y don F., concediéndoles amplísimas facultades de administración de todos sus bienes y autorizándoles para venderlos o enajenarlos a título oneroso con las obligaciones o condiciones que tuvieran a bien para los intereses de la poderdante.

En uso de dicho poder, don A. y don F. vendieron arbolado de las fincas de doña J. por el precio de 375.000 pesetas, cantidad más que suficiente para satisfacer los gastos derivados de la causa criminal.

Condenada doña J. por la Audiencia Provincial y recurrida en casación la sentencia, el 3 de mayo de 1952, tres días antes de la vista del recurso ante el Tribunal Supremo, doña J. revocó el poder concedido a don A., y el otro apoderado, don F., en nombre de aquélla, otorgó escritura de compraventa de todos los bienes y fincas de su poderdante en favor de don A., por el precio confesado de 9.000 pesetas, ínfima parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos, los cuales, en verdad, ascienden a 1.500.000 pesetas. En dicha escritura de compraventa se impuso al adquirente la obligación o gravamen de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra la disponente. Es de notar que don A., presunto comprador, carecía del dinero preciso para la compra y que don F. está dispuesto a reconocer que en realidad no hubo tal pretendida compraventa.

Don A. vendió, a su vez, unas cuantas fincas a terceras personas, que pro-

cedieron a su inmatriculación en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Concedida la libertad a doña J. por haber extinguido anticipadamente su condena a consecuencia de la redención de penas por el trabajo, trató de recuperar extrajudicialmente sus bienes, a lo que se opone don A. alegando ser propietario pleno y definitivo de los mismos en virtud de la escritura de 3 de mayo de 1952.

## C O N S U L T A

Se pregunta:

1. Si el contrato de compraventa escriturado el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación absoluta.
2. En caso de que entre aparente vendedor y comprador mediara realmente otro negocio jurídico distinto de la compraventa, ¿cuál sería su naturaleza y qué efectos produciría?

## D I C T A M E N

### I

#### IMPUGNABILIDAD DE LA VENTA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA

Entendemos que la compraventa escriturada el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación.

“La simulación —dice FERRARA (*La simulación de los negocios jurídicos*, traducción esp., Madrid, 1926)—, como divergencia psicológica que es de la intención de los contratantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que le acompañan”.

Doctrina que recoge el Tribunal Supremo al referirse a diversas presunciones de simulación de los contratos, entre otras muchas, en las sentencias de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 24 de septiembre de 1934.

Según resulta de los antecedentes tenidos a la vista, en nuestro caso, el ambiente en que nació el contrato y circunstancias que lo acompañan, en conexión con el poder anteriormente otorgado por doña J. en la cárcel y su revocación posterior (con la mira puesta en el art. 1459, n.º 2º, C. c.), pocos días antes de la vista del recurso de casación formalizado ante el T. S. contra la sentencia condenatoria por parricidio dictada por la Audiencia Provincial; las relaciones que median entre las partes, unidas por el vínculo de parentesco (tercer grado de consanguinidad en la línea colateral); la exigüedad del precio (9.000 ptas., ínfima parte del valor real de los bienes que se dicen vendidos, que en verdad ascienden a 1.500.000 pts.); la confesión del ridículo precio, ni siquiera entregado de presente ante la fe notarial la inexistencia de motivo serio para la venta, toda vez que sólo la madera anteriormente vendida por los apoderados en las fincas de litis superó la cantidad de 375.000 pts., más que suficiente para pagar los gastos dimanantes de la causa criminal; y, en fin,

la insolvencia del presunto comprador, carente del dinero preciso para la compra; son todos ellos indicios que —a nuestro juicio— acreditan suficientemente la simulación habida (cfr. art. 1.253 C. c.).

¿Pero se trata de una simulación absoluta o relativa?

Tal vez, en lugar de proceder a otorgar un negocio jurídico disimulado o encubierto bajo la falsa apariencia de una compraventa, lo que simplemente se pretendió fue que doña J. conservase de hecho los bienes que simuló enajenar a través de su mandatario, para que pareciera que no formaban parte del patrimonio de aquélla a efectos de lo dispuesto en los artículos 45 y 405 Código penal y 229 y 1.732, n.º 3.º, C. c. (que prevén la tutela limitada a la administración de los bienes —y a la representación en juicio— del penado sujeto a interdicción civil aun cuando tuviese apoderado con amplias facultades de administración), incurriéndose así en un caso de simulación absoluta, con la consiguiente inexistencia o nulidad radical de cualquier negocio jurídico *inter partes* (arg. arts. 1.261 *a contrario sensu*, 1.262, 1.271, 1.274, 1.275, 1.276 y 1.300 *a contrario sensu* C. c. y sentencias del T. S. de 30 de noviembre de 1909, 1 de mayo de 1928, 20 de mayo de 1936, 12 de julio de 1941, 15 de febrero de 1944, 29 de enero de 1945, 6 de febrero de 1948, 8 de mayo de 1957, 13 y 27 de febrero y 14 de marzo de 1958, 9 de noviembre de 1959, entre otras muchas).

De especial interés para nuestro caso son las sentencias del T. S. de 18 de abril de 1945 y 25 de junio de 1948.

Según la primera, “sentado que los interesados sólo quisieron crear una apariencia de contrato, se está en el caso de una simulación absoluta, y no es lícito pretender que existió un contrato encubierto por el aparente (simulación relativa), cuya causa consistió en el propósito de librar una parte a la otra de la coacción de las organizaciones marxistas, pues ello significaría confundir el fin extrínseco y objetivo de un contrato con el móvil que indujo a las partes crear una mera apariencia de nexo contractual, es decir, con el porqué del engaño o *causa simulationis*”. Supuesto en cierto modo análogo al presente, en el que la causa de la simulación estribaría en el propósito de evitar que los bienes del simulado enajenante quedaran sujetos a la compleja administración tutelar por interdicción civil.

Por su lado, la otra sentencia afirma que “el negocio que adolece de simulación absoluta, incapaz de generar acciones y medios defensivos ante los órganos jurisdiccionales es, en cambio, idóneo para apoyar pretensiones de recuperación de lo entregado, cuando la confianza depositada en el adquirente resulta quebrada, juntamente con la oportuna declaración de la inexistencia del acto”.

Parece enlazar la doctrina de esas sentencias con las concepciones negativas del negocio fiduciario que sólo ven en él una simple modalidad de los negocios aparentes o absolutamente simulados, como sostienen FUCHS (*Pseudonyme Rechtsgeschäfte*, en “Archiv für die civilistische Praxis”, CXV, 1917, páginas 84 y sigs.) en Alemania; y PESTALOZZA (*Simulazione*, en “Enciclopedia giurídica italiana”, vol. XV, parte II, sec. 2.ª, pág. 783) en Italia. Sin embargo, no es esta la postura mantenida por nuestro más alto Tribunal respecto del negocio fiduciario, según tendremos ocasión de comprobar oportunamente.

## II

LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DE SIMULACIÓN RELATIVA Y LA TRANSMISIÓN  
FIDUCIARIA DE LOS BIENES CON FIN DE ADMINISTRACIÓN

El hecho de que el referido negocio de compraventa sea simulado no quiere decir que necesariamente lo sea en grado de simulación absoluta, puesto que debajo del mismo pudo ocultarse un negocio válido diferente (hipótesis de simulación relativa, posible al amparo del art. 1.276 C. c.), como sería la donación modal o con carga (donación onerosa), la dación en pago (*datio in solutum* o *pro soluto*), la adjudicación para pago de deudas (*datio pro solvendo*) o la transmisión fiduciaria en administración (*fiducia cum amico contracta*).

Pasemos revista a cada una de estas hipótesis.

1. La primera hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una donación *sub modo* (arts. 619 *in fine*, 622, 638 y 642 C. c.), parece *prima facie* responder a la intención de las partes, pues en la escritura de transmisión se impone al adquirente la obligación o gravamen de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra la disponente. Pero no consta el *animus donandi*, la voluntad de doña J. de atribuir definitivamente sus bienes a su sobrino don A. "por mera liberalidad" (cfr. arts. 619, 621 y 1.274 *in fine* C. c.). Siendo falsa la *causa venditionis* y faltando la *causa donandi*, el contrato es radical o absolutamente nulo, no produciendo efecto alguno (artículos 1.275 y 1.276 C. c.). Además, la pretendida donación modal de todos los bienes presentes de la donante violaría lo dispuesto en el artículo 634 Código civil al no haberse doña J. reservado, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. Sería, por tanto, nula la donación en virtud de lo establecido en el artículo 4.º Código civil: "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley". Todavía el pretendido negocio disimulado de donación sería también nulo por defecto de forma (arts. 4.º, 619 *in fine*, 622 *in fine*, aplicable a las donaciones modales, cuya forma es la misma de las donaciones comunes, y 633 C. c.) (véase CASTRO, "La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble", en Anuario de Derecho Civil, 1953, págs. 1003 y sigs. y sentencias del T. S. de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941, 23 de junio de 1953, 7 de octubre de 1958, 15 de enero, 11 de febrero y 19 de octubre de 1959 y 30 de abril de 1960; en contra, la aislada sentencia de 29 de enero de 1945). Y, por si fuera poco todo lo anterior, la pretendida donación modal, hecha por el apoderado don F., sería finalmente nula o inexistente *in toto* para el *dominus* al no ser posible diferenciar la parte onerosa y la parte liberal de aquélla y haberse extralimitado el mandatario en el uso de sus poderes (arts. 1.714, 1.725 y 1.727 en relación con el 1.259 y sentencias del T. S. de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945 y 25 de junio de 1946 y resolución de la D. G. R. y N. de 3 de marzo de 1953), toda vez que si bien estaba facultado para vender o enajenar a título oneroso con las obligaciones (*lato sensu*) que tuviera a bien para los intereses de la poderdante, no estaba autorizado *nominatim* para donar puramente, como exige el artículo 1.713, párrafo 2.º, C. c.

2.—La segunda hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una dación en pago (de las deudas dimanantes de la causa criminal, respecto de las que el *accipiens* de la *datio* sería acreedor por subrogación en el pago *ex arts.* 1.209, 1.210, n.º 2º, y 1.212 C. c., o al menos tendría acción de reembolso *ex arts.* 1.158, párrafo 2.º, y 1.728, párrafo 2.º C. c.), nos parece la tesis más peligrosa para el buen éxito de la acción a interponer por doña J.

En efecto, según la jurisprudencia del T. S., la *datio pro soluto* o dación en pago “opera, como la compraventa, la traslación del dominio por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor” (sentencia de 7 de enero de 1944).

Por ello es muy probable que la parte adversa acoja esta tesis como uno de los pilares fundamentales de su defensa, en conjunción con la tesis de la adjudicación para pago de deudas (*datio pro solvendo*).

Pero resulta que en la escritura de enajenación se consigna que el adquirente quedará obligado a pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal instruida contra doña J., lo que se aviene mal con la tesis de una dación en pago, y, en cambio, puede casar con la de una adjudicación para pago de deudas. Por ello se dirá de adverso que la transmisión fue hecha en pago y para pago de deudas. No hay ningún inconveniente en admitir lo último (adjudicación *para* pago de deudas), pues se trata de una figura jurídica que tanto la doctrina como la jurisprudencia construye, a partir de los artículos 2º, n.º 3º, y 45 L. H., cual negocio fiduciario, según veremos más adelante.

Ahora bien, ¿pudo realmente operarse en nuestro caso una *datio in solutum* o adjudicación en pago?

Entendemos que no por las siguientes razones: a) el argumento de texto ya aludido: en la escritura de transmisión se habla de una obligación, asumida por el *accipiens*, de pagar las deudas del *tradens*; b) lo más natural es suponer que dichas deudas, derivadas de una causa criminal a la sazón todavía en curso, estarían aún en su mayor parte sin pagar: así las cosas, no tendría razón de ser una adjudicación en pago, que mira al pasado, y sí una adjudicación para pago, que mira al futuro; c) por último, aunque las referidas deudas estuviesen ya totalmente pagadas por los apoderados, no hay que olvidar que el arbolado vendido por éstos en las fincas de litis proporcionó —según los datos facilitados por el consultante— una cantidad más que suficiente para satisfacer todos los gastos derivados de la causa criminal, por lo que una dación en pago carecía en nuestro supuesto de causa o *ratio essendi*. Y los contratos sin causa no producen efecto alguno (arts. 1.261, n.º 3º, y 1.275 C. c.).

3. Con relación a la tercera hipótesis de simulación relativa, compraventa que encubre una adjudicación para pago, hemos de recordar que la doctrina española —salvo GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, vol. I, 1944, págs. 213 y sigs.— viene calificando la figura ahora en examen como negocio fiduciario (MARTÍNEZ MORA, *La adjudicación para pago de deudas*, en “Revista Crítica de Derecho inmobiliario”, 1925, págs. 496 y sigs.; LACAL, *Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas*, en “Revista de Derecho Privado”, 1931, págs. 294 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. III, 5.ª ed., Barcelona, 1954, págs. 87 y sigs.). La Direc-

ción General de los Registros y del Notariado mantiene la misma postura en sus resoluciones de 14 de junio de 1922 y 26 de diciembre de 1946. Y la sentencia del T. S. de 23 de mayo de 1935 coincide en afirmar que "la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizado por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza".

Así, pues, la *datio pro solvendo* (adjudicación para pago de deudas) encarna un auténtico negocio fiduciario: en lugar de conferir al mandatario un simple poder para enajenar, el adjudicante prefiere atribuirle *fiduciae causa* la propiedad (encargo fiduciario) para que de esta manera pueda enajenar los bienes y pagar las deudas de aquél actuando en su propio nombre y por cuenta ajena, como mandatario sin poder legitimado para lo primero por la titularidad plena (no por la mera "titularidad formal", de que habla la D. G. R. y N.) y para lo segundo en virtud del mandato de pago y de lo dispuesto en el artículo 1.158 del Código civil.

Pero ¿qué sentido o razón de ser tendría en nuestro caso una adjudicación para pago de deudas ya satisfechas? Damos aquí por reproducido lo que dejamos escrito al final del número anterior respecto de la dación en pago.

4.—Llegamos a la última de las hipótesis a considerar: la transmisión fiduciaria en administración de los bienes (*fiducia cum amico contracta*).

Si atendemos al contenido real de la escritura de 3 de mayo de 1952, se llega al convencimiento de que lo que en verdad las partes convinieron fue un negocio fiduciario de administración, un supuesto de *fiducia cum amico contracta*, en cuya virtud doña J. —a través de su apoderado y sobrino don F.—, transmitió la propiedad de ciertas fincas y bienes a su otro sobrino y ex-apoderado don A., con el pacto fiduciario (*pactum fiduciae*) de que éste se comportara de acuerdo con el fin de administración previsto y de que, una vez cumplido dicho fin, o cuando la transmitente lo solicitare por haber desaparecido las circunstancias que motivaron la transferencia, le devolviese las fincas y bienes recibidos con todos sus frutos.

Claro está que no hay prueba por escrito de este pacto fiduciario. En otras ocasiones se encuentra recogido en un documento privado que sirve de "contra-declaración" de la escritura pública de transferencia. Pero en nuestro caso puede resultar de la prueba testifical, de la de confesión de uno de los demandados (don F.) y de la indiciaria o de presunciones (art. 1.253 C. c.). Dadas las circunstancias fácticas, lo lógico es suponer que se acudió a la transmisión fiduciaria para evitar así la compleja administración tutelar (con tutor, protutor, Consejo de familia y, eventualmente, autoridad judicial) de los bienes de quien temía una condena accesoria de interdicción civil. Este y no otro parece que fue el motivo de la operación realizada: la idea de defraudar al Estado nos parece absurda (pues el Estado no tenía ningún derecho sobre los parafernales y gananciales pertenecientes a la viuda, que son precisamente los bienes enajenados, sino sobre los bienes propios del marido, a consecuencia —*ex art. 756, n.º 2, C. c.*— de la indignidad sucesoria de la parricida) y contraproducente en vista de los principios *nemo auditur turpitudinem suam alle-*

*gans e in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* ("nadie es oído cuando alega una inmoralidad suya" y "en igualdad de causa inmoral es mejor la condición de quien posee", porque la otra parte tendría que invocar la causa torpe y ello le está vedado), principios que latan en los artículos 1.305. y 1.306 del C. c. Por la misma razón tampoco nos convence la idea de que la operación se llevó a cabo para defraudar a los acreedores (entre ellos el Estado, por las costas y demás créditos posibles a su favor), tanto más que en la misma escritura de transmisión se impone al adquirente la condición (*lato sensu*) de pagar todas las deudas dimanantes de la causa criminal, y éstas fueron pagadas antes.

Pues bien, tanto la doctrina científica que se ha ocupado monográficamente del tema (NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, páginas 173 y sigs., esp. págs. 235 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, págs. 13 y sigs.; JORDANO, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959, págs. 75 y sigs.) como la jurisprudencia del T. S. (sentencias de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 22 de mayo y 25 de septiembre de 1956, 10 de julio de 1957, 10 de noviembre de 1958, 8 de mayo de 1963, 14 de marzo de 1964 y 18 de febrero de 1965, entre otras) concuerdan en la admisibilidad del negocio *fiduciae causa* en nuestro Derecho y en los efectos que produce: la transmisión de la propiedad, limitada por la presencia de un vínculo meramente obligatorio (*pactum fiduciae*) que constriñe al fiduciario a hacer uso de su titularidad para el fin propuesto y a retransmitirla al fiduciante una vez alcanzado dicho fin. El fiduciario deviene, pues, propietario frente a todos, incluido el mismo fiduciante; éste sólo tiene un crédito personal contra el fiduciario para reclamar la devolución de las cosas *sub fiducia* cuando la transmisión, realmente operada, ha conseguido el fin (de administración, en nuestro caso; de garantía, en otros) que las partes se propusieron.

Dentro de la construcción romanista del negocio fiduciario —que es la admitida en nuestro ordenamiento por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, el fiduciante únicamente dispone de una acción personal (la llamada *actio fiduciae*) contra el fiduciario, dirigida a la devolución de las cosas *sub fiduciae*, que si están todavía en el patrimonio de éste, importará el deber de restituirlas *in natura*; obligación que es exigible en forma específica mediante la ejecución forzosa (arts. 1096, C. c., y 926, L. e. c.). Al fiduciante únicamente le queda el remedio de su crédito personal para corregir las desviaciones o abusos de la posición jurídica real atribuida al fiduciario. Así, en caso de enajenaciones, no puede accionar ni real ni personalmente contra los terceros adquirentes, aun cuando conozcan el *pactum fiduciae*; contra el fiduciario, podrá ejercitar una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. Lo mismo ocurrirá en caso de aprovechamiento o disposición de los frutos de los bienes fiduciados.

Conviene advertir que, salvo las sentencias de 22 de mayo y 25 de septiembre de 1956 (que admiten la posibilidad de una simulación relativa *fiduciae causa*, tal como nosotros hemos sostenido doctrinalmente en nuestro libro ya citado), el resto de la jurisprudencia del T. S. se inclina más bien a configurar el negocio

fiduciario como un contrato indirecto, que jurídicamente no puede calificarse de simulado, en cualquiera de sus especies, ni ser impugnado como tal.

Terminaremos nuestro dictamen transcribiendo la parte más sustanciosa de los considerandos de la reciente sentencia de 18 de febrero de 1965, donde el Tribunal Supremo resume toda la doctrina jurisprudencial sobre el negocio fiduciario elaborada hasta la fecha:

“Que aunque los ordenamientos legales ofrecen a las personas una amplia gama de tipos contractuales, tendentes a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, con frecuencia se muestra su insuficiencia, de tal modo que, al amparo de la libertad de forma, se suelen crear figuras —contratos innominados—, combinarse diversos tipos —contratos mixtos—, o bien se utilizan los esquemas legales para lograr, a través de ellos, fines distintos de los previstos por el legislador, dando lugar a los denominados negocios aparentes, imaginarios o indirectos.

Que entre los negocios indirectos cabe incluir el llamado negocio fiduciario, configurado en la doctrina sobre las mismas esenciales características con que fue conocido en el Derecho romano, una de las cuales, acaso la más fundamental, se centraba en la potestad de abuso por parte del fiduciario, utilizándose no solamente para fines de garantía, *fiducia cum creditore contracta*, sino también para otros diversos objetivos, *fiducia cum amico contracta*.

Que esta Sala viene proclamando con reiteración la validez y eficacia del negocio fiduciario cuando no envuelve fraude de ley, declarando que es un contrato por virtud del cual una persona —fiduciante— transmite la propiedad de una cosa a otra —fiduciario— generalmente en garantía del pago de una deuda, sin excluir otros posibles fines, y con la obligación por parte del último de devolverla a su transmitente una vez cumplida la finalidad perseguida por los contratantes, todo ello al amparo de la libertad de pactos reconocida por el artículo 1.255 del C. c., negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional válido *inter partes* que construye al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea, restitución de la misma cosa o abono de su valor económico.

Que así trazado el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal, una simple apariencia falaz, en el que con la declaración fingida se agota todo el intento de engaño a terceros, generalmente fraudulento, sin que sea óbice a la validez y eficacia de aquél la divergencia entre la estructura jurídica empleada y la finalidad económica perseguida por los contratantes, siempre que no implique fraude de ley.

Que cuando los contratantes utilizan un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo adoptándolo solamente como forma externa, pero con fin distinto del expresado, y por ello con discrepancia consciente entre lo

consignado formalmente y la intención práctica perseguida en concreto, no se origina un contrato simulado, sino un negocio jurídico real y efectivo que en trance de interpretación debe ser captado en todas sus circunstancias concomitantes y posteriores a su formación para dar al problema el tratamiento idóneo a su específica naturaleza con abstracción de la estructura formal utilizada como simple medio vehicular, toda vez que para llegar a una acertada calificación jurídica es necesario tomar en consideración la finalidad realmente perseguida por los contratantes”.

### III

#### CONCLUSIONES

*Primera.*—A nuestro juicio, la compraventa escriturada el 3 de mayo de 1952 es impugnabile por simulación absoluta, con la consiguiente inexistencia o nulidad radical de cualquier negocio jurídico entre las partes, que tal vez sólo persiguieron la finalidad no negocial atípica (*causa simulationis*) de evitar que los bienes del simulado enajenante quedaran sujetos a la compleja administración tutelar por interdicción civil.

El ejercicio de esta acción de inexistencia o nulidad radical, juntamente con las pretensiones de reivindicación de los bienes, abono de frutos, rendición de cuentas y nulidad de los actos o contratos realizados respecto de aquéllos, así como la de cancelación de los correspondientes asientos registrales, implica la necesidad de demandar también a todos los interesados o terceros adquirentes (litisconsorcio pasivo necesario), a quienes afectará la sentencia que se dicte pues no son terceros protegidos del artículo 34 L. H. (terceros de sobreinscripción).

*Segunda.*—Sin perjuicio del ejercicio de la referida acción de inexistencia o nulidad radical en forma principal, aconsejamos ejercitar de manera subsidiaria la acción tendente a que se declare que el negocio celebrado el 3 de mayo de 1952 tiene naturaleza fiduciaria (*fiducia cum amico contracta*), con todas las consecuencias que de esa conceptualización dimanar (obligación del fiduciario o adquirente de comportarse de acuerdo con el fin de administración previsto y de restituir los bienes fiduciados con sus frutos), pues este parece ser el contenido real de lo tratado y pactado entre las partes. Dadas las circunstancias del caso, lo más razonable es suponer que se acudió a la transmisión fiduciaria para evitar así la compleja administración tutelar de los bienes de quien tenía una condena accesoria de interdicción civil.

Si no se ejercitara esta acción subsidiaria, existe el peligro de que se desestimara la principal precisamente porque se acepte por el Juzgador la calificación fiduciaria del negocio, incompatible —según la jurisprudencia— con la tesis de la simulación (al menos absoluta).

Aceptándose la calificación fiduciaria del negocio —y supuesto que éste no implique *fraus legis*—, los actos de enajenación realizados abusivamente por el

fiduciario son válidos, mas éste tiene el deber personal de indemnizar daños y perjuicios al fiduciante. Contra los terceros adquirentes no cabe en esta hipótesis ninguna acción, ni real ni personal, aun cuando conocieran el pacto fiduciario.

Tal es mi dictamen que, con todo gusto, someto a otro mejor fundado.

Sevilla, a 23 de agosto de 1965.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

### LIBROS RECIBIDOS (1)

- AMOR FERNANDEZ, Antonio: «La propiedad industrial en el Derecho internacional». Ediciones Nauta. Barcelona, 1965. 397 páginas.
- CARCELLER FERNANDEZ, Antonio y ROVIRA MOLA, Alberto: «Código de Barcelona. Ley de Régimen especial. Reglamentos de organización y Administración y de Hacienda Municipal». Ayuntamiento de Barcelona, 1965. 391 páginas.
- CASAS-MERCADE, Fernando: «Los arrendamientos sobre finca rústica», Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965. 760 páginas.
- CASTAN TOBEÑAS, José y CASTAN VAZQUEZ, José: «Derecho civil común y foral. V. Derecho de familia. II. Relaciones paterno-filiales y tutelares». Instituto Editorial Reus. Madrid, 1966. 381 páginas.
- CELAYA IBARRA, Adrián: «Vizcaya y su Fuero civil». Editorial Aranzadi. Pamplona, 1965. 463 páginas.
- DUQUE, Justino F.: «Uniones de empresas, desarrollo económico y función del jurista». Escuela de práctica Jurídica, Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Curso 1964-65. 52 páginas.
- ESPIN CANOVAS, Diego: «La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español». Publicaciones del Seminario de Derecho civil en la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1965. 136 páginas.
- PUIG FERRIOL, Luis: «El heredero fiduciario». Universidad de Barcelona Facultad de Derecho. Barcelona, 1965. 262 páginas.
- GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: «Manual de servidumbres». Ediciones Nauta. Tercera edición, Barcelona, 1965. 339 páginas.
- GUTZWILLER, Max: «Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Ansätze und Reden». Verlag Helbing & Lichtenhahn. Basel und Stuttgart, 1964. 326 páginas.
- HEREDERO, José Luis: «La responsabilidad sin culpa. (Responsabilidad objetiva)». Ediciones Nauta. Barcelona, 1964. 187 páginas.
- HIDALGO, Manuel: «Solares y edificación forzosa». Madrid, 1965. 471 páginas.
- IGLESIAS, Juan: «Derecho romano. Instituciones de Derecho privado». Quinta edición, revisada y aumentada. Ediciones Ariel. Barcelona, 1965. 718 páginas.
- JIMENEZ DE PARGA CABRERA, Rafael: «El seguro de crédito a la exportación». Editorial Tecnos. Madrid, 1965. 326 páginas.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIA, Francisco de Asís: «Derecho de familia». Librería Bosch. Barcelona, 1966. 543 páginas.
- LALAGUNA, Enrique: «La enfititeusis en Mallorca». Zaragoza, 1965. 158 páginas.
- LALINDE ABADIA, Jesús: «Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán». Barcelona, 1965. 305 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.

- LOIS ESTEVEZ, José: «El Derecho como ciencia exacta». Faro de Vigo (1965). 42 páginas.
- MELICH ORSINI, José: «Responsabilidades civiles extracontractuales». Editorial Cajica, Puebla-Pue, Max. 1965. 477 páginas.
- MOISSET DE ESPANES, Luis: «La lesión en los actos jurídicos». Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1965. 279 páginas.
- MOLINARIO, Alberto D.: «Las relaciones reales». La Ley. Buenos Aires, 1965. 385 páginas.
- «Derecho patrimonial y Derecho real». La Ley. Buenos Aires, 1965. 245 páginas.
- «La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas». Buenos Aires, 1965, 53 páginas.
- MONTEIRO GUTIERREZ, Eloy: «El matrimonio y las causas matrimoniales». Séptima edición totalmente revisada. Madrid, 1965. 819 páginas.
- RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «Derecho de obligaciones». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965. 578 págs.
- ROTANDI, Mario: «Diritto industriale». Quinta edizione. Edizione Cedam. Padova, 1965. 577 páginas.
- PERLINGIERI, Pietro: «Rapporto preliminare e sirvitù su 'edificio de costruire'». Editore Jovene. Napoli, 1966. 204 páginas.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Angel: «Sociología del Derecho». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965: 265 pesetas.
- STUDI IN MEMORIA DI LODOVICO BARASSI: «Contratti collettivi e controversie collettive di lavoro». Cedam. Padova, 1965. 548 páginas.
- VECILLA DE LAS HERAS, Luis: «El principio de la no sugerencia en el Derecho procesal». Ministerio de Justicia. Madrid, 1965. 108 páginas.
- WANG, Mario: «Die europäische Aktiengesellschaft in der E. W. G. Universitätsverlag. Freiburg. Schweiz, 1964. 151 páginas.

**INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE:** «L'unification du Droit, Annuaire 1964». Rome, 1965. Ediciones UNIDROIT. Un volumen de 413 págs.

El "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", con sede en Roma, publica el Anuario de las actividades desenvueltas durante el año 1964. Hay que destacar en este número la primera parte, referida a la organización, con la semblanza fotográfica que se dedica a dos de los Consejeros de la dirección del Instituto: los profesores Federico de Castro y Bravo y René David, catedráticos de la Universidad de Madrid y de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, respectivamente.

La primera parte del Anuario describe las actividades del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en el período 1963-64, a cargo de su Secretario General, el Consejero de Estado Avv. Mario Matteucci, refiriéndose a la dirección y organización, a las relaciones con los gobiernos

y otros organismos internacionales y a su labor científica. Esta última comprende, en su primera parte las actividades consagradas a la elaboración del Derecho uniforme, donde se contienen los siguientes proyectos: 1) Proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional de los objetos mobiliarios corporales y proyecto sobre las materias conexas (formación de los contratos de venta internacional, representación, comisión de venta o adquisición, protección del adquirente de buena fe); 2) Proyecto de ley uniforme sobre el arbitraje en las relaciones internacionales de Derecho privado; 3) Proyectos de convenios en materia de transportes; 4) Disposiciones uniformes en materia de responsabilidad civil y de seguro de responsabilidad; 5) Proyecto de disposiciones uniformes sobre la forma del testamento; 6) Estudios en vista de unificaciones eventuales. La segunda parte se dedica a las actividades subsidiarias de la unificación del Derecho: 1) Estudio sobre los métodos de la unificación. Tercera Reunión de las Organizaciones que se ocupan de la unificación del Derecho; 2) Documentación. Un capítulo segundo recoge los "acuerdos internacionales y proyectos-base de acuerdos internacionales sobre los trabajos del Instituto", sobre la venta internacional de objetos muebles corporales y la navegación interior.

La segunda parte del Anuario se dedica a la unificación del Derecho en el mundo. Su capítulo primero contiene las colaboraciones de SAUVEPLANNE, J. G., "L'unification du droit dans les pays du Benelux", y la de REINER, O., "La Coopération nordique sur le plan législatif en 1963 et 1964". El capítulo segundo contiene los convenios internacionales y los proyectos de convenios siguientes: para el Derecho aéreo (Convenio relativo a las infracciones y a ciertos otros actos ocurridos a bordo de las aeronaves, celebrado en Tokio el 14 de septiembre de 1963); para el Derecho nuclear (Convenio complementario al de París de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, el Convenio de Viena relativo a la responsabilidad civil en materia de daños nucleares, celebrado el 21 de mayo de 1963 y el Protocolo de firma facultativa concerniente al arreglo obligatorio de las controversias); para el Derecho internacional privado (la X Sesión-Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de octubre de 1964, donde constan el Acta Final, el Convenio concerniente a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción, el Convenio relativo a la significación y a la notificación al extranjero de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, con un anexo al Convenio y, por último, el Convenio sobre los acuerdos de elección de jurisdicción.

La tercera parte del Anuario recoge —según su costumbre— la bibliografía en materia de unificación del Derecho habida durante los años 1963 y 1964, bajo los epígrafes siguientes: unificación internacional (unificación a escala mundial y unificación a escala regional, más la unificación a escala de las comunidades europeas) y unificación interfederal e interna.

El Anuario resulta un gran instrumento de trabajo y contiene las materias imprescindibles para quien siga el movimiento de unificación del Derecho privado.

**LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:** «Derecho de la familia». Librería Bosch. Barcelona, 1966. Obra de 543 páginas.

Es corto el tiempo transcurrido desde la publicación de la obra de Lacruz, *"Derecho de Familia: El Matrimonio y su economía"*, Barcelona, 1963. Algunos capítulos de tal obra fueron redactados ya en colaboración con Sancho. Es lógico, pues, que, en gran parte, la obra que ahora reseñamos tenga un amplio campo de coincidencias con la anterior.

Ahora bien, una y otra obra han sido, sin duda, concebidas con distinta finalidad. La primeramente publicada estudia sólo el matrimonio, pero con gran amplitud y con la declarada intención de constituir uno de los volúmenes de un "Tratado teórico-práctico de Derecho civil". La que ahora se da a la luz abarca mucho más en menos espacio: se nos da todo el Derecho de Familia en poco más de quinientas páginas.

Aun en la parte que, por la materia, coincide con la anterior, la nueva obra ofrece novedades. Aparte de las que impone la nueva perspectiva, están también las determinadas por el empeño evidente de actualizar continuamente los datos, sobre todo en jurisprudencia. Además en la nueva obra se expone no sólo el Derecho de Familia según el Código y las leyes comunes, sino también las variantes forales y las cuestiones que en el ámbito internacional o interregional plantean los conflictos de leyes.

Lacruz y Sancho se habían destacado ya en el estudio monográfico de diversas cuestiones del Derecho de Familia. Justamente este estudio intenso de temas singulares y la previa redacción del volumen para el Tratado avalan la bondad de la síntesis que ahora nos ofrecen. El método ideal para conseguir un buen Manual es ese precisamente.

Libro bien asentado, de estilo conciso, con especial preocupación por el Derecho vigente, viene a constituir un excelente instrumento didáctico, útil no sólo a los que aprenden—en la Universidad y después de ella—, sino también a los que enseñan.

No obstante su carácter sintético, se puede presentar también como libro útil para la solución del caso concreto: en él se encuentra de modo resumido el estado doctrinal y jurisprudencial de las principales cuestiones y la exposición razonada de la solución propia de los autores.

Precisamente porque su utilidad excede de la exigible al simple Manual, hubiéramos preferido si no las referencias completas (obra, página) de las citas doctrinales—ideal en que los maestros deben dar ejemplo para que en esto no cunda la cómoda relajación—, si alguna indicación de las obras citadas, al comienzo de cada capítulo o apartado (al modo como se hace en el volumen redactado para el Tratado, y al cual nos referimos al principio de esta reseña).

La obra, en su conjunto, arrastra y convence. Atrae de modo particular la exposición de *la publicidad del régimen matrimonial, de los capítulos matrimoniales, de las masas patrimoniales, de las deudas de los cónyuges.*

No importa—ello es inevitable—que en algún punto de tal o cuál problema se pueda mantener opinión distinta. Creo, por ejemplo, que puede sostenerse—frente a la tesis bien fundamentada de los autores—la aplicación de

la doctrina del matrimonio putativo aun cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente. ¿Cómo negar toda eficacia al matrimonio contraído de buena fe, si uno de los contrayentes estaba casado antes con quien fue declarado fallecido y luego reaparece? En cuanto a los hijos del matrimonio del ya casado recuérdese la doctrina que como común recoge Gregorio López (P. 4, 15, 2, *En Adulterio*): *quando filii fuerunt suscepti... sub colore matrimonii, licet cum adultero vel adultera, propter alterius ignorantiam filii essent legitimi.*

También cabe quizá oponerse a la interpretación que hacen los autores del artículo 1.364 C. c. Puede opinarse que cuando los cónyuges hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, no se produce—frente a lo que se sostiene en la obra—*la dotalidad de todos los bienes de la mujer*. Simplemente lo que ocurre es que entonces se manifiesta puro el régimen de separación de bienes; es decir, sin el agregado de los gananciales. Los parafernales están en tal supuesto sujetos sólo a su régimen característico. Y es fácil así llegar también a una solución equitativa y armónica respecto de los bienes que la mujer adquiere por su industria o trabajo. ¿Cómo interpretar entonces la expresión “*todos los frutos que se reputarían gananciales*”? (art. 1.364 C. c.). Habiendo sociedad de gananciales todos los frutos *de los bienes dotales* son gananciales (cf. art. 1.401, 3.º, C. c.). Cuando la sociedad de gananciales es excluida por el pacto, *todos esos frutos* corresponden al marido. Esta interpretación está apoyada por la colocación sistemática del artículo 1.364, y por razones de historia remota y próxima, que no es ahora el momento de explayar.

Debemos destacar algo más que a nosotros nos parece muy importante. El libro es fruto—no el primero—de una colaboración. En este aspecto tiene un valor ejemplar. En primer lugar, por la generosidad que implica en los autores, pues tal virtud es imprescindible en este modo de trabajar. También, porque señala cómo es posible el camino que cada vez se hace más ineludible: en el saber—como tantas otras empresas del mundo actual—se impone la solidaridad. Finalmente, porque es claro signo vital de una escuela de Derecho que se anuncia copiosa en frutos: conociendo las dotes de Lacruz (inteligencia, de primerísima línea, trabajo, organización, generosidad desbordante) es fácil augurar la fecundidad de la escuela que él ha iniciado, y en la que Sancho tiene puesto de honor.

MANUEL PEÑA

**PAJARDI, Piero:** «*La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza*». *Raccolta sistematica di Giurisprudenza comentata diretta dal Prof. Mario Rotondi dell'Università di Milano*. Edizioni Cedam. Padova, 1966. 358 páginas.

La importancia práctica del tema de la separación personal en el matrimonio viene dada en el Derecho italiano por la atribución de competencia a los Tribunales civiles para conocer de estas causas respecto de los matrimonios canónicos. El autor, además de ser *Libero Docente* en la Universidad milanesa

del Sacro Cuore, es Juez en el Tribunal de Milán (en el vol. se recogen algunas sentencias de las que ha sido ponente), lo que acredita cumplidamente su preparación, demostrada ya por otros trabajos sobre esta materia.

La obra se divide en dos partes, una dedicada al Derecho sustantivo y otra —más breve— al Derecho procesal. En la primera se tratan las cuestiones siguientes: Generalidades sobre la separación personal de los cónyuges, Causas de la separación contenciosa, Problemas sustantivos de la separación contenciosa, Aspectos sustantivos de la separación consensual y de la separación de hecho, Separación temporal y Cambios en el título de la separación. Los problemas procesales tratados en la segunda parte interesan menos al lector español.

Debe advertirse que no se ha limitado el autor a hacer una simple recopilación u ordenación sistemática de las sentencias. Al hilo de la jurisprudencia Pajardi va enhebrando sustanciosas consideraciones doctrinales al par que somete aquélla a una atenta revisión crítica. Las sentencias se insertan en dos formas, *in extenso* cuando lo justifica así la importancia de la doctrina sentada, en extracto o resumen cuando se trata de jurisprudencia reiterada o sobre cuestiones accesorias; pero en este último caso suele indicarse la publicación en donde puede consultarse. Las sentencias transcritas *in extenso* van desde 1940 hasta 1964, y corresponden no sólo a la *Corte di Cassazione*, sino también a los Tribunales inferiores.

De entre las cuestiones doctrinales discutidas, tratadas por el autor, anotamos las siguientes: Naturaleza jurídica de la reconciliación (cuya naturaleza negocial se pone en duda), la educación religiosa como criterio de atribución de los hijos del matrimonio separado (es neto el criterio del autor: Entre el educador ateo y el educador religioso, sea cualquiera la religión a la que pertenezca, es preferible el segundo; mientras que entre el educador religioso acatólico y el educador religioso católico, es preferible este último), el problema de los alimentos y el uso de la casa conyugal (con diversa solución jurisprudencial que en España).

Para el jurista español ofrece subido interés el juicio severo que al autor merece la admisión de la separación consensual por el Código vigente, sin más requisitos que la homologación del Tribunal. Se trata, dice Pajardi, de una gravísima concesión a la libertad de los cónyuges en daño del núcleo familiar, especialmente de los hijos; y si en la práctica no se ha abusado de la institución, ello ha sido debido al sentido de responsabilidad de los particulares, y no a los factores estructurales normativos de la institución misma.

Excelente presentación, con diferente tipo de letra para el comentario y la sentencia transcrita *in extenso*, aunque acaso hubiera sido más conveniente reservar la letra pequeña para esta última.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**SAEZ JIMENEZ, Jesús y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, Epifanio: «Compendio de Derecho procesal civil y penal». Editorial Santillana. Madrid, 1965. 1.341 páginas.**

Trátase del volumen 2.º del tomo III de la obra precitada; volumen cuyos autores, los señores Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, presidente de la Audiencia Provincial de Málaga y Abogado-Fiscal de la Territorial de Zaragoza, respectivamente, dedican a los capítulos 56 a 62 de tan enjundioso trabajo.

El primero de dichos capítulos, continuando la parte final del volumen precedente, versa sobre el proceso de ejecución y abarca dos temas principales: la oposición en el proceso de ejecución —tanto de parte como de terceros— y la tercería, estudiándose aquí sus clases, naturaleza jurídica, sujetos, objetos y procedimiento, todo ello en sus aspectos doctrinales, positivos y en su desenvolvimiento jurisprudencial.

A propósito de este último tema se adentra la obra en la consideración de lo que debe entenderse por “título” a efectos del artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desmenuzándose —valga la expresión— cuantas sugerencias se suscitan a propósito de los documentos que son necesarios para justificar “ab initio” una tercería de dominio de bienes inmuebles o muebles.

Después de ocuparse también de la impugnación de la admisión indebida de la demanda de tercería, de la crisis suspendida meramente, que debe en todo caso producir la presentación de aquélla, con la fijación de un plazo —digamos “prudencial” por no exigirlo “perentorio”— para la aportación del título antes aludido y preciso, se analizan también interesantes cuestiones como la referente a si el aquietamiento de los demandados con la providencia que tuvo por bastante el título que inicialmente aportado, implica la imposibilidad de ulterior impugnación de la validez y suficiencia del mismo, tema que igualmente se replantea a propósito de la impugnación de admisiones de tercerías posteriores.

Comienza el capítulo siguiente, el 57, con los procesos y medidas cautelares, su definición y sistematización, analizando el concepto en las legislaciones y doctrinas alemana e italiana, a través de los pareceres de Kisch y Carnelutti principalmente y, después de traer también a colación a los tratadistas patrios —Gómez Orbaneja, Herce Quemada, Molina, Prieto Castro— tras un estudio de la caracterología usual de esta clase de proceso y de otro de naturaleza también crítica de los presupuestos para su utilización se adentran los autores en la sistemática legal española, que, naturalmente, reputan integrada no sólo por la Ley procesal fundamental, sino, además, por la Ley Hipotecaria y el Código de Comercio.

Con referencia al secuestro, tema estudiado seguidamente, se reseña su historia, sobre todo en el Derecho patrio y su concepto y, al igual que en los restantes procedimientos y con encomiable y detallada claridad, la legalidad vigente. En este punto quizá se eche de menos alguna referencia al llamado “secuestro de la empresa”, que la más reciente doctrina italiana ha perfilado con notas muy características.

Sigue el estudio del embargo preventivo, del que se destaca la función

que cumple, tanto desde la perspectiva dogmática, como en su realidad legal, matizándose la distinción de que aquél es susceptible a tal respecto como ejecutivo o como preventivo, propiamente tal. En dicho tema se analiza, con la meticulosidad que en estos autores es peculiar, lo atinente a los supuestos que autorizan dicha clase de embargo; procedimiento a que el mismo ha de sujetarse, momento en que debe ser suscitado, requisitos, recursos, embargo por deudas no vencidas, supuestos de obligaciones condicionales o a término, caso de establecimiento mercantil, agrícola o industrial, requisito del daño a los acreedores, técnica del embargo —artículos 1.404 a 1.410 de la Ley de Enjuiciamiento—, prelación de bienes con los problemas de todo orden que la cuestión suscita y determinación del momento de trabarse el embargo.

Con similar precisión se estudian posteriormente las normas procesales sobre la intervención y el aseguramiento de bienes litigiosos, con análisis especial de las cuestiones que puedan surgir entre interventor y demandado a propósito o con ocasión de la intervención acordada; criterio aconsejable para dirimir tal clase de controversias, hipótesis de realización arbitraria y prematura, por tanto, por parte del demandado, de la explotación o administración impugnadas en este procedimiento; aspecto incidental de la impugnación de la fianza personal o hipotecaria y puntos a que se contrae el artículo 1.427 de la Ley ritualaria.

Este capítulo concluye con los supuestos del artículo siguiente, 1.428, y la anotación preventiva de la demanda.

El capítulo 58 se dedica a la rebeldía en el procedimiento civil y en el penal, estableciéndose las características de aquélla en cada uno de ambos ordenamientos. Dentro del proceso civil es interesante la distinción que se hace y subsiguiente valoración entre la ausencia de la parte demandada y la rebeldía del actor; se estudia también la rebeldía en la reconvencción, las consecuencias de la interrupción de la rebeldía, los paliativos de ésta y el recurso de audiencia en justicia. Dentro del proceso penal es de destacar la consideración que se hace de las posibilidades de continuación del juicio en rebeldía del acusado, de los efectos de la rebeldía y de la posición en tal supuesto del responsable civil subsidiario.

\* \* \*

Los cuatro últimos capítulos del libro objeto de esta recensión, constituyen un magnífico tratado de Derecho concursal. El autor de este comentario, que desde hace años ha venido propugnando la autonomía sustancial de tal Derecho y ha lamentado la escasez de estudios sobre esta materia en nuestra Patria, se ha de congratular especialmente por el esfuerzo que, en este orden, los autores del "Compendio" han llevado a cabo.

El capítulo 59 está dedicado al estudio de los procesos de ejecución colectiva en general. En él se proclama la denominación de "Derecho concursal", genuinamente española, adoptada en naciones de gran abolengo jurídico y por demás clara y expresiva. Se habla del principio de la *par conditio creditorum* en el que, en definitiva, se halla el fundamento último de la naturaleza de este Derecho.

Los autores plantean luego abiertamente el tema de la autonomía del Derecho concursal y se muestran partidarios no ya de la llamada autonomía legal —reconocida por la mayor parte de las modernas legislaciones— sino incluso de la autonomía sustancial o jurídica, derivada de la existencia, en este Derecho, de principios jurídicos informadores propios.

Después de estudiarse las analogías y diferencia entre los juicios sucesorios y los concursales se pasa a la consideración de las ventajas y los inconvenientes de un enjuiciamiento y de una jurisdicción mercantil. En este punto, como no podría ser de otra manera, se ponen de manifiesto los graves inconvenientes que supone el someter el desenvolvimiento de las cuestiones mercantiles, especialmente las colectivas, a las normas enjuiciatorias clásicas, tan dilatorias y dispendiosas.

Con relación al importante tema de la unificación de los procesos civiles y mercantiles de ejecución colectiva, se recogen con sumo cuidado las opiniones de Plaza, Garrigues, Orbaneja, Herce y Guasp, para concluir en la necesidad de la unificación, después de consignar las ventajas y los inconvenientes que esa unificación del proceso concursal puede tener. Pero en una loable crítica constructiva se señalan, de *lege ferenda*, las características que dicho proceso unificado debe reunir. Más adelante se vuelve sobre este mismo tema para estudiarlo en su proyección histórica —Roma, Derecho medieval, Derecho anglosajón—, en el terreno doctrinal, en el legislativo y, especialmente, en la legislación española, anterior y actual.

