

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO X
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLVII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.*

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

Hace poco más de tres años, en una polémica sostenida en la Revista de Educación (1), el profesor Jaime Guasp (2) insistía en que “lo fundamental de la docencia jurídica no está en los datos que se tratan de transmitir a los alumnos, sino en la actitud que se les quiere hacer asumir ante la vida”. “La materia es, pues —proseguía—, el vehículo de la enseñanza de los valores jurídicos, no su última finalidad.” De lo cual deriva que será la materia más adecuada para la formación jurídica aquella que mejor sirva para ejercitarse al jurista en el modo y el método del manejo de los instrumentos de la disciplina del Derecho.

En nuestro Derecho civil, seguramente el artículo 811, nos brinda la mejor materia para ese ejercicio de pulir el instrumental jurídico y afinarnos en el método y modo de usarlo. Ya Castán (3), hace unos años, proclamó que: “En todo nuestro Código civil no hay acaso ninguna norma que, como la del artículo 811, enseñe y demuestre mejor la misión insustituible que la labor del jurisconsulto —en sus diversas manifestaciones teóricas y prácticas, privadas u oficiales, doctrinales o jurisprudenciales— incumbe en la elaboración del derecho positivo”. Por eso, hace muy poco, al recordarnos esa frase, señalaba Hernández Gil (4) que: “Si con referencia a otros países y épocas se han señalado como problemas especialmente debatidos la posesión o la solidaridad y la indivisibilidad de las obligaciones, por lo que afecta a nosotros, ese papel lo ha desempeñado cumplidamente el artículo 811”.

Pero el interés del artículo 811 no se limita al valor formativo que

(1) Nos referimos a la polémica sobre los estudios de Derecho que inició nuestro buen amigo Eduardo García de Enterría, en el núm. 5 de la “Revista de Educación” (diciembre 1952), que en los núms. 7 y 8 recogió las dos primeras réplicas a dicho trabajo.

(2) JAIME GUASP: *Más reflexiones sobre los estudios de Derecho*, “Revista de Educación”, núm. 8 (marzo 1953), págs. 292 y sig.

(3) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil*, en Rev. Dr. Priv., t. XXIV (septiembre 1940), pág. 201.

(4) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *La prelación de órdenes y grados en la como ejercicio jurídico representa*. Intrínsecamente es una pieza del *servicio lineal español*, en “Revista de Derecho Español y Americano”, año 1, núm. 1 (junio 1956), pág. 3.

sistema sucesorio de signo distinto al régimen general y de cuyo encaje en el mismo puede depender el resultado que su injerto produzca. No olvidemos que, como ha repetido Braga de Cruz (5), el Derecho sucesorio de un país está en íntima relación con su estructura social y especialmente con el tipo de organización familiar en él adoptado (6). Por ello, esa pieza añadida al sistema sucesorio puede tener —según sea o no asimilada funcionalmente— mayor importancia de la que su propia dimensión hace presumir. En especial si también se quiere intro-

(5) GUILHERME BRAGA DA CRUZ: *O Direito de Troncalidade*, t. I, (Braga, 1941), pág. 1.

(6) Así lo comprendieron en toda su intensidad los juristas catalanes de nuestro período codificador. DURÁN Y BAS (*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil en Cataluña*, Barcelona, 1883, págs. 164 y sig.) señaló que el Derecho sucesorio penetra profundamente "en la vida moral y económica de las sociedades humanas" y que "cuando se habla de la organización de la familia y la propiedad, siempre se vuelven involuntariamente los ojos hacia el régimen sucesorio".

Especialmente se refleja en la propiedad rústica y en las familias labradoras (ver ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en Derecho sucesorio*, en "Anales de la Ac. Matritense del Notariado", vol. I, páginas 331 y ss.).

A propósito de esta cuestión, en nuestro trabajo *Computación, imputación y reducción de los donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo* ("Revista del Instituto de Derecho Comparado", núm. 3, julio-diciembre 1954, pág. 45, nota 1), afirmamos que "el rígido sistema sucesorio, impuesto en el Derecho histórico de Castilla—mayorazgos para los grandes patrimonios y legítima larga para los patrimonios modestos—ha dejado como se cuelan los problemas económico-sociales planteados por los latifundios y los minifundios. En cambio, las legislaciones forales con breves disposiciones netamente de Derecho civil, han resuelto satisfactoriamente desde hace siglos los problemas de la economía agraria, sin necesidad de intervencionismo administrativo, de concentración parcelaria, de parcelación forzosa, ni de creación imperativa de patrimonios familiares inembargables y unidades mínimas de cultivo".

El admirable maestro Castán, en su discurso que como presidente del Tribunal Supremo pronunció en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 17 septiembre 1955 (*Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*, pág. 132), nos hizo el honor de citar estas palabras. Pero dedujo de ellas que éramos de la opinión de que la solución de los problemas agrarios se hallaba en la generalización de las instituciones forales.

Desgraciadamente, no creemos que sea posible resolverlos tan fácilmente. Estas instituciones han sido la solución para los regímenes forales, que supieron aplicarlas a tiempo, y en los cuales las leyes han sido utilizadas con perfecta compenetración por el pueblo y con adecuación al fin superior de la conservación de las casas labradoras, crisol familiar y apoyo de segundones (ver nuestro epílogo a los *Apuntes de Derecho sucesorio*, págs. 621 y ss.). Pero no es lo mismo prevenir que curar. Y, en especial, hay casos en los que pueden llegar a ser necesarias las operaciones quirúrgicas. Ni todos los enfermos son iguales, ni viven en el mismo clima, ni geofísicamente su asiento es igual.

Lo que sí sostengamos es: 1.º, que la intervención administrativa no es un bien en sí misma, aunque pueda ser en ciertos casos un mal menor; y 2.º, que sus resultados serán efímeros si no van complementados de unas buenas leyes civiles con las que se compenetre el pueblo vitalmente (compenetración vital que no puede sustituirse eficazmente con normas imperativas, que pretenden suplir la discreta dirección del padre con un orden legal coercitivo pre establecido, que siempre pecará de rígido, y que a la larga o a la corta, indefectiblemente, será vencido por la posesión y la usucapión).

ducirla en nuestros regímenes forales que mantienen como finalidad primaria de su régimen sucesorio la conservación del pequeño patrimonio familiar agrario: de la *casa*.

Cuanto llevamos dicho justifica la honda preocupación con que seguimos la jurisprudencia sobre el artículo 811 de nuestro respetado Tribunal Supremo.

Hace poco tuvimos la alegría de comprender y poder proclamar que la jurisprudencia interpretaba el artículo 464 del Código civil con una visión armónica de la realidad y de la ley, que había escapado a la mayor parte de nuestros más preclaros autores, excesivamente influídos por dogmas y construcciones extranjeros. Hoy, desde nuestra pequeñez, sentimos deber expresar nuestro dolor y nuestro temor por el giro, cada vez más acentuado, que está sufriendo la interpretación del artículo 811 en las Sentencias más recientes de este nuestro más alto Tribunal (exceptuando la clarividente recientísima Sentencia de 1 febrero 1957, que vuelve a la prístina orientación jurisprudencial). En franca oposición a otras sentencias anteriores de la propia Sala de lo civil, ésta continúa acentuando su última inclinación pendular de este precepto, orientada ahora en el sentido que nos parece contrario a su propia *ratio*, a los principios fundamentales de nuestro Derecho sucesorio y a la aplicación funcional o vital de la norma.

Así, la Sentencia de 8 de junio de 1954 se sale más allá de la letra del artículo 811, pero en sentido opuesto al de su espíritu definido por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1932.

La Sentencia de 4 de junio de 1955 rechaza y menosprecia, demasiado superficialmente, sin penetrar en la cuestión medular, una serie de razones que habían sido consideradas muy ponderadamente, aunque fuera en otra cuestión paralela, por el propio Tribunal en la Sentencia de 1 de diciembre de 1923.

La de 1 de julio de 1955 pospone unos medio hermanos de la misma rama —por ser hijos de una hermana de la ascendiente de quien proceden los bienes— a los tíos del descendiente, incurriendo en lo que la Sentencia de 19 de noviembre de 1910 en uno de sus considerandos calificó de absurdo. Para esto: de puro perseguir la interpretación literal, se contraría el rigor de la letra; y se soslaya el espíritu de la norma para atender a las reglas de troncalidad, a pesar de que con anterioridad el propio Tribunal había reiteradamente repetido que el artículo 811 no odebía a principio alguno de verdadera troncalidad. Y la de 2 marzo 1952 incurre en parecida desviación.

La cuestión nos parece particularmente grave en estos momentos de peligrosa crisis del Derecho civil, que ha sido, y es aún, uno de los pilares fundamentales de nuestra civilización.

Hoy más que nunca el Derecho civil está constantemente amenazado por dos peligros graves de signo opuesto. Tanto más amenaz-

zadores cuando que por precavernos mejor de cualquiera de ellos podemos desviarnos inadvertidamente del recto curso hasta precipitarnos en el otro. Huir de Scila para caer en Caribdis.

El primer peligro lo constituyen las leyes especiales que bajo la bandera de lo social, lo agrario, etc., encubren muy a menudo las finalidades políticas o propagandistas más o menos oportunistas de sus autores; así como la ignorancia jurídica, la pereza de documentarse debidamente, la precipitación y la visión parcial de sus redactores; o los deseos de ampliar la intervención administrativa y la dominación burocrática o inspectora de los funcionarios que las promueven.

El peligro opuesto radica en la aplicación de letra muerta de las leyes civiles, con olvido de su espíritu y finalidad. Sobre todo, es de temer su interpretación al margen de aquella realidad viva a la que deben aplicarse. Las leyes no están hechas para ser confrontadas con legajos y pliegos de recursos y alegaciones, sino para plantearlas y aplicarlas a la vida real donde deben llenar un determinado fin. Es decir, esa finalidad de la ley debe ser científicamente estudiada precisamente en el momento de su intersección en el supuesto de hecho al que se refiere. No en el momento de salir de la pluma del legislador, sino en el instante de llegar a su destino y tener su contacto vital, sin perder de vista la dirección que aquél quiso dar a su trayectoria. Si en la Historia se hallan las raíces de ese contacto vital, es en el medio social y económico actual donde debe examinarse el sentido de su vigencia. Hay que realizar la interpretación funcionalmente, con relación de la situación humana a la que se dirige y al resultado que se quiere provocar (7), según la finalidad perseguida y la razón determinante de la norma (8). El Tribunal Supremo tiene perfectamente sabido todo esto y nos lo ha enseñado repetidamente (9).

(7) No sabemos resistir la tentación de transcribir unas líneas que entran de lleno en la cuestión que nos ocupa. Nos las escribió—comentando el epílogo de los *Apuntes de Derecho Sucesorio*—nuestro querido compañero Aurelio Fernández Anadón, cultísimo Notario de Arenys de Mar: "Por primera vez en mi vida de lector hallo quien acierte a ver la fuente del Derecho mejor que en la ley en la reacción que provoca. Veinticinco siglos peina la metáfora de la nave del Estado y de su timón legal, y yo que tengo un puerto debajo de mi ventana, nunca he creído en la acción directa de leyes o timones. El viento o el vapor empujan, el mar resiste y el timón canaliza en nuestro provecho la resultante. La ley químicamente pura tiene la misma eficacia que intentar maniobrar con un barco parado."

(8) El sentido interpretativo vital—podíamos decir sencillamente humano—no es cosa nueva, sino milenaria. El Padre Francisco Suárez (*Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. VI, cap. VI, núm. 3, versión castellana de J. Torrubiano Ripoll, Madrid, 1918, t. VI, págs. 93 y ss.) nos recuerda las enseñanzas de Aristóteles (5 *Ethícor*, cap. X), quien tuvo en cuenta en todo momento el contacto de las leyes con la realidad de la naturaleza. Según el filósofo griego no es posible que la disposición universal de la ley humana sea en todos los casos particulares de tal modo recta que no falle alguna vez, porque las cosas humanas están sometidas a numerosas mudanzas y cosas contingentes, que ni puede prever el legislador humano, ni siquiera podría exceptuarlos convenientemente a todos ellos en particular, porque introduciría confusión y prolíjidad infinita en las leyes. El defecto—como expresó el mismo Aristóteles y reiteró Suárez—no está en la ley ni en el legislador, sino en la

Pero las deficiencias de buena parte de las leyes promulgadas en estos últimos años, carentes de toda técnica jurídica y plagadas de un casuismo oportunista y asistemático, hacen casi imposible una interpretación metódica y científica de las mismas. Ello limita la labor de interpretarlas a una penosa exégesis literal, sin otra orientación que la marcada por la propia ley, que, a veces, ordena que la interpretación se haga extensivamente a favor de un pretendido beneficiario. El día en que todas las leyes sean de esa misma categoría, y los juristas reconozcan su impotencia ante ellas, se habrá acabado la ciencia del Derecho y el arte de lo justo y equitativo. Mas, de momento, ya se está notando un peligroso contagio de esta limitación interpretativa, que a veces se aplica a textos que merecen trato más honroso. En alguno de los últimos fallos sobre el artículo 811, vemos con temor cómo se sombra esa visión limitada por unos contornos literales aislados de su espíritu. Sería terrible que nuestro Tribunal Supremo no ahuyentara prontamente con su sabiduría y su prudencia esa nube negra que se cierne sobre la esencia misma de la jurisdicidad.

Por otra parte, los defectos del método dogmático de inversión nos ayudan a olvidar muy a menudo que el verdadero objeto de la interpretación es penetrar en la *ratio legis*, en el fin de la norma.

Al hacer esa observación distinguimos fundamentalmente los conceptos jurídicos, de su elevación a dogmas y de su utilización interpretativa por el método de inversión.

Los conceptos son necesarios no sólo en toda disciplina científica, sino incluso para entenderlos al comunicar nuestras ideas o sentimientos. El Derecho, por lo tanto, los necesita. Nuestro querido compañero González Palomino (10) lo expresó magistralmente: "Sin los conceptos no podríamos captar la realidad. Sin el sistema no podríamos

naturaleza, es decir, en la materia mudable; no puede el legislador ni la ley expresar distintamente toda la mutabilidad contingente.

Las ideas de Aristóteles, a través de Teofrasto, las recogieron los jurisconsultos romanos. Así se comprueba en varios textos del Digesto: Pomponio (I-III, 3) aconseja: "Conviene que las leyes se establezcan según dijo Teofrasto, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo inopinado." Celso reitera: "Sobre lo que por casualidad puede acontecer en algún que otro caso no se establecen las leyes" (h. t. 4) y "Porque la ley debe adaptarse a lo que acontece frecuentemente y fácilmente más bien que a lo que muy raras veces..." (h. t. 5). Y Paulo (h. t. 6) explica que: "Pues los legisladores omiten, según dice Teofrasto, lo que una o dos veces sucede."

Por eso acepta el P. Suárez la *epiqueya*, es decir, que la ley humana deje alguna vez de obligar en algún caso particular, "aunque las palabras de la ley parecen que comprenden igual caso y no está exceptuado en ninguna otra ley ni la haya dispensado el principio en la ley".

(9) Sentencias de 19 abril 1889, 20 marzo 1902, 1 abril 1911, 10 junio 1913, 17 mayo 1924 2 julio 1926, 29 diciembre 1928, 31 octubre 1928, 23 marzo 1929, 26 noviembre 1929, 27 junio 1941, 25 marzo 1942, 9 octubre 1943, 5 junio 1945, 16 mayo 1946, 8 julio 1946, 3 diciembre 1926, 22 enero 1927, 27 noviembre 1947, 8 junio 1954, entre otras.

(10) José GONZÁLEZ PALOMINO: *Salutación a Carnelutti*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", t. VIII, pág. 377.

entenderla. Pero conceptos y sistemas tienen sólo un valor instrumental y hemos de estar siempre dispuestos a mejorarlos y aun a desecharlos cuando no funcionen bien, porque estamos al servicio de la vida jurídica y no de los conceptos ni del sistema."

Por esto mismo es inadmisible la elevación a dogmáticas de esos conceptos que siempre hemos de considerar como provisionales (11). Y mucho menos será lícito su utilización como punto de apoyo —tan frágil como el del cono invertido, de que Dualde nos habla (12)— de una interpretación realizada por el método de inversión. Si los conceptos son ordenación de ideas, pueden ayudarnos a poner en orden otras ideas; pero no a completar los demás datos de otras estructuras que hayamos catalogado por otros datos distintos.

Nuestro Tribunal Supremo ha sorteado infinidad de veces el canto de sirena del método dogmático. Lo consiguió incluso en los años en que mayor predicamento tuvo en nuestra doctrina, que más de una vez se lamentó de esa feliz incontaminación. Pero una de las poquísimas veces en que ha caído en esa tentación ha sido precisamente en materia de las reservas. La famosa Sentencia de 1 de abril de 1914 creemos que incurrió en ese pecado con referencia a la reserva clásica del cónyuge binubo, y las de 8 de julio de 1942 y 17 de abril de 1946 lo han repetido tratando de la reserva del artículo 811. Ello a pesar de que la construcción admitida en estos fallos pugna —según luego veremos— con bastantes datos fundamentales, admitidos como doctrina cierta en muchísimas otras sentencias del propio más Alto Tribunal.

Ofrendamos con el mayor respeto al Tribunal Supremo, para que con su superior criterio los juzgue y nos juzgue, si se digna a ello, los estudios que sobre el tema enunciado pretendemos realizar. Primero trataremos de enfocar el precepto del artículo 811 desde su finalidad —es decir, desde su raíz y médula— hasta su sentido normativo y ámbito de aplicación. Luego procuraremos integrar la norma del artículo 811, lo que éste no dispone, buscándolo fuera de ella, en el propio Código civil, en otras normas del mismo o en sus principios generales.

I

EL ARTICULO 811 DEL CODIGO CIVIL COMO NORMA A INTERPRETAR

S U M A R I O

§ 1.º *La "ratio legis" del art. 811:* 1. El fin de la norma, clave de su interpretación. 2. La explicación de la reserva lineal, según Alonso Mar-

(11) Hace años (*La donación mortis causa en el Código civil*, V. 1, págs. 55 y sig., y en "Anales de la Ac. Matr. del Not.", t. V, págs. 679 y ss.) que ya sostuvimos esa misma opinión.

(12) JOAQUÍN DUALDE: *Una revolución en la lógica del Derecho* (Barcelona, 1933), págs. 99 y sig.

tínez. 3. La finalidad no expresada en la letra de la ley, pero evidente, debe predominar sobre aquélla. 4. La *ratio* del 811 según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5. ¿Cuál es la *desviación* que trata de corregir el 811? 6. La extensión del remedio de acuerdo con su finalidad correctora: significado de la palabra "reserva". 7. Las Ss. de 8 octubre 1930 y 8 junio 1954 exceden de lo que la *ratio* del artículo 811 exige. 8. El *azar imprevisto* como circunstancia esencial para que la *desviación* se comprenda en el área prohibitiva del art. 811. 9. Fundamento psicológico de la prevención de esta norma.

§ 2.º *Carácter normativo del art. 811:* 10. El art. 811 norma de interpretación restrictiva, según la Jurisprudencia. 11. Consecuencias derivadas de este criterio por el propio Tribunal Supremo. 12. Algunos supuestos en que la consecuencia deducida no parece congruente con el principio invocado. 13. Posición discrepante de la S. de 8 junio 1954; su crítica. 14. El art. 811 como *ius singulare* (tesis de Hernández Gil). 15. La desviación del *ius singulare* respecto al *ius commune* debe apreciarse con relación al resultado querido.

§ 3.º *Discusión acerca del sentido troncal o no troncal del art. 811:* 16. Declaraciones del Tribunal Supremo relativas al carácter troncal, no troncal o semitroncal de la reserva lineal. 17. Conexión de estas calificaciones con los supuestos de hecho y los fallos a que se refieren: cuestiones relacionadas con el carácter troncal o no del precepto a través de dicha jurisprudencia. 18. Conceptos de la troncalidad. 19. Posibles antecedentes troncales del art. 811 y su probable precedente en la reserva clásica de los bienes heredados por el binubio de hijos del matrimonio anterior y procedentes del cónyuge premuerto. 20. Bienes reservables: a) Aptitud por razón de su naturaleza y sus alteraciones. 21. b) Por razón de su origen.

§ 4.º *El concepto de línea en el art. 811 y la coordinación de los requisitos de ser pariente dentro del tercer grado y pertenecer a la línea de donde los bienes proceden:* A) *Determinación de los parientes que se hallan en la línea de donde los bienes proceden. Concepto de línea a estos efectos.* 22. Criterios doctrinales. 23. Posición del Tribunal Supremo y su crítica. 24. La línea de donde proceden los bienes es la trayectoria de éstos a través de la familia. B) *El punto de arranque para contar el grado de parentesco:* 25. Tesis de Lozano Sicilia (cómputo desde el reservista) y su crítica. 26. Razones para que el cómputo se haga a contar del descendiente heredado y no desde el otro ascendiente o el hermano de quien proceden los bienes. C) *Unidad o diversidad de los requisitos de línea y grado.* 27. Criterios del Tribunal Supremo. 28. Opiniones de los autores y la nuestra.

§ 5.º *Límites intrínsecos de la aplicación del art. 811 por su propia "ratio":* A) *Por ausencia de diversidad de línea y de estímulos normales que*

impulsen al ascendiente a disponer de los bienes fuera de la línea de procedencia: 29. Límites intrínsecos del precepto: Ausencia de diversidad de línea. 30. a) *Supuesto de que el ascendiente heredero sea de la misma línea que el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes.* 31. b) *Supuesto de que al fallecer el ascendiente reservista sus únicos descendientes lo sean también de aquél otro ascendiente o hermano.* Discordancia jurisprudencial. 32. Argumentos considerados en pro de una y otra solución por las SS. 4 enero 1911, 8 octubre 1930, 25 marzo 1933 y 8 junio 1954. 33. Opiniones de la doctrina. 34. Nuestro criterio: a) en la reserva pendiente; b) al fallecer el presunto reservista.

§ 6.º *Límites intrínsecos de la aplicación del art. 811 por su propia "ratio":*

B) *Por ausencia de azar imprevisto:* 35. Planteamiento del tema. 36. Dispensa por el ascendiente premuerto de la reserva del binubo en el Derecho anterior al Código civil. 37. La reserva por el cónyuge binubo de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, en el Derecho castellano anterior al Código civil: su extensión objetiva. 38. La dispensa expresa o tácita de la reserva vidual en el Código civil. 39. Aplicación de estos problemas a la reserva lineal. 40. Precisión de la expresión del art. 811: "los que hubieren heredado por ministerio de la ley": A) Tesis que incluyen en ella tanto la sucesión intestada como la testada. 41. B) Tesis que limita la reserva a la sucesión intestada; C) Tesis que la limita a la legítima percibida *contra o extra* testamento. 42. D) Tesis que aplica la reserva a la sucesión intestada íntegramente y en la testada a la legítima tanto si se ha recibido testamentariamente como extratestamentariamente. 43. E) Tesis que concreta la reserva a la sucesión intestada incluyendo en ella la legítima percibida *extra o contra* testamento o meramente reconocida, pero no a la atribuida voluntariamente. 44. Posición de la Jurisprudencia. 45. Razones de nuestra opinión. 46. Asignación de los bienes dentro o fuera de la cuota reservable. 47. Determinación por el descendiente de los reservatarios beneficiados.

§ 7.º *Pretendidos límites extrínsecos del art. 811:* 48. La reserva lineal y la legítima de los descendientes del reservista (arts. 811-813). 49. Concurso de reserva lineal y reserva vidual (arts. 811-969). 50. ¿Hay antimonia entre los arts. 811 y 971?

§ 1.º *La "ratio legis" del art. 811.*

1. Para interpretar correctamente el art. 811, no menos que cualquier otra norma, debemos tener presente aquel viejo principio enunciado por Celso (13) —"Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem"—, que las Partidas tradujeron al castellano, al decir (14): "que el saber de las leyes no está solamente en aprender a decorar las

(13) Dig. I-III-17.

(14) Part. I. Tít. I, ley 13.

letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas". Gregorio López (15), al glosar estas palabras precisó maravillosamente que "scientia consistit in medulla rationis, non in cortice scripturarum".

Nuestros clásicos estaban plenamente imbuidos de ese principio fundamental de la interpretación. Juan Gutiérrez (16) filosofó razonando que: "Sicut enim corpus humanorum regulatur ab ipsa anima, ita lex regulatur a sua ratione: ratio enim se habet ad legem, sicut anima ad corpus et sicut dicitur corpus ex dispositione animae, ita lex ex dispositione rationis suae". Fray Domingo de Soto (17) y el Padre Francisco Suárez (18) dicen, respectivamente: "que es más prudente atender a la causa que movió a los legisladores que a las palabras de la ley", y que: "Cuando la razón de la ley no es adecuada a las palabras de la ley, se ha de restringir ella a las palabras de la razón y no se ha de entender según toda la generalidad de las palabras".

En la mejor obra jurídica española de nuestro siglo actual, Federico de Castro (19) insiste en que la labor interpretativa "no se detiene en el texto legal". "Mediante la interpretación se busca el fin jurídico (sentimiento normativo) de la ley; como que ésta no es un fin en sí misma, sino parte del plan jurídico para la organización de la sociedad, se debe investigar el fin que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerado éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general". A juicio del propio maestro (20), el Tribunal Supremo "ha seguido en su jurisprudencia, abierta y claramente, el criterio de la interpretación finalista" (S. 2 julio 1926, 26 noviembre 1929 y demás que cita en las notas 3 y ss.).

2. La letra del artículo 811 dice escuetamente: "El ascendiente que heredare de su descendiente bieues que éste hubiere adquirido de otro ascendiente o de hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde las bieues proceden".

Alonso Martínez (21) —considerado como su inspirador— ha dejado escrita cuál fué su causa determinante y su finalidad. Nos confiesa que a más de estar en pugna con la legislación española, "es una desviación del antiguo Derecho romano y del moderno Derecho europeo, perfectamente conformes ambos con el tradicional sistema de Castilla".

Por ello, el mismo ilustre jurista pregunta: "¿En qué se fundó,

(15) Glosa 3.^a a dicha ley.

(16) *Practicarum Quaestionum Civilem*, lib. III, quaest. XVIII, núm. 83 (Novae Edit.-Colloniae Allogrogum, 1730, pág. 116).

(17) *Tratado de la Justicia y el Derecho*, lib. I, quaest. VI. art. 8 (versión castellana de J. Torrubiano Ripoll. Madrid, 1922, t. I, pág. 215).

(18) *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, lib. VI. cap. V. núm. 4 (vers. castellana de J. Torrubiano Ripoll. Madrid, 1918, t. VI, pág. 80).

(19) *Derecho civil de España*, Parte General I, 3.^a ed. Madrid. 1955, páginas 514 y sig.

(20) Op. y vol. cits., págs. 523 y sig.

(21) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil y sus relaciones con las legislaciones forales* (nueva ed. Madrid, junio 1947), págs. 185 y ss.

pues, la Comisión para semejante novedad?; ¿qué razones pudieron moverle a establecer la sucesión lineal, separándose del cauce secular?". La respuesta la expresa seguidamente: "Lo diré en breves frases: Hay un caso, no del todo raro, que subleva el sentimiento de cuantos lo imaginan o lo ven: el hijo mayor de un magnate sucede a su padre en la mitad íntegra de pingües mayorazgos, tocando a sus hermanos un lote modestísimo en la división de la herencia paterna; aquel hijo se casa y fallece al poco tiempo, dejando un tierno vástago: la viuda, todavía joven, contrae segundas bodas y tiene la desdicha de perder al hijo del primer matrimonio, heredando toda su fortuna, con exclusión de la madre y los hermanos de su primer marido. No hay para qué decir que, si hay descendientes del segundo matrimonio, a ellos se transmite en su día la herencia. Por donde resulta el irritante espectáculo de que los vástagos directos del magnate viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a su familia y que, por un orden natural, la son profundamente anti-páticas. Esta hipótesis se puede realizar y se realiza, aunque por lo general en menor escala, entre propietarios, banqueros e industriales, labradores y comerciantes, sin necesidad de vinculaciones ni títulos nobiliarios."

Planteado el problema (22), se trató de solucionarlo. Alonso Martínez (23) también nos lo explica: "El problema es grave y difícil el acierto. En la materia de sucesiones hay dos sistemas rivales: el de las legislaciones de la Edad Media, que en lo general están calcadas en la troncalidad como base del principio de familia, y el del Derecho romano copiado por los Códigos modernos, que se funda no más que en la voluntad presunta del difunto y designa por su heredero al que le estaba más estrechamente ligado por los vínculos del afecto. ¿Cuál de estos dos sistemas debe prevalecer en el Código español?". "Este mal no tiene más que dos remedios radicales y uno parcial e incompleto: la asignación de la legítima en usufructo, la extensión de las reservas a los abuelos y a los tíos, ya que no a todos los colaterales, y la sucesión lineal" (24).

El segundo remedio —con el que fué modificada "en sus accidentes la institución de las reservas, para poder extenderla a otras personas y usos distintos de los señalados por las leyes vigentes" (25) (en-

(22) El problema en el ámbito nobiliario donde lo captó Alonso Martínez, brotó con las leyes desamortizadoras. Antes de ellas, el régimen de los mayorazgos, con un orden sucesorio estatutariamente pre establecido, salvaba que pudiera plantearse.

(23) Pág. 187.

(24) Pág. 188.

(25) ALONSO MARTÍNEZ: op. cit., pág. 191.

Sigue explicando ese ilustre jurista que admitido por indicación suya este temperamento, la Comisión Codificadora nombró una Subcomisión "que redactara las bases a que habría de sujetarse este especie de reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde procedan, lo mismo en la sucesión testamentaria que en la intestada, sin perjuicio del derecho sacratísimo de los padres al disfrute de la herencia de sus hijos malogrados prematuramente". Dicha Subcomi-

tonces)— fué el temperamento aceptado por indicación del mismo Alonso Martínez, según propia confesión (26).

A su juicio (27), con esta base desaparecería “el peligro de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente y a título gratuito a manos extrañas por el azar de los enlaces y muertes prematuras” (28).

3. Hasta ahí las razones de Alonso Martínez (29). Ahora interesa

sión la formaron el catalán Durán y Bas, el aragonés Franco y los representantes de la legislación castellana Manresa y García Goyena; quienes propusieron a la Comisión la redacción siguiente: *El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano se halla obligado a reservar los que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de parientes del difunto que se hallaran comprendidos dentro del tercer grado y que lo sean por la parte de donde proceden los bienes*” (Alonso Martínez, pág. últ. cit.).

(26). N. de P. (sin duda Juan Navarro de Palencia, fundador de la Revista de Derecho Privado), en nota agregada a un trabajo de Louzao (“La reserva del artículo 811 del Código civil”, en dicha Revista, T. II, julio-agosto 1916, página 232), al apostillar la extrañeza de este autor ante al norma del 811, desliza éstas, entre otras durísimas palabras que omitimos: “El ilustre Registrador de Santiago no recuerda seguramente que el artículo en cuestión parece haberlo motivado el peligro de que la sucesión en los bienes de una casa ducal de la más rancia nobleza española recayese por muerte prematura de un póstumo, en la familia de la madre de este último; inconvenientes de los preceptos legales ajustados a la medida de casos y personas determinadas por elevadas que sean estas últimas, pero frecuentísimos en todos los órdenes, aun en los más modestos empeños”.

(27). Pág. 192.

(28) Felipe Sánchez Román (“Estudios de Derecho civil”, T. VI, Vol. 2.^a ed. Madrid, 1910, núm. 135, pág. 992) explica que de la agitación doctrinal a que dió lugar este precepto, fueron causa “hasta cierto punto justificada, no ya únicamente la novedad y singularidad de esta especie jurídica exótica en el Derecho de Castilla y de artificio legislativo, sin que su falta de indicación concreta que anunciaría sus términos e introducción en la Ley de Bases, puesto que al final de la *décimocarta* se lee: “*Respecto de las reservas —y de otras materias...— se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia*”; y, tan sólo, en la *décimocarta* al hablar de la parte que constituye la legítima de los descendientes y de su adjudicación por proximidad de parentesco se deslizan y adicionan nada más que las palabras “*y sin perjuicio de las reservas*”; y como usa este *plural* y luego en la referida *décimocarta* dice que se acomodará a las leyes y jurisprudencia anterior, sin que desconozcamos el valor de aquel inciso *a posteriori*, por el lugar significativo que ocupa al tratar de la legítima de los ascendientes y de la sucesión de los mismos por proximidad de parentesco, no era esto lo bastante para que la opinión estuviera preparada y dispuesta a recibir sin sorpresa semejante novedad”.

(29) Manresa, que como hemos dicho fué uno de los cuatro miembros de la Subcomisión que articuló el que debía ser artículo 811, explicó en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (“Consulta: Sobre la reserva de bienes que establece el art. 811 del Código civil”, en T. 78, 2.^o semestre 1891, páginas 357 a 359) del mismo modo que Alonso Martínez la génesis y finalidad del artículo 811. Reptió la narración del caso y añadió: “La conciencia se subleva contra el irritante espectáculo que resulta de esa hipótesis realizable, y realizada ya en otras ocasiones, aunque lo sea en menos escala, como sucederá cuando se trate de una fortuna o caudal de poca importancia; pero siempre con el resultado de bienes adquiridos legítimamente por una familia, a fuerza de economías

comprobar hasta qué punto han quedado plasmadas en nuestro Código civil y han sido reconocidas como doctrina legal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

y de trabajo pasen a título gratuito a otra familia, extraña, por esa serie de accidentes de la vida, sin que pueda invocarse el *afecto presumible del difunto* que es una de las bases de la sucesión intestada; antes bien, es de presumir la antipatía y el desvío entre familias".

Los fines expuestos por Alonso Martínez han sido reiteradamente recogidos por la doctrina:

Sánchez Román (op. y vol. cits., núm. 134, pág. 990) dice que el fundamento del 811 es doble: "uno principal, que es el de impedir que la fortuna de una familia, por los accidentes y azares de la sucesión, pase a personas extrañas a la misma, enriqueciéndolas en perjuicio de los parientes de aquella de donde los bienes proceden, quizá más necesitados; y otro más secundario, rendir culto y homenaje al valor de afectión que los bienes pueden tener por su procedencia, su origen familiar y a cierto relativo sentido de *patrimonialidad familiar*".

José Morrel y Terry (*Bienes reservables*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. LXXXII, primer semestre 1893, pág. 526, y en *Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1894, pág. 302) señaló como causa y fundamento de la reserva que el legislador no quiere que los bienes procedentes de una línea "corran el peligro de pasar a otra distinta, y mucho menos a una familia diferente".

Manuel R. Cadabal (*Sobre el artículo 811 del Código civil*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. XCVI, primer semestre 1900, págs. 101 y sig.) acepta que "la reserva consiste en sacrificar el rigor de nuestro sistema de sucesiones en obsequio a la conveniencia de que las riquezas no pasen de una familia a otra distinta".

Calderón Neira (*Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. CVII, segundo semestre 1905, págs. 473 y sig.) señaló que: "Tenemos, desde luego, el propósito del legislador, que no es otro que los bienes no salgan de la familia que los ha adquirido, por consecuencia de la sucesión de un ascendiente a su descendiente, y cuando el ascendiente pertenece a la línea de donde los bienes proceden, claro es que el fin de la ley está cumplido sin reserva alguna."

Díaz Cobeña (*Dictámenes*, Madrid, 1919, XV, C, pág. 238) repite, siguiendo a la jurisprudencia, que el 811 fué redactado "para que personas extrañas a una familia no adquiriesen, por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubiesen quedado dentro de ella".

Clemente de Diego (*Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 192) dice que: "Es el interés de familia, para robustecerla y para evitar el peligro de que los bienes de una familia que son poseídos secularmente pasen a otra distinta por el azar de los enlaces y muertes prematuras, el principio a que obedece la disposición del artículo 811."

Castán (loc. cit., Rev. Dr. Priv., XXIV, pág. 206) recuerda que: "Tiene por fundamento esta reserva el impedir que la fortuna de una familia, por los azares de la sucesión hereditaria, pase a personas extrañas a la misma, enriqueciéndolas en perjuicio de los parientes de aquella de donde los bienes proceden, cuando estos parientes son de grados próximos."

Más recientemente. Miguel Royo Martínez (*Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, pág. 210), después de confesar las numerosísimas dudas de interpretación que el 811 ofrece, dice: "Luz para aclarar dicha tarea ha de ser la captación de la *finalidad perseguida por el artículo 811*, y ésta, según la jurisprudencia, no es otra sino *impedir que, por un azar de la vida, personas extrañas a una familia puedan adquirir bienes que sin aquel azar hubieran quedado en ella*, finalidad que no debe olvidarse en todas las aplicaciones prácticas de este precepto."

Y hace pocos meses Hernández Gil (op. y loc. cits) ha repetido que el fin perseguido por la reserva es fundamentalmente el de impedir que los bienes procedentes de una línea familiar pasen a otra distinta.

Pero previamente nos queda cierta duda por despejar. *La ratio* del artículo 811 estuvo muy clara en la mente de sus autores. Ahora bien, no aparece escrita ni expresada en la ley. El problema radica en determinar si, aun en ese caso, puede jugar restringiendo la generalidad de la letra. Téma viejo y discutido entre nuestros clásicos.

El Padre Suárez (30), no admitía la restricción de la ley por una razón “tan sólo imaginada por muy verosímil que parezca”, a no ser que “se hallase injusta la ley si obligase por encima de tal razón aún imaginada”. Por ello, su conclusión era que, tanto para extender como para restringir la ley, hace falta *una razón adecuada e intrínseca y casi constitutiva del objeto de la misma ley*.

Según Fernando Vázquez de Menchaca (31), “aunque la intención y la mente de la ley se colijan sólo por conjeturas, a ella hemos de atenernos dejando a un lado sus palabras y escritos”. “Porque los términos escritos no son la ley...; más aún se defrauda la ley cuando seguimos sus palabras, o escritos, apartándonos de su espíritu, según consta en la ley *fraus* del Digesto, *tit. de legibus* (I-III-29) “... in fraudem vero qui solus verbiis legis sententiam eius circunvenit”. En apoyo de su tesis invocó las frases pronunciadas por Cicerón en su discurso en favor de Cecina: “Las palabras se inventaron para dar a conocer nuestra voluntad, no para que le sirvan de obstáculo”. En conclusión, señala Menchaca esta jerarquía de tres grados: “Sicque voluntas tenet primum locum, sequentem verisimilitudo, ultimum verba”.

Con referencia al artículo 811 algunos de los primeros comentaristas sostuvieron el predominio de la letra sobre su finalidad no expresada. Claro que al valorar esas afirmaciones no podemos olvidar que corresponden a un período en que nuestros autores sufrían el influjo de la escuela exegética francesa. Posición interpretativa que supuso indudablemente una regresión, afortunadamente ya superada hace tiempo, y por cierto en Francia antes que entre nosotros (32).