En otros apartados de este mismo capítulo se recogen los siguientes epígrafes: el contenido y las características del Derecho concursal y la naturaleza jurídica de las instituciones concursales.

En orden al amplio contenido del Derecho concursal, los autores consignan la sistemática adoptada por el maestro Provinciali, al que muy justamente califican de verdadero paladín de este Derecho, y también se refieren a la seguida por el Anteproyecto de Derecho concursal español que se redactó en el Instituto de Estudios Políticos. En cuanto a las características del Derecho de que hablamos, se trata en la obra de su carácter público, de su carácter universal, de la fuerza atractiva de otros procesos, y se expone la tendencia a eliminar los procesos de ejecución colectiva. Con relación a la naturaleza jurídica de las instituciones concursales se resumen las diversas opiniones sustentadas por autores nacionales y extranjeros (teoría administrativa, teoría de derecho privado o sustantivo, teoría procesal —proceso de naturaleza especial, proceso de jurisdicción voluntaria, proceso ejecutivo simple o especial, proceso complejo— y teoría de la jurisdicción mixta).

Los tres últimos capítulos de la obra se refieren a instituciones concursales en particular. La circunstancia de habernos referido con bastante extensión al capítulo precedente, nos obliga a dar de estos otros una breve referencia, para no hacer demasiado larga la presente recensión. Pero hemos preferido extendernos en lo que supone el planteamiento general del Derecho concursal no sólo por nuestra afición a estos temas, sino porque, sinceramente, creemos que es la parte más dificultosa y también la más lograda de esta gran obra que estamos comentando.

En el capítulo 60 se estudian, en especial, los estados preliminares de los

procesos de ejecución general, con los rasgos comunes de los que reglamentan las leyes españolas y la exposición razonada de las normas reguladoras de la quita y espera.

El capítulo 61 recoge la suspensión de pagos. En él se trata de la historia, la legislación vigente y la naturaleza jurídica de la institución, y se hace un estudio sistemático y agotador de todas las fases de este procedimiento, con inclusión de las normas atinentes a la suspensión de pagos de empresas de ferrocarriles y demás obras públicas. Los autores critican severamente la Ley de 26 de junio de 1922, a la que, en resumen, consideran la panacea de los comerciantes de mala fe, propugnando su sustitución por un Estatuto de comercio ágil y dinámico, de medidas eficaces y prácticas que dieran pronta solución a los incumplimientos mercantiles.

El concurso de acreedores es abordado en el capítulo 62 y último de este volumen, con la misma precisión y amplitud que los anteriores. Se estudia en él la naturaleza jurídica del concurso, y después de referir la declaración y sus efectos se va tratando de las distintas fases del proceso—de cognición, de reconocimiento de créditos, de graduación, de ejecución, de pago, transaccional y de impugnaciones—, con las normas referentes a la administración y calificación de concurso y otras especialidades procesales.

Queda, pues, para el próximo volumen, la materia concerniente a la quiebra, y excusamos decir con qué afán esperamos su publicación, dado el acertado planteamiento general y específico para cada institución concursal que los autores vienen dando a esta que juzgamos importante especialidad del Derecho, por desgracia, como antes se ha dicho, poco cultivada por nuestros juristas.

\* \* \*

Volviendo a la consideración general del libro que comentamos diremos, en resumen, que evidentemente llena un vacío de nuestra literatura jurídico-procesal, con una orientación nueva. Su marcada utilidad deriva de que en un solo texto quedan recogidos tanto el aspecto técnico-doctrinal como el legislativo y jurisprudencial de cada institución. Los autores demuestran aquí su ciencia y su experiencia, ciertamente adquirida a lo largo de su vida profesional. Por tanto, la obra, en cuanto constituye una guía segura para discurrir por los intrincados caminos de nuestros procedimientos, de complicados trámites y agobiadoras fases probatorias—en ella figuran también unos bien elegidos formularios—, ha de hacerse imprescindible para todos los profesionales del Foro.

Terminaremos esta reseña destacando el acertado sistema expositivo—gran claridad y perfecta sistematización—que siguen los autores, quienes también se han preocupado de cuidar la forma del libro en lo que al aspecto editorial se refiere.

# REVISTAS

A cargo de Morales Moreno, Antonio Manuel y  
Bereovitz, Rodrigo.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general

AMODIO, ENNIO: *Francesco Carnelutti: un dialogo costante fra l'uomo e el giurista*, RAMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965; págs. 3 a 5.

Semblanzas del temperamento científico del ilustre jurista.

BARTH OLOMEYCIK, HORST: *Aquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung*, ACP, marzo 1966, t. 166; v. 1-2; págs. 30-75.

El principio de la compensación constituye un medio para alcanzar el fin económico y jurídico de la equivalencia. El principio contractual deseable de libre determinación de las partes se estrella a veces contra la desigualdad de éstas. Pero la función social de dicho principio contractual podrá desarrollarse siempre que los casos de desigualdad puedan salvarse mediante un factor de contrapeso.

CASANOVA, MARIO: *Diritto e società: conservatorismo e modernismo giuridico*, RS, año X, fasc. 2, marzo-abril 1965; págs. 249 a 260.

El autor ofrece unas reflexiones sugeridas por un trabajo de Mignoli (sociedad e giurisprudenza). Los puntos que toca son: conservadurismo y modernismo jurídico, método dogmático positivo, movilidad legislativa e inmovilismo social, crisis del Derecho, legislación programática, la codificación.

DIEDERICHSEN, UWE: *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, NJW, abril 1966, v. 16; págs. 697 a 705.

En su obra sobre "Tópica y Jurisprudencia", Theodor Viehweg mantiene que la estructura de la jurisprudencia no es sistemática. El declararse partidario de la tópica o de la sistemática no es simplemente un problema teórico, Por el contrario, precisamente es en la práctica donde se acentúa el hecho de que en el trabajo jurídico diario domina el pensamiento tópico. El libro de Viehweg constituye una fundamentación metodológica del pensamiento jurídico práctico, pero no atiende a la necesaria interacción de teoría y práctica. El autor se plantea el problema de si es posible definir la esencia de la jurisprudencia con el concepto de la tópica, o si, por el contrario, hay que acudir a la idea de un sistema. Finalmente, considera el valor que tiene la tópica para el jurista.

HANAU, Peter: *Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung*, ACP, agosto 1965, t. 165, v. 3-4; págs. 221-283.

Partiendo de la controversia existente entre las doctrinas de la voluntad y de la declaración de voluntad, el autor estudia sucesivamente el silencio y la ejecución del contrato como elementos constituyentes de una declaración de voluntad. Considera que se puede hablar de una declaración de voluntad expresada por el silencio sólo en aquellos casos en que los efectos de la declaración nazcan de un no hacer. Hay que separar, pues, las declaraciones de voluntad manifestadas mediante actos concluyentes.

JEMOLO, Arturo Carlo: *Il Diritto ed il costume*, RISG, serie III años XIII XVI, v. X, 1959-1962, págs. 1 a 19.

El apogeo del Estado impone como consecuencia la primacía de la Ley, entre las fuentes del Derecho. Se estudian los puntos de contacto entre costumbre y Derecho.

LÖWISCH, Manfred: *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen*, ACP, diciembre 1965, t. 165, v. 5; págs. 421-452.

Las polémicas existentes en la doctrina civilista sobre la antijuridicidad están muy influidos por la doctrina penal, para la que esta cuestión ha constituido tema central. Como consecuencia de ello, estas discusiones han atendido fundamentalmente a los actos prohibidos, descuidando el aspecto de las lesiones. A este último se encamina el presente artículo, en el que es objeto de estudio también una serie de causas individuales de juridicidad de las lesiones.

MASI, Antonio: *Il negozio utile o inutile in Diritto romano*, RISG, serie III, años XIII-XVI, v. X, 1959-1962; págs. 21 a 118.

Se busca precisar el significado de los términos *utilis, inutilis*, cuando se usan refiriéndose a un negocio jurídico. Igualmente se precisa el valor que tienen las expresiones *utiliter, inutiliter legare, stipulari*, etc.

SCHMIDT, Reimer: *Rationalisierung und Privatrecht*, ACP, marzo 1966, t. 166, v. 1-2; págs. 1-29.

La racionalización, junto con el fenómeno de la automatización gana día a día mayor importancia en la vida de nuestra sociedad, introduciendo nuevos planteamientos en todas las ciencias, de las que no queda excluido el Derecho. El autor divide su estudio en dos partes. La primera, en un plano actual, se ocupa de las repercusiones de la racionalización en el Derecho, siguiendo un método inductivo. En la segunda parte, más teórica y orientada hacia el futuro, se trata de la racionalización del Derecho mismo.

WAGNER, Heinz: *Interpretation in Literatur-und Rechtswissenschaft*, ACP, febrero 1966, t. 165, v. 6; págs. 520-558.

La ley y la poesía se diferencian profundamente, tanto por su esencia como por sus funciones respectivas. Ello determina metas y problemas distintos para los intérpretes de ambas materias. Y esto implica, a su vez, la neces-

sidad de desarrollar diversos métodos de interpretación en el estudio del Derecho y la Literatura. El autor desarrolla el trabajo sobre estas tres ideas.

## 2. Derecho de la persona

DEVOTO, Luigi: *La concezione analitica dell'illecito*, RDDC, año XI, núm. 5, septiembre-octubre 1965; págs. 498 a 522.

El autor llega a las siguientes conclusiones: aprobación del método de estudiar el ilícito partiendo de su supuesto de hecho y con independencia del daño resarcible; estudio del ilícito separando el sustrato naturalístico de la valoración jurídica; amplitud del ilícito civil, que supera la noción de ilícito *ex actu*; la culpabilidad es elemento propio tan sólo de esta categoría del ilícito *ex actu*; la definición tripartita del delito (hecho antijurídico, culpable) sólo vale para el supuesto de responsabilidad *ex actu*, mientras que en la *ex facto*, el ilícito se identifica con el hecho no humano que una norma valora como antijurídico.

DÍEZ DÍAZ, Joaquín: *El derecho a la integridad física*, RGLJ, julio-agosto 1965, t. LI, núm. 1-2; págs. 105 a 136.

El estudio se desarrolla en base a la desaprobación de la teoría, según la cual la integridad física queda suficientemente regulada con las normas punitivas de la legislación penal. Con ello se olvida que dicha legislación penal presupone la existencia de derechos subjetivos básicos. Pues bien, estos derechos son necesariamente objeto de una construcción del Derecho privado.

MUZIO, L.: *In tema di assenso del coniuge alla affiliazione*, RDMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965; págs. 107 a 112.

Se propone, "de iure condendo", que el legislador mejor que requerir la preventiva declaración de voluntad del cónyuge del afiliante, dé a éste la posibilidad de impugnar la afiliación, cuando ésta pueda verdaderamente perjudicar la armonía familiar.

PELOSI, A. C.: *L'usufrutto legale come funzione familiare di godimento*, RDMSP, año VII, núms. 1-2, enero-junio 1965; págs. 65 a 84.

El usufructo legal que tiene el padre sobre los bienes del hijo, más que para interés del hijo, es una figura establecida en interés de la familia, esto es, de los otros miembros del núcleo familiar. Por tanto, teniendo naturaleza familiar, no puede participar de los mismos fundamentos de la patria potestad, de la que no es un atributo.

SELB, Walter: *Schädigung des Menschen vor Geburt-ein Problem der Rechtsfähigkeit?*, ACP, marzo 1966, t. 166, v. 1-2; págs. 76 a 128.

El autor señala previamente cómo no sólo es problemática la utilización del concepto de capacidad para el nasciturus, sino también todos los demás conceptos de

daño y de persona utilizados en el título del artículo con referencia al mismo. Se trata de un problema que abarca múltiples ramas del Derecho, y cuya solución implica necesariamente una determinada visión del mundo. A estas dificultades se unen las derivadas de la inexistencia de una regulación legal. Examina los distintos tipos de daño posible antes del nacimiento, así como su enfoque en las diversas ramas jurídicas. Atiende especialmente al principio de responsabilidad y a sus limitaciones en este caso.

TEDESCHI, G.: *Danneggiante, danneggiato e terzo risarcitore*, RDDC, año XI, núm. 5, septiembre-octubre 1965; págs. 523 a 532.

Una ley israelita de 1964 resuelve la cuestión que se plantea cuando el daño inferido a una persona es resarcido por otra, diversa del responsable, disponiendo que el tercero que resarció el daño, pueda dirigirse al causante para el correspondiente reembolso. Esta disposición, que ofrece la novedad de resolver legislativamente por vez primera cuestión tan debatida, puede ser criticable. El autor estudia los aspectos más salientes de la misma.

### 3. Derecho de cosas

BENZO, Rafael: *Aspectos más interesantes de la concentración parcelaria*, RDN, julio-diciembre 1965, año XIV, núm. XLIX-L; págs. 307-369.

Se trata de un estudio de las líneas fundamentales de la concentración parcelaria, realizado desde el ángulo de la práctica notarial. El autor atiende sucesivamente a las disposiciones legales, órganos, procedimiento, efectos jurídicos, coordinación con el catastro y disposiciones de contenido fiscal.

HODES, Fritz: *Eigentumsverhältnisse an der gemeinschaftlichen Giebelmauer nach Kriegszerstörung eines der beiden Gebäude*, NJW, noviembre 1965, v. 45; págs. 2.088-2.090.

El Tribunal Supremo ha adoptado una nueva postura sobre las relaciones de dominio existentes sobre un muro medianero, en sentencia de 2-2-65. Tales conclusiones quedan sometidas a un examen crítico. El autor, apartándose de la opinión del Tribunal Supremo, considera que en el caso de destrucción de uno de los edificios a que pertenece el muro medianero, el propietario del edificio subsistente se constituye en propietario único del muro mientras que el otro edificio no sea reconstruido, por lo que le corresponde el derecho de utilizar su superficie, así como la obligación de su conservación.

DE LOS MOZOS, José Luis: *Notas para una reconstrucción del concepto de animus posesorio en el Derecho moderno*, RGLJ, septiembre 1965, t. LI, núm. 3; págs. 271-309.

Con la intención ya señalada en el título, este artículo se ocupa sucesivamente de la doctrina de Savigny y de Ihering, la valoración objetiva del concepto de "animus" en el Derecho romano clásico, la ampliación del "ani-

mus" y la idealización del "corpus" en el Derecho moderno. Después de una consideración general sobre el grado de desenvolvimiento técnico de los diversos sistemas posesorios actuales, aborda la disciplina del "animus" en nuestro C. c.

PAWLOWSKI, Hans-Martin: *Substanz-oder Funktionseigentum?*, ACP, diciembre 1965, t. 165, v. 5; págs. 395-420.

El autor se ocupa de un aspecto del derecho de propiedad, la relación existente entre el derecho de dominio y la cosa. El autor considera que, de acuerdo con el actual ordenamiento jurídico, tanto el concepto sustancial del dominio como el funcional pueden ser válidos para la exposición doctrinal de esta institución. Se trata de dos visiones distintas que no repercuten necesariamente en el resultado.

PAZ ARES, José C.: *Pequeñas instituciones agrarias del Derecho foral de Galicia*, RGLJ, febrero 1966, t. LII, núm. 2, págs. 249-258.

Bajo este título, el autor estudia tres figuras jurídicas especiales: la comunidad de aguas llamadas de "pillota" o de torna a torna, los "muiños de herdeiros" y el llamado derecho de posta.

REYES MONTERREAL, José María: *La figura del precario*, RGLJ, julio-agosto 1965, t. LI, núm. 1-2; págs. 42 a 104.

La esencia de todo precario, cualquiera que sea la razón de ser de la detención que se venía haciendo de la cosa, radica en el desentendimiento que hace el poseedor material de ella del requerimiento efectuado por el que lo es real o dueño de la misma para que cese en la situación posesoria en que se encuentra, ilegítimamente ésta, en tal sentido, una vez que se ha agotado la oportunidad temporal legalmente concedida. Para llegar a este concepto unitario, el autor aborda previamente los siguientes problemas:

1.º Esencia del comodato para deducir si, por faltar alguno de sus requisitos esenciales, puede éste originar un auténtico precario.

2.º Determinar si una figura contractual puede en algún caso dar lugar a una transformación igual.

3.º Característica especial de la "situación posesoria" de precario.

#### 4. Obligaciones y contratos

AUGER DURO, Sebastián: *Crisis funcional de los contratos*, RJC, enero-marzo 1966, núm. 1; págs 9 a 34.

Los acontecimientos pueden hacer peligrar en un momento dado la equivalencia de las prestaciones dentro de la relación formada por un contrato celebrado hace tiempo. Este fenómeno tiene gran importancia actualmente como consecuencia del fuerte ritmo a que se ven sometidos los cambios económico-sociales. Por ello, el autor propone una interpretación del principio de auto-

nomía de la voluntad mediante la cual la función de los contratos pueda ser apreciada en movilidad. El respeto objetivo a la voluntad contractual debe matizarse con una amplia valoración de las incidencias del cumplimiento.

**BONET CORREA, JOSÉ:** *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, RGLJ, febrero 1966, t. LII, núm. 2; páginas 213 a 248.

Este artículo se ocupa de la renta del arrendamiento urbano a través de la legislación especial, con particular referencia a los límites de la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación de su cuantía mediante cláusulas de estabilización. Atiende al régimen del C. c. en primer lugar y, a continuación, dentro de la legislación especial, distingue entre el régimen legal de viviendas y el de locales de negocio.

**CABRERA HERNÁNDEZ, JOSÉ MARÍA:** *El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia en la Compilación de Derecho civil de Cataluña*, RJC, enero-marzo 1966, núm. 1; págs. 35 a 61.

El artículo contiene un estudio completo del contrato por el que una persona vende a un matrimonio regido por el Derecho foral catalán un determinado objeto por mitad entre los esposos, pactando éstos en el mismo acto que la cosa comprada será por completo de aquel que sobreviva al otro.

**CICALA, RAFFAELE:** *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, RDDC, año XI, núm. 5, septiembre-octubre 1965; págs. 453 a 497.

La divisibilidad e indivisibilidad del objeto de la prestación, es la posibilidad o imposibilidad de fraccionamiento del objeto mismo, consistente en una cosa (dare) o en un hacer. Son partes para la norma: las porciones idóneas para ofrecer proporcionalmente la misma utilidad que ofrece el objeto entero. Pero la indivisibilidad de la obligación puede provenir también de una voluntad especial del sujeto que haga indivisible una cosa normalmente divisible, por la función que está llamada a realizar. En una segunda parte estudia la relevancia del carácter de divisible o indivisible de la obligación.

**DEUTSCH, ERWIN:** *Die Selbstopferung im Strassenverkehr*, ACP, agosto 1965, t. 165, v. 3-4; págs. 193-219.

El autosacrificio es esencialmente actuación peligrosa, el acto que tiende a evitar el peligro que afecta a un tercero a costa del propio peligro. La cuestión jurídica radica en saber quién responde en tales casos de las consecuencias dañosas. Parece adecuado asignar tales consecuencias al peligro evitado. La protección de los intereses corre de cuenta del interesado. Así pues, el autosacrificio en el tráfico rodado aparece como un acto realizado a riesgo ajeno.

FRIEDRICH, Paul M.: *Die Haftung des Sportlers aus § 823 Abs. 1 BGB*, NJW, abril 1966, v. 17; págs. 755 a 761.

Como consecuencia del aumento de accidentes deportivos, ha adquirido importancia, tanto por la abundancia de casos jurisprudenciales como por las consideraciones doctrinales, la obligación que tienen los deportistas de indemnizar los daños causados culposamente, de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 823 del BGB. No se estudian los casos de dolo, ya que éstos son poco frecuentes gracias a la disciplina deportiva. El trabajo da una idea de los puntos de vista que se tienen en cuenta para la prueba de tal responsabilidad.

GLASER, Hugo: *Eigentumsbildung im sozialen Wohnungsbau*, MDR, mayo 1966, v. 5; págs. 373-375.

La Ley de 24-8-65 para la promoción de la propiedad de viviendas, en vigor desde el 1-9-65, favorece a las viviendas sociales. Fomenta la construcción en base a los principios de las leyes sobre el hogar familiar y sobre construcción de viviendas. Este artículo examina los diversos aspectos de esta promoción.

KORFF, Clemens: *Die Mieten im sozialen Wohnungsbau nach der Neuregelung*, NJW, abril 1966, v. 17; págs. 753-755.

La regulación de los precios de arrendamiento de las viviendas sociales se ha vuelto tremendamente complicada desde el 1-9-65, a causa de la tercera Ley federal de arrendamientos y de la Ley de viviendas. El autor trata de exponer brevemente, a través de una visión de conjunto, los alquileres autorizados en las nuevas viviendas públicamente protegidas, según las circunstancias y de acuerdo con las indicaciones legales.

MIGNOLI, Ariberto: *La partecipazione agli utili spettante ai prestatori di lavoro*, RS, año X, fasc. 3-4; mayo-agosto 1965, págs. 445-511.

El artículo 2.102 C. c. italiano prevé que el trabajador puede ser retribuido en todo o en parte, mediante participación en los beneficios. Esta modalidad no atribuye carácter asociativo a la relación del trabajador con la empresa, sino que se trata de una retribución del trabajo prestado. Se estudian los criterios para el cálculo de la retribución y los problemas relativos al control. El balance se ofrece como medio indicativo de los haberes del trabajador; por eso éste dispone de medios de control del mismo.

NEUMANN-DUESBERG, Horst: *Die verlegerischen Gefahrenabwendungspflichten*, NJW, abril 1966, v. 14-15; págs. 624-230.

Las lesiones de derechos causadas por una publicación, concurriendo la culpabilidad de un órgano, provocan la responsabilidad de la sociedad editora (artículo 31 del BGB), siempre que la acción dañosa proceda de una falta de organización con respecto al contenido de las publicaciones, con respecto a la empre-

sa o con respecto a la corporación. En estos tres aspectos se concreta la obligación de apartar el riesgo procedente de las actividades editoriales.

NICKLISCH, Fritz: *Zum Umfang des Bereicherungsanspruchs wegen der Versteigerung schädnerfremder Sachen*, NJW, marzo 1966, v. 10; págs. 434-435.

Como consecuencia del gran número de cosas sometidas a reserva de dominio o a cesión fiduciaria, ocurre frecuentemente que en las ejecuciones se incluyen objetos muebles no pertenecientes al deudor, enterándose de ello los verdaderos propietarios una vez terminada la ejecución. Como la tercería de dominio no se puede entonces ya ejercer, según el artículo 771 de la ZPO, el propietario tiene que acudir a la acción de enriquecimiento contra el acreedor ejecutante. Se plantea el problema de saber si, en tal caso, el antiguo propietario puede exigir el producto total (bruto) de la subasta pública, o si sólo puede pedir lo que exceda de los gastos de ejecución (producto neto de la subasta).

ROTHER, Werner: *Ungerechtfertigte Bereicherung bei wiederkehrenden Geldleistungen*, ACP, marzo 1966, t. 166, v. 1-2; págs. 134-141.

Constituyen un grupo interesante dentro de la institución del enriquecimiento injusto aquellos casos en los que el receptor de prestaciones pecuniarias periódicas recibe, por error, una cantidad superior a la que le es debida. Es muy frecuente que en tales casos se apliquen preceptos jurídicos públicos especiales. Pero éstos carecen de una construcción sistemática unitaria. No precisan con claridad las pretensiones utilizables en tales casos o remiten expresamente a los preceptos del BGB sobre enriquecimiento. El trabajo estudia algunos de los problemas planteados por la especialidad de estos supuestos jurídicos.

SCHMITZ, Karl H.: *Die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter*, MDR, abril 1966, v. 4; págs. 283-286.

De acuerdo con el BGB, las reparaciones referentes a la estética de la vivienda corresponden al arrendador. Sin embargo, esta regulación puede alterarse. El arrendador tiene especialmente un interés legítimo para ello en los casos de viviendas sujetas a renta antigua, ya que el alquiler es tan bajo que no permite tales gastos. Así pues, es muy corriente encontrar en los contratos regulaciones diferentes de la legal en este aspecto. Pero, desgraciadamente, se suele descuidar el precisar con exactitud los derechos y obligaciones de ambas partes. Normalmente se dice sólo que dichas reparaciones serán soportadas por el arrendatario. El sentido de estas cláusulas y sus efectos en las relaciones contractuales son oscuros y discutidos.

SERICK, Rolf: *Causa und Anwartschaft*, ACP, marzo 1966, t. 166, v. 1-2; páginas 129-133.

Bajo este título, el profesor Serick realiza un breve estudio crítico de la teoría, actualmente bastante extendida, según la cual el derecho de expectativa del

comprador sometido a la reserva de dominio del vendedor tiene carácter real. Para ello enfoca el problema bajo el punto de vista causal. Este revela que, si bien el derecho del comprador es semejante a un derecho de dominio, aparece estrechamente condicionado por el negocio causal de compraventa.

TREU, Tiziano: *Potere dei sindacati e diritti acquisiti degli associati nella contrattazione collettiva*, RDDC, año XI, núm. 4, julio-agosto 1965; págs. 333-368.

En el trabajo se determina si los derechos subjetivos de los inscritos al sindicato, que derivan de contratos individuales de trabajo, estipulados en conformidad a un contrato colectivo, pueden ser modificados o anulados por un suceso de acuerdo entre las partes colectivas, o si una vez adquiridos tales derechos, deben retenerse como de pertenencia exclusiva de la esfera patrimonial de cada uno de ellos y fuera, por tanto, del poder dispositivo de la asociación.

##### 5. Derecho de familia

BIANCHI D'ESPINOSA, Luigi: *La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio principi di Diritto costituzionale*, RDMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965; págs. 48-64.

Estudia la tutela jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en el artículo 30, párrafo tercero de la Constitución italiana. Los límites, que como es sabido, consisten en el respeto de la familia legítima. Indagación de paternidad y maternidad. Prohibición de reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos. Obligación de los progenitores naturales de mantener también a los hijos naturales no reconocibles.

DI BLASI, S.: *Sulla volontà delle parti in ordine alla trascrizione civile del matrimonio canonico*, RDMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965; páginas 95-106.

Uno de los problemas más discutidos en la doctrina eclesiástica, nos señala el autor, es el referente a la influencia de la voluntad de los esposos relativa a la transcripción civil de su matrimonio canónico. Se discute si ésta se produce de derecho o está condicionada a la voluntad de las partes, pudiendo esta voluntad, después de haber celebrado matrimonio canónico en régimen concordatorio, impedir válidamente la transcripción del mismo.

BOSCH, F. W.: *Ehe und Familie in der Rechtsordnung-Insbesondere ein Beitrag zum Thema "Gesetz und Richter"* EF, febrero 1966, v. 2; págs. 57-71.

La vida del matrimonio y de la familia se encuentra configurada por la legislación, la jurisprudencia y los estudios de la doctrina científica. El autor estudia sucesivamente estos tres elementos dentro del ordenamiento jurídico alemán. Atiende especialmente a los problemas derivados de la Ley y su aplicación por el Juez, de acuerdo con los preceptos constitucionales, en relación con la eficacia real de aquélla.

CARBONI, G.: *Inseminazione artificiale e delitto di adulterio*, RDMSP, año VII, núm. 3-4, julio-diciembre 1965; págs. 348-403.

Con abundante material bibliográfico, se plantea el autor el problema de si constituye delito de adulterio la inseminación artificial de la mujer casada, sin el consentimiento del marido.

FELICIANI, G.: *Il problema dell'actus hominis e dell'actus humanus nella consumazione del matrimonio e la rilevanza giuridica del vaginismo*, RDMSP, año VII, núm. 3-4, julio-septiembre 1965; págs. 404-458.

Se trata de una afección morbosa caracterizada por la contracción espasmódica, dolorosa e involuntaria del aparato muscular vulvo-vaginal, que puede originar una imposibilidad de realizar la cópula conyugal. Esta anomalía, si es antecedente, puede reunir todos los requisitos necesarios para constituir un impedimento dirimente.

GRASSETTI, Cesare: *L'adozione e l'affiliazione*, RDMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965, págs.; 27-33.

La tutela de los hijos nacidos fuera del matrimonio, no duda el autor que debiera encontrar cauce adecuado en instituciones, como el reconocimiento, la aclaración judicial y la legitimación, como dirigidas a atribuir al hijo un estado de filiación y de familia fundado en las relaciones de sangre. Pero esto no siempre sucede así, porque el genitor de sangre es ignorado, o no puede o no quiere constituir como hijo al que engendró. Es menester, pues, indagar si es posible dar al niño padre y familia fuera de la relación de procreación. Este es el tema del trabajo, que tiene como apartados: Críticas de la adopción, la afiliación, la adopción de los infantes, adopción y afiliación de los propios hijos naturales.

HANISCH, Heribert: *Unterhaltsfolgen der Scheidung und Ansprüche der geschiedenen Frau aus der gesetzlichen Rentenversicherung*, NJW, diciembre 1965, v. 49; págs. 2.287-2.288.

Los efectos del divorcio, en cuanto a alimentos, tienen relevancia sobre la renta subsistente a favor de la mujer, procedente del seguro social del marido. Por ello, normalmente se trata de incluir este derecho a una renta en los acuerdos sobre alimentos. Para que tales acuerdos coincidan con el ordenamiento jurídico de los seguros de renta, ambas partes deben conocer las determinaciones legales correspondientes, así como su interpretación jurisprudencial. Con ello se evita que los acuerdos sobre alimentos tengan consecuencias en el seguro social no previstas por las partes. Muchas publicaciones se han ocupado de tales cuestiones. A partir de ellas se ha producido un desarrollo de la jurisprudencia y de los preceptos legales sobre el derecho a una renta por parte de la mujer divorciada. El trabajo tiende a exponer este derecho.

LUZZATI, MARIO: *Questioni in tema di delibazione di sentenze straniere di annullamento di matrimonio e di divorzio*, RDMSP, año VII, núm. 3-4, julio-diciembre 1965; págs. 459-494.

En dos grandes apartados que llevan por título: Sentencias extranjeras concernientes a matrimonios celebrados en Italia ante ministros del culto católico; Sentencias extranjeras relativas a matrimonios celebrados ante el Oficial del Estado Civil o ante un ministro de uno de los cultos admitidos por el Estado, plantea cuestiones en torno al título del trabajo.

PISAPIA, G. D.: *Les rapports personnels entre conjoints et leur protection penale*, RDMSP, año VII, núm. 3-4, julio-diciembre 1965; págs. 247-280.

Las relaciones personales entre los cónyuges no sólo tienen su ámbito en el terreno civil, sino una proyección penal. Esta se manifiesta en la sanción que origina la violación de las obligaciones inherentes a éstas. Señala las obligaciones de no contraer nuevo matrimonio en tanto que el precedente no se haya disuelto. Obligación de cohabitación. Fidelidad. Asistencia entre esposos. Igualdad moral y jurídica.

RESCIGNO, Pietro: *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, RDMSP, año VII, núm. 1-2, enero-junio 1965; págs. 34-47.

El artículo 30 de la Constitución italiana nos dice: "La Ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima". El artículo citado nos señala un límite a la tutela, que indudablemente debe existir, superando viejos prejuicios que vetan al nacido fuera del matrimonio, la completa dignidad social y esperanza humana.

SPINELLI, L.: *Educazione religiosa della prole e contrasto tra genitori*, RDMSP, año VII, núm. 3-4, julio-diciembre 1965; págs. 281-321.

La educación de la prole, como deber de los padres, tiene muchas facetas, destacando entre ellas, por la importancia de la materia, la educación religiosa. En este punto, se incardina toda la problemática de la libertad religiosa, en el ámbito de la vida familiar. Se examina el derecho de libertad de conciencia y de libertad religiosa de los padres, en la educación de la prole, en relación a la elección de la forma de celebración del matrimonio, a la voluntad de bautizar la prole, y a las cauciones prestadas en caso de matrimonio mixto.

Entre las propuestas de *lege ferenda*, propugna el autor la institución de un órgano especializado para la jurisdicción en materia de persona y familia: el tribunal familiar.

## 6. Derecho de sucesiones

DIECKMANN, Albrecht: *Zum Erbrecht des unehelichen Kindes*, EF, febrero 1966, v. 2; págs. 72-81.

El autor concluye este trabajo sobre los derechos sucesorios del hijo ilegítimo con los siguientes puntos:

1.º La libertad testamentaria del "de cuius" no queda limitada por la existencia de un hijo ilegítimo.

2.º El hijo ilegítimo participa en la sucesión del padre. Tiene los mismos derechos sucesorios que los legítimos cuando el padre ha venido ejerciendo la patria potestad sobre él. De lo contrario sólo tendrá derecho a una parte de la legítima (como la de los hijos legítimos) frente a la mujer legítima, los descendientes legítimos y los ascendientes del padre.

3.º Frente a los hermanos del padre y los descendientes de éstos, el hijo ilegítimo tiene derecho a la mitad de la herencia; en los demás casos hereda él sólo. Si queda excluido de la sucesión, le corresponde la legítima.

4.º El derecho de alimentos del hijo ilegítimo frente al padre se extingue con la muerte de éste.

5.º El hijo ilegítimo no hereda de los parientes del padre. Asimismo, los descendientes de aquél no tienen ningún derecho sucesorio frente a éste.

DÍEZ FIGAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, RDM, abril-junio 1965, v. XXXIX, núm. 96, págs. 293 a 310.

La dificultad de esta sucesión mortis causa nace de la necesidad de compaginar las normas del Derecho Mercantil, que atienden al estatuto jurídico del empresario y de la empresa, con las normas civiles del Derecho de sucesiones, que presuponen en la herencia una infraestructura agraria. El trabajo atiende a este problema ateniéndose a dos ideas rectoras: la continuidad y la conservación de la empresa.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo*, RDN, julio-diciembre 1965, año XIV, núm. XLIX-L; págs. 83-231.

El objeto de este artículo es el estudio de la contradicción entre las normas civiles y las registrales en los casos de disposición conjunta por los herederos de una finca antes de la partición. En efecto, las primeras consideran válido este negocio dispositivo, mientras que las segundas impiden la inscripción del título traslativo del dominio sin la previa adjudicación a nombre de los coherederos, en virtud del principio de tracto sucesivo. El estudio queda dividido en cuatro partes: la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, la disposición conjunta de los coherederos durante la indivisión de la herencia, el tracto sucesivo registral y la adjudicación de bienes herenciales previa a la partición.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte general

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, RDM, enero-marzo 1965, v. XXXIX, núm. 95; páginas 7-40.

El autor parte del aspecto económico-social de la empresa y de sus dos dimensiones jurídicas, dinámica y estática. Después atiende a problemas jurídicos concretos de la empresa: su protección a través de las normas sobre libre competencia y competencia ilícita, sus signos distintivos y su consideración como objeto del tráfico jurídico.

FRAGUAS MASSIP, Ramón: *Usufructo de empresa mercantil*, RDN, julio-diciembre 1965, año XIV, núm. XLIX-L; págs. 61-82.

La frecuencia con que se presenta esta figura en la vida jurídica actual justifica su estudio. Sin embargo, esta conferencia no atiende sino a justificar la configuración de diversos tipos de usufructo de empresa, esencialmente, el no gerencial y el gerencial. Para ello, el autor realiza previamente unas breves consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la empresa, el empresario y el derecho de usufructo.

MÜLLER, Klaus: *Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher*, ACP, agosto 1965, t. 165, v. 3-4; págs. 286 a 331.

Si el consumidor adquiere un bien por el que se puede conocer al productor (característica del mercado actual), surge una relación de responsabilidad contractual directa entre ambos. En el marco de esta relación, el productor responde del cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con su función. Además, responde de las cualidades atribuidas al producto mediante declaraciones adjuntas al mismo o a través de la publicidad.

MUÑOZ M. PLANAS, José María: *En torno al llamado aval en documento separado*, RDM, julio-septiembre 1965, v. XL, núm. 97; págs. 7-56.

Parte el trabajo de la escisión doctrinal existente en torno al aval cambiario, según se considere o no que éste puede constituirse indistintamente en la propia letra que incorpora la obligación garantizada o bien en documento aparte, sin que ello afecte a la naturaleza de la institución. Nuestro C. de C. no admite expresamente la constitución de aval en documento distinto de la letra, por lo que en tal caso hay que hablar de fianza, regulada por las normas correspondientes a la misma. Sin embargo, no existen razones para oponerse a dicha posibilidad de iure condendo.

## 2. Comerciantes y sociedades

BIGIAI, Walter: *Notervella sistematica sulla prescrizione in tema di società non registrate*, RS, año X, fasc. 1, enero-febrero 1965; págs. 1-21.

El artículo 2.949, 1.º C. c. italiano, que establece discriminación en los plazos de prescripción de los derechos derivados de relaciones sociales según se trate de sociedades regulares o irregulares, es un residuo del viejo Código que no tiene justificación en el sistema de la nueva ley.

CAVAZZUTI, F.: *La assemblee separate*, RS, año X, fasc. 3-4, mayo-agosto 1965; páginas 591-618.

El Derecho italiano admite las asambleas separadas en las sociedades cooperativas con más de cincuenta socios, que desenvuelvan su actividad en varios lugares, o constituidas de más de treinta socios pertenecientes a diversas categorías, cuando así lo disponga el acto constitutivo. En tal caso la asamblea general se forma por delegados elegidos en las asambleas parciales que deberán ser socios. Así, el legislador lleva a primer plano la participación personal y paritaria del socio en la vida social, fundada en la configuración personalista de la sociedad cooperativa. Se estudia el funcionamiento de estas asambleas separadas.

DALMARTELLO, A.: *La società di fronte alla circolazione delle proprie azioni*, RS, año X, fasc. 1, enero-febrero 1965; págs. 22-71.

Se estudia la ley italiana de 29 de diciembre 1962, que introduce modificaciones en la disciplina de la nominatividad obligatoria de los títulos accionarios.

PAYONE LA ROSA, Antonio: *Profili della tutela degli azionisti*, RS, año X, fascículo 1, enero-febrero 1965; págs. 1-2.

En el momento actual, en que se impone la reforma de la sociedad por acciones, el autor nos propone algunas líneas de evolución del vigente sistema de los accionistas, para hacer idónea a la sociedad para satisfacer las nuevas exigencias.

POLO SÁNCHEZ, Eduardo: *El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas*, RDM, octubre-diciembre 1965, v. XL, núm. 98; págs. 199-236.

El autor examina las ventajas e inconvenientes de dicho ejercicio, así como las diversas soluciones del Derecho extranjero. A continuación atiende al Derecho español. No encuentra en éste obstáculo legal que se oponga a ello. Sin embargo, faltan los resortes legales adecuados. Para su regulación, podría acudir al Proyecto de Ley francés sobre las sociedades comerciales de 18-VI-1964.

VANZETTI, A.: *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, RS, año X, fasc. 3-4, mayo-agosto 1966; págs. 512-556.

Si no se pacta otra cosa, el adquirente de la *azienda* (conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa, art. 2.555 C. c.)

subentra en los contratos estipulados para el ejercicio de la misma *azienda* que no tengan carácter personal (art. 2.558 C. c.).

El tercero puede, mediante justa causa, rescindir el contrato, lo que no obsta para que quede a salvo la responsabilidad del enajenante. Con ello, el "artículo 2.558 configura, a cargo del enajenante, una verdadera prestación de garantía hacia el tercero, como efecto natural del contrato estipulado", prescindiendo en absoluto de una posible culpa suya in eligendo. Se estudia, por fin, como límite a la transmisión el *carácter personal*.

VEITH, Günter: *Zur Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder*, NJW, marzo 1966, v. 12; págs. 526-529.

Spieler ha intentado descubrir a efectos prácticos las directrices apropiadas para estudiar el objeto de la obligación de guardar secreto que recae sobre los miembros de los consejos de administración. Pretendía proporcionar con ello, una especie de manual que les sirviese de ayuda en el cumplimiento de sus obligaciones, sobre todo para los representantes de los trabajadores. Sin discutir la utilidad de este fin, el autor realiza una crítica de las conclusiones a que aquél llega en su obra.

### 3. Obligaciones y contratos

SECO CARO, Enrique: *El comisionista de transportes*, RDM, octubre-diciembre 1965, v. XL, núm. 98, págs. 237-267.

El estudio de este contrato concluye en los siguientes puntos:

- 1.º Se trata de un subtipo del contrato de comisión.
- 2.º No se deben mezclar con sus normas las que se establecen en los artículos 378 y 379 del C. de C., ya que se refieren a otro tipo contractual: el de expedición.
- 3.º La expresión comisionista de transporte debe usarse con la advertencia del sentido técnico o vulgar que se le atribuye.
- 4.º Las agencias de transporte, organizaciones que desarrollan esta función intermediaria, se regulan, desde el punto de vista público, en la Ley de 27-XII-947, y, desde el punto de vista jurídico-privado, son aplicables las disposiciones del C. de C. sobre el contrato de transporte.

SPAGNUOLO VIGORITA, Luciano: *Lavoro subordinato a associazione in partecipazione*, R. D. D C., año XI, núm. 4, julio-agosto 1965; págs. 359-425.

Es difícil, y de suyo problemático, delimitar los confines entre la relación de trabajo subordinado, y la que comporta algún elemento asociativo, particularmente de la relación de asociación en participación, y esta dificultad aumenta si se busca encontrar un resultado duradero. En sustancia, nos indica el autor, se trata de superar de manera satisfactoria la incertidumbre provocada por haber dispuesto expresamente el legislador en el artículo 2.099, 3, C. c. que el deudor de trabajo en un contrato de trabajo pueda ser retribuido, *en todo o en parte*, con participación en los beneficios, y haber consentido al mismo tiempo que puedan ser objeto de aportación en asociaciones en participación, incluso prestaciones de trabajo.

**IV. DERECHO NOTARIAL**

NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: *Tres momentos del título notarial*, RDN, julio-diciembre 1965, año XIV, núm. XLIX-L; págs. 7-60.

En esta conferencia el autor pretende exponer la problemática jurídica existente en torno al valor del documento como legitimación sustantiva y formal para la circulación de las titularidades dominicales. La exposición queda dividida en tres apartados, que corresponden a tres momentos: el de examen de títulos anteriores, el de redacción del nuevo documento y el de inmunidad del nuevo título.

**CLAVE DE ABREVIATURAS**

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).

- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
IJ = Información Jurídica (Madrid).  
IM = Ius (Milán).  
IR = Iustitia (Roma).  
JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
L = La Ley (Buenos Aires).  
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
MLR = The Modern Law Review (Londres).  
NC = The North Carolina Law Review.  
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).  
NR = Nuestra Revista (Madrid).  
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
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).  
RDCC = 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).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ÁNDIA  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO CIVIL

1. *La determinación de la cuota «en los elementos comunes del inmueble a los efectos del artículo 396 del Código civil y párrafo tercero del artículo 8 de la Ley Hipotecaria» es expresión ajustada a los términos del último precepto citado y del artículo 3.º b) de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.*

A) La cuota de participación de los titulares de cada piso puede tener diversas aplicaciones, tales como señalar la proporción en la propiedad total del edificio o en la distribución de gastos y cargas, sin que necesariamente sean idénticas dichas participaciones, como claramente se desprende del artículo 9.º, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que obliga a cada propietario a «contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido».

B) Si bien ni en la Ley Hipotecaria ni en la de Propiedad Horizontal se hace referencia a la existencia de una cuota que fije la participación de cualquier propietario en los elementos comunes, es precisamente la proporción del interés de los propietarios en estos elementos, la que reviste mayor importancia, pues determinará su participación en los nuevos locales en caso de elevación del edificio, o en el solar si aquél se destruye, y por eso precisamente el artículo 396 del Código civil destaca los dos elementos de esta especial propiedad: los pisos o locales —de propiedad independiente o separada— y los elementos comunes —en copropiedad—, por lo que estando el edificio compuesto de elementos comunes y de elementos independientes, la cuota de participación en aquéllos equivale a la de participación en el edificio en su totalidad.

C) En principio, y si otra cosa no se dice en la escritura, la única cuota que normalmente se suele fijar por los propietarios se refiere indistintamente a su participación en gastos y cargas, en el total valor del inmueble y en los elementos comunes.

D) En la escritura se indicó expresamente que la cuota en los elementos comunes se fijaba «a los efectos del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria», y este último precepto se refiere a la cuota «en relación con el inmueble». Por ello, queda fuera de toda duda cuál fue la intención de los otorgantes, y el pretendido defecto se reduce a no haberse ajustado el fedatario a los términos literales del precepto legal, pues sí a su recto sentido, y por eso no se padecía extralimitación en sus facultades por parte del mandatario designado por la Junta de Propietarios para hacer efectivo el acuerdo. (Res. de 23 de julio de 1966, *Boletín Oficial* del 23 de agosto.)

**DERECHO HIPOTECARIO**

1. *Puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso que figura inscrito a favor de sus propietarios dentro del folio general abierto a todo el edificio, conforme a la legislación vigente en la fecha de adquisición.*

A) Uno de los fundamentos básicos de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende —entre otros aspectos— a evitar el confusionismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número del Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales y que se traduce en la regla general sancionada en el artículo 243 de la Ley de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial con objeto de que los terceros puedan conocer cuanto haga relación al inmueble y a su situación jurídica. Cuando se trata de fincas especiales, como en el supuesto presente, de edificios en régimen de propiedad por pisos, la Ley Hipotecaria, antes y después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 20 de julio de 1960, permite o la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente o que se inscriba como finca independiente cada piso o local, por lo que en el primero de los supuestos todos los actos relativos a los pisos del mismo edificio figurarán en el mismo folio registral, con el consiguiente riesgo de confusionismo y perturbación derivada de la falta de separación y claridad de los asientos que el mencionado principio de especialidad exige.

B) En el presente caso, el piso discutido aparece inscrito conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959, y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a la finca inscrita antes se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida además la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que —dada la situación presente— el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno solo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador en la disposición transitoria primera de la Ley de 20 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, mas sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley.

C) Al no imponer la Ley como obligatorio el folio autónomo y menos por vía de segregación, concepto ya inaplicable cuando se ha constituido la propiedad horizontal conforme a la nueva ley, y, en consecuencia, cabe la posibilidad de que los pisos o apartamentos figuren y continúen inscritos dentro del folio abierto con carácter general, no hay ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de la hipoteca constituida, pues al artículo 107 de la Ley Hipotecaria que establecía la exigencia de que sólo podían constituirse

dichos gravámenes cuando los pisos apareciesen inscritos como fincas independientes, ha sido modificado en su redacción actual por la Ley de Propiedad Horizontal que ha suprimido esta exigencia y se remite directamente al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, que permite con carácter facultativo las dos formas de inscripción. (Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966. *Boletín Oficial* del 17 y 19 de agosto.)

## **DERECHO MERCANTIL**

1. *La Norma estatutaria que establece la necesidad de la firma de dos administradores de los tres que se designan en la Sociedad para obligar a ésta en sus actos y contratos, no vulnera lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

A) El artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada consagra el principio, fundamental para la seguridad del tráfico mercantil, del contenido típico de las facultades representativas de los Administradores, en virtud del cual no surte efecto frente a tercero cualquier limitación que venga a recortar tal representación en lo que constituye el tráfico de la Empresa, es decir, en el campo del objeto social.