Sánchez Román (33), en dicho sentido, afirmó rotundamente que: “Los términos del artículo 811 son generales y no admiten distinciones; en todo caso, en el que se den las circunstancias del complicado supuesto que le inspira, o sea, siempre que un ascendiente herede a un descendiente bienes procedentes por título lucrativo de otro ascendiente, sin distinguir la línea de éste, porque el artículo no la distingue, y por tanto, sea o no de la misma línea del ascendiente que hereda, éste se halla obligado a reservar, lo cual pugna con el conocido fin de aquel que preceptúa que los bienes no cambien de línea por el intermedio de un ascendiente que no pertenezca a aquella de donde los bienes proce-

(30) Op., lib. y cap. cits., núm. 6 (vol. cit., pág. 83).

(31) *Controversiarum illustrum aliorumque usu frequentium*, lib. I, capítulo XLXI núm. 5, reimpresión, con traducción y notas de Fidel Rodríguez Alcaide, Valladolid, 1933, págs. 64 y ss.

(32) Ver ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología del Derecho* (Madrid 1945), cap. II, págs. 54 y ss.

(33) Op. y vol. cits., núm. 134, pág. 991.

den, por cuyo motivo no debía imponerse la obligación de reservar cuando el ascendiente que herede fuese de aquella misma línea. Sin embargo, en defensa de esta generalidad del artículo, puede aducirse que el pensamiento capital de la ley fué evitar que por el intermedio del ascendiente, fuese o no de la línea de que los bienes proceden, pasaran éstos a parientes de otra línea o a personas extrañas."

Manresa (34) comienza afirmando, que "la ley no distingue, que no exige, que los bienes procedan de un ascendiente de *línea distinta* a la del legitimario". Pero, a continuación, señala que, para él, la razón decisiva es otra, "A pesar de esto —dice— si el artículo 811 no impusiese igual reserva cuando los bienes proceden de un hermano; creeríamos sólo aplicable el precepto al caso de pasar los bienes a distinta línea de la de su procedencia." He ahí como lo razona:

"El deber de reservar los bienes procedentes de un hermano, persona de quien no puede decirse que pertenezca a línea distinta que el ascendiente que hereda, pues ha de suponerse aplicable en primer término el precepto a los hermanos de doble vínculo, indica claramente que no ha de atenderse a la línea del ascendiente legitimario. En último extremo, aunque más remota, puede observarse la conveniencia, ya que no la necesidad de la reserva, aun en el caso de pertenecer a la misma línea el ascendiente que hereda y el descendiente de quien los bienes proceden, porque cabe que por un segundo matrimonio, o por la sola voluntad del heredero, se arranquen los bienes de su línea, y si bien los hijos y descendientes tienen asegurado su derecho en virtud de la reserva del artículo 968, no así los demás parientes, a quienes por el principio de troncalidad, corresponderían los bienes caso de no existir tales descendientes."

Después de observar que las dos sentencias que Manresa cita en apoyo de su tesis (Ss. 26 octubre 1907 y 8 noviembre 1906, de las que ya nos ocuparemos) no corresponden al supuesto cuestionado por el comentarista (de los hechos que las motivaron resulta que había diversidad de líneas), afirmamos que no nos convence ninguno de sus argumentos (35).

El primero ellos prejuzga que, del mismo modo que de los bienes

(34) *Comentarios al Código civil español*, t. VI (6.^a ed., Madrid, 1932), artículo 811, II, A, págs. 254 y sig. También en su consulta, cit. en la nota 28 (Rev. Gral. Leg. y Jur., LXXVIII, págs. 363 y sig.), plantea esta cuestión ante un caso en el cual se discutía si el bisabuelo materno estaba obligado a reservar los bienes que heredó de su bisnieto y que éste, a su vez había heredado de su madre. "No establece la ley la distinción que se hace en esta pregunta, y es inadmisible, por tanto, tal distinción", decide.

(35) En cambio, la sentencia de 21 noviembre 1902 sí que admitió la reserva en un supuesto en que el ascendiente pertenecía a la misma línea de procedencia de los bienes. José Morell (*Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. CVII, segundo semestre 1905, pág. 142), que estimó esto contrario al espíritu del 811, observa que esta cuestión "no fué objeto de pleito".

recibidos a título lucrativo de un ascendiente no debe buscarse su origen anterior a su adquisición por este ascendiente, paralelamente cuando los bienes los recibió el descendiente de un hermano tampoco puede buscarse su procedencia anterior a la adquisición de dicho hermano. Con ello, la finalidad de la reserva quedaría aún más contrariada (36). Los parientes maternos tendrían idéntico derecho que los paternos a los bienes reservados procedentes del hermano, aunque éste los hubiese heredado del padre (37). ¿Para qué, pues, la reserva? (38).

De momento esto nos basta para rechazar este primer argumento, sin perjuicio de que después precisemos el sentido que en el artículo 811 se debe asignar a su invocación de la *línea*.

El segundo argumento de Manresa supone una petición de principio en cuanto se sale fuera de la *ratio* del artículo 811. Sin la justificación que originó el 811, es tan arbitrario imponerlo con finalidad distinta a la determinante a los ascendientes como a cualquier otra persona (39). Aunque, naturalmente, siempre resultaría útil para los be-

(36) MANUEL CALDERÓN NEIRA: *Jurisprudencia sobre el artículo 811 del Código civil*, en "Rev. Gral de Leg. y Jur.", T. 107, 2.º semestre, 1905, página 475, con toda precisión distingue según el hermano lo sea de doble vínculo o de vínculo sencillo. En el primer caso no admite la reserva. En el segundo, cuando a un hermano le herede otro hermano que lo sea sólo por parte de madre y a éste su padre —de línea distinta, por tanto, a la de aquél— es únicamente cuando le parece indudable la reserva.

(37) Proyectando el caso que motivó el 811 a ese supuesto, tendríamos. "A", casada con "B", tiene dos hijos: "C" y "D". Muere "A" y le heredan "C" y "D" por partes iguales. "C" llega a la edad de testar y lo hace a favor de "D", que al morir aquél lo hereda y queda único dueño de los bienes procedentes de su padre. Fallece "D" y le hereda su madre ab intestato. En consecuencia, los bienes que "D" heredó de su padre "A" y de su hermano "C" serán reservables. Pero conforme al criterio resultante de aplicar la tesis de Manresa, los parientes a favor de los cuales actuaría la reserva serían: sólo los de la línea paterna en cuanto a los bienes que "D" heredó directamente de "A", y tanto los parientes paternos como los maternos en relación a los bienes procedentes del mismo "A", pero que "D" heredó de "C". De modo y manera que si en la línea paterna el pariente más próximo fuere un tío del descendiente y en la materna vivieran el abuelo o la abuela, los bienes procedentes de "A", que la madre heredó de "D", pero que éste había recibido de "C", tendrían carácter reservable a favor de los padres de la reservista, forzando la reserva el paso de una a otra línea. Resultado absurdo.

(38) Podríamos aplicarle la crítica de Cadabal (loc. cit., pág. 102): "Que el artículo 811 sea defectuoso de tal suerte que en muchísimas ocasiones las herencias pasarán a extraños, pese a los buenos propósitos del legislador, habrá que reconocerlo; pero que el traspaso se verifique no a pesar del artículo, sino en virtud del artículo, esto cuesta trabajo creerlo."

(39) Narciso Riaza Mateo (*Contribución al estudio de la reserva troncal en el Código civil*, Santiago, 1925, pág. 119), ante el caso de que un nieto reciba por donación o herencia de su abuelo y luego le herede su padre, critica el resultado a que llega Manresa, con estos razonamientos: "Es decir, que al pariente de primer grado se le obliga a reservar para que los bienes guarden línea, y a un pariente más lejano se le deja en libertad de hacer lo que bien quiera y dejárselo a quien mejor le parezca. Lo que se priva al hijo del ascendiente donante, se le concede a un pariente de tercer grado. Si B (el padre) hubiere heredado directamente de A (el abuelo), no tendría obligación de reservar; pero como en lugar de heredar a su padre hereda a su hijo, está en el

neficiarios, la protección concedida no estaría suficientemente justificada por esta utilidad.

4.—El Tribunal Supremo ha destacado reiteradamente cuál es el espíritu, cuál es la *ratio* del artículo 811. Y lo ha hecho desde su anverso y su reverso, es decir, señalando cuál es su finalidad y previniendo que no obedece a una preocupación troncal. De este segundo aspecto negativo —con interesantes derivaciones positivas, en la práctica no siempre correctamente deducidas— nos ocuparemos luego. Ahora miraremos el artículo 811 en su faz, en su orientación positiva.

La Sentencia de 30 de diciembre de 1879 precisó por vez primera que el artículo 811 obedece “a la previsión para que personas extrañas a una familia no adquieran, por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubiesen quedado dentro de ella”. La Sentencia de 29 de octubre de 1907 reitera que “tiende al objeto de evitar que puedan pasar a personas extrañas bienes que por ministerio de la ley hereda un ascendiente de su descendiente.”. La de 19 de noviembre de 1910 repite que se trata de “una previsión del legislador a fin de que individuos extraños a la familia no adquieran por un azar especial de la vida bienes que sin él hubieran quedado dentro de ella”. La de 2 de enero de 1929 insiste en que el principio que informa el repetido artículo 811 “no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a aquellas de quienes procedan”.

La de 25 de marzo de 1933 arranca de la que estima reiterada doctrina de que la norma del 811 “responde a la previsión de evitar que personas extrañas a una familia puedan adquirir por un azar de la vida bienes que sin él hubiesen quedado en aquélla”.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1943 continúa afirmando que el artículo 811 “procura y consigue evitar una desviación en la transmisión de ciertos bienes en perjuicio de determinadas y limitadas personas por razones de índole familiar” y que “concebido el derecho a reservar como una limitación del derecho de legitimario que al ascendiente corresponde, no en provecho de sus derechohabientes, sino de los situados en un determinado lugar de la línea a la que tanto él como sus hijos son ajenos, no se concibe ni es congruente con el espíritu de la ley, que por una contingencia o azar quedase frustrado” (cierto que la consecuencia a que se llega en el fallo de esta sentencia sale fuera de la *ratio* enunciada en estos considerandos, según examinaremos más adelante).

La de 11 de julio de 1955 repite que la innovación se efectuó “bajo el propósito, como se dice en jurisprudencia reiterada, de evitar que bienes de procedencia familiar, puedan, por el azar de la vida, pasar a personas extrañas, cuando existen otros miembros más íntimos

deber de guardar, de conservar lo que de su padre y luego de su hijo fué. ; Estupendo! Bien que el señor Manresa dice que las sentencias antes citadas (se refiere a las de 8 noviembre 1906 y 26 octubre 1907) aceptaron el criterio expuesto (ya hemos dicho antes nosotros que esto tampoco es cierto), sea o no el más justo.”

a aquéllos" (aunque también aquí el fallo excedió de lo exigido por esta finalidad, puesto que pospuso unos medio hermanos del descendiente, hijos de una hermana de la ascendiente de la que procedían los bienes, a un hermano de ellas, tío del descendiente).

Y la recientísima de 1 de febrero de 1957 insiste en que aparece "sin otra razón, que una previsión del legislador para evitar que personas extrañas a la familia vinieren a adquirir por azar bienes que sin tal evento hubieran quedado dentro de ella".

Son, por lo tanto, afirmaciones indiscutidas de la doctrina jurisprudencial que fluye de las sentencias examinadas:

1.º Que el artículo 811 tiene como fin el *evitar la desviación de su línea* de los bienes heredados por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente que a su vez los hubiese adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano.

2.º Que esa desviación que se trata de evitar, debe ser *producida por azar*. La citada Sentencia de 19 de noviembre de 1910 llega un paso más allá, al entender que el fundamento racional del artículo 811 es la *voluntad presunta del descendiente*.

Estos son los dos principios fundamentales de que debe partirse para interpretar la letra del 811, porque representa su espíritu, que, además de haber sido explícitamente enunciado por su inspirador Alonso Martínez, ha sido reconocido indiscutiblemente por el Tribunal Supremo como doctrina legal.

Ahora se trata de precisar estos principios en sus detalles y de fijar, sin salirse de la más pura lógica, cuáles son los principales corolarios para su aplicación exegética.

5. Lo primero que debemos precisar es la *desviación* a corregir con la aplicación del artículo 811. ¿Se trata meramente de rectificar la deviación de su línea producida precisamente por la sola interposición del ascendiente reservista? O bien, ¿la desviación ha de examinarse desde su raíz, en la sucesión del descendiente premuerto y, por tanto, debe ser examinada y corregida desde su salida del haber del otro ascendiente o del hermano de quien proceden los bienes?

A) Ramón Gayoso Arias (40) y Tomás Albi Agero (41), han entendido que la única desviación que trata de corregir el artículo 811 es la provocada por la interposición del ascendiente reservista. Desde ese punto de vista fluye que no deberá aplicarse esta norma cuando dicha interposición no desvie los bienes del resultado sucesorio a que hubiese dado lugar la muerte del descendiente sin la interposición del ascendiente.

Tomás Albi ha afirmado en ese sentido que: "La función del 811 es la de amparar derechos que deberían pasar a una familia de no mediar el ascendiente, pero no la de dárselos a quien no los tendría

(40) *Un caso dudoso en la aplicación del artículo 811 del Código civil*, en Rev. Der. Priv., t. I (junio 1914), págs. 256 y ss.

(41) *Reserva del artículo 811. Derechos del medio hermano del descendiente causante de la reserva, al fallecer el reservista con hijos, hermanos de doble vínculo de aquél*, en Rev. Der. Priv., t. XXIV (diciembre 1940), pág. 321.

sin su interposición.” Díaz Cobeña (42) ya había razonado que “no pueden perderse de vista que las disposiciones del artículo 811 no hacen más que restablecer, relativamente, en los bienes de que se trata, la situación de derecho que, respecto de la sucesión de los mismos, hubiera tenido lugar al morir el descendiente causante de ella, si no hubiese existido el ascendiente reservista, puesto que llama a heredarlos a los pariente que, descartado éste, serían los herederos legítimos de aquél.”

Gayoso dedujo de esto y Tomás Albi lo aceptó, que los medio hermanos del descendiente, aunque no sean de la línea de procedencia de los bienes, deben preferirse siempre a los tíos de éste, a pesar de que éstos pertenezcan a dicha línea. Aunque vaciló con relación a los ascendientes —porque mientras los ascendientes suceden abintestato con preferencia a los hermanos, éstos, incluso los de vínculo sencillo, suceden con prioridad a los tíos—, concluye que precisamente la preferencia del ascendiente más próximo (el padre o la madre) da lugar a que sus descendientes (como tales y no como colaterales del descendiente heredado por dicho ascendiente) sean preferentes a los demás ascendientes. (Supuesto en el que admite que existiendo descendencia no común, la eficacia de la interposición del ascendiente, en contra de la finalidad de evitarla, determinante, a su juicio, del art. 811.)

Es de reconocer que, según las reglas que establece el Código civil en la sucesión intestada, aquel nieto del prócer —del cual nos habló Alonso Martínez— que lo heredó y murió prematuramente, si pese a su muerte sin descendencia hubiese sobrevivido a su madre, resultaría que, con preferencia a sus tíos paternos —los hermanos del prócer de cuya situación nos hizo tan patética pintura el ilustre codificador—, le sucederían, a falta de ascendientes:

1.º) Sus hermanos uterinos (arts. 947 y ss.) si su madre hubiera dejado hijos de un matrimonio anterior o hubiere llegado a tenerlos de otro ulterior antes de morir el causante—, y sus sobrinos, hijos de hermanos uterinos premuertos; y 2.º) Su cónyuge viudo (art. 952), ya que el descendiente, pese a su temprana edad, pudo haber contraído matrimonio.

Además, a falta de hermanos y cónyuge, a su herencia intestada concurrirían con los tíos paternos —hermanos del hijo del magnate— los tíos maternos, heredando todos por cabezas, sin distinguir la procedencia de los bienes (art. 955), de tal modo que podría ocurrir que casi todos los bienes procedentes de aquellos mayorazgos de la familia del prócer pasaran a la línea materna, si al fallecer el descendiente causante tuviera más tíos maternos que paternos y fueran escasos los bienes de procedencia materna.

A juicio de Gayoso, el medio hermano debe anteponerse al tío, aun en el supuesto del artículo 811, por varias razones, de las que entresacaremos y enumeraremos las pertinentes al tema más genérico que ahora nos preocupa.

1) Si el fin del 811 “es evitar que por un azar de la vida —a in-

(42) Op. cit., XV, D., pág. 251.

terposición del ascendiente—, pasen los bienes de una familia a otra, o vayan a personas extrañas, los que ese ascendiente por ministerio de la ley heredó”: “¿habrá quien diga que el hermano del descendiente es persona extraña?, no es acaso muerto el padre, la más próxima, la más estrechamente ligada con ser medio hermanos, por los vínculos de la sangre?”.

2) Sabido que “si el padre (que en este caso era el ascendiente reservista) premuriese al primer hijo, al morir éste su caudal iría al medio hermano, no a la tía”; “de entender de otro modo el artículo 811, sí que ocurriría que por este azar, por esa supervivencia, por esa interposición del ascendiente, pasarían los bienes a quien sin ella no hubieren pasado, a esa tía...”; “no se comprende que tenga que ver el hecho de esa supervivencia del padre para dar derechos a una hermana de su difunta mujer, que de otro modo, no los tendría. Esa interposición del ascendiente es para ella cosa accidental y no racional que le dé ni la quite nada. No hemos de presumir tal absurdo en la ley” (43).

3) La letra tampoco se opone, porque la ley impone al ascendiente la obligación de reservar, pero “no se la impone el legislador a sí mismo, y por tanto no impide que la ley disponga de esos bienes a favor de los descendientes a título de *legítima*” (la legítima a favor de los hijos del otro matrimonio del mismo reservista) (44).

Este tercer argumento queda dentro de una problemática que luego acometeremos. Pero en ningún caso es decisivo; pues, si bien remueve un posible obstáculo literal, carece de fuerza positiva por sí solo para decidir la cuestión. Derriba una valla, pero no nos lleva al otro lado. La letra puede dejar de ser obstáculo, pero no es argumento a favor.

La exactitud o inexactitud del primer argumento depende de a quién debe referirse el carácter de *personas extrañas*, a las cuales la *ratio* del 811 quiere impedir que vayan a parar los bienes. Supone, por tanto, una petición de principio por que prejuzga quiénes son estas personas extrañas sin demostrarlo.

Y el segundo argumento tampoco prueba suficientemente, porque de hacerlo probaría demasiado. Conforme al mismo, no sólo los medio hermanos sino con igual razón también el cónyuge viudo del descendiente (45) debería ser antepuesto a los tíos, es decir, a los hermanos del ascendiente de quien proceden los bienes. E incluso, nos llevaría a tener que aceptar la concurrencia, simultánea y por cabezas,

(43) Pág. 257.

(44) Págs. 258 *in fine* y sig.

(45) Narciso Riaza Mateo, op. cit., págs. 52 y ss., contemplando este último supuesto, comentó: “todos los bienes, incluso los adquiridos de la madre, pasarán, según el artículo 952 del Código civil, a personas por completo extrañas a la familia en el sentido que ahora hablamos”, extraña a los bienes y más extraña todavía a este tío carnal que presenciará cómo esta viuda y luego sus hijos, si los tiene en *otras nupcias*, o sus padres, o sus hermanos, disfrutan los bienes que de su hermano fueron, sin que a él le toque otra cosa que eso mismo, presenciarlo”. “¿Qué razones—pregunta Riaza—tiene el legislador para tratar más duramente al ascendiente que al cónyuge; para tener más miedo a

de los tíos de ambas líneas, es decir, a la autodestrucción casi total del artículo 811. Pues, sin la interposición del ascendiente reservista, en todos estos casos, nos llevarían a esos resultados las reglas de la sucesión intestada del descendiente.

Esto aparte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradísicamente la preferencia de los tíos, que sean hermanos o medio hermanos del ascendiente de quien procedían los bienes, respecto de los medio hermanos del descendiente que fueran hijos del ascendiente reservista pero no lo fuesen de aquel otro ascendiente. Aunque —como se verá— no estamos conformes con muchas de estas sentencias —que analizaremos después detenidamente y en las que habrán de distinguirse muchas circunstancias, lo cierto es que su unanimidad, en la tesis general, opone un fuerte obstáculo al entendimiento de que con el artículo 811 sólo se quiere evitar el desvío producido en la sucesión del descendiente por la interposición del ascendiente reservista.

Además, el fin expuesto por Alonso Martínez también la desmiente. Precisamente —según nos refiere— el caso contemplado por la Comisión General de Codificación, planteaba la concurrencia de tíos del descendiente prematuramente muerto (hermanos del ascendiente premuerto) con los hijos del segundo matrimonio del otro ascendiente (medio hermanos del descendiente). Y es significativamente a éstos a quienes Alonso Martínez califica de personas extrañas, refiriendo el calificativo en contraposición a la familia del ascendiente premuerto. A la visión hipotética del posible resultado, de la preferencia de esos medio hermanos del descendiente, respecto a los hermanos del ascendiente de quien procedían los bienes, es la que considera como *irritante espectáculo*.

B) Alonso Martínez (46) había señalado el peligro a evitar, refiriéndolo, *en plural*, al “azar de los enlaces y muertes prematuras”. Ello indica que la desviación, consistente en “que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente a manos extrañas”, arrancaba de la doble desaparición prematura de padre e hijo; e incluso del propio enlace, interrumpido por el fallecimiento prematuro, y de la falta de descendencia del hijo o hijos habidos de tal matrimonio. La desviación de la sucesión no se considera, en el artículo 811, solamente como consecuencia de la interposición del ascendiente reservista, sino como efecto del complejo de las sucesivas interposiciones del descendiente y del reservista. Es decir: las dos son contempladas con visión unitaria de conjunto.

Ninguna de las dos interposiciones, por si sola, basta para hacer jugar la norma del 811. La del cónyuge viudo, de una parte, por la especial naturaleza de su legítima y, de otra, porque todos los ascen-

quel que a éste?” Otro fué, en cambio, el criterio de la ley de Mostrenos que orientó su recelo hacia el cónyuge viudo, pues al llamarlo como heredero abintestato, en su artículo 2.º, añadía: “entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo a los colaterales”.

(46) Op. cit., pág. 192.

dientes, los descendientes y los hermanos de su cónyuge premuerto le son preferentes abintestato. No plantea, pues, problema. Y tampoco por sí sola, la interposición del descendiente muerto sin descendencia, porque la desviación que pudiera provocar, él sólo, sin la interposición ulterior de ascendientes de rama distintas a la de procedencia de los bienes, no completa el supuesto de hecho exigido por el artículo 811. Tanto más, según luego veremos, cuanto que este precepto es de aplicación restrictiva.

Ahora bien, la circunstancia de que la desviación prevista en el artículo 811 se refiere a la doble interposición de descendiente y ascendiente reservista, no significa que los grados de parentesco, comprendidos en el artículo 811 deban contarse con referencia al ascendiente o al hermano de quienes procedieran los bienes reservables. Tan sólo puede deducirse de ello que la apreciación de si una persona es o no *extraña*, a tales efectos, debe hacerse por la relación de consanguinidad que tenga con referencia a éstos. No basta con ser consanguíneo del descendiente, se debe serlo del ascendiente o del hermano de quien aquél obtuvo los bienes a título lucrativo, aunque el grado de parentesco deba contarse —luego se discutirá también— a partir del descendiente.

6. Aclarada cuál es la desviación que se trata de prevenir, hay que precisar la extensión del remedio reglamentado —es decir, de la reserva— en correlación a su *ratio* determinante.

Conforme la finalidad enunciada por Alonso Martínez y corroborada en las declaraciones de la jurisprudencia —con la salvedad expresa en las Sentencias de 8 octubre y 26 noviembre 1943—, lo que se trata de evitar es que por dicha desviación los bienes pasen a personas extrañas: entendiendo por tales: las que no sean parientes del ascendiente o hermano de quien procedan los bienes, no pertenezcan a la línea de procedencia o no estén dentro del tercer grado de consanguinidad del descendiente. Por lo tanto, parece dimanar, como consecuencia, que no se producirá desviación si los bienes quedan en poder de parientes que se hallen en ese tercer grado aunque no sean los más próximos.

Corolario es que la *ratio* del artículo 811 no impone una sucesión forzosa al ascendiente reservista. El fin de prevenir la desviación queda cumplido con impedir que este reservista disponga fuera de dicha línea y ámbito familiar fijados en el 811. Con ello basta para evitar el “irritante espectáculo” que la Comisión General de Codificación quiso prevenir.

La expresión literal del precepto no desmiente lo más mínimo esa interpretación finalista.

El artículo 811, refiriéndose al reservista dice que “se halla obligado a *reservar*”. También utiliza el verbo *reservar* el artículo 806 del Código. Este al definir la legítima, la distingue como porción de bienes que ha *reservado* la ley a determinados herederos.

Gayoso (47) observó esta diferencia entre una y otra norma: “en

(47) *Loc. cit.*, pág. 259.

la primera, la ley directamente es la que reserva los bienes a los herederos forzosos", mientras que "en la segunda impone sólo una obligación de reservarlos". No obstante, creemos que el empleo impreciso del sustantivo *obligación* y del verbo *obligar* en algún otro artículo del Código civil, como el 177, quita cierto valor a este argumento.

Por eso, nos interesa más el análisis gramatical de la palabra *reservar*. En otra ocasión (48) ya lo hicimos, al ocuparnos del artículo 806. Entonces verificamos un breve repaso de las acepciones de esa palabra que resultaban más adecuadas al caso entre las señaladas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua: "*Destinar* un lugar o una cosa, de un modo exclusivo para uso o personas determinadas". Y "*Separar* o *apartar* uno algo de lo que distribuye, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro".

"Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar* —concluimos entonces— equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según el propio diccionario, en las acepciones aplicables al caso: "*Destinar*" es "ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto"; "*separar*" significa "poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro" o "distinguir unos de otros, cosas o especies"; y "*apartar*" equivale a "separar, dividir".

Ahora bien, el destino de la porción reservada en el artículo 806, se determina: en el artículo 808, en relación con el 823; en el artículo 810; en los artículos 834 y sigs., y en los 840 y sigs. Así, del 808 resulta que un tercio de la herencia de un ascendiente debe repartirse por partes iguales entre sus hijos y que otro tercio de los dos reservados podrá ser distribuido entre los hijos y descendientes legítimos del testador en la forma que éste quiera. El 810 precisa exactamente cómo los ascendientes deben repartirse su legítima y a cuáles de ellos debe corresponder con preferencia.

El artículo 811, en cambio, no determina la preferencia entre los parientes que se hallen dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes reservados, ni la forma en que éstos deben ser distribuidos entre ellos.

Esto no significa —como se verá— que esa preferencia no existe; ni tampoco que falten reglas en el Código civil para determinar supletoriamente cómo deben distribuirse esos bienes.

En cambio, conectando ese significado literal con la *ratio* del precepto, sí que indica el destino del cual el reservista no puede apartar los bienes reservados; pero dentro del cual no hay obstáculo, en el artículo 811, para que disponga de ellos sin contravenir su norma.

Manresa (48), rebatiendo la afirmación de que los bienes reservables deben ser heredados por cabezas por todos los parientes comprendidos en el tercer grado de la línea de procedencia, hizo entre otras estas observaciones (avaladas por el hecho de haber sido este comentarista miembro de la Subcomisión que redactó el 811):

(48) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, 4.^o, b), pág. 39, y An. Dr. Civ., IV-II (abril-junio 1951), pág. 455.

(49) Op. y vol. cits., art. 811, II, F., 1.^a cuestión, págs. 267 y sig.

“Lo que el señor Alonso Martínez deseaba era que los parientes colaterales tuviesen derecho a obtener los bienes troncales no limitando la excepción a los descendientes, y que, en vez de aceptarse la sucesión lineal, se respetase el régimen sucesorio moderno, creándose en favor de los parientes una reserva. Y así se hizo. Y el pensamiento se respecta siempre que los bienes queden en el tronco, en poder de un pariente o de otro o de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse o pulverizarse, o ser muchos los partícipes, que guardándolos el más interesado por su mayor proximidad a la línea” (o —como creemos nosotros— por el que sea elegido por el reservista, o lo hubiere sido en previsión por el otro ascendiente o hermano, o por el descendiente. Lo que añadimos sin salirnos fuera del raciocinio lógico que con otra orientación hace Manresa).

Nuestro querido compañero Pascual Lacal (50) se ocupó de la posibilidad de que el descendiente eligiera al reservatario de los bienes integrantes de la legítima del ascendiente reservista. En este sentido observó que: “Los bienes se reservan para los parientes que estén dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos, es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser diferida conforme a las prescripciones del Código referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece”.

Y Hernández Gil (51) señala que el fin del artículo 811, es “fundamentalmente el de impedir que bienes procedentes de una línea familiar pasen a otra distinta. El peso de la excepcionalidad del precepto se inclina de este lado; concierne esencialmente a la situación que se quiere evitar; tiene una dirección negativa dirigida a señalar a quienes no deben ir los bienes”.

Cuestión distinta es si de la aplicación de las normas que deben integrar la del 811 resulta determinada preferencia, o la de si ésta puede resultar al entrar en colisión con las legítimas de los descendientes comunes o con la reserva vidual. Pero lo que ahora nos interesa desentrañar, es si en la *ratio* del 811 cabe que se determine cierto orden de preferencia por una subdistinción de líneas entre los parientes comprendidos dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes.

Cadabal (52) lo trató inteligentemente hace años. Se refería a una cuestión conectada con la existencia o no de la reserva cuando el ascendiente que hereda al descendiente es de la misma línea (paterna o materna) de procedencia de los bienes. El primer problema lo hacía depender de que uno y otro ascendiente dejaren al fallecimiento del último una descendencia común y nada más que una común descendencia, o de que no fuese así. Si la descendencia no era común, aunque fuera de la misma línea general (paterna o materna), estimó que

(50) *Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil*, en Rev. Crít. de Dr. Inmob., t. VIII (agosto 1932), pág. 580.

(51) Loc. cit., núm. VIII, pág. 9.

(52) Loc. cit., V, págs. 107 y ss.

la reserva tenía lugar. De cuya solución brotaría una preferencia, dentro de la línea general, entre sus sublíneas (53). Pero de ello tendremos que ocuparnos más adelante.

7. El Tribunal Supremo en alguna ocasión ha olvidado que la *ratio* ni la letra del artículo 811 dicen nada más que lo observado en el anterior análisis.

Así la Sentencia de 8 de octubre de 1930, después de sentar la premisa exacta de que la finalidad que se persigue, en el artículo 811, "es que no salgan los bienes, no de la familia, sino de la línea de donde proceden", deduce que dicho precepto los "adjudica a quienes legalmente corresponden y tienen derecho desde la muerte de quien debía guardarlos". Y, por ello, su fallo impuso la distribución igualitaria de los bienes reservables entre los descendientes comunes del ascendiente reservista y del ascendiente de quien procedían los bienes.

Y la Sentencia de 8 de junio de 1954 para llegar a igual resultado, presupone que el artículo 811 ordena "su destino predeterminado que implica también una distribución de los bienes por igual entre los reservatarios si hay pluralidad de titulares" y que la indisponibilidad del reservista "*post mortem*" "brota lisa y llanamente del principio rector de la reserva lineal prohibitivo de toda intervención del reservista que altere el curso de los bienes o su partición por partes iguales entre los reservatarios" (54).

Realmente lo que estos dos fallos observan no alcanzamos a verlo ni en la letra ni en el espíritu infundido por la finalidad del artículo 811. Su *ratio* y su redacción son evidentemente más genéricas, y no imponen aquellas consecuencias. Evitar que los bienes no salgan de una línea no es imponer su reparto entre los que la integran o entre los más próximos de la misma. Disponer una obligación de reservar tampoco equivale a adjudicar por partes iguales a los parientes más próximos entre aquellos a favor de los cuales la reserva se establece. Queda por ver si esto último resulta de las normas integradoras de la del artículo 811; pero, aunque así fuera, lo que no es lícito es pretender que se deduzca puramente de este artículo o de su fundamento.

(53) He ahí el supuesto: un padre con dos hijos y varios nietos, hijos de uno de éstos; estos nietos han heredado a su padre; uno de ellos fallece y le sucede el abuelo. ¿Ha de reservar el abuelo a favor de los demás nietos, hijos del hijo premuerto del que procedían los bienes? Cadabal cree que sí, y lo razona de este modo: "ambos descendientes son, sí, de una línea, son parientes; pero la línea, los parientes de cada uno de ellos, no es la misma, no son los mismos. Y como el artículo 811 lo que supone es que al fallecimiento del ascendiente que ha heredado no sea la línea llamada a sucederle la misma del otro ascendiente premuerto, dándose diversidad de descendientes, diversidad de líneas entre uno y otro, la aplicación de aquél al caso es lógica y perfectamente legal".

(54) No nos ofrece duda que en este fallo no acierta el Tribunal Supremo a determinar la finalidad del 811, a pesar de la buena voluntad con que afirma que jueces y Tribunales "están constreñidos a indagar la *mens legis* por interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica para aplicar la norma legal mientras la mantenga en vigor el órgano estatal correspondiente".

8. Hemos anticipado que en la *ratio* del artículo 811, reconocida por el Tribunal Supremo, la desviación de los bienes que se trata de evitar es la producida por azar. Las Sentencias de 30 de diciembre de 1897 y 19 de noviembre de 1910, hablan de un *azar especial*, la de 25 de marzo de 1933 de un *azar de la vida*, la de 26 de noviembre de 1943 de una *contingencia o azar*, la recientísima de 1 de febrero de 1957, simplemente de *azar*.

¿En qué consisten estas contingencias o azares de la vida?

Alonso Martínez (55) nos habló del “azar de los enlaces y muertes prematuras”. Ahora bien, ese azar —llámémosle así, para seguir la terminología de este autor y de la jurisprudencia— parece que corresponde a lo que filosóficamente se denomina azar imprevisto (56) y se traduce jurídicamente en Derecho sucesorio por sus consecuencias legales. Según cual sea el orden de los fallecimientos dentro de una familia, así actuarán —a falta de previsión testamentaria o donde ésta no alcance— las normas sucesorias legales y se seguirá por azar de dicho orden en las defunciones una trayectoria sucesoria diferente.

Por eso, el artículo 811 concreta la reserva a aquellos bienes de la procedencia expresada que *por ministerio de la ley* un ascendiente herede de su descendiente. Así lo repite la Sentencia de 29 de octubre de 1907. Y la de 19 de noviembre de 1910, buscando el reverso del azar imprevisto, precisa que el fundamento racional del artículo 811 es la *voluntad presunta del descendiente*.

Según Sánchez Román (57) explicó: “Fundamento *racional* puede considerarse también el de que este artículo 811 supone que el descendiente, que con su muerte inicia la reserva, tiene la *voluntad presunta* que la ley adivina y suple, y que la legítima del ascendiente que le hereda le estorba por el pronto, interponiéndose como heredero forzoso, de que aquellos bienes que se dicen reservables y que él adquirió por título lucrativo, volviera a los parientes de la línea de que preceden; y por eso fija sólo hasta el tercer grado, combinado el interés *lineal o familiar* con el criterio racional de una *presunción de voluntad* de su parte, que no debe suponerse alcance hasta parientes de grados más remotos”.

Clemente de Diego (58) se expresa de modo muy parecido.

(55) Op. cit., pág. 192.

(56) Como recordó nuestro querido compañero José Luis Díez Pastor, al tratarse esta cuestión en el Seminario de Anuario de Derecho Civil, filosóficamente el azar es definido como “coincidencia de coexistencia o de sucesión que se da entre dos o más hechos o seres en sus respectivas dimensiones, por razón de su dimensión cuantitativa, de cantidad continua (extensiva especial o duradera temporal) o de cantidad discreta o numérica. Como esta dimensión es muy variable, el grado de azar varía también y se halla sujeto a un cálculo de previsión de dichas coincidencias, que constituye parte de lo que hay de contingente en los seres. Aun las conexiones entre los seres determinados por las leyes y causas, están pendientes del *azar* en su realización condicionada por la coincidencia de sus concausas”.

(57) Op. y vol. cit., núm. 134, págs. 990 y ss.

(58) Op. y vol. cits., pág. 193; y *El derecho de representación y la reserva*

Cierto que *más que adivinar* la voluntad del descendiente (59) —que éste no ha expresado— la ley la suple. No se trata, por lo tanto, de una voluntad tácita por el silencio del descendiente, sino de la propia voluntad supletoria de dicho silencio. Si se quiere hablar de voluntad presunta, debe entenderse en el sentido de ficción legal genérica y objetiva. Por lo tanto, no de *voluntad* presunta, sino *ficta*; es decir, de la sustitución de la voluntad del descendiente, que falta en forma eficaz, por la disposición legal.

De ahí que podamos sentar estas dos afirmaciones:

1.º Que el artículo 811 sólo entra en juego a falta de previsión formalmente eficaz (no olvidemos el carácter formal de las disposiciones *mortis causa*) del descendiente, e incluso del ascendiente o hermano del que procedan los bienes, pues también la previsión de estos elimina el azar jurídico, proyectado en el resultado sucesorio por el azar cronológico en el orden de fallecimientos.

2.º Que la voluntad tácita o expresada sin las debidas formalidades por el descendiente, o por aquel ascendiente o hermano del que procedían los bienes, no puede ser invocada como contraprueta de una presunción, que no es tal sino una regla legal fundada en una previsión objetiva y genérica (como, v. gr., es la que determina la mayoría de edad a los veintiún años) para un supuesto dado. El texto del 811 es normativo, no hipotéticamente presuntivo: sienta una regla, no una mera presunción *iuris tantum*. Su fundamento se halla en corregir los resultados legales de la falta de previsión formalmente válida del descendiente y de la persona (ascendiente o hermano) de quien aquél recibió los bienes; no en el intento de reconstruir su hipotética voluntad.

9. Queda claro cuál es el fundamento filosófico jurídico del artículo 811, pero ese fundamento se apoya en una razón de temor de tipo psicológico.

¿Por qué la ley protege en la hipótesis del 811 a parientes de tercer grado con mayor extensión e intensidad que para los supuestos normales a los hijos y descendientes en el artículo 808?

Roca Sastre (60) ha dicho “que la verdadera motivación finalista de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, es semejante a la que inspira la reserva lineal que regula el artículo 811 del Código civil”.

Efectivamente, la comparación nos parece extraordinariamente exacta. Tanto en sentido finalista (no nos parecería igual si se preten-

llamada troncal del artículo 811 del Código civil (consulta)”, en Rev. Dr. Pri., t. XIV (febrero 1927), pág. 59.

(59) Cristóbal Lozano Sicilia (*Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente y del cónyuge viudo*, Córdoba, 1898, págs. 223 y sig.) estimó que el fundamento de la reserva del 811 no precisamente es la voluntad presunta del descendiente, sino la voluntad presunta de las personas de quienes por título lucrativo proceden los bienes.

(60) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código civil* (Madrid, 1956), pág. 83 *in fine* y sig.

diera extenderla al terreno dogmático) como en el terreno de los motivos psicológicos que tratan de prevenir para corregir sus posibles resultados.