B) No obstante, este precepto no es incompatible con una especial norma estatutaria sobre la forma de actuar tal representación, como, por ejemplo, el uso de la firma social, que puede estar atribuida a cualquiera de los Administradores o a varios conjuntamente, sin que por esto se entiendan limitadas objetivamente las facultades de administración y gestión de éstos.

Así lo viene a confirmar el propio artículo 120 del Reglamento del Registro Mercantil, citado por el Registrador al sostener su nota, toda vez que, contra lo que dice el informe de este funcionario, prevé normas especiales estatutarias sobre «forma de actuar» de las personas que ejercen la administración y ostentan la representación de la Sociedad, y una norma especial puede ser la relativa al uso de la firma por los Administradores en los actos y contratos, singularidad que habrá de publicar el Registro al mismo tiempo que la designación de la persona o personas que hayan de ejercer dicha administración y representación sociales, sin riesgo, por tanto, de engaño para terceros. Res. de 20 de julio de 1966. *Boletín Oficial* del 18 de agosto.)

2. *Efectos de la cláusula que condiciona la no disolución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada con dos únicos socios, por fallecimiento de uno de ellos, a que sus herederos estén representados por una sola persona que asuma todo el interés social del socio fallecido.*

### **ANTECEDENTES**

1.º Se constituye en el año 1938 una Sociedad de Responsabilidad Limitada con sólo dos socios. En el año 1957 se otorgó escritura de adaptación

a la Ley, estableciéndose en la cláusula VI la dirección y administración solidaria con la excepción de una serie de actos para los cuales la unanimidad era necesaria, y entre ellos, el de revocación del nombramiento de Administrador-apoderado a favor de un extraño.

2.º En la cláusula V de la escritura indicada, se estableció también que quedaba condicionada la no disolución de la Sociedad por fallecimiento de uno de los socios a que los herederos del fallecido, «que tendrían los mismos derechos que su causante», estuvieran «representados en la Sociedad por una sola persona, cualquiera que sea la distribución que entre ellos hagan de su participación en la Sociedad, asumiendo, por tanto, dicho representante todo el interés social del socio fallecido».

3.º Fallecido uno de los socios, sus seis herederos nombraron representante de la Sociedad a uno de ellos. Posteriormente, en Junta General a la que no asistió el socio sobreviviente de la Sociedad primitivamente constituida, se acordó por unanimidad la revocación del poder conferido al Administrador-apoderado, otorgándose la oportuna escritura cuya inscripción fue denegada por estimarse preciso el consentimiento del otro socio gestor.

La cuestión que se plantea en este recurso es la de si puede estimarse que al fallecimiento de uno de los dos socios, la Sociedad ha superado la situación de dos únicos socios, queda integrada por siete miembros (el socio sobreviviente y los seis herederos del fallecido), y rige para sus acuerdos el régimen mayoritario, conforme al artículo 12 de la Ley y 122 del Reglamento del Registro Mercantil, incluso para un caso en que estatutariamente se requería el acuerdo unánime, como es el de revocación del nombramiento de Administrador-apoderado en favor de un extraño.

La Dirección General confirma la nota del Registrador con base en la siguiente doctrina:

A) La pretensión del grupo recurrente —mayoritario en capital, pues posee el 75 por 100 del mismo—, altera el equilibrio clara y expresamente establecido de presente y para el futuro, en la escritura de adaptación, y supondría —de aceptarse— una modificación de los Estatutos, en una de cuyas cláusulas se condiciona la no disolución de la Sociedad, a que la representación de los herederos del socio fallecido sea asumida por una sola persona, y en otra, la excepción de una serie de actos a la dirección y administración solidaria, y aunque frente a tales disposiciones estatutarias —por cierto inscritas en el Registro Mercantil— quizá pudiera alegarse el artículo 21, sobre el carácter de socios de los herederos del fallecido, o el 16 que prohíbe las representaciones generales, la aplicación de estos preceptos al caso concreto acarrearía fatalmente —por virtud de la referida cláusula V— la disolución del ente social que de una manera tan precaria se había constituido.

B) Independientemente de la validez o nulidad de tales cláusulas, el hecho es que aparecen inscritas y producirán —conforme al artículo primero del Reglamento de 14 de diciembre de 1956— todos sus efectos mientras no se inscriba la resolución judicial que declare su inexactitud. (Res. de 22 de julio de 1966. *Boletín Oficial* del 22 de agosto.)

# JURISPRUDENCIA

## I. Estudios Jurisprudenciales

### Causa ilícita: Exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo \*

O. VICENTE TORRALBA SORIANO

(Doctor en Derecho)

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Derecho de sucesiones y causa ilícita:* 1) Supuestos en los que no se admite la ilicitud causal: A) No inclusión de bienes en la partición. B) Casos en los que no se alegaba lesión de derechos legítimos.—El fin ilícito y su incorporación al negocio: especial examen de la sentencia de 29 de octubre de 1960. C) Supuestos en los que se alegaba lesión de derechos legítimos.—Consideración del hecho de que queden bienes en el patrimonio para cubrir la legítima. 2) Supuestos en los que se admite la ilicitud causal: A) Existencia de simulación y lesión de derechos legítimos. B) Lesión de legítima realizada a través de complejas combinaciones negociales. 3) Consecuencias de la declaración de ilicitud causal: extensión de la nulidad. 4) Conclusiones críticas.—II. *Ilicitud causal y fraude de acreedores:* 1) Decisiones en las que el fraude no se estima determinante de ilicitud causal. 2) Sentencias en las que la ilicitud causal se liga al fraude de acreedores. 3) Crítica.—III. *La idea de emulación en materia contractual y la ilicitud causal:* 1) Permutas en perjuicio de la esposa e hija de un permutante. 2) Contratos en perjuicio de miembros de una sociedad o asociación. 3) Arrendamiento de cosa común en perjuicio de algunos de los copropietarios.—IV. *Prácticas restrictivas de la competencia.*—V. *Infracción de normas legales y causa ilícita:* 1) Mercancías sujetas a control. 2) Supuestos en materia de arrendamiento. 3) No se admite ilicitud causal por no infringirse una prohibición legal o no lesionarse un interés general.—VI. *Supuestos diversos:* 1) Letra de cambio conteniendo una liberalidad. 2) Simulación absoluta y causa ilícita. 3) Pago realizado por tercero con fines abusivos. 4) Transmisión de títulos robados. 5) La ilicitud causal se pretendía fundar en la existencia de vicios en el consentimiento. 6) Retribución establecida en concepto de funciones superiores a las que efectivamente se desempeñaban. 7) Venta judicial. 8) Acuerdo para intervenir en una subasta. 9) Juegos prohibidos.—VII. *Pactos sobre cuestiones penales:* 1) Perdón de una pena por dinero. 2) Transacción sobre el ejercicio de una acción penal.—VIII. *Infracción de los deberes derivados del empleo o de la función que se desempeña.*—IX. *Pactos que implican la cesación de la vida común de los cónyuges.*—X. *Ilicitud causal y corretaje matrimonial.*—XI. *Causa ilícita y relaciones amorosas ilícitas:* 1) Prestaciones prometidas o cumplidas con el fin de iniciar o reanudar las relaciones ilícitas. 2) Prestación prometida para poner fin a las relaciones. 3) ¿Comunidad de intereses entre los concubinos? 4) Prestación prometida en atención a las necesidades de los hijos.

(\*) Este trabajo se ha realizado con la ayuda de una beca de investigación de la Comisaría de Protección Escolar.

## INTRODUCCION

La finalidad de este trabajo es modesta. En él se tratará únicamente de hacer un estudio analítico de las sentencias del Tribunal Supremo en las que, de alguna manera, ha entrado en juego la cuestión de la causa ilícita. No se examinarán sólo aquellas decisiones en las que se ha declarado o admitido la existencia de ilicitud causal, sino también otras en las que, habiéndose alegado, tal alegación no ha prosperado. Puede decirse, incluso, que el "modus operandi" o, si se quiere, el método que se ha querido seguir, ha sido el de confrontar, dentro de cada una de las secciones en que este estudio se divide, las sentencias en las que se ha admitido la existencia de causa ilícita y las que la han negado por estimar que no se daban los supuestos de hecho requeridos. Se ha pretendido que tal confrontación sirviera para determinar los signos, las razones si se quiere, que usualmente son considerados por el Tribunal Supremo como determinantes de la declaración de ilicitud causal.

El trabajo se ha realizado procurando que ninguna concepción doctrinal influyera sobre el autor y le inclinara a interpretar las decisiones jurisprudenciales según criterios preestablecidos. Naturalmente, es difícil determinar hasta qué punto se ha conseguido semejante propósito; pero lo cierto es que se ha tratado, a lo largo de todo el estudio, de limitar el material de trabajo a los supuestos de hecho y a los criterios de decisión. Lo anterior no significa que el autor no valore las aportaciones de la doctrina en una materia por lo demás muy cultivada, sino, simplemente, que su propósito no ha sido el de hacer un estudio doctrinal o teórico, lo cual no quiere decir que el presente trabajo no sea científico; por lo menos no parece posible llegar a semejante conclusión por el solo hecho de que el estudio se haya limitado a sacar a la luz el juego práctico que la causa ilícita desempeña ante los Tribunales. Resumiendo, tal vez con un cierto espíritu temerario, la temeridad no está reñida con la modestia, podría decirse que se ha tratado de sentar las bases para la construcción de un concepto realista —funcional según la terminología al uso—, de la causa ilícita. Que este concepto realista coincida— lo cual no es improbable— con alguno de los que viene defendiendo la doctrina, no es el momento de decirlo, para ello será necesario la construcción de tal concepto realista, construcción que en este trabajo no se va a abordar.

## I. DERECHO DE SUCESIONES Y CAUSA ILÍCITA

Existe un buen número de sentencias del Tribunal Supremo en las cuales la cuestión de la existencia o no de ilicitud causal aparece íntimamente ligada a la lesión, real o supuesta, de determinados derechos hereditarios. Del estudio de tales sentencias se va a tratar a continuación:

1.—*Supuestos en los que no se admite la ilicitud causal.*

A) *No inclusión de bienes en la partición.*—En la sentencia de 17 de abril de 1923, se planteaba la cuestión de si la no inclusión de determinados bienes en las operaciones particionales podía motivar la nulidad de las mismas por implicar causa ilícita. El Tribunal Supremo estimó que no, afirmando que “por la naturaleza de las particiones hereditarias no puede hablarse de otra causa de las mismas, que la muerte, y la no inclusión aun voluntaria de determinados bienes en el inventario, cualquiera que fuera la causa de ella, no puede producir nulidad de pleno derecho de la partición, sino su rescisión...” (1). La decisión parece justa en tanto en cuanto que no es fácil que hubiere en la ocultación intención fraudulenta, sino que se hizo sólo para no interferir la marcha del negocio de platería y para mantener la aportación en dicho negocio en su unidad originaria.

B. *Casos en los que no se alegaba lesión de derechos legitimarios.*—En la sentencia de 26 de enero de 1900 el Tribunal Supremo no estimó el recurso de la demandante que, accionando como administradora judicial del abintestado de su esposo y alegando la infracción del artículo 4 y la existencia de causa ilícita, pretendía obtener la nulidad de unas ventas hechas por su marido a un primer comprador, el cual, a su vez, volvió a vender a un hermano del primer enajenante, basándose en que su consorte se había confabulado con los compradores (demandados) para privarla de sus bienes. El Tribunal Supremo fundó su decisión en el hecho de que la demandante no había probado que la venta fuera simulada, ni que la simulación se hiciera en perjuicio de tercero “porque en tales circunstancias se funda la demanda para sostener que fue falsa la causa ostensible de este contrato e ilícita su causa verdadera”. Además, conviene recordar una afirmación que el Tribunal Supremo hace a mayor abundamiento. En efecto, después de haber estimado que la demanda era improcedente, se agrega que “aún suponiendo que contra lo determinado en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil tuviera el copartícipe en la causa ilícita de un contrato acción para utilizar ese motivo de

---

(1) HERMANOS ROIG C. ESPUÑES, VELÁZQUEZ Y CERRO, *Jurispr. Civ.* 1933. T. 208. Pág. 601.—Muerto el padre de los demandantes siendo éstos menores, la madre, señora Cerro, practicó las operaciones divisorias inventariando un caudal de 8.000 pesetas y haciendo constar que si aparecían otros bienes se añadirían al inventario. Dichas operaciones se aprobaron judicialmente, actuando de defensor Velázquez. Los demandantes pedían la anulación de las operaciones de división en cuanto en el inventario no se había incluido el capital que el difunto había aportado al negocio de platería de Espuñes, cuya existencia conocían tanto la madre como el defensor judicial. La primera y segunda instancia decidieron la rescisión de la partición, declarando que debían incluirse en ella las cantidades aportadas al referido negocio de platería. Los demandantes recurrieron alegando que no procedía la rescisión, sino la nulidad de las particiones por ilicitud causal en cuanto que a conciencia se habían ocultado bienes.

nulidad en provecho propio, ni por tanto en provecho de su herencia” (2). De igual contenido es la sentencia de 9 de marzo de 1900 (3).

Conviene resaltar en primer lugar, aunque a ello no se haga ninguna referencia en las anteriores sentencias, que no se alegaba lesión de derechos legitimarios, lo cual tiene gran trascendencia, pues como es lógico no se pueden atacar unos contratos del causante por el solo hecho de que vengan a disminuir la masa hereditaria y, por consiguiente, los herederos reciban menos de lo que esperaban, pues aun suponiendo que tal disminución proceda de una liberalidad, ésta no podrá ser impugnada mientras no lesione los derechos que la Ley establece en favor de determinadas personas, es decir, los derechos legitimarios. Respetando tales derechos, el causante tiene absoluta libertad de disposición, por ello, como se irá viendo, la cuestión de la causa ilícita, bien o mal planteada por los litigantes y bien o mal resuelta por los tribunales, aparece siempre ligada a la cuestión de la lesión de los derechos legitimarios, pues es entonces cuando hay oposición a la ley y cuando entra, o puede entrar en juego, el artículo 1.275 que dice que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes.

Una cuestión que aparece en las sentencias estudiadas, y que nos pone sobre la pista del problema, es la de que las razones que se dan para rechazar el recurso se encuentran en el hecho de no haberse probado la simulación de la venta, ni que tal simulación se hiciera en perjuicio de tercero. Con ello queda descubierto el mecanismo sobre el cual se suele basar la alegación de ilicitud causal, es decir, venta simulada, donación encubierta y perjuicio de los derechos legitimarios.

Otro problema que aparece en la sentencia de 26 de enero de 1900 es el referente a la legitimación para ejercitar la acción derivada de la ilicitud causal. Se dice, basándose en el artículo 1.305 y 1.306, que el copartícipe en la causa ilícita no puede utilizar ese motivo de nulidad en provecho propio, ni por tanto en provecho de su herencia. Además, el espíritu de la decisión es el de considerar a la demandante, en cuanto heredera del causante, como copartícipe en la causa ilícita. La solución parece aceptable; ¿pero qué criterio adoptará el Tribunal Supremo cuando el que trate de hacer valer la ilicitud causal sea un legítimo? La respuesta a este interrogante se irá viendo a medida que se vayan analizando las sentencias en que la cuestión se ha planteado.

En la sentencia de 23 de octubre de 1915 tampoco se alegaba infracción de derechos legitimarios, sino que se impugnaban los contratos de venta realizados por la madre de los litigantes a favor de

---

(2) SÁNCHEZ C. FERNÁNDEZ Y MARTÍN, *Jurispr. Civ.* 1900. T. 89. Página 121.

(3) SÁNCHEZ C. FERNÁNDEZ Y MORENO, *Jurispr. Civ.* 1900. T. 89. Página 347.—El problema que se planteaba era idéntico, en ambas sentencias actuaba como actora una misma persona y los fundamentos de la demandada eran semejantes.

los demandados, fundamentándose la existencia de causa ilícita en el hecho de que tales contratos se realizaron con el propósito de privar al recurrente de lo que le correspondía en la herencia. También se alegaba que había simulación y falta de capacidad en la vendedora. El Tribunal Supremo no estimó el recurso, pues consideró que no se había probado la falta de capacidad de la vendedora, ni la inexistencia o ilicitud de la causa de la venta, ni que fuera simulada y para dañar al recurrente. Además, dice que concurren los requisitos para la validez, ya que el precio aparece cierto y existente, no habiendo, por tanto, inobservancia del artículo 1.275 (4).

*El fin ilícito y su incorporación al negocio: especial examen de la sentencia de 29 de octubre de 1960.*—En la sentencia ahora examinada, el Tribunal Supremo, después de decir que el contrato impugnado era válido, estimando que el precio era normal y adecuado en la época, rechaza el motivo del recurso fundado en la ilicitud causal, pues para que exista tal ilicitud es preciso que haya lesión de un interés general de orden jurídico o moral y “en el documento que es objeto de este examen no hay fin ilícito o inmoral perseguido, ni móvil alguno incorporado al negocio que pueda representar nada que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres” (5).

Las razones por las cuales decidió así el Tribunal Supremo parecen hallarse en que encontró extraña la posición de la recurrente, “pues siendo el padre el adquirente de los bienes que en el contrato figuran, bienes a cuyo patrimonio se han de incorporar y que a ella después han de pasar, se impugna el contrato confundiendo la causa con los hechos que son origen de la obligación (6) y la impugnación

(4) RECAMÁN C. RECAMÁN: *Jurispr. Civ.* 1915. T. 134. Pág. 327.

(5) GARCÍA C. BERMÚDEZ, BALAY y otros: *Jurispr. Civ.* 1960. (Edic. of.). T. 92. Pág. 687.—La actora, hija de un primer matrimonio del causante, García, que se casó en segundas nupcias con Balay, alega que ésta, ante la presunción de futura prole, convenció al marido para que, de alguna manera, los bienes que pertenecían a la comunidad hereditaria de sus padres (abuelos de la actora) y cuantos eran propios de la abuela, pasaran a ser gananciales del segundo matrimonio. A tal fin, la abuela y el padre de la actora simularon una compraventa el 12 de diciembre de 1901, por la cual, la primera cedía al segundo los muebles, inmuebles, etc. La actora trataba de fundamentar la simulación en el hecho de que, cuando la única hermana de su padre quiso defender sus derechos hereditarios e impugnar el contrato, García le dio una compensación para que cediese tales derechos y para que reconociera como válido el contrato de 1901. Pedía que se declarase que los bienes de dicho contrato no eran gananciales, sino de su padre, debiendo ser agregados a la masa hereditaria del mismo.

(6) Tal afirmación resulta discutible y a la luz de la doctrina moderna el verdaderamente confundido es el Tribunal Supremo, pues como señala algún autor, refiriéndose a la causa de la obligación, “el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o una “*species facti*” a la cual el ordenamiento jurídico liga el nacimiento o la producción de la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación”. (DÍEZ PICAZO, LUIS: *El concepto de causa en el negocio jurídico*. A.D.C. 1963. T. XVI. Fas. 1.º Págs. 29 y 30).

se efectúa cuando ha fallecido el comprador y han transcurrido casi cincuenta años desde la fecha de su otorgamiento". Además, se estima que, acerca de la existencia de la causa y de su licitud, la afirmación del Tribunal "a quo" ha de prevalecer al no existir prueba en contrario.

Conviene reparar en la afirmación relativa al hecho de que no había fin ilícito o inmoral, ni móvil alguno incorporado al negocio que pueda representar nada que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres, pues con ello parece quererse indicar que, si hubo algún fin o propósito ilícito, éste no se había incorporado al negocio y, por consiguiente, de hecho no se había producido el resultado ilícito, de manera que tal fin había que considerarlo como un simple motivo y, como tal, irrelevante, sin transcendencia jurídica. Podrían recordarse aquí algunas afirmaciones de la doctrina moderna cuando señala que algo diferente de la inmoralidad o ilicitud objetiva de un contrato es la inmoralidad o la ilicitud del propósito de las partes que trata de conseguirse a través de un negocio objetivamente moral y lícito. En este sentido se estima que la causa hay que ligarla al propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener, ya que "un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico" (7). Propósito que, cuando es ilícito, vicia todo el negocio, en cuanto que, como dice DÍEZ PICAZO, es algo distinto de los motivos, pues ha sido elevado por ambas partes a la categoría de presupuesto básico de su negocio (8). En conclusión, para que haya causa ilícita no basta con que exista un fin, propósito o motivo ilícito, sino que se requiere además que tal fin haya sido incorporado al negocio como presupuesto básico y que, por consiguiente, el propósito del resultado empírico ilícito, no se quede en simple propósito, sino que auténticamente se produzca el resultado ilícito querido.

C. *Supuestos en los que se alegaba lesión de derechos legítimos.*—De gran interés es la sentencia de 6 de mayo de 1902, en cuyo considerando primero, el Tribunal Supremo declaró que, "el fin ilícito que los contratantes o alguno de ellos se propongan realizar por medio de la venta o de la compra podría tener sus consecuencias; pero no es causa del contrato ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecte a la esencia de la misma". Sin embargo, donde se contienen las razones que justifican el criterio de decisión adoptado es en el considerando segundo, en el cual se dice que la sentencia recurrida afirma que el contrato de venta no fue simulado y que "al declarar la Sala la nulidad de dicho contrato, por obedecer en su sentir a causa ilícita, entendiéndolo que lo es el propósito de doña C. Uceda de privar a su hija doña J. Moreno de la legítima materna y de impedir que a su fallecimiento percibiera un crédito

(7) DÍEZ PICAZO. Loc. cit. Pág. 32.

(8) DÍEZ PICAZO. Loc. cit. Pág. 32.

reservable no afecto especialmente a las fincas vendidas, ha infringido los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil, aquél por su errónea interpretación y éste por su aplicación indebida...". Dado que en la sentencia no se estima que hubiera causa ilícita por no haber lesión de legítima, resulta acertada la afirmación que se hace a mayor abundamiento señalando que, aun en el supuesto de que el móvil pudiera estimarse como causa de la venta, la parte actora carecería de acción, pues siendo continuadora de la personalidad jurídica de su madre en concepto de heredera de la misma, le alcanza la Regla 2.<sup>a</sup> del artículo 1.306 (9).

Con gran violencia critica esta sentencia MUCIUS SCAEVOLA, pues estima que "como la prestación jurídica es el instrumento de que la mente se vale para realizar su fin, de aquí que no quepa descomponer el elemento causal, como lo hace la sentencia citada, distinguiendo entre la intención inmoral próxima, referida ya concretamente a las prestaciones, y estas mismas prestaciones como hechos de los que ha de inducirse la causa, y sosteniendo con error crasísimo que los mismos objetos de las prestaciones constituyen la causa, que el fin ilícito no es correlativo a la causa ilícita y que, aun cuando podría tener sus consecuencias, no convierte en torpe e ilegal la verdadera del contrato" (10). Sin embargo, MANRESA aprueba la decisión jurisprudencial y afirma "que la concurrencia en un contrato de causas lícitas e ilícitas complica el problema que examinamos; el sentido en que se halla inspirada la sentencia de 6 de mayo de 1902 parece favorable a la eficacia del contrato cuando la causa lícita fuere la esencial del mismo y declarada por la ley; fuera de estos casos, y tratándose de causas particulares establecidas por el contratante, e inseparables, el problema debiera resolverse en el sentido de la nulidad" (11). Importa señalar que, ambos autores, incurren en el error de fundar su crítica en las afirmaciones doctrinales de carácter general que se hacen en algunos de los considerandos de la sentencia, afirmaciones a que tan aficionado es el Tribunal Supremo, pero que, en cuanto

---

(9) ARREDONDO C. UCEDA: *Jurispr. Civ.* 1902. T. 93. Pág. 729.—El actor actuaba como marido y representante legal de Moreno. La madre de la última, Uceda, había contraído un segundo matrimonio y tenía en reserva a favor de Moreno una serie de bienes procedentes de su padre y de su hermano fallecido siendo menor. Uceda otorgó testamento en el cual hacía una serie de legados a favor de diversas personas e instituía única y universal heredera a su hija Moreno. Antes de otorgar dicho testamento, Uceda vendió a su hermano, reservándose el usufructo vitalicio, una casa y una participación en otra. La parte demandante pedía la nulidad de dicha venta por encerrar simulación y, subsidiariamente, la rescisión para que Moreno pudiera cobrar totalmente la legítima paterna. La Audiencia de Granada declaró la nulidad del contrato de venta. El demandado recurrió alegando, entre otras razones, que no había causa ilícita. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

(10) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado*. Tomo XX. Madrid, 1904. Pág. 780.

(11) MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VIII. 2.<sup>a</sup> edición. Madrid, 1907. Pág. 687.

que no influyen en el criterio de decisión adoptado, no tienen ningún valor. Puede decirse que el primer considerando, donde se afirma que el fin ilícito que se propongan las partes no es causa del contrato ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecte a la esencia de la misma, podía haberse suprimido, sin que ello hubiera tenido ninguna influencia en la decisión adoptada, pues, en realidad, lo que se viene a decir es que los motivos no tienen transcendencia jurídica, lo cual es bien sabido. Además, la decisión se adoptó por la razón que se expresa en el segundo considerando y que no es otra más que la de que, existiendo una venta y no estando probado que fuera simulada, no parece que pueda deducirse la lesión de la legítima y, aunque existiera la intención en el causante de realizar tal lesión, dicha intención no tendría más valor que el de un motivo irrelevante. En consecuencia, las afirmaciones sobre el fin ilícito, la esencia de la causa, etc., son accidentales, lo importante es que no aparecieran los dos elementos objetivos, simulación y lesión de legítima, que el Tribunal Supremo, siguiendo una línea constante, suele considerar como decisivos para hablar de ilicitud causal.

De hecho, en el supuesto examinado no hubo ninguna duda en cuanto a la falta de fraude de los derechos legitimarios, pues, si por una parte, tratándose de una venta no simulada, no se comprende cómo se podía intentar el fraude de tales derechos; por otra, parece que los Tribunales llegaron a la conclusión de falta de fraude, así hay que deducirlo del final del considerando segundo, donde se contiene una afirmación de gran valor, aunque se haga incidentalmente; se dice que "si por consecuencia de la enajenación hubiere quedado doña Josefa defraudada en sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de causa, sino la rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio, acción rescisoria que aunque se ejercitó en la demanda conjuntamente con aquella fue desestimada en la sentencia". Por consiguiente, parece estimarse que no hubo lesión y además se pone de manifiesto que, aunque la hubiera habido, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de la causa, sino la de rescisión. Sin embargo, la jurisprudencia posterior no parece haber seguido estos derroteros.

En la sentencia de 14 de diciembre de 1920, tampoco se estimó el recurso de casación fundado en que las ventas se habían hecho por precio inferior al normal y en la infracción del artículo 806. El Tribunal Supremo justificó la decisión en el hecho de que no había lesión en los contratos de venta, pues eran ciertas tanto la entrega de la cosa como la del precio, de lo cual había que derivar lógicamente la inexistencia de ilicitud causal (12).

En la sentencia de 21 de abril de 1928, el Tribunal Supremo dice

(12) SANZ C. VARELA Y APARICIO: *Jurispr. Civ.* 1920. Tomo 151. Página 676.—La demandante era nieta de la causante, Martín, descendiente de ésta y de su primer marido, pues la señora Martín casó en segundas nupcias y cuando se protocolizaron las operaciones de los bienes de su segundo marido, se le asig-

que hay causa lícita en un contrato de venta que la recurrente impugnaba basándose en la falta de causa o en la ilicitud de la misma por consistir en el propósito de despojar de su legítima a la madre del vendedor. Parece ser que el Tribunal Supremo decidió así la cuestión porque no se había probado la falta de precio, ni que la compradora careciera de medios económicos (13).

*Consideración del hecho de que queden bienes en el patrimonio para cubrir la legítima.*—Dentro de la exigencia de que para que haya causa ilícita es preciso que se produzca el resultado ilícito querido, puede colocarse a la sentencia de 8 de noviembre de 1950 por poner de manifiesto que, para que se pueda hablar de ilicitud causal, es preciso que el negocio impugnado deje al vendedor sin bienes suficientes para cubrir la legítima de los perjudicados. En dicha Sentencia el Tribunal Supremo no estimó la existencia de causa ilícita basándose en que, constituyendo los inmuebles objeto del contrato la “casi totalidad” del patrimonio del vendedor —según se afirmaba en la sentencia recurrida—, ello no revelaba el “propósito atribuido de burlar la legítima estricta de los demás hijos, porque no se puede afirmar que los bienes muebles y semovientes que quedaban al vendedor fueran insuficientes para cubrir esa legítima, y, por lo tanto, no hay tal ilicitud de la causa...” (14). Por consiguiente, según esta Sentencia, un negocio no tiene causa ilícita, por lesión de derechos legitimarios, cuando en el patrimonio del causante quedan bienes para cubrir la legítima. La prueba de que no quedan bienes suficientes a tal efecto incumbe al que fundamenta la ilicitud causal en la lesión de los derechos legitimarios.

## 2.—Supuestos en los que se admite la ilicitud causal.

A) *Existencia de simulación y lesión de derechos legitimarios.*—El criterio de que queden o no bienes en el patrimonio para cubrir la legítima aparece también en la sentencia de 22 de marzo de 1961, si

naron participaciones en propiedad y en usufructo en dos casas. El mismo día otorgó escrituras enajenando su participación en dichas casas a los dos hijos de su segundo matrimonio. Fallecida la señora Martín, Sanz demanda alegando que las casas se vendieron para privarla de lo que legítimamente le correspondía.

(13) PEREIRA C. FELIPE: *Jurispr. Civ.* 1928. T. 183. Pág. 358.—El hijo de la actora vendió a su cuñada varios bienes, entre ellos una casa por 6.400 ptas. Fallecido el vendedor, su madre promovió el abintestato y la viuda y la cuñada dicen que no quedaban bienes porque habían sido vendidos a la segunda. La demandante alegaba que la venta era simulada y que el precio no era cierto.

(14) MIRÁS C. MIRÁS: *Jurispr. Civ.* 1950. (Edic. of.). T. 17. Pág. 24.—Fallecido el padre de los litigantes, las demandantes tuvieron conocimiento de que había vendido al demandado por 4.000 ptas las 86 partidas de bienes que integraban el lugar de Mirás. En la demanda se alega que tal venta era una liberalidad disfrazada de contrato oneroso y que se había pretendido privar a los demandantes de legítima. La primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia confirmó. Los demandantes recurrieron alegando, entre otras razones, la de la ilicitud de la causa por infracción de los artículos 806, 807 y 808 del Código Civil.

bien en este caso determinó la declaración de la existencia de causa ilícita, pues el Tribunal Supremo estimó que lo que quedaba en el patrimonio de los causantes a su fallecimiento no era suficiente para cubrir la legítima (15). También la sentencia de 4 de febrero de 1964 señala que “absorbida la totalidad del patrimonio por el contrato impugnado, resulta patente el hecho de que doña Obdulia no se quedó con otros bienes, imponiéndose como lógica consecuencia la estimación de la ilicitud de la causa de dicho contrato, ya que se pretendió por él eludir el artículo 806 del Código civil...” (16).

El Tribunal Supremo admite la existencia de causa ilícita en la sentencia de 12 de julio de 1941 (17), estimando que las circunstancias que acompañaban al contrato (relaciones de convivencia entre las partes, falta de concreción en cuanto a los bienes que eran objeto de la supuesta venta, la falta de correspondencia seria entre el precio que se dice entregado y el valor de los bienes) y las que subsiguieron al mismo (como la de no haberse encontrado en poder del vendedor, al tiempo de su muerte, tres días después del contrato, las 1.000 pesetas que figuraron como préstamo) revelaban la falsedad de la causa consignada, por no ser real y efectivo el precio de la operación, y demostraban que el verdadero propósito de los otorgantes era realizar y recibir, respectivamente, una enajenación gratuita. Debiendo ser reconocida la simulación del contrato y siendo patente la verdadera naturaleza del mismo, así como el hecho de que el transmitente no se quedó con otros bienes, se impone como lógica consecuencia la estimación de la ilicitud de la causa de dicho contrato, ya que se pretendió con él eludir los artículos 806, 807 y 808 del Código civil, siendo indudable que “no puede conceptuarse que tenga causa lícita la venta de bienes hecha por un padre para sustraerlos a su sucesión en perjuicio de sus hijos...”.

Una doctrina semejante aparece en la sentencia de 12 de abril de 1944, en la que el Tribunal Supremo, refiriéndose a la teoría sub-

(15) MORALES Y HERNÁNDEZ C. CABEZA Y MORALES: *Jurispr. Civ.* 1961. (edi. of.). T. 97. Pág. 600.—El matrimonio demandante alegaba que Hernández había comprado a los causantes, Nicasia y Lorenzo, la nuda propiedad de varias fincas, que los fallecidos simularon vender a la demandada, Dolores Cabeza, diversas fincas rústicas y una urbana, entre ellas algunas de las ya vendidas a Hernández. Piden sentencia declarando que las ventas hechas a la demandada trataban de privar a la demandante y demás hijos de los causantes de la legítima, teniendo, por tanto, causa ilícita.

(16) ISABEL M. N. C. JOSÉ Y ASUNCIÓN N. M. *Aranzadi* 1964. T. XXXI, Vol. I, núm. 546, pág. 545.—Se impugnaba un contrato de compraventa pidiendo la declaración de inexistencia por simulación absoluta y, en su defecto, la nulidad por ser la causa ilícita.

(17) RICARDO V. C. CLAUDIO V.: *Aranzadi* 1941. T. 8.º, núm. 912, pág. 561. El padre del actor había vendido al demandado, su sobrino, todos sus bienes y lo había subrogado en todos los derechos que a aquél le asistieran y pertenecieran en la herencia de sus padres e hijo Manuel. El actor alegaba falsedad en la causa, ilicitud de la misma por quererse desheredar a los hijos del vendedor, etc. Las instancias desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo estimó el recurso.

jetiva de la causa, no estimó el recurso, manteniendo la sentencia de la Audiencia, que había declarado la inexistencia de la venta, venta que era simulada, porque con ella se trataba sólo de lograr la ilícita finalidad de privar a un hijo de sus derechos legitimarios. También se alegaba en uno de los motivos del recurso que según el artículo 1.306, si había causa torpe, ni la causante ni el actor, en cuanto heredero, podían repetir lo dado en virtud del contrato. El Tribunal Supremo afirmó que “la posición del hoy recurrido no queda afectada por su condición de sucesor a título universal a consecuencia de los actos que su causante realizara, con mengua de sus derechos legitimarios...” (18).

Comentando la última sentencia, BONET RAMÓN se muestra favorable al criterio sentado en ella de considerar a los legitimarios como terceros a efectos de impugnar los actos del causante declarados nulos en virtud de causa ilícita por implicar lesión de la propia legítima. Señala el referido autor que los legitimarios son también terceros, porque, si bien son herederos, tienen un derecho intangible a la legítima que les es reconocido por la ley y que pueden defender contra la malicia de su causante (19). También comentando esta sentencia dice DÍEZ PICAZO que “el hecho de ser herederos de la vendedora no impide que un legitimario impugne la venta realizada precisamente en perjuicio de la legítima. La aceptación de la herencia no hace desaparecer las acciones encaminadas a la protección y defensa de los derechos legitimarios” (20). DÁVILA GARCÍA, siguiendo la misma línea, señala que el legitimario puede rechazar la cualidad de heredero que le concede el testador o la ley, en la sucesión abintestato, sin perjuicio de la legítima (21). Concluyendo sobre este punto, y recordando el criterio aplicado en las sentencias de 26 de enero de 1900 y 6 de mayo de 1902, puede decirse que el Tribunal Supremo parece estimar que el heredero, en cuanto tal, no puede impugnar los actos de su causante por razón de causa ilícita, pues se le considera copartícipe en cuanto continuador de su personalidad; sin embargo, el legitimario puede impugnar los actos de su causante por razón de ilicitud causal en cuanto que tales actos perjudiquen su legítima. La razón se encuentra en que los derechos legitimarios vienen fijados por la ley y

(18) ARMAS C. ARMAS: *Jurispr. Civ.* 1944, 2.ª serie. T. 6.º, pág. 424.—La madre de los litigantes vendió por documento privado al demandado la nuda propiedad de varias fincas rústicas por 810 pesetas, precio que confesó haber recibido con anterioridad. La madre murió habiendo testado ante notario, declarando en su testamento que la referida venta era simulada y que los bienes objeto de la misma correspondían a su herencia testada. La parte recurrente decía que el propósito de privar a un hijo de los bienes hereditarios sería un móvil, pero no era causa.

(19) BONET RAMÓN: *Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1944*. R. D. P. 1944, pág. 551.

(20) DÍEZ PICAZO: *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1962, páginas 379 y 380.

(21) DÁVILA GARCÍA: *Herederos o legitimarios. Actos y contratos simulados*. R. C. D. I. 1945, pág. 107.

el legitimario se puede considerar como tercero respecto de su causante en lo que a tales derechos se refiere.

En la sentencia de 12 de abril de 1946, el Tribunal Supremo estimó el recurso basándose en que, tanto la sentencia como el recurrente, reconocían que la venta envolvía donación, y que “se ha de ver en el propósito —dice—, que presidió la donación, de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del donante, la causa que domina y da razón de ser al contrato, y ha de ser calificada de ilícita” (22). Idéntica doctrina y semejante supuesto de hecho aparecen en la sentencia de 11 de diciembre de 1957, en la que se tuvo que resolver un recurso interpuesto por el actor, basándose en que unas ventas y una renuncia realizada por él mismo lesionaban los derechos del hijo de su segundo matrimonio. El Tribunal Supremo declaró la existencia de ilicitud causal, estimando que los actos de renuncia y venta fueron encaminados “a la privación de los derechos legitimarios que el Código civil concede a la mujer e hijos legítimos”, pero no se estimó el recurso y se mantuvo el pronunciamiento absolutorio de la demanda en virtud del principio “*nemo auditur suam turpitudinem allegans*”, acogido por el artículo 1.306 del Código civil “en el sentido de que no hay acción para repetir lo que se hubiere dado a virtud de actos realizados con causa torpe o ilícita...”, por lo cual, el actor, en cuanto que participe de la causa ilícita, no estaba efectivamente legitimado para pedir la anulación (23). Del mismo tenor es la sentencia de 24 de marzo de 1950 (24).

La sentencia de 13 de febrero de 1951, siguiendo la línea de las anteriores, es más descriptiva que ellas. En dicha sentencia, el Tri-

---

(22) FERNÁNDEZ C. MARTÍNEZ: *Jurispr. Civ.* 1946 (edic. of.). abril a junio, pág. 158.—La demandante alega que estuvo casada con Torres, que se disgustaron y tuvo lugar la separación de hecho, y que el marido, para privarla de sus derechos en la herencia, otorgó escritura de venta de la nuda propiedad de tres fincas a la demandada, su amante, la cual había estado siempre en mala situación económica.

(23) SIMÓN C. MARTÍN Y CORCHERO: *Jurispr. Civ.* 1957 (edic. of.). T. 64, pág. 367.—Los demandados eran descendientes de un primer matrimonio del actor el cual contrajo segundo matrimonio, y fruto del mismo fue un hijo. Después de discutir con su segunda mujer, fue a vivir con los demandados, que le convencieron para que les vendiera todas las fincas, como así lo hizo. A continuación, los demandados le abandonaron y fue recogido y atendido de nuevo por su mujer. Los demandados le desahucieron de todos los bienes que había vendido o cedido, incluida la casa donde vivía con su segunda esposa e hijo. En la demanda se pide que la venta y renuncia sean declaradas nulas por simulación.

(24) PÉREZ C. PÉREZ, CAIRÓS y otros: *Jurispr. Civ.* 1950 (edic. of.). T. 14, pág. 463.—El padre de los litigantes otorgó testamento en el que legaba a una de sus hijas varios bienes inmuebles y muebles, legado que había de imputarse a los dos tercios de mejora y libre disposición. El mismo día vendió a la referida hija diversos bienes. En la demanda se alegaba que la venta era simulada y que se había realizado para hacer posible una adjudicación de bienes a dicha hija, adjudicación que no cabía dentro de los tercios de mejora y libre disposición.

bunal Supremo rechazó el recurso y mantuvo la calificación de causã ilícita señalando que no podía fundamentarse la validez de las ventas, como pretendían los recurrentes, en el hecho de que, aunque éstas fueran inexistentes por causa falsa, se fundaban en otra lícita, como era la liberalidad del enajenante, lo cual motivaría la existencia de donaciones válidas. Sin embargo, tal argumentación no podía admitirse ya que para ello se requeriría la licitud de la causa subyacente, y la Sala sentenciadora había afirmado que era ilícita la verdadera causa de aquellas operaciones “porque con ellas se propusieron los contratantes burlar la prohibición de disponer de la legítima...” (25).

B) *Lesión de legítima realizada a través de complejas combinaciones negociales.*—Hay casos en los que la lesión de los derechos legitimarios se trata de realizar a través de unas combinaciones negociales más complicadas de las que se dan en el supuesto de venta simulada que encubre una donación. Así sucede en el caso resuelto por la sentencia de 7 de octubre de 1958, en el cual el Tribunal Supremo estimó la existencia de dos negocios simulados a través de los cuales se pretendía realizar la finalidad ilícita y fraudulenta. En síntesis, el supuesto de hecho era el siguiente: A. Otero persuadió a su abuela, J. Rozas, para que le cediera todos sus bienes, a tal efecto la abuela otorgó ante notario una escritura de cesión de bienes a favor de E. Abad, padre político de Otero; dos meses después, Abad permutó las fincas con Otero por una yunta de bueyes, dos terneras y 4.000 pesetas, todo lo cual se confesaba recibido, además, Otero se obligaba a alimentar a su abuela hasta la muerte y a pagarle los funerales. El Tribunal Supremo estimó que la causante había hecho donación universal a su nieto, en perjuicio de sus hijos, simulándose a tal efecto la cesión y permuta, todo lo cual es “maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta y que no sólo priva de validez a los contratos simulados, sino también a la donación subyacente...” (26). En la sentencia de 4 de abril de 1961, el Tribunal Supremo también reconoció la existencia de causa ilícita en un supuesto en el que se lesionaban derechos legitimarios con la mediación estudiada de un intermediario. Se dice en uno de los considerandos que se “fingió enajenar a don J. Cedrón aquel global y unitario patrimonio familiar con el propósito de que aquel seudoadquirente lo

---

(25) MARQUÉS C. MARQUÉS: *Jurispr. Civ.* 1951 (edic. of.). T. 18, pág. 582.—El padre de los litigantes había estado casado en primeras nupcias con la madre de los demandados, y en segundas, con la del demandante. Cuando el hijo menor del primer matrimonio adquirió la mayoría de edad, el padre vendió, en veintitrés días, a los demandados todos los bienes. En la demanda se pedía que se declarara la nulidad de dichas ventas y la de las donaciones simuladas.

(26) OTERO C. OTERO Y ABAD: *Jurispr. Civ.* 1958 (edic. of.). T. 72, página 209.—La actora era hija de Rozas y pedía en la demanda que se condenara a Otero a devolver a la comunidad de herederos los bienes que había recibido de Rozas a través de las combinaciones negociales a que hace referencia el texto.

transmitiese posteriormente, como así consta, a medio de la escritura de 12 de enero de 1923, a don J. Fernández, esposo de doña P. Villar, perjudicando con ello económica y jurídicamente no sólo a las hermanas de ésta, sino muy especialmente al accionante don José Villar, indiscutible legitimario... y esas transferencias, taradas de esa clara intencionalidad de privar a los legitimarios de la porción mínima de derechos sucesorios, son consideradas con reiteración por la jurisprudencia, como integrantes de una acusada ilicitud causal..." (27).

### 3.—Consecuencias de la declaración de ilicitud causal: extensión de la nulidad.

La sentencia de 20 de octubre de 1961 es interesante al respecto, pues después de afirmar que la compraventa fue simulada, sin que mediara precio, habiendo tenido por objeto privar de su legítima a los dos hijos de la supuesta vendedora, todo lo cual constituye una causa ilícita, señala que "la donación encubierta no ya solamente por defecto de forma..., sino por aquel vicio sustancial, ha de considerarse, aun dentro de los límites de la legítima, nula e ineficaz a tenor de los artículos 1.275 y 1.276" (28). La doctrina que se sienta en cuanto a la extensión de la nulidad por ilicitud de la causa, es totalmente lógica y congruente con la reglamentación legal, ya que se declara la nulidad de la donación disimulada en su totalidad, incluso en la parte que en concepto de legítima corresponda al donatario, conforme con lo que prescribe el artículo 1.275: "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno".

### 4.—Conclusiones críticas.

Después del examen de las sentencias del Tribunal Supremo, es posible determinar los signos que son tenidos en cuenta para proceder a la declaración de la ilicitud causal, tales signos parece que pueden reducirse esquemáticamente a los siguientes: 1) simulación de la venta, 2) donación encubierta, 3) lesión de los derechos legitimarios. Puede decirse que, cuando se dan las condiciones señaladas, el Tribunal Supremo declara la existencia de causa ilícita, declaración que

(27) VILLAR C. VILLAR, FERNÁNDEZ y otros: *Jurispr. Civ.* 1961 (edic. of.). T. 98, pág. 59.—Doña Estrella Riveira, madre del actor, una vez fallecido su marido, y sin liquidar previamente la sociedad de gananciales, fingió vender a Cedrón el lugar llamado Riveira. Transcurridos seis meses, Cedrón fingió vender dicho lugar a Fernández, marido de Villar, a su vez hija de Estrella Riveira. En la demanda se pide la nulidad e ineficacia de dichos contratos, pues con ellos se realizaba el propósito de madre e hija de que los demás hijos no llegasen a adquirir nada del conjunto de los bienes.

(28) GARCÍA C. GARCÍA, AMADOR y otros: *Jurispr. Civ.* 1961 (edic. of.). T. 102, pág. 515.—Por escritura de 13 de abril de 1944, doña E. Valera, madre del actor, había simulado la venta de todas sus fincas a su otro hijo, F. García. Parece que se trataba de privar de la legítima a los restantes hijos de la vendedora, teniendo, por ello, la donación disimulada causa ilícita.

lleva implícita, como es lógico, la sanción establecida por el artículo 1.275 del Código civil, es decir, que tanto el negocio simulado como el disimulado quedan sin efecto, el primero por carecer de causa y el segundo por tenerla ilícita.

Cabe hacer ciertos reparos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente analizada en cuanto que, basándose fundamentalmente en la lesión de los derechos legitimarios, declaró la existencia de causa ilícita, con las consecuencias que ello implica, esto es, con la consecuente declaración de nulidad del acto o contrato. DÁVILA GARCÍA, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1944, anteriormente examinada, que declaró la nulidad del contrato por existir ilicitud causal, parece no estar de acuerdo con tal criterio, estimando que lo procedente es la declaración de ineficacia relativa (rescisión) en tanto fuere necesaria para satisfacer los derechos del legitimario, pero de ningún modo se debe declarar la ineficacia total del contrato (29). El mismo autor estima que con la rescisión se obtiene solamente compensación por el daño económico sufrido (ineficacia suficiente). Con la nulidad se declara la inexistencia del acto (ineficacia absoluta), sin que la causa sea la existencia de un perjuicio. Entiende también que la acción de inoficiosidad es acción rescisoria y, por ello, se reducen los actos hasta el límite necesario para completar la legítima, quedando en todo lo demás vigentes, “y es que el acto o contrato que merma o disminuye la legítima no es nulo, sino rescindible” (30).

Las observaciones anteriores son acertadas; sin embargo, el análisis de la jurisprudencia pone de relieve que tal nulidad se produce a través del mecanismo de la ilicitud causal, por existir efectivamente lesión de legítima, pero también porque tal lesión se realiza de una cierta manera. Conviene no olvidar que uno de los signos a los que aparece ligada la declaración de causa ilícita es el de la existencia de simulación. Por consiguiente, lo que hay que analizar, para enjuiciar adecuadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es tanto como contrarrestar los efectos de la lesión de la legítima y los medios que se han de conceder al lesionado; sino si, efectivamente, en los supuestos de hecho existían razones suficientes —además de la lesión de legítima que por sí sola no lo es— para estimar la existencia de causa ilícita.

La solución del problema puede encontrarse comparando los casos en que la lesión de los derechos legitimarios se produce a través de una simple donación y aquellos otros —precisamente los que determinan la declaración de ilicitud causal— en los que se realiza a través de la compleja combinación negocial de la venta simulada, en general contrato oneroso, que encubre una donación. En el primer caso, no parece que se haya tenido la intención manifiesta de lesionar los

---

(29) DÁVILA GARCÍA. Loc. cit. Pág. 107.

(30) DÁVILA GARCÍA. Loc. cit. Pág. 110.

derechos legitimarios, pues realizándose la donación abiertamente, sin ocultarla, en el supuesto de que se perjudique a algún legitimario del donante, basta con recurrir a los medios normales establecidos por el Código en defensa de la legítima, esto es, a la reducción de las donaciones por inoficiosidad. En estos supuestos puede suceder, incluso, que exista intención de perjudicar a un legitimario y para ello se realice la donación, pero no se ha tratado, en el montaje del negocio, de eludir la aplicación de las normas imperativas establecidas en defensa de la legítima, normas cuya aplicación resulta evidente cuando existe una donación que lesiona derechos legitimarios. Por el contrario, cuando la lesión se realiza a través de una donación encubierta bajo la apariencia de compraventa, los contratantes no sólo tratan de perjudicar a los legitimarios, sino que, además, pretenden eludir los mecanismos establecidos por la ley en defensa de la legítima. Externamente se crea la apariencia de un negocio que no viola ni infringe la legítima, pero debajo de tal apariencia hay una auténtica violación de las leyes imperativas que establecen y tratan de asegurar la efectividad de los derechos legitimarios. El negocio se realiza con oposición a la ley y tratando de evitar la reacción de la propia ley contra el mismo: sin embargo, cuando no existe más que donación en perjuicio de los legitimarios, habrá una infracción legal, pero no se ha intentado eludir la reacción o sanción establecida por la misma ley.

Todas las observaciones anteriores pueden servir para justificar la aplicación del mecanismo de la causa ilícita, con la consiguiente sanción de nulidad, a los supuestos en que la lesión de legítima se realiza fraudulentamente a través de una donación encubierta bajo la forma de venta. No obstante, es preciso reconocer que si el análisis se limita al resultado práctico conseguido, puede observarse que, tanto si la lesión se produce mediante donación como si se realiza a través del mecanismo examinado de la simulación, el efecto conseguido es el mismo; por ello, parece lógico que una vez probada la simulación, la cuestión deba resolverse aplicando las normas de reducción de las donaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo ha hecho así; sino que parece que haya estimado que, existiendo una intención de las partes marcadamente dirigida a realizar y mantener la lesión, la reacción del Derecho contra semejante conducta debe ser más vigorosa que en los supuestos en que la lesión de los derechos legitimarios se realice sin tanta maquinación e incluso involuntariamente. Sólo así se puede justificar el recurso a la causa ilícita y al artículo 1.275.

Hay autores que encuentran acertada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así FUENMAYOR, que refiriéndose a algunas decisiones concretas, declara expresamente "que la compraventa simulada para lesionar los derechos de un legitimario es inmoral y, por serlo, hace ilícita la causa de la liberalidad disfrazada..." (31).

---

(31) FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: *Intangibilidad de la legítima*. A. D. C. 1948. T. 1.º, fas. 1.º, pág. 56.

## II. ILICITUD CAUSAL Y FRAUDE DE ACREEDORES

1.—*Decisiones en las que el fraude no se estima determinante de ilicitud causal.*

En la sentencia de 26 de julio de 1946 se planteaba la cuestión de la ilicitud causal de una donación y de una renuncia a una herencia, ambas hechas en fraude de acreedores. Respecto a la primera, dice el Tribunal Supremo que “sin que aun en el supuesto no admitido de que se tratara de una donación en fraude de acreedores, esta sola circunstancia fuera suficiente para reputar el contrato falto de ese esencial requisito e inexistente en su consecuencia (uno de los motivos del recurso alegaba que la donación era inexistente por falta de causa al ser ésta ilícita por estar otorgada en fraude de acreedores), pues de lo contrario, todos los contratos celebrados en fraude de acreedores no podrían ser nunca rescindibles como les estima el Código civil en el número tercero del artículo 1.291, dado que la rescisión implica la existencia de un contrato válidamente celebrado, como expresamente se reconoce en el artículo anterior...”. Respecto de la renuncia a la herencia, se dice que “aun fundada en que contiene más obligaciones que derechos y resultaría, por tanto, gravosa para el heredero, que es el motivo por el que generalmente se rechaza, no constituye ningún acto ilícito ni inmoral, asistiendo al heredero perfecto y legítimo derecho a defender su propio patrimonio, no asumiendo obligaciones que le quebranten, ni puede sostenerse que tal renuncia es en perjuicio de terceros, los acreedores del causante, porque tal renuncia no les limita ni entorpece su derecho a hacer efectivos sus créditos del caudal hereditario...” (32). Conviene poner de relieve el principio sentado de que el fraude de acreedores no es, por sí solo, suficiente para determinar la declaración de ilicitud causal de la donación.

2.—*Sentencias en las que la ilicitud causal se liga al fraude de acreedores.*

De gran interés es la sentencia de 30 de septiembre de 1929, en ella el Tribunal Supremo mantuvo la declaración de nulidad de un contrato basándose en que había fraude para los acreedores, lo cual

---

(32) REVUELTA C. VEGUILLAS, GÓMEZ y otros: *Jurispr. Civ.* 1946 (edic. of.). Abril a junio. Pág. 754.—El marido de doña E. Gómez hizo donación a sus hijos de la nuda propiedad de un depósito de títulos de la deuda interior que había constituido la madre del donante, reservándose el usufructo, en el Banco de España. Fallecido el donante, su esposa repudió la herencia por sí y en representación de sus hijos menores. La cuestión litigiosa se planteó entre los acreedores del fallecido, que estimaban que la donación era rescindible y nula por estar hecha en fraude de acreedores, y los hijos, que, por el contrario, sostenían la validez de la donación y su irresponsabilidad respecto de las deudas paternas por haber repudiado la herencia.

originaba la existencia de causa ilícita. Sin embargo, en el considerando siguiente se estima, con toda lógica, supuesta la existencia de ilicitud causal, que el actor, en cuanto heredero del vendedor, carecía de toda acción conforme al artículo 1.305, estimándose además, que dicha acción había ya prescrito por haber transcurrido el término de cuatro años (33). Resulta absurdo que se declare la nulidad por existencia de causa ilícita basándose en que había fraude para los acreedores, lo procedente habría sido, dado que el actor no era acreedor, sino hijo del vendedor, la nulidad por simulación absoluta, siempre, naturalmente, que tal simulación fuera efectiva. Lo que en ningún caso parece admisible es que el fraude de acreedores sirva para fundamentar la declaración de ilicitud causal, ya que el Código Civil establece una reglamentación especial y concreta para este supuesto, cual es la de la rescisión. Por otra parte, la misma sentencia deshace totalmente los efectos que tendría la declaración de nulidad por ilicitud causal, recurriendo para ello al expediente de negar acción al actor, en cuanto que, siendo heredero del vendedor, hay que considerarlo participe en la causa ilícita.

Además, la sentencia declara también la prescripción de la acción, afirmando que la petición debió formularse en el término de cuatro años, declaración que no parece congruente con la causa de la nulidad, puesto que siendo ésta la ilicitud causal, no es procedente someter a la acción al plazo de cuatro años, como ha declarado el mismo Tribunal Supremo en otras sentencias, así en la de 12 de abril de 1946, donde se señala que el contrato con causa ilícita es radicalmente nulo, no siendo dudoso que los artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil "excluyen de su ámbito el contrato con causa ilícita, tanto porque la ilicitud equivale a carencia de causa, según el artículo 1.275, como porque para nada se menciona el caso de ilicitud en el cómputo de los cuatro años que dura la acción de anulabilidad".

La sentencia de 26 de abril de 1962 resuelve el caso sometido incurriendo en la tentación de hacer declaraciones de principio. En efecto, en la sentencia de que ahora se trata se mantiene la calificación de ilicitud causal de un contrato de liquidación de la sociedad de gananciales, afirmándose "que aún dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden, y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o

---

(33) GARCÍA C. GARCÍA Y ROBLES: *Jurispr. Civ.* 1929. T. 190, pág. 594.— Se alega en la demanda que el padre del demandante, hallándose bajo la amenaza de varias ejecuciones, se entrevistó con los demandados y les propuso hacerles venta simulada de dos fincas. Puestos de acuerdo, otorgaron la correspondiente escritura, después de ello el vendedor continuó disponiendo de dichas fincas. El actor pide que se declare la nulidad del contrato y que las fincas pertenecieron a su padre hasta su muerte y posteriormente al demandante y sus hermanos como herederos.

inmoral... con lo que esta doctrina proclama en definitiva el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa..." (34).

### 3.—Crítica.

Comentando la última sentencia examinada, Peña y Bernaldo de Quiros se plantea la cuestión de si los contratos en fraude de acreedores son nulos o rescindibles. Para dar una respuesta, distingue entre las disposiciones a título gratuito y aquéllas otras a título oneroso. Respecto de las primeras estima que, generalmente, implicarán contratos simulados, con simulación absoluta, siendo, por consiguiente, inexistentes. Cuando no haya simulación habrá una presunción de fraude según el artículo 1.297. En cuanto a las disposiciones a título oneroso, también será frecuente el caso de simulación absoluta con las consecuencias correspondientes. En los casos en que no haya simulación, sino verdadera enajenación, hay que distinguir si el adquirente era o no cómplice en el fraude. Si no lo es, el acto debe prevalecer, pues la adquisición a título oneroso y de buena fe no puede quedar supeditada a la intención del transmitente; por consiguiente, si la adquisición ha de mantenerse será preciso aplicar el régimen de la rescisión, pues si se aplica el de la nulidad absoluta o inexistencia, por ilicitud de la causa, el adquirente no quedaría protegido. Si el adquirente es cómplice en el fraude —como lo era en el caso resuelto por la sentencia—, también debe aplicarse la doctrina de la rescisión, pues el "Código Civil —continúa diciendo Peña y Bernaldo de Quiros—, establece una regulación especial precisamente para este supuesto; enajenación onerosa con complicidad (v. gr., el art. 1.298, 1.297, II), regulación que sería inútil si entendiésemos que hay nulidad absoluta". Además, la rescisión concuerda mejor que la nulidad con la protección que se debe a los acreedores, pues de lo que se trata es de que cobren, no debiéndose invalidar el acto más que en lo que sea necesario para tal fin. Sería excesivo concederles una acción para pedir la nulidad absoluta, imprescriptible y sin protección para los que hubieran adquirido de buena fe y a título oneroso (35).

(34) MENOR Y RODRÍGUEZ C. CORTIÑAS Y PEREIRA: *Jurispr. Civ.* 1962 (edic. of.). T. 108, pág. 700.—En la demanda se alega que los demandados, para perjudicar a los actores, que eran acreedores de la mujer por haberla defendido en los litigios que, por desavenencias matrimoniales, había tenido con el marido, el otro demandado, del cual estaba separada legalmente, liquidaron la sociedad de gananciales fraudulentamente constituyendo a la esposa en estado de insolvencia, pues se adjudicaron todos los bienes al marido, a pesar de que la mayoría de ellos se debían atribuir a la mujer en pago de sus parafernales y mitad de gananciales. En la demanda se pide la nulidad del contrato de liquidación y subsidiariamente, sólo para el caso de que no se estimara la inexistencia, la rescisión por haberlo otorgado en fraude de acreedores.

(35) PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS: *Causa ilícita y fraude de acreedores* (sentencia de 26 abril 1962). A. D. C. 1962. T. 15, fas. 4, págs. 1089 y 1090.

De todo lo dicho, puede deducirse que no es procedente declarar la existencia de causa ilícita por el solo hecho de que haya fraude de acreedores, como se afirma en la sentencia, anteriormente examinada, de 26 de junio de 1946.

### III. LA IDEA DE EMULACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL Y LA ILICITUD CAUSAL

Recordando que los actos del propietario inspirados en la intención de causar daño al vecino están prohibidos, e introduciendo la misma idea en materia contractual, parece conveniente analizar en esta sección una serie de sentencias dictadas para resolver supuestos en los que, a través de un contrato, se trataba de perjudicar a un tercero ligado con uno de los contratantes por otra relación contractual, de copropiedad, etc. Se podía haber incluido también aquí la cuestión relativa al fraude de acreedores, e incluso la de lesión de legítima, pero éstas tienen una tipicidad y una sustantividad propias, por lo cual se han examinado en los epígrafes anteriores.

#### 1.—*Permutas en perjuicio de la esposa e hija de un permutante.*

La sentencia de 11 de enero de 1928 parece fundar la declaración de ilicitud causal en la existencia de mala fe en los contratantes y en el propósito de producir un fraude o lesión de derechos a terceras personas. En efecto, se declara en dicha sentencia que sería indebida la aplicación del artículo 1.275 si se hubiera estimado lícita la causa del segundo contrato, “pero declarada su ilicitud no puede sostenerse tal infracción, sin que tampoco quepa semejante aserto respecto a los artículos 27 y 38 de la Ley Hipotecaria (Ley de 21 de abril de 1909), pues en la sentencia no se dice que “Pegerto Fernández, su esposa y su hijo”, carecieran de la condición de terceros con respecto a la primera permuta, sino que conocieron perfectamente la inexistencia de ésta, en tiempo oportuno, y que con perfecta mala fe, con complicidad voluntaria, otorgaron la segunda escritura para impedir los justos efectos de las acciones que pudiesen ejercitar quienes se considerasen dueños de las fincas permutadas al Eduardo Boo...” (36). La declaración de inexistencia de la primera permuta y la aplicación de la causa ilícita a la segunda se justifican en cuanto que, a través de tales permutas, se perjudicaba a la esposa y a la hija del primer permutante, a la primera porque se sustraían unos bienes de la sociedad de gananciales y a la hija porque mediante la segunda permuta

(36) VARELA C. BOO, FERNÁNDEZ y otros: *Jurispr. Civ.* 1928. T. 180. Página 239.—Por escritura de 1 de octubre de 1915, don Carlos Rodríguez, marido de la demandante, permutó varias fincas por una huerta propiedad de Boo. Parece ser que la permuta se hizo con el encargo confidencial de que Boo reservara las fincas a una hija de Rodríguez. En 1920, Boo volvió a permutar las fincas por un labradío de Fernández. La actora pide la nulidad de ambas permutas.

—a través de la cual se querían impedir los efectos de las acciones que los posibles dueños ejercitaran, creando para tal fin la figura del tercer adquirente a título oneroso, pero que en el caso examinado no produjo el efecto deseado en cuanto que faltó la buena fe—, se dejaba sin efecto el encargo de reserva que su padre había establecido a su favor.

2.—*Contratos en perjuicio de miembros de una sociedad o asociación.*

La sentencia de 6 de diciembre de 1947 resolvió un caso, en el cual el recurrente afirmaba que un contrato de venta tenía causa ilícita porque el motivo que indujo al vendedor a concertar la venta fue el de incumplir las obligaciones anteriormente contraídas con el que proponía el recurso. Sin embargo, el Tribunal Supremo no admitió tal argumentación basándose en una complicada distinción entre el concepto de causa en sentido legal, considerada elemento esencial, y los móviles del otorgamiento de la convención jurídica o el fin ulterior que los contratantes se propusieron. En algunas afirmaciones, el Tribunal Supremo parece identificar la ilicitud de las prestaciones con la de la causa, así cuando se dice que “hay que tener presente que la ilicitud de la causa a que alude el segundo párrafo del artículo 1.275 del Código es una cualidad objetiva inherente a la prestación que se exige u ofrece, la cual, al ser por sí misma inmoral o contraria a la ley, determina la ineficacia del contrato, según el mismo precepto legal aludido y a su vez el móvil o intención de los contratantes es una determinación subjetiva de la voluntad, secundaria respecto del consentimiento contractual, que si, probablemente influye en la convención jurídica a que afecta, no ataca su existencia, sino que la vicia en sus consecuencias de muy diversos modos, llegando a producir, según los casos, su nulidad o invalidez”. Sin embargo, las razones concretas que determinaron que no se declarara la ilicitud causal se expresan con claridad al afirmar que en lo que respecta “a la causa legal del mismo (del contrato), aparece probado en este pleito que hubo como prestación del vendedor la entrega de un negocio y por parte del comprador un precio cierto y determinado, que si se reputa exiguo habrá de advertirse que la cosa entregada también desmerecía de su anterior apreciación, y esta causa no es por ser ilícita ni da ocasión, por tanto, a determinar la inexistencia del contrato, ni puede tampoco argüirse de falsa o ficticia, porque el Tribunal “a quo”, por el examen de la prueba, declara que hubo en esta compraventa completa traslación del dominio que permitió al comprador transmitir con eficacia y ampliamente, según consta en autos, sus facultades dominicales al apoderado...” (37).

(37) RUIZ DE AGUIRRE C. RUIZ DE AGUIRRE Y VIDAL: *Jurispr. Civ.* 1947 (edic. of.). T. 3. Vol. 4. Pág. 473.—En escritura pública de 1933, el demandado Ruiz de Aguirre, vendió al demandante el negocio y fábrica de pastas para

Como puede comprenderse, las afirmaciones de tipo general sobre la ilicitud de la causa y sobre el móvil o intención de los contratantes, a pesar de que en la sentencia se afirma que se aplican tales principios al caso resuelto, no fueron las razones que influyeron para dar tal solución; sino que, por el contrario, lo que se tuvo en cuenta fue el hecho de que el contrato no apareció como simulado, sino real y verdadero, de lo cual se desprende que no hubo intención malévola, por lo menos en el comprador. De aquí que si el vendedor actuó con la intención de perjudicar a su socio, deba ser él solo el que sufra la sanción de su conducta, pero no el comprador, ajeno a tales maquinaciones, que pagó un precio razonable. Tales fueron los signos que determinaron la no admisión de la ilicitud causal y no las declaraciones de tipo general sobre los motivos, declaraciones que son válidas para el caso resuelto, en cuanto que en él tales motivos no fueron decisivos en la determinación del contrato, ni quedaron incorporados al mismo, por lo cual no se les puede reconocer trascendencia para motivar la nulidad. En consecuencia, las declaraciones de tipo general se elaboran teniendo en cuenta el caso concreto, siendo válidas dentro de los límites del mismo, lo que ya no resulta admisible es que se les pretenda dar un valor de principio, siendo así que las peculiaridades de otros supuestos de hecho han llevado al Tribunal Supremo a sentar criterios decisivos totalmente contrarios. Baste recordar al respecto todas las sentencias que hablan de la teoría subjetiva de la causa.

La sentencia de 31 de octubre de 1955 no admite la existencia de causa ilícita que el recurrente quería fundar en la connivencia de los demandantes para enriquecerse a costa de los demás miembros de la agrupación de fabricantes de purés que gozaban de mayores cupos, en la falta de concreción de los cargos, defectuosa contabilidad, etc. El Tribunal Supremo justifica la no estimación de causa ilícita afirmando que "la ilicitud de la causa se define por ser contraria a la ley y moral, lo que no aparece en las anteriores premisas, que abonarían en todo caso un irregular cumplimiento de contrato con efectos específicos ajenos a su nulidad...". Se señala también que los motivos no son la causa en sentido legal "si no constan incorporados al contrato mismo como objeto esencial de él, y, por tanto, no afectan a la eficacia del contrato" (38). La "*ratio decidendi*" de la sentencia se encuentra

---

sopa, la Walkiria. El vendedor dirigió una carta a su socio industrial, Vidal, haciéndole presente la venta de dicho negocio. Vidal, estimando infringido el contrato existente entre él y el vendedor, entabló demanda que terminó con sentencia del Tribunal Supremo que declaraba incumplido tal contrato y condenaba al demandado, Ruiz de Aguirre, a determinadas prestaciones. La ejecución de esta sentencia motivó que la comisión del Juzgado se presentara en la fábrica vendida a fin de proceder al embargo, siendo entonces cuando se dedujo demanda de tercería de dominio, alegándose que los bienes no eran propiedad del socio del señor Vidal, sino del actual demandante.

(38) LENA, RODRÍGUEZ y otros C. HERNÁNDEZ: *Jurispr. Civ.* 1955. (edic. of.). T. 42. Pág. 812.—Los litigantes, fabricantes de purés, acordaron constituir

en el hecho de que las irregularidades alegadas afectaban a la realización o ejecución del contrato y no a la formación del mismo, momento en que hay que calibrar la causa.

### 3.—*Arrendamiento de cosa común en perjuicio de algunos de los copropietarios.*

La sentencia de 12 de marzo de 1952, refiriéndose a unos contratos de arrendamiento de cosas comunes a favor de un copropietario, realizados con el fin de impedir la intervención de las demandantes, también copropietarias, en la explotación de los bienes comunes, estimó la existencia de ilicitud causal “en su sentido finalista o de móvil impulsivo y determinante de la contratación...” (39).

Parece ser que la idea directriz que puede deducirse de las sentencias examinadas se encuentra en el hecho de que el perjuicio a tercero haya sido el supuesto básico del contrato, admitiéndose sólo en tal caso la ilicitud causal, como sucede en las sentencias de 11 de enero de 1928 y 12 de marzo de 1952.

## IV. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Existen dos sentencias en las cuales el Tribunal Supremo se ha enfrentado con este problema, la primera es la de 15 de enero de 1894, en la cual se tuvo que decidir sobre la licitud de la escritura de fundación y el reglamento de la “Unión Industrial”, asociación constituida, según se decía en sus estatutos, con el fin de favorecer los intereses del gremio de tiendas de papel pintado, evitando las competencias ruinosas. El Tribunal Supremo estimó la ilicitud afirmando que “es requisito esencial de todo contrato, ya sea mercantil o puramente civil, que recaiga sobre objeto lícito no contrario a las leyes, a la moral o al orden público, y no pueden estimarse como tales los pactos reservados contenidos en el reglamento porque se rige la “Unión

---

una caja de compensación, para que los cupos y entregas de primeras materias no favorecieran o perjudicaran a unos más que a otros. En 1945, ante la falta de consistencia del grupo, se acordó la disolución, estableciéndose que se cumplieran las obligaciones contraídas. El demandado debía 250.281 ptas. En la demanda se pide que se le condene al pago de tal cantidad.

(39) SERRANO C. SERRANO: *Jurispr. Civ.* 1952. (edif. of.). T. 23. Vol. 2.º Pág. 274.—En la herencia de los padres de los litigantes había una fábrica de harinas y una ebanistería que había sido adjudicada a los siete hermanos en partes iguales e indivisas. Las dos hermanas demandantes reclamaron la intervención en la marcha de ambos negocios; pero los demandados para evitar tal intervención, y sin contar de los demandantes, otorgaron sendos contratos de arrendamiento a favor de uno de ellos. Las demandantes afirman que tales contratos eran simulados y dirigidos a alejar su intervención de los negocios. Sobre los contratos en daño de tercero, GULLÓN BALLESTEROS, A.—*En torno a los llamados contratos en daño de tercero*. R.D.N. Año VI. Núm. XX. Abril-junio de 1958. Págs. 111 y ss.

Industrial”, cuyos artículos 8 y 13, revelando el verdadero objeto de la titulada sociedad anónima y los medios que había de emplear para realizarlo, con tendencia uno y otros a alterar el precio de las cosas coartando la libertad de la contratación y del trabajo y regulando sus condiciones, bajo cuyas bases no es lícito establecer vínculo alguno eficaz de derecho” (40).

El otro supuesto es el resuelto por la sentencia de 21 de abril de 1926, en la que se planteaba la ilicitud de la “Asociación de Salineros de España”, la cual, se decía en el recurso, tenía objeto y causa ilícita en cuanto que se trataba de impedir la libre concurrencia respecto de un artículo de primera necesidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo no estimó el recurso basándose en que la “asociación no es de todos los salineros, de todos los productores, sino de los que voluntariamente se han asociado, y éstos tienen completa libertad en la administración de sus productos, y como a nadie se impone —y buena prueba de ello es que la sociedad recurrente no figura en la misma—, no hay nada atentatorio a la moral, al derecho, a la libre concurrencia, sino únicamente una asociación de defensa de productores en beneficio de la economía nacional, para que tengan vida determinadas industrias”. Se dice también que se debe permitir a los productores la obtención de un precio remunerador con que atender no sólo a la debida mejora de salarios, “sino, además, para sostener la bondad de los productos y evitar que una competencia, acaso desleal o ilegítima, produzca desequilibrios que, aunque a primera vista parezcan favorables al consumidor, en definitiva arruinan al productor y a las industrias nacionales” (41).

Lo que importa destacar es que para que prospere la ilicitud, en aquellos casos en que se trata de alterar el funcionamiento normal del mercado, es preciso que se coarte la libertad de contratación, que se trate de alterar el precio de las cosas, etc., y, además, que la aso-

---

(40) UNIÓN INDUSTRIAL C. CARREÑO: *Jurispr. Civ.* 1894. T. 75. Página 89.—El pleito se inició porque el demandado, al que se tenía por socio fundador, anunció su retirada de la “Unión Industrial”, pues estimaba nulos la escritura de fundación y el Reglamento.

(41) *Asociación de Salineros de España C. Sociedad Salinera Española*, *Jurispr. Civ.* 1926. T. 170. Pág. 738.—En 9 de febrero de 1920, representantes de diversas empresas, dedicadas a la explotación de la sal, constituyeron la “Asociación de Salineros de España”. Una de las empresas que suscribió la creación de tal asociación fue “Salinas Marítimas de San Pedro del Pinatar”. La asociación creada tenía la finalidad de defender los intereses de la industria, eliminar competencias perjudiciales, vender la sal en las mejores condiciones, etcétera. En julio de 1920 la “Salinera Española”, que no formaba parte de la asociación, adquirió la propiedad de las “Salinas Marítimas de San Pedro del Pinatar”. La sociedad vendedora, de acuerdo con la cláusula 27 de los Estatutos, impuso a la compradora la obligación de formar parte de la Asociación. “Salinera Española” satisfizo diferentes sumas a la Asociación por ventas de sal procedente de San Pedro del Pinatar; pero, como juzgara que los fines de la Asociación eran ilícitos, dirigió una carta a la misma, diciendo que el convenio y los Estatutos eran nulos. De este modo se inició el litigio.

ciación no esté justificada por razones de defensa de los productores y de la economía nacional. Todos estos factores parece haber tenido en cuenta el Tribunal Supremo para resolver los casos estudiados y, naturalmente, la solución concreta que se pueda adoptar en hipótesis semejantes dependerá de su dosificación en cada supuesto (42).

## V. INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES Y CAUSA ILÍCITA

### 1. *Mercancías sujetas a control.*

La sentencia de 30 de junio de 1925 resolvió un caso en el que la sociedad demandante y recurrente planteaba la cuestión de la ilicitud causal, alegando que el contrato de cesión era nulo por oponerse a la legislación, a la sazón vigente, prohibitiva del ilegal tráfico de acaparador e intermediario en el negocio de carbón al que, como almacenista, se dedicaba el demandado, siendo también ilícito el sobreprecio que el último había pactado a su favor. Sin embargo, parece ser que el precio total acordado, esto es, el precio que había que pagar a la entidad productora, más el que se había pactado a favor del demandado, era inferior al fijado por la Ley de Tasas. El Tribunal Supremo no admitió tales argumentaciones, afirmando que "toda vez que el recurrente suscribió el contrato que hoy impugna como nulo, y se aprovechó del mismo aun después de haber hablado de rescindirlo, según declara el fallo recurrido, que al desestimar la excepción opuesta en este sentido, interpreta acertadamente las leyes civiles y las administrativas en que tal excepción se funda" (43).

La sentencia de 27 de octubre de 1956 resolvió un recurso en el que el recurrente alegaba que el precio del camión, superior al fijado por la Ley de Tasas, no era razón suficiente para estimar la existencia de causa ilícita. Sin embargo, el Tribunal Supremo no admitió el recurso, si bien las razones que da no se limitan únicamente a la procedencia de la declaración de la ilicitud causal; sino que estima la existencia de un contrato contra ley, por lo cual afirma "que la Sala de Instancia declara la nulidad absoluta de la compraventa del camión de acuerdo con el artículo 4.º del Código civil, por infracción de la tasa oficial y sin impugnar este extremo expresamente la sentencia ha de quedar subsistente y, por ello, no pueden prosperar los tres

---

(42) Teniendo en cuenta la complejidad del problema y el hecho de que en el mismo se involucran gran cantidad de factores económicos, la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, después de referirse a las prácticas prohibidas y a las excluidas, habla en el artículo 5 de las exceptuables, incluyendo en éstas a los acuerdos y decisiones que, no obstante estar comprendidos en el artículo 1, por contribuir "a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico" estén expresamente autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

(43) S. A. TORRAS HERRERÍA Y CONSTRUCCIONES C. RUEDA: *Jurispr. Civ.* 1925, T. 167. Pág. 347.—El señor Rueda había cedido a la entidad demandante el contrato que tenía con la "S. A. Hulleras del Turón" de Asturias.

restantes motivos del recurso, toda vez que los tercero y cuarto aluden a la aplicación errónea de los artículos 1.306 y 1.275 del Código civil sobre la causa ilícita de los contratos..., pues cualquiera que fuese el criterio de la Sala sobre el particular, los dos primeros preceptos están incluidos en el capítulo referente a la nulidad contractual, y la sentencia declara la absoluta derivada por infracción a leyes prohibitivas, como la de Tasas...” (44). Conviene tener en cuenta que en esta sentencia la cuestión de la causa ilícita aparece diluida dentro del problema más general del acto contra ley.

La sentencia de 8 de junio de 1957, resolviendo un supuesto semejante al de la sentencia anterior, establece un criterio decisorio totalmente distinto. En el recurso se alegaba la existencia de causa ilícita basándose en que por Decreto de 6 de junio de 1947 y 20 de enero de 1950 no podía el camión ser objeto de venta, ni de ningún contrato que implicara cesión de uso. El Tribunal Supremo estimó que se planteaban dos cuestiones: la validez y eficacia del arrendamiento como convención civil y la naturaleza de la disposición administrativa que prohibía la cesión del camión durante dos años. Respecto de la primera cuestión, estima que el contrato reúne las condiciones exigidas por el artículo 1.261 del Código civil y que la causa no era torpe. En cuanto a la disposición administrativa, esto es, respecto al Decreto de 6 de junio de 1947, estima que obedece a motivos circunstanciales, siendo de aplicación marcadamente temporal y la prohibición establecida de realizar la transferencia o cesión de los vehículos aludidos no tiene, como sanción expresa de su quebrantamiento, la nulidad del acto o contrato que lo produjo, sino la incautación o comiso del objeto y su venta en pública subasta, “castigando así de igual modo tanto al vendedor o cedente como al comprador o cesionario, lo cual revela que opera sobre la existencia y realidad del contrato transgresor, sin acusar su nulidad y por ello está lejos de toda duda que una disposición administrativa de tales características no puede tener influencia alguna para destruir los vínculos de orden civil creados...” (45).

---

Torras debía de abonar a Rueda, independientemente del precio que debía de pagar a las “Hulleras del Turón”, una cantidad por Tm. como indemnización de la cesión.

(44) GRAÑEDA C. PALENCIA: *Jurispr. Civ.* 1956 (edic. of.). T. 52. Pág. 1070. El demandante, en sociedad con un tal Valdés, había comprado un camión al demandado y había pagado varios plazos del precio. Exigió de Valdés que retirara algunas letras, pero éste no lo hizo y, aprovechando una ausencia del actor, entregó el camión al vendedor. El demandante pide que se declare el incumplimiento del contrato por el vendedor, que el precio no era el de tasa, etcétera.

(45) “INDUSTRIAS AGRÍCOLAS J. DE LA CIERVA, S. A.” C. ARTIÑANO: *Jurispr. Civ.* 1957. (edic. of.). T. 60. Pág. 303.—La entidad demandante había arrendado un camión al demandado por un plazo de dos años. El demandado no había pagado las 5.000 ptas. mensuales del arriendo durante seis meses. En el contrato se había establecido que, en caso de incumplimiento, la parte culpable pagaría a la otra 25.000 ptas. La demandante pide el camión y que se con-

Conviene poner de manifiesto la actitud del Tribunal Supremo respecto de la cuestión de la causa que la liga al arrendamiento como convención civil, separándola de la infracción de las normas administrativas. Tal actitud parece criticable, pues el artículo 1.275 enlaza la ilicitud causal con el hecho de que haya oposición a la ley; sin embargo, hay que reconocer que el proceder es correcto, pues si la sanción que la propia disposición establecía para los contratos que se realizaban en contra de lo dispuesto en ella, no era la de nulidad, no sería lógico que a tal nulidad se pudiera llegar por aplicación del artículo 1.275. De lo dicho resulta que, a pesar de que el citado artículo dispone que no producen efecto alguno los contratos con causa ilícita y que ésta existe cuando se opone a las leyes; no obstante, la nulidad no se producirá, cuando sea procedente, por el juego de la ilicitud causal y del artículo 1.275, sino que la sanción vendrá determinada, más o menos explícitamente, por la propia norma infringida. Por consiguiente, la alegación de causa ilícita por oposición a la ley, cuando exista una ley concreta infringida, no tiene más valor que el de una argumentación a mayor abundamiento y no puede servir por sí sola para fundamentar una decisión que establezca una sanción más grave que la dispuesta en la propia ley.

Cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el significado del artículo 1.275 al decir que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes? Si tal oposición se interpreta en el sentido de que opere respecto de una ley concreta y determinada, ya se ha visto que el juego de tal artículo en dichos casos es bien pobre y se limita a servir de argumento a mayor abundamiento, sin tener una sustantividad y eficacia propias. Por ello, parece conveniente estimar que, al hablar de oposición a las leyes, no se está haciendo referencia a aquellos casos en que la oposición se da clara y terminantemente respecto de una ley concreta, en cuyo supuesto habría que estar a la sanción dispuesta por la misma ley; sino que, por el contrario, se está apuntando a aquellas hipótesis en que no habiendo oposición a normas concretas existe, sin embargo, tal oposición respecto de los principios inspiradores del orden jurídico y de la vida comunitaria. En conclusión, parece ser que cuando se habla en el artículo 1.275 de oposición a las leyes se está haciendo referencia a la noción de orden público. Es posible que el codificador no pensara así, pero no hay duda que el juego práctico del precepto apunta en tal dirección (46).

En la sentencia de 8 de febrero de 1958, el Tribunal Supremo no estimó un recurso, fundado en uno de sus motivos en la existencia

---

dene al demandado a pagar todo lo que debe. El demandado fue condenado y recurrió.

(46) TRABUCCHI se refiere al concepto de orden público interno, entendiendo por tal a aquél que no pueden derogar los actos desarrollados en el interior del Estado y dice que los principios de orden público interno no están necesariamente expresados en normas (*Istituzioni di Diritto Civile*. 13. ed. Padova 1962. Pág. 168).

de causa ilícita basada en que uno de los pactos del contrato infringía una circular de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes. Estimó el Tribunal Supremo que no podía hablarse de causa ilícita, "ya que la entrega "a pie de árbol", cuyo pacto es el que se reputa ilícito, sólo significa una modalidad de la ejecución del contrato y nunca su causa; por lo que el citado artículo 1.275 no puede estimarse infringido." (47). En este supuesto cabría pensar que lo que había era un pacto o cláusula contrario a la ley, pero que el contrato en su conjunto era válido, por ello, lo único que se podía haber pretendido era la nulidad de tal pacto o cláusula concreta, pero no la nulidad total del contrato, pretendiendo fundamentar la existencia de causa ilícita en un pacto relativamente accesorio que, como dice el Tribunal Supremo, "no afectaba a la esencia del contrato".

De menor interés es la sentencia de 27 de mayo de 1959 que resolvió un recurso fundado en la existencia de causa ilícita por infracción de la Ley de Tasas que había motivado, según el recurrente, la incautación de las mercancías vendidas; pero el Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de la Audiencia de que las mercancías vendidas no eran las mismas que las incautadas, no admitió la existencia de ilicitud causal. (48).

## 2.—Supuestos en materia de arrendamiento.

De gran interés es la sentencia de 22 de marzo de 1955, la cual, basándose en el concepto de causa del artículo 1.274, en relación con el 1.543 del Código Civil, señala que la causa "era para la arrendadora el precio o renta que había de cobrar y para el arrendatario el uso y disfrute de la posesión arrendaticia de ese local, pero como ese disfrute era contrario a lo preceptuado en el artículo 1.º de la Ley de 26 de julio de 1935 por darse todas las circunstancias que éste requiere para que no se considerase extinguido el contrato anterior al año 1934 sobre el mismo local a favor del actor recurrente, es incuestionable que en derecho no podía entrar el segundo arrendatario en el disfrute del objeto del contrato que correspondía al primero, y,

---

(47) VILLALVA C. PALACIOS: *Jurispr. Civ.* 1958. (edici. of.). T. 66. Pág. 303. Los demandantes habían convenido con el demandado en venderle la cosecha de aceitunas. En la demanda se dice que se había acordado que la entrega se haría a pie de árbol y que se pagaría a medida que se fuera recogiendo. Recogida toda la cosecha se pide que el comprador pague el valor total. La Audiencia condenó al demandado al pago y éste recurrió alegando que no se había obligado a hacerse cargo de la aceituna a pie de árbol, pues ello era contrario a la reglamentación vigente y que la mercancía había sido intervenida por culpa de los vendedores, por lo cual, ellos debían de sufrir el riesgo.

(48) FERNÁNDEZ C. "SOCIEDAD INDUSTRIAL CAUCHERA, S. A.", VILA Y "SOCIEDAD ANÓNIMA MERCANTIL ESPAÑOLA", *Jurispr. Civ.* 1959. (edic. of.). T. 79. Pág. 869.

por tanto, esa posesión arrendaticia era imposible por contraria a la ley, y por ello ilícita como causa del contrato..." (49).

Importa destacar que la fuente de la ilicitud causal se encuentra en la ilicitud de una de las prestaciones, con lo cual parece que el mismo resultado podía haberse conseguido estimando que se trataba de ilicitud del objeto y aplicando el apartado 3.º del artículo 1.271. Sin embargo, tampoco puede hablarse con rigor de ilicitud en el objeto, ya que habría bastado que el arrendatario primitivo no hubiera tenido interés en continuar el arrendamiento para que hubiera sido válido el segundo contrato. Por consiguiente, la ilicitud resulta más que del segundo arrendamiento en sí, del hecho que éste se pactara lesionando un derecho que al anterior arrendatario le concedía la ley. Por lo menos, en este juego es donde parece encontrar el Tribunal Supremo la razón para declarar la ilicitud causal, por ello, señala que el segundo arrendatario no podía entrar "en el disfrute del objeto del contrato que correspondía al primero".

En definitiva, la ilicitud causal se liga a la infracción de una disposición legal, lo cual, según la fórmula del artículo 1.275, es correcto; pero una vez más es necesario recordar que la cuestión se podía haber resuelto, dada la oposición del segundo arrendamiento a la ley de 26 de julio de 1935, sin necesidad de recurrir al expediente de la causa ilícita. La misma sentencia parece reconocerlo así cuando, respecto al segundo arrendamiento, dice que la posesión que el mismo implicaba "era imposible por contraria a la ley". Después de semejante afirmación puede decirse también que tal posesión, por oponerse a la ley, es ilícita como causa del contrato; pero ello no añade nada nuevo, no produce ningún efecto ni altera la solución a que se había llegado previamente.

La sentencia de 23 de noviembre de 1961 declara la existencia de causa ilícita en un supuesto en que se pretendía realizar fraude a la ley recurriendo a una simulación. Se trataba del traspaso de un local de negocio realizado clandestinamente a través de la venta de unas acciones. Se afirma en la sentencia que "la causa en el contrato disimulado, concertado por los recurrentes con los recurridos, fue para aquellos la adquisición del uso del local traspasado, y para éstos, el precio de dicha cesión de uso; pero como se hizo en forma clandestina, el motivo o razón de la ocultación se reputa como causa al

---

(49) SÁNCHEZ C. GONZÁLEZ y SUÁREZ: *Jurispr. Civ.* 1955. (edic. of.). T. 39. Pág. 354.—El actor tenía establecida una droguería en Oviedo. Durante los sucesos revolucionarios de octubre de 1934 el edificio se incendió y la Junta de Socorro establecida por el gobierno indemnizó a la dueña del edificio para que lo reconstruyera. Una vez reconstruido, la arrendadora alquiló el local a Suárez. El actor pide que se declare la nulidad de tal arrendamiento y la persistencia del suyo, pues la ley de 26 de julio de 1935 establecía que los arriendos anteriores a los sucesos de 1934 continuarían vigentes si se reedificaba el edificio y el arrendatario quería continuar el arriendo.

ser la misma ilícita por contraria a la ley, según la conceptúa el artículo 1.275 del Código Civil" (50).

En esta sentencia parece distinguirse entre la auténtica causa del contrato disimulado —la cual se encuentra, siguiendo la norma del artículo 1.274 del Código, en la adquisición del uso del local traspasado para una parte y, para la otra, en el precio de dicha cesión de uso— y otro elemento que no es la causa, pero se reputa como causa, en cuanto que encierra en sí la razón de la ilicitud, tal elemento es el motivo o razón de la ocultación, de la clandestinidad, en cuanto que por medio de él se realiza el fraude a la ley. Por consiguiente, esta decisión, inspirada en la teoría subjetiva de la causa a la que se refiere expresamente, pone claramente de manifiesto que a través de la causa ilícita se da relevancia jurídica a los móviles o motivos subjetivos los cuales dejan de ser irrelevantes cuando se concretan en un resultado que implica lesión del ordenamiento jurídico.

3.—*No se admite ilicitud causal por no infringirse una prohibición legal o no lesionarse un interés general.*

Cuando no se produce lesión del orden jurídico, no hay razón para que entre en juego el mecanismo de la ilicitud causal, así se desprende de numerosas sentencias y, en especial, de la de 20 de noviembre de 1930, donde se afirma que "no habiendo prohibición legal no pueden tener aplicación ni el artículo 4.º, ni el 1.275 de dicho Cuerpo legal" (51). La afirmación que se hace en esta sentencia es excesivamente amplia en cuanto que, como se ha dicho, el recurso a la causa ilícita tiene interés cuando no existe una ley concreta infringida.

En la sentencia de 12 de noviembre de 1917 no se admitió la causa ilícita por no estimarse la existencia de un pacto de "cuota litis" (52).

La sentencia de 14 de diciembre de 1940 es de gran interés en cuanto que señala que "por muy grande que sea la extensión que las teorías actuales y la jurisprudencia han dado al concepto de la causa ilícita, al traer a ella numerosas y fecundas aplicaciones de una concepción subjetivista de la causa, que viene a ensanchar los horizontes de la concepción clásica y legal de ella, en nada facilita dicho concepto de viabilidad del presente recurso, toda vez que lo que ca-

(50) TRILLES C. ALCOCEBA, *Jurispr. Civ.* 1961 (edic. of.). T. 103. Pág. 672.

(51) BRUGUERA y JARDI C. BANCO DE TORTOSA, *Jurispr. Civ.* 1930. T. 197. Página 224.—Los demandantes planteaban la cuestión de la validez de la creación de obligaciones hipotecarias realizada por un tal señor Lamotte, allegando una serie de disposiciones según las cuales las personas individuales no tuvieron nunca tal facultad.

(52) BERNÁRDEZ C. BERMELLO: *Jurispr. Civ.* 1917. T. 141. Pág. 656.—El actor había prestado como abogado unos servicios al demandado, habiéndose acordado, para que los honorarios no resultaran gravosos, que la retribución se fijaría mediante una participación en el beneficio líquido que en el negocio obtuviera el demandado.

racteriza fundamentalmente la ilicitud de la causa es la lesión de un interés general, de orden jurídico o moral, y en la convención de autos no hay fin perseguido ni móvil alguno incorporado al negocio, que pueda considerarse contrario a las leyes o a las buenas costumbres" (53). Parece acertada esta sentencia al ligar la ilicitud causal a la lesión del orden jurídico o moral, no limitándolo a la infracción de una norma legal concreta.

Dentro de esta sección, dedicada al estudio de la ilicitud causal por infracción de normas legales, podrían incluirse algunas sentencias del Tribunal Supremo que hablan de ilicitud causal en materia de usura; sin embargo, aquí se prescindirá de tal exposición, pues dada la existencia de una regulación concreta de esta materia en la ley de 1908, la cuestión de la causa ilícita pierde interés por las razones apuntadas en diversos lugares de este trabajo.

Conviene advertir que el Tribunal Supremo en muchos de los casos en los que, existiendo infracción de una norma legal, utiliza el mecanismo de la ilicitud causal, siendo así que, como se ha dicho, en tales supuestos la causa ilícita no es más que un argumento a mayor abundamiento, lo hace porque los abogados le obligan a ello, ya que éstos alegan la ilicitud causal para dar mayor fuerza y consistencia a sus argumentaciones.

## VI. SUPUESTOS DIVERSOS

### 1.—*Letra de cambio conteniendo una liberalidad.*

La sentencia de 12 de julio de 1899, que no tiene más que un valor anecdótico, refiriéndose a un supuesto en el cual el librador de una letra de cambio, que no había hecho provisión de fondos, recurría alegando que en la misma se contenía una liberalidad o donación, afirma que "de ser cierto el hecho alegado por parte del recurrente como causa para suponer que en la letra se contenía una liberalidad o donación gratuita, ese hecho es de suyo tan inmoral, que constituiría una causa notoriamente ilícita, e ineficaz, por tanto, para producir obligación alguna" (54). La afirmación de que, si la letra contenía una liberalidad, tal hecho sería inmoral, parece muy exagerada. Desde luego, que resulta absurdo y excesivamente complicado el sistema de recurrir al mecanismo de la letra de cambio para hacer una donación; por ello, hay que pensar que, como seguramente sucedía en el caso examinado por la sentencia, tal donación no existía, siendo sólo un

---

(53) SOCIEDAD "A. H. DE V." C. HEREDEROS DE L. N. *Aranzadi*, 1940. T. VII. número 1.135. Página 690.—En la demanda se pedía el cumplimiento de un contrato y la Audiencia condenó a la parte demandada a que pusiera a disposición de la sociedad demandante el mineral que se determinaba y la producción total de las minas de su propiedad en los términos del contrato.