Quien tiene hijos, difícilmente dispondrá en perjuicio de ellos y los bienes sólo raramente saldrán de la familia. Por el contrario, quien carezca de descendencia no se sentirá tan ligado con sus parientes por afinidad como el padre lo está con sus hijos; y fácilmente los bienes podrán pasar de él a personas extrañas. Paralelamente, el ascendiente que herede de un descendiente bienes procedentes de otra rama familiar de éste, si —como ocurrió en el supuesto presentado por Alonso Martínez— carece de descendientes comunes, psicológicamente se sentirá inclinado hacia sus propios parientes, los de su línea, prescindiendo del origen de los bienes. De ahí la previsión del 811 ante el análisis de los estímulos psicológicos normales. Contando con ellos, trata de contrarrestarlos para evitar que su libérrima actuación, imprevista por las personas de quienes provinieron los bienes, desvíe la trayectoria normal de estos bienes llevándolos de una familia a otra.

Muy poco después de entrar en vigor el artículo 811, Redondo Reinoso (61) explicó por qué —a su juicio— se hace de mejor condición a los parientes colaterales que a los hijos (este autor es de la opinión de que si queda común descendencia no hay reserva): “porque éstos, al fin, en su día, heredan a su madre, de la que se presume no ha de malvender los bienes por perjudicarles; mientras que si no se lo impidieran obligaciones de reserva, no sólo malbarataría los bienes a fin de que no pasaran a los parientes de su marido, sino que también podría disponer de ellos por testamento”.

Prefundizando en la razón finalista hasta la motivación psicológica que por reacción la causa, creemos que se podrán obtener importantísimas deducciones para la racional interpretación de este precepto que nos ocupa.

§ 2.º *Carácter normativo del artículo 811.*

10. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente —y repetidamente ha recordado esta reiteración— que el artículo 811 es de interpretación restrictiva (SS. 16 noviembre 1892, 16 enero 1901, 8 noviembre 1906, 27 enero 1909, 4 mayo 1910, 19 noviembre 1910, 7 noviembre 1912, 20 abril 1917, 7 noviembre 1927, 1 julio 1955, 1 febrero 1957), y explícitamente ha aplicado esta doctrina (en especial, ver: SS. 4 enero 1911, 6 julio 1916, 25 marzo 1933 y 1 febrero 1957). La de 26 de noviembre de 1943 dice que la excepcionalidad del precepto veda “la interpretación extensiva”.

Tres razones fundamentales e íntimamente entrelazadas ha aducido la jurisprudencia para justificar esa interpretación restrictiva:

1.º Que el artículo 811 “produce una modificación del derecho sucesorio moderno basado en el tipo de familia natural, haciendo se-

(61) MANUEL REDONDO REINOSO: *Nueva reserva establecida en el Código civil*, en “La Reforma Legislativa”, año XIX, núm. 693 (22 junio 1907), pág. 196.

uir a ciertos bienes u curso anómalo" (S. 19 noviembre 1910); "modifica el derecho sucesorio moderno" (S. 7 noviembre 1912); "produce verdadera desviación de la doctrina alterando el proceso sucesorio ordinario e imponiendo a la forma de suceder en ciertos bienes curso anómalo y diferente, comparado con el que tendrían de no existir la disposición de dicho artículo" ... "excepción del orden sucesorio en general del Código civil" (S. 7 noviembre 1927); "se trata de una norma extraña para nuestro Derecho tradicional y de alcance y eficacia restringidos al cumplimiento de un designio concreto" (S. 26 noviembre 1943); "envuelve una modalidad limitativa del orden de suceder en el Derecho" (S. 1 julio 1955); "produce una modificación del derecho sucesorio vigente haciendo seguir a dichos bienes un curso anómalo" (1 febrero 1957).

2." Que limita los derechos legitimarios del ascendiente (SS. 16 enero 1901, 8 noviembre 1906, 19 noviembre 1910, 4 enero 1911, 7 noviembre 1912, 25 marzo 1933); "excepción especial a la sucesión de los ascendientes" (S. 7 noviembre 1927); que restringe "el juego normal de los derechos de que son titulares los ascendientes" (S. 26 noviembre 1943); "caso excepcional de restricción y minoración impuestas directamente a la legítima del ascendiente" (S. 1 febrero 1957).

3." Que concede un derecho o beneficio personalísimo (Ss. 16 diciembre 1892, 8 noviembre 1906, 27 enero 1909, 4 mayo 1910), exclusivamente a favor de determinadas personas (SS. 16 enero 1901, 26 noviembre 1943), concedido a favor de las personas que en él se mencionan ante el grado de parentesco que les une (S. 1 julio 1955).

La sentencia de 16 enero 1901 añadía que aquella limitación y este beneficio tenían "fundamento menos poderoso que el de la reserva de nuestra antigua legislación", por lo cual consideró más evidente que "se impone la interpretación restrictiva".

II. Relacionando estas consideraciones con los fallos a que dieren lugar, vemos que se hizo aplicación de esta doctrina para decidir:

a) Que el cómputo del tercer grado de parentesco debe hacerse desde el descendiente y no desde el ascendiente de quien procedían los bienes y que no se puede salir de ese grado aplicando el derecho de representación (SS. 16 diciembre 1892, 8 noviembre 1906).

b) Que no cabe *ius transmisionis* del derecho del reservatario que, aun habiendo sobrevivido al reservista, falleció sin haber reclamado su derecho (SS. 16 enero 1901, 27 enero 1909).

c) Que de los bienes reservables a que tienen derecho los reservatarios deben deducirse las cargas de la herencia del descendiente, y que esto sólo puede determinarse en juicio de testamentaría (S. 4 mayo 1910).

d) Que no hay reserva cuando el ascendiente repudia la herencia del descendiente (SS. 19 noviembre 1910 y 1 febrero 1957); y que el medio hermano de línea distinta a aquella de donde proceden los bienes y al que instituyó heredero el descendiente debe ser preferido a los tíos de éste, aunque pertenezca a la línea de donde los bienes procedían (S. 19 noviembre 1910).

e) Que el nieto común del ascendiente de quien procedían los bienes y del ascendiente reservista (que era sobrino del descendiente) debe ser preferido a los hermanos de aquel descendiente (que eran tíos del descendiente); y que la reserva no tiene lugar cuando el reservista, a su vez, debe legítima a los descendientes de la persona de quien proceden los bienes (S. 4 enero 1911).

f) Que los reservistas sólo adquieran su derecho a la muerte del reservista; y que únicamente se deben reservar los bienes adquiridos por ministerio de la ley (S. 7 noviembre 1912).

g) Que no puede exigirse el depósito de los valores reservables en el Banco de España, ni en otro establecimiento oficial de crédito, aunque el reservatario carezca de inmuebles para garantizar con su hipoteca la devolución de aquellos valores, y que no es aplicable la doctrina del usufructo, ni la de los artículos 1.355 y 1.388, ni siquiera la del 1.121, sino la de los artículos 977 y 978 (S. 8 julio 1916).

h) Que sólo es reservable el haber efectivo y originario adquirido por el descendiente del otro ascendiente o de un hermano, pero no "el mayor producto obtenido que utilizándolos obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual" (S. 20 abril 1917).

i) Que no hay reserva por no haber "esas dos líneas singularísimas e independientes, relativas a las distintas familias paterna y materna, cuando al fallecer el último ascendiente quede sólo una descendencia común"; y que no puede tener lugar, según declaró esta Sala (se refería esta Sentencia a la de 4 enero 1911), cuando a su vez el ascendiente deba legítima al descendiente de la persona de quien procedan los bienes" (S. 25 mayo 1933).

j) Que no se debe buscar la procedencia de los bienes "más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reservar" y "no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata de los bienes que han de reservarse" (S. 26 noviembre 1943, coincidente con la S. de 7 noviembre 1927).

k) Que el grado de parentesco con el descendiente debe contarse precisamente por la misma línea de procedencia de los bienes (S. 1 julio 1955).

12. Hay que reconocer que algunos de los resultados a que llegan las sentencias referidas, no han sido aceptados en otras sentencias del mismo Tribunal Supremo —aunque en ellas no se haya negado el carácter restrictivo que debe infundirse a la interpretación del artículo 811— por otras razones que en su momento estudiaremos.

Tampoco cabe negar que algunos de los fallos citados, pese a invocar la interpretación restrictiva del artículo 811, de hecho lo han aplicado extensivamente.

Así ha ocurrido en las Sentencias de 7 noviembre 1927, 26 noviembre 1943 y 1 julio 1955, que no obstante decir que aplicaban el artículo 811 de modo restrictivo, han dado preferencia a tíos del descendiente frente a medio hermanos de éste, que lo eran por línea distinta de aquella de que los bienes procedían. Con los agravantes de que en los su-

puestos de las Sentencias de 7 noviembre 1927 y 26 noviembre 1943, los tíos, a su vez, eran medio hermanos del ascendiente del que procedían los bienes, pero no pertenecían precisamente a la línea por la cual habían llegado esos bienes a este ascendiente; y que en el supuesto de la Sentencia de 1 julio 1955 los medio hermanos también pertenecían a la línea de la que procedían los bienes, porque, además de hermanos por parte de padre del descendiente, eran hijos de una hermana de la madre de éste.

En las Sentencias calendadas de 1927 y 1943 creemos que seguramente se desorrientó el Tribunal Supremo, atendiendo al criterio, ya admitido en fallos anteriores, de que por no responder el 811 a un criterio puramente troncal, sólo debe atenderse al origen inmediato de los bienes. Ahora bien, tal vez ni estos fallos ni alguna otra de las Sentencias que han considerado este tema, han distinguido con la suficiente sutileza dos cuestiones diversas: a) La procedencia de los bienes, propiamente dicha, en cuanto a su ingreso en una u otra línea independientemente de su anterior origen; y b) La circunstancia de que el pariente que invoca el hallarse dentro del tercer grado se encuentra realmente dentro de la línea de procedencia de los bienes. Es una distinción de la que en seguida nos ocuparemos al tratar del carácter troncal, lineal o familiar del artículo 811 y del concepto que este artículo tiene de la línea. Lo cierto es que, por confundir uno y otro problema, al entender resolver restrictivamente la primera cuestión, el Tribunal Supremo, en realidad, lo que ha hecho es aplicar extensivamente el artículo 811, en cuanto al segundo problema.

Anotemos que algo debió preocupar al Tribunal Supremo al preferir medio tíos a medio hermanos en la Sentencia de 7 noviembre 1927, cuando en su segundo considerando afirmó que "si bien por tener excepción del orden sucesorio en general establecido en el Código civil procede interpretarlo restrictivamente conforme a la jurisprudencia, no cabe darle otro sentido ni alcance que el resultante de su literal contexto por ser explícito y manifiesto, sin ofrecer duda en el extremo expresado". Claro que si en este considerando se estima que el contexto literal del 811 en este punto es explícito, manifiesto y no ofrece dudas es porque prejuzga indiscutible el significado de la palabra línea en un sentido determinado. Y creemos que en ello radica —como después veremos, según hemos anunciado— un doble error: el de estimar indiscutible ese concepto de línea admitido en la sentencia y el del propio concepto admitido, que entendemos no corresponde al sentido del artículo 811.

La Sentencia de 1 julio 1955 considera como interpretación restrictiva del artículo 811 su declaración de que el grado de parentesco se ha de considerar precisamente dentro de la misma línea de procedencia de los bienes, y que no puede estimarse que uno y otro requisitos hayan de ser estimados separadamente como independientes el uno del otro. Pero al hacerlo, parte de una restricción puramente teórica y en realidad agrava los requisitos de grado y línea, con la que llega a una interpretación que resulta extensiva en el terreno fáctico. Así debe estimarse,

sin duda, puesto que da prioridad a un tío frente a un hermano por parte de padre, en el que concurría la circunstancia de que su madre (la reservista, de quien éste fué heredero) era hermana de la ascendiente de quien procedían los bienes y del tío al que se declaró reservatario único. Con el resultado obtenido, saltan los bienes de una a otra rama de la misma línea de donde los bienes procedían, a pesar de que el referido era tío y el postergado hermano del descendiente.

Más adelante deberemos discutir este problema. Ahora nos contendremos con afirmar que para la solución que sostiene el fallo comentado no es argumento el expresado de la interpretación restrictiva, con que debe iluminarse el 811, ni lo es el carácter limitado con que los beneficiarios son contemplados a través de su línea y su grado. El sentido restrictivo debe enfocarse, desde la *ratio* de la norma, hacia el resultado de hecho a que la interpretación nos lleva. La *ratio* del 811 quiere que los bienes no salgan de la línea y, en el caso contemplado los bienes no saldrían de la línea si quedaran para el medio hermano. Y, en cambio, de ese modo los derechos del ascendiente reservista resultarian menos restringidos y no se desharía el orden sucesorio normal del Código civil.

13. Otra calificación jurídica del artículo 811, como precepto legal, es la enunciada en el tercer considerando de la Sentencia de 8 junio 1954—antítesis y réplica de la de 25 marzo 1933—, al decir que es una *norma jurídica de carácter impositivo* y, en otro aspecto, que es *norma jurídica prohibitiva*.

Realmente no se diría gran cosa con estas afirmaciones, ni se contradeciría lo más mínimo el carácter restrictivo con que el artículo 811 debe ser interpretado, si no fuera por la conclusión a que llega el fallo a través de las otras declaraciones que con aquéllas envuelve.

Del carácter *impositivo* de la norma del 811 deduce el fallo que el legislador “ha retenido para sí la facultad de señalar la trayectoria que habrán de seguir” los bienes reservables (tercer Consid.) y “que este destino predeterminado implica también una distribución de los bienes por igual entre los reservatarios si hay pluralidad de titulares, porque así se infiere claramente de los términos en que está concebido el artículo 811” (cuarto Consid.).

De su aspecto *prohibitivo* hace derivar que “veda al reservista todo acto dispositivo *post mortem* de tales bienes si a su fallecimiento existen parientes del grado indicado”.

Lamentamos tener que discrepar radicalmente de estas declaraciones de nuestro más Alto Tribunal, que afortunadamente están en franca contradicción con notabilísimos fallos anteriores de la propia Sala Primera que dictó esta Sentencia. La finalidad, la letra y el carácter normativo del artículo 811 contradicen las rotundas afirmaciones de este fallo.

El fin concreto del artículo 811 es evitar que los bienes salgan de su línea de procedencia: no el imponer que se repartan por igual entre los reservatarios. Lo hemos visto en el anterior epígrafe al tratar de la *ratio legis* del precepto.

La letra —también lo vimos— señala que el ascendiente en quien se den las circunstancias previstas “deberá reservar”. Imponer el deber de reservar no equivale a prohibir todo acto de disposición *post mortem*, ni mucho menos a sustituir totalmente la voluntad *mortis causa* del obligado a reservar —en cuanto a la disposición de los bienes reservables— por una atribución legal, preordenada incluso en orden a establecer la igualdad entre los reservistas cuando haya pluralidad de ellos.

El *aspecto impositivo* del precepto, según su finalidad y su letra y más aún en armonía al sentido restrictivo que ha de atribuirsele, según la reiterada jurisprudencia analizada, debe limitarse a la imposición de que los bienes no salgan de la línea ni del grado previstos. Y, por tanto, el *aspecto prohibitivo* ha de ceñirse a limitar la facultad dispositiva del reservista, restringiéndosela, de modo que su ámbito de extensión posible no pueda rebasar el radio familiar precisado por el texto legal.

Esta es la conclusión a que nos llevan, como premisas probadas, los resultados de lo estudiado en el párrafo anterior y en el párrafo presente. Sin que, con ello, prejuzguemos que de otras normas, como integradoras de la cuestionada, puedan derivarse determinadas prioridades —ya sean imperativas para el reservista o bien complementarias o subsidiarias de su voluntad— entre los parientes que se hallen dentro del tercer grado de parentesco del descendiente y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden. Tema de cuyo estudio también deberemos ocuparnos.

14. Pasando de la Jurisprudencia a la doctrina, ya escribió Manresa (62): “que imponiéndose una traba a la circulación de la propiedad y creándose un verdadero estado excepcional de derecho no debe ampliarse (el 811), sino más bien restringirse, el alcance del precepto, manteniendo la excepción mientras fuere necesaria y estuviese realmente contenida en la disposición y aplicando las reglas generales y fundamentales del Código en materia de sucesión, en aquellos problemas no resueltos de un modo expreso y que quedan fuera de la propia esfera de acción de la reserva especial que se crea”.

Otros autores —como Martínez Alcubilla (63), López R. Gómez (64), Burón (65), Lozano Sicilia (66), Clemente de Diego (67),

(62) Op. y vol. cits., I, B., pág. 250.

(63) *Diccionario de la Administración española*, t. VII (5.^a ed., Madrid, 1894), voz “Legítima”, V, “Reserva lineal”, debida a Marcelo y Alvaro Martínez de la Cámara, pág. 841, nota 1. Afirman que “por ser odiosa en el sentido jurídico de la palabra la institución de la reserva”, corresponde su interpretación restrictiva.

(64) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ: *Tratado Teórico Legal del Derecho de Sucesión*, t. II (Valladolid, 1892, cap. VIII, art. 1.^o, núm. 8, pág. 227): “Sabido es que las leyes reguladoras de las reservas no han podido interpretarse sino en sentido restrictivo.”

(65) GREGORIO BURÓN GARCÍA: *Derecho civil español*, t. II (Valladolid, 1898), núm. 969, pág. 799. Como argumento observa, con referencia al articu-

Barrachina (68), Royo Martínez (69), insisten en este mismo carácter restrictivo que debe presidir la interpretación del artículo 811 (70).

Algunos, como La Cueva (71) y Castán (72) han reaccionado contra la aplicación automática de esa doctrina, frente a quienes la utilizan como un tópico para cerrar el paso al derecho de representación en el artículo 811, incluso dentro del tercer grado de parentesco. Según Castán, "si la reserva es una institución excepcional, la consecuencia será, no que haya de interpretarse restrictivamente, sino que se habrá de aplicar en los propios términos de la ley que la establece, sin ampliar sus consecuencias o sus beneficios, y llenando los vacíos del precepto legal con las normas del derecho común de sucesiones. La Jurisprudencia no ha querido ni podido decir más". Sin duda, en esta ocasión el maestro Castán, llevado polémicamente al terreno de discutir una aplicación inexacta de aquella regla, para defender el juego de la representación dentro del tercer grado en el artículo 811, limita demasiado las consecuencias de ser la reserva una institución excepcional. Tanto, que no recoge la más genuina, que antes apuntó el mismo al reconocer, "entre los procedimientos lícitos de aplicación e investigación del derecho, una interpretación *restrictiva*, que tiene por objeto restringir el alcance de las palabras de la ley, cuando traspase el pensamiento del legislador (*potius discit quam voluit*)".

Pero ha sido Hernández Gil (73) quien con mayor precisión científica ha examinado este tema.

A su juicio: "No cabe duda que la norma y la institución contenidas en el artículo 811 pertenecen a la categoría del derecho singular

lo 811: "que en materia odiosa como es cuanto limita el derecho de propiedad, la interpretación debe ser restrictiva"

(66) CRISTÓBAL LOZANO SICILIA: *Interpretación del artículo 811 del Código civil* (Madrid, 1898), pág. 44: "porque no puede interpretarse ampliamente lo que es odioso". Pág. 61: "debiendo interpretarla (la norma del 811) estrictamente por ser odioso el limitar la libre facultad de disponer de los bienes".

(67) Felipe Clemente de Diego, en su Resumen presidencial sobre el caso propuesto por Ossorio y Gallardo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, publicado en Rev. Gral. de Leg. y Jur., t. CXLVIII, primer semestre 1926, pág. 681, dice: "El primer problema que surgió en la aplicación de tan repetido artículo es el de la lucha entre el principio excepcional y el principio general, y en ella el que tiene más fuerza es el general en tanto en cuanto no sea contenido por la voluntad expresa de la ley."

(68) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR: *Derecho foral español*, t. III (Castellón, 1912), pág. 638.

(69) Op. cit., pág. 210.

(70) La calificación de la norma del 811 como odiosa tiene a su favor el precedente de que asimismo fué estimada así la reserva clásica (ver ANTONIO GÓMEZ: *Commentarii ilugulentissimi in Leges Taurinas*, Salmanticae, 1575, in lege XIV, núm. 7, fol. 62; CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidianum Controversum iuris*, 1, I, "De usufructus", cap. II, núm. 69, ed. Lugduni, 1667, pág. 17).

(71) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO: *La verdad sobre el 811* (Sevilla, 1934), página 75 sig.

(72) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil*, en "Rev. Dr. Priv.", T. XXIV (septiembre, 1940), págs. 211 y sig.

(73) Loc. cit., VI, págs. 7 y sig.

(*ius singulare*) o excepcional; no se está aquí en presencia de un simple derecho especial.”

Mientras el derecho especial —precisa Hernández Gil— “no pasa de ser una especificación del derecho general”; el derecho singular “constituye una verdadera desviación respecto del derecho representativo de los principios generales; introduce en él la excepción (de ahí su denominación de excepcional); lo deroga respecto de aquellos supuestos que quedan afectados por la norma singular”. “El derecho especial es complemento; el singular, contraposición. Su peculiaridad queda más del lado del fin que del lado del objeto.”

El derecho singular fué definido por Paulo en su *libro singulari de iure singulare*, en texto recogido por el Digesto (I-III, 16): “*Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*” (74).

Hernández Gil (75) se ha ocupado de la interpretación de este texto. Siguiendo la opinión de Pachioni (76), entiende que la expresión “*quod contra tenorem rationis*” debe interpretarse en el sentido de que el *ius singulare*, lo mismo que tiene *utilitas* propia, tiene también una *ratio* propia que le aleja de la razón más general sobre que reposan las reglas de derecho común.

Al *ius singulare* le ha sido aplicado, como regla interpretativa, otro texto de Paulo (Dig. I-III, 14): “*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*” (“no debe ampliarse en las consecuencias”).

Pero, según dice Hernández Gil (77), en caso de que este último texto de Paulo aluda al verdadero *ius singulare* y no a las *anomalías*, como él cree, “habrá de entenderse sólo en el sentido de que la proposición singular no puede ser elevada a regla general”.

Por esto estima (78) que dentro de su órbita el *ius singulare*, “provisto de un fundamento, cabe interpretarlo del mismo modo que el Derecho común. No nos hallamos ante la ausencia de un principio, sino sólo ante un principio más estricto que es de naturaleza diferente a los informadores del Derecho común, y, además, contradictorio con ellos”... “más exactamente: si el *ius singulare* infringe la lógica jurídica en consideración a una determinada necesidad, su eficacia ha de extenderse tanto cuanto la necesidad exija, o bien tanto cuanto requiera su particular *ratio*”.

Lo había dicho ya uno de nuestros juristas clásicos, Rojas (79), “*specialia, ad ius universum, finita specialitatis causa, revertuntur*”

(74) “Derecho singular es aquel que contra el tenor de la razón ha sido introducido con autoridad de los que lo establecen por causa de alguna utilidad particular”.

(75) *El testamento militar* (Madrid, 1946), pág. 207.

(76) GIOVANNI PACCHIONI: *CORSO DI DIRITTO ROMANO* (2.ª ed., Torino, 1930), II, § 5, pág. 7, nota 11.

(77) *El testamento militar*, pág. 212, nota 58.

(78) Op. úl. cit., págs. 212 y sig.

(79) HERMENEGILDO DE ROXAS: *TRACTATUS DE INCOMPATIBILITATE*, p. 3, cap. 4, núm. 60 (cita de Castejón, E. lit. S.).

(notemos que aun cuando hable de "*specialia*" y no de "*singulardia*", alude a la especialidad de la causa y no a la del objeto):

Este es el sentido que debe darse a la interpretación restrictiva del derecho singular. El tema de si solamente no le es aplicable la analogía o si tampoco la interpretación extensiva, ha de resolverse precisamente sobre esta base. Desde luego, como reconoce el mismo Hernández Gil (80), ha de procederse con especial cuidado y no en todos los casos se le pueden aplicar con la misma amplitud y rigor los procedimientos normales de interpretación e investigación integradora.

15. Hasta aquí estamos absolutamente de acuerdo. El carácter de derecho singular de la norma del 811 impone —si cabe, más que en los preceptos de derecho común— la interpretación ceñida a la *ratio*, es decir, restrictiva allí donde su finalidad específica concluye. Consecuencia que reafirma la conclusión a que hemos llegado en el anterior epígrafe.

También admitimos que el artículo 811 debe ser integrado con el derecho común de sucesiones allí donde no quepa la aplicación analógica del que podríamos llamar derecho común de las reservas, contenido en los artículos 968 y sig. del Código. Tema que deberemos abordar. Pero oponemos nuestras salvedades a la aplicación al artículo 811 —norma singular—, en virtud de esta doctrina, de los órdenes de la sucesión *ab intestato* —norma general—.

Hernández Gil (81) se fija en el fundamento negativo del artículo 811 —“de impedir que los bienes procedentes de una línea familiar pasen a otra distinta”— y observa que: “El peso de la excepcionalidad del precepto se inclina de este lado; concierne esencialmente a la situación que se quiere evitar: tiene una dimensión negativa dirigida a señalar a quienes no deben ir los bienes. En la determinación positiva de a quienes han de ir y cómo han de distribuirse, ha de juzgarse como más valiosa la interpretación que se aparte menos de la regla general, siempre que aquél fin no se fustre. Y el fin no se fustra por el hecho de que se introduzca el criterio de los órdenes de llamamiento de la sucesión intestada y, en particular, la preferencia de los ascendientes sobre los colaterales”.

Y en esto sí que discrepamos. Creemos que falta el enlace lógico suficiente para pasar desde la dimensión negativa a la determinación positiva por las reglas de la sucesión intestada del descendiente. Para descubrir ese reverso positivo del panorama negativo de la norma, Hernández Gil se anticipa con el juicio previo de que los reservatarios suceden al descendiente y le heredan únicamente por ministerio de la ley. Datos que deben ser discutidos antes de utilizarlos como puntos de apoyo de otras consecuencias, como la de aplicar a la integración del artículo 811 el orden común de preferencia regulado por la sucesión intestada de los descendientes. Además de que —a juicio nuestro— pugnan con la verdadera interpretación restrictiva del precepto.

(80) *La prelación de órdenes y grados...*, loc. cit., VI, pág. 8.

(81) *La prelación de órdenes...*, loc. cit., VIII, pág. 9.

Ese fin, de evitar la salida de los bienes de la línea de procedencia, no impone que estos bienes se excluyan de la herencia del reservista. Basta con que no puedan pasar a personas distintas de aquellas para quienes la ley los reservó. El fin ni la letra del 811 no imponen la sucesión por las reglas de la *ab intestato* si con la testada se respeta la reserva y las demás normas imperativas del Código que sean de aplicación. A falta de disposición, conforme a esos cánones, la *ratio* del 811 no puede lógicamente imponer los órdenes de la sucesión intestada del descendiente en forma que los bienes se desvien de la línea recta descendente del ascendiente de quien procedían los bienes (v. gr.: el padre) para ir a parar a la línea ascendente de ese mismo ascendiente (v. gr.: el abuelo paterno, siguiendo la hipótesis anterior), en perjuicio de sus descendientes (que serán colaterales del descendiente del 811, por ser sus hermanos o sobrinos), como ocurriría si fuese preferido el orden de los ascendientes al de los colaterales.

Los indicados prejuicios, que discutimos, se entrelazan, en el razonamiento, con el modo de examinar la norma singular en relación a las consideradas como normas comunes, aunque se alumbren unas y otras con sus respectivas finalidades. Nosotros creemos que lo que se debe parangonar son los resultados de la aplicación de las normas, para señalar —según su *ratio* respectiva— los límites existentes entre la singular y las comunes. No hay que comparar dos normas-fórmulas, sino los resultados a que llevan una y otra a la luz de sus fines respectivos.

No es la norma como fórmula lógico-gramatical lo que nos interesa en última esencia, sino —como hemos repetido más de una vez— la reacción, el efecto producido por la misma en la realidad.

La labor del jurista no puede detenerse en el examen de las normas. Ha de llegar más allá. En esto estamos totalmente de acuerdo con el Profesor argentino Carlos Cossío (82), cuando dice: "el jurista, con las normas, se refiere a la realidad que éstas representan, es decir, a la realidad de la conducta aludida por ellas". La ciencia del Derecho positivo no es simple lógica jurídica: "por el contrario, la ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia y, por tanto, ha de verificarse y comprobarse en el Derecho vivido, porque es a esta realidad que dicha ciencia se dirige".

La comparación entre el *ius singulare* y el común ha de hacerse a través de estos resultados.

La *ratio* del artículo 811 es la de evitar una posible desviación, probable bajo la órbita del derecho común, de los bienes con respecto a su línea de procedencia. Por ello impone otro resultado. En lugar del desvío provoca un rebote. Este rebote es el efecto del *ius singulare* del artículo 811, es el resultado en que se aparta del derecho común. Para lograrlo opone un límite (frontis que provoca el rebote) al derecho del ascendiente reservista: lo que por sí mismo constituye un

(83) CARLOS COSSÍO: *La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho* (Buenos Aires, 1953, pág. 66).

resultado previo igualmente contrario al derecho común (al limitar la legítima o los derechos intestados del ascendiente reservista).

Ahora bien, la delimitación por su respectiva *ratio* de la norma singular y las generales, a través del cotejo de sus resultados, requiere que estos sean deslindados en armonía con aquellas finalidades. El rebote debe ser de la medida exigida para evitar aquella desviación; pero sin que dé lugar, fuera de ella, a otra desviación de sentido distinto.

Con la tesis de Hernández Gil, el abuelo debería ser preferido a los hermanos del descendiente, a pesar de que éstos son hijos no sólo del ascendiente reservista, sino también del otro ascendiente de quien procedían los bienes (el padre o la madre). Atiende para ello a que las normas de derecho común reguladoras de la sucesión intestada prefieren el orden de los ascendientes al de los colaterales. Pero, así, en lugar de evitar un desvío, posiblemente se provocaría otro distinto si el ascendiente reservista tuviera otros hijos o nietos que no fueran descendientes del ascendiente (padre o madre) de quien procedían los bienes (83). La aplicación del derecho común, en la forma por él propugnada, desviaría el resultado a que normalmente se hubiera llegado con solo la aplicación de las normas comunes (84). Normalmente los bienes hubiesen pasado a los descendientes comunes del reservista y de su cónyuge, de quien procedían los bienes, sin rebote al abuelo o a la abuela de la línea de éste (85).

El fallo estriba en que al comparar ambas normas se observa como única consecuencia el rebote a la línea de origen, sin dar el debido valor al resultado previo que lo provoca, es decir, a la limitación dispositiva del reservista. La trayectoria hacia los reservatarios hay que examinarla desde su desvío; desde el patrimonio del reservista, al fallecimiento del cual se plantea el inicio de esa trayectoria del rebote.

La interpretación restrictiva del 811, según su *ratio*, aconseja la menor desviación posible *desde el reservista*, respecto de la que impone su finalidad diferente a la del derecho común. Hernández Gil aplica

(83) ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO: *Un supuesto interesante del artículo 811 del C. c.*, en "Rev. Gral. de Dr.", T. IX, junio, 1953, pág. 287, ya había opinado que la solución de preferir a los abuelos del descendiente a los hermanos de éste, por aplicación de las reglas de la sucesión intestada a la reserva lineal, "no haría más que violentar el precepto invocado".

(84) Como ya anticipó Fernández Serrano (loc. cit., pág. 286), comentando el supuesto que originó su trabajo "resultaría que esta señora (*la abuela*) adquiriría bienes heredados de o a causa de C (*la madre*), con olvido notorio del hijo de ésta, F (*hermano del descendiente*) que no recibiría en los bienes que pertenecieron a su fallecida madre más que una parte igual a la de su tía carnal materna D (*presupone el autor que normalmente la abuela testaría por mitad a favor de su hija D y de su nieto F, como hijo de su otro hijo C; o que se llegaría ab intestato a ese resultado*), y esto en el caso de que la abuela B —reservataria exclusiva y excluyente— no tuviera a bien disponer de mencionados bienes como le viniere en gana".

(85) Observemos que tratamos de esta hipótesis planteada por Hernández Gil, sin prejuzgar, por ahora, si debe jugar o no la reserva del art. 811 en el caso de quedar descendencia común entre el ascendiente de quien proceden los bienes y del reservista, y de no tener éste otra descendencia no común con aquél.

el derecho común —en cuanto no lo impida la letra y el fin del 811— después del rebote, cuando en realidad debe hacerse desde el punto en que la trayectoria de los bienes debe salir del reservista (es decir, desde su toque a la pared frontal). El impulso desde ésta, por limitación de su legitimación dispositiva, debe también interpretarse restrictivamente, con lo cual ya no podemos acudir a las reglas sucesorias enfocadas desde el descendiente ni a las reglas del *abintestato* de éste. Ello sería tanto como interpretar e integrar extensivamente el artículo 811 sin examinar antes si otras normas lo imponen así.

Entre dos resultados, posibles conforme la letra y el fin del artículo 811, si uno de ellos coincide con el que se hubiese logrado de no haber existido la reserva, con la sola aplicación del derecho común, ese es el que debe adoptarse.

De qué modo —siguiendo esta directriz— ha de integrarse el artículo 811, lo deberemos estudiar después.

§ 3.º *Discusión acerca del sentido troncal o no troncal del artículo 811.*

16. Un repaso de los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo que se han manifestado sobre esta cuestión, nos ofrece el siguiente panorama general:

a) *Sentencias que niegan el carácter verdaderamente troncal del artículo 811.*

— La de 30 de diciembre de 1897 observa que “lo preceptuado en dicho artículo obedece más que a un principio de verdadera troncalidad, a la previsión de que personas extrañas a una familia no adquieran, por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubiesen quedado dentro de ella”.

— La S. de 8 noviembre 1906 dice que el 811 “no derivado de principio alguno de verdadera troncalidad...”.

— La S. 29 octubre 1907 dice que “no se funda en un verdadero principio de troncalidad”.

— La S. 8 octubre 1909, que este artículo se dictó “por consideraciones de orden familiar exclusivamente, sin los fundamentos que inspiraron la reserva de nuestra antigua legislación, derivada de principios de verdadera troncalidad”.

— La de 19 noviembre 1910, “que no debe confundirse con el derecho de troncalidad” (si bien en otro considerando, como argumentación a mayor abundamiento, observó que “resulta absurdo que cuando se trata de un derecho de troncalidad la única hermana y prima carnal de la línea materna...”, sea pospuesta a un tío carnal de la misma línea materna del descendiente).

— La S. 7 noviembre 1912, que “no debe confundirse con el derecho de troncalidad”.

— La S. 2 enero 1929, que “no tiene carácter de verdadera troncalidad”.

— Y la recientísima de 1 febrero 1957, que “no debe confundirse con el derecho de troncalidad por ser de más limitada y distinta naturaleza”.

b) *Sentencias que señalan un criterio híbrido o mixto al artículo 811.*

— La de 26 noviembre 1943 dice que el 811 es “*resultado de una hábil combinación entre los principios de troncalidad y de proximidad de grado o parentesco... separándose en rigor de cada uno de ellos*”, añadiendo luego que “*no tiene puro carácter troncal*”.

— La S. 8 junio 1954, que es “*transacción o concordia entre el principio de proximidad de grado de parentesco tradicional en nuestro derecho y el principio de troncalidad vigente en algunas de las legislaciones forales*”.

— Y la de 1 julio 1955, que “*conjuga los principios de troncalidad con los de proximidad de parentesco*”.

c) *Sentencias que admiten que el artículo 811 obedece a un principio de troncalidad más o menos limitado.*

— Ya la S. de 1 febrero 1897, tratando de la interpretación de una cláusula testamentaria, había dicho que en este artículo “*se restaura en determinados casos el antiguo principio de troncalidad*”.

— La S. de 4 enero 1911 lo compara con “*la sucesión troncal en la que es preciso apelar a las distinciones de línea y grado de parentesco, de que también habla el artículo 811*”.

— Según la S. 24 mayo 1945, “*aunque inspirado en un principio de troncalidad, el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en la familia bienes concretos*”.

— La de 12 diciembre 1945 señala dos limitaciones (la del grado de parentesco y la del origen de los bienes) al principio de troncalidad, “*que incidentalmente pudiera haberle servido de inspiración*”.

— La S. de 4 junio 1955 observa en el 811 “*un matiz troncal en cuanto tiene en cuenta el origen de los bienes que se han de reservar y que representa un espíritu favorable a la idea de troncalidad por parte de la Comisión codificadora en opinión de alguno de sus miembros*”.

— Y la S. 2 marzo 1956 dice de este precepto “*que no tenía precedente en el Derecho común de Castilla, pero que ofrece grandes analogías con lo establecido con carácter troncal en un derecho también español, el de Navarra*”; que “*impresa en este precepto aunque limitado en extensión al principio de troncalidad* al corresponder los bienes reservables a la rama o línea de donde los bienes proceden”; y, finalmente, como argumento para su fallo, esgrime que “*de lo contrario se iría claramente contra el principio de troncalidad en que principalmente se funda esta reserva*”.

17. La vaga disparidad, o bien la mayor o menor coincidencia, antagónicamente expresada desde distintas perspectivas en los fragmentos transcritos, nada nos dice en definitiva. Para tratar de cosechar algún fruto es necesario que pongamos en conexión estas motivaciones con los supuestos de hecho a que se refirieron y con los fallos que fundamentaron. Sólo así, y precisando el contenido de los princi-

pios de la troncalidad, podremos sacar consecuencias prácticas. Comenzaremos por clasificar las sentencias referidas y alguna otra más que, por razón de su materia, se relaciona con el tema que ahora tratamos.

Cuando el Tribunal Supremo ha discutido el carácter troncal o no troncal del artículo 811 ha sido para resolver una u otra de las siguientes cuestiones: *a)* Si es necesaria la diversidad de líneas para que actúe la reserva del artículo 811. *b)* Cuáles son los bienes reservables por razón de su naturaleza. *c)* Si para considerar qué bienes son reservables se debe atender a su origen remoto o solamente a su procedencia inmediata. *d)* A la determinación de qué personas deben entenderse incluidas en la línea de donde los bienes proceden y, por tanto, pueden ser reservatarios. *e)* Y al modo de conjugar los requisitos de pertenecer a dicha línea y de hallarse dentro del tercer grado de parentesco.

a) La primera cuestión de *si es necesaria la diversidad de líneas para que el artículo 811 pueda jugar* ha sido tratada en varias sentencias con disparidad de criterios, según veremos luego más específicamente. Ahora solamente nos interesa destacar aquellos fallos que han tenido en cuenta como argumento para resolver la cuestión el carácter troncal o semitroncal del artículo 811.

En este extremo hay rotunda divergencia entre la sentencia de 4 enero 1911, de una parte, y la de 8 junio 1954, de otra.

La S. 4 enero 1911 aduce la sucesión troncal —“en la que es preciso apelar a las distinciones de línea y grado de parentesco de que también habla el artículo 811”—, para argumentar que habiendo hijos comunes no hay diversidad de línea y no se aplica el artículo 811.