(54) PARUNELLA C. GASCH: *Jurispr. Civ.* T. 87. Pág. 717.

último punto de apoyo del actor para conseguir la cantidad a que se hacía referencia en la letra. No obstante, hay que estimar que si la letra fue suscrita efectivamente con intención de liberalidad, sería válida como tal donación (55).

### 2.—*Simulación absoluta y causa ilícita.*

De interés resulta la sentencia de 26 de junio de 1903 en cuanto que pone de manifiesto que la nulidad del contrato se produce por simulación, sin que se dieran las circunstancias necesarias para estimar la existencia de una causa torpe, de la cual quería obtener el demandado la aplicación del artículo 1.306, apartado 1.º, con la consiguiente desestimación de la demanda. En efecto, en la referida sentencia se afirma que, aun cuando la sentencia recurrida habla de contrato con causa ilícita, lo que realmente aprecia es que dicho contrato fue simulado, por ello, “no se trata de contrato real y efectivo, aunque celebrado con causa torpe, sino simulado, que excluye consiguientemente la aplicación del artículo 1.306 del Código; y porque dada tal simulación es perfectamente indiferente que el temor que indujo a los otorgantes a figurar el contrato fuese más o menos fundado y más o menos lícito, puesto que su nulidad e ineficacia no depende de vicio en el consentimiento, sino de su real y efectiva inexistencia” (56). Lo que importa señalar es que la sentencia pone de manifiesto que, cuando hay simulación absoluta, no puede hablarse de causa torpe en cuanto que no hay contrato; por ello, no puede aplicarse el artículo 1.306, apartado 1.º, pues, además de que tal artículo está establecido para regular los efectos de la nulidad del contrato motivada por causa ilícita, implicaría la consecuencia absurda de que se produciría un enriquecimiento injusto a favor de aquél que ha intervenido en la simulación recibiendo los bienes y no entregando nada en cambio, como habría sucedido en el caso resuelto por la sentencia si a la actora no se le hubiera permitido repetir lo que había entregado.

### 3.—*Pago realizado por tercero con fines abusivos.*

La sentencia de 1 de julio de 1904 aplica la doctrina de la causa ilícita a la relación surgida del pago de unos recibos de contribución de una casa hecho por el inquilino de la misma, el cual reclamó judi-

---

(55) En este sentido DABIN.— *La teoría de la causa*. Trad. esp. Madrid. 1955. Pág. 309, nota 16.

(56) MARTÍNEZ C. SOSA: *Jurispr. Civ.* 1903. T. 95. Pág. 1027.—La demandante había vendido al demandado unas cabras, ganado lanar, etc. En la demanda pedía la nulidad de tal venta alegando que el demandado, que era primo hermano suyo, administraba sus bienes y le propuso la venta simulada para evitar las complicaciones que pudieran surgir de una demanda que dos hermanos del fallecido marido de la actora iban a dirigir contra ella creyendo tener derecho a la herencia del difunto. La Audiencia declaró la nulidad del contrato y el demandado recurrió.

cialmente que se le abonaran dichos recibos, llegando hasta provocar la venta en pública subasta de la casa, consiguiendo que le fuera adjudicada. El Tribunal Supremo afirma que si la Audiencia ha estimado ineficaz el pago y la subrogación del tercero ha sido “por existir causa torpe o ilícita en los actos ejecutados por el demandante, y por que, según el principio anteriormente consignado, es aplicable a la relación contractual establecida por el pago entre el que lo verificó y los que debieron hacerlo como poseedores o administradores de la casa, las prescripciones de los artículos 1.305 y 1.306 del Código, según las cuales cuando la nulidad de un contrato provenga de ser ilícita su causa u objeto —como acertadamente ha estimado la Sala sentenciadora que ocurrió en este caso— y la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato; de donde se sigue que semejante acto, viciado por causa torpe, no puede servir de base a ulteriores reclamaciones, ni engendrar vínculo alguno eficaz de derecho entre el que pagó y el deudor...” (57). Sin duda que fue el incorrecto proceder del demandante lo que determinó la declaración de existencia de causa torpe con el fin de que no pudiera obtener lo que se había propuesto al realizar el pago, ya que actuó movido por tan inicuos propósitos. En efecto, hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho resuelto por la sentencia es el que contempla el artículo 1.158-2.º del Código civil, según el cual “el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad”. Por consiguiente, en principio, no hay duda de que el que verificó el pago podía reclamarlo, pero de su conducta, tanto en el momento del pago, como posteriormente, hasta que consiguió que se le hiciera adjudicación de la casa, deduce el Tribunal Supremo la existencia de causa torpe con la consecuencia de que se le imposibilita para reclamar lo que había pagado y, como es lógico, con mayor motivo, también para obtener todo lo que había pretendido.

#### 4.—*Transmisión de títulos robados.*

El Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de julio de 1.904, refiriéndose a la transmisión de unos títulos de la deuda robados, afirma que la Audiencia llegó al convencimiento “de que los actos que mediaron entre la Jesusa Pérez y Ruestes no tuvieron una causa lícita, necesaria siempre para que los contratos produzcan efecto entre los contratantes, cualquiera que sea la naturaleza y forma del contrato; y que esto supuesto, no tienen aplicación a este caso las disposiciones legales que como infringidas se invocan en los cuatro motivos del recurso, porque la ilicitud de la causa del contrato, derivada de los relacionados hechos, excluye en absoluto la pertinencia de las

---

(57) FRUTOS C. CASAS, *Jurispr. Civ.* 1904. T. 98. Pág. 730.—Hay que tener en cuenta que la venta en pública subasta de la casa se hizo después del procedimiento ante un juzgado incompetente.

condiciones con que pueden ser transmitidos los títulos al portador...” (58). La estimación de la ilicitud causal se encuentra en el hecho de ser los títulos robados y además en que parece ser que, tanto vendedor como comprador, estaban en el secreto y recurrieron a la venta o a la comisión para poder obtener el cobro; por ello, se dice que la ilicitud deriva de las relaciones de hecho y que tal ilicitud excluye la pertinencia de las condiciones con que pueden ser transmitidos los títulos al portador.

5.—*La ilicitud causal se pretendía fundar en la existencia de vicios en el consentimiento.*

La sentencia de 31 de mayo de 1921 resolvió un recurso en el cual se pretendía basar la existencia de la ilicitud causal en el dolo causante que había estimado la Sala de instancia y que había motivado la declaración de nulidad del contrato. Sin embargo, el Tribunal Supremo no admitió el recurso, afirmando que lo único que había quedado probado era el dolo grave y sobre él se había declarado la nulidad, con lo cual no se había incurrido en las infracciones alegadas por el recurrente, ni se había confundido en derecho “el diferente concepto jurídico del objeto y la causa de los contratos, ni las diversas consecuencias de la nulidad de los mismos en aquellos casos concretos en que pueda estimarse justificada en forma, bien la ilicitud de su objeto o de su causa, o bien el carácter de torpe que ésta revisita” (59).

La sentencia de 17 de octubre de 1924, refiriéndose a un supuesto en que se discutía la validez de un documento que la parte demandada decía que tenía causa ilícita por haberlo firmado coaccionado e impresionado por un embargo que se le había ejecutado el día anterior, afirma, estimando el recurso, que “incide en error la Sala sentenciadora al declarar ilícita la causa del contrato; primero, porque no puede considerarse como tal la renuncia que de sus derechos haga una parte por una cantidad que entregue la otra; segundo, porque

---

(58) RUESTES C., ABOGADO DEL ESTADO, OBISPO DE PLASENCIA y DIPUTACIÓN DE CÁCERES, *Jurispr. Civ.* 1904. T. 98. Pág. 879.—Ana Domínguez entregó a Ruestes, por documento privado de 1893 y para que los cobrara en las oficinas de la Dirección General de la Deuda, varios títulos y cupones. Ruestes solicitó la conversión, pero la Dirección General, teniendo noticia de que tanto los títulos como los cupones procedían de la sustracción verificada en la caja de las oficinas por el que fue interventor, Sr. Randón, y que Ana Domínguez era nombre supuesto de Jesusa Pérez, esposa de Randón, acordó no haber lugar a lo solicitado por Ruestes. El actor demandó pidiendo que se declarara que los títulos y cupones eran de su propiedad.

(59) ALTARRIBA C. BREÑOSA: *Jurispr. Civ.* 1921. T. 153. Pág. 331.—El demandado había vendido en 1914 al actor un coche por 9.000 ptas. El coche, vendido como nuevo, resultó ser viejo. La Audiencia de Madrid declaró la nulidad del contrato, condenando al demandado a devolver las 9.000 pesetas y al actor a devolver el coche. El demandante recurre alegando la ilicitud causal basada en la existencia del dolo y pretendiendo la aplicación del artículo 1306-2.º

no puede considerarse como un mal injusto la resolución judicial de un apremio o embargo; tercero, porque consta explícita, detalladamente, el motivo o razón de ser del contrato; y cuarto, porque el legislador presume su existencia si no se prueba su ilicitud" (60).

Las dos sentencias anteriores sientan una doctrina aceptable en cuanto que rechazan la pretensión de basar la ilicitud causal en la existencia del dolo, una, y la otra, en la de coacción, pues una cuestión es todo aquello que se refiere a los vicios del consentimiento y otra lo que hace referencia a la causa y concretamente a la ilicitud de la misma. La causa es el propósito común del resultado empírico, y ha de ser elevada por ambas partes a la categoría de presupuesto básico de su negocio (61); sin embargo, el dolo y la coacción son vicios del consentimiento que influyen en el contrato no a través del acuerdo de ambas partes, pues no se trata de un propósito común como la causa, sino en cuanto que implican una formación viciosa o deformada del consentimiento de uno de los contratantes.

6.—*Retribución establecida en concepto de funciones superiores a las que efectivamente se desempeñaban.*

La sentencia de 21 de marzo de 1935 resolvió un recurso que fundaba la existencia de causa ilícita en el hecho de que en el contrato se establecía una retribución contraria a la ley y a la moral, en cuanto que un aparejador cobraba en concepto de funciones que correspondían al arquitecto. El Tribunal Supremo señala que frente al criterio del recurrente que alega la ilicitud causal "se alza el del Tribunal "a quo", expresado de modo bien claro en los considerandos 4.º y 6.º de la sentencia recurrida, declarando que no hay razón alguna que permita calificar de ilícito ni de inmoral el acuerdo pactado entre el comité ejecutivo y el demandante..." (62).

7.—*Venta judicial.*

La sentencia de 29 de enero de 1915 resolvió un recurso en el cual se alegaba la ilicitud causal de una venta judicial por haberse otorgado sin haber anotado la demanda, origen del pleito que motivó la escritura judicial, en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo no estimó la ilicitud basándose en que la escritura pública se

(60) GUARDIOLA C. ARAUJO, *Jurispr. Civ.* 1924. T. 161. Pág. 450.—Los litigantes firmaron el documento privado de 22 de mayo de 1920, en el cual los demandados afirman que no se consideran herederos de F. Araujo, pero que para evitarse molestias se comprometían a entregar a Guardiola la cantidad de 130.000 ptas, en compensación Guardiola daría por extinguidos sus créditos contra F. Araujo. Los demandados se negaron a pagar la cantidad referida alegando que el documento lo firmaron impresionados por el embargo que se les había realizado el día anterior, que tenía causa ilícita, etc.

(61) Díez PICAZO.—*Loc. cit.* Pág. 32.

(62) BLANCO C. SOCIEDAD ANÓNIMA "NUEVA PLAZA DE TOROS DE MADRID", *Jurispr. Civ.* 1935. T. 218. Pág. 190.

otorgó en procedimiento legal y en que no se había probado que se hubiera actuado contra la ley o la moral. La solución parece aceptable, sobre todo si se tiene en cuenta que previamente, en el primer considerando, se había afirmado rectamente que la inscripción de la posesión —esto es, la que tenía el recurrente a su favor—, no era título bastante para retener el dominio cuando contra el mismo se presentaba, como sucedía en el caso planteado, prueba más robusta y de mayor eficacia (63). Lo que resulta evidente es que declarada la validez del procedimiento judicial que desembocó en la subasta, ya no era posible admitir la ilicitud causal.

#### 8.—*Acuerdo para intervenir en una subasta.*

La sentencia de 28 de enero de 1919 declaró la nulidad de un contrato por el cual los representantes de unos Ayuntamientos se ponían de acuerdo con un tercero para elevar el tipo de licitación en una subasta. Afirma tal sentencia que la nulidad del contrato “procede de ser ilícita la causa que la motivó, como contraria a las leyes administrativas que invoca” (64). Parece ser que lo que efectivamente motivó la admisión de ilicitud causal no fue el propósito de elevar el tipo de la subasta; sino más bien el carácter lesivo del contrato en cuanto que parte de lo que pertenecía a los Ayuntamientos pasaría al demandante, siendo así, que los demandados no tenían facultades para disponer del importe de la subasta.

#### 9.—*Juegos prohibidos.*

La sentencia de 3 de febrero de 1961 estimó la existencia de causa ilícita en un contrato de préstamo que encubría una deuda derivada de un juego prohibido. Se dice que “si en la sentencia recurrida se declara o reconoce que la suma reclamada en la demanda es consecuencia o tiene su origen en una deuda de juego de aquella naturaleza, es evidente la carencia de acción en el actor, sin que pueda admitirse la posibilidad de burlar dicha prohibición legal con el subterfugio de la sustitución de la obligación que se alega en el motivo, ya que en todo caso, ésta tendría una causa o móvil ilícito que determi-

---

(63) JOUVE C. CANDELA: *Jurispr. Civ.* 1915. T. 132. Pág. 282.—El actor se vio obligado a demandar pidiendo que se le declarara dueño legítimo de la casa en la forma que expresaba la escritura de venta judicial de 1911, pues el demandado no dejaba libre el edificio basándose en que la escritura referida se había otorgado a nombre de Melero como vendedor, cuando éste, ya no era dueño, pues le había transmitido a él que había inscrito en el Registro mediante información posesoria.

(64) RODRÍGUEZ C. NAVARRO, PÉREZ y BALDOMERO: *Jurispr. Civ.* 1919. Tomo 145. Pág. 181.—En el contrato de 1911 el demandante se obligaba a adelantar el dinero para la subasta y aceptaba que se elevara el tipo de licitación. Los demandados se obligaban personalmente, y obligaban a sus representantes, los ayuntamientos, a pagar al demandante la mitad del incremento que se consiguiera en la subasta.

naría su nulidad, conforme al artículo 1.275 del Código Civil...” (65). En definitiva, se estima que la sustitución de la obligación derivada del juego por el préstamo tendría causa ilícita en cuanto que estaba encaminada a burlar una prohibición legal; tal prohibición es la establecida por el artículo 1.798 del Código civil y consiste en la negación de acción para reclamar lo que se gana en juego. En el supuesto planteado se intentaba salvar el obstáculo legal transformando la deuda de juego en un préstamo, pues así se dispondría de acción para reclamar la cantidad adeudada. Dado el montaje de la operación, el recurso a la ilicitud causal está totalmente justificado (66).

## VII. PACTOS SOBRE CUESTIONES PENALES

### 1.—*Perdón de una pena por dinero.*

En la sentencia de 18 de febrero de 1924 se planteaba la cuestión de la validez de un pacto en el cual se perdonaba una pena por dinero. El Tribunal Supremo declaró que la causa del contrato tenía indudable vicio de nulidad, “por ser opuesta a las leyes la causa de la obligación en el mismo establecida, cual ilicitud implícitamente reconocieron las personas que en la convención intervinieron al dejar de consignar en el documento de 21 de marzo de 1918 y negarse a expresar en el recibo que había de acreditar parcial cumplimiento de aquélla las verdaderas causas y materia del contrato...”, previamente señala que “el perdón, que debe ser incondicional y absoluto según la ley y jurisprudencia de la competente jurisdicción, aunque favorezca al reo, no puede ser útil y lucrativo para quien lo concedió” (67).

### 2.—*Transacción sobre el ejercicio de una acción penal.*

En la sentencia de 17 de enero de 1927, en relación con una transacción que tenía por objeto el ejercicio de una acción criminal derivada de una estafa, el Tribunal Supremo declaró que “ese móvil de-

(65) GUASCH C. GUASCH: *Jurispr. Civ.* 1961. (edif. of.). T. 96. Pág. 104.—El actor reclamó en concepto de préstamo. El demandado alegó y probó que el débito procedía del juego y que el actor le había obligado, mediante amenazas, a firmar el documento donde se hablaba de préstamo.

(66) La jurisprudencia francesa es muy rica en materia de préstamos hechos en relación con el juego. (Cfr. CAPITANT: *De la causa de las obligaciones*, trad. esp. Madrid, s. f. Págs. 238 y 239. DORAT DES MONTS: *La cause immorale*. París, 1956. Pág. 49).

(67) LÓPEZ C. GAYA: *Jurispr. Civ.* 1924. T. 161. Pág. 373.—López había promovido querrela por injuria y Gaya había sido condenado a la pena de destierro. Las partes se pusieron de acuerdo y suscribieron documento privado en el cual se establecía que Gaya cumpliría determinadas prestaciones. Al día siguiente se otorgó el perdón y cuando el representante del actor fue a recoger 12.000 ptas que Gaya había depositado en las oficinas de un corredor de comercio se le exigió que firmara un recibo en el que se reconocía que tal entrega era precio del perdón, como no firmó, Gaya recuperó el dinero.

terminante de la convención forzosamente ha de estimarse inmoral por serlo toda transacción por precio sobre el ejercicio de una acción criminal, y siendo esto así, claro y evidente, resulta ilícita la causa del contrato cuyo cumplimiento en este pleito se pide con arreglo a lo establecido en el artículo 1.275 del Código Civil..." (68).

Prescindiendo de cualquier consideración que pudiera hacerse desde el punto de vista penal, conviene tener en cuenta que la idea directriz que informó a las dos decisiones fue la misma: ni el perdón de una pena, ni la renuncia a una acción criminal puede hacerse por precio. El criterio de decisión es acertado, lo que no resulta tan claro es si a tal solución se debió llegar por el camino de la ilicitud causal o mediante la aplicación del artículo 1.271, estimando que se contrataba sobre objetos que estaban fuera del comercio o que eran contrarios a las leyes. Sin embargo, aunque técnicamente parece que el mecanismo más apropiado sería el de estimar la ilicitud o no comercialidad del objeto, la cuestión no es digna de mayor atención, pues por uno u otro camino se llegaría al mismo resultado práctico.

#### VIII. INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DERIVADOS DEL EMPLEO O DE LA FUNCIÓN QUE SE DESEMPEÑA

La sentencia de 16 de junio de 1904 declara la ilicitud causal de un contrato por el cual se había puesto de acuerdo el administrador de una finca con un tercero para conseguir la adjudicación de determinados trabajos en la referida finca. Se afirma en dicha sentencia que "es contrario a los fines de la subasta que el rematante se concertara con el representante del dueño de los pinos, cuyos intereses eran opuestos a los suyos como lo ha manifestado dicho dueño expresando en su declaración testifical que si hubiera conocido la existencia del contrato no habría tolerado a Cuartero (su representante) en el monte, por lo cual, teniendo dicha causa como ilícita al tenor del artículo 1.275 del Código..." Señala también que no es procedente la confirmación de los contratos "que no reúnan los requisitos del artículo 1.261, esto es, que carezcan de causa o la tengan ilícita, que es el caso en que se halla el contrato de referencia" (69).

La sentencia de 28 de junio de 1916 sigue la misma línea que la anterior, pero ésta refiriéndose a actos realizados por un empleado de una Diputación, aprovechando su situación para conseguir beneficios ilícitos, entrando en relación con un contratista de suministros a la beneficencia provincial y haciendo los pagos de los libramientos con letras a cargo de los Ayuntamientos. Se afirma en la referida

---

(68) TABERNERO C. MARTÍN GRASA, *Jurispr. Civ.* 1927. T. 173. Pág. 161.— La demandante alegaba que el demandado se ofreció a responder civilmente de la suma de 15.000 pesetas a cambio de que cesara la causa seguida por estafa contra un hijo del referido demandado.

(69) CUARTERO C. PARDO: *Jurispr. Civ.* 1904. T. 98. Pág. 613.

sentencia que la Sala sentenciadora al estimar “que, asociados en tales términos empleados y contratistas de la Diputación, incurren en la prohibición que establece el apartado 6.º del artículo 11 de la Instrucción de 24 de enero de 1905, declarando, por tanto, nula la liquidación entre ellos practicada... interpreta con notorio acierto las disposiciones legales antes expresadas... porque es, en efecto, evidente que la causa origen de la prestación es contraria a la moral y a las leyes y carece de validez y eficacia jurídica” (70).

La sentencia de 6 de junio de 1916, después de señalar que el artículo 122 del Reglamento de los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia de 18 de octubre de 1887, califica como falta grave “el hecho de que un funcionario del Cuerpo reciba por sus servicios remuneración, premio o agasajo, cualquiera que sea la forma o pretexto que para la donación se emplee; y esta prohibición absoluta de percibir remuneración alguna por los servicios oficiales se opone a pacto en contrario, y es de indudable observancia, porque sobre constituir un precepto expreso del legislador, responde a elementales principios de moral y de interés público que mantienen y sancionan las leyes en general del reino...”, niega validez y eficacia “a los pactos o contratos que carecen de causa, o la tienen torpe, o fueron otorgados contra la ley o las buenas costumbres, siendo por todo ello de establecer que la Sala sentenciadora no ha incurrido en las infracciones que se alegan en los motivos 2.º, 4.º y 5.º del recurso al denegar al demandante acción y derecho para exigir, como intenta, de un particular la remuneración de servicios que venía obligado a rendir en el cumplimiento de las funciones que le estaban encomendadas por razón del cargo público que ejercía” (71). Obsérvese bien que, propiamente, esta sentencia no afirma que la promesa de premio tenga causa torpe o ilícita; sino que, por el contrario, lo que viene es a poner de relieve la existencia de una prohibición absoluta de percibir remuneración alguna por los servicios oficiales prestados, lo cual —se dice— responde a elementales principios de moral y de interés público. Por ello, en realidad, lo que se quiere decir no es que la promesa de premio tenga causa ilícita, sino más bien que el actor, dada su condición de funcionario, no está facultado para reclamar tal premio, negándole, por ello, acción y derecho para exigir de un particular la remuneración de servicios que venía obligado a rendir en el cumplimiento de sus funciones. El principio se lleva demasiado lejos, pues una cosa es que se prohíba a los funcionarios que subordinen la prestación de sus servicios a una remuneración por parte de los particulares y otra distinta que sean incitados a interesarse especialmente en un asunto por

---

(70) SÁNCHEZ C. GUTIÉRREZ: *Jurispr. Civ.* 1916. T. 137. Pág. 366.—El actor al hacer los pagos de la Diputación cometía ciertas irregularidades, entre ellas la de exigir y descontar una participación.

(71) AGUILERA C. GARCÍA: *Jurispr. Civ.* 1916. T. 137. Pág. 44.—El actor, funcionario de policía, reclama 20.000 ptas. que el demandado, víctima de un robo, había ofrecido a quien detuviera a los delincuentes.

el hecho de que se anuncie un premio, dirigido a la generalidad, para el que cumpla un determinado servicio, sea o no funcionario.

Conviene concluir que, en este grupo de sentencias, los jueces han recurrido a la causa ilícita para sancionar los actos de aquellos que, sirviéndose de la situación privilegiada que les otorgaba su empleo o la función que desempeñaban, trataban de obtener beneficios mediante el ejercicio abusivo de las facultades que tal empleo o función les confería. Por consiguiente, se trata de una sanción a la falta de fidelidad, en tanto en cuanto que, como sucede en la sentencia de 16 de junio de 1904, se crean, aprovechando el empleo y excediéndose en las facultades conferidas, unos intereses que pueden entrar en colisión con los de la persona o entidad que ha concedido tal empleo. Cuando el que trata de obtener beneficios abusivos es un funcionario el problema se agrava, pues de ello puede resultar un trato de desfavor para aquellos ciudadanos que, necesitando los servicios del funcionario, no puedan o no quieran entrar en el juego. Por consiguiente, en todos estos casos, la causa ilícita ha sido utilizada como medio técnico para negar eficacia a los negocios montados con base en una situación de empleo o desempeño de una función pública. La ilicitud causal no encuentra, en estos supuestos, su fundamento en el elemento intencional, ni tampoco en el juego de prestaciones y contraprestaciones —aunque puede estimarse en algunos casos, así en el resuelto por la sentencia de 6 de junio de 1916, de la cual ya se ha señalado que sienta un criterio excesivamente rígido y en la que se pretendía obtener una prestación a cambio del servicio que se está obligado a realizar por razón del cargo; pero si sólo se tratara de obtener una prestación sin razón que la justificara, la cuestión podría resolverse mediante el expediente de la falta de causa—, sino en el hecho de que la prestación se funda, o tiene su origen, en unos servicios abusivos que están en colisión con los intereses generales de la comunidad, y en ocasiones también con los más concretos de la persona que ha proporcionado el empleo, a la que se le debe una fidelidad puesta en peligro por la prestación de tales servicios. Cabe poner reparos a la utilización en estos casos del mecanismo de la causa ilícita, parece más bien que se debía haber aplicado el 1.271-3.º, por tratarse de servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres o, si se quiere, de servicios que determinadas personas por razón de su función no pueden prestar, ya por prohibición legal, ya por repugnar a las buenas costumbres.

#### IX. PACTOS QUE IMPLICAN LA CESACIÓN DE LA VIDA COMÚN DE LOS CÓNYUGES

La sentencia de 2 de abril de 1928, refiriéndose a un contrato de renta vitalicia que implicaba la obligación para el que había de pagar la renta de prestar alimentos, cuidar y asistir al favorecido con ella, debiendo éste, estando casado, vivir en compañía de quien le había

de prestar tales servicios, estima, después de afirmar la ilicitud causal, "que la ilicitud del contrato se ve clara en la condición o pacto de ir el contratante a vivir con el matrimonio estando aquél casado, pues tales preceptos de derecho natural que aun escapándose de la órbita jurídica ha tenido que consignar el Código civil en el artículo 56, al decir que los cónyuges tienen que vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, y a pesar de ello, el contratante, don Ignacio Fernández, enajena todos sus bienes, yéndose a vivir con el otro matrimonio, abandonando a su esposa y rompiendo la unidad del domicilio, y esto es contrario a la naturaleza del matrimonio canónico, lo prohíben las leyes, es atentatorio a las costumbres públicas, al derecho de tercero, mucho más en los tiempos actuales en que las notables concepciones jurídicas quieren dar a la familia no sólo el carácter privado que ésta tiene, sino el interés social y público en beneficio de los mismos cónyuges, de los hijos y de las instituciones públicas de más elevada categoría" (72).

Si el caso contemplado por la sentencia anterior se refería a un pacto del marido con un tercero, el de la sentencia de 30 de septiembre de 1959 hace referencia a un contrato de cesión de bienes entre esposos, en el cual se pactaba, además, la suspensión de la vida en común. El Tribunal Supremo mantuvo la declaración de ineficacia del contrato hecha por la Audiencia basándose en la ilicitud causal. Si la sentencia de 1928, como se ha visto, hablaba de ilicitud causal, limitándose a dar una serie de razones por las cuales resultaba procedente estimar la ilicitud, pero no se preocupaba de justificar el motivo por el cual tal ilicitud era causal, no ocurre así con la de 1959, en la cual se afirma que "el incumplimiento de las obligaciones que impone a los cónyuges el artículo 56 del Código citado no puede ser objeto de contrato, por tener una causa ilícita y no precisa impugnación de parte...". Se señala, además, que el contrato se ha intrepreado en el conjunto de sus cláusulas, y no aisladamente, que era lo que pretendía el recurrente, propugnando que en el contrato se estimaran comprendidos dos, uno de cesión de industria y otro regulando las relaciones matrimoniales, "olvidando que aquél es uno sólo y que estas relaciones, por ser opuestas a la ley y a la moral, no pueden prevalecer por su ilicitud, ni tampoco desmembrarse sus estipulaciones, ya que unas, como se ha dicho, condicionan a otras..." (73).

La sentencia de 1959, siendo así que declara la ilicitud causal, parece acertada al señalar que no es procedente la interpretación ais-

---

(72) FERNÁNDEZ Y ESPOSA, C. BARCA Y ESPOSA, *Jurispr. Civ.* 1928. T. 183. Pág. 9.

(73) GELLA Y ESQUÉ C. CABÁN, *Jurispr. Civ.* (edic. of.). 1959. T. 81. Pág. 521.—Los esposos demandantes, mediante contrato de 10 de noviembre de 1950, habían acordado que el marido cediera a la mujer la explotación de un horno, estableciendo también la cesación de la vida en común. Después, el marido vendió el horno al demandado. Los demandantes pedían la nulidad de la venta y el mantenimiento de la cesión. La Audiencia absolvió al demandado.

lada de las cláusulas, sino que el contrato hay que interpretarlo unitariamente, ya que unas estipulaciones condicionan las otras. Sólo así puede estimarse que la ilicitud afecta al presupuesto básico del negocio y, por tanto, a la causa, ya que, como se ha dicho en otro lugar, ésta es el propósito común del resultado empírico elevado por las partes a la categoría de presupuesto básico del negocio. Por ello, no parece muy acertado el planteamiento de la sentencia de 1928 en cuanto que, después de afirmar la ilicitud causal, dice que “la ilicitud del contrato se ve clara en la condición o pacto de ir el contratante a vivir con el matrimonio estando aquél casado...”, y no se preocupa de ligar tal pacto con el resto del negocio. CAPITANT, refiriéndose a un supuesto semejante a los aquí estudiados, afirma que “hubiera sido desconocer en absoluto la realidad de los hechos, querer apreciar la institución contractual como un acto independiente del convenio de separación amistosa, en vista de la cual se había verificado” (74).

La sentencia de 1959 dice que el incumplimiento de las obligaciones que impone a los cónyuges el artículo 56 del Código civil no puede ser objeto de contrato por tener una causa ilícita. DABIN, comentando sentencias de la jurisprudencia francesa, relativas a supuestos de separación amistosa entre cónyuges, dice que el objeto ilícito de la obligación de una de las partes constituye la causa ilícita de la contraída por la otra y señala también el carácter total de la ilicitud, afirmando que “la operación es ilícita en su conjunto, bastando para ello apreciar el vínculo sinalagmático que hay entre ambas obligaciones para comprender el por qué deben ser anuladas de la misma manera” (75).

#### X. ILICITUD CAUSAL Y CORRETAJE MATRIMONIAL

La sentencia de 21 de febrero de 1924 tuvo que decidir sobre la validez de un documento en el cual el actor se había comprometido a pagar a la demandada, obligándose para ello a aceptar ocho días antes de su casamiento 48 letras, determinada cantidad. Se estipulaba también que si no se verificaba el matrimonio del demandante con determinada señorita las letras serían nulas e ineficaces. Parece ser que la demandada había colaborado en la iniciación de las relaciones entre el actor y la señorita con la que contrajo matrimonio y, cuando faltaba poco para la celebración del mismo, consiguió que el actor firmara el documento referido amenazándole y diciéndole que, si no lo hacía, pondría a los padres de su prometida y a ésta al corriente de las relaciones amorosas que había tenido hacía tiempo, con lo cual el matrimonio no se celebraría. La Audiencia de Barcelona declaró nulo y sin efecto el documento. La demandada recurrió alegando que los servicios prestados para facilitar el matrimonio no eran

(74) CAPITANT.—Ob. cit. Pág. 474.

(75) DABIN.—Ob. cit. Págs. 215 y 216.

contrarios a las leyes, la moral ni las buenas costumbres. Sin embargo, el Tribunal Supremo no estimó el recurso, considerando que el documento debía de ser rechazado por faltar consentimiento libre, ya que se había firmado bajo las amenazas de descubrir a la futura esposa las relaciones ilícitas que había mantenido el actor con otra mujer, de la cual tuvo un hijo; tampoco existía objeto cierto del contrato, ni causa lícita de la obligación “por no ser verdaderas las que por la recurrente se alegan y porque doña Agustina Pes renunciaba a exigir el pago de tales servicios y adelantos de dinero si no se hubiera llevado a cabo el matrimonio del hoy recurrido...” (76).

DABIN se ha planteado el problema de si el contrato de corretaje matrimonial tiene realmente causa ilícita y estima que, colocándose en el terreno de la causa, el contrato es inatacable, pero “la jurisprudencia que decreta la nulidad —dice dicho autor acertadamente— de este contrato no se coloca, aunque lo diga, en dicho terreno, sino que aprecia la operación en conjunto, relacionando sus distintas cláusulas y descubriendo desde ese punto de vista el peligro que representa para el orden público” (77). El tema de la ilicitud del contrato de corretaje matrimonial ha sido muy discutido, pero no es éste el momento para entrar en tal debate, lo único que importa hacer constar es que uno de los requisitos que se suelen señalar para que sea válido es el de que la comisión no se subordine a la celebración del matrimonio (78), se trata de evitar con ello que el corredor presione y fuerce para conseguir tal celebración. La sentencia comentada parece colocarse dentro de esta orientación, pues afirma que no hay causa lícita porque la demandada renunciaba a exigir el pago si el matrimonio no se celebraba.

## XI. CAUSA ILÍCITA Y RELACIONES AMOROSAS ILÍCITAS

El artículo 1.275 del Código civil dice que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Tradicionalmente, en el Derecho español, a la causa que se opone a la moral se la denomina causa torpe. Aquí se va a estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el supuesto más claro y típico de causa torpe: el relativo a las relaciones amorosas ilícitas. La jurisprudencia utiliza el mecanismo de la causa torpe para declarar la nulidad de donaciones o prestaciones entre amantes, siempre que las mismas se hagan en contemplación de las relaciones amorosas ilícitas.

(76) ESCASANY C. PES. *Jurispr. Civ.* 1924. T. 161. Pág. 450.

(77) DABINL: Ob. cit. Pág. 194.

(78) DORAT DES MONTS: Ob. cit. Pág. 45.—Una referencia a la jurisprudencia francesa se encuentra también en NÚÑEZ LAGOS: *Condictio ob turpem vel injustam causam*. R. D. N. Abril-junio 1961. Págs. 15 y 16. GARCÍA CANTERO no parece estimar que la subordinación de la retribución a la celebración del matrimonio sea obstáculo para admitir la licitud de la mediación matrimonial. (*Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial*. A. D. C. T. XVI, fasc. I, 1963, enero-marzo. Pág. 57.)

1.—*Prestaciones prometidas o cumplidas con el fin de iniciar o reanudar las relaciones ilícitas.*

En la sentencia de 8 de marzo de 1918 el Tribunal Supremo mantuvo la calificación de ilicitud causal, calificación que habían ya hecho los Tribunales inferiores, respecto de un contrato en el cual el amante le señalaba una pensión a la concubina, estableciéndose también la continuación de las relaciones que venían manteniendo. Se afirma en uno de los considerandos que "siendo la razón común de lo que en dicho contrato pactaron el actor y la demandada el reanudar las relaciones amorosas que habían mantenido, no sólo porque así se deducía de su estudio, sino porque la propia recurrente le atribuía esa finalidad, le era forzoso estimar como torpe la causa, ya que, por el resultado de las pruebas apreciadas en conjunto, constituían un estado de mancebía que, interrumpido por desavenencias y disgustos entre ellos surgidos, es el que trataban de restablecer mediante tal convenio" (79).

De gran interés es el supuesto resuelto por la sentencia de 16 de octubre de 1959 en la que se afirma que la entrega de alhajas que un señor de sesenta y cinco años hizo a su amante "tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas fuera de toda regularidad legal, atentatorias a las costumbres patrias, aun entre personas idóneas para contraer entre sí matrimonio, incidiendo, por tanto, en la sanción del artículo 1.275 del Código, que expresamente declara que los contratos con esta tara de ilicitud no producirán efecto alguno, lo cual lleva implícita, como natural consecuencia, la devolución de las cosas a su titular, según el artículo 1.303 del propio Cuerpo legal, advirtiéndose, además, que la nulidad del negocio así concluído es de carácter pleno e insubsanable por afectar al quebrantamiento de una norma preceptiva e inderogable, protectora de aquellas costumbres que hoy no reconocen la mancebía con efectos patrimoniales válidos... el artículo 1.306, número 1, del referido Código, aplicado por la Sala de instancia, no es realmente aplicable al caso en litigio, en méritos a que contempla la hipótesis de contrato con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensaciones de adverso por una de las partes..." (80).

Las dos sentencias examinadas anteriormente coinciden en la estimación de ilicitud causal de la promesa de prestación o donación ya efectuada con el fin de iniciar o continuar las relaciones ilícitas. En principio, el criterio es acertado en cuanto que la prestación o la promesa se hacen con el fin de entablar unas relaciones contrarias a la moral. Coincide en este punto nuestra jurisprudencia con la francesa que declara la nulidad de todas las convenciones encaminadas a favorecer las uniones libres e inmorales (81). No obstante la identi-

(79) LLANO C. MOMPÓ: *Jurispr. Civ.* 1918. T. 142. Pág. 481.

(80) MIÑÓN C. HERNÁNDEZ: *Jurispr. Civ.* 1959 (edic. of.). T. 82. Pág. 460.

(81) DORAT DES MONTS: *Ob. cit.* Págs. 13 y ss.

dad que en principio existe en la doctrina afirmada en ambas sentencias, conviene destacar que, dadas las diferencias existentes en los supuestos de hecho, cabe hacer ciertos reparos a la solución adoptada en la sentencia de 1959. En principio, no hay ningún inconveniente en admitir, tanto en un caso como en el otro, la ilicitud causal (82); pero, si se tiene en cuenta que en el supuesto resuelto por la sentencia de 1959 la prestación se había ya ejecutado, no parece admisible la doctrina sentada en la misma, según la cual, el artículo 1.306-1.º no es aplicable a los casos en los cuales sólo hay entrega de una parte. Es posible que en ciertos supuestos tal doctrina sea admisible; pero en el caso resuelto por la sentencia parece que no, pues tal solución implica la caída de la sanción totalmente sobre la amante, ya que el varón recupera todo lo que había dado después de conseguir lo que había querido. Parece que se ha estimado más culpable al que cobra por pecar que al que paga por ello.

## 2.—*Prestación prometida para poner fin a las relaciones.*

En la sentencia de 2 de abril de 1941 el Tribunal Supremo declaró la existencia de causa ilícita en un supuesto en que no se trataba, como en el de las sentencias anteriores, de reanudar las relaciones amorosas; sino, por el contrario, de poner fin a las mismas, se dice en esta sentencia que “el condicionar la parte actora la ruptura de un estado no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigentes, a la entrega de una cantidad, prevaliéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulando el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes morales y legales, lo cual no puede menos de viciar esencialmente el objeto y la causa del contrato...” (83).

Sugiere esta sentencia el problema de si la promesa que el varón hizo de entregar a su amante una cantidad para poner término a las relaciones podría considerarse válida. En favor de la validez cabe aducir que la prestación prometida puede considerarse como una indemnización, que está justificada en cuanto que de lo contrario la concubina se encontraría de pronto totalmente desamparada y sin recursos económicos para subsistir. Las razones apuntadas tienen gran fuerza en aquellos casos en los que los amantes han estado ligados durante

---

(82) Se prescinde aquí de la cuestión de si lo que existe en estos casos es una convención ilícita y no sólo ilicitud causal, pues ambos caminos conducen al mismo resultado práctico. (Vid. al respecto, DABIN: Ob. cit. Pág. 293.)

(83) MARÍA ISABEL P. M. C. FERNANDO N. R. Aranzadi, 1941. T. VIII, núm. 493, pág. 295.—Los litigantes habían suscrito un documento privado en el cual se hacía constar que la demandante accedía a terminar las relaciones amorosas que venían sosteniendo hacía varios años. El demandado se obligaba a pasar a su ex amante una pensión de 2.000 pesetas mensuales durante dos años. La pensión sólo se satisfizo durante el primer año.

un período de tiempo que pueda haber hecho pensar a la mujer en una cierta continuidad. En estos casos la jurisprudencia francesa admite, en determinadas condiciones y configurándola como una indemnización, la licitud de la prestación convenida para poner término a las relaciones (84). Como se ha visto, en la sentencia examinada el Tribunal Supremo se decidió por la ilicitud. Debíó influir para que se adoptara tal resolución el hecho de que la pensión pactada de 2.000 pesetas mensuales, durante dos años, era excesiva, ya que tal pacto se realizó en el año 1928; por ello, se dice en la sentencia que la actora se había servido de la sugestión e influencia que ejercía sobre la otra parte para establecer tal estipulación. También parece acertada la observación de que el pago estipulado a cambio de la obligación de dejar a la otra parte en libertad para cumplir sus deberes morales y legales vicia esencialmente el objeto y la causa del contrato. Todo ello hace pensar que la solución adoptada fue justa y que la prestación pactada no se podía considerar como una indemnización justificada por las razones antes aludidas.

### 3.—¿Comunidad de intereses entre los concubinos?

La cuestión de si al poner fin al concubinato se le debe reconocer a la concubina alguna participación en los bienes de su amante, sobre todo en aquellos casos en que hayan vivido muchos años juntos y con la apariencia de constituir una unión legal, aparece planteada en la sentencia de 5 de octubre de 1957. El problema era el siguiente: el actor se había separado de su esposa en 1932 y dos o tres años después empezó a vivir maritalmente con la demandada. En 1949 el actor montó un taller y para ampliar el negocio adquirió una nueva nave; pero en la escritura pública de compra de este nuevo local aparece como compradora la demandada, quien inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, la demandada abandonó al actor y le pidió 60.000 pesetas anuales por el alquiler de la referida nave. El demandante pide en la demanda la declaración de inexistencia de la venta a favor de la demandada, alegando que se trataba de una donación que él le había hecho, donación que era nula por ilicitud e inmoralidad de la causa. La demandada sostenía que el actor y ella eran, además de amantes, socios, y que, a través de la compraventa, se le había atribuido a ella su parte en la sociedad. Tanto en primera instancia como en apelación, se estimó que no había venta a favor de la demandada, que el verdadero comprador era el actor y que la donación que éste había hecho a la demandada era nula por ilicitud e inmoralidad en la causa y por no haberse cumplido los requisitos exigidos por la ley.

El Tribunal Supremo mantuvo la calificación del negocio como

---

(84) DORAT DES MONTS: Ob. cit. Pág. 33. En el mismo sentido la jurisprudencia italiana, vid. BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino, 1960. Pág. 384, nota 9.

donación del actor a la demandada y también la declaración de ilicitud causal. Respecto de la alegación que la demandada había hecho en el recurso pidiendo que se aplicara la regla 1.ª del artículo 1.306 del Código civil, regla que priva a los contratantes culpables de la facultad de repetir lo que en virtud del contrato hubieren entregado, dice el Tribunal Supremo que, en este punto, adoptaba la recurrente una posición nueva contradiciendo aquellas alegaciones en las que afirmaba que en el contrato encubierto no había donación, sino la retribución debida por las cantidades aportadas al patrimonio común, o bien atribución de la parte que le correspondía en el negocio que habían creado juntos actor y demandada; pero “al considerar este aspecto de la cuestión —continúa diciendo el Tribunal Supremo—, si se advierte que el juzgador de instancia estimó la ilicitud de la causa de la donación encubierta ante la notoria y no negada por ninguno de ellos convivencia inmoral, se abstuvo al declarar la nulidad del contrato de calificar los hechos que ocasionaban dicha nulidad, que por resultar ser de adulterio o amancebamiento, dado el conocido estado civil de casado del actor, hubiera haber hecho forzosa la aplicación del contenido del artículo 1.305, pero en modo alguno la del 1.306...” (85).

Prescindiendo de la cuestión de si existía donación o si lo que había era un negocio fiduciario (86), lo que importa analizar es la procedencia de la declaración de ilicitud causal y los efectos que, como consecuencia de tal declaración se producen, en cuanto que la concubina se queda, después de haber convivido con su amante durante doce años, sin medios para hacer frente a sus necesidades. No hay duda que la convivencia de los litigantes era contraria a la moral, pero no parece que pueda sostenerse que la real o supuesta donación tuviera causa ilícita por haber sido hecha en contemplación de tales relaciones ilícitas, pues, como decía la demandada en una de sus alegaciones, después de doce años de convivencia la pasión no es tan grande como para que la donación tenga causa torpe. Por otra parte, una vez admitida la existencia de causa torpe, parece que debía de haberse aplicado el artículo 1.306, como propugnaba la recurrente, siendo ésta la solución más conforme a derecho, aunque nada más fuera por la fuerza del viejo brocardo: “*in pari causa, melior est conditio possidentis*”, y la paridad en la causa torpe parece incuestionable (87). Por todo ello, la decisión adoptada en la sentencia parece injusta, pues aun admitiendo que todo el dinero de que disponía la pareja fuera del demandante y que se trataba de una situación de adulterio, no es lógico que, al final de un período tan considerable de vida en común, se deje a la amante sin ningún medio eco-

---

(85) BORJA C. OLIVARES y otros: *Jurispr. Civ.* (edic. of.), 1957. T. 62. Pág. 148.

(86) Vid. al respecto MANUEL FAIRÉN: *¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria? (nota a la sent del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1957)*. R. D. N. Abril-junio 1958. Págs. 398 y ss.

(87) MANUEL FAIRÉN: Loc. cit. Pág. 404.

nómico. Parece que se ha tenido en cuenta la opinión social de que la mujer que vive ilegalmente con un hombre lo único que persigue es su dinero, sin que en ningún caso se la pueda considerar como una compañera en lo bueno y en lo malo. Sin embargo, en el supuesto concreto contemplado por la sentencia parece ser que la vida de la pareja se desenvolvía con la honestidad corriente en las uniones legales, y el actor dice en la demanda que muchos los creían casados. Por todo ello, parece posible pensar que hubo una colaboración de la señorita Olivares en las tareas de su amante y se le debía haber concedido una participación en los beneficios; sin embargo, hay que admitir también que la actitud de ella al abandonar el domicilio común y pedir el precio del arriendo denotaba una evidente mala fe por su parte, aunque no parece suficiente para justificar la solución adoptada.

4.—*Prestación prometida en atención a las necesidades de los hijos.*

En la sentencia de 17 de octubre de 1932 en la que la actora reclamaba el pago de una pensión a su ex amante, el Tribunal Supremo declaró la ilicitud fundándose en que se trataba de unos amores, fruto de los cuales fueron cuatro hijos, entre un hombre culto, de edad madura y una joven huérfana de 16 años, que abandonó su empleo para ceder al capricho de la seducción. Dice el Tribunal Supremo que, todo lo anterior, originó "ciertos deberes morales imputables al galán, el cual, consciente de ello, no pudo por menos de traducirlos en auxilios materiales de índole económica, que por el mero hecho de su prestación durante el transcurso de las relaciones íntimas se convirtieron en obligaciones naturales, y después, al romperse aquéllas por el desamparo infidente del seductor y reconocidos por éste en la promesa formal de la pensión ofrecida vinieron a transformarse en una obligación civil perfectamente coercible, a virtud de la cual el deudor, ha de pagar no "donandi" sino "solvendi animo". En el considerando siguiente se afirma concretamente que "la promesa causal de pensión no se hizo en contemplación a un pacto concubinario, ni como gratificación de éste, sino para cubrir las atenciones espúreas; razón por la cual la causa de la obligación trasciende de la esfera de lo ilícito sancionada con nulidad en el artículo 1.275 del Código Civil, donde la sitúa erróneamente la Sentencia recurrida, y se eleva al plano normal de la obligación natural reconocida civilmente con carácter compensatorio que es de plena recepción en derecho justo y normativo" (88). Esta sentencia dada su claridad y acierto no parece requerir comentario.

En conjunto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia ahora analizada parece excesivamente rigurosa y, prescindiendo de los aciertos o errores que pueden aparecer en ciertas decisiones, cabe decir que tiende a hacer recaer todo el peso de la culpabilidad y las consecuencias que se derivan, sobre la mujer.

(88) NASA C. MÁRQUEZ: *Jurispr. Civ.* 1932. T. 205. Pág. 631.

## II. SENTENCIAS COMENTADAS

## Matrimonio civil de españoles en el extranjero.

(S. 14 de Noviembre 1963)

FORMA LOCAL: *Es nulo el matrimonio civil contraído por dos españoles en 1914, en país extranjero, con arreglo a la forma del país* (S. 14 noviembre 1963; no ha lugar.)

A. No son necesarios los hechos, pues bastan los que se desprenden del único Considerando de la sentencia. Simplemente interesa hacer constar que en el único motivo del recurso no se argumenta con la nueva Ley del Registro Civil.

CONSIDERANDO: Que sobre la base cierta e indiscutida que los aquí contendientes, ambos de nacionalidad española, contrajeron matrimonio civil en país extranjero en el año 1914 conforme a la ley y ante funcionario de aquel territorio, es manifiesta su nulidad por contravenir lo dispuesto en el artículo 100 del Código civil, que estatuye que el casamiento se celebrará ante el Juez Municipal de los contrayentes o uno de ellos, y que los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces Municipales en los otorgados en el extranjero, requisito esencial que afecta a la validez porque implica la competencia o atributo del funcionario para autorizarlo, y su incumplimiento lleva consigo su nulidad a virtud de lo dispuesto en el número 4 del artículo 101, que previene que será nulo el matrimonio que se celebre sin la intervención del Juez Municipal o del que en su lugar deba autorizarlo, textos claros y evidentes que no requieren interpretación, por lo que se ha de estar a su sentido literal y sin que lo expuesto esté en contradicción con el artículo 11 del propio Código sustantivo al establecer que las formas y solemnidades de los contratos se rigen por las leyes del país donde se otorguen, pues el último párrafo a modo de salvedad o limitación de los anteriores exceptúa de esta regla las leyes o actos (*sic*) concernientes a las personas y los que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, que por afectar a la comunidad y, por consecuencia, al orden social, tienden a salvaguardar el interés general muy por encima, y superior, al privado de las partes que entra en juego en todo negocio jurídico, todo lo cual es derivación de la norma general que sienta el artículo 9.º, conforme al cual el estatuto personal es de obligatoria observancia para los españoles, aunque residan en el extranjero, en lo relativo al estado, condición y capacidad de las personas, entre las que figura por naturaleza los preceptos atinentes al matrimonio, y como en el recurso únicamente se impugna la sentencia recurrida en cuanto ha entendido que el matrimonio litigioso se ha apartado de los requisitos esenciales que para su validez exige la legislación española, se ha de terminar desestimándolo, porque lejos de contra-

venir los artículos 100 y 101 del Código civil y 70 de la Ley del Registro Civil vigente cuando el matrimonio tuvo lugar, los ha interpretado y aplicado correctamente.

B. *Nota.*—La sentencia plantea la cuestión de si, según nuestro Derecho Internacional Privado, los españoles en el extranjero pueden contraer matrimonio civil ajustándose *en cuanto a la forma* a la ley extranjera local. La doctrina española es vacilante (1). Aunque contraria, quizá no era muy decidida la doctrina del Tribunal Supremo (2) ni la de la Dirección General de los Registros (3). Pero, tras la nueva Ley del Registro Civil, de 8 junio 1957, parecía la cuestión definitivamente resuelta *en sentido afirmativo*, incluso para el Derecho anterior a la vigencia de tal Ley. No obstante, el Tribunal Supremo sigue entendiendo en la sentencia que comentamos, que no cabe otra forma para el matrimonio civil de los españoles en el extranjero que la celebración ante los cónsules o vicecónsules españoles.

Los argumentos recogidos por la sentencia vienen a ser los tradicionalmente empleados por los que no admiten la forma local para el matrimonio civil de los españoles en el extranjero. Tales argumentos distaban ya de ser decisivos antes de la nueva Ley.

En primer lugar, ¿cabe aquí aplicar, como lo hace el Tribunal Supremo, el último párrafo del artículo 11 del Código civil? Nótese que la aplicación de este párrafo presupone que normalmente la cuestión había de regirse por la ley extranjera, y el predicho párrafo tiene como misión únicamente excepcionar la ley extranjera *normalmente aplicable* por exigirlo la noción de *orden público*. Si por

(1) Eran contrarios a la admisibilidad de la forma local: MALDONADO, "Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero", Rev. Derecho Canónico, 1949, págs. 651 y ss. CUADRA, "Intervención consular en el matrimonio de españoles en el extranjero", Rev. Derecho Canónico, 1952, págs. 957 y ss. En igual sentido puede citarse un dictamen (ponente, Cortina) de la Sección de Legislación Extranjera del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, de 18 julio 1945.

En favor, en cambio, de la admisibilidad: TRÍAS DE BES. "Derecho Internacional Privado", 2.ª ed., 1940, págs. 75 y ss; GOLDSCHMIDT (condicionadamente), "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", II, 1949, pág. 200; LALAGUNA, "Estudios de Derecho Matrimonial", "Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la *lex loci*", pág. 116. Vide en este autor (sobre todo, págs. 128 y ss. y 197 y ss.) amplias referencias a las distintas posiciones doctrinales y sus varios mantenedores. Sobre esta cuestión, el estudio de LALAGUNA es el más completo de los que yo conozco.

(2) En contra de la admisibilidad, S. S. 1 mayo 1919 y 26 abril 1929. En favor, S. 9 febrero 1934 (no se planteaba directamente la cuestión de la validez). La S. 12 julio 1889 sienta la doctrina de que "la validez de un acto o contrato por sus formas ha de resolverse por la ley del lugar donde se contrata o realiza", y niega validez al matrimonio religioso anglicano contraído por extranjeros en España (Puerto Rico) antes de la entrada en vigor del Código civil.

(3) En contra de la admisibilidad, R. 19 febrero 1941. Matizaron la admisión en exclusiva de la forma consular las RR. 13 enero 1945, 27 noviembre 1948, 25 marzo, 17 abril y 5 mayo 1950 y 20 mayo 1952. Desde la R. 13 enero 1945 se admite la inscripción del matrimonio civil de españoles, celebrado en el extranjero, con arreglo a la forma del país. Todavía la R. 13 octubre 1959 considera la permisión de la forma local extranjera que impone el artículo 73 de la Ley del Registro Civil de 1957, como una *innovación*.

otros preceptos del Código se concluye que la norma extranjera no es aplicable, ¿por qué acudir a la noción de orden público?

De otra parte, ¿cuál sería la exigencia concreta del orden público? Dado el carácter excepcional de la noción de orden público no es fácil entender que cualquier forma que las leyes extranjeras establecen para el matrimonio civil, es, por sí misma, incompatible con los principios fundamentales del orden jurídico nacional.

El temor a la aplicación del Derecho extranjero en materia de forma se ha polarizado en nuestro sistema en la necesidad de defender las normas que imponen a los contrayentes que profesan la religión católica el matrimonio canónico. Se llega a decir que de admitir la forma local, "podrían los españoles infringir las disposiciones referentes al matrimonio civil trasladándose al extranjero" (R. 19 febrero 1941). Pero no tiene consistencia esta razón. Si en un matrimonio celebrado en el extranjero con arreglo a la forma del país se infringen las disposiciones españolas, que sean aplicables conforme a las normas del Derecho Internacional privado, las infracciones serán sancionadas del mismo modo que si se cometen en España. Y así, por ejemplo, también en el extranjero sólo podrán contraer matrimonio civil los españoles, si ambos contrayentes no profesan la religión católica (cf. arts. 9 y 42 Código civil, y 249, II, Reglamento del Registro civil).

A las otras razones invocadas en la sentencia podía oponerse que en diferentes preceptos nuestro Código parece partir de la admisibilidad de la forma local. En primer lugar, porque nuestro Código claramente acoge el principio *locus regit actum* (cf. art. 11, I, C. c.). Además, el Código admite expresamente que los extranjeros pueden contraer matrimonio en España con arreglo a la forma establecida por la ley española (cf. art. 91, C. c.), y eso a pesar de que no parece prohibido que puedan contraerlo ante los correspondientes funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España (4). Es justo, pues, entender que en nuestro Código se da recíprocamente la misma solución cuando se trata de matrimonios civiles de españoles en el extranjero, y que los españoles, por tanto, pueden contraer matrimonio civil, bien con arreglo a la forma local, bien con arreglo a la forma española y ante los funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero (cf. art. 11, I y II, Código civil).

El artículo 101, que se invoca en contra de esta solución, no es más que una norma del Derecho interno español, al modo que lo son, por ejemplo, los artículos 1.321 ó 1.324 respecto a las capitulaciones. Por eso, cuando deciden sobre la forma, ni uno ni otro están excluyendo determinadas formas extranjeras, para el matrimonio o para las capitulaciones, sino que consideran sólo la esta-

---

(4) Cf. en este sentido RR. 7 julio 1949 y 6 mayo 1961. Sin embargo, se estima que sólo es inscribible el contraído conforme a la ley local española (RR. 12 abril 1921 y 15 febrero 1946); en esta doctrina se insiste tras la nueva legislación del Registro Civil (R. 6 mayo 1961), a pesar de que según tal legislación son inscribibles los hechos "acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros" (cf. arts. 15 y 16 L. Registro Civil, 68 Reglamento; cf. también artículos 53 y 55 Código civil).

El T. S., en S. 21 febrero 1935, juzga sobre un caso de divorcio respecto de un matrimonio contraído por extranjeros en España en su Consulado.

blecida por las leyes españolas; y así el artículo 101 declara nulo el matrimonio que se celebre sin la intervención del funcionario competente—es decir, el que sea competente, según la ley española, cuando la ley española sea la aplicable—, y que, *según el caso*, será el Juez Municipal del domicilio (cf. arts. 86 y 88 Código civil y S. 26 noviembre 1957), el Juez Municipal del lugar (cf. art. 93, Código civil), los contadores de los buques de guerra, los Capitanes de los mercantes (cf. art. 94, Código civil), los Jefes de los cuerpos militares (cf. art. 95, Código civil), o los Cónsules o Vicecónsules (arts. 11, II, y 100, III, Código civil).

Ni el artículo 101, ni los artículos 1.321 y 1.324, ni cualquier otra norma interna del Derecho español, dada su finalidad, pueden impedir la aplicación de las normas extranjeras sobre la forma, cuando éstas sean aplicables según las normas de conflicto del Derecho español, y, en concreto, según el artículo 11, I, Código civil. Así, pues, el artículo 101, ni puede constituir un obstáculo a la aplicación de la forma del país cuando se celebra el matrimonio civil en el extranjero, ni tampoco puede determinar cuáles sean entorces las formalidades esenciales del matrimonio civil, pues ello no dependerá entonces de la norma de Derecho interno español, sino de la norma extranjera a que las normas españolas de conflicto se remiten (5).

Existe, además, un argumento muy importante en favor de que los españoles puedan contraer matrimonio civil ajustándose, en cuanto a la forma, a la ley local extranjera. El reconocimiento del derecho natural a contraer matrimonio impone que no se obstaculice su ejercicio con exigencias formales difícilmente superables (6). Si para los españoles que residen en país extranjero sólo se admitiera el matrimonio ante los Cónsules o Vicecónsules, se negaría de hecho el matrimonio a los españoles residentes en país sin representación consular española que no puedan desplazarse a país que tenga tal representación consular: Téngase en cuenta la situación de los españoles residentes en los países europeos del Este (los matrimonios civiles contraídos por españoles en Rusia se están inscribiendo en el Registro Civil español); o de los españoles pobres alejados de la sede del Consulado; o los matrimonios *in articulo mortis*; o el caso en que las leyes territoriales se opongan a que los Cónsules autoricen matrimonios (cf. art. 27, *fine*, Reglamento de la Carrera Consular, de 27 abril 1900).

Si quedaba alguna duda, ésta había de desaparecer tras la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, pues expresamente el artículo 73 de tal Ley permite la inscripción del matrimonio civil “contraído en país extranjero con arreglo a la forma del país”. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, cuida de resolver la cuestión según “los artículos 100 y 101 del Código civil, y 70 de la Ley del Registro Civil *vigente cuando el matrimonio tuvo lugar*”. Pero, publicada la nueva Ley del Registro Civil, no era ya lógico, sin embargo, seguir sosteniendo que no había sido jurídicamente posible la forma local extranjera para el ma-

(5) También puede invocarse en favor de la admisibilidad de la forma local extranjera el artículo 55, Código civil; y antes de la nueva Ley del Registro Civil, el artículo 70 de la Ley del Registro Civil de 1870.

(6) Téngase en cuenta que, según el vigente Concordato del Estado español con la Santa Sede, “en la reglamentación jurídica del matrimonio para los no bautizados, no se establecerán impedimentos opuestos a la ley natural” (Protocolo Final, Decl. D) en relación con el artículo XXIII).

rimonio civil de los españoles. No fue cometido de la Ley del Registro Civil regular los *requisitos* sustantivos del matrimonio, sino únicamente regular la *publicidad* del matrimonio contraído con todos los requisitos. En principio, pues, dada su finalidad, había que entender que la Ley del Registro Civil no innovó, sino que se adaptó al sistema sustantivo vigente sobre los requisitos del matrimonio. En concreto, el legislador, al suponer que *la forma del país* es suficiente para el matrimonio civil, no trató de alterar el sistema español de normas de conflicto, sino simplemente interpretar unas disposiciones cuyo sentido había sido discutido. Por eso no sólo son inscribibles tales matrimonios civiles cuando son ulteriores a la vigencia de la ley, sino también los contraídos con anterioridad a la vigencia (cf. disp. tr. de la Ley). Basta que en el correspondiente expediente se acredite la celebración, la inexistencia de impedimentos y la no profesión de la Religión Católica (cf. art. 249) del Reglamento del Registro Civil y RR. 23 marzo y 30 septiembre 1966).

Nótese que, en congruencia con la eficacia del Registro, sólo se permite la inscripción (7) de los actos válidos. De ahí que sea fundamental en el sistema registral el que no pueda inscribirse ningún título sin que su *legalidad* sea previamente *calificada* por el encargado del Registro (cf. art. 27 Ley Registro Civil). Y son estas precauciones las que permiten al legislador dar gran fuerza a las inscripciones: “la inscripción hace fe del acto del matrimonio” (cf. art. 69 Ley Registro Civil), “constituye la prueba” del matrimonio (cf. arts. 2.º y 4.º, Ley Registro Civil, y 327, Código civil) “con todo su intrínseco valor—no meramente procesal—que encierra la expresión” (Exposición de Motivos de la Ley). Así, pues, si el legislador permite la inscripción del matrimonio civil de españoles en el extranjero con arreglo a la forma del país, es porque, en la concepción del legislador, tal matrimonio es válido. No puede haber sospecha alguna de que el legislador consintiera que el instrumento oficial de la publicidad del estado civil—el Registro Civil—dé toda su fuerza a un matrimonio que en el orden sustantivo había de ser nulo, máxime cuando en la declaración de tal nulidad habría un interés público, dado que la acción para pedir la nulidad del matrimonio correspondería a los cónyuges, al *Ministerio Fiscal* y a cualesquiera personas que tuvieran interés en ella (cf. arts. 101 y 102 Código civil).

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

---

(7) Respecto de la *anotación*, cf. arts. 80, Ley Registro Civil, y 272 Reglamento del Registro Civil.

### III. SENTENCIAS

#### I. Colaboración de Rodrigo BERCOVITZ.

1. CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO: *La acción por la que el vendedor exige devolución de la cosa objeto de una compraventa celebrada con cláusula de reserva de dominio es personal.* [S. 24 de febrero de 1966; no ha lugar.]

La compraventa a plazos de un autobastidor de camión se realiza con cláusula de reserva de dominio. En caso de que el comprador deje de cumplir el abono de los plazos, el vendedor puede optar entre exigir el resto del precio pendiente o resolver el contrato, reintegrándose en la plena posesión del vehículo, de cuyo dominio no se desprende y conservando además el importe de cuantas sumas hubiere recibido a cuenta. El comprador no cumple y el vendedor pide que se declare resuelto el contrato, así como la devolución del autobastidor, que sigue siendo de su pleno dominio. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial satisfacen plenamente su demanda, a pesar de que el comprador opone que ha sido privado de la posesión del vehículo al acordar su comiso el Tribunal Provincial de Contrabando y Defraudación, por lo que no se puede ejercer contra él la acción reivindicatoria. El T. S. desestima el recurso, considerando que no se trata de una acción reivindicatoria, sino resolutoria.

NOTA: Esta sentencia desconoce la naturaleza propia de la cláusula de reserva de dominio, que concede al vendedor una acción real para recuperar la cosa. En la demanda del vendedor del autobastidor hay que distinguir dos acciones: una, personal, resolutoria del contrato; otra, real, la acción reivindicatoria que nace de la cláusula de reserva de dominio. Esta debe ejercerse contra el poseedor del objeto, la Administración en este caso.

2. PACTO DE EXCLUSIVA.—*Aunque nuestro ordenamiento jurídico positivo carece de una regulación específica, tampoco lo excluye, por lo que puede acogerse al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del C. c. El contrato de compraventa en el que se establece dicho pacto a favor del vendedor reviste un matiz especial, aunque no pierde sus caracteres esenciales. Junto a la obligación positiva de dar, existe otra de carácter negativo --no hacer--, ambas situadas en la misma línea de principalidad y determinantes de una contraprestación compleja, por lo que el incumplimiento de cualquiera permite el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del C. c., por parte del comprador.* [S. 18 de marzo de 1966; estimatoria.]

## II. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO.

**TÍTULO NOBILIARIO: COSA JUZGADA: EFICACIA RESPECTO DE TERCERO.**—*La identidad jurídica que exige el artículo 1.252, párrafo tercero, C. c., no se da entre el llamado a un título nobiliario y sus ascendientes en la línea de que el derecho arranca, pues no existe entre ellos vinculación por participación, ni por sucesión o transmisión. Respecto del párrafo segundo, las cuestiones sobre títulos nobiliarios no son de las relativas al estado civil de las personas, aunque unas y otras atañen a los derechos de la personalidad.*

**PRESCRIPCIÓN: INADMISIBILIDAD: POSESIÓN DE ESTADO.**—*La prescripción adquisitiva de quince años establecida por el artículo 18 del R. D. de 27 de mayo 1912, ha sido derogada expresamente por el Decreto de 4 junio 1948; y el artículo 9 de la Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1914, por ser de naturaleza fiscal no puede regular los derechos de la personalidad. La prescripción de cuarenta años de la Ley 41 de Toro se refiere a la posesión de los bienes del mayorazgo y no puede aplicarse a la materia de títulos en la que sólo por excepción se admite la posesión constante de estado en beneficio exclusivo de los hijos. [S. 7 de diciembre de 1965; no ha lugar.]*

**LIQUIDACIÓN DE CUENTAS: COMPENSACIÓN.**—*No hay compensación si la sentencia estima la pretensión de liquidación de cuentas y señala como una de sus bases un crédito reconocido por los actores, lo que constituye una computación de crédito aunque se le califique impropriamente de compensación.*

**LEGITIMACIÓN ACTIVA.**—*El administrador de un abintestato está legitimado para intervenir en un pleito sobre rendición de cuentas de la administración de un patrimonio, ya que las pretensiones materia del mismo afectan a la administración del caudal del fallecido y a su conservación.*

**EXCEPCIÓN DE COMPROMISO.**—*La excepción de incompetencia de jurisdicción por estar sometidas las partes litigantes a la decisión de un Tribunal de Arbitraje debe ampararse en el número 6 del artículo 1.692 L. E. C., como un supuesto de exceso en el ejercicio de la jurisdicción al conocer de asunto ajeno a la competencia judicial. [S. 3 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

**CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR CONSTRUCCIÓN EN EDIFICIOS COLINDANTES. RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO: DILIGENCIA EXIGIBLE; APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 1.591 C. c.**—*Aun cuando no sea directamente aplicable al caso el artículo 1.591 C. c., de su texto se desprende por analogía que, en principio, el arquitecto es responsable por vicio del suelo o de la dirección.*

**CARÁCTER ESPECIAL DE LA DILIGENCIA EXIGIBLE.**—*La normal previsión exigible al técnico arquitecto director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, incluyendo en sus deberes el conocimiento y estudio de*

*ias peculiares condiciones del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga no excesiva que el suelo debe soportar para evitar desplazamientos.*

NO CONCURRENCIA DE CASO FORTUITO: PREVISIBILIDAD.—*El daño causado en una casa colindante por el asentamiento excesivo de una nueva edificación entra dentro de la profesional y especial previsión que debió tener el arquitecto demandado.* [S. 29 de marzo de 1966; no ha lugar.]

Al construirse sobre un solar se producen daños en una casa colindante, edificada hacia dieciocho años de hormigón, consistentes en el hundimiento de algunos pilares, apertura de grietas y desniveles. El propietario de la misma demanda a la empresa constructora y al arquitecto director y proyectista de la obra. Los demandados son absueltos en primera y segunda instancia. Interpuesto recurso de casación, se estima parcialmente y se condena exclusivamente al arquitecto, con base en la doctrina extractada. Habiéndose dado por probado en las sentencias de instancia, tanto la existencia del daño, como la relación de causalidad, el único punto a resolver era el de la culpabilidad. La sentencia alude, pero excluye expresamente, toda referencia fundamental a la responsabilidad objetiva para basar su condena. Dentro del ámbito tradicional de la culpa extracontractual declara que entra dentro de la diligencia exigible al técnico proyectista y director de una edificación, el estudio del terreno sobre el que ha de asentarse la obra y sus efectos sobre las edificaciones colindantes. La omisión de estos estudios constituye una negligencia profesional generadora de responsabilidad civil. Las afirmaciones de esta sentencia nos parecen de extraordinario alcance práctico.

Digna de nota nos parece la referencia al artículo 1.591 C. c. Ciertamente el supuesto contemplado en este último precepto no encaja en el que era base del litigio. No se trataba de la ruina de un edificio sino de los daños (o ruina en sentido amplio) causados entre otro distinto por la edificación del primero. Sin embargo, si se acepta como nosotros hemos entendido (cfr. GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil*, en *ADC*, 1963, págs. 1.069 y sigs.) que, pese a su localización sistemática, el artículo 1.591 regula un supuesto de culpa extracontractual, entonces la aplicación analógica al presente caso no ofrece ningún problema, (G. G. C.)

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: ACCIÓN DE REGRESO DEL ASEGURADOR: INCONGRUENCIA. INDEPENDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—*Hay incongruencias en la sentencia que basa la condena en la no solicitada aplicación de un contrato de arrendamiento, que incluía —a juicio del juzgador— la obligación de indemnizar los accidentes causados en las obras, con lo que se aparta de los términos extracontractuales con que se configuró la acción, y al invocarse, a mayor abundamiento, la responsabilidad directa de la empresa, mientras que la demanda se basaba en el artículo 1.903 C. c.* [S. 10 de febrero de 1966; ha lugar.]

Al realizar unas obras en una colonia de las Fuerzas americanas en España, una grúa toca con su pluma un cable de alta tensión, muriendo elec-

trocutado un obrero. La empresa aseguradora que ha constituido una pensión a favor de los familiares del accidentado, ejercita la acción de reembolso contra los obreros y empleados causantes, a su juicio, del accidente, y contra sus respectivas empresas. Desestimada la demanda en primera instancia, se interpone recurso y la Audiencia lo estima condenando a la Empresa de suministro de energía eléctrica, con base en que dicha sociedad había celebrado un contrato de arrendamiento con las Fuerzas americanas en España, una de cuyas cláusulas le imponía la obligación de indemnizar por los accidentes ocurridos en las obras, añadiéndose a mayor abundamiento en la sentencia de la Audiencia que "por si lo dicho no fuera suficiente y se quisiera prescindir del mencionado pacto" existía una conducta culposa o negligente de la empresa demandada. No cabe duda que, al resolver así, la Audiencia había cambiado la naturaleza de la acción, incidiendo en vicio de incongruencia. (G. G. C.)

**PARTICIÓN: RESCISIÓN POR LESIÓN. LEGITIMACIÓN DE LA SINDICATURA DE LA QUIEBRA.**—*No se pone en duda la legitimación de la sindicatura de la quiebra para ejercitar la acción de rescisión, sino que se declara su falta de acción por inexistencia de lesión, al acreditarse que las adjudicaciones de los interesados en la partición fueron compensadas.*

**ERROR DE HECHO.**—*El error de hecho en casación exige que el documento que lo acredite obre copiado íntegramente en el apuntamiento.*

**SIMULACIÓN. ERROR DE HECHO.**—*Si la Sala considera inexistente la simulación por el conjunto de la prueba practicada, su resultado no puede desarticularse. [S. 12 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

**COMPETENCIA: IRRELEVANCIA DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN CONTRA UNO DE LOS DEMANDADOS.**—*El hecho de que el actor haya renunciado a la acción ejercitada contra uno de los codemandados después de que éste promovió la competencia, no tiene trascendencia sobre la resolución que haya de recaer, al estar en suspenso la jurisdicción de los Tribunales contendientes, y no poder ninguno de ellos dictar resolución acogiéndola mientras no se resuelva la competencia. [S. 18 de abril de 1966; competencia.]*

**COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: DOMICILIO DEL DEMANDADO.**—*Ha de estarse al domicilio del demandado por tratarse de acción personal y no constar el lugar en que debiera cumplirse la obligación (S. 30 marzo 1966: competencia)*

**NOTA:** El documento que se aporta no justifica, según el T. S., ni siquiera inicialmente, que el envío se hiciera de cuenta y riesgo del supuesto comprador, y la sociedad demandada niega la existencia del vínculo contractual.

**COMPETENCIA: ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS: LUGAR DE CUMPLIMIENTO.**—*Las acciones derivadas de un contrato de arrendamiento de obras y servicios deben atribuirse a la competencia del Juez del lugar donde los servicios se prestaron, salvo sumisión expresa o pacto en contrario, y aunque*

*el actor tuviera su domicilio en otro punto, y se hubieran realizado algunos pagos mediante transferencias y letras de cambio [S. 12 de mayo de 1966; competencia.]*

**PERSONA JURÍDICA INEXISTENTE: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LEGITIMACIÓN PASIVA.**—*Carece de legitimación pasiva la sociedad demandada que no existe en la realidad.*

**PRUEBA.**—*La comparecencia en juicio de un litigante no constituye documento ni acto auténtico para demostrar el error de hecho en casación. [S. 8 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

**TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: CRÉDITO REFRACCIONARIO.**—*El crédito para el abono de unos materiales perfectamente identificados es preferente al basado en título ejecutivo no privilegiado.*

**CARÁCTER DEL RECURSO DE CASACIÓN.**—*Este recurso tiene como finalidad el interés público, y está dirigido a definir y mantener la recta doctrina en orden a la interpretación y aplicación de la ley, evitando que las divergencias sobre estos aspectos den lugar a resoluciones contradictorias. [S. 26 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

**PRUEBA: MOMENTO DE PRESENTAR DOCUMENTOS:** *La ley exige que, fuera de casos excepcionales, los documentos, tanto públicos como privados, sean presentados en la fase expositiva y no en la probatoria del proceso, y ello obedece a la finalidad de que cada parte sepa, dentro de esa fase expositiva, no sólo lo que se pretende o aduce por la contraria, sino cuál es la justificación documental, y para que el juzgador pueda valorar la importancia de tales medios de prueba.*

**DOCUMENTOS PRESENTADOS OPORTUNAMENTE: NO CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:** *Si la demanda queda incontestada, el documento presentado en tiempo hábil produce plenos efectos probatorios en el momento oportuno y en la medida procedente, teniendo que considerarlo eficaz y legítimo sin necesidad de ninguna adverbación o justificación complementarias; al no contestar a la demanda se pierde el derecho de excepcionar en la instancia, no pudiéndose traer a casación cuestiones nuevas, no debidamente planteadas en aquélla. [S. 5 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

**ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS CONTRADICTORIOS:** *El error de hecho en casación surge por el simple contraste entre lo que expresa el documento indubitado y lo afirmado o negado por la Sala; pero esta cuestión de mero hecho pierde su simplicidad y se transforma en problema jurídico cuando en los autos existen documentos con manifestaciones contradictorias u opuestas entre sí, de la misma fecha o de fechas dudosas, en cuyo caso la Sala ha de desentrañar lo que verdaderamente fue voluntad de las partes o lo realizado por ellas, sirviéndose de todos los medios de prueba, y su resultado podrá revisarse por la vía del número 7.º, pero no limitándose a señalar la contra-*

*dicción entre lo afirmado por uno sólo de los documentos tenidos a la vista y lo afirmado por la Sala. [S. 11 de noviembre de 1965; no ha lugar.]*

**QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA:** *El recibimiento a prueba en segunda instancia tiene carácter excepcional, y sólo puede acudirse al mismo si, además de existir alguno o varios de los eventos que establece el artículo 862 Lec., los hechos guardan la debida relación de congruencia con las peticiones de las partes.*

**IGNORANCIA INEXCUSABLE:** *No es razonable que la ley ampare situaciones de ignorancia que derivan de la negligencia no excusable en la percepción de un hecho patente.*

**CONFESIÓN JUDICIAL EN SEGUNDA INSTANCIA: JUICIO EJECUTIVO:** *En contra de la doctrina sostenida por la S. 28 septiembre 1894 hay una corriente jurisprudencial bien definida en el sentido de que el artículo 863 Lec. no es aplicable a la tramitación de la segunda instancia en el juicio ejecutivo. [S. 18 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

*La ignorancia calificada de inexcusable se refiere a anomalías de las letras de cambio que fueron base del juicio ejecutivo.*

**RECURSO DE CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INCOMPETENCIA:** *Según reiterada jurisprudencia de la S. de 7 de abril 1943, la única incompetencia que puede hacerse valer por la vía del quebrantamiento de forma es la territorial, al constituir un defecto de forma sólo subsanable a instancia de parte, mientras que la infracción de normas relativas a la materia, cuantía y grado de jurisdicción, sólo puede combatirse por la vía del recurso por infracción de ley. [S. 28 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

**EJECUCIÓN DE SENTENCIA: PROBLEMAS SUSTANTIVOS:** *En trance de ejecución de una sentencia firme es improcedente suscitar problemas sustantivos sobre presuntas infracciones legales, pudiendose invocar únicamente en casación los supuestos enumerados en el artículo 1.695 Lec. [S. 2 de abril de 1966; no ha lugar.]*

### **III. Colaboración de Justo J. GOMEZ YSABEL,**

**1. INTERPRETACIÓN LITERAL:** *No hay necesidad de indagar la intención que no se muestra como evidentemente distinta al sentido literal del texto interpretado.*

**INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: CUÁNDO PROCEDE:** *La interpretación sistemática, con cita del artículo 1.285 C. c., sólo es aplicable en el caso de existir alguna cláusula dudosa.*

**ERROR DE CUENTA: CONCEPTO:** *El error de cuenta a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 1.266 C. c., se ciñe al materialmente padecido al transcribir o*

*consignar alguna cifra o al cometido al efectuar cualquiera operación matemática con los guarismos referentes a conceptos a estimar, pero no a si éstos han de ser, en definitiva, computados o no (error cualitativo), o en qué medida (error cuantitativo).*

**ERROR DE CUENTA: SUBSANACIÓN: NO DAN LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN:** *Los errores puramente materiales de una cuenta son subsanables en cualquier instante y no dan lugar al recurso de casación.*

**REFORMATIO IN PEJUS: SIGNIFICADO:** *La "reformatio in pejus" implica, del lado del Tribunal y con referencia a la parte que se hubiera aquietado con el pronunciamiento emitido, una agravación de éste, en sentido "cualitativo", imponiéndole nuevas prestaciones, o "cuantitativo", aumentando el importe de las ya determinadas en la sentencia objeto del recurso.*

**REFORMATIO IN PEJUS: NO LO ES LA ACLARACIÓN DEL FALLO:** *No implica la "reformatio in pejus" la mera aclaración de algún extremo del fallo, o la fijación de la cantidad líquida de la prestación, que no se hubiera determinado en la anterior instancia, supliendo, en realidad, una simple omisión de la sentencia dictada en la misma.*

**REFORMATIO IN PEJUS: NO CONSTITUYE INCONGRUENCIA:** *La "reformatio in pejus" no constituye "incongruencia", en el sentido técnico procesal de la palabra; conectándose más bien con las normas rectoras de la competencia jerárquica, gradual o funcional, e incluso con el artículo 408 L. e. c., al declarar consentida de Derecho y pasada en autoridad de cosa juzgada la decisión de los Jueces y Tribunales contra la que no se haya recurrido en tiempo y forma.*

**DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: FALTA DE PRECISIÓN Y CLARIDAD:** *Cuando un artículo (como sucede en el caso del art. 1.281 C. c.) consta de dos disposiciones que contemplan eventos diferentes, es preciso, conforme al número 6.º del artículo 1.729 L. e. c., puntualizar a qué párrafo del precepto quiso referirse el recurrente. [S. 18 de diciembre de 1966; desestimatoria.]*

**OBSERVACIÓN. I):** Respecto de la interpretación de un párrafo de una carta, en que se dice textualmente: "Ya le dije y le repito que, hasta el 14 de julio de 1954, daba a usted aprobación de las cuentas", afirma el T. S. que los juzgadores de instancia "atendieron al sentido literal" del texto transcrito, "sin necesidad de indagar una intención que no se mostraba como evidentemente distinta al texto del párrafo transcrito, pues el empleo del verbo que contiene lo es en tiempo pretérito y no futuro, por lo que ha de entenderse como dada la aprobación, y no deferida a la posibilidad de otorgarla en tiempo posterior, como intenta hacer ver el recurrente".

**II):** Sobre la *reformatio in pejus*, recuerda el T. S. que "si la *reformatio in pejus* se ha venido estimando por la jurisprudencia de esta Sala como cuestión incluida a efectos de casación, en los problemas que afectan a la congruencia del fallo, no puede desconocerse la iniciación de una corriente contraria que, arrancando de las sentencias de 23 de mayo de 1929 y 19 de junio de 1948, plasma en la de 23 de octubre de 1963, al afirmar expresamente que aquel defecto no constituye "incongruencia", en el sentido técnico procesal de la palabra, y puntualizándose en la de 12 de junio de 1965, que, más bien, se conecta con las normas rectoras de la competencia jerárquica gradual o funcional, e incluso con el artículo 408 de la Ley de enjuiciar, al declarar consentida de derecho y pasada en autoridad de cosa juzgada la decisión de los Jueces y Tribunales contra la que no se ha recurrido en tiempo y forma, por lo que.

conforme a este criterio, no aparece correcta su formalización por el cauce elegido" (núm. 3.º del art. 1.692 L. e. c.).

2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *En la interpretación de los contratos se ha de estar, en primer término, al sentido literal del texto.*

L. A. U. : CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: DESTINO PACTADO: *La distinción entre vivienda y local de negocio se determina por el destino asignado por las partes, sin que se altere este criterio por la estructura y elementos de habitabilidad que existan en el local.*

LOCAL DE NEGOCIO: *Las edificaciones han de estimarse como locales de negocio, cuando el destino primordial no sea la vivienda.*

LOCAL DE NEGOCIO POR ASIMILACIÓN: OFICINA.—*Si el destino pactado fue el de oficina, ha de estimarse el local como local de negocio por asimilación, conforme al artículo 5. L. A. U.*

LOCAL DE NEGOCIO: MUERTE DEL ARRENDATARIO: SUBROGACIÓN.—*Tratándose de un local de negocio, si la persona ocupante del mismo a la muerte del arrendatario no está ligada con éste último por vínculo familiar ni de sociedad, no le asiste ningún derecho de subrogación. [S. 13 de marzo de 1966; desestimatoria.]*

3. L. A. U. OBRAS INCONSENTIDAS: CAMBIO DE LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA. *Al empotrar seis tubos en la pared, con obra fija quedan incorporados al inmueble formando una armadura horizontal, lo que, por consiguiente, hace variar el espacio diáfano del patio con pérdida de su primitiva disposición*

DEFECTUOSA FORMULACIÓN DEL RECURSO.—*La infracción, por falta de aplicación del artículo 1.249, C. c., que hace referencia al hecho del que se hace derivar la consecuencia, ha de denunciarse como error de hecho y no por la vía de la causa tercera del artículo 136 L. A. U. [S. 2 de diciembre de 1966; desestimatoria.]*

NOTA.—Los hechos que se declaran probados son que el arrendatario, con el propósito de cubrir un patio con zinc o uralita, había colocado seis tubos de hierro, empotrado uno de sus extremos en la pared, sujetos con obra de yeso, apoyando el otro extremo de los tubos en un saliente de la pared de enfrente.

4. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE ENTREGA DE LAS MERCANCÍAS.—*El lugar de la entrega en las compraventas mercantiles es, a falta de pacto en contrario o de sumisión expresa, aquél en que radica el establecimiento mercantil del vendedor.*

COMPETENCIA: CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SECUNDARIAS EN UN CONTRATO. *Las normas de competencia aplicables a las demandas sobre cumplimiento o incumplimiento de un contrato, lo son también a todas las cuestiones con él relacionadas, cualquiera que sea su índole, y aunque las obligaciones principales se hallen extinguidas por cumplimiento.*

COMPETENCIA: DEVOLUCIÓN DE ENVASES.—*La acción por la que el vendedor reclama del comprador el importe de los envases que éste estaba obligado a devolver a aquél, guarda conexión directa con el contrato principal, siéndole aplicables las mismas reglas de competencia que a éste.* [S. 16 de febrero de 1966; decide competencia.]

5. POBREZA: CAUCIÓN JURATORIA PARA RECURRIR.—*Es inadmisibile el recurso interpuesto sin prestar caución juratoria de pagar si se viniere a mejor fortuna.* [S. 15 de diciembre de 1966; desestimatoria.]

6. POBREZA: NECESIDAD DE PONDERARLA CON CIRCUNSTANCIAS DE LIBRE APRECIACIÓN DEL JUEZ.—*El beneficio de pobreza no puede otorgarse por la mera acreditación formal de la situación alegada por quien lo solicita, si ella está en contradicción con circunstancias que corresponde apreciar al juzgador.*

POBREZA: SIGNO EXTERIOR DE RIQUEZA: LITIGIOS SOSTENIDOS COMO RICO.—*Sostener otros procesos como rico es claro exponente o signo de riqueza incompatible con la concesión del beneficio de pobreza.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: CAUSAS DE INADMISIÓN: *Son inadmisibles los motivos del recurso articulados defectuosamente.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: FALTA DE MENCIÓN DEL PRECEPTO INFRINGIDO Y DEL CONCEPTO EN QUE LO FUE.—*No puede prosperar el motivo del recurso amparado en infracción de ley, que ni menciona el precepto infringido ni el concepto de la supuesta infracción.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: LAS CAUSAS DE INADMISIÓN SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACIÓN.—*La inadmisión de los motivos del recurso determina su desestimación, caso de haber llegado al trámite procesal decisivo.* [S. 30 de marzo de 1966; desestimatoria.]

7. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA.—*Es preciso que la prueba proceda con arreglo a Derecho.*

No es procedente, cuando el hecho nuevo alegado, fundamento de la pretensión de recibimiento a prueba, aparte de ser debido a la voluntad del recurrente, no se dice, ni menos acredita, que fuere de influencia notoria en el pleito, ni encuadra en tal supuesto la práctica de prueba por la parte contraria el último día del período probatorio.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NO ADMISIÓN DE DOCUMENTOS.—*La admisibilidad de documentos tiene lugar, de ser pertinente, sin necesidad de recibir el pleito a prueba.*

El número 5 del artículo 1.693, L. E. C. (denegación de cualquiera diligencia de prueba), no contempla el supuesto de admisión de documentos, cuando no ha habido, por haber sido denegado, el recibimiento a prueba. [S. 16 de diciembre de 1965; desestimatoria.]

8 DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO. ALEGACIÓN CONJUNTA E INDISCRIMINADA DE DIVERSOS TIPOS DE INFRACCIÓN.—*Es inadmisibile —y en su caso debe desestimarse— el motivo del recurso en que se alega conjuntamente la violación por interpretación errónea y aplicación indebida de un mismo precepto legal.* [S. 10 de febrero de 1966; desestimatoria.]

9. L. A. U.: (TRASPASO INCONSENTIDO): PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN.—*La prueba de presunciones sólo puede ser atacada en casación —en este caso, de injusticia notoria— cuando no son ciertos los hechos de que se parte para establecer la inducción o cuando en ésta no se sigue el rigor lógico que requiere el artículo 1.253, C. c.*

DEFECTUOSA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO.—*El artículo 1.249, C. c., por regular una cuestión puramente de hecho, no es apto para combatir la deducción hecha por la Sala de instancia, montada sobre un enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir, porque esta cuestión de derecho es propia del artículo 1.253 del mismo Código.* [S. 30 de noviembre de 1964; desestimatoria.]

10. ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA.—*Si la sentencia de instancia basa su fallo en la apreciación conjunta de la prueba; no cabe impugnarla desarticulando los distintos elementos que integran la prueba.*

PRUEBA: CONFESIÓN.—*La confesión judicial carece de carácter privilegiado.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO.—*Es suficiente para desestimar el motivo del recurso el no especificar el concepto en que se supone cometida la infracción denunciada.* [S. 9 de febrero de 1966; desestimatoria.]

11. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: PRUEBA.—*La maquinación fraudulenta requiere la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencien que la sentencia fue ganada por medio de ardides o maniobras artificiosas.* [S. 15 de febrero de 1966; desestimatoria.]

12. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: DAÑOS Y PERJUICIOS NO PROBADOS.—*No se infringe la ejecutoria si, por no haber acreditado el actor los elementos necesarios para fijar el importe de los perjuicios sufridos, la Sala desestima la valoración que presentó.* [S. 16 de diciembre de 1965; desestimatoria.]

#### IV. Colaboración de Eloy ISORNA ARTIME.

1. PROPIEDAD INDUSTRIAL: IDENTIDAD DE APARATOS: SU NO ALTERACIÓN POR ADICIÓN Y MEJORA.—*Aunque signifique mejora la adición de dispositivos que son conocidos y del dominio público, tal mejora no altera en esencia la identidad de los aparatos que son objeto de la controversia. No dejan de existir semejanza e identidad indiscutible entre dos aparatos, aun cuando la distinta colocación de la bomba suponga más rendimiento y seguridad, si cumple el*

*mismo fin que la previamente patentada. Tampoco deja de existir esa semejanza e identidad cuando la adición de nuevos elementos suponga novedad pero no importante.*

**CARÁCTER FÁCTICO DE AFIRMACIONES RELATIVAS A LA MODIFICACIÓN DE CUALIDADES Y OBTENCIÓN DE RESULTADO INDUSTRIAL NUEVO: CAUCE ADECUADO PARA SU IMPUGNACIÓN.**—*El que la materia de la patente no modifica esencialmente las cualidades del aparato objeto del modelo de utilidad y el que con aquél no se obtiene un resultado industrial nuevo, son afirmaciones fácticas que sólo podrán ser impugnadas por el cauce procesal del número 7 del artículo 1.692, L. E. C. Y no puede hacerse separación entre los hechos probados y su ponderación, que incumbe al Tribunal, cuando esta ponderación es mera consecuencia de dichas afirmaciones fácticas. Al examinar el recurrente con su especial criterio los elementos que integran los aparatos y su disposición, se aparta de los hechos afirmados en la sentencia y se produce una valoración probatoria totalmente dispar de la sentada por el Tribunal "a quo", y que es inoperante dentro de la alegación —al amparo del número 1 del artículo 1.692, L. E. C.— de violación del artículo 46 de la Ley de Propiedad Industrial. [S. 26 de enero de 1966; no ha lugar.]*

**2. EXCESO DE JURISDICCIÓN: INEFICACIA PRÁCTICA DE LA PATENTE A TRAVÉS DEL JUICIO DECLARATIVO DE MAYOR CUANTÍA:** *La declaración de novedad del procedimiento y que el mismo no era antes conocido ni explotado puede ser actuada en juicio declarativo de mayor cuantía, y en su desestimación no se produce exceso de jurisdicción, aunque ésta envuelva prácticamente la ineficacia de la patente.*

**POSIBILIDAD DE IMPUTAR EL "ONUS PROBANDI" A LOS DEMANDADOS PREVIA DEMOSTRACIÓN DE EXISTENCIA DE UN ÚNICO PROCEDIMIENTO EN LA OBTENCIÓN DE UN PROCESO:** *Partiendo del hecho de que existan otros procedimientos que puedan llevar al mismo resultado que el de la patente, resulta evidente que no se puede pretender que los demandados tengan que probar que el procedimiento empleado por ellos o por sus causantes es distinto del patentado; ello sólo sería exigible si previamente estuviese demostrado que el único procedimiento posible para obtener el producto era el patentado. [S. 27 de enero de 1966; no ha lugar.]*

## V. Colaboración de José PERE RALUY.

**1. PROPIEDAD Y POSESIÓN: DESAHUCIO DE PRECARISTAS: TÍTULO POSESORIO:** *La controversia sobre la propiedad no puede ser resuelta de modo apropiado en un juicio de desahucio por precario.*

**CASACIÓN: PRUEBA TESTIFICAL:** *Contra la apreciación de la prueba testifical no se da el recurso de casación, ya que el artículo básico del C. C. sobre la misma no es de carácter preceptivo. [S. 18 de diciembre de 1965; no ha lugar.]*

2. ARRENDAMIENTO DE COSA: DURACIÓN: LICITUD: Constituyen objeto idóneo de un arrendamiento de cosa: una máquina proyectora, un aparato completo para tomar medidas y una cinta proyectora, unido todo ello a un sistema especial para cortar trajes de caballero a medida, que el arrendador tiene patentado con el nombre de escalafotómetro. Si en el contrato no se cedió la patente, no hay obstáculo legal a que se pactara, como duración del arriendo, la de 30 años, no pudiendo considerarse ilícita la cláusula relativa a tal duración, ni la estipulación, como precio, de 60 pesetas por prenda confeccionada, con un mínimo de 600 al año.

Dolo: Cuando se alega la existencia del dolo como vicio del consentimiento hay que probarlo, siendo misión exclusiva de los Tribunales de Justicia apreciarlo y valorarlo. [S. 31 de enero de 1966; no ha lugar.]

3. INDIVISIBILIDAD DEL CONTRATO ÚNICO REFERENTE A UN OBJETO MÚLTIPLE: Reconocida la existencia de un solo contrato y de una causa de resolución relativa a uno de los locales objeto del arriendo, procede la resolución respecto al contrato en su totalidad.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: No encaja en la causa 4.ª —error de hecho— la infracción de normas legales. [S. 28 de febrero de 1966; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DISTINCIÓN RESPECTO AL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: No obsta a la calificación del arriendo como de industria de cine, el que en el arriendo no se cedieran las sillas y veladores del bar anejo, ni los pactos sobre destino de las butacas del local, una vez expirado el arriendo; el hecho de que arrendatario aporte algún elemento para el negocio no supone que el arriendo sea del local de negocio y no de industria. [S. 4 de marzo de 1966; no ha lugar.]