En cambio, la de 8 junio 1954, para aplicar el artículo 811 a un supuesto en que había línea común entre el reservista y el otro ascendiente de quien procedían los bienes (hijos comunes del matrimonio de ambos), argumenta que el artículo 811 es transacción o concordia “entre los principios de proximidad de grado y de troncalidad”.

b) Es unánime la jurisprudencia en entender que la reserva es extensiva a toda clase de bienes, sin distinción por razón de su naturaleza, mueble o inmueble o equivalente metálico de los enajenados.

La S. 7 noviembre 1912 rechaza el argumento de la troncalidad para decidir que no debe distinguirse la naturaleza de los bienes a efectos de la reserva del artículo 811.

La de 20 abril 1917 aplica la reserva al haber (en el sentido de valor o montante) efectivo y originario que el descendiente hubiera heredado de su ascendiente, aunque no al mayor producto obtenido por negocios ulteriores o actos propios de la vida contractual del descendiente.

La de 24 mayo 1945, que invocando las dos anteriormente citadas, afirma que la reserva lineal comprende tanto los bienes específicamente heredados como los que los hayan sustituido, se funda en que “aunque inspirado en un principio de troncalidad, el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en la familia los bienes concretos”.

No pueden sacarse conclusiones de la sentencia de 8 julio 1942 respecto la naturaleza de los bienes susceptibles de ser reservados. Este fallo se limita a resolver una cuestión de competencia, a la que aplica el criterio real, partiendo del presupuesto de que la reserva recae sobre los bienes específicos, como ocurría en aquel caso; pero desentendiéndose de que la reserva del 811 "sea propiamente troncal o meramente familiar".

c) Acerca de si para poder considerar que unos bienes son reservables debe atenderse a su origen remoto, o por lo menos mediato, o solamente a su origen inmediato, tenemos varios fallos por los cuales puede aceptarse que la cuestión ha quedado resuelta en el segundo sentido.

Hay una Sentencia de 1 febrero 1897 que rozó en uno de sus considerandos esta cuestión. En su supuesto no se discutía acerca del artículo 811, sino que se trataba de interpretar una cláusula testamentaria y concretamente la palabra *proceder*, que señaló como diferente de *heredar*. Según ese considerando, *heredar* expresa la adquisición directa e inmediata, "siendo aquélla y no ésta, por igual razón, la que emplea el artículo 811 del Código civil, donde se restablece en determinados casos el antiguo principio de troncalidad".

Pero, en todos los fallos que han abordado directamente la cuestión, la solución ha sido la contraria. Así:

La S. de 8 octubre 1909, considerando el carácter familiar y verdaderamente troncal de la reserva del artículo 811, deduce que "la naturaleza de esta clase de reserva no requiere que se indague el origen de los bienes más allá de la persona de quien los hubo el descendiente"; y resuelve que son reservables los bienes adquiridos a título oneroso, antes y después de casarse, por el padre de quien procedían los bienes discutidos.

La de 9 marzo 1910 afirmó que el artículo 811 comprende los bienes comprados durante el matrimonio por el padre que pasaron gratuitamente al descendiente y de éste, por ministerio de la ley, al ascendiente reservista (la madre, en aquel caso).

La S. de 24 mayo 1945 resolvió un nuevo recurso en el que se alegaba que no debía actuar la reserva, pues los bienes no procedían directamente del abuelo materno, en pago de cuya correspondiente legítima la segunda mujer de éste, la cual los había comprado, los entregó a la nieta del mismo; y de esta nieta, a su vez, los heredó su padre (el demandado). Con lo cual atiende a la causa de la entrega —pago de la legítima por herencia del abuelo paterno— y no al origen de los bienes —propiedad de la heredera obligada al pago, que, en este caso, era la segunda esposa de dicho abuelo—. Su argumentación es ésta: "así como para determinar las personas a cuyo favor se establece la reserva lineal tiene el parentesco su base de computación en el descendiente causante de la misma, de igual manera la calificación de reservables de los bienes se funda en el origen inmediato de su ingreso a título lucrativo en el patrimonio de dicho descendiente; pues

aunque inspirado en un principio de troncalidad, el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en la familia bienes concretos”.

La Sentencia de 12 diciembre 1945 resuelve el carácter reservable de unos bienes que en su origen eran gananciales del ascendiente de los que procedían. Para ello consideró que el principio de troncalidad, “que inicialmente pudiera haberle servido de inspiración” (al art. 811), además de la limitación de no estar establecido a favor de parientes más allá del tercer grado, tiene una segunda limitación, la “de que no debe buscarse el origen más o menos remoto de los bienes ni de la familia a que pertenecieron de antiguo ni el modo o forma cómo pudieron llegar al patrimonio de la persona que los transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo a su procedencia inmediata y al título de adquisición”. Lógicamente declaró que no importa el carácter ganancial o de otro régimen matrimonial que pudieron tener en la titularidad del primer causante, porque al disolverse la sociedad conyugal y hacerse la adjudicación individual a su herencia se entienden heredados de éste.

d) La cuestión relativa a precisar *qué personas deben entenderse incluidas en la línea de donde los bienes proceden* ha sido tratada en varias sentencias. En algunas de ellas se entrelaza y confunde esta materia con la anterior de la procedencia mediata de los bienes (Sentencias 30 diciembre 1897, 8 noviembre 1906, 7 noviembre 1927, 26 noviembre 1943 y 12 diciembre 1945).

La Sentencia de 8 noviembre 1906 afirmó que no derivado de un principio de verdadera troncalidad, “el artículo 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes más allá del ascendiente de quien los hubo el descendiente del obligado a reservar”. La de 29 octubre 1907, después de argüir que el artículo 811 “no se funda en un verdadero principio de troncalidad”, resolvió “que la línea en cuyo favor se halla establecida la reserva hay que apreciarla únicamente con relación al descendiente heredado por el ascendiente”. Es decir, que mientras la Sentencia de 1906 parece que aprecia la línea desde el *ascendiente de quien proceden los bienes*, la de 1907 la determinó con relación al *descendiente heredado por el ascendiente*. Y la de 26 noviembre 1943 consideró porque, “justamente, como queda dicho, la reserva del artículo 811 no tiene puro carácter troncal y sí un ámbito de aplicación reducido, ha establecido, reiteradamente, la jurisprudencia de esta Sala, a fin de fijarlo, que para buscar la procedencia de los bienes *no se puede ir más allá del ascendiente o hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reservar*”.

La S. de 8 noviembre 1894 estimó que la nieta que heredó abintestato a su abuela materna en representación de su madre, juntamente con un tío materno, era como si hubiera heredado directamente a la madre y, por tanto, la línea de procedencia a tener en cuenta era la de ésta.

El Tribunal Supremo ha llegado hasta el extremo de permitir a medio hermanos del ascendiente, que no lo eran por la parte de quien éste recibió los bienes, que exigieran medidas preventivas al reservista

(S. 30 diciembre 1897) o los propios bienes a medio hermanos del descendiente (Ss. 7 noviembre 1927 y 26 noviembre 1943). Es decir, que en estas dos últimas sentencias se plantearon supuestos de colisión entre medio hermanos del descendiente que no pertenecían a la línea de procedencia de los bienes y los tíos del mismo, pero con la particularidad de que esos tíos del descendiente eran, a su vez, medio hermanos del ascendiente (padre o madre del descendiente) de quien este descendiente había heredado los bienes, y en ambas se resolvió a favor de los medio tíos y en contra de los medio hermanos.

e) El modo de conjugar los requisitos exigidos en el artículo 811 de pertenecer a la línea de donde los bienes proceden y de hallarse en el tercer grado de parentesco del descendiente, a través de la calificación más o menos troncal de la norma, ha sido contradictoriamente resuelto, de una parte, por la S. de 18 noviembre 1910 y, de otra, por las de 1 julio 1955 y 2 marzo 1956.

La S. 19 noviembre 1910 afirmó, a mayor abundamiento, que “resulta absurdo que cuando se trata de un derecho de troncalidad, la única hermana por parte del padre y prima carnal de la línea materna”, a favor de la que concurrían, además, otras razones, que a continuación enumeró, sea pospuesta a un tío carnal del descendiente que lo era por la misma línea materna de la que los bienes procedían. Es decir, parece que, según este inciso, la troncalidad abona la preferencia de grado entre los tronqueros, aunque la mayor proximidad de grado del tronquero preferido no exista precisamente por la línea de procedencia de los bienes. Argumento que seguramente es el más débil de los esgrimidos en esta sentencia en pro de su fallo.

La S. 1 julio 1955 sostiene que el grado debe computarse precisamente a través de la línea de procedencia de los bienes. Por eso prefiere un tío materno a los hermanos consanguíneos del descendiente, que por la línea materna eran hijos de una tía materna de éste (las madres eran hermanas y el padre común), expresando que en el 811 se conjugan el principio de troncalidad con el de proximidad de parentesco.

Y la S. de 2 marzo 1956 admite que una abuela es reservataria y excluye a los medio hermanos del descendiente, que eran hijos del mismo padre y de madres hermanas, hijas estas dos de la propia abuela. Arguye esta sentencia en favor de su fallo que “de lo contrario se iría contra el principio de troncalidad en que principalmente se funda esta reserva y no se observaría el orden de preferencia que en esta línea existe”. Incluso, en su primer considerando, como razón de analogía troncal, invoca el criterio de la ley 6.^a, tit. XIII, libro III de la Novísima Recopilación de Navarra. Claro que al hacerlo no se da cuenta, o por lo menos lo silencia, que conforme a dicha ley navarra, aquellos medio hermanos serían preferidos a la abuela materna, pues los bienes procedían del abuelo materno, de un hermano del cual—que fué el segundo esposo de la abuela—eran nietos dichos medio hermanos del descendiente, que, por tanto, serían tronqueros preferentes en

la sucesión de los bienes troncales de su tío abuelo, excluyendo a la abuela materna, que sólo era afin a la línea troncal y de quien no procedían los bienes.

18. Antes de discutir todas estas cuestiones y alguna más relacionada con el concepto de línea, debemos tratar de precisar lo que se entiende por troncalidad.

Según Mouton y Ocampo (86): "Jurídicamente se aplica la palabra troncalidad para determinar el régimen sucesorio *mortis causa*, que limita la facultad de suceder en ciertos bienes de una persona, a determinados bienes pertenecientes a su familia; pero más especialmente puede definirse la *troncalidad* el derecho o privilegio sucesorio por virtud del cual los bienes hereditarios de una persona de naturaleza familiar conocida, revierteren o vuelven al tronco de que proceden en los casos de sucesión intestada de la misma sin dejar descendientes".

Pero esa vuelta al tronco no se rige por iguales reglas en todos los regímenes jurídicos que admiten la troncalidad. De ahí que en su magnífico tratado de la troncalidad, Braga da Cruz (87) clasifica, de una parte, las troncalidades *completas* y las *incompletas* y, de otra, las *simples, continuadas y puras*.

Así como en la *troncalidad completa*, el principio troncal se impone siempre a la proximidad de grado, en cambio en la *troncalidad incompleta* la mayor proximidad de grado es preferente a la troncalidad, que sólo se aplica cuando existe igualdad de grado entre varios ascendientes: en este caso, en lugar de dividirse los bienes por partes iguales entre los ascendientes de igual grado, cada uno de ellos recibirá los derivados de su línea de parentesco (88).

Troncalidad simple —*einfaches Fallrecht*, de Ficker— es la que en su investigación de la procedencia de los bienes no llega más allá de los padres del causante. Obedece meramente a la fórmula *paterna paternis, materna maternis*, formulada en las costumbres francesas de *simple côté*. La mecánica de la sucesión es muy simple: se forman dos masas de bienes, los paternos y los maternos; y para suceder en cada una de ellas concurren dos grupos de herederos, representando los correspondientes parentescos paterno y materno. Precisamente por ese simplismo, porque el origen de los bienes no es investigado más allá de los padres, puede ocurrir fácilmente que un individuo, por el solo hecho de ser pariente paterno o materno del causante, herede bienes ajenos a su linaje con perjuicio del más caracterizado representante de la línea familiar de la que esos bienes proceden (89).

La *troncalidad continuada* —*fortgesetztes Fallrecht*— no se contenta con separar los bienes paternos y los maternos. Continúa la investigación del origen de los bienes tronco arriba, hasta el antepasado que fué su primer adquirente, para atribuirlos a los parientes de ese

(86) LUIS MOUTON Y OCAMPO: *Troncalidad*, en "Enciclopedia Jurídica Española", T. XXX, s. f., pág. 455.

(87) Op. y vol. cits., Cap. II, núms. 6 y ss., págs. 81 y sigs.

(88) Braga, loc. cit., núm. 6, pág. 83.

(89) Braga, núm. 7, págs. 85 a 88.

primer adquirente. De tal modo, en la sucesión de los bienes procedentes del abuelo paterno quedaría excluida la abuela paterna y los demás parientes paternos que no lo fueren por parte de dicho abuelo; en la sucesión de bienes procedentes de uno de los bisabuelos paternos quedarían excluidos el otro bisabuelo paterno y las dos bisabuelas paternas y todos los demás parientes paternos que no lo fueran por sangre de aquel bisabuelo, etc. (90). El régimen sucesorio en la troncalidad continuada era el de *parentelas singulares o aisladas* (*Einzelparenteleiem*, de Ficker), diferenciada del sistema de parentelas colectivas porque dentro de cada grado de parentelas (v. gr., en las de segundo grado, formadas por los cuatro abuelos) sólo sucede la parentela correspondiente a aquel ascendiente (en nuestro caso, la de aquel abuelo o abuela) de quien procedan los bienes, y no los cuatro con igualdad (como en el régimen de parentelas colectivas) (91).

El régimen de la *troncalidad pura* es más restrictivo, respecto de los bienes y de las personas beneficiadas, que el de la *troncalidad continuada*. En cuanto a los bienes, sólo consideraba troncales los bienes heredados, por lo menos una vez, por la línea recta descendente. Respecto las personas, sólo se llamaba a los descendientes del ascendiente que fué primer adquirente de los bienes. En el modo de ser aplicada, la troncalidad pura sólo difiere de la continuada en que, a falta de descendientes del primer adquirente de los bienes, no los heredan los colaterales tronqueros (como en la continuada), sino que la sucesión intestada de los mismos se regula como si tales bienes hubiesen sido adquiridos por el causante, es decir, como si no fueran troncales (92).

Observa Braga da Cruz (93) que la troncalidad pura era la más quintaesenciada y a la vez la más restringida, en cuanto que el cuadro de herederos era más limitado. Frente a la opinión de Ficker, que consideró esta forma como derivada a un privilegio ajeno a la troncalidad, estima que la troncalidad pura realiza íntegramente la finalidad del principio troncal y, por ello, no puede dejar de considerarse, e históricamente lo ha sido, como una forma de aplicación del mismo.

¿A qué modalidad de la troncalidad se refiere la jurisprudencia cuando rechaza o acepta, más o menos limitadamente, el carácter troncal del artículo 811, o lo considera como una hábil combinación de los principios troncal y de proximidad de grado?

Possiblemente, al hacer dichas afirmaciones no ha pensado detenidamente en esto.

Lo único que nos interesa resaltar ahora es que cuando quiera hacerse el análisis del aspecto troncal o semitroncal que el artículo 811 puede tener, ha de atenderse a la finalidad perseguida por el precepto, por encima de las reglas típicas de uno u otro de los sistemas de troncalidad, a los cuales el Código civil no hace llamamiento específico alguno. Por otra parte, el carácter de *ius singulare* de la norma del 811,

(90) Braga, núm. 8, págs. 89 y sigs.

(91) Núm. últ. cit., págs. 108 y sigs.

(92) Braga, núm. 10, págs. 125 y sigs.

(93) Núm. últ. cit., págs. 128 y sigs.

—que reclama una aplicación restrictiva, es decir, lo más ceñida posible a su *ratio*—es indicio de un cierto mayor parentesco con las formas puras de troncalidad, que, como hemos visto, son las más restrictivas. Pero esta cuestión hay que examinarla detenidamente en todas y cada una de las posibles proyecciones del artículo 811: respecto los bienes que debe entenderse reservables y las personas comprendidas en la línea de donde proceden los bienes.

19. Alonso Martínez (94) afirmó que el artículo 811 era una novedad en pugna con el sistema tradicional de Castilla.

Sin embargo, se ha dicho que los redactores del precepto tuvieron muy en cuenta los antecedentes medievales de la troncalidad en el Derecho de Castilla. Balbín (95) recordó al efecto la frase de Santos Isasa en la discusión del 811: “Lo que yo defiendo es lo verdaderamente español porque está en casi todos nuestros fueros, y si la Comisión rehace el derecho sobre este punto no hará más que restablecer la antigua escuela castellana originada en el *Fuero Juzgo*” (96).

La existencia de estos precedentes remotos es evidente.

Según Braga da Cruz (97), un análisis de las leyes IV, 2, 6, y IV, 2, 18, del Código visigótico, permite concluir que en éste no sufrieron gran alteración los preceptos del Código de Eurico acerca de la sucesión de los ascendientes, aparte de la consagración del derecho de troncalidad en la sucesión de los abuelos, que se presentaba dudosa en el euriciano. En cambio, en ninguno de ambos Códigos se aplicó la troncalidad a la sucesión de los padres. La de los abuelos, tratándose de bienes propios, parece obedecer a una mera troncalidad simple, atendiendo solamente a la procedencia paterna o materna, sin prestar atención a la procedencia lineal más remota de dichos bienes.

El mismo autor (98) observa en los diplomas de finales del siglo XI y en los del siglo XII una cierta tendencia a que los ascendientes sucedan meramente en usufructo en los bienes que su descendiente causante hubiera heredado de otra línea. Y que, claramente dentro de esta orientación, en los Fueros extensos (siglos XIII y XIV) predominó el criterio de atribuir a los ascendientes el usufructo de los bienes pro-

(94) Op. cit., págs. 185 y 192.

(95) A. BALBÍN: *El artículo 811 del Código Civil*, en “Revista General del Notariado”, T. XLV, núm. 36 (6 septiembre 1896), pág. 562.

(96) ACACIO CHARRÍN: *Consulta: ¿La reserva del art. 811 del Código civil, se estableció también en beneficio de los parientes naturales del descendiente heredado por su ascendiente?*, en “Rev. Gral. de Leg. y Jur.”, T. XCII —1.º semestre 1898— págs. 109 y sig.), también estimó que: “la reserva establecida en el artículo 811 del Código civil, es una derivación del antiguo derecho de *reversión o troncalidad*, sistema de sucesión propio, característico de la legislación verdaderamente española”, con la diferencia de que el art. 811, “establece una limitación de grado para la sucesión, no pasa del tercero, y además, sólo existe la obligación de reservar, en tanto que haya parientes del demandante que estén dentro de ese grado.” “Es, por tanto, la reserva —concluye— una resurrección en el moderno Código del orden de suceder, establecido en nuestros Códigos antiguos”.

(97) Op. cit., vol. III (Braga, 1947), Parte VI, A. 2 c, pág. 316.

(98) Braga, vol. II, págs. 345 y sigs.

pios dejados por sus descendientes, atribuyendo su nuda propiedad a los respectivos herederos troncales (99).

La rúbrica 224 del Fuero de Cuenca, después de ordenar que los bienes adquiridos por los cónyuges debían ser divididos de tal modo que "vivus habeat medietatem predicti laboris, et propinquiores consanguinei defuncti aliam medietatem", añadía "alia vero radici redeat ad radicem". Doctrina reproducida en los fueros de Baeza, Sepúlveda, Plasencia, Zorita de los Canes, que proclamaron que "la raiz a la raiz se torne onde viene el heredamiento".

El fuero de Soria, en su § 319, estableció para la sucesión intestada que el padre o madre supérstites adquirieran sólo en usufructo los bienes raíces relictos por su hijo y que su propiedad fuera para los parientes más próximos de la línea de donde procedían los bienes. "E dada cosa rrays que uro esse lugar mismo, magüer si otro heredamiento oviere y de compra o de ganancia, que la tenga el padre o la madre vivos por end su vida... e después de sus días que torne en aquellos mismos herederos o en aquellos que lo suyo heredaren e fueren desse lugar mismo."

Los fueros leoneses de Salamanca (100) y Ledesma (101) siguieron este mismo criterio.

En las fuentes territoriales castellanas, el Fuero Viejo de Castilla (V-2, 1) mantiene, al parecer, idéntica doctrina de combinar la sucesión troncal de los *bienes propios* ("e la erencia del patrimonio de vel eredat el pariente onde la erencia viene") con el usufructo del padre o madre vivo de la otra línea ("que lo tenga el otro en sua vida en fido").

De la lectura atenta de estos fueros, parece deducirse que los ascendientes recibían un dominio fiduciario más que el mero usufructo (pues, ¿qué sucedería con los bienes si al fallecer ellos no quedaran parientes troncales?) y que los parientes "onde la herencia viene" más que verdaderos nudo propietarios no eran sino fideicomisarios condicionales legalmente designados, dado que el momento de su adquisición, y, por tanto, de su designación, parece que no tenía lugar hasta la muerte del ascendiente.

El *Fuero Real*, en cambio, representó en este punto una regresión hacia el derecho visigótico. Como éste, no admitió limitación alguna en la sucesión de un hijo por sus padres por razón del origen de los bienes, y limitó la sucesión troncal en su ley 10. Tit. VI, Libro III, para cuando heredaran los abuelos: "E otrosi mandamos, que el que muriere sin manda e non dexare hijos ni nietos, e dexare avuelos de padre e de madre, el avuelo de parte del padre herede lo que fue del padre e lo de parte de la madre heredelo el que fue de la madre: e si

(99) Braga, vol. II, págs. 349 y sig.

(100) § 207 "De heredar fiyo a padre — Fiyo que moriere herede su padre osu madre ede pues que moriere el padre ola madre tornesse herencia a herencia; e quanto gano, remanese asus parientes".

(101) § 135: "Fiyo que morir — Fiyo que morir, herede su padre osu madre su bona; e pues que morir su padre osu madre tornue herencia a herencia; e quanto hy ganar, jinque asus parientes".

el haverie hecho algunas ganancias, amos los avuelos hereden de consumo igualmente."

Todavía la ley sexta de Toro respetó los fueros que admitían la sucesión troncal. Luego de regular la sucesión a favor de los ascendientes legítimos por el criterio de proximidad de grado (*por su orden*), "en todos los bienes de cualquier calidad que sean", concluyó exceptuando: "lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, o la rayz a la rayz".

Después ya no volvemos a hallar entre las disposiciones legales castellanas ninguna otra de signo troncal, hasta llegar al artículo 2.^º de la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835. Pero con la particularidad de que el criterio troncal no se da en la sucesión intestada a favor de los ascendientes, ni siquiera en la establecida directamente para los colaterales. Asoma sólo como limitación de la sucesión intestada de los bienes mostrencos creada a favor del cónyuge viudo, al ordenar "que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abuelo a los colaterales".

De estos antecedentes, por su falta de continuidad, no es posible deducir consecuencias seguras. No obedecen al mismo panorama histórico-social de la norma del 811, ni la intensidad de los fines de ésta y de aquéllas coincide suficientemente. Ciento que en los Fueros de Cuenca, Soria, Salamanca y en la mayoría de sus respectivos derivados, así como en el Fuero Viejo, aparece cierta imagen anticipada de la interpretación del artículo 811 como definidor del mero usufructo o, más exactamente, del dominio fiduciario vitalicio del ascendiente reservista. Pero en esa configuración histórica, difusa en sus consecuencias, no podemos encontrar una pauta de la que no debamos separarnos para la interpretación del 811 por las mismas razones que acabamos de expresar.

Tampoco las disposiciones forales que regulan la troncalidad pueden señalarnos un criterio seguro para la interpretación del 811. La finalidad de transacción o concordia entre aquéllas y éste, que late en el relato de Alonso Martínez y recuerdan las sentencias de 8 junio 1954 y 2 marzo 1956, demuestra que falta la identidad o la equivalencia necesarias para poder ofrecer criterios ciertos de interpretación.

En la Memoria del Tribunal Supremo de 1898, su Presidente, Aldecoa, expresó que: "Otra razón ha podido contribuir también a aumentar la duda y es la del fundamento racional o filosófico, tenida en cuenta para llevar al Derecho positivo la del Derecho troncal, no sólo no resulta bien afirmado tal carácter en precepto que le informa en el sentido de nuestra legislación, y, sobre todo, en la foral, tiene aquél, sino que los términos del artículo, en que ni se nombra siquiera semejante institución de Derecho, nos autorizan para establecer tal identidad" (102).

En cambio, creemos que se ha insistido poco en otro posible prece-

(102) Recordadas por Sánchez Román, op. y vol. cits., pág. 974, nota.

dente, menos espectacular, pero posiblemente más verdadero. Alonso Martínez (103), entre los remedios aplicables al caso contemplado por la Comisión codificadora, señaló en segundo lugar "la asignación de las reservas a los abuelos y tíos". Se refería a la reserva del binubo de los bienes por él heredados por ministerio de la ley de un hijo de matrimonio anterior y que éste hubiera recibido gratuitamente de su padre o madre premuertos, extendida en virtud de la reforma a todo cónyuge supérstite aunque no fuera binubo.

La ley XV de Toro (l. 17, Tit. IV, Libr. 10, Nov. Recop.) impuso a los varones, igual que a las mujeres que contrajeran ulteriores nupcias, la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que "heredaren de los hijos del primer matrimonio".

La generalidad de la expresión "heredaren" fué concretada por los autores castellanos con arreglo a los preceptos del Derecho común. Más adelante tendremos que ocuparnos de esta cuestión. Sólo anticiparemos por el momento el resumen que Febrero (104) nos ofrece de aquella doctrina: "Los bienes que los ascendientes deben reservar a sus descendientes no son todos los que éstos hubieren de cualquier parte, y por cualquier título, sino solamente los de aquella línea, o persona, a quien por haberse casado hicieron la injuria." Y exponiendo un ejemplo, señala: que la binuba está obligada a reservar, además de lo que hubo del marido, "lo que heredó del hijo muerto intestado, que recayó en él por muerte del padre, mas no lo que el hijo premuerto adquirió por otro título, parte o medio".

La importancia de ese precedente sería aún mayor si en el Derecho común se hubiera impuesto la interpretación de la glosa respecto el supuesto de que el cónyuge binubo hubiese fallecido sin hijos del primer matrimonio. Tello Fernández (105) nos lo refiere al comentar la ley 6 de Toro. Según la glosa de la *Authentica ex testamento*, el binubo, aunque falleciera sin hijos, no era sino usufructuario de los bienes que abintestato hubiera habido de los hijos del primer matrimonio, debiendo reservarse la propiedad a los parientes más próximos del marido. Pero prevaleció la opinión de Bartolo y de Baldo, que excluye totalmente la reserva si al binubo le premurieren todos los hijos del primer matrimonio.

Por tanto, para iluminar los problemas relacionados con la idea troncal (determinación del objeto y de los beneficiarios de la reserva, el modo de computar el grado, de determinar la línea y de señalar la preferencia entre los reservatarios), sólo podemos considerar como guías seguras: la finalidad de la norma, la letra del precepto y el sentido restringido de su interpretación en ecuación a su *ratio*. Asimismo lo hemos apreciado en los dos primeros epígrafes de este estudio.

(103) Op. cit., pág. 188.

(104) JOSÉ FERRERO: *Librería de Escribanos e instrucción jurídica-theorico-práctica de principiantes*, Parte segunda, T. II (Madrid, 1781), Lib. II, Cap. V, § I, núm. 9, págs. 340 y sig.

(105) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima Pars Comentiorum in Constitutiones Taurinas* (Granatae, 1566), Lex VI, núm. 19, fol. 64 vto. y 65.

En este epígrafe nos limitaremos a determinar qué bienes, por su naturaleza y su origen, pueden ser reservables. Las otras cuestiones las dejaremos para cuando tratemos de dilucidar el concepto de línea.

20.—*Bienes reservables.*

El problema de la determinación de los bienes que pueden ser reservables tiene un doble aspecto. Uno que atiende a la naturaleza de los bienes. El otro, que examina su origen. Tradicionalmente se consideraron troncales los bienes raíces por naturaleza y que eran de abuelo por su origen. Debemos examinar ahora cuál es la solución con respecto a los bienes reservables en virtud del artículo 811.

a) *Bienes que por razón de su naturaleza pueden ser reservables.*

Históricamente, sólo los bienes inmuebles podían ser objeto de la sucesión troncal, con la única excepción del Fuero de Soria, que en su § 319 consideró, o dichos efectos, como bienes raíces el “baso” de plata, el manto de escarlata y a toda cosa viva. En los regímenes forales —como luego veremos—: sólo los inmuebles o raíces son posible objeto de la sucesión troncal en Navarra, Vizcaya y Valle de Arán; mientras que no se distingue entre muebles e inmuebles en el Apéndice Aragonés, ni en la sucesión intestada de los impúberes regulada para Cataluña en la Constitución dada en Monzón en 1363 por Pedro el Ceremonioso.

Alonso Martínez, en su obra a la que reiteradamente estamos refiriéndonos, explica que en el seno de la Comisión codificadora se designó una Subcomisión para “que redactara las bases a que había de sujetarse esta *especie de reversión de los bienes inmuebles al tronco de donde procedan...*” (106). Claro que puede argüirse que esa referencia a los bienes inmuebles fué hecha pensando únicamente en el supuesto examinado por la Comisión —que narra el propio Alonso Martínez— y antes de que se planteara la extensión del mismo criterio fuera de las familias nobles, “*incluso a banqueros, industriales y comerciantes*”, como anticipó el mismo Presidente de la Comisión (107). Aunque, después, vuelva a decir que en el proyecto de la Comisión “lo que en suma se propone es que el ascendiente adquiera en usufructo la *finca troncal...*” (108).

Lo cierto es que ni la letra ni la finalidad del artículo 811 nos dan base suficiente para distinguir inmuebles y muebles (109). Distinción

(106) Pág. 191.

(107) Pág. 186.

(108) Pág. 255.

(109) Manresa (op. y vol. cits., III C., pág. 90) explica que dado el objeto y el fin del 811 (precaver el paso de los bienes de una a otra familia por un azar especial de la vida), no se limitó la reserva a los bienes *inmuebles*. Sánchez Román (op. y vol. cits., núm. 147, pág. 1025) igualmente señala que tanto los inmuebles como los muebles se comprenden en esta norma. La Academia Matritense del Notariado en su sesión de 30 mayo 1894 (fol. 134 de su libro de actas) en su conclusión 8.^a dictaminó que: “Están sujetos a reserva los bienes muebles e inmuebles de que se trata: aunque radiquen en país extranjero, conforme al artículo 10 del Código, siempre que no se oponga a ello la Ley de la Nación en que estén sitos”.

que, dado el creciente valor de estos últimos, tiende a resultar de día en día más anacrónica (110).

Esta cuestión resulta indiscutida. En cambio, lo que sí ha dado lugar a polémicas doctrinales, dictámenes y a jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido: 1.º, el tema de si los bienes objeto de reserva debían reunir determinadas características, como la permanencia y la individualidad, de modo que sólo se estimen reservables los específicamente determinados; y 2.º, si la reserva puede extenderse a bienes o valor heredados por ministerio de la ley por el ascendiente reservista del descendiente y que correspondan—por permuta o producto de su venta— a otros enajenados por éste y que los hubiera recibido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano (producíéndose así una sobrogación real o de valor previa, anterior a la adquisición del ascendiente reservista).

a) *¿Son reservables los bienes fungibles y no específicamente determinados?*

La posición negativa asoma en Sánchez Román (111), que considera que “no se trata de derechos cuantitativos, sino cualitativos”, y que los reservables han de ser “cosas o bienes específicos”, “individualmente determinados”; y de Burón (112), que estimó como requisito para que haya reserva, que en la herencia existan bienes determinados, muebles o inmuebles. Calderón Neira (113) señaló como principio que rige toda la materia de la reserva del 811: “que el pariente es llamado por la ley a *cosas determinadas*”. Novoa Seoane (114) afirmó que tal reserva “está precisamente impuesta sobre cosas ciertas y determinadas”. Según Borrell y Soler (115), “parece que tal reserva no tiene razón de ser respecto a las cosas fungibles ni a otras que no son interesantes para la familia y complicarían, sin ventajas que lo compensasen, el cumplimiento de la reserva”.

Pero el más decidido defensor de esta tesis ha sido Narciso Riaza Mateo (116). A su juicio, “sólo pueden considerarse reservables aquellos bienes que han adquirido individualidad, que son susceptibles de diferenciación respecto de otros, que presentan aspecto propio y característico, que son determinables en cualquier momento”. Se funda para ello en que el artículo 811 no obedece sólo a la finalidad de impedir un cambio de familia en la propiedad de los bienes, sino, además, “que estando incluida en el artículo la esencia del sistema de troncalidad con

(110) Ver nuestro trabajo *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento*, en “Rev. Dr. Priv.”, XXXVII (junio, 1953), páginas 497 y sigs.

(111) Op. y vol. cits., núm. 147, págs. 1024 y sig.

(112) GREGORIO BURÓN GARCÍA: *Derecho Civil Español*, T. II (Valladolid, 1898), núm. 969, pág. 798.

(113) MANUEL CALDERÓN: *Jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil*, en “Rev. Gral. de Leg., y Jur.”, T. 107 (2.º semestre de 1905), pág. 487.

(114) Op. y loc. cits., pág. 371.

(115) RAMÓN M. BORREL Y SOLER: *Derecho civil Español*, T. V. (Barcelona, 1954), § 350, pág. 334.

(116) Op. y loc. cit., págs. 55 y sigs.

cuantas diferencias y variantes quieran encontrarse, sistema tal habrá de tenerse siempre en cuenta cuando el artículo esté necesitado de aplicación”.

Pero la opinión contraria ha sido siempre predominante.

Manresa (117), Scaevela (118), Alcubilla (119), Morell (120), Díaz Cobeña (121), Maura (122), Barrachina (123), Clemente de Diego (124), de la Cueva (125), Fernández Serrano (126), han sostenido que la reserva puede extenderse a toda clase de bienes. Su razonamiento se apoya: en que la letra del 811 no distingue; en la aplicación analógica de los preceptos de la reserva vidual, y en la finalidad no troncal, sino meramente familiar de la reserva lineal.

El Tribunal Supremo ha aceptado este segundo criterio en las Sentencias de 8 noviembre 1894 (que acepta el carácter reservable del valor recibido en metálico por el descendiente), 21 noviembre 1902 (se trataba del valor de un crédito dotal extinguido por confusión en el patrimonio del descendiente), 7 noviembre 1912 (que en su sexto considerando afirmó su aplicación a “valores y metálico”), 6 julio 1916 (consideró reservables metálico y valores, si bien rechazó que el reservista estuviera obligado a depositarlos por carecer de bienes suficientes para garantizar con hipoteca el derecho de los reservatarios), 20 abril 1917 (dijo en su cuarto considerando: “cualquiera que sea el destino de los bienes reservables *específicos o no*”). El carácter no troncal de la reserva del 811 fué invocado como argumento por la Sentencia citada en segundo lugar.

Alcubilla (127) y Scaevela (128) han llegado a discutir si debía entenderse reservable el capital del seguro de vida estipulado por el padre a favor de su hija, a quien después heredó su madre por ministerio de la ley. El primero opinó negativamente; el segundo, afirmativamente. Alegó aquél: el artículo 421 del Código de comercio, en virtud del cual el capital lo recibe la beneficiaria de la Compañía aseguradora

(117) Op. y vol. cits., III C., pág. 290.

(118) Op. y vol. cits., E/b), pág. 309.

(119) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Notas al Código civil* (Madrid, 1890), artículo 811, pág. 237.

(120) JOSÉ MORELL: *Jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil*, en “Rev. Gral. de Leg. y Jur.”, T. 107 (2.º semestre 1905), pág. 146.

(121) Op. cit. XV, E., págs. 247 y 248.

(122) ANTONIO MAURA: *Perspectivas del art. 811*, en “Rev. Gral. de Leg. y Jur.”, T. 144 (1.º semestre 1924), pág. 20; y *Dictámenes*, T. IV (Madrid, 1930). Dict. núm. 5, II, pág. 77.

(123) Op. y vol. cits., pág. 640.

(124) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III (Madrid, 1932), pág. 198.

(125) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO: *La Verdad sobre el 811* (Sevilla, 1934), pág. 35.

(126) ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO: *Un supuesto interesante del art. 811 del C. c.*, en “Rev. Gral. de Dr.”, T. IX (Junio 1953), pág. 292.

(127) Dictamen de Marcelo Martínez Alcubilla, del que pueden verse transcritos los considerandos y la conclusión en la obra de Scaevela, cit., vol. XIV, cit., págs. 310 y sig.

(128) Op. y vol. cits., págs. 311 y sigs.

directamente; la interpretación restrictiva que debe aplicarse al artículo 811; lo dispuesto en el artículo 428 del Código de comercio, que deja a salvo dicho capital de cualquier reclamación de herederos forzosos o de acreedores legítimos. Scaevara se fundó: en apreciar que la adquisición del capital por el beneficiario ha de ser considerada a título lucrativo; que, conforme al artículo 416 del Código de comercio, el capital del seguro corresponde a las primas pagadas por el estipulante; que en el seguro de vida a favor de tercero la relación establecida entre quien lo estipuló y el beneficiario equivale a la existente entre los sujetos de un legado o de una donación *mortis causa*; que no es de aplicación el artículo 428, porque la reserva no afecta al descendiente beneficiario sino al ascendiente reservista que herede por ministerio de la ley aquel capital del descendiente beneficiario.

Entre estas dos posiciones extremas, caben otras intermedias, pudiendo establecerse esta clasificación:

- 1.º No hay reserva alguna (tesis de Alcubilla).
- 2.º Es reservable todo el capital (tesis de Scaevara).
- 3.º Es reservable el valor de rescate que tenía la póliza en el instante inmediatamente anterior a la muerte del asegurado.
- 4.º Es reservable el valor de las primas pagadas (tesis de Manresa (129)).
- 5.º Es reservable el valor de las primas pagadas, pero sólo hasta el límite máximo del importe del capital.

Para decidir la solución es imprescindible separar previamente aquellos casos en que el seguro en su relación interna entre el asegurado y el beneficiario obedece a una causa onerosa. Reducida la cuestión a los supuestos en que falta la causa onerosa y en los que, por tanto, es gratuita la adquisición del descendiente beneficiario, el tema se concreta en determinar la medida en que el capital puede estimarse adquirido por el descendiente beneficiario del ascendiente asegurado y a precisar el sentido del artículo 428 del Código de comercio.

El artículo 811 requiere que el descendiente hubiera adquirido los bienes "por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano". El capital del seguro no forma parte del patrimonio del asegurado, pues sólo a la muerte de éste es debido por el asegurador. Lo único que podría estimarse como suyo es el valor de rescate que tuviera el seguro en el día de su fallecimiento, pero antes de morir. O bien, siguiendo el patrón de Ulpiano (Dig. XXIV-I, 5, § 8), recogido en las Partidas (IV-XI, 5 y 6), que aquello que deriva del ascendiente o del hermano como algo más de una expectativa fructífera, es decir, como verdadero traspaso de valor ("donantem pauperiorem et accipientem faciet lucupletionem"), es el montante de la concurrencia de valor entre las primas pagadas y el capital percibido. La interpretación restrictiva que corresponde al texto del artículo 811 nos exige, por lo menos, no pasar de ahí. Y la finalidad del artículo 811 de que los bienes de una familia no pasen a otra, por el azar de los enlaces y las

(129) Manresa, op. y vol. cits., III, A, pág. 288.

muertes prematuras, queda suficientemente cubierta con esta solución.

El artículo 428 del Código de comercio, aunque a su vez se interprete restrictivamente (130), no puede quedar reducido a ser sólo una salvaguardia de la legitimidad del pago hecho por los aseguradores (131). En armonía con la Sentencia de 22 diciembre 1944 (132), lo mismo que se estiman computables las primas pagadas para determinar el haber de la sociedad conyugal y las legítimas, también podrán ser contabilizadas a efectos de las reservas vitalicia o lineal.

Ahora bien; no concluye aquí la cuestión planteada. Para que los bienes se reserven hace falta que el ascendiente reservista los adquiera, por ministerio de la ley, del descendiente. Por ello, para que el capital del seguro en su importe concurrente con el de las primas pagadas sea reservable, hace falta que se conserve en el patrimonio del descendiente (que éste no lo gaste ni lo pierda) y que lo herede por ministerio de la ley el ascendiente reservista. Esto lleva consigo evidentes dificultades de prueba, dado el carácter fungible del dinero que se confunde en el patrimonio del descendiente con el demás dinero adquirido por otros títulos y procedencias (133).

(130) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *La indemnización por causa de muerte*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-II, págs. 484 y sig., dice que: "el precepto exorbitante del Código de comercio (art. 428 del Código de comercio), si bien ha de respetarse en su letra y en su espíritu, crea un privilegio, a interpretar restrictivamente, y que no puede entenderse en contradicción con las normas básicas del ordenamiento sobre legítimas, bienes de los cónyuges y responsabilidad respecto de los acreedores." Al quedar cubierto en la computación del haber del asegurado el importe de las primas pagadas por éste, quedan respetadas las normas protectoras de las legítimas, de los bienes de la sociedad conyugal (como los salvaguarda la S. de 22 diciembre 1944) y de los acreedores.

(131) JULIO MARTÍNEZ DE LA PUENTE: *La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria*, en "An. de la Ac. Matr. del Not.", T. VIII, págs. 272 y sig.) y ALVARO CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, F., en "Rev. Dr. Priv." T. XXXV, págs. 381 y sig., han querido restringir la interpretación del artículo 428, en el sentido de estimarlo como norma que tiene por fin dejar a salvo a las compañías aseguradoras de toda reclamación por legitimarios acreedores por razón del pago del capital asegurado. Pero, la letra del artículo 428 no se limita a proteger a los aseguradores, sino que también salvaguarda específicamente a los beneficiarios ante aquellas reclamaciones. Y su finalidad de proteger los seguros, estimulando con acicates su estipulación, comprende esa protección al beneficiario, que no estará en pugna con las normas protectoras de los legitimarios, cónyuge en régimen de comunidad de bienes o ganancias y acreedores si, siguiendo la pauta de la S 22 diciembre 1944, se computan las primas pagadas.

(132) Tesis que defendimos en *La donación "mortis causa" en el Código civil* (en Ac. Matr. del Not., T. V, págs. 811 y sigs.), así como IGNACIO NART FERNÁNDEZ, *Notas sobre los contratos a favor de terceros* (en Ac. Matr. del Not., T. V, págs. 811 y sigs.) y Roca Sastre, en sus Notas al Kipp, vol. II, § 136, II, pág. 346.

(133) Ver Riaza (op. cit., págs. 90 y sigs.). Refiriéndose a una suma de pesetas recibidas del padre por donación, dice que: "desde el instante mismo en que entran en el patrimonio del donatario o heredero, puede afirmarse, sin temor a equivocación, que se confunden con el metálico que constituye aquel patrimonio y con él que en el transcurso de su vida vaya pasando por sus manos. Con aquel dinero recibido gratuitamente, que con el suyo propio se incorporó, costeará exequias por su ascendiente, guarda parte de él, otra parte la invierte en valores

3) ¿Cabe la reserva sobre los bienes que en el patrimonio del descendiente sustituyeron a los adquiridos por éste a título lucrativo del otro ascendiente o de un hermano?

Observemos la necesidad de deslindar previamente con nitidez, de una parte, el problema de la subrogación real y de la subrogación de valor de los bienes reservables ya heredados por el ascendiente reservista y, de otra parte, la cuestión de que ahora tratámos, consistente en determinar si es posible que sean reservables por subrogación los bienes o el valor que hayan sustituido en el patrimonio del descendiente a los que éste hubiera adquirido a título lucrativo del otro ascendiente o del hermano, si esos bienes que les sustituyen o ese valor correspondiente los hubiere adquirido por ministerio de la ley el ascendiente reservista.

Esta posibilidad fué rechazada por Manresa (134), Sánchez Román (135), Alcubilla (136), Lozano Sicilia (137), Morell y Terry (138), Calderón Neira (139), Novoa Seoane (140), Riaza Mateo (141), Clemente de Diego (142).

En cambio, la defendieron en sus dictámenes Díaz Cobeña (143) y Maura (144), así como Abella (145), Planas y Casals (146), La Cueva (147), Ossorio y Gallardo (148). Escobar de la Riva (149), Molina Raballo (150), Roca Sastre (151) y Fernández Serrano (152).

cotizables que luego negocia, acude al depósito metálico, paga las diarias atenciones de la vida. Pero, como se ve, todas esas parciales cantidades que en junio formaron capital recibido, son manejadas con una forzosa indeterminación. La confusión inevitable y no susceptible de aclaración, da como resultado una masa de metálico en la que no es posible establecer separaciones, para conseguir diferencias que la naturaleza de los objetos reunidos no consiente".

(134) Op. y vol. cits., III C., págs. 291 y sig.

(135) Op. y vol. cits., núm. 147, págs. 1024 y sig.

(136) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Notas al Código Civil*, art. 811, pág. 237.

(137) CRISTÓBAL LOZANO SICILIA, *Interpretación del artículo 811 del Código civil* (Córdoba, 1898), págs. 198 y sigs., según resulta *sensu contrario*.

(138) *Jurisprudencia sobre*, "Rev. Gral. de Leg. y Jur.", T. 107, páginas 143 y sigs.

(139) *Jurisprudencia sobre*, "Rev. Gral. de Leg. y Jur.", T. 107, páginas 487 y sigs.

(140) Op. y loc. cit., pág. 371.

(141) Op. cit., págs. 57 y sigs.

(142) "Instituciones...", vol. cit., pág. 198.

(143) Dictámenes cits., XV, E., págs. 245 y sig.

(144) "Perspectivas...", loc. cit., págs. 19 y sigs., y "Dictámenes", vol. cit., Dict. 5, II, págs. 76 y sigs.

(145) JOAQUÍN ABELLA, *Código Civil Español*, 5.^a ed. (1904) (cita de Molina Ravello).

(146) JOSÉ M.^a PLANAS Y CASALS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II (Barcelona, 1925), Cap. IV, núm. 7, pág. 66.

(147) Op. cit. págs. 37 y sigs.

(148) Prólogo a la ob. cit. de La Cueva, pág. 9.

(149) ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, *El artículo 811 del Código civil* (San Fernando, 1940), págs. 18 y sig.

(150) "Subrogación real en la reserva lineal", en Rev. Gral. de Dr., T. I (mayo 1945), pág. 265.

(151) "La subrogación real", en Rev. Dr. Priv., T. XXXIII (abril 1947), págs. 300 y sig.

Los principales argumentos esgrimidos en favor de la primera opinión son los siguientes:

1.º Que antes de la muerte del descendiente no existe reserva, "por consiguiente, no cabe hablar de sustitución. Si ese descendiente consume los bienes que por título lucrativo adquirió de un ascendiente o de un hermano, si los vende, si los cambia o en cualquier forma los enajena, no se sustituyen por el metálico o por los objetos que pueda adquirir en equivalencia, porque los dió y ya no existen en su patrimonio al nacer la reserva, y los que adquiere ya no son procedentes del ascendiente o del hermano" (Manresa).

2.º Que "no se trata de derechos *cuantitativos*, sino *cualitativos*, a cosas o bienes específicos, como han de ser los reservables, individualmente determinados"; que han de concurrir las circunstancias específicas exigidas por el artículo 811, lo que indica "que la reserva recae sobre los *mismos bienes*, que reúnan todas estas circunstancias que los distingan e individualicen, sin que sea posible sustituirlos por otros equivalentes ni por cantidades o valores que los representen" (Sánchez Román). Que la reserva del 811 es *de bienes* en oposición a la de los artículos 868 y ss., que es *de capital* (Novoa Seoane).

3.º Que comparando los artículos 811 y 812 se observa la diferencia que media entre ambos preceptos. En éste "la ley da al descendiente no sólo las cosas en que le concede la sucesión, sino también las acciones para recobrar aquellos que han sido enajenados, el precio si se vendieron, las que las sustituyeron si fueron permutadas. Nada de eso dice el artículo anterior, y es que los principios que informan ambos artículos son diferentes" (Calderón Neira).

4.º Que, admitiendo la subrogación, "nos salimos de la ley con esa extensión en pugna con las reglas del derecho y con la interpretación restrictiva que debe merecer la reserva" (Calderón Neira).

5.º Que los antecedentes históricos y los precedentes de la elaboración legislativa son contrarios a la extensión de la reserva por subrogación de los bienes enajenados por el descendiente por aquellos que los hayan sustituido, su precio o su valor (Riaza).

En cambio, los sostenedores de la opinión contraria han argüido:

1.º Que el artículo 811 no obedece a un principio de verdadera troncalidad (Díaz Cobeña). Y, por eso, "no tiene por objeto conservar los bienes en una familia como si fueran de un mayorazgo, sino que a lo que tiende es a evitar que las riquezas de una familia vayan a parar, por sucesivas herencias a otra, y para lograr tal fin es indiferente que existan los bienes de abolengo o que hayan sido sustituidos por otros (Abella).

2.º Que de la aplicación analógica de los preceptos que regulan la reserva vidual, en especial los artículos 974 al 978, resulta evidente que la reserva no debe limitarse a los mismos bienes que el descendiente, de cuya sucesión se trata, adquirió por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano (Díaz Cobeña). Así como en la reserva vidual se distinguen dos momentos: el primero comprendido entre la

(152) Op. y loc. cits., págs. 292 y sigs.

viudez y las segundas nupcias, el segundo posterior a éstas, y en ambos juega la subrogación; del mismo modo en la reserva lineal deben diferenciarse dos períodos equivalentes a aquéllos, el primero nace con la adquisición del descendiente y el segundo al sucederle por ministerio de la ley el ascendiente reservista, y en ambos debe aplicarse —paralelamente a la reserva vital— la subrogación real (Molina Rabello y Roca Sastre). (Hay que objetar a este argumento que no parece posible establecer ese paralelismo entre el primer momento de la reserva vital y el período de titularidad del descendiente reservista, porque a aquél se retrotrae la reserva si llega a nacer, salvo los derechos legítimamente adquiridos por tercero, y aun esto en virtud de la atenuación del régimen clásico introducido por la legislación hipotecaria. Hay durante el mismo una reserva preventiva, bajo la condición suspensiva de las segundas nupcias. La propiedad del descendiente, en cambio, no tiene limitación alguna, tanto que puede impedir la reserva, si excluye la adquisición *ministerio legis* de los bienes en cuestión por su ascendiente.)

3.º Que “la fluidez y movilidad de los patrimonios, en oposición a la permanencia estadiza que solían tener en lo antiguo, como mudanza social, ha de tenerse en cuenta para interpretar la palabra *bienes* del artículo 811, “que no distingue por la clase de bienes ni por las especificaciones reales que caben dentro de la clase misma” (Maura).

4.º Que la diferencia entre los artículos 811 y 812 “sólo puede obedecer a que éste, por regular materia incomparablemente más sencilla, ha podido abarcar en su contenido literal, sin caer en la prolividad embarazosa, la regulación de la subrogación, cosa que no hubiera sido posible en el complicado 811. Contrariamente, lo que no cabe es achacar al legislador, gratuita e infundadamente, dos inspiraciones doctrinales contradictorias al tiempo de estatuir dos preceptos que no sólo integran el mismo cuerpo, sino que están inmediatos entre sí y ligados por conexiones innegables no obstante la diversidad de sus respectivos asuntos” (Maura). (A lo que se contesta por Riaza que en el 812 puede decirse que el descendiente es el mismo reservista del ascendiente donatario, mientras que en el 811 no sufre limitación alguna, cosa que justifica una diversidad de criterios.)

5.º Que la reserva recae frecuentemente sobre universalidades, que sufren movimiento comercial o industrial, y comprenden bienes de todas clases, respecto los cuales la ley no ha podido pensar en su afición particular, sino en su valor, cantidad y riqueza, aun estando los bienes en el dominio sin limitación alguna del descendiente; si la subrogación real no cupiera, el legislador habría hecho una cosa completamente inútil o muy limitada (La Cueva).

6.º Que si la finalidad del 811 no es troncal, sino familiar, “es manifiesto que el artículo 811 no puede referirse a bienes determinados, sino al capital, a la herencia toda; y para su efectividad precisase y es de absoluta necesidad que haya subrogación; pues, de otro modo... todos o casi todos los bienes pierden su carácter de reservables en poder del descendiente” (La Cueva).

7.º También se añade, por algunos autores, que de no admitirse esta tesis, quedaría en manos del descendiente la existencia o inexistencia de la reserva—en contra de lo sentado por la sentencia de 2 enero 1929—, que podría burlar mediante actos de disposición, en daño del reservatario (La Cueva, Ossorio y Gallardo y Molina Ravello). Pero este argumento pende completamente de la exactitud de la doctrina de dicha sentencia, muy discutible y con la que no estamos en modo alguno de acuerdo, como luego veremos.

En el Tribunal Supremo ha prevalecido este segundo criterio.

Las sentencias 21 noviembre 1902 y 30 abril 1907 (referentes a un mismo caso, que ya había dado lugar a la S. de 14 julio 1899) admitieron que se satisfaciera al reservatario en otros bienes de valor equivalente al crédito dotal que ya se había extinguido por confusión en el patrimonio del descendiente.

La sentencia de 7 noviembre 1912 afirmó que el artículo 811 no limita la reserva a aquellos bienes “que sean los mismos específicamente heredados”, y aceptó el carácter reservable del importe de unos valores que habían sido enajenados por el descendiente, admitiendo que se depurase “hasta llegar a la determinación y cuantía de lo que sea la porción reservable en el expresado período de ejecución de sentencia”.

La de 20 abril 1917, en supuesto en que el descendiente había enajenado los bienes que había heredado de su padre y adquirido otros, admitió la reserva respecto el “haber efectivo y originario” (en el sentido de su valor) que el descendiente había heredado de su ascendiente, “pero no al mayor producto que utilizándolo, obedezca a negociaciones ulteriores o a actos propios de la vida contractual”.

La sentencia de 24 de mayo de 1945 examina un supuesto en que el pago de las legítimas del abuelo fué realizado por la segunda mujer de éste mediante entrega de fincas adquiridas por ella. Afirma que la reserva lineal comprende tanto los bienes específicamente heredados “como los que los hayan sustituido”, sin entrar en “la cuestión relativa a si la reserva afecta en el caso actual al importe de la legítima que correspondía a doña G. S. (la descendiente) en la herencia de su abuelo, don J. S., o al valor que actualmente hayan alcanzado las fincas dadas en pago” (por no estimar *lícito* su planteamiento en casación por no haberse planteado ni discutido en instancia).

Esta última salvedad nos obliga a plantear otra nueva cuestión y resolver si esas subrogaciones, operadas en el patrimonio del descendiente, deben estimarse como supuestos de subrogación real propiamente dicha (con cuyo criterio, cuando en el caudal relicto por el descendiente y heredado por ministerio de la ley por el ascendiente no fuere identificada la cosa subrogada, desaparecería la reserva) o como hipótesis de subrogación de la cosa o del dinero por su valor (153), o

(153) Cómo entendemos las diversas especies de subrogación real o meramente de valor, lo expusimos en “*Pignus Tabernae*”, núms. 9 y 10, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, VI-IV, págs. 805 y sigs.

bien apreciarlas del primer modo cuando la identificación sea posible y del segundo cuando no lo sea.

No hay duda que la falta de prueba de la subrogación real propiamente dicha sólo permitirá la subrogación por la equivalencia de valor. Así ocurrió en las hipótesis de las sentencias de 21 noviembre 1902, 30 abril 1907 y 7 noviembre 1912.

En cambio, la prueba no sólo era posible, sino que resultaba patentemente de los hechos en el supuesto de la sentencia de 24 mayo 1945. Pero, según hemos visto, comoquiera que no se planteó ni discutió en instancia, el Tribunal Supremo no entró en la cuestión de si la reserva afectaba al importe de la legítima del descendiente en la herencia de su abuelo o al valor alcanzado por las fincas que le fueron dadas en pago de la misma.

Anteriormente, la sentencia de 20 abril 1917 había declarado que dos casas relictas por el descendiente y que éste había construido a sus expensas en solares adquiridos también por el mismo, todo con precio procedente de la enajenación de bienes heredados de su padre, sólo debían estimarse reservables en la parte necesaria hasta la equivalencia del valor de estos bienes que heredó de su padre y luego enajenó el descendiente.

El problema de la dificultad de la prueba plena de que el dinero con el cual se compra es el mismo procedente de la venta y el de la desvalorización de la moneda complican la solución justa de la cuestión (154).

Además, no se puede olvidar que los bienes que se transforman o se sustituyen y las subrogaciones de valor que se operan en el patrimonio del descendiente exigen un segundo requisito para que lleguen a ser reservables: que los herede el ascendiente reservista por ministerio de la ley. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre en las masas de bienes dotales, parafernales, gananciales, fideicomitidos, reservables en poder del ascendiente reservista o del cónyuge binubo (éstos, incluso antes de las segundas nupcias), etc., en las cuales de los bienes que salen de la masa especial, cuando no son específicamente sustituidos en la misma por otros bienes, queda en ella su valor como cuenta a favor, que deberá compensarse al liquidarlas; en cambio, a los bienes adquiridos por el descendiente a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano no parece que pueda someterseles a este criterio aislante del resto de su patrimonio, precisamente porque no puede decirse que en el mismo formen una masa especial diferenciada, ya que la

(154) El problema de la desvalorización de la moneda no creemos que deba resolverse en derecho sucesorio en los mismos términos impuestos por el Estado en las relaciones contractuales. Como expusimos al ocuparnos de la computación ("Apuntes de Derecho Sucesorio", III, § 11, C, págs. 492 y sigs. y en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-II, págs. 327 y sigs.), creemos que igualmente en los bienes reservables deberá aplicarse en cada caso el criterio que resulte más razonable, pero sin perder de vista que en estos casos de sustitución operada en el patrimonio del descendiente nunca puede exigirse la reserva por mayor valor efectivo que el recibido por el ascendiente reservista por ministerio de la ley.

reserva no obliga al descendiente y sólo nace en el patrimonio del ascendiente reservista.

Del patrimonio del marido se aislan los parafernales entregados, los dotales y los gananciales, de modo tal que aunque disminuya aquél no puedan reducirse esas masas separadas. Lo mismo ocurre en el patrimonio del reservista o del fiduciario respecto los bienes reservados y fideicomitidos. En cambio, en el patrimonio del descendiente, que adquirió bienes a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no existe razón alguna —positiva ni extralegal— para que se coloque ese dique ideal que impida el juego de los vasos comunicantes en beneficio de una masa especial que ni siquiera existe aún. Por eso se plantea la cuestión en otros términos, que con un ejemplo resultarán más claros: H. hereda de su madre M. bienes valorados en 100; de un tío T., por valor de 200, y por su esfuerzo adquiere 300: total, 600. En un momento dado vende todos estos bienes y los invierte en un negocio que liquida con pérdidas, dejando a su muerte únicamente 80. Con estos datos se pregunta: P, padre de H, que le heredó abintestato, ¿deberá reservar (v. gr., a favor de los padres o de los hermanos de M) los 80 íntegros que heredó? ¿No deberá reservar nada? O bien, ¿será reservable el resultado de resolver, por regla de tres, la ecuación:

$$\frac{100 + 300 + 600}{100} = \frac{80}{x}; \text{ o sea: } x = \frac{80 \times 100}{100 + 300 + 600} = \frac{8.000}{1.000} = 8.$$

A falta de diferenciación de masas en el patrimonio del descendiente, esa solución parece la más justa, aunque casi siempre resultará de difícil precisión numérica por las dificultades en la determinación de los bienes adquiridos por el mismo descendiente por otros títulos, en especial por producto de su trabajo.

21.—b) *Bienes que por razón de su origen pueden ser reservables.*

Los regímenes troncales distingúan entre los bienes del descendiente: los *propios* y los *adquiridos*. Sólo los primeros estaban sujetos a la sucesión troncal. Pero la determinación de los bienes *propios* no ha sido siempre la misma en todos los sistemas (155). En el Derecho del período de la Reconquista se habla de *bienes de abolengo o avoenga*, bienes de *parentela* y *heredades*. Este último término era más general pues, al parecer, comprendía tanto los bienes de *abolengo* como los de *parentela* (156). En los bienes de *abolengo* o *avoenga*, como etimológicamente indica el nombre, su origen familiar se remontaba hasta los abuelos, por lo menos. De *parentela* eran los bienes heredados de los padres, sea directamente o indirectamente por intermedio de un

(155) Ver Braga da Cruz, op. cit., vol. I, núm. 5, A, págs. 30 y sigs.

(156) Braga, op. y vol. últ. cts., 5, A, γ, págs. 63 y sigs.

colateral (v. gr., los heredados de un hermano y que hubieran pertenecido a un progenitor o progenitores comunes).

Tanto los de *parentela* como los de *abolengo* eran bienes *troncales*, con una sola diferencia entre unos y otros: Con respecto a los bienes procedentes simplemente de los padres, pero no de los abuelos, era más reducido el número de personas con derecho al retracto, a la reserva o a la sucesión troncal. Así, los bienes heredados del padre y no procedentes del abuelo eran considerados troncales con respecto a los descendientes de aquél, pero no con relación a sus hermanos y sobrinos (157).

Esta diferencia determina dos cuestiones diversas: la del carácter troncal de los bienes y la de qué personas tienen derecho a suceder en dichos bienes. Nosotros las estudiaremos separadamente. Ahora nos limitaremos a examinar la primera, para tratar seguidamente de la segunda.

Alonso Martínez dijo que con la fórmula propuesta por la Subcomisión desaparecería el peligro de que pasaran gratuitamente a personas extrañas "los bienes *poseídos secularmente* por una familia" (158); que el ascendiente heredero "sólo está obligado a reservar los bienes *troncales* que adquiera por ministerio de la ley" (159), y, más adelante, vuelve a hablar de la *finca troncal* (160). Pero la referencia a los bienes *poseídos secularmente* es posible que sólo la hiciera en atención al supuesto concreto que motivó la preocupación de la Comisión codificadora. Y de su alusión a *bienes troncales* o *finca troncal*, poco podremos deducir al no concretarnos el tipo o medida de troncalidad a que alude.

El artículo 811 se limita a exigir que el descendiente hubiese adquirido los bienes a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano (161). Para completar el sentido de este requisito, atendiendo a la finalidad del precepto, debe examinarse contemplando por separado

(157) Braga, vol. últ. cit., 5, A, α) y β), págs. 38 y sigs. y 53 y sigs.

(158) Op. cit., pág. 192.

(159) Pág. 253.

(160) Pág. 255.

(161) La determinación del *título gratuito* no ha dejado de plantear ciertas dudas a algunos juristas. Así, se patentiza en consulta núm. 97 de la Gaceta del Notariado de 13 de octubre de 1889 (T. XXXVIII, núm. 41); en la Rev. Gral. de Leg. y Jur. del primer semestre de 1891 (T. 78); en la Revista de los Tribunales de 13 y 27 abril 1895 (T. XXIX, núms. 15 y 17) y en la de 13 diciembre de 1902 (T. XXVI, núm. 50). La duda se concretó en determinar si los bienes adquiridos por sucesión intestada o por legítima pueden considerarse adquiridos a título lucrativo. En la consulta planteada a la Revista de los Tribunales de 13 abril 1895 (núm. 15, pág. 235) se llegó a dudar si incluso la herencia era título lucrativo o un derecho suyo (de los herederos) y si se limitaba la discutida expresión del título lucrativo a comprender el legado, la donación, la mejora, etcétera, pero no la herencia. La Redacción de la Revista hizo constar (pág. 236) que contestaba por mayoría, pero no por unanimidad. Su criterio fué que la herencia intestada es título lucrativo, pues esta expresión se emplea en el artículo 811 en oposición a título cneroso. En el núm. 17, de 27 de abril del mismo año, Alejo García Moreno (págs. 257 y sigs) explicó su voto en contra de la contestación anterior. A su juicio, si título lucrativo se emplea en contraposición a tí-

los bienes adquiridos gratuitamente por el descendiente de otro ascendiente y los adquiridos por el mismo con igual título de un hermano.

a) *Bienes adquiridos gratuitamente por el descendiente de otro ascendiente.*

Recién promulgado el Código civil en la "Gaceta del Notariado", Zorrilla Caballer (162) planteó si debían reservarse los bienes que hu-

tulo oneroso habría no sólo redundancia inútil, sino contradicción de fondo entre los artículos 970 y 971 con el 811, a no ser que se consideren los dos primeros como excepción del último. Pero, de esta derivación deberemos ocuparnos más adelante. A su juicio, título gratuito es un concepto más amplio que el de título lucrativo; éste tiene la característica específica, que puede faltar en aquél, del ánimo liberal del disponente, que falta en la sucesión legal.

La Redacción de la Gaceta del Notariado al contestar la citada consulta (página 648) la rechazó, calificándola de adquisición por derecho propio. Y, en cambio, la Gaceta de Registradores y Notarios, del 28 noviembre del mismo año (tomo XXIX, núm. 1.408, págs. 612 y sig.), en su sección editorial, discrepó de este criterio, estimando tan lucrativa la porción recibida por ministerio de la ley como por expresa liberalidad del testador. A su juicio, la clave de la solución "está en determinar qué títulos son lucrativos y cuáles no lo son, y para esto debe atenderse más a la persona que adquiere que a la que transfiere, porque el lucro o la carga en que se funde aquella distinción afecta al adquirente y no al transiente. Así es que son lucrativas todas las adquisiciones que se hacen sin que sufra menoscabo alguno el caudal del que adquiere, cuyo caudal recibe en aumento el valor de lo adquirido".

URBANO LÓPEZ DE HARO, *El artículo 811 del Código civil*, Rev. Trib. XXXVI, número 50 —13 diciembre 1902—, págs. 788 y sigs., afirmó, que sólo, puede entenderse por título lucrativo la donación, no la herencia intestada, pues se adquiere por ministerio de la ley (pág. 759). Tampoco estimó reservables, por otras razones, la herencia testada (pág. 790) y la donación tan sólo si el donante expresa la voluntad de establecer reserva (pág. 791).

La opinión ortodoxa la expuso Manresa, en la Rev. Gral. de Leg. y Jur. (T. 78, primer semestre 1891), al contestar a una consulta, "Sobre la reserva de bienes que establece el art. 811 del Código civil" (págs. 354 y sigs.): "En el lenguaje forense, lo mismo que en el común, se entiende y se ha entendido siempre por *título lucrativo* aquél en cuya virtud adquirimos una cosa gratuitamente, o sin que nada nos cueste, en oposición al *título oneroso*, en cuya virtud adquirimos una cosa pagando su valor, o dando otra en cambio, o prestando algún servicio, o sujetándonos a ciertas cargas. Las herencias testadas o intestadas, lo mismo que los legados y la donación simple, son y se han considerado siempre como título lucrativo o gratuito" (pág. 359).

Este mismo sentido expresaron Marcelo y Alvaro Martínez de la Cámara, en el Diccionario de su padre Marcelo Martínez Alcubilla (T. VII, voz Legítima, número V, I, pág. 840), y Sánchez Román (op. cit., VI-II, núm. 145, págs. 1020 y sigs.) que invoca la declaración de la S. de 8 noviembre 1894, que al admitir la existencia de la reserva dice en uno de sus considerandos que la materia de los derechos hereditarios representa un *título gratuito*.

Más recientemente MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, *La verdad sobre el 811*, Sevilla 1934, págs. 33 y sigs.; y en "Bienes que el reservista está obligado a reservar: ¿A quién se refieren las palabras del artículo 811 'los que hubiere adquirido por ministerio de la ley'?", en Revista de los Tribunales, LXVI, núm. 41, 8 octubre 1932, págs. 579 y sigs., ha querido matizar la adquisición a título lucrativo con la calificación por ministerio de la ley, pretendiendo aplicar esta última expresión a la adquisición del descendiente y no a la del ascendiente reservista, en contra lo que de la normal lectura del artículo parece. Más adelante nos ocuparemos de esta original y apasionada tesis y de su crítica.

(162) MARCELINO ZORRILLA CAVALLER, *Código civil: art. 811: sus prece-*

bieren sido gananciales del ascendiente de quien procedían. A su juicio, la cuestión debía resolverse negativamente, por estimar que la intención del legislador fué la de resucitar el antiguo derecho de troncalidad. Para ser reservables, con este criterio, los bienes debían proceder inmediata o mediatamente de un abuelo o de un bisabuelo.

Pocos días después, Redondo Reinoso (163) defendió la opinión contraria, de que no hacía falta que los bienes fueran troncales.

Como hizo notar Díaz Cobeña (164), el artículo 811, según "su sentido recto y gramatical", "impone la obligación de reservar, siempre que un ascendiente herede de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, sin exigir más condiciones ni referirse para nada a la procedencia anterior y forma o título de adquisición de dichos bienes por parte de la persona de quien proceden". Por lo cual estimó que deben considerarse reservables "todos los bienes que el ascendiente del reservista transmite a éste en herencia por ministerio de la ley, siempre que él, a su vez, los hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, aunque no sean patrimoniales ni procedan de los antecesores de éstos". En ese sentido dictaminó en contestación a la pregunta de si debía reservarse la mitad de gananciales correspondiente al ascendiente de quien procedían los bienes o bien sólo los que éste aportó como propios al matrimonio y los que heredó después de sus antecesores.

Hemos visto que reiteradamente el Tribunal Supremo para declarar reservables los bienes se ha desentendido de su origen mediato, deteniendo su investigación en el tránsito inmediato del "otro ascendiente" al descendiente. Insistiendo en que el precepto no obedece a un principio de verdadera troncalidad, ha prescindido de si aquél los adquirió a título lucrativo u onerosamente, o de si eran privativos, gananciales o comunes. Sin duda, esta interpretación es la más ajustada a la letra del artículo 811. Con su espíritu tampoco resulta en contradicción, siempre y cuando se complemente esta interpretación con una ajustada determinación de los parientes que se hallan en la línea de donde los bienes proceden.

8) *Bienes adquiridos gratuitamente por el descendiente de un hermano.*

Pueden ofrecerse varias opiniones para determinar si son siempre reservables o en qué casos lo son, aquellos que el ascendiente herede por ministerio de la ley de un descendiente que los hubiere adquirido a título lucrativo de su hermano.

1.º) El criterio de Manresa (165), que al parecer también es el de Burón (166)—pegado a una parte de la literalidad del texto legal—

dentes históricos: su alcance antiguo y moderno, en Gaceta del Notariado, volumen XXXIX, núm. 23 (8 junio 1890), pág. 355.

(163) MANUEL REDONDO REINOSO, *Nueva reserva establecida en el Código civil*, en "La Reforma Legislativa", año XIX, núm. 693 (22 junio 1890), pág. 195.

(164) Op. cit., XV, A, 4.ª pregunta, pág. 224.

(165) Op. y vol. cits., II, A, pág. 254.

(166) Op. y vol. cits., núm. 969, pág. 798.

los presupone reservables a favor de los parientes de tercer grado del descendiente, que lo sean por parte del hermano, en todos los casos en que su peripécia se ajuste a dicha letra, cualquiera que sea el origen anterior de los bienes, tanto si el ascendiente que los herede del descendiente no sea común a ambos hermanos como si lo fuera, y lo mismo si el hermano de quien procedan los bienes dejó descendientes como si no los dejó (167).

Narciso Riaza (168) critica duramente los resultados de la aplicación de esa tesis. Para ello plantea el supuesto de un hermano de doble vínculo F., que hace donación al otro hermano E.; éste fallece intestado y le hereda el padre común. Le parece una peregrina enormidad la solución de que a éste no pudiera heredarle únicamente —como sería normal, si no existiese el 811— su otro hijo sobreviviente, es decir, el propio donante de los bienes; sino que, por hallarse éste en segundo grado de parentesco del descendiente, igual como los abuelos, tendría que compartirlos con éstos.

2.º) Un hipotético segundo criterio —restrictivo de la letra por razón del fin del 811— podría consistir en aplicar la vieja doctrina de los bienes de parentela. Es decir, en distinguir, en este caso, si el hermano adquirió a su vez los bienes en cuestión a título oneroso o gratuito, y en este caso si los adquirió o no de un ascendiente. Según esta tesis, sólo en caso de que el hermano hubiese adquirido, a su vez, por herencia o donación los bienes de un ascendiente éstos serían reservables; y entonces la determinación del ascendiente de quien los hubiera adquirido el hermano determinaría la línea de procedencia de los bienes a los efectos de aplicar el artículo 811. (Ningún autor —que sepamos— ha intentado aplicarlo al artículo 811.)

3.º) Un tercer criterio —apoyado también en el espíritu pero con mejor encaje en la letra del precepto— parece indicado por Falcón (169) y más tarde fué expuesto por Calderón Neira (170). Según este autor, para determinar si son reservables no se busca el origen de los bienes más allá del hermano; pero, en cambio, se examina si por su tránsito al ascendiente pueden dar lugar o no a un cambio de línea. Sólo en el primer caso admite la reserva. Veamos cómo lo explica:

“Supongamos que fallece una persona cuyo heredero es un hermano

(167) Más adelante (pág. 262) añade que: “Si los bienes proceden de un hermano de doble vínculo la cuestión de línea es indiferente; porque hijos, el descendiente fallecido y el hermano de quien proceden los bienes, de los mismos padres, los parientes de uno y de otro son todos de la misma línea.” “Si se trata de medio hermanos, resuélta la cuestión de línea y se atiende al ascendiente (padre o madre común). Si provienen de un mismo parentela, los parientes por parte del parentela serán los de la línea de que procedan los bienes. Si provienen de la misma madre, sólo los parientes maternos tendrán derecho a los bienes reservables... Fuera de esto, tratándose de una sucesión lineal, es indiferente, como dijimos en su lugar, que los bienes procedan de un hermano o de un medio hermano.”

(168) Op. cit., págs. 120 y sig.

(169) MODESTO FALCÓN, *Los artículos 811 y 812 del Código civil*, en “Revista de los Tribunales”, t. XXII (17 y 24 enero 1891), págs. 18 *in fine* y 19.

(170) Loc. cits., págs. 475 y ss.

por parte de madre, y que este heredero fallece a su vez, heredándole su padre; ¿hay lugar a la reserva del artículo 811? Indudablemente, porque los bienes, al ser heredados por el padre, salen de la línea que los adquirió, la materna. Pero, cambiemos un poco las circunstancias y supongamos que al primer hermano fallecido le hereda un hermano por parte de padre y madre, que ese hermano fallece a su vez y que le hereda el padre; ¿habrá lugar a la reserva? No, porque en ese caso no hay línea especial que haya traído a la familia los bienes y de la que salgan éstos, ambos hermanos son parientes de padre y madre y al heredar aquél no salen los bienes de la línea.”

Las razones de esa solución las halló Calderón:

α) En el fin del artículo 811, que presupone que la reserva lineal “sólo es procedente cuando los bienes provienen de una línea y al pasar al ascendiente salen de ella”.

β) En la letra del artículo 811, que habla de *la linea de los bienes*, por lo que “la reserva no puede comprender el caso en que los bienes no provengan de *una linea*, como exige el artículo, sino de *lineas*, y sabido es que en esta materia la interpretación estricta es de rigor”.

γ) En los precedentes históricos, que consideraron como bienes *sin linea* los heredados por un hermano de otro de doble vínculo, mientras que el artículo 811 exige literalmente para su aplicación que los bienes sean de *linea*.

4º El cuarto criterio —que anticipadamente confesamos es el nuestro—, es totalmente respetuoso con la letra del artículo 811, pero restrictivo con respecto a la generalización de parte de la letra que hacen los defensores de la primera tesis. Admite como reservables todos los bienes que el ascendiente adquiera por ministerio de la ley de un descendiente y que, a su vez, éste los hubiera adquirido a título lucrativo de un hermano; pero restringe la interpretación de la norma en cuanto a la determinación de qué personas se hallan en la linea de procedencia de los bienes.

Con esto volvemos a encontrarnos ante el problema crucial de la interpretación del precepto, a saber: la determinación de los parientes que se hallan en la línea de donde los bienes proceden.

Antes de entrar en ese tema, señalaremos que con las tres resoluciones restrictivas que hemos enumerado no se llegaría a igual solución en todos los casos. Para entenderlo expondremos este ejemplo:

A. adquiere unos bienes a título oneroso y se los dona a B., su hermano de padre. Muere este hermano y le sucede abintestato su madre M' (madrasta de A.), habiendo premuerto el padre común P. Al morir M' vive aún el hermano donante A., así como sus abuelos comunes con B., PP. y PM., los abuelos de B. (que no lo eran de A.) por su madre. MP' y MM', y los de A. (que no lo eran de B.), MP. y MM.

Con la tesis de Manresa: los bienes serían reservables. Pero MP. y MM. no tendrían derecho a la reserva por no ser parientes de B. Siendo PP., PM. y A. quienes tendrían que dividirselos por partes iguales, pues los tres se hallan en el segundo grado de B., por parte

de A. Y aplicando la opinión de Hernández Gil—antes aludida— de que en la reserva el orden de los ascendientes es preferido al de los colaterales del descendiente: A. sería pospuesto a PP. y PM., que por mitad se distribuirían los bienes reservables.

Según la segunda tesis, los bienes no serían reservables, pues por haberlos comprado A. les faltaría el requisito de proceder, siquiera mediatamente, de un ascendiente.

Conforme la tesis de Calderón, los bienes serían reservables por haber pasado a través de B. a su madre M., que no era pariente de A. La solución no diferiría de la de Manresa en este caso por haber diversidad de línea entre el hermano y el ascendiente reservista. Su disparidad existiría en caso de que A. y B. fueran hermanos de doble vínculo, pues, entonces, según Calderón no habría reserva.

De aplicar la cuarta tesis, los bienes serían reservables, pero la reserva no jugaría en favor de PP. ni de PM., sino sólo a favor del propio donante A. y de los hijos y nietos de éste, únicos que se hallan en la línea de donde los bienes proceden, según el criterio que vamos a defender. Al haber comprado los bienes A., sólo éste es tronco del que proceden los bienes y sólo en él nace la línea de parientes que enlaza con la de procedencia de los bienes.