5. CONCEPTO SUBJETIVO DEL ABUSO DEL DERECHO: No procede afirmar que existe abuso de derecho si no resulta de los autos que la parte actora, al ejercitar su acción, lo hiciera con el propósito de causar daño a la contraparte.

PRESUNCIÓN DE TRASPASO: No es ilógico, ni inverosímil, presumir que se ha operado la sustitución de la sociedad arrendataria por uno de los socios, partiendo de hechos como el de que dicho socio pidiera a las propietarias, unos meses antes del planteamiento del proceso resolutorio por traspaso ilegal, que se pusiera el contrato de arriendo a su exclusivo nombre. [S. 9 de marzo de 1966; no ha lugar.]

NOTA: Es de suponer que los otros hechos declarados probados en la sentencia de instancia, como fundamento de la presunción de cesión, serían más consistentes que el señalado en el párrafo anterior, ya que el mero hecho de haberse interesado del arrendador la autorización de una cesión, tiene, por sí sólo, escaso, por no decir ningún valor, en orden a la presunción.

6. L. A. U.: PACTO TRANSACCIONAL SOBRE RENTA: AUMENTOS LEGALES: RENTA BASE: Aunque en un convenio transaccional celebrado en 1953 se elevara la

renta a cifra superior a la inicialmente convenida, pactándose que la nueva renta no sería aumentada más que a tenor de legislación distinta de la vigente, los aumentos de renta autorizados por los Decretos de 1954, 1956 y 1958 han de computarse tomando como base las rentas correspondientes a las épocas señaladas en tales Decretos, y no la convenida transaccionalmente.

**INJUSTICIA NOTORIA: FORMULACIÓN DEFECTUOSA DEL RECURSO:** *Es viciosa la formulación de un recurso mezclando la denuncia de infracciones de preceptos legales con el error de hecho en la apreciación de la prueba.* [S. 14 de febrero de 1966; no ha lugar.]

**7. EJERCICIO DE INDUSTRIA DOMÉSTICA EN VIVIENDA ARRENDADA: EFECTO RESPECTO A COMPETENCIA: FACULTADES DEL INQUILINO:** *No altera la naturaleza de arriendo de vivienda el hecho de que el inquilino ejerza en la misma una industria doméstica, ejercicio que es lícito aun sin autorización del arrendador y sin que el mismo se remonte a la iniciación del arriendo; a efecto de determinar la competencia de los Juzgados de Instancia para el ejercicio de ciertas acciones basta que la profesión o industria se ejerza en la vivienda y que se tribute por la misma.*

**PRELACIÓN EN EL ORDEN DE ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS:** *La obligación impuesta por el artículo 54 de la LAU de respetar un determinado orden de prelación en la enajenación de viviendas, supone un correlativo derecho del arrendatario que pueda resultar perjudicado, a ejercitar la reclamación oportuna, caso de no respetarse por el arrendador la prelación citada, debiendo aplicarse a esta acción impugnatoria las mismas normas sobre competencia que rigen la acción de impugnación de la venta por precio excesivo del artículo 53 LAU.*

**PRINCIPIOS DE DERECHO:** *Donde existe la misma razón de hecho debe aplicarse la misma norma de derecho.* [S. 24 de enero de 1966; no ha lugar.]

**NOTA:** La anterior sentencia viene a completar la doctrina de la de 27 de noviembre de 1963, en la que se abordó el tema de las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 de la LAU, declarándose que los efectos de tal incumplimiento son análogos a la venta por precio excesivo a que alude el artículo 53 de la LAU. La sentencia objeto de esta nota lleva la asimilación de efectos al terreno procesal, lo que supone atribuir a los Juzgados de Primera Instancia competencia para decidir de las demandas impugnatorias basadas en el artículo 54.

**8. REPRESENTACIÓN DE LA MUJER CASADA POR SU MARIDO: ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: ACTOS RELATIVOS AL ARRENDAMIENTO:** *Tratándose de actos de administración, como son los emanados del arriendo, el marido, que es representante de la mujer, puede comparecer en nombre de ella, aunque al hacerlo no exprese que actúa con tal representación.* [S. 21 de enero de 1966; ha lugar.]

**NOTA:** Se trataba de la actuación del marido en un expediente de ruina referente a local arrendado a su cónyuge.

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA: NATURALEZA: *La denegación de prórroga forzosa tiene la virtualidad de una causa resolutoria.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA O PRIVACIÓN PARCIAL DE LA COSA ARRENDADA: *El que el arrendatario haya estado temporalmente privado de parte del inmueble, por obras de reconstrucción realizadas en el mismo, no obsta a que, tras la reconstrucción, y siendo exigible por el arrendatario el derecho a ocuparla totalmente, se le deniegue por el arrendador la prórroga si hay causa para ello.*

OFRECIMIENTO DE RENTA Y REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: *Bajo la legislación vigente no es preciso que el arrendatario ofrezca la indemnización con un año de antelación.* [S. 9 de febrero de 1966; no ha lugar.]

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: JUSTA CAUSA: *No puede estimarse como causa justificativa de la no ocupación de una vivienda situada en Madrid el hecho de que el inquilino haya intervenido como apoderado en un expediente de jurisdicción voluntaria tramitado en Barcelona y terminado días después de la fecha inicial de la desocupación de la vivienda.*

INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA DEL RECURSO: ERROR DE DERECHO: ERROR DE HECHO: *La naturaleza extraordinaria del recurso de injusticia notoria no permite valorar de nuevo las pruebas practicadas en el pleito. Es inadmisibile el recurso basado en la interpretación errónea de normas, si no se refieren a los hechos que la Sala declaró probados. El error de hecho no puede justificarse por meras presunciones.* [S. 30 de enero de 1966; no ha lugar.]

11. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: ARRIENDO DE INDUSTRIA DE VERANO: JUSTA CAUSA DEL CIERRE: *No habiéndose justificado que el arrendamiento se otorgara en consideración a que el pueblo donde radica el local sea estación veraniega, el mayor o menor negocio en ciertas épocas del año no puede estimarse como causa justificativa del cierre. La jurisprudencia ha estimado como justa causa del cierre el que el negocio se estableciera conforme a su peculiar objeto o contenido sobre la afluencia de forasteros en determinada época, como ocurre a los hoteles en plazas veraniegas o balnearios, cuyo desenvolvimiento o razón de existir radica exclusivamente en la mayor actividad estacional.*

ACCIONES RESOLUTORIAS DE ARRIENDO: LEGITIMACIÓN DE COMUNEROS: *Pedida por los actores, que afirman ser conducteños de un local, la resolución del arriendo del mismo, ha de entenderse que la acción está ejercitada para y en beneficio de la comunidad, aunque no intervengan todos los comuneros.* [S. 25 de marzo de 1966; no ha lugar.]

NOTA: No es tarea fácil la calificación de un negocio como actividad de temporada dada la variada gama de situaciones de hecho que pueden darse, desde aquellas actividades que en un determinado lugar sólo pueden realizarse por su propia naturaleza en una determinada temporada a aquellas otras que en rigor pueden desarrollarse a lo largo de todo el año, pero que en la

práctica solo pueden ejercerse en adecuadas condiciones económicas en un determinado periodo estacional. La jurisprudencia sobre esta materia pareció inicialmente sentar criterios muy amplios, como se advierte en S. de 22 de junio de 1959—fábrica de molturación de frutas, industria hotelera en balneario—, y en la de 11 de diciembre del propio año, en que, con criterio de gran amplitud muy razonable, se dijo que “tratándose de una ciudad veraniega en la que el negocio del tipo del que se instaló en el local arrendado, su valor e importancia comercial tienen una destacada significación en los meses de verano, careciendo de ella en los restantes meses del año, en los que se impone una paralización o una considerable restricción en su actividad, habiendo que concluir que el cierre durante tales meses del local arrendado es una justa causa; en Sentencia de 13 de diciembre de 1963 se afirmó ya, que no todos los negocios radicados en poblaciones veraniegas podían considerarse negocios de temporada con cierre justificado fuera de ella, negándose tal condición a un establecimiento de droguería y artículos de limpieza, susceptible de funcionar durante todo el año, y que de hecho había funcionado durante dos años completos.

La sentencia a que se refiere esta nota supone una acepción muy restrictiva del negocio de temporada, si se tiene en cuenta no ya sus declaraciones genéricas, sino el dato de hecho de tratarse de un negocio de carnicería instalado en una población de vida tan fundamentalmente veraniega como Cercedilla, en la que según se acreditó por un documento obrante en autos, en el matadero municipal sólo se sacrifican reses durante los meses de verano. Tal circunstancia y el mismo hecho, también probado, de aplicarse a la imposición municipal relativa a la industria un descuento por razón de la limitación del tiempo de apertura al público del negocio, parecía imponer la calificación del negocio como de temporada—por tratarse de hechos notorios al arrendador—, pero no lo entendieron así ni los dos órganos de instancia ni el Tribunal Supremo.

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *La enfermedad, para que sea justa causa del cierre, debe ser de tal naturaleza que impida al arrendatario, transitoriamente, el ejercicio de la actividad precisa para que el negocio o industria se desarrolle normalmente, y no se da si a pesar de la enfermedad, el arrendatario desarrolla otras actividades más intensas que las que se hubieran tenido que desarrollar en el local objeto del cierre. Corresponde al prudente arbitrio de los Tribunales apreciar, en cada caso concreto, la concurrencia de las circunstancias determinantes de tal justificación, según las normas del buen juicio a las que ha de someterse esta Sala si se alega la aplicación indebida de la norma. [S. 30 de enero de 1966; no ha lugar.]*

13. ARRENDAMIENTO OTORGADO EN FAVOR DE UNA COMUNIDAD: EXTINCIÓN: *Si los arrendatarios son una pluralidad de sujetos, constitutivos de una comunidad ordinaria, la comunidad se disuelve cuando se pierde el derecho arrendaticio por extinguirse el contrato de arriendo por cualquier causa, entre ellas la renuncia de los arrendatarios con los que está personalmente vinculado el arrendador.*

PROHIBICIÓN DE CESIÓN DE ARRIENDO SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No puede imponerse al arrendador un cambio de titularidad arrendaticia sin su consentimiento, según se deduce de las limitaciones del artículo 1.257 C. C. [S. 22 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

CASACIÓN: MATERIA RECURRIBLE: *El recurso se da, no contra el fallo, sino contra los "considerandos".* [S. 22 de febrero de 1966; no ha lugar.]

14. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILÍCITO: RETROCESIÓN: CONSENTIMIENTO: *Constituye causa de resolución el que el arrendatario ceda el arriendo ilícitamente a un tercero, aunque ulteriormente se produzca una nueva cesión en favor del primer cedente: El conocimiento del traspaso por el arrendador no supone consentimiento del mismo.* [S. 19 de febrero de 1966; no ha lugar.]

15. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: FECHA DEL TRASPASO: *Si una serie de documentos acredita que la sociedad cesionaria viene ocupando, desde una determinada fecha, los locales alquilados a un anterior arrendatario, de manera oficial y pública, en relación a diversos organismos oficiales, hay que considerar contra lo afirmado por la Audiencia, que el traspaso tuvo lugar en la citada fecha.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA: *Transcurridos 15 años desde la fecha en que el cesionario se estableció en el local, con ocupación real, notoria y sin clandestinidad, ha prescrito la acción resolutoria por traspaso ilícito.* [S. 28 de febrero de 1966; ha lugar.]

16. RESOLUCIÓN POR TRASPASO DE MADRE A HIJA.—*Cerrada una industria de la arrendataria y abierta luego figurando al frente del negocio la hija de aquella, ello supone la introducción de un tercero sin título y constituye causa de resolución.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO.—*No cabe invocar infracciones procesales al amparo de la causa de infracción de ley; no es materia de hecho la impugnación de la calificación de un contrato.* [S. 23 de marzo de 1966; no ha lugar.]

17. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: PRUEBA.—*No es precisa la prueba plena de la cesión, bastando presumirla.*

OCUPACIÓN DE VIVIENDA POR EMPLEADO DEL ARRENDATARIO.—*La relación laboral faculta a la dependencia del arrendatario a ocupar la vivienda aneja al local de negocio.* [S. 25 de febrero de 1966; ha lugar.]

NOTA.—La sentencia del T. S. viene a decir que de los hechos declarados probados por la Sala —no los meramente conjeturados por la Sala— se deduce que existe una relación de dependencia entre el ocupante y el arrendatario que no hace lógico presumir el traspaso.

18. SUBARRIENDO: AUTORIZACIÓN ESCRITA Y EXPRESA: L. A. U.—*El requisito del consentimiento escrito y expreso establecido en la L. A. U. es consustancial con la validez del arrendamiento de modo que, no constando por escrito la autorización del subarriendo, se ha de tener éste por nulo, por falta de requisito esencial predeterminante de su validez, ya que tal requisito, como solemnidad precisa para la validez del subarriendo frente al arrendador, constituye una excepción del principio general de libertad de forma en materia de obligaciones. El subarriendo no autorizado en la forma legalmente*

prescrita es radicalmente nulo y no puede generar ningún derecho [S. 2 de marzo de 1966; no ha lugar.]

19. CONTENIDO DEL DERECHO ARRENDATICIO.—*Todo lo que es ajeno al goce o uso de la cosa no está incluido entre las facultades que el contrato transmite.*

RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: RENUNCIA DE DERECHOS.—*Las obras de cambio de configuración que lleva a cabo el arrendatario necesitan la autorización expresa del dueño o que se funden en hechos indubitados de consentimiento, porque éste envuelve renuncia de una facultad propia del dominio y como tal renuncia de derechos, no consiente interpretación extensiva. Una cláusula de autorización de obras para variar la distribución interior a base de tabique sencillo y respetando las paredes maestras, no autoriza al arrendatario a construir un cuerpo de edificio en un patio de la finca arrendada, cuya construcción requirió la destrucción de una pared maestra. Variar significa modificar lo existente, pero no hacer una cosa nueva. [S. 28 de enero de 1966; ha lugar.]*

20. REPARACIONES URGENTES EN LA COSA ARRENDADA: CAMBIO DE CONFIGURACIÓN. *A efectos de la facultad del arrendatario, de realizar en la cosa arrendada reparaciones urgentes para evitar daño inminente o incomodidad grave, sin acudir previamente al propietario, es indiferente que la obra modifique o no la configuración del local, no cabiendo la resolución del arriendo en el caso de realizarse reparaciones urgentes. [S. 14 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

NOTA.—Conviene no exagerar el alcance de las anteriores declaraciones, ya que sería aventurado creer que el hecho de que el arrendatario tenga que afrontar la realización de reparaciones urgentes le autoriza a realizar en la cosa arrendada modificaciones estructurales de carácter permanente sin limitación alguna. Ciertamente es que la necesidad de atajar un mal inminente autorizará a realizar, por ejemplo demoliciones, obras de cimentación, tapiado de huecos, etc., necesarios para evitar dicho mal, pero sería temerario que el arrendador aprovechara la ocasión para realizar reconstrucciones con innovaciones fundamentales respecto a las antiguas estructuras, si tales innovaciones no son precisas para evitar la repetición de las situaciones de riesgo. Aun contando con que los órganos jurisdiccionales suelen mostrar innegable benevolencia en materia de obras urgentes de reparación o previsión de daños nunca será excesiva la prudencia en orden a las realizaciones de cambios permanentes de cambio de configuración.

21. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS ACCIDENTALES Y DE DETALLE: *Son obras accidentales y de detalle, que no producen cambio esencial y sensible en la cosa arrendada, la instalación de un cobertizo simplemente apoyado en el terreno, sin incidir en él, meramente desmontable, y la construcción de un andén con tierra apisonada, y que si bien tiene un revestimiento de hormigón, se construyó para contener las tierras de un plano superior y carece de cimentación. La configuración es algo circunstancial y variable, cuya apreciación incumbe, en cada caso, a los Tribunales.*

**INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *Es defectuoso el recurso en el que, al amparo de la causa referente al error de hecho, se denuncia una infracción de derecho.* [S. 30 de noviembre de 1965; no ha lugar.]

**22. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA: CONSTRUCCIÓN DE SOPORTES DE FÁBRICA:** *La configuración es un concepto jurídico cuya determinación corresponde única y exclusivamente a los Tribunales. La impugnación, en injusticia notoria, de tal concepto, debe hacerse por la vía de la infracción de ley y no por la de error de hecho. Tratándose de obras posteriores, en bastantes años, al arriendo, no cabe pretender la autorización implícita cuando no se trata de obras de adaptación al destino pactado. Es causa de resolución la construcción de siete machones de fábrica de ladrillo macizo de 1,10 × 0,30 × 1,80 metros, que sirven de sostén, mediante un entramado de madera, a siete depósitos de uranita de más de un metro cúbico cada uno, y que requirieron cimentación especial.*

**INJUSTICIA NOTORIA: PLURALIDAD DE CAUSAS RESOLUTORIAS:** *Desestimado el recurso, en cuanto a la impugnación, que en el mismo se hacía, de la aplicación de una causa resolutoria, huelga abordar la impugnación de otra de las causas estimadas.* [S. 23 de febrero de 1966; no ha lugar.]

**23. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE ALTILLO: PRUEBA: RESTITUCIÓN DEL OBJETO DEL ARRIENDO A SU PRIMITIVO ESTADO:** *La construcción de un altillo y armazones o caballetes empotrados en el suelo, constituye causa de resolución por alterar la configuración. Si un acta notarial acredita la existencia de la obra empotrada y posteriormente, en el curso del pleito resolutorio, un dictamen pericial acusa vestigios de un anterior empotramiento, desaparecido al tiempo del peritaje, hay que estimar que la obra de empotramiento se realizó sin que su ulterior desaparición tenga influencia en la resolución del litigio.* [S. 25 de marzo de 1966; ha lugar.]

**24. ACCIONES ARRENDATICIAS: PROCESOS APLICABLES:** *Las acciones encaminadas a determinar el espacio a que afecta un arrendamiento y a concretar la renta correspondiente al mismo, escapan del ámbito de la LAU y deben tramitarse con arreglo a las leyes procesales comunes.*

**INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA POR INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: APRECIACIÓN DE OFICIO:** *La inadecuación de procedimiento, por ser cuestión de orden público, puede ser abordada en el recurso de injusticia notoria, tanto a iniciativa de parte como de oficio, y puede dar lugar al recurso por haberse seguido la vía procesal de la LAU en lugar de la común, aunque al formularse el recurso no se haya expresado el concepto de la infracción.* [S. 10 de febrero de 1966; ha lugar.]

**25. JUICIO DE DESAHUCIO: ÁMBITO DEL JUICIO:** *Si bien el juicio de desahucio excluye normalmente la posibilidad de que en él se discutan y declaren dere-*

chos más o menos controvertibles, ello no impide dilucidar, dentro de dicho juicio, extremos vinculados a la relación que se trata de extinguir y que constituye, en algún aspecto, supuesto obligado de los pronunciamientos de la sentencia.

**INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE LA NORMA SOBRE CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR:** *La infracción de la norma que exige el pago o consignación de la renta para la interposición de recursos no puede ser combatida alegando la infracción de doctrina legal, ya que, de existir la infracción, constituiría la misma un quebrantamiento de formalidades legales.*

**INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS:** *Los documentos objeto de controversia en el pleito no tienen eficacia bastante para, sobre ellos, deducir error en la apreciación de la prueba. [S. 2 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

**26. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RECURRIR EN PROCESOS RESOLUTORIOS:** *La admisión del recurso de injusticia notoria sin acreditar el pago de la totalidad de la renta adeudada es causa de inadmisión y, en trance de resolución, de desestimación del recurso. [S. 4 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

**27. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA:** *Es eficaz una cláusula de sumisión expresa, impresa y colocada, en los dos ejemplares del contrato aportados por las partes, después de la firma de los contratos, puesto que no aparece tachada y no puede ser ignorada por los firmantes al estar inmediata a las mismas y llegar las firmas hasta la misma cláusula.*

**COMPETENCIA TERRITORIAL: LUGAR DEL ESTABLECIMIENTO DEL VENDEDOR:** *Es competente el Juez del lugar del establecimiento del vendedor si la mercancía se remite desde dicho lugar al del comprador por cuenta, orden y riesgo de éste. No es obstáculo al anterior criterio, el que se giraran las letras para el pago de las mercancías en beneficio del comprador. [S. 10 de diciembre de 1965.]*

**28. CUESTIONES DE COMPETENCIA: RECLAMACIÓN DE PARTE DEL PRECIO DE UNA VENTA:** *Reclamado el resto del precio de una venta, si el demandado, promotor de la cuestión de competencia, reconoce que el lugar del pago corresponde al domicilio del actor, es el Juzgado de este lugar el competente. [S. 22 de abril de 1966.]*

**29. INADECUADA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: COMUNIDAD: LIQUIDADORES DE LA COMUNIDAD:** *Por carecer la comunidad ordinaria de personalidad jurídica, los liquidadores, caso de ser designados, se hallarán facultados para realizar las operaciones de liquidación, pero no para representar en juicio a la comunidad. Si la demanda referente a una finca arrendada a varios comuneros no se dirige contra todos ellos hay que declarar defectuosa la constitución de la relación jurídico-pro-*

cesal y no puede prosperar la demanda, debiendo imponerse a la parte actora las costas de la primera instancia.

**INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES APRECIABLES DE OFICIO:** *La cuestión referente a la existencia de falta de litis consorcio pasivo necesario ha de resolverse de oficio.* [S. 1 de abril de 1966; ha lugar.]

30. **JUICIO DE MAYOR CUANTÍA: RECONVENCIÓN:** *La reconvencción, en el juicio declarativo de mayor cuantía, no precisa tramitación especial.*

**CASACIÓN DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *No son documentos auténticos, a efectos de casación, ni los informes de las Cámaras de Comercio y de Inquilinos ni las actuaciones de la Junta de Estimación arrendaticia urbana, ni el propio laudo impugnado.*

**CASACIÓN: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN:** *Es incorrecto acumular conceptos de infracción en un solo motivo.* [S. 4 de marzo de 1966; no ha lugar.]

31. **CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS:** *El Tribunal Supremo sólo puede revisar y rectificar el criterio interpretativo del Tribunal de instancia cuando hubiera contravenido las normas o reglas de interpretación de los contratos.* [S. 25 de abril de 1966; no ha lugar.]

32. **CASACIÓN: RESPETO A LOS HECHOS PROBADOS:** *Es inadmisble el recurso por infracción de ley basado en supuestos de hecho distintos de los admitidos por el órgano "a quo".* [S. 21 de diciembre de 1965; no ha lugar.]

33. **ADECUADA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:** *El artículo 1.091 del C. C. tiene carácter general y es preciso que su cita en casación se complete con aquellas disposiciones que acreditan que la Sala de instancia interpretó mal el "tenor obligacional" o se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustaba al mismo.* [S. 23 de abril de 1966; no ha lugar.]

34. **CASACIÓN DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *No son documentos auténticos, a efectos de casación, una certificación de la Delegación de Industria y otra de la Administración de Rentas Públicas, que prueban, tan sólo, el incumplimiento, por el actor, de sus deberes de tipo administrativo y fiscal.*

**CASACIÓN: ALEGACIÓN DE INCONGRUENCIA: FORMALISMO:** *No es admisible un motivo basado en incongruencia, con cita del número uno, en lugar del número dos, del artículo 1.692 de la LEC.* [S. 10 de marzo de 1966; no ha lugar.]

35. **CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE DECLARACIÓN DE HECHO: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA:** *No procede la casación contra el juicio dado por la Sala "a quo" en virtud de la apreciación conjunta de la prueba, si el recurrente pretende impugnarlo por el resultado aislado de alguno de los elementos integrantes del del juicio.* [S. 4 de febrero de 1966.]

36. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es defectuoso el planteamiento del recurso en que se alega error de hecho con base en la prueba documental, sin precisar qué documentos son los que patentizan tal aseveración, y en el que se denuncia en un solo motivo dos casos de infracción diferente, faltando con ello a la claridad y precisión debidas.* [S. 4 de febrero de 1966; no ha lugar.]

37. DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *No cabe acumular dos conceptos de infracción distintos: interpretación errónea y aplicación indebida del mismo precepto. No cabe impugnar la prueba de presunciones sin invocar el artículo 1.253 del C. C.* [S. 16 de marzo de 1966; no ha lugar.]

38. INJUSTICIA NOTORIA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *No procede el recurso de injusticia notoria por denegación de prueba propuesta por vez primera en trámite de apelación.* [S. 19 de febrero de 1966; no ha lugar.]

39. IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO EN INJUSTICIA NOTORIA: DOCUMENTAL: *Sólo cabe la impugnación de la sentencia por error de hecho, enfrentando a las declaraciones de la Sala "a quo", la prueba documental o pericial que abiertamente contradigan aquéllas, sin que pueda invocarse al efecto el contrato de arriendo objeto de interpretación en la sentencia.*

INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *La impugnación de la interpretación de contratos es materia de la causa 3.ª—infracción de ley—, y no de la 4.ª—error de hecho—.* [S. 26 de febrero de 1966; no ha lugar.]

40. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *El reconocimiento judicial no es apto para fundar un recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba. No cabe impugnar, con base en la causa de error de hecho, la infracción de precepto o doctrina legal.* [S. 31 de enero de 1966; no ha lugar.]

41. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es defectuoso, por falta de precisión y claridad, el recurso en que se cita como infringida una ley comprensiva de varias disposiciones, sin precisar cuál es la que se supone quebrantada y en el que no se señala el concepto en que se considera cometida la infracción.* [S. 9 de marzo de 1966; no ha lugar.]

42. RECURSO DE REVISIÓN DE LA L. E. C.: NATURALEZA: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: DOCUMENTO FALSO: SENTENCIA REVISABLE: *El recurso de revisión es de carácter extraordinario y excepcional, y no es medio que autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de cuestiones o extremos que tuvieron su lugar adecuado en el pleito. Los supuestos de revisión establecidos en la ley deben ser ponderados de manera estricta y restrictiva. Para que la falsedad de un documento pueda determinar la rescisión de una sentencia firme, es preciso que tal documento haya sido fundamento causal, o cuando menos de decisivo influjo en el fallo de la resolución combatida. La sentencia que*

*debe ser objeto del recurso de revisión es la sentencia firme de instancia, si el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de injusticia notoria interpuesto contra aquélla, se limitó a desestimar tal recurso. [S. 26 de abril de 1966; no ha lugar.]*

## VI. Colaboración de José M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS.

1. LITIS EXPENSAS: CUÁNDO PROCEDE: *Proceden las litis expensas cuando, careciendo de bienes la mujer, no puede obtener el beneficio de defensa gratuita por impedirlo el cómputo de los ingresos procedentes de los bienes de su consorte.*

LITIS EXPENSAS: SEPARACIÓN DE HECHO: *El derecho a las litis expensas subsiste mientras no se suspenda o cese legalmente el vínculo conyugal, dado que la separación de hecho por voluntad de los esposos es una situación anormal del matrimonio que no tiene respaldo alguno legal, y puede terminarse en cualquier momento en que el esposo quiera hacer uso de los derechos que le confieren las leyes, obligando a la esposa a reintegrarse al lugar conyugal bajo su autoridad.*

LITIS EXPENSAS: CUANTÍA: *La apreciación de la necesidad de las pretensiones de la esposa, así como el alcance y cuantía de las litis expensas, corresponde al discernimiento del Tribunal de instancia, como problema de hecho. [S. 25 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

2. NULIDAD DE LA PARTICIÓN: NULIDAD DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS. *La declaración de nulidad del auto de declaración de herederos, decretada como consecuencia de no haber tenido en cuenta la existencia de un testamento ológrafo, no arrastra consigo con el carácter de radical y absoluta, la nulidad de la escritura de partición de bienes.*

NULIDAD DE LA PARTICIÓN: SUPUESTOS.—*La única nulidad que impone la ley, al tratar de la rescisión de la partición, es la de aquella “hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo” (art. 1.081, C. c.), por su carácter de inexistencia, y en los demás casos permíte atacar la partición “por las mismas causas de las obligaciones” (art. 1.073, C. c.).*

NULIDAD DE LA PARTICIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL TÍTULO EN QUE SE APOYA.—*En caso de nulidad del título hereditario (en el caso de autos, nulidad de la declaración de herederos), puede ser atacada la partición, como incurra en defecto capaz de producir su anulabilidad y previa demostración de algún vicio del consentimiento de los expresados en el artículo 1.265, C. c.*

DISPOSICIÓN DE BIENES HEREDITARIOS POR LOS HEREDEROS PRESUNTOS.—*No ofrece duda ninguna que todos los herederos presuntos, conjuntamente, pueden realizar, con plena validez y eficacia, actos de disposición sobre bienes particulares de la herencia.*

**ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA: SOMETIDO AL CÓDIGO CIVIL: RESOLUCIÓN:** *Finalizado el término del arriendo y sin haberse fijado plazo para la opción, puede el arrendador obtener la resolución del contrato en su totalidad (arrendamiento y opción de compra) fundándose en que durante todo el tiempo de duración del arrendamiento no se le pagó renta.* [S. 25 de noviembre de 1965; ha lugar en parte.]

NOTA.—Resuelve esta Sentencia dos cuestiones distintas:

A) *Nulidad de la partición.*—Si el título hereditario en que se basó la partición es nulo, ello no implica la nulidad radical y absoluta de la partición. Ello sólo es causa, en su caso, de anulabilidad en base al 1.265, C. c., o sea, cuando concurra algún vicio del consentimiento.

Una vez más el Tribunal Supremo se inclina por mantener las particiones.

B) *Resolución del arrendamiento con opción.*—Se trataba de un arrendamiento entre parientes (no sometido a la legislación de arrendamientos rústicos, por tanto), en el que se incluyó una opción de compra. Faltando dos meses para terminar el arrendamiento, se ejercita la opción. El demandado, en la reconvección, pide la resolución del arrendamiento en base a que durante los nueve años que duró, el arrendatario no pagó renta. El Tribunal Supremo estima la reconvección, dando lugar a la resolución del contrato en su totalidad, es decir, en cuanto a arrendamiento y en cuanto a opción de compra, en base al incumplimiento por el arrendatario de su obligación de pago de la renta.

3. **DISPOSICIONES INOFICIOSAS: NO SON NULAS.**—*Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, no son radicalmente nulas, y sí solamente inoperantes, dando lugar, en su caso, a las reducciones procedentes en cuanto fueren inoficiosas o excesivas.* [S. 28 de febrero de 1966; no ha lugar.]

## IV. SENTENCIAS DE SUPLICACION

## 1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ  
Doctor en Derecho

## I. Derecho civil

1. ABUSO DE DERECHO: INAPLICACIÓN: *Es notoriamente desacertada la creencia del recurrente, de que la no aplicación por un juzgador de la llamada teoría del abuso de derecho, signifique su errónea aplicación.* (Sentencia de 5 de mayo de 1966; no ha lugar.)

2. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *Cuando existe un contrato válido, que como tal obliga a las partes a su cumplimiento, y una de ellas acude a los Tribunales denunciando su incumplimiento por parte de la otra y propone la prueba encaminada a demostrar los hechos precisos que así lo acreditan, no abusa de su derecho, no actúa con la malicia que ese abuso exige, sino todo lo contrario, ejercita un derecho, y ante la autoridad competente solicita la eficacia de tal ejercicio.* (Sentencia de 2 de abril de 1966; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDO: NATURALEZA: *El subarriendo es una figura, aunque análoga al arrendamiento, distinta de él y yuxtapuesta en el mismo, es decir, un arriendo dentro de otro. Por consiguiente, el arrendador que autoriza la subrogación sólo tiene derecho a percibir la participación que la ley autoriza, pero respecto al subarriendo, como esta relación jurídica vincula únicamente al inquilino subarrendador con el subarrendatario, el propietario queda fuera de ella; son aquellas dos partes las que pueden compelerse al cumplimiento de las recíprocas obligaciones derivadas de la sublocación.* (Sentencia de 11 de mayo de 1966; no ha lugar.)

4. SUBARRIENDO: EXISTENCIA: *En manera alguna puede transformarse el subarriendo en arrendamiento por el solo hecho del fallecimiento del arrendatario, ya que no existe norma legal que autorice tal modificación de la relación arrendaticia, sin el consentimiento expreso de la propiedad; y ni el pago de la renta directa al arrendador, ni la tardanza de la propiedad para ejercitar su acción produce aquel efecto, ya que el pago de la renta en tal supuesto sólo produce la contraprestación económica al disfrute de la vivienda, pero es incapaz de crear figuras jurídicas, no consentidas por ambas partes.* (Sentencia de 20 de junio de 1966; no ha lugar.)

5. HOSPEDAJE: AUTORIZACIÓN: *La arrendadora, por actos propios y positivos no sólo otorgó la autorización, sino que consintió, con actos y prestaciones en su beneficio, la existencia de hospedados para obtener un lucro,*

*sin que alcance trascendencia el que no aparezca que la autorización se diera por escrito, porque al corroborar la realidad de su consentimiento con la efectiva y continuada percepción del aumento de renta, purificó a la autorización concedida del posible defecto legal de la falta formal que padecía de no constar por escrito. (Sentencia de 25 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

6. HOSPEDAJE: EXISTENCIA: *La tenencia, por el inquilino en su casa, de un matrimonio, que no consta haya introducido muebles en la habitación que ocupan, debe ser conceptuado como de hospedaje de dos personas, y para lo que están expresamente autorizados los inquilinos. (Sentencia de 9 de mayo de 1966; ha lugar.)*

7. CESIÓN: INEXISTENCIA: FALTA DE NOTIFICACIÓN: *La L.A.U. exige la notificación fehaciente al arrendador, de la existencia de la cesión, queriendo con ello expresar, que una mera ocupación subrepticia de la vivienda, aunque dure años, no supone nunca cesión, cuando la propiedad ignora la pretendida cesión. (Sentencia de 27 de abril de 1966; no ha lugar.)*

8. CESIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *A partir de la entrada en vigor de la Orden Ministerial, publicada en el «Boletín Oficial del Estado», de que se deriva la cesión, se entiende consumada la ocupación y es la fecha que ha de servir de base para la iniciación del plazo de caducidad. (Sentencia de 30 de abril de 1966; ha lugar.)*

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Hay necesidad, pues el piso que ocupa el actor y su familia, no tiene más que dos pequeñas habitaciones y la familia se compone del matrimonio y dos niños de distinto sexo, de dieciséis y catorce años, respectivamente, por lo que la higiene y la moral abogan de consuno que tal convivencia y hacinamiento, son indeseables. (Sentencia de 9 de abril de 1966; ha lugar.)*

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Hay necesidad, pues la actora es empleada de un centro oficial, y por carecer de vivienda en Madrid, ha de residir en el pueblo de Móstoles, desde donde ha de trasladarse diariamente para acudir a la oficina. (Sentencia de 5 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Cuando por razones de edad u otras se considera en la precisión de cesar en la actividad de servicio doméstico y, consiguientemente, en la de abandonar la vivienda que por razón de ella ocupa, surge la imperiosa e indiscutible necesidad de habitar en la propia vivienda; y no puede en forma alguna exigirse, ni que continúe forzosamente en su trabajo de servicio doméstico, lo que tampoco dependería de su voluntad sino que lo consintiesen y admitiesen aquellos a quienes sirve u otros con quienes ha de convivir obligadamente, ni que haya de cesar con antelación en tales servicios y convivencia, sin vivienda en que acogerse, teniendo una de su propiedad. (Sentencia de 26 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Quien por*

*razón de su jubilación tiene que desalojar la vivienda que ocupa por razón de su cargo, tiene necesidad indudable para ocupar la propia arrendada; la mayor o menor tolerancia del nuevo titular y la mayor o menor permanencia en aquella vivienda no puede ser estimada como justificación de no serle necesaria ocupar la propia, ya que por su propia naturaleza los actos tolerados, pueden hacer cambiar la situación por la mera voluntad de poner fin al acto tolerado. (Sentencia de 21 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: *La necesidad tiene que existir en el momento del requerimiento para la negativa de la prórroga forzosa, pero tiene que persistir en todo momento, ya que es la razón que justifica la acción, y si aquélla falta en cualquier momento, el mantener el ejercicio de la acción, se encontraría comprendido en el artículo 9 de la L. A. U., pues el causar un perjuicio al demandado sin causa que lo justifique, es un manifiesto abuso de derecho. (Sentencia de 2 de junio de 1966; no ha lugar.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *Basta que se haga referencia en el requerimiento al propósito y voluntad de vivir independientemente para que se entienda notificado el fundamento y causa de la aducida necesidad.*

ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *El que acciona denegando la prórroga del arrendamiento para que sea realidad la humana y corriente aspiración de vivir en hogar propio e independiente, que no se tiene, no se conduce y obra en fraude de la ley, para ampararse en una aparente protección de ésta, perjudicar el interés de otro, sino que hace correcta aplicación de preceptos de derecho objetivo que la facultan para accionar y obtener la efectividad de los subjetivos que le pertenecen. (Sentencia de 12 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *No sólo se requiere la celebración del matrimonio, sino también el que se deba residir en la localidad en que esté situada la finca, por lo que al no expresarse este último requisito en la formal notificación que se hace al inquilino, ello supone una incompleta información sobre dicha causa y por consiguiente, un defecto del que adolece el mencionado preaviso notarial.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *Aun cuando no hubiese necesidad de practicar ninguna prelación entre los dos únicos inquilinos, a los efectos de la L. A. U., puesto que ambos se encontraban en igual situación, de todos modos era imprescindible haber hecho constar en el acta notarial de requerimiento, la indicada razón por virtud de la cual no era necesario practicar la referida prelación, pero lo que no procede es silenciar en el expresado requerimiento el particular relativo a esa circunstancia, cuando precisamente se exige en la propia L. A. U. (Sentencia de 18 de junio de 1966; no ha lugar.)*

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: INEXISTENCIA: *La no ocupación debe ser total y permanente, sin que medien repetidas y periódicas*

*interrupciones de su no uso, máxime cuando existe también una causa válida de esa parcial desocupación de la vivienda, como es la natural y lógica de atender a imprescindibles obligaciones morales de tipo familiar durante el día. La indicada forma que se hace de su uso, significa que se utiliza para la satisfacción de las necesidades de la vida doméstica diaria y de conformidad con las circunstancias actuales que la misma reviste. (Sentencia de 5 de julio de 1966; no ha lugar.)*

17. OBRAS: CLASIFICACIÓN: AUMENTO DE RENTA: *Ni la pintura de la casa, ni el solado de habitaciones, en mal estado, pueden estimarse como obra de mejora, sino de mera reparación, por lo que ninguna de ellas puede producir al realizarse, un aumento justo de la renta; sin embargo, si tiene el carácter de obra de mejora la instalación de una ducha, y por ende, puede producir un aumento justo de la renta. (Sentencia de 5 de mayo de 1966; ha lugar.)*

18. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: *La facultad que tenía conforme a la ley el arrendatario, no era otra más que la de reponer la puerta afectada por el fuego tal como estaba antes de ocurrir el mismo, pero no en cambio, al amparo de este acontecimiento, proceder sin autorización de la propiedad, a modificar su estructura anterior, cualquiera que sea su extensión y amplitud. (Sentencia de 6 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

## II. Derecho procesal

1. JURISDICCIÓN: COMPETENCIA: *Son de competencia del Instituto Nacional de la Vivienda las relaciones entre la Comisaría de Urbanismo y los beneficiarios o arrendatarios, incluso los ocupantes autónomos sin título, pero no las situaciones que se producen entre los expresados beneficiarios y terceros. (Sentencia de 24 de junio de 1966; no ha lugar.)*

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: *En este recurso, como en el de casación por infracción de ley, al que es análogo, dentro de sus peculiares características, no tienen cabida las cuestiones nuevas, y son motivo bastante para la no admisión o desestimación del recurso. (Sentencia de 12 de abril de 1966; no ha lugar.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: EXISTENCIA DE TEMERIDAD: *Siendo notoriamente temeraria la conducta del recurrente por haber dado lugar a la sustanciación de este recurso, sin tener en cuenta que lo apoyaba en motivos rechazables sin duda alguna, tenemos que condenarle al pago de las costas causadas en su tramitación. (Sentencia de 21 de abril de 1966; no ha lugar.)*

## 2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

### I. Derecho Civil

1. CALIFICACIÓN: L. A. U. DE 1946: *Arrendado un piso con destino a vivienda, durante la vigencia de la L. A. U. de 1946, el hecho de que, concurrentemente, la dedicara a oficina no tiene trascendencia a efecto de la calificación y de la competencia del Juez Municipal para entender de la acción resolutoria.* (Sentencia de 31 de mayo de 1966; no ha lugar.)

2. CRITERIOS DE CALIFICACIÓN CONTRACTUAL: *A efectos de la calificación del arriendo hay que estar al destino primordialmente pactado.*

RESOLUCIÓN DE LA SALA DE SUPPLICACIÓN SOBRE EL FONDO, EN FUNCIONES DE ÓRGANO DE INSTANCIA: *Si la Sala de suplicación desestima la excepción de incompetencia estimada en la instancia, la Sala ha de resolver sobre el fondo del asunto planteado.* (Sentencia de 20 de junio de 1966; ha lugar.)

NOTA: Superadas algunas vacilaciones iniciales derivadas de la falta de normas explícitas en la L. A. U. y de la profunda innovación que supuso el recurso de suplicación, se ha venido imponiendo la doctrina sentada en el párrafo anterior, es decir, la de atribuir a la Sala de suplicación funciones de órgano de instancia en cuanto a la fijación de los hechos y fundamentos de derecho precisos para la resolución del fondo del asunto, cuando los órganos de instancia no lo hubieran hecho por haber desestimado la demanda por razones meramente procesales o por haber declarado su propia incompetencia. El hecho de que la Ley no establezca en tales casos ningún reenvío a favor del órgano de instancia y las más elementales razones de economía procesal y de buen sentido abonan el criterio expuesto. Véase también *infra* Sentencia 11 de mayo de 1966 de la propia Audiencia Territorial de Barcelona.

3. NOTIFICACIÓN DE ANTIGUAS SUBROGACIONES «MORTIS CAUSA»: EFECTOS DE LA OMISIÓN: *La omisión de realizar la notificación de anteriores subrogaciones, prevista en el Decreto de 14 de septiembre de 1956, determina la pérdida del derecho a causar ulteriores subrogaciones.* (Sentencia de 10 de junio de 1966; ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: REQUERIMIENTO AL INQUILINO SUBROGADO: DERECHO INTERTEMPORAL: *El requisito de requerimiento del arrendador, al sucesor del inquilino fallecido, para que manifieste si se subroga o no, es aplicable aunque el fallecimiento del arrendatario haya ocurrido antes de la vigencia de la reforma de la L. A. U. realizada en 1964, en la que se estableció tal requerimiento. La reforma de 1964 no constituyó un nuevo cuerpo legal sino una modificación de la L. A. U. de 1956, y a partir de la fecha de vigencia de dicha reforma, hay que aplicar la L. A. U. de 1956 con las modificaciones introducidas en 1964 como si siempre hubiera sido igual*

su contenido, no planteándose cuestión de derecho intertemporal en cuanto a las leyes de 1956 y 1964.

**CAMBIO DE CONFIGURACIÓN:** *No supone cambio de configuración el retirar de un inmueble una puerta en mal estado.*

**RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES:** *No infringe la L. A. U. la sentencia que no estima como causa de resolución por actividades inmorales las relaciones extraconyugales del inquilino con otra ocupante de la vivienda, y ello por las razones expuestas en la sentencia de instancia y porque según el texto legal es preciso para la resolución que las actividades resulten inmorales, es decir, que la notoriedad ha de predicarse, no de la actividad ejercida, ni de la inmoralidad intrínseca de los actos —la vida en concubinato supone inmoralidad—, sino del resultado de los mismos con respecto a los demás ocupantes del inmueble, siendo preciso que, para dichos ocupantes, resulten inmorales. (Sentencia de 7 de diciembre de 1965; no ha lugar.)*

**NOTA:** El requisito de requerimiento provocatorio de la notificación del subrogado establecido, con buen acuerdo, en la reforma del artículo 58 de la L. A. U. realizada en 1964, es aplicable indudablemente a las sucesiones acaecidas bajo la vigencia de la legislación anterior, y ello, no ya por las razones, no demasiado sólidas, de la sentencia anotada. El hecho de que la ley de reforma de 1964 no haya sido una L. A. U. de nueva planta, sino una modificación de la preexistente, no supone que sea una ley meramente interpretativa, único supuesto en que cabría decir que no podía plantearse propiamente cuestión de derecho intertemporal dado el carácter retroactivo que tienen, por naturaleza, las normas interpretativas. Pero de modo muy claro la disposición transitoria 12 del vigente texto refundido de la L. A. U. declara que la norma sobre mecanismo de notificación de la subrogación y requerimiento provocatorio de la notificación es aplicable aunque el fallecimiento del inquilino hubiere ocurrido antes de la vigencia de la reforma salvo que en la fecha de entrada en vigor —1.º de julio de 1964— hubiere recaído sentencia firme resolutoria del arriendo.

El delicado problema que plantea el concubinato en relación con la causa 8.ª de resolución de arrendamiento, viene siendo resuelto con un sentido de gran ponderación por los Tribunales que, por lo general, se niegan a conceptuar que el mismo, al menos cuando no se produce con ostentación escandalosa, sea causa de resolución. La sentencia a que se refiere esta nota, al colocar el centro de gravedad de la norma en el término *resulten*, y al tener en cuenta, más que la inmoralidad mayor o menor de la actividad, la proyección hacia el mundo circundante del inquilino, de la conducta de éste y personas que con él convivan, señala el verdadero camino para resolver la variada casuística que puede plantearse en esta materia.

**5. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»:** DECRETO DE ALQUILERES DE 1931: NATURALEZA DEL DERECHO SUCESORIO: RENUNCIA DE DERECHOS: *El derecho que el Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931 estableció en favor de los familiares del difunto inquilino no es derecho sucesorio alguno sino una prerrogativa especial de la legislación arrendaticia urbana. Fallecido el inquilino en 1946, si un nieto del mismo figura empadronado en 1950 en otro lugar ello implica una renuncia del mismo a disfrutar de la prórroga forzosa que correspondiera a su abuelo.*

**SUPPLICACIÓN: CONCEPTOS JURÍDICOS: DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL ACTUANDO COMO ÓRGANO DE INSTANCIA:** *Entre las facultades de*

*la Sala de suplicación se halla la de apreciar si los hechos declarados probados en la instancia integran o no una renuncia a la prórroga, pues tal apreciación recae sobre un concepto jurídico. La Sala de suplicación, en funciones de instancia, puede conocer del fondo del pleito.* (Sentencia de 11 de mayo de 1966; ha lugar.)