Lo mismo ocurriría, conforme esta cuarta solución, si A. hubiera heredado los bienes de su madre M., pues la reserva no podría jugar a favor de PP. ni de PM., por no hallarse tampoco en la línea de procedencia de los bienes; ni de MP. y MM., por no ser parientes de B. Sólo A. y sus hijos podrían ser reservatarios, al no tener A. otros hermanos que sean hijos comunes de P. y M. (es decir, que fueran de la línea de los bienes, por ser hijos de M., y parientes de segundo grado de B., por ser hijos del P.).

(Continuará.)

Legitimación por concesión real

BLAS PIÑAR LOPEZ
Doctor en Derecho
Notario

I. LAS FUENTES DE LA LEGITIMIDAD

El matrimonio ha venido siendo considerado, y lo seguirá siendo en lo sucesivo, como la fuente ordinaria de la legitimidad. Sólo el matrimonio, en efecto, hace lícito el hecho de la concepción entre personas de sexo diferente. Matrimonio y concepción en el matrimonio por el marido de la madre—la cual se presume de conformidad con el adagio: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*—son requisitos de la legitimidad.

De aquí que la doctrina, al estudiar las relaciones de filiación, distinga entre hijos legítimos e ilegítimos, identificando a aquéllos con los matrimoniales y a los últimos con los engendrados fuera del matrimonio.

Esta identificación, sin embargo, es inexacta, ya que el ordenamiento jurídico—tanto el histórico como el actual—admitе supuestos de hijos legítimos extramatrimoniales en los que el matrimonio no actúa como fuente de la legitimidad o en los que ni siquiera existe el matrimonio.

En efecto, constituye *ius receptum* en todas las legislaciones modernas que el hijo concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración es legítimo cuando concurre alguna de las circunstancias que en nuestro Derecho enumera el artículo 110 del Código civil (1), y ello a pesar de haberse rebasado los plazos establecidos acerca de la presunción de legitimidad y que nuestro Código, como se sabe, recoge en su artículo 108 (2).

En este caso el matrimonio no es fuente originaria de la legitimidad. El *dies conceptus* es anterior al matrimonio: mas en

(1) «Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriese alguna de estas circunstancias: 1.^a) Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer. 2.^a) Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiera dado a luz. 3.^a) Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.»

(2) «Se presumrán legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.»

atención a que el *dies partus* tiene lugar después de su celebración, el hijo concebido como ilegítimo nace legítimo. Aquí, como hemos dicho, el matrimonio no es fuente originaria de legitimidad, sino medicina purificadora de la ilegitimidad.

Pero hay ocasiones en que no sólo el *dies conceptus*, sino también el *dies partus* tiene lugar sin que entre los padres haya mediado el matrimonio. En tales supuestos el matrimonio subsiguiente de los padres puede producir la legitimación de la prole habida con anterioridad. Así fué establecido por el Derecho romano de la última época, por el Derecho canónico (3) y por el derecho intermedio, y así lo admiten las legislaciones sin más excepción que la inglesa (4) que por su carácter autóctono escapó, sin duda, a la influencia romano-canónica.

En este caso el hijo nace ilegítimo y permanece ilegítimo hasta que por la legitimación adquiere la legitimidad. El matrimonio por sí solo no la determina. Se hace preciso el reconocimiento de la prole, bien mediante los llamados hechos concluyentes (5), bien mediante una declaración formal que en nuestro Derecho ha de ajustarse a los términos del artículo 131 del Código civil (6).

Pero, como antes decíamos, la legitimidad puede existir aunque el matrimonio no exista. Tal sucede cuando, a pesar de la fuerza del brocado *quod nullum est nullum producit effectum*, se salva la legitimidad de los hijos amparándose en la buena fe de ambos o de uno de los contrayentes (matrimonio putativo, artículo 69 del Código civil español) (7), cuando por no ser posible el subsiguiente matrimonio de los padres se obtiene la legitimidad prescindiendo del mismo (legitimación por concesión real).

II. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL INSTITUTO

Históricamente la llamada legitimación por concesión real aparece como un subrogado de la legitimación por subsiguiente matrimonio. Esta última, que no tuvo al principio sino el carácter transitorio inherente a las moratorias, se transformó por obra de Justiniano en una institución definitiva en virtud de la cual podían

(3) «Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonii legitimi habeantur. (Decretal de Alejandro III, cap. 6. «Extra qui filii sint legitimi».)

(4) Hasta la *Legitimacy Act.*, de 1926.

(5) Colocarse los hijos bajo el velo de la madre durante la ceremonia nupcial «Mantelkinder» del Derecho germánico intermedio; posesión de estado. En las regiones francesas de Derecho consuetudinario regía el principio «Enfants nés avant le mariage, mis sous le poêle (o de voile) son legitimés».

(6) El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.»

(7) «El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo. Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos...»

devenir legítimos los hijos de aquellos que *voluerint eas ducere uxores quae antea fuerint concubinae.*

Ahora bien; como el matrimonio entre los concubinos podía ser imposible, por un obstáculo natural (muerte de uno de los progenitores), moral (indignidad de uno de ellos) o jurídico (sorpresa de un impedimento), el mismo Justiniano en su Novela 74, capítulo 2.^o y 89, capítulos 9 y 10, permitió que los hijos pudieran legitimarse, prescindiendo del matrimonio, en virtud de una concesión imperial, regulando a tal fin con todo detalle el instituto que él mismo denominó *legitimatio per rescriptum principis.*

Con la *legitimatio per rescriptum principis* se confunden en el Derecho intermedio dos instituciones de idéntico cuño que elaboran con independencia el Derecho germánico y el Derecho canónico, a saber: la *dispensatio natalium* y la *legitimatio ad spiritualia*. La finalidad propia de ambas instituciones no era la de transformar al hijo ilegítimo en legítimo, sino, sencillamente, la de remover el obstáculo que la ilegitimidad ofrecía para obtener determinados oficios, disfrutar de ciertos honores, tener acceso a las órdenes sagradas y recibir dignidades y beneficios eclesiásticos.

La confusión de la *dispensatio natalium* y la *legitimatio ad spiritualia* con la *legitimatio per rescriptum principis* se produjo en un clima signado por el principio de que siendo el Príncipe absoluto autor y señor de la ley, *quidquid Princeps placuit lex est*. A ello se debe que las normas del derecho justiniano sobre la *legitimatio per rescriptum principis* se desdibujen y amalgamen, amparándose bajo aquella rúbrica: a) Legitimaciones por el Papa o sus legados apostólicos, con trascendencia civil (legitimación por el Pontífice Inocencio III de los hijos que el Rey de Francia, Felipe Augusto, tuvo de Ana de Meranie); b) Legitimaciones con alcance distinto, bien para heredar, bien para la remoción de irregularidades dimanadas del nacimiento que hacían imposible el acceso a la nobleza o a los empleos públicos; y c) Legitimaciones concedidas sin sujeción a reglas o requisitos y apoyadas en una prerrogativa real incensurable, absoluta y sin limitaciones, que el soberano podía caprichosamente delegar, como de hecho consta que fué delegada, en cuerpos y colegios especiales, en los condes palatinos e, incluso, en particulares. Así, los juristas Baldo, Bartolo de Sassoferata y Strikio gozaron, por delegación, del *ius legitimandi*.

III. DERECHO COMPARADO

Los abusos cometidos, la consideración de que la *legitimatio per rescriptum principis* retraía del matrimonio y, especialmente, el resquemor que la nueva ideología llevaba consigo contra todo aquello que recordara al viejo régimen, hizo que nuestra institución fuera suprimida por los redactores del Código civil francés.

La realidad es, sin embargo, que dicho cuerpo legal no suprimió nada sino que confirmó una situación de antemano establecida. En efecto, la legitimación «par lettres du Roi», aun antes de la Revolución, tenía el carácter de una mera *dispensatio natalium* o *legitimatio minus plena* encaminada a remover alguna de aquellas irregularidades a que antes hicimos referencia, pero sin trascender jamás al campo del derecho familiar o sucesorio. Iniciada la Revolución y desaparecidas las incapacidades derivadas del nacimiento extramatrimonial, la legitimación por merced del soberano—como explica Bigot-Preamenau (8)—no tenía razón para sobrevivir en el Código.

La influencia del Código napoleónico trajo consigo que la institución fuera desconocida por los Códigos argentino, colombiano, mexicano, uruguayo, guatemalteco y portugués.

En Italia, los redactores del Código de 1865 se enfrentaron, de una parte, con una discusión doctrinal en la que se barajaban los tópicos un tanto manidos de la soberanía usurpada por los reyes y de la ingerencia absurda del Príncipe en los derechos de familia, y de otra, con una situación legal distinta en los diversos estados que constituyeron la Monarquía, ya que mientras la institución había sido suprimida por los Códigos de Nápoles (art. 253) y Cerdeña (art. 171) que sólo admitían la legitimación por subsiguiente matrimonio, continuaban manteniéndola y regulándola los Códigos parmesano (arts. 131 al 138), estense (arts. 166 al 173), albertino (art. 171 al 179) y de las dos Sicilias (art. 256).

La *legitimatio per rescriptum principis* subsistió en el Código civil italiano de 1865 (arts. 194 y sigs.) «como último y humano refugio dado a una prole desventurada y a unos padres infelices»—según frase de Pisaneli—y ha pasado, sin discusión y con algunos retoques, especialmente en materia de procedimiento, al nuevo Código de 1942.

El Código austriaco admite la *legitimatio per rescriptum principis* como una mera dispensa de irregularidades *ex defectu natalium*, estableciendo en su artículo 162, luego de proclamar que «la ilegitimidad no perjudica a la estimación civil de la prole... no siendo necesario a este fin un rescripto especial del soberano que la declare legítima», que ello no obstante, «los padres podrán invocar dicho rescripto cuando quieran equiparar a sus hijos ilegítimos con los legítimos en las prerrogativas inherentes a su condición o al derecho sobre aquellos bienes que pueden transmitir libremente a sus herederos». «Este rescripto—añade—no produce efectos con relación a los otros miembros de la familia.»

En la actualidad, y debido al cambio de régimen político operado al concluir la primera guerra mundial, la legitimación es concedida por el Presidente de la República.

En Alemania, el *ius legitimandi* fué ejercido no sólo por el Em-

(8) *Exposé de motifs*, núm. 30.

perador, sino también por los soberanos territoriales. Admitida la institución por el Código bávaro y en el Landrecht prusiano, fué recogida por el Código civil de 1896 bajo la rúbrica de «declaración de legitimidad» en sus artículos 1.723 a 1.740.

El Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907, en sus artículos 260 y 261, y a su imitación el Código civil turco de 17 de febrero de 1926, en sus artículos 330 y siguientes, regulan paralelamente a la *legitimatio post nuptias* una legitimación que se denomina «par autorité de justice». De conformidad con lo preceptuado en dichos cuerpos legales «l'enfant de père et mère qui se sont promis le mariage, mais qui n'ont pu le célébrer par suite du décès de l'un des fiancés ou de perte de la capacité requise pour contracter mariage, sera légitimé par le juge à la demande de l'autre fiancé ou de l'enfant lui-même» (art. 260 párr. 1.º del Código civil suizo).

De este brevísimo examen de derecho comparado se desprende que el criterio de la supresión iniciado por el Código civil francés se halla superado y que las legislaciones más recientes y mejor elaboradas desde el punto de vista técnico, mantienen y disciplinan la institución que nos ocupa. Esta subsistencia no es un lastre histórico que se conserva por veneración y respeto al derecho tradicional, sino el fruto de una detenida meditación sobre los intereses en juego. De aquí que haya podido decirse que el fundamento de la *legitimatio per rescriptum principis* no es sólo de carácter histórico, sino también de carácter nacional. Y que ello es así lo prueba que el Derecho inglés, refractario, como hemos visto, a la *legitimatio per subsequens matrimonium*, permite la legitimación por acta del Parlamento, y que incluso aquellos países que han rechazado la institución se han visto obligados a admitirla para casos excepcionales.

En efecto, en Francia la ley de 7 de abril de 1917 y la de 2 de noviembre de 1941, completada por la ordenanza de 2 de diciembre de 1944, facultan para legitimar por sentencia a los hijos de padres muertos en acción de guerra o a consecuencia de heridas o enfermedad contraída o agravada con ocasión de la misma, siempre que resulte de documentos ciertos el propósito de la víctima de legalizar su unión con la madre y de legitimar a la prole. En Italia, no obstante admitirse la legitimación por gracia real, los preceptos del Código resultaban tan excesivamente estrechos, que se hizo necesaria la promulgación de los Decretos de 14 de octubre de 1951 y 23 de mayo de 1918, a fin de legitimar a los hijos de aquellos que no habían podido contraer matrimonio por haber muerto en campaña antes de que surtieran efecto los poderes que habían otorgado para contraerlo. Y en Portugal, donde los supuestos análogos, a falta de ley especial, se resolvieron—como dice Cunha (9)—aplicando el artículo 208 del CÓ-

(9) *Tratado de Direito civil*, vol. II, Coimbra, 1930, pág. 245.

digo del Registro civil de 1911 y considerando el matrimonio como celebrado en campaña y susceptible de ratificación o conversión en definitivo a instancia del otro cónyuge o del heredero universal.

Todo ello revela que—como entre nosotros ha escrito Manresa (10)—de no existir el *ius legitimandi* como facultad del poder ejecutivo, es necesario adoptar otro medio equivalente que permita legitimar en aquellos casos en que el matrimonio resulta imposible.

IV. LA LEGITIMACIÓN POR CONCESIÓN REAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

En nuestro Derecho histórico la *legitimatio per rescriptum principis*—desconocida al igual que la *legitimatio post nuptias* por el *Liber iudiciorum*—aparece en el Fuero Real, cuya ley 17, título 6, libro 3.^o dice: «Magüer que el fijo que no es de bendición no debe heredar, según que manda la Ley; pero si el Rey le quisiere hacer merced, puedale hacer legítimo y sea heredero también como si fuera de muger de bendición: ca así como el Apostólico ha poder llenamente en lo espiritual así lo ha el Rey en lo temporal; e como el Apostólico puede legitimar aquél que no es legítimo para haber Ordenes e Beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar, e para las otras cosas temporales.»

Por su parte, la ley 86 del Fuero de Ayala, introduciendo una costumbre desconocida en lo antiguo—como dice Martínez Marina (11)—, admite la legitimación por rescripto con texto casi idéntico al del Fuero Real: «Magüer el fijo que non es de bendición non debe heredar, según dice la ley; pero si el Rey le quisiere hacer merced, puedelo hacer legítimo, o que sea heredero también como si fuere de bendición; que así como el Papa puede legitimar para hacer ordenes o beneficio, así puede el Rey para heredar e para las otras cosas temporales».

La ley 4.^a, título 13, Partida 4.^a, mezclando, al igual que el Fuero Real y el Fuero de Ayala, la doctrina civil heredada de Justiniano con la *legitimatio ad spiritualia* que reguló el capítulo 13, título 17 del libro 4.^o de las *Decretales*, declara que «piden merced los omes a los Emperadores e a los Reyes en cuyo Señorio biven, que les fagan sus hijos que han de barraganas legítimos. E si caben su ruego, e los legitiman, son dende adelante legítimos, e han todas las honras, e los proes que han los hijos que nascen de casamiento derecho. Otrosi el Papa puede legitimar a todo ome que sea fijo, quier sea fijo de Clérigo o de lego; de guisa, que pueden ser Clérigos los que legitimare, e sobr e aver Dignidades. E magüer el Papa dispensare con algunos de

(10) *Comentarios al Código civil español*, 5.^a ed., t. I, pág. 564.

(11) *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, 1834, tomo I, pág. 270, nota 2.

estos tales, que sean Clérigos, no se entiende por eso, que dispensa con ellos que ayan Dignidades; fuera si lo dixesse señaladamente en la dispensación. E como quier que los legitime, por estas cosas sobredichas non se entiende que dispensa con ellos para poder aver Obispados, nin arçobispados: fueran ende, si en la dispensación lo dixesse señaladamente. E magüer dispensasce con ellos, para aver Ordenes, e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales, fueras ende, si fuessen de su temporal jurisdicción. Esso mismo es, si el Emperador o el Rey legitimasse algunos: ca magüer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdicción, non le puede fazer en las cosas espirituales, que puedan ser Clérigos o Beneficiados.»

Las dudas suscitadas en la práctica por la contradicción, al menos aparente, entre el Fuero Real y las Partidas y que dieron origen a un debate doctrinal interesantísimo acerca de la subsistencia de la *legitimatio per rescriptum principis* en el caso de sobrevenir hijos legítimos, motivaron la ley XII de Toro, luego ley 7.º título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que con un criterio ecléctico y conciliador se resuelven las indicadas controversias.

La Real Cédula de 23 de enero de 1794 (ley 4, tit. 37, libro 7 de la Novísima Recopilación) dictada por Carlos IV e influída, sin duda, por la nueva ideología que también empezaba a abrirse paso entre nosotros dado el prestigio de la Enciclopedia, dispuso que «todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, que no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi Real autorización y por legítimos para todos los oficios civiles».

La Real Cédula de 21 de diciembre de 1800, rectificada por la Real Orden de 5 de agosto de 1818, fijaron las cantidades que era preciso abonar para obtener en cada caso la legitimación.

Las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, sancionadas por las sentencias del T. S. de 20 de junio y 12 de diciembre de 1865, resolvieron que, no obstante lo dispuesto en la ley XII de Toro, era posible legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos incestuosos cuando el impedimento era indispensable, por lo que en tales supuestos era innecesario recurrir a la *legitimatio per rescriptum principis*.

La ley de gracias al sacar de 14 de abril de 1835 reguló de nuevo la materia, estableciendo en su artículo 1.º que «el rey resuelve todas las instancias sobre... legitimaciones de hijos naturales», añadiendo en su artículo 2.º que para concederlas «deberán concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente».

La Real Orden de 19 de abril de 1838 fijó el procedimiento que había de seguirse a fin de obtener dichas legitimaciones.

El proyecto de Código civil de 1855 (art. 118) y el libro I del

Proyecto de 1869, fieles a su inspiración napoleónica, no admitieron otro medio de legitimar a la prole que las nupcias subsiguientes de los padres. «Nuestra nueva organización política—dice secamente García Goyena (12)—rechaza la legitimación *per rescriptum principis*. A su amparo—se alegó también entre nosotros—se han cometido demasiados abusos y se ha dado origen a graves escándalos legitimándose caprichosa y arbitrariamente a hijos *ex damnatu coitu*. Muñoz, en sus *Fueros y Cartas pueblas* (13) alude a la Circular del Consejo de Castilla de 7 de mayo de 1596 dirigida a los Corregidores y Alcaldes mayores en que se les encarga «no permitan que los clérigos den a sus hijos más hacienda de la que por las legitimaciones se les hizo merced». El mismo García Goyena (14) asegura que en su época el Ministerio de Gracia y Justicia legitimaba en las Colonias toda clase de hijos, prescindiendo de la moral y atendiendo tan sólo a un fin lucrativo. Pacheco (15), por último, da cuenta de haber leído una cédula de legitimación concedida por Don Carlos IV al hijo de un sacerdote.

Estos abusos que ciertamente son deplorables, arguyen cuando más, como indica Manresa (16), un procedimiento defectuoso que no puede alcanzar a la institución en sí misma. «Si a pesar de las precauciones que se adopten, dice Luis María Sáez (17), es posible legitimar a un hijo dañado ayuntamiento, sensible es, pero preferible a que se impida en los infinitos casos restantes lo sean otros hijos que sin ofensa a la moral y a las buenas costumbres pueden purificar el vicio en que fueron engendrados». «La experiencia de tantos siglos, concluye Benito Gutiérrez (18), acredita que no es prudente renunciar por completo a este remedio que en tiempo de mayor o de la misma moralidad ha producido bienes.»

Observaciones tan prudentes y ponderadas y el ejemplo del Código civil italiano de 1865 que tan sensiblemente había de influir en el nuestro, hicieron revisar el sistema de los proyectos de Código de 1851 y 1869 y ya el Proyecto de 1882 admite y regula en sus artículos 98 a 107 la legitimación por gracia del soberano.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 (arts. 1.335 al 1.346) y la vigente de 1881 (arts. 1.980 a 1.993) introdujeron algunas modificaciones en el procedimiento.

La Base 5.^a de la ley de 11 de mayo de 1888 estableció que «se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión real, limitando ésta a los casos en que medie

(12) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. I, pág. 131.

(13) Página 29, nota.

(14) Obra citada, pág. 132.

(15) *Comentario histórico-cítrico y jurídico a las leyes de Tor*, 1862, t. I, página 191.

(16) Obra y tomo citados, pág. 564.

(17) *La familia ilegítima*, Madrid, 1882, págs. 95 y sig.

(18) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1862, t. I, págs. 575 y sig.

imposibilidad absoluta de realizar la primera y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar... las legitimaciones cuando resulten realizadas fuera de las condiciones de la ley». La Base 9.^a, por su parte, señaló que el «Registro del estado civil comprenderá las inscripciones de... legitimaciones».

El Código civil de 1889, ajustándose a lo prevenido en la Ley de Bases, preceptúa en su artículo 120 que «la legitimación tendrá lugar: 1) Por el subsiguiente matrimonio de los padres. 2) Por concesión real», regulando esta última en sus artículos 125 a 128, ambos inclusive.

El Reglamento orgánico del Ministerio de Gracia y Justicia de 17 de abril de 1890 en sus artículos 147 al 151 y el Reglamento de Procedimiento del mismo Ministerio de 7 de enero de 1901 en sus artículos 49 a 53 regulan la forma de solicitar la concesión.

Suspendida *de facto* la tramitación de los expedientes de legitimación por concesión real desde el advenimiento de la segunda República, el nuevo Estado promulgó el Decreto de 19 de junio de 1943 por considerar, como indica en su preámbulo, que era preciso «reimplantar una institución de vieja raigambre en el Derecho civil patrio». Con dicho fin y como se especifica en su artículo único «a partir de la publicación de este Decreto (19) el Ministerio de Justicia reanudará, sin modificación alguna en cuanto a procedimiento jurídico vigente, la tramitación de expedientes de legitimación por concesión soberana, que se hará en nombre del Jefe del Estado».

Tal es, referido con el máximo detalle, el desenvolvimiento legislativo que en nuestro Derecho ofrece una institución considerada por la moderna doctrina española de valor y utilidad innegables (20) de evidente necesidad (21), de la que somos partidarios (22), con la cual estamos conformes (23), cuya subsistencia hemos defendido (24), que no debe borrarse de nuestras leyes (25) y sin la cual podría surgir un obstáculo infranqueable entre la culpa y el arrepentimiento (26).

Rompen tan sólo esta admirable y poco frecuente armonía las opiniones de Valverde y Abella. El primero (27), luego de afirmar

(19) *Boletín Oficial del Estado* de 11 de julio de 1943.

(20) MANRESA: *Obra* y tomo citados, pág. 564.

(21) CLEMENTE DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, Madrid 1927, tomo VII, pág. 293.

(22) ANGULO LAGUNA: *Estudios sobre la condición jurídica de los hijos legítimos*, Madrid, 1906.

(23) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, Madrid, 1942, 5.^a edic., tomo III, pág. 332.

(24) COMAS: *La revisión del Código civil español*: Parte general. Madrid, 1895, pág. 339.

(25) SÁEZ: *Obra* citada, pág. 98.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1912, tomo V, vol. 2.^o, página 991.

(27) *Tratado de Derecho civil español*, 4.^a edición. Valladolid, 1938, tomo IV, página 456.

que las modernas tendencias se inclinan a no admitir la legitimación por concesión real, concluye que «debe suprimirse tal institución de los Códigos civiles». El segundo (28) entiende «que hubiera sido preferible dejar las cosas como estaban en el proyecto de 1851 que no admitía otra legitimación que la por subsiguiente matrimonio, atemperándose así a la ley y a los más sanos principios de la moral y del derecho natural».

La simpatía general para la institución no implica ni mucho menos conformidad y aplauso para la disciplina del Código. Como luego tendremos ocasión de examinar, la doctrina ha fustigado severamente al legislador al estudiar los efectos de la *legitimatio per rescriptum principis* en el ordenamiento jurídico vigente. Pero aun sin entrar en el examen y estudio comparativo de tales efectos se advierte ya por algunos que en nuestro Código la institución está falseada en sus fundamentos, constituyendo su denominación un verdadero anacronismo. La institución, se arguye, debe ser reformada y modernizada en el sentido de que el *ius legitimandi* no constituya una facultad del Jefe del Estado, sino una función encomendada a los funcionarios del poder judicial (29).

V. NATURALEZA JURÍDICA

Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en el régimen de nuestro Código civil la *legitimatio per rescriptum principis* se mantiene fiel a su perfil histórico, siendo concedida por el soberano. Ello obliga a plantear no solo el problema genérico de la naturaleza jurídica de la institución, propio de todas aquellas legislaciones que admiten el instituto, sino también el de la naturaleza jurídica de la resolución soberana que la otorga. Veamos con separación cada uno de los problemas mencionados.

A) NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

a) *Teoría de la ficción*.—«*Legitimatio*—dice Justiniano (30)—est *actus*, quo liberò illegitimi finguntur ex justo matrimonio nati.» Ahora bien, así como en la legitimación por subsiguiente matrimonio la ficción consiste en que se supone celebrado el matrimonio con anterioridad a la concepción, o en que se supone operada ésta después de contraídas las nupcias, en la *legitimatio per rescriptum principis* la ficción consiste en suponer la existencia de un matrimonio que ni de hecho ni de derecho ha sido celebrado.

Tal es la tesis que pudieramos llamar tradicional y que se apoya en el punto de vista, al principio mencionado, que hace del ma-

(28) *Código civil español*, Madrid, 1904. 5.^a ed., pág. 89, nota 5.

(29) ANCULO LAGUNA: *Obra citada*, pág. 194, y CLEMENTE DE DIEGO: *Obra citada*, pág. 293.

(30) *Parrafo 13 de nuptiis*.

trímonio la única fuente de la legitimidad. Dicha tesis la comparan Pothier (31), Barone (32), Ruggiero (33), Llamas y Molinas (34), Pacheco (35), Escriche (36), del Viso (37), Morató (38), Marichalar y Manrique (39), Manresa (40), Valverde (41) y Clemente de Diego (42).

b) *Teoría del beneficio de ley*.—La doctrina de la ficción ha sido severamente criticada. De un lado se aduce que la misma se halla en abierta contradicción con las líneas conceptuales que de la *legitimatio per rescriptum principis* tuvo el Derecho romano, toda vez que esta forma de legitimación fué admitida incluso en el supuesto de que los padres no hubieran querido contraer matrimonio: *si quis mulieren in suo contubernio collocaverit, non ab initio ad affectione maritali* (43). De otra parte, se escribe, la ficción no puede ser jamás instrumento de elaboración jurídica y mucho menos de interpretación de la ley positiva.

Apoyándose en los argumentos mencionados Stolfi (44) y Dusi (45) estiman que la legitimación por concesión real constituye un beneficio de ley, un *ius singulare pietatis causa* de carácter especial.

c) *Teoría de la convalidación civil*.—Rechazando también la tesis de la *fictio iuris*, Sánchez Román (46) considera que la legitimación, al convertir en legítima una realidad creada fuera del orden de la ley, debe calificarse como un modo de Derecho que realiza una convalidación civil, sin que sea necesario, para que esta convalidación se produzca, recurrir al cómodo expediente de fingir un matrimonio que nunca existió.

El debate doctrinal en torno a la naturaleza del instituto que nos ocupa no es en principio un problema sin importancia, ya que la solución que se adopte obligará a que el perfil de la figura sea distinto y a que la disciplina discorra por camino diferente.

(31) *Oeuvres*, VI, *Du mariage*, núm. 416, pág. 185.

(32) *La legitimazione per decreto reale nel sistema della legge e nella pratica amministrativa*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1916, I, pág. 30.

(33) *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, 5.^a ed., vol. II, pág. 652.

(34) *Comentario crítico-jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 5.^a edición, Madrid, 1875, t. I, pág. 258.

(35) Obra y tomo citados, pág. 190.

(36) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1875, t. III, pág. 84.

(37) *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1885, 5.^a edición, t. I, pág. 167.

(38) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, Valladolid, 1862, t. I, pág. 156.

(39) *Recitaciones del Derecho civil de España*, Madrid, 1916, t. I, pág. 20.

(40) Obra y tomo citados, pág. 550.

(41) Obra y tomo citados, pág. 456.

(42) Obra y tomo citados, pág. 289.

(43) Constitución II, Cód. 5.^o, 27.

(44) *Diritto civile*, vol. V: *Diritto di famiglia*, 1921, pág. 500.

(45) *Della fusione e dell'adozione*, 2.^a ed., 1924, pág. 815.

(46) Obra, tomo y volumen citados, pág. 990.

Si la legitimación por gracia del soberano es una mera ficción, será preciso, como dice Morató (47), que la legitimidad concedida sea verosímil, fingiendo ciertamente lo que no ha sucedido, pero ha podido suceder, pero nunca aquello que ni ha sucedido ni ha podido suceder.

Si la legitimación, por el contrario, constituye un beneficio de ley o un simple expediente de convalidación civil, entonces, la *pietatis causa* que inspira a la institución no debe respetar los moldes impuestos por la supuesta existencia de un matrimonio imaginario (48). En este sentido ni la libertad de los contrayentes en el momento de la concepción, ni su carácter supletorio con respecto a la *legitimatio post nuptias*, ni las demás exigencias que los Códigos modernos acostumbran señalar, deben admitirse.

A mi juicio, ninguna de las doctrinas expuestas son satisfactorias. Si el comodín de la ficción resulta demasiado socorrido e inadmisible por las razones apuntadas, la tesis de la convalidación civil y del beneficio de ley, como ha señalado Ciccó (49) con acierto, no vienen a decir en definitiva sino que la ley concede al hijo una legitimidad que, en otro caso, no le correspondería.

En síntesis, el problema de la naturaleza jurídica de la *legitimatio per rescriptum principis* nos lleva directamente a la cuestión básica de las fuentes de la legitimidad. Junto a la legitimidad dinamada del matrimonio y que podemos llamar legitimidad originaria o *ex tunc*, existe otra legitimidad subsiguiente, atribuida, cuyo juego y efectividad se producen *ex nunc*, es decir, desde el instante de su concesión. Es la ley la que en uno y en otro caso, fundándose en poderosas razones de orden moral y de derecho no escrito—ordinarias las unas y excepcionales, pero no de menor entidad las otras—confiere la legitimidad.

La relación entre la legitimidad matrimonial y la extramatrimonial no puede equipararse a la que existe entre lo principal y lo accesorio, sino a la que media entre lo ordinario y lo extraordinario. El eclipse de sol no es un espectáculo frecuente, pero no corresponde al orden de los milagros, siendo natural, tan propio de la Naturaleza como el amanecer y el crepúsculo de todos los días.

El hecho de que el legislador exija para que se conceda la *legitimatio per rescriptum principis* la concurrencia de algunos requisitos, calificados con demasiada excesivamente rigurosos, se debe no a que se finja un matrimonio inexistente o a que la *pietatis causa* quede maltrucha y contenida por el influjo de una pesada tradición, sino a la circunstancia poderosa y de enorme relieve en materia de política legislativa, que en este caso aconseja y urge

(47) Obra y tomo citados, pág. 156

(48) Véase la argumentación de ANGULO LAGUNA en la obra citada, pág. 196 y siguientes.

(49) *La filiazione*, fascículo 1.º del vol. 3.º, tomo III del *Tratato di Diritto civile italiano*, de FILIPPO VASALI, 1930, pág. 135.

que al amparo de la legitimidad extramatrimonial no sufra ni padezca la familia y la sociedad, en suma, que han hecho del matrimonio su célula y fundamento.

Examinado el problema de la naturaleza jurídica de la institución, veamos ahora la cuestión planteada en aquellos países que, como el nuestro, confían al soberano el *ius legitimandi*.

B) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN

a) *Teoría de la gracia o dispensa de ley*.—La legitimación por merced real es, para los autores que la defienden, un acto *extra o contra legem*, una *relaxatio legis* que el soberano decreta en el ejercicio de una prerrogativa real.

Esta teoría prevaleció en el Derecho intermedio y ha sido defendida por Stolfi (50), manteniéndola entre nosotros Marichalar y Manrique (51) para el cual la legitimación «en su esencia siempre procederá de una gracia del soberano concedida a instancia de parte», Manresa (52), que insiste en calificarla de «simple gracia del Jefe del Estado sin hecho alguno en que apoyarse más que la voluntad del que lo solicita y la imposibilidad de aplicar otro medio» y Clemente de Diego (53), que con toda claridad escribe que «la legitimación por concesión real es... en rigor una dispensa otorgada por el monarca».

b) *Teoría del acto legislativo*.—Zanobini (54) desenvolviendo la teoría de la dispensa de ley, estima que la legitimación es un acto de legislación singular, para cada caso concreto, como lo prueba la circunstancia de que la misma se produzca a través de una Real Cédula, de un Real Decreto o de una Orden Ministerial.

c) *Teoría del acto administrativo*.—Esta doctrina, que empieza a hacerse general, entiende que existe una administración pública del orden jurídico que abarca también al derecho privado y que da origen, como ocurre en el supuesto de la *legitimatio per rescriptum principis*, a una atribución constitutiva (55).

Para los defensores de esta teoría la única cuestión que es preciso resolver consiste en catalogar la legitimación en uno de los grupos distintos en que acostumbran dividirse los actos administrativos, y así, mientras Ferrara (56) y Romanelli (57), Vitta (58)

(50) Obra citada, pág. 506.

(51) Obra y tomo citados, pág. 60.

(52) Obra y volumen citados, pág. 563.

(53) Obra y volumen citados, pág. 289.

(54) *Il potere del Re nel campo del diritto privato*, 1917, pág. 57.

(55) TRIMARCHI escribe que el decreto de concesión es un acto formal y sustancialmente administrativo (*La legitimazione dei figli naturali*, Milán, 1954, página 86). El mismo ZANOBINI afirma que el decreto de legitimación es un negocio de derecho público constitutivo.

(56) *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, 192, pág. 36, nota 2.

(57) *Natura e carattere del decreto reale di legitimazione*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1934, I, pág. 409.

(58) *Notione degli atti amministrativi*, en «Giurisprudenza italiana», 1906, página 221.

y Barone (59) la consideran como un caso de concesión, Origené (60), estimando que, a diferencia de lo que sucede en la concesión, no existe relación entre el concesionario y la Administración pública, califica a nuestro instituto de acto administrativo *sui generis*.

A nuestro modo de ver las teorías apuntadas tienen su parte de razón y creo que no ha de sernos difícil destacar sus aciertos, corregir sus errores, desenvolverlas en lo posible y llegar a la que estimamos justa y verdadera solución.

En efecto, la teoría de la dispensa tuvo su marco adecuado en aquella época en que el Príncipe era considerado como autor y señor de la ley. Sólo al soberano correspondía, por consiguiente, la suspensión de la misma en circunstancias particulares, sustrayendo excepcionalmente a una persona a la fuerza imperativa de una norma general y haciendo lícito y posible lo que de otro modo resultaría imposible o ilícito.

La tesis del acto legislativo está avalada por el doble hecho de la competencia del *ius legitimandi* y de la vestidura formal de la resolución que concede la *legitimatio*.

Finalmente, la doctrina que considera la resolución como un acto administrativo entiende, con razón, que en virtud de un proceso histórico los actos de gracia o dispensa, singulares e individuales, por el hecho de su continuada repetición, han dado lugar al nacimiento de una norma jurídica, que ya con carácter general autoriza y regula la concesión. A partir de este momento la dispensa no es un acto *contra legem*, sino más bien *secundum legem*.

Ahora bien, si el *ius legitimandi* compete en última instancia al soberano, no es en virtud de una prerrogativa inherente a la soberanía que ya falta, como dice Cicu (61), el poder de iniciativa del soberano y la posibilidad de moverse a capricho, prescindiendo de los cauces reglados por la ley. Si la resolución tiene la forma y vestidura de acto legislativo, es en el fondo y atendiendo a su contenido un acto de la administración, como lo prueba que incluso en el Derecho histórico fuera impugnable *obreptionis vel subreptionis causa*.

Por último, si la resolución participa de la naturaleza de los actos administrativos, conviene no detenerse en esta calificación, sino ahondar en su propia naturaleza para dar un perfil exacto del instituto.

Hemos dicho antes que existe una administración pública del orden jurídico que se extiende no solo al ámbito del Derecho público, sino también al ámbito del Derecho privado. Esta actividad administrativa es paralela, complementaria si se quiere, pero dis-

(59) *La legittimazione per decreto reale nel sistema della legge e nella pratica amministrativa*, en «Rivista di Diritto pubblico», pág. 30.

(60) *Natura giuridica del decreto reale di legittimazione*, en «Foro italiano», 1933, III, pág. 385.

(61) Obra citada, pág. 151.

tinta de la función legislativa y de la judicial. La concesión de una mina es un acto de la administración, como lo es igualmente la concesión de la legitimidad. La circunstancia de que el efecto de una y otra concesión se produzca en esferas diferentes no afecta a la naturaleza jurídica del acto.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho privado son relativamente frecuentes estas intervenciones administrativas. Cuando el juez aprueba la adopción porque la estima ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado (art. 178), cuando habilita a la mujer casada para realizar actos de disposición sobre sus bienes privativos, prescindiendo de la licencia marital (art. 1387), cuando nombra defensor a los menores de edad para el caso de que tengan interés contradictorio con el padre o madre que ejerce sobre los mismos la patria potestad (art. 165), cuando reúne al Consejo de familia a fin de poner en marcha el organismo tutelar (arts. 293 y 300), no hace otra cosa que administrar en el ámbito estricto del derecho privado, realizando actos y dictando resoluciones en materia que tradicionalmente se califica de jurisdicción voluntaria.

El hecho de que la jurisdicción voluntaria sea de ordinario atribuida al juez municipal o de primera instancia, no quiere decir que por circunstancias históricas no se atribuya la misma a otros órganos judiciales o extrajudiciales. Así, en materia de Derecho de familia, no es el juez, sino el Presidente de la Audiencia Territorial el que aprueba el beneficio de la mayor edad que al menor sujeto a tutela puede conceder el Consejo de familia (art. 322). En materia de legitimación, la competencia no hace más que desplazarse del campo judicial a la Administración propiamente dicha. Cuando ésta promulga la resolución legitimadora actúa al igual que el Juez o el Presidente de la Audiencia en los supuestos referidos, es decir, como órgano del Derecho objetivo y no como cradora de un derecho nuevo (62).

Nada se opone a esta consideración, la circunstancia de que, en definitiva, sea el soberano quien, no obstante concurrir las exigencias legales, conceda o rechace discrecionalmente la legitimación solicitada (63). Ello confirma la naturaleza administrativa de los actos de jurisdicción voluntaria. Como es sabido, la administración camina sobre el riel de las facultades regladas y el camino ancho de las facultades discretionales. Solo el ejercicio de aquéllas en cuanto infringen la ley o lesionan un derecho son impugnables y recurribles. Las últimas dejan al órgano una posibilidad de decidir y resolver en última instancia con arreglo a consideraciones que escapan a la previsión legislativa. Tal es, precisamente, lo que ocurre en la *legitimatio per rescriptum principis*.

(62) En este sentido se pronuncia también ROYO MARTÍNEZ para el cual el *ius legitimandi* es hoy una facultad reglada correspondiente al poder ejecutivo (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 298).

(63) Así el artículo 1.734 del B. G. B. establece que «la declaración de legitimidad puede ser negada, aunque no se oponga para ello ningún impedimento legal».

VI. LA «NATURALIDAD» DEL HIJO

Precisada la naturaleza jurídica de la institución y la del acto que le da nacimiento, conviene que estudiemos con la debida separación los requisitos que han de concurrir para que sea viable la misma.

El primero y fundamental, sin duda alguna, consiste en que el hijo que ha de ser legitimado tenga la condición de hijo natural.

Así lo previó y exigió el Derecho romano, al establecer la *legitimatio per rescriptum principis* como un subrogado de la legitimación por subsiguiente matrimonio en el caso de que concurren los mismos supuestos prevenidos para ésta no fueran posibles las nupcias de los progenitores.

Ahora bien, para el Derecho romano, hijo natural, por contraposición al *vulgo concepti*, es, como dice la Auténtica «Praetearea», el hijo *natus et procreatus ex unica concubina, retenta in domo et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus* (64).

El hijo natural era, pues, el nacido de concubinato, es decir *cx. inequale coniugium*, de una comunidad de hogar tolerada—y a la postre trascendente en el campo jurídico, no obstante existir *sine maritalis affectio*—a la que, como señala Pacheco (65), sólo faltaba la bendición de la Iglesia para convertirse en matrimonio.

El ordenamiento jurídico romano distinguió siempre al lado de las instituciones civiles otras situaciones de hecho similares o paralelas que acabaron por adquirir alguno de los perfiles jurídicos de aquéllas. Así al lado de la posesión civil admitieron una posesión natural, y junto a las obligaciones llamadas civiles colocaron las obligaciones naturales. Pues bien, en la órbita del derecho de familia, aunque situándolo en planos diferentes, distinguieron de una parte el matrimonio con la plenitud de efectos inherentes al mismo y entre ellos el de la filiación legítima, y de otro el concubinato o matrimonio natural con su secuela ordinaria de los hijos llamados, por contraposición a los legítimos, hijos naturales.

No existiendo problema alguno en materia de imputación de la paternidad, puesto que la *exceptio pluriū concubentium* no era posible dada la naturaleza propia del concubinato, que exigía una sola mujer conviviendo en casa del varón: *uxoris loco sine nuptiis in domo sit*, era lógico—y así lo estimó con acierto Justiniano—que la elevación de ese *quasi matrimonio de licita consuetudo* a verdadero matrimonio, transformase a los hijos naturales habidos del mismo en hijos legítimos y que la imposibilidad de esa elevación del concubinato a matrimonio por causas ajenas a la voluntad de los progenitores, no impidiera, sino que, al contrario,

(64) Nov. 19, cap. 5.º; Nov. 89, cap. 12, párr. 4 y leyes 10 y 11, *de naturalibus liberis*.

(65) Obra citada, pág. 134.

fuera incentivo y razón para que por rescripto imperial la filiación deviniera legítima.

Ahora bien, esta concepción romana de la filiación natural impedía la legitimación de los hijos procreados *cum amica*, es decir, fruto de una relación ocasional y de los nacidos a consecuencia de *stuprum*, figura de delito que impedía el concubinato con la doncella y la viuda honesta (66). Por otro lado, el concubinato, abolido por el Emperador León (67), era rechazado y combatido por la Iglesia como opuesto al matrimonio y situación escandalosa de pecado.

De esta situación de hecho y de las consideraciones de carácter moral apuntadas, surgió, elaborada por el Derecho canónico (68), una nueva doctrina del hijo natural cuya legitimación iba a ser posible. Por hijos naturales, según el nuevo punto de vista, iban a entenderse todos los nacidos fuera del matrimonio, con excepción de los procreados *ex damnatu coitu: naturalis est qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat*.

Este cambio de situación y de concepto aparece reflejado con toda claridad en nuestro Derecho histórico. En efecto, la ley primera, título 15 de la Partida cuarta, establece que «son naturales e non legítimos... los hijos que no nacen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas»; y la ley 2, título 14 de la misma Partida dice que «aquella es llamada barragana, que es una sola, e ha menester que sea atal, que pueda casar con ella, si quisiere, aquel que la tiene por barragana».

Pues bien, estos hijos naturales nacidos de la barraganía podían legitimarse, por subsiguiente matrimonio o por concesión soberana. Así resulta de la ley primera, título 13 y de la ley cuarta, título 15 de la Partida cuarta conforme a las cuales «son legítimos los hijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si después desso casa con ella» y «piden merced los omes a los Emperadores e a los Reyes en cuyo señorío biven, que les fagan sus hijos que han de barraganas legítimos».

Barraganía y filiación natural eran, pues, conceptos unidos y dependientes entre sí. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho de Roma, la legislación de Partidas parece que no exigió ya el requisito de la *retentio in domo* de la barragana, es decir, la convivencia de la misma en la casa del varón. Así opina Gregorio López (69), siguiendo la opinión de Baldo, y esa fué sin duda la práctica, apoyada en la ley primera, título 15 de la Partida cuarta, que habla de los hijos «que nascen de las mujeres que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas». Rodrigo

(66) Ley 6.^a *ad legem Julianu et Papiano*, y Ley 1.^a, párr. 1.^a *concubinis*.

(67) En la Constitución 91.

(68) Capítulo 17, tit. 1.^a, libro 4.^a de las Decretales.

(69) Glosa 15 a la Ley 1.^a, tit. 15, Partida 4.^a

Suárez (70) dice haber visto declarado siempre en España que a pesar de que no mediaran en el concubinato las solemnidades de la cohabitación, los hijos nacidos de él se tenían por naturales.

Suprimido, al parecer, el requisito de la *retentio in domo* subsistió, sin embargo, en el Derecho de Partidas la vieja disciplina romana acerca del concubinato: libertad de los progenitores para contraer matrimonio; mujer única; y consideración como ilegítimables y espúreos en el sentido estricto de la palabra y no como naturales, de los hijos nacidos de personas entre las cuales estaba prohibido el concubinato aunque no lo estuviere el matrimonio (71).

Esta vieja trabazón, en pugna con la declaración solemne del título 14 de la Partida 4.^a: «Barraganas defiende Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano, porque bien con ellas en pecado mortal», se vino abajo con la Ley XI de Toro la cual, recogiendo la doctrina canónica que hace de la libertad de los contrayentes el único requisito de la «naturalidad» proclama: «e porque no se pueda dubdar cuáles son hijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se diga ser los hijos naturales, cuando al tiempo que *nascieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente, sin dispensación*, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien la ovo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas mandamos que sea hijo natural.»

Es decir, que conforme al nuevo sistema, hijos naturales, susceptibles por tanto de legitimación, eran no sólo los hijos de barragana única, nacidos y criados en la casa del padre, sino también los procreados por personas aptas y libres para contraer matrimonio, sin más exigencia ni requisitos que el reconocimiento. Por ello era legitimable el fruto de la unión ocasional aunque el hijo merciera el calificativo de máncer por haber nacido de prostituta o ramera.

Las innovaciones que la Ley XI de Toro introdujo en el concepto de la «naturalidad» no fueron sólo de tipo cuantitativo, sino también cualitativo. De una parte, al hacer gravitar la calificación indistintamente sobre el momento de la concepción o sobre el momento del parto, hizo que fueran considerados como naturales y por consiguiente legitimables los hijos adulterinos cuando el impedimento de ligamen hubiera desaparecido por fallecimiento del cónyuge del progenitor casado, en el instante de ocurrir el nacimiento del hijo (72).

(70) En sus Comentarios a la ley 1.^a, tit. 6, libro 3.^o del Fuero de las Leyes.

(71) Hijos nacidos de estupro, es decir, de coito con virgen o viuda honesta sin la protesta hecha ante testigos honrados de que se las toma por concubinas; hijos nacidos de personas ilustres y mujeres viudas. Véase GREGORIO LÓPEZ: Glosa 1 a la ley 1.^a, tit. 13, part. 4; ley 13, tit. 14 de la misma Partida y glosa 29 a la misma. (Estas disposiciones recogen la prohibición de matrimonio, aunque no de concubinato, de las leyes Julia et Papia Popea.)

(72) Ello no obstante no podían legitimarse por no ser naturales, conforme

Varió así la Ley XI de Toro el Derecho romano y el de Partidas, ya que el primero estableció de modo solemne que *non pertinere legitimationem ad... ex adulterio procreat* y la segunda dispuso con análogo énfasis que «otrossi decimos, que si alguno que oviere muger a bendiciones ficiese hijos en barragana viviendo su muger, que estos hijos atales no serían legítimos, magüer después de esto se muriese la mujer velada, e casasse con la barragana: e esto porque fueron fechos en adulterio» (74).

De otra parte, la irrelevancia de la dispensabilidad del impedimento de parentesco hizo que, aun habiendo sido concedida la dispensa para el matrimonio de los progenitores no fueran considerados legitimables los hijos concebidos antes de su unión matrimonial, por no tener la consideración de hijos naturales.

De conformidad, pues, con el nuevo sistema instaurado por las leyes de Toro, no sólo los hijos naturales, sino también los nacidos de adulterio, en el supuesto especial examinado, podían ser objeto de legitimación por subsiguiente matrimonio o, en su defecto, por rescripto del Príncipe (75).

En todo caso, siendo la legitimación por rescripto un subrogado de la legitimación por matrimonio, parece claro que no pudiera tener más extensión que esta última. Como escribe Pacheco (76), si la legitimación por gracia del soberano suple, es lógico que no haya de otorgarse sino tratándose de aquella prole que por su naturaleza hubiera podido recibir la legitimación por subsiguiente matrimonio. Otra cosa—añade—excedería del propósito concreto y específico de suplir.

Este orden lógico y racional fué quebrantado bajo el influjo de aquel principio que hacia del Emperador *legibus solutos*, proclamando *quidquid Princeps placuit lex est*.

Bajo su influjo la *legitimatio per rescriptum Principis* desbordó sus líneas tradicionales abarcando y extendiéndose a supuestos en que la legitimación por subsiguiente matrimonio era, desde luego, imposible. Así fué como se incurrió en los abusos a que antes hicimos referencia, legitimándose por concesión soberana a hijos de dañado y punible ayuntamiento.

a la misma ley XI de Toro, los hijos adulterinos, no obstante ser libres los padres en el momento del parto, cuando estos maquinaron la muerte de sus conyuges o se dieron palabra de casarse después de su fallecimiento o de hecho se casaron a sabiendas en vida de ello, ya que los adulteros que se encuentran en cualquiera de estos tres casos mencionados no pueden contraer matrimonio sin dispensa. Así opinan LLAMAS: Obra y tomo citados, pág. 261, nota 1, y ESCRIBÉ: Obra y tomo citados, pag. 87.

(73) Nov. 89, cap. 14, y Nov. 7, cap. 6.

(74) Ley 2.^a, tit. 15, Partida 4.^a

(75) Ello no obstante, algunos autores, como MORATÓ (obra citada), entendieron que no es posible la legitimación de los hijos adulterinos en caso alguno por estimar que la Ley XI de Toro no derogó sobre este punto la Ley 2.^a, tit. 15 de la Partida 4.^a que les niega el beneficio de la legitimación por la razón sencilla de que «fueron fechos en adulterio».

(76) Obra y tomo citados, pág. 100.

La legitimación de estos hijos, se decía (77), no es contraria a los principios, porque teniendo el soberano la potestad de abrogar las leyes civiles tiene, por consecuencia necesaria, la de relajarlas, conceder dispensa de ellas y modificar su aplicación. Y porque siendo todos los hijos iguales en el orden de la naturaleza, todos los hijos nacen iguales, de tal forma que habiendo sido introducida la distinción de legítimos e ilegítimos no por aquélla, sino por las leyes civiles, no hay razón de peso que impida al soberano derogar esta distinción cuando lo crea conveniente.

Por otra parte, se añadía, la ley 17, título 6, libro 3.^º del Fueno Real está concebida en términos lo suficientemente amplios para estimar que puede ser legitimado el «hijo que no es de bendición» sin entrar en disquisiciones acerca de la falta o del delito que dió origen a su nacimiento (78).

La posibilidad de la «legitimación por rescripto de los hijos de «punible y dañado ayuntamiento» no fué tan sólo el objeto de un puro debate doctrinal. De la doctrina se pasó a la práctica y a la consagración legislativa.

De su trascendencia en la práctica tenemos, además de los ejemplos que antes tuvimos ocasión de exponer, la legitimación, por la Reina Católica, en Tordesillas y a 15 de junio de 1476, de los hijos que don Pedro González de Mendoza, el Gran Cardenal, había tenido con doña Mencia de Lemos (79).

Como prueba de su consagración legislativa acostumbran citar nuestros autores la Real Cédula ya mencionada de 21 de diciembre de 1800, que supone la posible legitimación por merced del soberano de los hijos sacrilegos (80) de clérigos (81), de casado y de caballeros profesos de las Ordenes, toda vez que fija

(77) LLAMAS: Obra citada, pág. 260, nota 1.^a, y ESCRICHÉ: Obra citada, página 86.

(78) También podía ampararse este criterio en las Partidas, toda vez que el título a que pertenece la ley 4.^a (Partida 4) se refiere tanto a los hijos naturales como a los no legítimos y porque la misma ley habla de la legitimación de los hijos de clérigo o lego en general, diciendo que así como el Papa puede dispensar las irregularidades que tienen para los oficios eclesiásticos, el Emperador o el Rey pueden legitimarles en cuanto a la temporal jurisdicción.

(79) A 15 de junio de 1476, en Tordesillas, la reina concedió a don Pedro González de Mendoza la legitimación de sus dos hijos (don Rodrigo y don Diego de Mendoza) que tuvo con doña Mencia de Lemos, no siendo ella casada ni obligada al matrimonio. La legitimación se hizo «sólo en lo temporal, ya que en lo espiritual sólo el Santo Padre podía hacerlos». Véase CÉSAR SILIO CORRÉS: *Isabel la Católica, fundadora de España*, 2.^a edición, Madrid, 1951, pág. 373, nota 271.

Además, como dice MARTÍNEZ MARINA (obra citada, pág. 273, nota 3.^a) «se sabe que los eclesiásticos del arciprestazgo de Roa hicieron un recurso a Don Alfonso el Sabio pidiéndole turviera a bien legitimar a sus hijos y declararlos capaces de heredar, como lo hizo por privilegio despachado en el año 1270».

(80) Hijos sacrilegos son los de clérigos ordenados *in Sacris* y los de fraile profeso o monja profesa.

(81) Una Real Cédula de 21 de diciembre de 1700 permitía claramente legitimar a los hijos de clérigos. Véase FALCÓN: *El Derecho civil español común y foral*, Barcelona, 1901. 6.^a edición, tomo I, pág. 331.

el servicio pecuniario con que en su caso ha de contribuirse por la legitimación de cada uno de los hijos de dichas clases.

Este orden de cosas no podía evidentemente durar. Por un lado, parecía absurdo que los padres ligados por parentesco en grado dispensable tuvieran que recurrir, no obstante haber obtenido la dispensa y contraído matrimonio, al expediente de la legitimación por rescripto a fin de legitimar a la prole habida antes del casamiento. Por otro lado, la legitimación de los hijos adulterinos y sacrilegos estaba en pugna con la moral y las buenas costumbres.

A resolver la primera de las cuestiones apuntadas acudieron las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, sancionadas y confirmadas por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio y 12 de diciembre de 1865, con arreglo a las cuales no es preciso acceder a la petición de los padres incestuosos de que se les conceda la legitimación por rescripto de la prole que habían tenido antes de celebrarlo, ya que tales hijos debían considerarse legitimados automáticamente por el matrimonio que sus padres habían contraído con la dispensa correspondiente.

La segunda cuestión quedó resuelta implícitamente por la Real Orden de 5 de agosto de 1818 (82) que derogó y sustituyó a la Real Cédula antes mencionada, y en la que ya no se alude a los hijos de clérigos ni de casados, y de forma clara y explícita por la Ley de 14 de abril de 1838, llamada de gracias al sacar, en cuyo artículo 1.^o se declara de un modo terminante que sólo pueden ser legitimados por el rey «los hijos naturales, según los define la Ley 1, título 5, libro 10 de la Novísima Recopilación» que, como se sabe, reproduce textualmente la Ley XI de Toro (83).

La honda rectificación introducida por la Ley de gracias al

(82) Dispone dicha R. O. que la legitimación no se concede gratis, sino mediante ciertas retribuciones con arreglo a la tarifa establecida, preceptuando el artículo 15 que la legitimación de hijo o hija que lo hubieron sus padres siendo solteros para heredar o gozar, servirá con doscientos ducados de veillón cada hijo o hija; pero si la legitimación es sólo para ejercer oficios de república servirá indistintamente con 150 ducados, o si es para oficio determinado, como abogado, procurador u otro de esta clase, servirá con 100 ducados. Por su parte, el artículo 21 establece que «la legitimación extraordinaria para heredar o gozar de la nobleza de sus padres a hijos de caballeros profesos de las órdenes, servirá con 1.000 ducados de veillón, siendo la legitimación para sólo heredar y obtener oficio; pero comprendiendo la circunstancia de gozar la nobleza de sus padres, con 30.000 reales, entendiéndose en uno y otro caso para cada hijo o hija que lo solicite». Es interesante añadir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de 1838 ni aun el Príncipe, al otorgar la gracia, podía, sin el concurso de las Cortes, relevar a las que las obtuvieren del pago de los derechos.

(83) Ello no obstante como indica DEL VISO (obra citada, pág. 171), el rey pudo seguir concediendo a los hijos naturales algunas rehabilitaciones especiales o para tener oficios y gozar honores de que por su nacimiento quedaban excluidos, o para usar el apellido de su padre o de las armas de la familia de éste o para cualquier otra gracia semejante como por servicios muy distinguidos consta que se han obtenido. (Véase, en confirmación de la doctrina, el Auto 9.^o, título VI, libro 1.^o de la Nueva Recopilación.)

sacar no identificó, sin embargo y en términos absolutos, los supuestos en que podía tener lugar la legitimación, bien por subsiguiente matrimonio, bien, en su defecto, por concesión del soberano.

La remisión hecha a la Ley XI de Toro por el artículo 1.^o de la Ley de 14 de abril de 1838, concordada con la doctrina de las Reales Cédulas de 6 de julio de 1803 y 11 de enero de 1837, hizo posible que los hijos de padres incestuosos unidos por parentesco dispensable pudieran ser legitimados por subsiguiente matrimonio, mas no pudieran serlo por rescripto del Príncipe.

El problema parece que en principio ha quedado resuelto en el Código civil, cuyo artículo 120 dispone que «la legitimación tendrá lugar: 1.^o Por el subsiguiente matrimonio de los padres; 2.^o Por concesión real», añadiendo el artículo 119 que «sólo podrán ser legitimados los hijos naturales» y que «son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella».

Ello no obstante y mientras siga en vigor el art. 130, que permite la existencia de los llamados por nuestra doctrina hijos naturales presuntos, parece, al menos en principio, que resulta posible la legitimación por rescripto del soberano de hijos que en rigor no merezcan la calificación jurídica de naturales tal y como aparecen definidos en el art. 119 del Código civil. Pero ello enlaza directamente con los requisitos de la petición que ha de formularse para que la legitimación se conceda y de la que tratamos más adelante.

El problema de la posible legitimación por gracia del soberano de los nietos y en general de los ulteriores descendientes legítimos del hijo natural una vez fallecido éste, ha sido resuelto con criterio negativo por el art. 1.733 del Código civil alemán, cuyo párrafo primero dice que «la declaración de legitimidad no puede realizarse después de la muerte del hijo», y con criterio positivo por el art. 196 del Código civil italiano de 1.865, que en términos generales preceptúa que *può anche aver luogo la legittimazione dei figli premorti in favore dei loro discendenti*. En el mismo sentido, el art. 282 del Código italiano de 1942 establece que *la legittimazione dei figli premorti può anche aver luogo in favore dei loro discendenti legittimi e dei loro figli naturali riconosciuti*.

En nuestro Derecho, al proclamar el art. 124 que «la legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes», parece dar a entender que nuestro ordenamiento se adhiere al sistema del Código alemán. La doctrina, sin embargo, siguiendo la pauta de los autores anteriores al Código (84), defiende la tesis contraria. Así,

(84) Véase PACHECO: Obra citada, pág. 201, *in fine*.

Castán (85) dice que, por analogía con la legitimación por subsiguiente matrimonio, la obtenida por concesión puede aprovechar a los descendientes de los hijos naturales prefallecidos, añadiendo Mucius Scaevola (86) que apoyan esta tesis la igualdad de circunstancias y la identidad de fundamento de la legitimación.

VII. ALTERNATIVIDAD O SUBSIDIARIEDAD

Sentado que la legitimación válida requiera la naturalidad del hijo, conviene ahora que estudiemos si esa legitimación puede producirse o no indistintamente a través de una de las modalidades que presenta, es decir, a través del subsiguiente matrimonio de los padres o de la concesión del soberano. Ello equivale a plantear el problema de si ambas formas de legitimación se hallan entre sí en una relación de alternatividad o de subsidiariedad.

Para Angulo Laguna (87), al que sigue Sánchez Román (88), la adopción del sistema de subsidiariedad haciendo que no sea viable la legitimación por rescripto mientras sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio, equivale a desconocer el fundamento racional de estas instituciones y a olvidar su significación y el fin que con ellas se persigue. Lo que en cada caso—dice—indicará qué clase de legitimación es la procedente, no será la posibilidad o imposibilidad del matrimonio de los padres, sino la naturaleza y extensión de las relaciones que de hecho se den en la realidad. Cuando estas relaciones existan tan sólo entre el hijo y uno solo de los progenitores, o entre el hijo y cada uno de sus padres, pero aisladamente sin que entre dichos padres haya comunidad de hogar y de afectos, es claro—concluye Laguna—que la forma de legitimación adecuada será la concedida por merced del soberano, y ello aun cuando sea posible el matrimonio. Celebrar éste no por las razones y motivos que ordinariamente lo determinan, sino como recurso forzado para legitimar al hijo, equivale a catalogar de antemano ese matrimonio entre aquellos que han de contribuir a engrosar la estadística de divorcios.

Por justos que aparezcan los argumentos apuntados, lo cierto es que la línea histórica del instituto responde no al criterio de la alternatividad, sino al criterio de la subsidiariedad.

Justiniano estableció claramente en el capítulo 1.º de la Nueva 74: «Si la madre ha muerto, o bien vive y no tiene buena conducta, o si alguna ley prohíbe al padre casarse con ella, en estos

(85) En notas al *Derecho de familia*, de KIPP y WOLFF, traducción española, Barcelona, vol. II, pág. 150.

(86) Obra y títulos citados, pág. 354.

(87) Obra citada, pág. 191.

(88) Obra y volumen citados, pág. 1066.

casos autorizamos al padre para legitimar a sus hijos por rescripto del Príncipe.» (89).

En nuestro Derecho histórico, ninguna disposición proclamó el principio de subsidiariedad. Ello no obstante, fué *comunis opinio* de nuestros autores, debido, sin duda, al influjo de la tradición romana, y práctica observada en nuestros reinos, que siendo posible la legitimación por subsiguiente matrimonio no se concedía la legitimación por rescripto, por no ser lógico obtener por gracia lo que podía conseguirse por justicia. Se estimó por ello que, aun en el caso de lograr la legitimación por rescripto, la misma no producía efecto, a no ser, naturalmente, que el Rey la otorgase conociendo la posibilidad de las nupcias, pues como decía el brocado medieval *Potest... Principis ex plenitudine potestis filium naturalem legitimos facere etiamsi... aut matrimonium cum matre inire possit* (90).

El proyecto de Código de 1882 acogió el sistema alternativo, pero el Código vigente, en su art. 125, dispuso que «para la legitimación por concesión real es necesario que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio».

Ahora bien; ¿cuándo no es posible el subsiguiente matrimonio? ¿Se trata de una imposibilidad objetiva o bastará con la meramente subjetiva?

Para el Código civil alemán, como dice Lehmann (91), comentando su art. 1.723, no es posible el matrimonio en los casos de muerte, o enfermedad mental del padre o de la madre, o cuando por otras razones, como por ejemplo el género de vida de la madre, no puede ser exigido el matrimonio.

La doctrina italiana planteó seriamente el problema al estudiar el art. 198 del Código civil de 1865, cuyo número 3.º exigía *che il genitore si trovi nelle impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio*.

Varios autores, como Bianchi (92) y Lomonacco (93), entendieron que no es lo mismo matrimonio imposible que matrimonio no conveniente y que la imposibilidad a que el Código aludía era una imposibilidad material, absoluta y objetiva. Avalaba esta tesis la genuina significación del término *impossibilità*, la discusión parlamentaria en la que no prosperó la tesis opuesta, defendida por Manzini, y el hecho de que no se hubiera seguido, a pesar de haberla tenido a la vista, la redacción del art. 177 del Código civil albertino, que hacia referencia no a la *impossibilità* sino más ampliamente a *grati cause*.

(89) Palabras semejantes repite en el capítulo 2 de la misma Novela y en el capítulo 9 de la novela 89.

(90) Tal era la opinión de GREGORIO LÓPEZ (glosa 8.º a la ley 4, tít. 14. Partida 4.º), LLAMAS (ob. cit., núm. 45 del Comentario a la ley XII) y TELLO (número 8 del Comentario a la ley XII de Toro).

(91) *Derecho de familia*, traducción española, pág. 346.

(92) *Corso di Códice civile italiano*, vol. VI, pág. 718.

(93) *Institutioni*, vol. II, pág. 137.

Esta tesis no fué universalmente compartida y tratóse por todos los medios de darle cierta flexibilidad, entendiendo que era admisible al lado de los supuestos típicos de imposibilidad material, absoluta y objetiva, como el fallecimiento de uno de los progenitores, el de imposibilidad temporal indefinida: matrimonio de uno de dichos progenitores con otra persona o su declaración de ausencia, y los de imposibilidad moral, relativa y precaria; matrimonio con la mujer perdida o con el delincuente abominable. En esta línea se mantuvieron Mortara (94), Rebuttati (95), Stolfi (96) y Cucinotta (97).

El problema concreto de si podía o no considerarse como imposible el matrimonio cuando lo rehusara uno de los progenitores fué objeto de especial atención, ya que, como indica Cicu (98), la circunstancia de rechazar las nupcias, si bien constituye una imposibilidad para aquel que quiere casarse, no es ni mucho menos imposibilidad con respecto al matrimonio en sí mismo considerado. Ello no obstante, la opinión más generalizada la estimó como supuesto de *impossibilità*, y así lo entendieron, entre otros, Borsari (99), Dusi (100), Bianchi (101) Venzi y Franco (102), Stolfi (103) y Ruggiero (104).

El nuevo Código civil italiano de 1942 ha resuelto definitivamente el problema al establecer en el núm. 3 de su art. 284 que a la *impossibilità* es equivalente el *gravissimo ostacolo* (105).

La doctrina española, examinando el núm. 1º del art. 125 del Código civil, se muestra más amplia y benévolas que la doctrina italiana. Así, Mucius Scaevola escribe (106) que el texto legal hace referencia a una imposibilidad de presente y no a la imposibilidad absoluta de futuro que haría de los supuestos de impotencia (núm. 3º del art. 84) y fallecimiento de uno de los progenitores, los dos únicos casos de legitimación por gracia real; Manresa (107), sin profundizar demasiado en el asunto, dice, sin embargo, que la defunción y el matrimonio subsistente de uno

(94) *Discorso inaugurale pronunziato alla Cassazione, di Palermo il 5 Gennaio 1911.* Palermo, 1911, pág. 22.

(95) *Di alcuni questioni in materia di filiazioni e adozione*, 1927, pág. 38.

(96) Obra y volumen citados, pág. 503.

(97) En *Foro italiano*, 1936, I, pág. 1303.

(98) Obra citada, pág. 144.

(99) *Comentari al Código civil*, I, pág. 755.

(100) Obra citada, pág. 845.

(101) Obra citada, pág. 716.

(102) Notas a *Institutioni*, de PACIFICI MAZZONI, 5.ª ed. vol. VII, pág. 110.

(103) Obra citada, pág. 504.

(104) Obra citada, pág. 652.

(105) Dice el mencionado artículo que «la legittimazione può essere concessa con decreto reale quando concorrono le seguenti condizioni; 3) che per il genitore vi sia l'impossibilità o almeno un gravissimo ostacolo a legittimare il figlio per susseguente matrimonio». TRIMARCHI (ob. cit., pág. 57) observa que el «gravissimo ostacolo» debe tener un grado suficiente de objetividad.

(106) Obra citada, pág. 349.

(107) Obra citada, pág. 575.

de los padres son los motivos principales—luego existen otros— que al excluir la legitimación por vía matrimonial permiten la legitimación por rescripto; Valverde (108) y Sánchez Román (109) admiten una imposibilidad subjetiva, toda vez que resulta moralmente imposible el matrimonio con una mujer de mala nota o costumbres degradadas, y Vázquez Nogueira (110) considera que el matrimonio es imposible en los supuestos de impotencia, locura, ausencia en ignorado paradero, delito grave y perversidad de la mujer honesta después del alumbramiento.

Esta tesis de la imposibilidad moral tiene, a nuestro juicio, aparte de los fundamentos racionales que suelen esgrimirse, otros de carácter estrictamente jurídico. En efecto, a diferencia del Código civil italiano, que habla de *impossibilità* el nuestro, dulcificando el sentido de la expresión habla de «no posibilidad», de que «no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio», con lo que rectificó, indudablemente, los términos extraordinariamente rigidos de la Base 5.^a, conforme a cuyo texto la legitimación por concesión real había de quedar limitada «a los casos en que medie *imposibilidad absoluta* de realizar la legitimación por subsiguiente matrimonio».

Por otro lado, si el matrimonio ha de entenderse como *consortium omnis vitae*, parece indudable que los obstáculos de carácter moral y subjetivo han de ser valorados a fin de considerar si es o no posible exigir el matrimonio para obtener la legitimación de la prole.

Esta admisión de la imposibilidad moral y subjetiva, sin caer en el error de considerar iguales los dos expedientes legitimadores, el del matrimonio y el del rescripto, como exigen los partidarios del sistema de la alternatividad, modera el principio contrario y da cauce para una armonía perfecta entre los intereses en juego: respetar y proteger al matrimonio y beneficiar a la prole.

VIII. EL INTERÉS DE LA FAMILIA LEGÍTIMA

Pero el matrimonio y la prole que ha de recoger y disfrutar del beneficio de la legitimación no son los únicos intereses que es preciso conjugar. El legislador, como más arriba apuntábamos, no puede prescindir de los intereses de la familia legítima, creída por uno de los progenitores del hijo extramatrimonial cuya legitimación se desea.

Ahora bien, como los términos personales de la familia legítima están constituidos fundamentalmente por el cónyuge y la descendencia, nuestro Código civil ha establecido, en su artículo 125, que son requisitos que deben concurrir para la legitimación

(108) Obra citada, pág. 463.

(109) Obra citada, pág. 1068.

(110) *Expedientes en Registro civil y comentarios*, 1955, pág. 220.

por concesión soberana: que si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge; y que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

La exigencia del consentimiento del cónyuge del legitimante es mirada con cierta hostilidad por algunos autores, y así Mucius Scaevola escribe (111) que hace depender la legitimación no del que tiene interés directa y principal en ella, sino de un tercero, y Sánchez Román (112) afirma que tal exigencia es inadmisible desde el punto de vista de los principios, siendo de temer que la actitud del cónyuge sea hostil y frustre el buen deseo de legitimar a la prole.

Pero, en general, se estima que dicho consentimiento es, como dice Manresa (113), un homenaje a la dignidad y a los derechos del cónyuge y una garantía de paz y de concordia en los hogares, que nuestro Código exige siguiendo la pauta del número 4.^º del artículo 198 del Código civil italiano de 1865, reproducido casi literalmente por el número 4.^º del artículo 284 del Código de Mussolini.

A mi modo de ver, la elevación del consentimiento del otro cónyuge a *conditio sine qua non* de la legitimación por rescripto es inadmisible y debe ser paliada y dulcificada. Nuestros autores admiten que es innecesario en el supuesto de hallarse separados los esposos por sentencia firme de divorcio (114) o cuando, al menos, se haya interpuesto demanda de igual clase, contestada al tiempo de formularse la solicitud de legitimar (115). A estos casos concretos debieran añadirse los de imposibilidad de prestar el consentimiento a que hace referencia el artículo 1.726 del Código alemán, conforme al cual puede prescindirse del mismo cuando, con carácter permanente, el cónyuge se halle incapaz para manifestarlo o tenga residencia desconocida.

Ello no quiere decir que deba suprimirse, como regla, el asentimiento conyugal o que se exija este asentimiento no para que pueda operarse la *legitimatio*, sino para que ingrese el hijo legitimado en el domicilio del matrimonio, toda vez que no son tan sólo los intereses morales los que se defienden con dicho consentimiento (116), sino también los intereses de carácter patrimonial que corresponden a cada uno de los esposos.

La legitimación del hijo extramatrimonial del procreante casado está, pues, en nuestro Derecho positivo vigente en función de

(111) Obra citada, pág. 352.

(112) Obra citada, pág. 1069.

(113) Obra citada, pág. 576.

(114) MUCIUS SCAEVOLO (obra citada, pág. 352) y CASTÁN (en las notas citadas, pág. 150).

(115) SÁNCHEZ ROMÁN: Obra citada, pág. 1070.

(116) Y que podrían quedar a salvo suprimiendo, como lo ha hecho en otras ocasiones la jurisprudencia, el derecho de opción del artículo 149 del Código civil.

la voluntad del otro consorte, y puede operarse si de hecho se manifiesta de modo afirmativo.

Si el recurso a la voluntad del cónyuge es el expediente arbitrado por el legislador para defender los intereses aludidos, veamos ahora cuál ha sido su postura en el supuesto de que exista descendencia legítima o legitimada del matrimonio contraído por el padre que desea legitimar por rescripto.

Justiniano dispuso claramente en el cap. 2.^º de la Novela 74 que por medio del instituto que nos ocupa facilitaba a los que no tenían hijos legítimos la legitimación de los naturales, reiterando la misma doctrina en los capítulos 2.^º y 10 de la Novela 89.

En nuestro Derecho histórico, mientras la ley 4.^a del título 15 de la Partida 4.^a observó un completo mutismo en esta materia, la ley 9.^a del mismo título y de la misma Partida, al aludir al supuesto de «si los padres fijos legítimos non ovieren», y al de «si los ovieren», planteó el problema de si con esta frase se admitía la posibilidad de la legitimación por rescripto, no obstante la existencia de descendientes legítimos, innovándose así la tradición romana, o si, por el contrario, esta tradición se confirmaba por referirse el legislador a la descendencia legítima habida después del matrimonio.

El asunto fué objeto de acalorada discusión, y así mientras unos autores, como Gregorio López (117), del Viso (118), y Salom y Puig (119), apoyándose en la ley 5.^a del título 6.^º del libro 3.^º del Fuero Real, entendieron que subsistía el sistema impuesto por Justiniano, otros, como Morató (120) y Marichalar y Manrique (121), estimaron que dicha ley, como otras del título 22 del libro 4.^º de dicho Fero, se refería tan sólo a los hijos adoptivos y no a los legitimados por merced soberana y que la ley 9.^a del título 15 de la Partida 4.^a permitía la legitimación por rescripto, no obstante la existencia de prole legítima del progenitor que la solicitaba.

La tesis generalmente admitida y la que prevaleció en la práctica fué la defendida por Acevedo (122), conforme a la cual, aun cuando por lo común tan sólo a falta de descendientes legítimos se concedía la legitimación por gracia de los hijos naturales, cabía mencionar en la solicitud la existencia de aquéllos, en cuyo caso, si el Príncipe accedía a concederla, la legitimación se tenía por válida y producía efecto, tanto porque no era ya posible atacarla por la *querella obreptionis vel subreptionis causa*, como porque *potest Princeps ex plenitudine potestis filium naturalem legitimum facere etiamsi pater legitimus liberos habeat*.

(117) Glosa 2.^a de la ley 36, título 18, Partida 3.^a, y glosa 3.^a de la ley 32, título 9 de la Partida 6.^a

(118) Obra citada, pág. 170.

(119) *Apuntes de Derecho civil español*, Valencia, 1896, pág. 222.

(120) Obra citada, pág. 168.

(121) Obra citada, pág. 75.

(122) Número 52 del comentario de la Novísima Recopilación.

La promulgación de la ley de gracia al sacar de 14 de abril de 1838 al exigir «motivos justos y razonables» para la legitimación, parece que excluyó la existencia de los mismos en el caso de que hubiera descendencia legítima. Luis María Sáez (123), que escribe en 1882, afirma de manera terminante que la práctica y la jurisprudencia así lo estimaban de común acuerdo, y tal es, como antes dijimos, el sistema de nuestro Código civil, opuesto al que recoge el Código alemán (124) e idéntico al formulado por los dos Códigos civiles de Italia, tanto el de 1865 (125) como el de 1942 (126).

IX. INSTANCIA DE PARTE

Mas no basta, para que la legitimación por rescripto se conceda, que concurren los presupuestos de la misma; a saber: que el hijo sea natural, que no sea posible el matrimonio de los progenitores, que preste su asentimiento el cónyuge del legitimante y que éste carezca de descendencia legítima. Es preciso, además, una pretensión de parte que los haga valer, una solicitud para cuya promoción se hallan legitimados ordinariamente los mismos progenitores y excepcionalmente el hijo nacido de su unión.

Refiriéndose al primero de los supuestos indicados, el número 2.º del artículo 125 de nuestro Código civil dice que la legitimación ha de ser pedida «por los padres o por uno de éstos», y aunque no lo dice resulta evidente que en la misma deberá acreditarse u ofrecerse la justificación de la concurrencia de los requisitos legales.

En el Derecho histórico, como acabamos de ver, era fundamental para que la legitimación no fuera impugnable, que la exposición de los hechos enumerados en la solicitud no adoleciera de los vicios de ocultación o falsedad. De aquí la exigencia de relacionar si había o no prole legítima y la de hacer referencia a la clasificación jurídica del hijo que se deseaba legitimar.

Las dudas surgían acerca de si bastaba decir que el hijo era de vedado ayuntamiento, o si, además, en caso de serlo, se hacia necesario indicar su carácter incestuoso o adulterino. Baldo, Juan Andrés, Decio y Juan Antonio de San Jorge (127) sostuvieron la opinión afirmativa, fundándose en el principio *cogitatum in generale refertur ad specialia*. Pero Antonio de Butrio y Covarru-

(123) Obra citada, pág. 105.

(124) En el B. G. B. ningún precepto impide la legitimación en el supuesto de que el legitimante tenga descendencia legítima.