NOTA: Si la Sala quiso decir que la transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio no constituye un supuesto de sucesión *mortis causa* ordinaria, ningún reparo cabe oponer a la afirmación de la misma; ahora bien lo que no puede admitirse en su sentido literal es que la subrogación arrendaticia *mortis causa* tanto del Derecho de Alquileres como de la L. A. U. vigente, no constituya un supuesto de un derecho sucesorio entendida la palabra sucesión en sentido amplio y no en el estricto de transmisión *mortis causa* ordinaria. Resulta un tanto forzado hablar, en el supuesto de autos, de una renuncia al derecho de subrogación, por el mero hecho de que el titular del mismo figure empadronado en otro lugar; en primer término el empadronamiento no constituye prueba decisiva de la ocupación o no ocupación de una vivienda, y en segundo lugar, el hecho de que no ocupe una vivienda, por sí sólo, no puede implicar la renuncia al arriendo, a la prórroga forzosa o a la sucesión arrendaticia. Si la no ocupación se remonta al tiempo del fallecimiento del inquilino, lo que existe es, no una renuncia a suceder, sino la falta de uno de los presupuestos —la convivencia con el inquilino al tiempo de su defunción—, necesarios para que el derecho sucesorio llegue a nacer; sí, por el contrario, la no ocupación o el desalojo de la vivienda se produjo con posterioridad a nacer y tener efectividad la subrogación, tales hechos podrán constituir una causa de resolución, pero sólo en tanto se encuadren en alguno de los específicos supuestos de resolución —normalmente la denegación de prórroga por no uso— previstos en la L. A. U.

6. SUBARRIENDOS TOLERADOS DEL ART. 18 DE LA L. A. U.: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Es causa de resolución la tenencia de dos subarrendatarios sin notificar al arrendador, dentro del plazo legal, la existencia de los mismos.*

SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *Para revisar, en suplicación, el tema del abuso de derecho, es preciso que se haya hecho aplicación del mismo en la sentencia de instancia.* (Sentencia de 20 de enero de 1966; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: AUMENTO DE NECESIDADES FAMILIARES: CARENIA DE HOGAR PROPIO: *Puede invocar la situación de necesidad el que vive con su madre, al tiempo que aumentan sus necesidades familiares por el crecimiento de sus dos hijos de doce y nueve años, de diferente sexo.* (Sentencia de 3 de junio de 1966; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: PRUEBA DE LA RESIDENCIA EN UN DETERMINADO LUGAR: PADRÓN MUNICIPAL: *El padrón municipal acredita la residencia si no se demuestra lo contrario. Si el beneficiario de la denegación de prórroga acredita la residencia, por el padrón municipal, no puede desestimarse la demanda diciendo que no se ha acreditado la residencia.* (Sentencia de 27 de junio de 1966; ha lugar.)

9. NECESIDAD: CARENIA DE HOGAR PROPIO: *El que habita en domicilio ajeno no necesita probar la insuficiencia del domicilio en que habita.*

SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *En suplicación no cabe enmendar errores procesales.*

**DOCTRINA GENERAL SOBRE RECURSOS:** *El recurso es da contra el fallo de la sentencia recurrida y no contra sus considerandos. Es irrecurrible una resolución favorable al que pretende impugnarla. El órgano «ad quem» puede enmendar defectos de técnica del órgano «a quo».* (Sentencia de 16 de mayo de 1966; no ha lugar.)

10. **NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO A LA ACCIÓN RESOLUTORIA:** *Si bien en el requerimiento no es preciso detallar los hechos en que se basa la insuficiencia de la vivienda, en el juicio hay que probar tal insuficiencia. No cabe denegar la prórroga alegando en la demanda una causa distinta de la expresada en el requerimiento.*

**NECESIDAD: SELECCIÓN:** *No se opone a declarar bien hecha la selección el que, poco antes del requerimiento, se vendieran varias viviendas del actor, si no se trata de ventas simuladas.* (Sentencia de 12 de mayo de 1966; ha lugar.)

11. **NECESIDAD: CARENCIA DE HOGAR PROPIO:** *Puede invocar la situación de necesidad, el que carece de vivienda, albergándose en el domicilio de un hermano o pernoctando en una pensión.* (Sentencia de 19 de abril de 1966; no ha lugar.)

12. **NECESIDAD: VIVIENDA NO HABITABLE:** *Puede invocar la situación de necesidad quien ocupa un local sin condiciones de habitabilidad.*

**REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA: PARALELISMO CON LA DEMANDA:** *No es defectuoso el requerimiento, por el hecho de que en el mismo se haya reclamado la vivienda para la requirente y en la demanda se indique que la misma la reclama para sí y para su esposo.* (Sentencia de 4 de febrero de 1966; no ha lugar.)

13. **NECESIDAD DE VIVIENDA PROVOCADA VOLUNTARIAMENTE:** *No puede invocar la situación de necesidad, a efecto de denegar la prórroga de arriendo de una vivienda de su propiedad, el que, disponiendo de un local con vivienda aneja, destina esta última a ampliación del negocio y se instala en el domicilio de sus padres, pues para que la necesidad pueda justificar la denegación de prórroga debe originarse en circunstancias fortuitas, independientemente de la voluntad del que pretende invocarla.* (Sentencia de 10 de febrero de 1966; no ha lugar.)

14. **RESOLUCIÓN POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: VIVIENDA ANEJA A LOCAL DE NEGOCIO:** *No procede la resolución por tenencia de dos viviendas si lo que tiene a su disposición el inquilino es una vivienda y un local de negocio con vivienda aneja que forma con el local una unidad.* (Sentencia de 23 de junio de 1966; no ha lugar.)

**NOTA:** Muestra esta sentencia un acertado cambio de criterio respecto al que mostraron la Audiencia Territorial de Cáceres —Sentencia de 4 de octubre de 1956—, y la propia de Barcelona —Sentencia de 21 de mayo de 1957—, al considerar que en el cómputo de dos viviendas había de contarse la vivienda aneja a local de negocio. Las piezas aptas para vivienda de un local de negocio no pueden considerarse como unidad de vivienda a los efectos del artículo 62 de la L. A. U.

15. ACCIÓN IMPUGNATORIA DE VENTA Y DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: «LITIS PENDENCIA»: *Procede estimar la excepción de «litis pendencia» sí, con anterioridad al juicio resolutorio por necesidad, se inició entre las mismas partes un proceso de impugnación de la venta de la vivienda por haberse enajenado por precio superior al de capitalización de la renta.* (Sentencia de 17 de febrero de 1966, ha lugar.)

16. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO Y SUBARRIENDO: DESPACHO DE AGENTE COMERCIAL: *No es causa de resolución por conversión de vivienda en local de negocio, ni por subarriendo, el hecho de que en su vivienda, un Agente Comercial, actúe como comisionista de una compañía de seguros, aunque haya un anuncio indicador de que allí radica una Agencia de la compañía, si el inquilino ejerce las actividades de su profesión por sí y de modo independiente.* (Sentencia de 28 de junio de 1966; no ha lugar.)

17. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CAMBIO DE MATERIALES: *No procede la resolución por el hecho de que el inquilino sustituyera, por hallarse deteriorada, la pared anterior de una mesa mostrador de un quiosco bar, reemplazándola por un recubrimiento de ladrillos y mosaico.* (Sentencia de 8 de junio de 1966; ha lugar.)

## II. Derecho Procesal

1. SUPPLICACIÓN: PRECEPTOS PROCESALES: *No constituyen materia de recurso de suplicación los preceptos procesales.* Sentencias de 24 y 25 de mayo de 1966; no ha lugar.)

2. AMBITO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ERROR DE HECHO: *En el recurso de suplicación no cabe plantear con éxito cuestiones sobre apreciación de la prueba.* (Sentencia de 28 de enero de 1966; no ha lugar.)

3. SUPPLICACIÓN: FORMALISMO DEL RECURSO: *Al formalizar el recurso hay que precisar el concepto en que se estima cometida la infracción de ley.* (Sentencia de 20 de enero de 1966; no ha lugar.)

### 3. 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. ABUSO DE DERECHO: SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: CONVIVENCIA CON EL ARRENDATARIO: *Incurre en abuso de derecho la conducta del arrendador que, conociendo la ausencia del arrendatario de la vivienda litigiosa, sigue librando recibos a su nombre y, muerto en esa situación, pretende resolver el contrato frente a su cónyuge e hijos ocupantes de ella, fundándose en la falta de convivencia.* (Sentencia de 17 de diciembre de 1964; estimatoria.)

#### II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede prosperar el recurso de suplicación si el recurrente, pretendiendo sustituir por su propio criterio, el del juzgador de instancia, parte, para denunciar las infracciones que supone cometidas, de que las pruebas arrojan un resultado distinto de aquel que el juzgador, en uso de su soberana función de valoración, estimó justificado y al que aplicó correctamente los preceptos que se dicen vulnerados.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1964; desestimatoria.)

#### 4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña

A cargo de Julio BONED SOPENA  
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

##### I. Derecho Civil

1. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: SU ALCANCE Y FINALIDAD: *La naturaleza, alcance y finalidad de la L. A. U. se concreta, tanto en la doctrina científica como legal, en el sentido de ser una Ley fundamentalmente social, constituyendo un conjunto de normas que están dadas y se motivan en beneficio de la función e interés social, con predominio de los designios legales sobre la voluntad de los interesados.* (Sentencia de 14 de mayo de 1966; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: OCULTACIÓN DE HECHOS POR LAS PARTES: *La ocultación de algún hecho por las partes puede suponer deslealtad procesal, valorable por el juzgador de instancia, pero si no conduce a un fraude legal no debe incardinarse en el artículo 9 de la L. A. U.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

3. ABUSO DE DERECHO: NO EXISTE CUANDO LAS SITUACIONES EN QUE SE APOYA SE HALLAN PREVISTAS Y SANCIONADAS POR LA LEY: *Probada la necesidad, sin haber lugar a la selección por ser el demandado vecino único, no puede prosperar el recurso, dado que el abuso de derecho y la supuesta pretensión de alquilar la vivienda por renta más elevada, como alega el recurrente, han sido previstos por la Ley en su artículo 68.* (Sentencia de 30 de abril de 1966; desestimatoria.)

4. ABUSO DE DERECHO: NO SE DA CUANDO SE EJERCITA UN DERECHO SIN MEDIAR ANORMALIDAD O EXCESO: *Ejercitada por el arrendador la acción de resolución, con base en necesidad generada por haber contraído matrimonio un hijo suyo, hecha la notificación previa en legal forma, y no habiendo justificado la demandada que la selección no era correcta, es incuestionable que no cometió abuso de derecho quien se limitó a usar del suyo, amparado en un precepto legal y obediente a una real situación de hecho, sin que suponga inmoralidad o antisociabilidad un supuesto daño que se causa a la arrendataria demandada, cuando no se da anomalía o exceso en tal ejercicio.* (Sentencia de 30 de abril de 1966; desestimatoria.)

5. ABUSO DE DERECHO: CONDUCTA DEL ARRENDADOR, COLABORADORA O INDUCTORA EN EL HECHO QUE SIRVE DE SOPORTE A LA PRETENSIÓN RESOLUTORIA: *Si la prueba evidencian que la tenencia de más de dos huéspedes en la vivienda litigiosa es consecuencia de que el actor, arrendador y titular de una industria de*

*hospedaje, sita en el mismo inmueble, enviaba sus clientes al piso de la demandada cuando no podía alojarles, el ejercicio de la acción resolutoria no viene acomodado a las normas de la buena fe, y, por tanto, debe rechazarse con base en el art. 9.º de L. A. U. (Sentencia de 16 de mayo de 1966; desestimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN PRETENDIDA AL AMPARO DE LA CAUSA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 114 L. A. U.: SUBARRIENDO INCONSENTIDO Y TENENCIA ILEGAL DE HUÉSPEDES; CONGRUENCIA: *Si la sentencia recurrida declara probado que en la vivienda litigiosa habita un matrimonio con dos hijos, ajeno a la locación primera, en calidad de huéspedes, pues dicha industria se viene ejerciendo en ella desde hace varios años, no debe accederse al recurso, que se apoya en la tenencia de huéspedes de modo distinto al legal, cuando en la demanda sólo se alegó el subarriendo inconsentido. (Sentencia de 18 de abril de 1966; desestimatoria.)*

7. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CONVIVENCIA POR CAUSA DE NECESIDAD: *La convivencia de una mujer con el arrendatario por causa de necesidad: ayuda, protección, simpatía o caridad, con ausencia de precio o interés, nunca podrá estar comprendida en la causa 2.ª del art. 114 L. A. U. (Sentencia de 30 de abril de 1966; desestimatoria.)*

8. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INAPLICACIÓN DE LA CADUCIDAD QUE PREVIE-NE EL ARTÍCULO 25 L. A. U. 1956: *Tal norma se refiere, notoriamente, sólo a los supuestos de cesión de derechos arrendaticios, caracterizada por el tracto único de la transmisión operada, y no al específico subarriendo, que se caracteriza por la periodicidad en el pago de la renta, determinante del tracto sucesivo en el contenido obligacional del contrato. (Sentencia de 9 de mayo de 1966; desestimatoria.)*

9. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: FACULTADES DEL APODERADO DEL DUEÑO DE LA VIVIENDA LITIGIOSA: *Constituye normativa jurisprudencial, la facultad del apoderado, que como tal concertó el arriendo, para postular su resolución jurídica con el mismo carácter. (Sentencia de 9 de mayo de 1966; desestimatoria.)*

10. EL HOSPEDAJE TOLERADO Y LA LEGISLACIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *El tener huéspedes en vivienda sujeta a la citada legislación no infringe el precepto que exige que dichas viviendas sean dedicadas a domicilio permanente, pues con el hospedaje legal —no más de dos huéspedes— habido durante varios años, no prohibido por aquélla, no se abandonó la vivienda por sus titulares. (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)*

11. RESOLUCIÓN POR HOSPEDAJE ILEGAL: AUMENTO CIRCUNSTANCIAL DEL NÚMERO DE ALOJADOS: *El hecho de que una sola noche se hubiese alojado hasta cuatro personas extrañas en la vivienda litigiosa en la que normalmente se hospedaban dos, no puede constituir motivo de resolución por tratarse de un*

caso esporádico, que no consta hubiera sido provocado por la arrendataria, ni que ésta percibiera por ello cantidad derivada de vínculo de hospedaje. (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)

12. NECESIDAD: EXISTE: CASUÍSTICA: *Si la sentencia de instancia declara probado que «existe un solo departamento destinado a habitación de dos mujeres y dos hombres, todos hermanos y mayores de 14 años», está justificada la necesidad.* (Sentencia de 15 de junio de 1966; desestimatoria.)

13. NECESIDAD: EXISTE: CASUÍSTICA: *Procede acceder a la resolución, si la sentencia declara probado que «la actora arrendadora de la vivienda litigiosa carece de otra vivienda propia, viéndose imposibilitada para seguir de doméstica, debido a una enfermedad crónica, por lo que le es indispensable la vivienda que pide».* (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROCEDE: CASUÍSTICA: *No puede prosperar la acción resolutoria por necesidad, cuando existiendo ya la necesidad alegada y sin que conste se haya producido alteración en las circunstancias en que se basa, el piso litigioso, posteriormente dedicado a local de negocio, contrariando la prohibición legal, quedó desocupado y, por tanto, con posibilidad en cuanto reúne condiciones a tal fin, de satisfacer la necesidad de independencia de hogar familiar sentido por el matrimonio constituido por la hija del demandante.* (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)

15. CAUSA DE NECESIDAD: CONGRUENCIA ENTRE LAS EXPRESADAS EN EL REQUERIMIENTO PREVIO Y EN LA DEMANDA: *Invocándose en el requerimiento para negar la prórroga que el hijo de la actora necesita hogar adecuado para instalar su despacho de médico, y además que es su propósito contraer matrimonio y quiere llevar vida independiente, no hay cambio de razón de necesidad si la demanda se funda solamente en el matrimonio, por haber instalado aquel despacho el beneficiario, dentro del plazo de preaviso, en otra vivienda, pues aunque se omita una de las causas no varía el hecho también fundamental que dio lugar al requerimiento.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

16. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ARRENDADOR A QUIEN SE LE DENIEGA LA PRÓRROGA: *Si el requerimiento y el derecho que hace y ostenta el propietario son tan fundados que el arrendatario no tiene términos hábiles para oponerse a ellos, la necesidad existe aunque la resolución del contrato se produzca no voluntaria, sino legalmente forzosa, pues no cabe hacer distinciones debiendo entenderse que la necesidad existe y existía en la fecha del requerimiento, porque en ese tiempo el actor ya había sido requerido, a su vez, por el propietario y arrendador del piso que ocupaba como arrendatario, sin posibilidades legales y racionales de oponerse.* (Sentencia de 17 de marzo de 1966; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESEO DE VIDA INDEPENDIENTE: *La causa de necesidad consistente en el deseo del nuevo matrimonio de vivir con independencia no requiere otra justificación, sin que pueda oponerse la superfluidad de la morada de los padres, aunque pueda incluso calificarse de suntuaria.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *Según reiterada jurisprudencia, no actúa de mala fe el que ejercita facultad resolutoria por necesidad, aunque en su realización se lesionen o perjudiquen derechos de otra persona (SS. del T. S. de 10-5-60 y 7-4-62). (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)*

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: HABITABILIDAD DE LA VIVIENDA RECLAMADA: CONCEPTO: *Es un concepto objetivo, pues la posibilidad de ser habitada una vivienda no es algo que dependa de la voluntad expresa o tácita de los que contrataron el arrendamiento, ya que viene determinada por la concurrencia en lo edificado de las condiciones mínimas para ser destinado a su fin específico. (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)*

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ARRENDAMIENTO COLECTIVO DE LA VIVIENDA LITIGIOSA: *Un contrato de arrendamiento colectivo, con el alcance comunitario de los arts. 392 y ss. del Código civil, no puede resolverse fragmentariamente en perjuicio de uno sólo de los coarrendatarios que, por virtud de la proindivisión, carece de una titularidad independiente, susceptible de viabilizar contra él solo una negativa de prórroga. (Sentencia de 25 de abril de 1966; estimatoria.)*

21. NECESIDAD: SU CONCRECIÓN A EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *El concepto de necesidad, por los términos generales en que está enunciado, ha de determinarse y apreciarse por el juzgador atendiendo a las circunstancias peculiares de cada caso. (Sentencia de 16 de mayo de 1966; desestimatoria.)*

22. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: RESIDENCIA DEL ACTOR EN POBLACIÓN DISTINTA DE LA EN QUE EJERCE SU CARGO: *El simple hecho de que el demandante ejerza su cargo de Maestro Nacional en población distinta de la en que radica la vivienda litigiosa, donde convive con su familia, no empece el éxito de la acción resolutoria. (Sentencia de 17 de junio de 1966; desestimatoria.)*

23. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESAVENENCIAS ENTRE FAMILIARES CONVIVENTES: *Si ciertamente es reiterada la doctrina jurisprudencial, de que puede imponerse la convivencia a ultranza entre familiares, es igualmente exacto que cuando el motivo de disgregarse la voluntariamente mantenida entre padre e hija con la familia por ésta constituida, se fundamenta en diferencias, y no se acredite, además, aspectos económicos y morales que normalmente posibilitan tal independencia del padre con respecto a dicha familia, se contempla no una situación de necesidad, sino de mera conveniencia. (Sentencia de 30 de junio de 1966; estimatoria.)*

24. ORDEN SELECTIVO: CONCEPTO DE FAMILIA A DICHS EFECTOS: *Pretender restringir a los efectos del orden selectivo del art. 64 L. A. U., el vocablo familia al cabeza de ella y a los que están bajo su potestad, es tanto como romper los lazos familiares y destruir la armonía existente entre los parien-*

*tes que conviven en un mismo piso, dependan o no jurídicamente del que ostente la dirección oficial de la misma.* (Sentencia de 2 de marzo de 1966; desestimatoria.)

25. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CASUÍSTICA: *Si se declara probado que la buhardilla del edificio, en que se halla también ubicada la vivienda que se reclama, no es adecuada, suficiente, hábil o apta para satisfacer las necesidades del actor, y, difícilmente, de cualquier matrimonio, por no llegar a cubrir una superficie mínima de 28 metros cuadrados, no concurriendo en la misma las condiciones mínimas de habitabilidad, no procede computarla a efectos de selección.* (Sentencia de 17 de marzo de 1966; estimatoria.)

26. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: ALCANCE DEL TÉRMINO LUGAR QUE EMPLEA EL APARTADO DOS DEL ARTÍCULO 64 L. A. U.: *Dicho término no hace referencia a ningún concepto administrativo, y sí físico o territorial, paraje, núcleo urbano, próximo al sitio donde se desarrolla la actividad específica del funcionario público.* (Sentencia de 17 de marzo de 1966; estimatoria.)

27. ORDEN SELECTIVO: SU CARÁCTER: *La prelación selectiva impuesta por el art. 64 L. A. U. al arrendador para intentar la denegación prórroga del arriendo, al amparo del art. 62, caso 1.º, constituye un orden normativo, que no sólo condiciona el ejercicio de los derechos privados de aquél, sino que afecta a la preservación de los que son propios de todos los inquilinos ocupantes de las viviendas integradas en un inmueble dado, de donde la imperativa inexcusabilidad de su observancia restrictiva.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; estimatoria.)

28. ORDEN SELECTIVO: ALCANCE DEL TÉRMINO PENSIONISTA A DICHS EFECTOS: *Los pensionistas han de derivar tal condición, precisamente, de «los funcionarios públicos o del Movimiento —por equiparación textual establecida sólo a partir de la Ley de 11 de junio de 1964—, en activo o jubilados» (art. 64 L. A. U.); y, por tanto, la viuda de un factor de la Renfe, entidad autónoma con personalidad propia y distinta de la del Estado, no puede acogerse a dicha causa de posposición en el orden selectivo legal.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; estimatoria.)

29. ORDEN SELECTIVO: CONCEPTO DE CONVIVENCIA A DICHS EFECTOS: *Convivencia, a los fines del orden de selección prevenido en el art. 64 L. A. U., equivale a vivir en común compartiendo el mismo hogar, con intención de hacerlo de manera estable, sin límite previsto en el tiempo, por lo que no cabe entender como tal la permanencia durante el día de unos nietos en compañía o bajo la vigilancia de la abuela.* (Sentencia de 27 de abril de 1966; desestimatoria.)

30. ORDEN SELECTIVO DE VIVIENDAS: CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DE REUNIR ÉSTAS PARA SU INCLUSIÓN: *No basta que una vivienda sea habitable para que entre en el juego de las normas selectivas que establece el art. 64 L. A. U., sino*

que ha de ser idónea para satisfacer la necesidad específica que justifica la negativa de prórroga. (Sentencia de 9 de mayo de 1966; desestimatoria.)

31. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: NO PUEDE PRETENDERSE INCLUIR AQUÉLLA CUYA APTITUD PARA SATISFACER LA NECESIDAD HARÍA PRECISAS DETERMINADAS OBRAS A CARGO DEL ARRENDADOR: *El orden selectivo se circunscribe a aquellas viviendas, desde luego habitables, integradas en el derecho dominical del arrendador, con exclusión de aquellas otras que, por cualquier circunstancia de naturaleza o vicisitud, no basten a cumplir las exigencias de la necesidad de hogar alegada en el instante en que se manifiesta, pues pretender la imposición a aquél de unas obras, más o menos gravosas, en el inmueble propio, para satisfacer la precisión en que se halle, equivaldría a sustraer arbitrariamente a la propiedad una de las razones legales de improsperabilidad de la resolución del contrato.* (Sentencia de 15 de junio de 1966; desestimatoria.)

32. ORDEN SELECTIVO: FUNCIONARIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: *No es funcionario público, a los efectos de posposición en el orden selectivo del artículo 64 L. A. U., el del Instituto Nacional de Previsión.* (Sentencia de 15 de junio de 1966; estimatoria.)

33. ORDEN SELECTIVO EN LA DONACIÓN DE PISOS A LOS EFECTOS DE EJERCICIO POSTERIOR DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR NECESIDAD: *La caracterización analógica entre pisos, establecida en el artículo 54 L. A. U., para los efectos a que tiende, conjuga diversos factores de similitud que han de concurrir conjuntamente en cada caso de equiparación, lo que implica su inaplicación en relación con el 64, al caso de que el donatario de una vivienda situada en distinto plano a las restantes, ejercite la acción resolutoria por necesidad.* (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)

34. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: HABITABILIDAD: *No debe entrar en la selección la planta baja de un edificio, si no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad.* (Sentencia de 11 de julio de 1966; desestimatoria.)

35. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: TRABAJADORES ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO: *El Decreto de 31 de octubre de 1958, en vigor según la Disposición Final 2.ª de la Ley actual, declara justa causa la ausencia por motivos laborales en las provincias españolas de Africa, o sea, Marruecos, Ifni y Guinea, pero no aplica el mismo criterio a los españoles que por dichos motivos se ausentan al extranjero.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

36. RESOLUCIÓN POR NO USO: FALTA DE CONSUMO DE AGUA Y LUZ: *Al no hacerse consumo de agua y luz en la vivienda litigiosa, en un período superior a los seis meses, la conclusión que se deriva de la falta de utilización de dos servicios tan esenciales en la vida actual, por personas como los demandados de una cierta posición social, es que la vivienda no estuvo habitada durante esos meses.* (Sentencia de 9 de mayo de 1966; desestimatoria.)

37. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: NO PUEDE PRETENDERSE QUE EL DEMANDADO SATISFAGA SU NECESIDAD OCUPANDO DOS VIVIENDAS DE SU PROPIEDAD SI EL EDIFICIO FUE CONSTRUIDO CON PROTECCIÓN OFICIAL: *No demostrada la aptitud y analogía de características a que alude el núm. 5 del artículo 62 L. A. U., no puede accederse a la resolución, con base en que el demandado, para la satisfacción de sus necesidades familiares, ocupe dos viviendas en un edificio de su propiedad, pues por estar construido al amparo de la legislación de viviendas de Renta Limitada, le está vedado el reservarse o disfrutar para su uso propio más de una vivienda, a menos, cosa que no se acreditó, que fuera cabeza de familia numerosa (art. 2.º del Decreto de 3/6/65). (Sentencia de 16 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

38. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: LA ANALOGÍA DE CARACTERÍSTICAS ENTRE LA ARRENDADA Y LA DISPONIBLE: *La «ratio legis» del precepto no es otra que considerar como análoga toda vivienda que resulte semejante por su situación y comodidades, pero sin precisión de que sus características lleven a la identidad. (Sentencia de 28 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

39. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: CARACTERÍSTICAS DEL LOCAL: *Para que pueda prosperar la acción resolutoria, la transformación no sólo ha de ser un hecho fehaciente, si que también el local ha de reunir las características de verdadero negocio, con instalaciones adecuadas al mismo según su clase, más o menos perfectas, pero siempre que permitan desarrollar aquél con normalidad. (Sentencia de 17 de mayo de 1966; desestimatoria.)*

40. RESOLUCIÓN POR OBRAS: RECONSTRUCCIÓN DE UNA CASETA EN EL RESALIDO DE LA CASA ARRENDADA: *Sustituir una caseta vieja por otra nueva en el mismo lugar y con las mismas dimensiones en nada altera la cosa arrendada, ni perjudica los derechos del arrendador; más bien es una obra de mejora, realizada con la diligencia propia de un celoso administrador, y el dar lugar a la resolución del contrato por esta causa sería contrario a los principios de convivencia mutua que deben unir a arrendadores y arrendatarios. (Sentencia de 17 de febrero de 1966; desestimatoria.)*

41. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: UNIÓN MARITAL DE HECHO: *No puede considerarse como inmoral la actividad del inquilino en el interior de la vivienda, contraída a convivir, con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia social, con una mujer distinta de su legítima esposa, que lo abandonó, manteniendo esas relaciones un carácter sentimental, de ayuda a llevar la casa y los hijos, dada la avanzada edad de aquél, sin que esa convivencia cause escándalo. (Sentencia de 30 de abril de 1966; desestimatoria.)*

## II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU NATURALEZA: *Este recurso no constituye propiamente una tercera instancia, ni cabe asimilarlo al de injusticia notoria, sino que está pensado con el designio de unificar una interpretación legal por parte de las Audiencias Territoriales, creando en lo posible un cri-*

terio uniforme en cuanto a los supuestos de hecho y a la sanción que las normas de L. A. U. establecen. (Sentencia de 19 de abril de 1966; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FORMALISMO: *El recurso de suplicación tiene carácter marcadamente formalista, por lo que en el escrito de interposición ha de exponerse, concretando el precepto legal o la doctrina que se suponga infringida, y el concepto en lo que ha sido, fijando así bien, en los casos en que la disposición legal lo permita, los elementos de juicio que evidencien la equivocada valoración de la prueba cuando la sentencia haga aplicación errónea del abuso de derecho.* (Sentencia de 18 de abril de 1966; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: RESPETO A LOS DERECHOS PROBADOS: *Si el recurrente prescinde de la declaración de facto hecha por el juzgador, y establece una situación de hecho que no obedece más que a su personal criterio, sin que acredite la equivocación de aquél en la apreciación de la prueba, por un acto o documento auténtico que así lo testimonie, el recurso tiene que claudicar por inoperante.* (Sentencia de 11 de julio de 1966; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ACUMULACIÓN INDEBIDA DE PROCESOS: *No es posible acumular en un solo proceso las demandas en que se ejercitan acción de resolución de un subarriendo por cesión inconsentida, típicamente arrendaticia, y la declarativa de determinados derechos que, si bien presenta características arrendaticias, por tratarse de peticiones de tipo locativo, tiene su nacimiento, desenvolvimiento e interpretación en normas típicamente civiles.* (Sentencia de 15 de marzo de 1966; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DEMANDA EN LA QUE SE PIDE LA RESOLUCIÓN POR VARIAS CAUSAS DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 114 L. A. U.: *La doctrina legal se ha pronunciado con reiteración en el sentido de que dicho supuesto no supone el ejercicio de varias acciones acumuladas, sino de una sola acción resolutoria.* (Sentencia de 19 de abril de 1966; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *Según el artículo 132 L. A. U., el recurso de suplicación habrá de fundarse en infracciones de Ley o de doctrina legal, esto es, infracciones de preceptos o leyes de carácter sustantivo.* (Sentencia de 25 de abril de 1966; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DISCUSIÓN DE LOS DEFECTOS RITUARIOS: *El marco del recurso de suplicación circunscrito por el artículo 132 L. A. U. a las infracciones de sus propias normas o de la doctrina legal establecida sobre ellas, excluye en general los supuestos de defectos rituarios en el curso de los autos, que tan solo merecen tratamiento en esta esfera de conocimiento cuando impliquen, en efecto, inobservancia o transgresión de esta normativa especial, dentro de la materia que le es propia de la contratación arrendaticia urbana.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FALTA DE «LEGITIMATIO AD PROCESSUM»: *Aunque ciertamente sería adecuado suscitar, como razón impugnatoria en el recurso de suplicación, la legitimación de las partes en cuanto titulares ciertos de la relación locativa, no lo es la alegación de que una de las demandadas, que se supone casada, ha comparecido sin licencia marital —falta de «legitimatio ad processum»—, máxime si no la deduce ella, sino una hija suya también demandada.* (Sentencia de 15 de abril de 1966; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad es revisable en suplicación, puesto que se trata, sin duda, de establecer la correspondencia al caso concreto de un concepto jurídico que la Ley constituye en determinante de la imprórroga en el tracto locativo, si bien la pertinencia de su ponderación haya de derivarse, en todo caso, de las premisas fácticas sentadas por el juzgador de instancia, que no pueden ser atacadas, salvo en el caso de aplicación errónea en la sentencia recurrida de la doctrina del abuso de derecho.* (Sentencia de 13 de julio de 1966; estimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE ALEGARSE EL ABUSO DE DERECHO: *Solamente cabe ponderar en suplicación el abuso de derecho cuando se aplica erróneamente en la sentencia impugnada o se rechace siendo procedente.* (Sentencia de 9 de mayo de 1966; desestimatoria.)

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No puede la Sala entrar a conocer del abuso de derecho, alegado como motivo del recurso, al no haber sido aplicado o tenido como base por el juzgador «a quo».* (Sentencia de 14 de julio de 1966; desestimatoria.)

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *Es doctrina jurisprudencial reiterada, la de que, aún en el supuesto de una sentencia jurídicamente equivocada, ha de tenerse por firme y consentida si no se ejercitan contra ella los recursos que, para remediar los agravios producidos, se conceden por la propia Ley arrendaticia urbana, y a tanto equivale no ejercitar los recursos como intentarlos mal, sin ajustarse a los requisitos que se exigen para su admisión o estimación, en este caso, acreditar tener satisfechas las rentas vencidas o consignarlas ante el Juzgado o Tribunal.* (Sentencia de 30 de junio de 1966; desestimatoria.)

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABSOLUCIÓN DE UNO DE LOS CODEMANDADOS: COSTAS: *Si en el suplico de la demanda se interesa la resolución de arrendamiento frente a los codemandados, marido y mujer, y la sentencia condena al primero y absuelve a la segunda, el Juez «a quo» que no hace expresa imposición de las costas no infringe el artículo 149 L. A. U.* (Sentencia de 28 de febrero de 1966; desestimatoria.)

## 5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ  
Magistrado

### I. Derecho Civil

1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CONVIVENCIA FAMILIAR QUE NO CONSTITUYE SUBARRIENDO: CASUÍSTICA: *Del hecho acreditado en la instancia, intangible en el recurso, de que con el inquilino demandado, que pasó a ocupar el piso arrendado en el año 1952, poco después del fallecimiento de su esposa, del que le quedó un hijo que en aquella fecha tenía una edad aproximada de un año, dos cuñadas suyas, hermanas de madre de su difunta mujer, para hacerse cargo del cuidado y atención del menor, pasaran a vivir de manera permanente en el objeto locado, donde han continuado hasta la fecha, con conocimiento del actor que en el mismo edificio tenía su domicilio, la Sala no puede deducir la existencia de la figura jurídica de subarriendo, base de la resolución pretendida, y si la de una convivencia puramente familiar. (Sentencia de 14 de abril de 1966; desestimatoria.)*

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: FINALIDAD DE LA LEY: *La finalidad perseguida por el legislador al crear la causa 3.ª de denegación de prórroga prevista en el artículo 62 de la L. A. U., no fue otra que evitar el mantenimiento del arrendamiento de locales, y concretamente, respecto a las viviendas que agravaban el problema de escasez de éstas, al darse el supuesto de que, mientras el inquilino tenía efectivamente su hogar en otra vivienda, no utilizaba la alquilada, sustrayéndola así al tráfico jurídico inmobiliario sin justa y legítima causa, con perjuicio público, para el arrendador y hasta para el propio inmueble por estar cerrado.*

NOTA: Confrontar la doctrina sentada por la misma Sala en sentencias de 19 de mayo y 14 de julio de 1961, *Anuario*, tomo XV, fascículo 2.º, páginas 578 y 581, sentencias números 7 y 15 respectivamente.

ALCANCE DEL TÉRMINO «NO OCUPAR»: *El término «no ocupar» en modo alguno implica el «no usar», teniendo que acudir, a los efectos de determinar si el local está o no ocupado, a su destino; así, tratándose de locales arrendados para viviendas propiamente dichos, la falta de ocupación ha de entenderse referida, al hecho de no ser utilizadas, por el inquilino o personas con derecho a ello, para la satisfacción de las necesidades propias de la vida doméstica diaria. (Sentencia de 16 de junio de 1966; estimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CASUÍSTICA: *La circunstancia de que en el contrato locativo inicial se autorizara al inquilino para destinar algunas habitaciones de la vivienda*

*para oficinas, en donde desempeñara su profesión de Delegado de una compañía de seguros, no enerva la acción resolutoria que se produce, cuando fallecido el arrendatario y subrogada su viuda en el contrato, ésta autoriza a terceras personas para que ejerzan en el objeto locado la propia profesión que en su día lo fue de su marido, ya que ello implica una cesión in consentida o subarriendo parcial no autorizado por la Ley, al faltar el consentimiento de la propiedad.* (Sentencia de 2 de julio de 1966; desestimatoria.)

4. SELECCIÓN PREVIA: VIVIENDA HABITUALMENTE DESHABITADA: MENOR NÚMERO DE FAMILIARES: *Del supuesto fáctico probado de que la vivienda litigiosa carece de agua y luz independiente, que al empadronarse la demandada fijó su domicilio en el de su hija, sito en otra finca de la localidad, en donde habitualmente conviven madre e hija, tiene que concluir la Sala que, además de la presunción de hallarse habitualmente deshabitada, la misma cuando es ocupada, lo es por la recurrida sin familiar alguno, lo que la hace de peor derecho en relación a los restantes pisos del propio inmueble, ocupados por inquilinos con mayor número de familiares conviventes.* (Sentencia de 5 de julio de 1966; estimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CASUÍSTICA: *Constatado que la inquilina sólo utiliza la vivienda, durante los días escolares, para que en ella coman sus nietos, pernoctando sin embargo en la de una hija, en la cual se deduce que convive, deviene que no se da a la vivienda el destino de hogar familiar, donde la arrendataria tenga su morada y desarrolle sus actividades espirituales y materiales, no existiendo, por ello, la ocupación que la Ley quiere y desea.* (Sentencia de 6 de julio de 1966; desestimatoria.)

6. PREAVISO: NO ES NECESARIO CONSIGNAR EL NOMBRE DEL CÓNYUGE NI LA RAZÓN DE LA RESIDENCIA: *No es esencial, en el caso de negativa de prórroga por necesidad en virtud de matrimonio, el consignar en el preaviso el nombre del contrayente ni la razón de residencia.* (Sentencia de 7 de julio de 1966; estimatoria.)

NOTA: Véase la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1959.

7. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *En los casos de conflicto entre propietario e inquilino es lógico, en una interpretación racional y humana del derecho, que la función social de la propiedad sirva con preferencia para satisfacer las necesidades del titular del dominio o de sus descendientes legítimos cuando se vean obligados a habitar en una vivienda teniéndola propia, y si en la litis se ha acreditado la necesidad como una realidad sentida por la hija del propietario por razón de matrimonio, es decir, para cumplir un fin honesto y útil, y que no se busca con el exclusivo objeto de producir un perjuicio al demandado, aunque éste se produzca como inevitable secuela, no puede hablarse de abuso de derecho.* (Sentencia de 7 de julio de 1966; estimatoria.)

NOTA: Confrontar sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965.

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DESALOJO DE VIVIENDA POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL ACTOR: CASUÍSTICA: *El inquilino al que se requiere para el desalojo del piso que ocupa, cuando en el requerimiento o en sus antecedentes concurren las circunstancias precisas y necesarias para que la denegación que se le hace tenga virtualidad, al que no puede exigirse la prosecución de un procedimiento, que inevitablemente tendría la misma conclusión que el acceder sin oposición litigiosa a la pretensión que fundamentalmente se le hace por el arrendador, máxime cuando la promoción del pleito y consiguiente dejación del transcurso del plazo concedido para el desalojo puede aparejar la pérdida de los derechos indemnizatorios que la Ley concede —artículos 65 y 66 de la L. A. U.—, queda amparado a su vez, en la causa 4.ª del número 2.º del artículo 63. (Sentencia de 12 de julio de 1966; desestimatoria.)*

9. COMPETENCIA: ARRENDATARIO QUE EJERZA EN LA VIVIENDA SU PROFESIÓN DE AGENTE COMERCIAL: REQUISITOS PARA QUE VENGA DEFERIDA EN PRIMER GRADO AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA: *Para que la competencia deferida en primer grado a los jueces de Primera Instancia por el párrafo 2.º del artículo 123 de la L. A. U., sea extensible a viviendas ocupadas por arrendatarios que ostenten función de Agente Comercial, se requiere no sólo su inscripción, con anterioridad al requerimiento previo denegatorio de prórroga, en el Colegio Oficial correspondiente, sino que satisfagan contribución por dicho concepto. (Sentencia de 14 de julio de 1966; desestimatoria.)*

NOTA: Véase la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de febrero de 1950, que considera incluidos —a los efectos del artículo 123, párrafo 2.º de la L. A. U.— a los Agentes Comerciales entre las profesiones sujetas a contribución, cualquiera que sea el concepto fiscal por el que ésta tenga lugar, y siempre que efectivamente ejerzan indicada profesión en la vivienda que ocupan.

10. AUTORIZACIÓN EXPRESA PARA SUBARRENDAR: IMPLICA LA LEGITIMACIÓN O SUBSANACIÓN DE SITUACIÓN ANÁLOGA ANTERIOR: *Del escrito que, mediante una sustancial elevación de la merced arrendaticia, autoriza el subarriendo expreso y parcial de la vivienda a determinada persona, permite inducir y estimar como sanadas o legitimadas situaciones subarrendaticias anteriores, pues no entra dentro de la lógica suponer que la arrendadora que autorizaba el subarriendo, se reservase las acciones que habían nacido en situaciones análogas anteriores, de las que tuvo su debido conocimiento. (Sentencia de 14 de julio de 1966; desestimatoria.)*

11. SELECCIÓN PREVIA: EN IGUALDAD DE GRADO HA DE POSPONERSE AL DE MENOR FAMILIA: *En caso de igualdad de condiciones por encontrarse dentro del mismo grado de prelación, ha de atenderse el arrendador a seleccionar al que tiene familia menos numerosa, por inspirarse la norma en el principio de protección a la familia, y si se protege al funcionario público, cuando en el otro inquilino*

lino concurre condición que la Ley estima idéntica a aquélla, cual es la de pensionista, ha de dirigirse la demanda contra el que tenga menos familia, por tener menor necesidad de la vivienda, y por tanto, de protección el que tiene menos atenciones familiares que cubrir en este aspecto.

SELECCIÓN PREVIA: APLICABILIDAD DEL CRITERIO DE ANTIGÜEDAD: *El criterio de mayor antigüedad en el arrendamiento, sólo es aplicable cuando se da igualdad absoluta de condiciones.*

SELECCIÓN PREVIA: ANTIGÜEDAD: FUNDAMENTO DE DICHO CRITERIO: *El criterio de antigüedad en la selección previa sólo responde a un respeto excesivo al principio de prioridad pasado, esteril para las necesidades presentes y futuras.* (Sentencia de 21 de julio de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Véase a dicho respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1955.

12. ABUSO DE DERECHO; INEXISTENCIA: *No puede pretenderse ejerció de forma anormal el derecho quien hizo la selección de forma correcta y ajustada a la letra y espíritu de la Ley, no constituyendo, por tanto, abuso de derecho, su ejercicio por quien se acciona para satisfacer una necesidad de vivienda que tiene.* (Sentencia de 21 de julio de 1966; desestimatoria.)

13. SUBROGACIÓN ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY DE 1956; ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.<sup>a</sup>: *El alcance de la notificación a que se refiere la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> del Decreto de 13 de abril de 1956, queda limitado a ser requisito imprescindible solamente para gozar de los beneficios de subrogación —posterior— previstos en los artículos 58 y 59 del citado Decreto, como se deduce de la simple lectura de la Transitoria aludida y artículo 4.<sup>o</sup> del Decreto de 28 de septiembre de 1956.* (Sentencia de 27 de agosto de 1966; desestimatoria.)

14. SELECCIÓN PREVIA: INTRASCENDENCIA CUANDO SE TRATE DE VIVIENDA ÚNICA PROPIEDAD DEL ARRENDADOR EN EL EDIFICIO: *Es intrascendente la falta de selección cuando se trate de vivienda única del edificio, o cuando, como en el presente caso acontece, aún habiendo más viviendas o pisos, sobre uno sólo de ellos ostente derechos dominicales el arrendador —aunque la propiedad lo sea de dos viviendas más sitas en otros edificios de la misma ciudad—, ya que únicamente procede tener en cuenta la prelación entre los inquilinos de diferentes pisos de una misma finca.* (Sentencia de 7 de septiembre de 1966; estimatoria.)

NOTA: Véase la sentencia de la misma Sala, y su nota, de 22 de diciembre de 1965, publicada en *Anuario*, tomo XIX, fascículo I, sentencia número 3, páginas 308 y 309.

15. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: SUBARRIENDO: TRASPASO DE AUTORIZACIÓN CONTRACTUAL: CASUÍSTICA: *Convenida entre las partes la locación de la vi-*

*vienda propiedad de la actora a favor de la demandada, con autorización expresa a la inquilina para que una habitación del piso referido pudiera ser utilizada por su hermano y colaboradores para desarrollar en la misma actividades docentes, la tolerancia, cuando menos, de la arrendataria que permitió el traspaso de la autorización con el uso de otras dos habitaciones más, implica la ocupación por terceros ajenos a la convención de parte del piso sin autorización de la propiedad, transgresión no sólo legal, sino contractual, que conlleva la resolución del contrato locativo. (Sentencia de 7 de septiembre de 1966; estimatoria.)*

## II. Derecho procesal

1. ACCIÓN DECLARATIVA FUNDADA EN NORMAS DE DERECHO COMÚN: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES: *Ejercitada por el demandante acción declarativa ordinaria, con fundamento en el Derecho común, y tramitado el juicio por el denominado proceso de cognición, regulado por el Decreto de 21 de noviembre de 1952 que, conforme a lo prevenido en el artículo 62, en relación con el 25, no admite recurso alguno contra la sentencia dictada en apelación por los Jueces de 1.ª Instancia, el recurso suplicatorio interpuesto contra la última no puede producir efecto alguno, deviniendo nulas las actuaciones practicadas desde su interposición y firme la sentencia impugnada. (Sentencia de 25 de abril de 1966; declara nulas las actuaciones y firme la sentencia recurrida.)*

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: TEMERIDAD: *Es temeraria a los efectos de imposición de costas, la interposición indebida de un recurso no autorizado por las normas procesales conforme a las cuales se tramitó el proceso. (Sentencia de 25 de abril de 1966; declarando nulas las actuaciones y firme la sentencia recurrida.)*

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FINALIDAD Y ÁMBITO: *La finalidad del recurso de suplicación, como han señalado múltiples resoluciones de la Sala, es la de unificar, en la medida de lo posible, el criterio interpretativo de la L. A. U., y por ello se ha venido restringiendo su ámbito a los llamados vicios «in iudicando», dejando fuera de la actividad revisora del órgano jurisdiccional los defectos puramente procesales, a no ser que conciernan al ritualismo particular de la Ley especial o tengan una indisoluble conexión con la materia de fondo.*

OBRAS DE REFORMA Y ORNATO: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *El simple hecho de que las obras afecten a los elementos comunes del edificio es suficiente para imponer un litis consorcio pasivo de carácter necesario, que no se completa si no es llamado al proceso el propietario de un piso, diferente al local litigioso, no como tal, sino como copropietario de referido elemento común.*

*ANALOGÍA: La analogía, como medio de integración del dispositivo legal, no puede utilizarse ante normas de naturaleza excepcional, y es patente que el precepto del artículo 127 de la L. A. U. supone una derogación, ampliándolos, de los principios de la Ley procesal común sobre acumulación de acciones, pues en otro caso no hubiera tenido razón de ser. (Sentencia de 23 de junio de 1966; desestimatoria.)*

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *Acusada la infracción del párrafo 2.º del artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, deviene la desestimación del motivo, porque se refiere a la representación en el proceso, materia ajena a la especial arrendaticia urbana, única que puede ser objeto de suplicación. (Sentencia de 13 de agosto de 1966; desestimatoria.)*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.  
Extranjero, 540,— pesetas.  
Número suelto: España, 125,— pesetas.  
Extranjero, 150,— pesetas.