(125) Art. 190: «La *legitimazione* può essere accordata con decreto reale quando concorrono le seguenti condizioni: ... 2) che il genitore il quale la domanda, non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, né discendenti da essi.»

(126) El número 2.º del artículo 284 reproduce literalmente el número 2.º del artículo 108 del Código civil de 1865.

(127) Citados por ESCRICHÉ: Obra citada, pág. 87.

bias (128) sostuvieron la opinión opuesta por estimar que cuanto más odioso es el delito en la persona del padre más difícil ha de ser limpiar la mancha en la persona del hijo.

No siendo posible en nuestro Derecho la legitimación de los hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos en grado no dispensable, se plantea la cuestión de si será o no necesaria la justificación de la calificación de hijo natural que ha de corresponder al legitimado por exigencia del artículo 119 del Código civil, lo que lleva aparejado los siguientes problemas: *a)* Si debe o no revelarse el nombre del otro progenitor; y *b)* Si es preciso un reconocimiento del hijo natural previo a la pretensión del legitimante.

Con relación al primero de los problemas que se citan parece claro que si ha de probarse la libertad de los progenitores en el momento de la concepción, habrá de manifestarse el nombre de aquel que no suscriba la instancia que da origen al expediente. La ley 9.^a del título 18 de la Partida 3.^a que trae la minuta de la legitimación por rescripto no vacila en revelar el nombre de la madre (129).

Para Marichalar y Manrique (130) la exigencia del artículo 119 en manera alguna obliga a considerar indispensable dicha revelación—a la que un fiscal del T. S. califica de pueril curiosidad—, debiendo, por el contrario, omitirse cuando se alega—y por las declaraciones de los testigos u otros medios se demuestra—que existen inconvenientes o que la manifestación no puede hacerse sin perjuicio de tercero o de la madre.

A favor de esta tesis, defendida también por Manresa (131) se arguye con el principio de derecho penal de que el delito no se presume y con la jurisprudencia del T. S., especialmente con la sentencia de 11 de octubre de 1882, conforme a la cual una vez probada la filiación se presume *iuris tantum* la libertad matrimonial de los padres en el momento de la concepción y la de 12 de noviembre de 1858 que al ocuparse de la bastardía natural sienta la presunción en contra del dañado y punible ayuntamiento, esti-

(128) También citados por ESCRICH: Obra citada, pág. 87.

(129) Dice así la ley mencionada: «Como devén fazer la Carta de legitimación. Legitiman los Reyes los hijos de los omes buenos, para facerles merced. E la carta deve ser fecha de esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Remón Pérez vino antes nos Don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castilla, etc. e pidionos merced, que le legitimassemos a Remondo su hijo, el qual havia de Doña Perona, que non avia marido. Onde Nos, queriéndole fazer bien e merced, cumplimos su ruego, e legitimamos por esta nuestra carta el sobredicho Remondo su hijo, e otorgamosle poderio de heredar los bienes de Remón Pérez su padre de suso nombrado, quantos ha oy en este día, e avrá de aquí adelante quandoquier que morra Remón Pérez con testamento ó sin testamento. Otrosí otorgamos a Remondo el sobredicho, que pueda ser recibido en toda honra, que hijo legitimo deva, e pueda aver, e non le empezca en ninguna manera, porque non fué nascido de mujer legítima, nin vala por ende mentos. E porque esta legitimación sea firme e estable, e non venga en dubda dimosle esta carta sellada con nuestro sello de plomo.»

(130) Obra citada, pág. 81.

(131) Obra citada, pág. 550.

mando que en caso de duda debe conceptuarse natural al hijo porque con arreglo a derecho hay que presumir que pertenecen a la clase más general de ilegítimos, o que, mientras no se pruebe lo contrario, sus progenitores fueron hábiles para contraer matrimonio.

En el régimen del Código civil parece en principio que esta opinión debe aceptarse tanto por la admisión de los llamados hijos naturales presuntos del artículo 130, como por la prohibición que el artículo 132 impone de revelar, al hacer el reconocimiento, el nombre de la persona con la cual se hubiera tenido el hijo.

Esta primera impresión queda, sin embargo, desvanecida, al menos en parte, si se tiene en cuenta que el artículo 119 continúa en pie y que es muy discutible, como seguidamente veremos, el alcance y trascendencia que en orden a la relación paterno-filial tiene, por si sola, la instancia solicitando la legitimación. En efecto, el hecho de que pueda ser probada la procreación y de que en los padres y en el hijo concurren los requisitos que señala el artículo 119 del Código civil, no basta para que el hijo merezca en el orden jurídico la calificación de hijo natural. Esta calificación, partiendo de aquellos supuestos, implica una toma de razón que en el sistema del Código civil se produce a través de una declaración de voluntad atributiva de un *status* que se llama reconocimiento y que no puede confundirse con una pura confesión de la paternidad.

Pues bien, cuando el progenitor solicita que su hijo sea legitimado, asaltan en seguida las siguientes preguntas: ¿Será necesario para que la legitimación se otorgue un reconocimiento anterior en el cual aparezca el hijo que ha de legitimarse investido del *status* de hijo natural? (132). ¿Podrá concederse la legitimación directamente sin pasar por ese estadio intermedio de tal forma que *ab initio* la relación paterno-filial salte y se transforme de relación de hecho en relación de legitimidad?

En el primer caso es imprescindible el reconocimiento previo como atribución de estado. En el segundo, la justificación de la «naturalidad» se mueve en el puro campo probatorio sin trascender por si al orden sustantivo.

Nuestra doctrina no ahonda en el problema, limitándose a insinuar que en el orden lógico de las ideas, dentro del sistema del Código civil, el reconocimiento es siempre anterior a la legitimación (133), que el reconocimiento ha de acreditarse o hacerse en la misma instancia en que se solicita la legitimación (134) y que la petición del padre implica, de modo necesario, el reconocimiento del hijo (135), que va suplido e integrado en aquélla (136).

Pero lo cierto es que en materia de legitimación por concesión

(132) El Código civil alemán dispone en su artículo 1.725 que «la solicitud debe contener una declaración del padre reconociendo al hijo como suyo».

(133) **ANGULO LAGUNA**: Obra citada, pág. 201.

(134) **MANRESA**: Obra citada, pag. 575.

(135) **MUCIUS SCAEVOLA**: Obra citada, pág. 354.

(136) **SÁNCHEZ ROMÁN**: Obra citada, pág. 1070.

real no existe ningún precepto análogo al artículo 121 que hace de esa atribución de *status* que produce el reconocimiento un requisito esencial de la legitimación.

Es más, a diferencia del artículo 134 que habla de los derechos del hijo natural, una vez reconocido, el artículo 119 dice que pueden ser legitimados los hijos naturales «a secas», es decir, sin la investidura que les otorga el reconocimiento.

El problema, que es irrelevante y sutil cuando la legitimación se concede, adquiere especial virulencia en el caso de que la legitimación sea denegada.

¿Podrá estimarse que esa instancia pretendiendo la legitimación implica, en todo caso, el reconocimiento? Para Venzi y Franco (137), Dusi (138) y Angulo Laguna (139) la contestación debe ser afirmativa, de conformidad con el adagio *in eo quod plus est inest et minus*. Para Barone (140) y Bianchi (141), por el contrario, las manifestaciones contenidas en la solicitud de legitimación no tienen otro alcance que el de una mera y simple declaración de paternidad.

A nuestro modo de ver, aun en el supuesto de que se admita la idea, lógica y general, por otra parte, de que la voluntad de legitimar lleva consigo la de reconocer, es claro que no pueden olvidarse los requisitos de forma que deben adornar al mismo por exigencia del artículo 131 del Código civil. Ahora bien, es indudable que la solicitud del progenitor que pide la gracia no es ni el acta de nacimiento, ni el testamento, ni siquiera el documento público a que alude el mencionado precepto. Se trata de un documento privado en el que ni siquiera se exige la legitimidad de la firma del peticionario. A lo más podrá considerarse, al amparo del número 1 del artículo 135, como escrito indubitable, en el que el hijo puede apoyar una acción para obtener por vía judicial la correspondiente investidura.

Por otra parte, si el argumento de que la voluntad de legitimar lleva como contenido la de reconocer convence en principio, no puede olvidarse que tal y como la institución aparece perfilada en nuestro Derecho no son ni el padre ni la madre los que legitiman. Es el soberano el que, comprobada la concurrencia de los requisitos legales, concede o deniega discrecionalmente la legitimidad solicitada (142). La legitimación por rescripto no es un «plus» sobre el reconocimiento, es algo distinto y de calidad superior que el soberano otorga a los hijos que reúnan las condiciones

(137) Obra citada, pág. 106.

(138) Obra citada, pág. 841.

(139) Obra citada, pág. 201.

(140) Obra citada, pág. 67.

(141) Obra citada, págs. 129 y 130.

(142) El padre que pretende la legitimación participa a la administración pública un propósito (en la solicitud, en el testamento o en el instrumento público) personal, receptivo, formal y revocable en tanto que el decreto de legitimación no haya sido dictado. Véase TRIMARCHI: Obra citada, pág. 70.

del párrafo 2.º del artículo 119. Es esta naturalidad natural, valga la frase, la que es preciso justificar u ofrecer justificar en la petición que se formule. Y como aquí no juega el reconocimiento como atribución de *status* no hay razón para admitir la presunción de hijo natural que el artículo 130 del Código civil define para el caso de que dicho reconocimiento se haya producido por uno solo de los padres, ni mucho menos la prohibición de revelar el nombre del otro progenitor, establecida por el artículo 132 del mismo cuerpo legal.

Pero, como antes decíamos, no sólo los progenitores conjunta o aisladamente pueden solicitar la legitimación, sino que también el hijo, en algunos supuestos excepcionales, se encuentra legitimado para ello.

Justiniano (Novelas 74, cap. 2 y 89, cap. 10) dispuso que cuando el padre hubiera reconocido al hijo por testamento, instituyéndole heredero, éste podía solicitar, después de la muerte del padre, el rescripto de legitimación.

Tal es la llamada *legitimatio mortis causa*, *legitimatio post mortem* o *legitimatio per testamentum* que recogió la ley 6.º del título 15 de la Partida 4.º, la cual, bajo la rúbrica «como el padre puede fazer su fijo natural legítimo en su testamento», dice «De amiga aviendo algun ome a sus hijos naturales, si hijos legítimos non oviere, puede los legitimar en su testamento, en esta manera diciendo assí: Quiero que fulano, o fulana, mis hijos, que ove de tal muger, que sean mis herederos legítimos. Ca si después de la muerte tomaren los hijos este testamento, e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced, que le plega de confirmar, e de otorgar la merced, que el padre les quiso fazer: el Rey sabiendo que aquél que hizo el testamento, non avia otros hijos legítimos, develo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre e avran honra de hijos legítimos.»

La *legitimatio post mortem* fué admitida por el Código civil italiano de 1865 y lo es actualmente por el artículo 285 del Código fascista. De conformidad con este último precepto, que reproduce casi literalmente a su predecesor: «Se uno dei genitori ha espresso in un testamento o in un atto publico la volontá di legittimare i figli naturali, questi possono, dopo la morte di lui, domandare la legittimazione, sempre que al tempo della morte, concorran le condizioni» de falta de descendencia legítima y de imposibilidad u obstáculo grave para contraer matrimonio.

Nuestro Código, aunque inspirado por el italiano de 1865 permanece fiel a la tradición romana y al Derecho de las Partidas, dando en su artículo 126 una mayor flexibilidad a la *legitimatio mortis causa*. Establece dicho artículo que «también podrá obtener la legitimación por concesión real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que el padre o

madre no tengan hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos».

Es decir, que, a diferencia de lo que sucede en los Códigos italianos aludidos, en el nuestro no es necesario acreditar que no fué posible el matrimonio entre los progenitores. Aunque no hubiera habido, pues, ningún obstáculo para la celebración del mismo, la voluntad de legitimar expresada en la forma que el artículo 126 determina basta para que pueda pretenderse la legitimación.

Ahora bien, esta legitimación en su modalidad *post mortem* plantea algunas cuestiones de intrincada solución. En primer término vuelve a suscitarse aquí el problema de si en el testamento o instrumento público a que alude el artículo 126 habrá o no de realizarse un previo reconocimiento del hijo con el debate consiguiente acerca de si la voluntad de legitimar implica el reconocimiento, y de la entidad y trascendencia de aquélla en el caso de que no se pretenda o no se conceda la legitimación.

En evitación de repeticiones, damos por reproducido cuanto hemos tenido ocasión de exponer al hablar de la instancia en que la legitimación se solicita. Aquí conviene que de un modo especial nos fijemos en la envoltura formal de la voluntad legitimadora para extraer de aquella doctrina los corolarios consiguientes.

Si en la voluntad expresa del padre de legitimar va envuelto, como dice Mucius Scaevola (143), el reconocimiento del hijo, que es un *minus* con relación a aquélla, el Notario que autoriza el testamento o el instrumento público en que esa voluntad legitimadora se contiene, no tendrá más remedio que remitir al Juez municipal el testimonio en relación prevenido por el artículo 61 de la Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870, ya que cualesquiera que sean las vicisitudes de la legitimación pretendida esta voluntad expresa de legitimar encierra en sí, a lo menos, el reconocimiento de un hijo natural a que hace referencia el número 2 del artículo 60 de la ley mencionada (144). Si, por el contrario, esa voluntad no lleva implícita la atribución del *status* el Notario autorizante no tiene, por faltar su presupuesto, la referida obligación.

Por otra parte, si la voluntad de legitimar a que hace referencia el artículo 126 del Código civil llevara implícita la voluntad de reconocer, sería preciso observar fielmente, para que el reconocimiento fuera eficaz, lo prevenido en el artículo 132 del mismo cuer-

(143) Obra citada, pág. 356.

(144) Dice el artículo 60 de la Ley de Registro civil que «al margen de las partidas de nacimiento se anotarán encuadradamente... los actos siguientes concernientes a las personas a quienes aquéllos se refieran: 1) Las legitimaciones. 2) Los reconocimientos de hijos naturales...» Por su parte, el artículo 61 de dicha Ley establece, en su párrafo primero, que «cuando los actos mencionados en el artículo anterior constasen por documento otorgado ante notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo Registro se hallare inscrito el nacimiento del interesado, o en la Dirección General, en su caso, para que haga la correspondiente anotación marginal, remitiéndole al efecto testimonio en relación del documento otorgado».

po legal que exige en todo caso el consentimiento del hijo mayor de edad y la aprobación del Juez, previa audiencia fiscal, cuando siendo menor el hijo reconocido el reconocimiento tenga lugar en documento público *inter vivos*.

En la práctica será difícil que el otorgante llegue a la sutileza de decir: admito que esta persona reúne los requisitos del artículo 119; me niego a conferirle la «naturalidad»; quiero que goce de la calificación de legítimo, siendo mi voluntad legitimarlo. En ese terreno de la experiencia profesional la voluntad testamentaria del padre, que es lo más frecuente, puede, en evitación de problemas, manifestarse así: «Reconozco a fulano como hijo natural, siendo mi voluntad legitimarlo.»

Expresado de esta forma, el reconocimiento permanece, aunque, como dice el artículo 741, el testamento se revoque. La revocabilidad de éste implicará tan sólo el problema de si la pretensión legitimadora ha sido o no abandonada. Frente al artículo 126 que habla de «su testamento» que no deja de ser suyo—del padre o de la madre—, aunque no sea el último, tenemos la declaración terminante—sin más excepción que la citada—del artículo 739, conforme al cual «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto» y la circunstancia de que el propósito legitimador del otorgante puede cambiar sin que exista obstáculo para ello. De aquí que no sólo puede abandonarse la voluntad legitimadora manifestada en testamento, sino también la recogida en un instrumento público *inter vivos*.

Parangonando una frase de Amadeo Fuenmayor (145) podríamos decir que así como la donación permanece, aunque la mejora se revoque, del mismo modo el *status* de hijo natural, una vez conferido, no desaparece: 1) aunque se revoque la voluntad de legitimar; 2), aunque una vez expresada en testamento o instrumento público no se pretenda dicha legitimación por el hijo; y 3), aunque, habiéndose pretendido, fuera denegada.

En el caso realmente excepcional de que el otorgante del testamento o del instrumento público hubiera realizado, no un reconocimiento atribución de *status*, sino una mera admisión de la paternidad del hijo, expresa o implícita en el puro y escueto deseo de legitimar, el hijo tendrá una acción para reclamar dicho estado. Si la ejercita y prospera, el *status* no dimanará de un reconocimiento-atribución—que hemos dicho que no existe—sino de una investidura decretada por el juez sobre la base de que el padre, por un lado, se niega a concederlo y, por otro, de la prueba del reconocimiento-admisión de la paternidad a que se refiere el número 1 del artículo 135.

El hecho de que el reconocimiento-admisión se haga en testamento o instrumento público (art. 130) no lo transforma en reconocimiento-atribución. Por tanto, una vez muerto el padre o la

(145) *La revocación de la propiedad*, pág. 143.

madre, la acción para reclamar la investidura judicial del *status* caduca a los seis meses de haberse tenido noticia del documento (núm. 2 del art. 137). Puede darse así el caso curioso de que caducado el plazo para el ejercicio de la acción, el hijo no pueda en ningún supuesto tener la calificación de natural, pudiendo, sin embargo, como luego veremos, obtener la legitimación (146).

X. EFECTOS

Ahora bien, sean los dos o uno solo de los progenitores, sea el hijo, los que promuevan el expediente de legitimación, interesa conocer, para el supuesto de que la misma se conceda, cuáles son los efectos que produce.

Prescindiendo de la *legitimatio minus plena* del Derecho intermedio, fruto de la amalgama de la legitimación por rescripto con la *dispensatio natalium*, el efecto genuino de la legitimación por merced del soberano, consistió en dotar al hijo de un *status familiae*. Todo hijo legitimado—se infiere de los capítulos 3.^o y 89.^o de la Novela 89 y del capítulo 2.^o de la Novela 74—se tiene por legítimo y le competen los derechos de tal, pudiendo suceder a su padre tanto abintestato como *ex testamento*.

En la misma línea, la Ley 9.^o del título 18 de la Partida 3.^o, en la fórmula que nos ofrece la carta de legitimación, pone en labios del Rey las siguientes palabras: «Legitimamos por esta nuestra carta al sobredicho Remondo su fijo, e otorgamosle poderio de heredar los bienes de Ramón Pérez, su padre... quando quier que muera... con testamento o sin testamento. Otrosi otorgamos a Remondo... que pueda ser recibido en toda honra, que fijo legítimo deva, e pueda aver: e non le empezca en ninguna manera, porque non fue nascido de muger legítima nin vala por ende menos.»

La misma orientación se advierte en la ley 4.^o del título 15 de la Partida 4.^o, en las leyes 17, título 6, libro 3 y 7, título 22, libro 4 del Fuero Real y a *sensu contrario* en la ley XII de Toro.

Ahora bien, la atribución al hijo legitimado de un *status familiae* tiene en contra dos argumentos de importancia: de una parte, cuando el hijo es legitimado con respecto a uno solo de los progenitores falta toda posibilidad de entronque con una familia, la cual supone cruce de dos ramas distintas que se anudan por el vínculo paternidad-maternidad; cuando la legitimación se concede con respecto a los dos progenitores falta el matrimonio, que si no es, como hemos afirmado malaconamente, la fuente única de la legitimidad, si es la fuente única de la familia. La legiti-

(146) Ni que decir tiene que admitida la legitimación por gracia del soberano de la descendencia legítima del hijo natural premuerto, resulta viable que la pretensión legitimadora se ponga en marcha por dicha descendencia cuando haya muerto el hijo que contempla el artículo 126 del Código civil.

midad no supone, pues, en todo caso, la conexión y el encuadramiento en una familia.

Como ha escrito primorosamente Albaladejo (147), la familia es una institución que se edifica sobre el matrimonio, y donde éste haya faltado la familia no puede existir, aunque existan ante la ley lazos de parentesco. Si hay familiares parientes, familiares que no son parientes y parientes que no son familiares, es preciso situar en el primer grupo a los hijos matrimoniales, en el segundo a los esposos y en el tercero a los hijos legitimados por concesión soberana, los que sin devenir familiares y sin gozar por ello de un *status familiæ* tienen, sin embargo, un *status filii*, una investidura de legitimidad.

En virtud de ello el hijo legitimado por concesión soberana debe recibir el trato de hijo legítimo, con los derechos y deberes que como tal le incumben, mientras estemos en presencia de relaciones entre padre e hijo, entre legitimante y legitimado.

Tal es la solución del Código civil alemán y de los Códigos civiles italianos de 1865 y de 1942. El primero establece en su artículo 1.736 que con la declaración de legitimidad el hijo adquiere la posición jurídica de hijo legítimo. Esta posición no le equipara en absoluto al hijo matrimonial, pues, como se infiere del artículo 1.737, la relación establecida vincula al progenitor con su hijo y la descendencia de éste, pero no enlaza al hijo con el cónyuge del legitimante ni con los parientes del mismo. El Código civil italiano de 1865 dispuso igualmente, en su artículo 201, que «la legittimazione por decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio, ma soltanto... riguardo al genitore che l'ha domandata». En parecidos términos se manifiesta el artículo 290 del Código vigente hoy en Italia.

¿Cuál es la postura adoptada por nuestro Código civil? La doctrina española, examinando los artículos 127 y 134 llega a la conclusión de que el hijo legitimado por concesión soberana está por completo equiparado al hijo natural reconocido, y partiendo de esta afirmación formula contra el sistema del Código una crítica severa porque—se dice—resulta absurdo exigir más requisitos para hacer la legitimación por concesión real que para reconocer a un hijo y después producir iguales efectos jurídicos (148), porque a sabiendas de que es completamente inútil se ha regulado una institución de derecho que está llamada a no producir resultado alguno (149), porque no se sabe qué ventajas puede reportar a un hijo natural reconocido su legitimación posterior (150), porque en cuanto a la condición de los hijos legitimados produce idénticos efectos que el reconocimiento (151) y porque no alterándose cua-

(147) *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, pág. 52, nota 88.

(148) VALVERDE: Obra citada, pág. 463.

(149) COMAS: Obra citada, pág. 338.

(150) ANGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 203.

(151) CASTÁN: Obra citada, pág. 150.

litativa ni cuantitativamente los derechos de índole civil que corresponden al hijo natural reconocido, carece hoy por completo de utilidad (152).

Hasta tal punto ha sido dura y severa la crítica, que se ha calificado a la institución, tal y como aparece regulada en el Código, como perturbadora (153) y estéril en sus consecuencias legales (154) y como verdadero lujo legislativo, en desacuerdo con las necesidades de la práctica y, por consiguiente, sin aplicación en la vida (155).

Ahora bien, si no cabe la menor duda de que el legislador exige mayores requisitos para la legitimación por merced del soberano que para el reconocimiento del hijo natural, de forma bien elocuente manifiesta—como el mismo Valverde reconoce (156)—que debe ser distinta la condición jurídica de los hijos legitimados por concesión y de los hijos naturales.

Antes de concluir que estamos en presencia de un lujo legislativo y de una institución perturbadora, estéril y perjudicial, conviene hacer un estudio detenido del problema. Nuestra doctrina, como en otras ocasiones, se ha dejado arrastrar por el prejuicio de la animadversión al Código, pecado de superficialidad y ligereza.

Ese estudio nos llevará a percibir: 1.º) Que de conformidad con la Base 4.º de la ley de 11 de mayo de 1888 las relaciones jurídicas que constituyen el Derecho de familia habrán de venir determinadas en el nuevo Código de conformidad con los principios esenciales en que se fundaba el estado legal presente en aquella sazón, de donde se infiere que estando el ordenamiento jurídico de aquella época en la línea de la asimilación del hijo legitimado por concesión real al hijo legítimo, dicho criterio de interpretación debe mantenerse.

2.º) Que la disciplina legal de la institución que nos ocupa aparece en el capítulo 3.º del título 5.º del libro 1.º del Código civil bajo la rúbrica de «los hijos legitimados». Ahora bien, gramatical e ideológicamente, legitimar equivale a hacer legítimo, a dotar de esta concidición al que de ella carece.

3.º) Que por ello mismo la legitimación confiere una cualidad superior a la del reconocimiento, debiendo prevalecer aquélla sobre éste cuando haya colisión entre los derechos que de una y otra dimanen, y

4.º) Si bien es cierto que el artículo 122 establece que «los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos», de aquí no puede inferirse, a *sensu contrario* y trayendo a colación el artículo 127, que «los le-

(152) ROYO MARTÍNEZ: Obra citada, pág. 289.

(153) COMAS: Obra citada, pág. 338.

(154) SÁNCHEZ ROMÁN: Obra citada, pág. 1076.

(155) ANGULO LAGUNA: Obra citada, pág. 204.

(156) Obra citada, pág. 463.

gitimados por concesión real disfrutarán de los mismos derechos que los hijos naturales reconocidos».

La presencia del artículo 127 nos obliga—es cierto—a reconocer que la equiparación del hijo legitimado por concesión soberana al hijo legítimo no es perfecta. Más aún, estimando sin duda que a diferencia del legitimado por subsiguiente matrimonio, no era posible, por la naturaleza misma de la institución, conferir al legitimado por rescripto un *status familiae*, el legislador quiso atribuirle un *status filii* y se lo confirió en efecto, pero al hacer la enumeración del artículo 127, creyó—equivocadamente, en su número 3.º—que el *status filii* respondía a un patrón único, el del hijo natural reconocido, por ignorar sin duda que entre el *status familiae* del hijo matrimonial y el *status filii* propio del natural reconocido existe, como lo demuestran los preceptos aludidos de los Códigos alemán e italiano, una relación de legitimidad, que no encuadra ni vincula al hijo con la familia del padre.

Prueba de que esta interpretación es acertada y de que la doctrina del artículo 127 fué el resultado de una desorientación legislativa—especialmente en su número 3.º—surgida al elaborar el texto articulado del Código, lo tenemos en las Bases 16 y 18 que al hablar de las legítimas y de la sucesión intestada hacen referencia a los hijos naturales, pero callan—por suponerlos sin duda equiparados a los legítimos—con respecto a los legitimados por gracia real.

Tal es la fuerza que pudiéramos llamar *inmanente* de esta interpretación que cuando ha querido evitarse la lógica asimilativa de la filiación legitimada por rescripto a la filiación legítima, ha sido necesario hacerlo constar de modo expreso. El mismo Código se ve precisado a ello al hablar de la prestación alimenticia (art. 143, núm. 4.º), de los derechos legitimarios (art. 844), del orden en la sucesión intestada (art. 939 y s.) y de la licencia para contraer matrimonio (art. 143).

Por su parte, las disposiciones especiales que han querido evitar esta asimilación han tenido que aludir de forma única y explícita a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

Así lo hacen, en efecto, la ley de 16 de julio de 1954 que establece la llamada «ayuda familiar» a favor de los funcionarios civiles de la Administración del Estado (art. 6) y la de 16 de diciembre de 1954 por la que se modifican y refunden los preceptos reguladores de la Contribución general sobre la renta (art. 18).

De lo expuesto se infiere, cuál sea, pues, el sentido y alcance del artículo 127 de nuestro Código civil, y que las coordenadas de toda interpretación justa del mismo son, en esta materia, las siguientes: 1) Sin más excepciones que las taxativamente señaladas por el legislador, el hijo legitimado por gracia debe tener la consideración y recibir el tratamiento de un hijo legítimo (157);

(157) Como señalan KIPP y WOLFF y reitera CASTÁN (ob. y lugar citados) constituirá, a lo sumo, un problema de interpretación el de determinar hasta qué

2) Siendo posible, dada la unilateralidad de la relación, que coinciden en una persona, por lo que respecta a sus respectivos progenitores, la situación de legitimidad adquirida por rescripto y la naturalidad dimanada del reconocimiento, aquélla, en caso de conflicto, debe prevalecer sobre ésta.

A la luz de estas coordenadas interpretativas desaparecen muchos de los puntos oscuros a que alude nuestra doctrina y se demuestra la vitalidad y la eficacia de la institución.

Así, en materia de adopción,¹⁵⁸ resulta claro que la misma se prohíbe a los que tengan hijos legitimados por gracia (art. 174, número 2.º); en materia de gananciales habremos de entender que entre las cargas de ese patrimonio común figura la del sostentamiento y educación de aquella clase de hijos (art. 1408, número 5.º); en materia de licencia y consejo matrimoniales o de autorización para realizar actos dispositivos sobre el patrimonio inmobiliario, el hijo habrá de dirigirse al progenitor legitimante y no al progenitor que se hubiera limitado a reconocerle (arts. 46 y 47 y 317).

Esta misma pauta debe aceptarse en materia de apellidos, toda vez que si el hijo tiene derecho, por un lado, al apellido de aquel que lo reconoce (art. 134) y, por otro, al apellido de aquel que lo legitima (art. 127), no cabe la menor duda, por las razones apuntadas, que este último tiene preferencia sobre aquél.

Por su parte, y al amparo de la opinión expuesta, el hijo legitimado por rescripto queda equiparado al legítimo en la órbita amplísima de la previsión laboral y del Derecho social: Plus de Cargas Familiares (art. 8 de la Orden de 29 de marzo de 1946); Subsidio de Natalidad (art. 110 del Reglamento de Mutualismo Laboral de 10 de septiembre de 1950); beneficios a las Familias Numerosas (art. 1.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 y artículos 1.º y 2.º de su Reglamento de 31 de marzo de 1944), y en los del derecho arrendaticio (arts. 24 y 58 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos (158).

El criterio interpretativo apuntado sirve también para despejar las terribles dudas de Comas (159) para el cual del silencio abso-

punto los negocios jurídicos relativos a los hijos legitimados abarcan también a los legitimados por concesión.

(158) Por ello estimamos que hoy no prosperaría la tesis mantenida por las sentencias del T. S. (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 1892 y 30 de diciembre de 1899, conforme a las cuales no es legítimo para los efectos de la pensión, el hijo legitimado con concesión real, pues la pensión concedida por el Montepío del Ministerio fué exclusivamente a los hijos legítimos. Más benéfota, aunque también inexacta, repartamos la doctrina de las sentencias de la misma Sala de 18 de marzo de 1897 y 22 de febrero de 1901 que consideran a los hijos legitimados por concesión real como naturales reconocidos y con derecho a pensión del Tesoro, en defecto de hijos legítimos, haciendo extensivo ese derecho a las pensiones de Montepío por ciertas consideraciones de analogía e interpretación favorable de las leyes que regulan dichas pensiones.

(159) Obra citada, pág. 338.

luto del Código parecía deducirse, con fundamento, que el mismo había innovado el sistema anterior confiriendo de una parte al progenitor que reconoce una patria potestad que el derecho precedente le negaba, y negando a quien legitimaba por *rescriptum principis* la patria potestad que dicho ordenamiento le confería y que era uno de sus principales efectos.

La equiparación al hijo legítimo del hijo legitimado por gracia, que acabamos de defender, resuelve la cuestión, concediendo al legitimante no sólo la patria potestad sobre el legitimado, sino la patria potestad con toda su plenitud, sin ninguna de las restricciones del artículo 166 y, por tanto, con la obligación de constituir, en los casos que la ley señala, hipoteca legal por razón de peculio.

La misma orientación permite concluir que la legitimación extingue la tutela de los menores (art. 278) y la patria potestad *minus plena* que corresponde al padre natural (arts. 154, 163 y 166).

Ni que decir tiene que en el supuesto de legitimación por el padre y la madre, éstos permanecen extraños entre sí, siendo el *status filii* del legitimado, fruto de dos relaciones independientes. Por idéntica razón los legitimados por el mismo padre no devienen hermanos legítimos ni de vínculo doble ni de vínculo sencillo.

XI. DERECHOS SUCESORIOS

Veamos ahora los supuestos excepcionales—núms. 2 y 3 del artículo 127—en que por expresa disposición legislativa no es posible poner en juego el sistema de la asimilación.

En Roma, según se desprende de los capítulos 3.^o y 8.^o de la Novela 89, el legitimado por rescripto heredaba no sólo a sus padres, sino también a sus abuelos y consanguíneos. El *status familiaris* de que era investido trascendía, pues, al orden sucesorio.

En nuestro Derecho histórico fué éste, sin duda, uno de los extremos más oscuros y debatidos.

El Fuero Real, en su ley 5.^a, título 6, libro 3.^o, dispuso lo siguiente: «Todo ome que no oviere hijos de bendición e quisiere rescribir a alguno por fijo e heredarle en sus bienes, puédelo facer e si por ventura después oviere hijos de bendición, hereden ellos e no aquél que rescribió por fijo», agregando «esto mismo sea por el fijo de la barragana que fué rescribido por fijo e por heredero».

Por su parte la ley 9 del título 15 de la Partida 4.^a dice que «a los legítimos nasce de la legitimación que se les faze muy grande pro: ca después que lo son por cualquier de las maneras sobredichas... pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non ovieren; e si los ovieren, heredarárn su parte como los otros hijos que ovieren de mugeres legítimas».

Frente a los textos legales reproducidos la doctrina entendió

que en materia sucesoria el legitimado por merced soberana quedaba equiparado al legítimo. Las dudas surgían en el supuesto de que con posterioridad a la legitimación nacieran hijos de legítimo matrimonio o mediante el mismo se legitimase la prole habida con anterioridad a su celebración. Para la tesis dominante debía prevalecer la disposición del Fuenro Real, quedando irrita, anulada e inoperante la legitimación por rescripto en materia sucesoria en caso de supervivencia de hijos legítimos o legitimados por siguiente matrimonio.

Esta tesis, sin embargo, no fué universalmente compartida y así Pacheco (160), Morató (161) y Marichalar y Manrique (162), entendieron que el Fuenro Real no derogó el sistema de las Partidas, por referirse no a los hijos legitimados por rescripto, sino a los reconocidos y arrogados. Como dice Pacheco, el Fuenro Real habla tan sólo de «rescibir» hijos, no de trasladarlos de la ilegitimidad a la legitimidad. El Rey que encontramos en ésa y en otras disposiciones del Fuenro, es un testigo que autoriza, nunca un soberano que concede.

Las vacilaciones y dudas debieron sembrar de tal modo la incertidumbre, que fué preciso abordarlas en la ley XII de Toro. Uno de sus redactores, Palacios Rubios (163), cuenta que confe-renciando los que intervinieron en la formación de dicha ley, acerca de si debía regir en esta materia el Fuenro Real o las Partidas, después de largas altercaciones, finalmente se conformaron en elegir un medio por el cual ni en el todo subsistiese la legitimación ni se revocare en todo. Observóse para ello que dos eran los efectos de la legitimación otorgada por el Rey, el de purgar de la nota de ilegitimidad haciendo capaz al hijo de honores, dignidades y oficios y el de habilitar al legitimado para suceder en los bienes de los padres, estimándose que así como el primero debía subsistir en todo caso, por no seguirse del mismo perjuicio ninguno para los hijos legítimos, el segundo debía suspenderse, por producir dicho perjuicio, en el caso de que tales hijos sobrevi- nieren.

Recogiendo esta solución ecléctica de la ley XII de Toro (164) dispuso: «Si alguno fuere legitimado por rescripto o privilegio nuestro, o de los Reyes que de Nos vinieren aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres o madres o de sus abuelos, e después su padre o madre o abuelos ovieren algún hijo o nieto descendiente legítimo, o de legítimo matrimonio nascido o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos o descendientes legítimos en los bie-

(160) Obra citada, pág. 193.

(161) Obra citada, pág. 168.

(162) Obra citada, pág. 77.

(163) *Glosamenta legum Tauri*, Salamanca, 1542, al númer. 9.

(164) Ley 10, título 8, libro 5 de la Novísima Recopilación y título 8, libro 10 de la Novísima.

nes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes abintestato ni en testamento. Salvo si sus padres o madres o abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su ánima les quisieren alguna cosa mandar que hasta en la dicha quinta parte, bien permitímos que sean capaces y no más. Pero en todas las otras cosas, así en suceder a los otros parientes como en honras e preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legítimo matrimonio.»

Si la Ley XII de Toro resolvió el problema de la concurrencia de los hijos legitimados por rescripto con la descendencia legítima sobrevenida, la posibilidad a que antes hicimos referencia, de que la legitimación pudiera concederse a pesar de que el legitimante tuviera hijos o descendientes legítimos, dejó en pie la cuestión en el caso de concurrencia de estos últimos con aquéllos.

Para Gregorio López (165) y Palacios Rubios (166) la ley XII de Toro resolvía para el supuesto de descendencia legítima sobrevenida, dejando en vigor el sistema de concurrencia de la ley de Partidas cuando dicha descendencia existiese con anterioridad al rescripto.

Por el contrario, Acevedo (167), Antonio Gómez (168), Tello (169), Matienzo (170), Llamas y Molina (171), entendieron que la Ley XII de Toro se refería a uno y otro supuesto porque de una parte más fundado es el derecho que tienen los hijos legítimos existentes que los que nacen después, y porque, de otra, a menos que de una forma expresa lo manifieste, se ha de presumir que el Príncipe no quiso perjudicar a los legítimos, debiendo entenderse que toda legitimación por rescripto es concedida con la cláusula de «sin perjuicio de tercero», como efectivamente dispuso que se concediera la ley de gracias al sacar de 14 de abril de 1838.

En el caso de que la concurrencia no fuese con la descendencia, sino con los ascendientes legítimos, Covarrubias, Dueñas, Cifuentes (172), Antonio Gómez y Matienzo (173) eran del parecer que el hijo legitimado por rescripto había de preferirse a los ascendientes del legitimante.

Tal era la situación legal al promulgarse el Código civil. Este,

(165) Glosa 2.º a la ley 9, título 15, Partida 4.º

(166) Obra citada al n.º 7.

(167) Al n.º 32 de la Ley XII.

(168) *Antonio Gomez ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Salamanca, 1555, al n.º 67.

(169) *Prima pars commentarium in primas triginta voto et octo legges Tauri*, Madrid, 1595, al n.º 4.

(170) Glosa 7.º, número 2, ley 10, título 8, libro 5 de la Nueva Recopilación.

(171) Obra y tomo citados, pág. 264.

(172) Citados por ESCRICHÉ: Obra citada, pág. 90.

(173) En obras y lugares citados.

sin decir una sola palabra—como escribe Comas (174) con justa indignación—acerca de las razones o motivos que tuvo para introducir las reformas que aparecen en nuestro derecho tradicional, modificó éste en la materia que nos ocupa: 1) Dando preferencia en la sucesión intestada a los ascendientes del legitimante sobre el hijo legitimado por merced, pero concediendo a éste, en concurrencia con aquéllos, su porción legitimaria: 2) No reconociendo a favor de esta clase de hijos los derechos legitimarios del hijo legítimo, sino una cuota menor equivalente a la cuarta parte de la herencia, en supuesto de concurrir con ascendientes del legitimante, y a la tercera en el caso de que al morir éste, aquéllos hubieran fallecido, y 3) Disponiendo que la superveniente de filiación o descendencia legítima o legitimada por subsiguiente matrimonio no privaba de efectividad a la legitimación por rescripto, limitándose a reducir la legítima del hijo beneficiario de dicha legitimación a una cuota equivalente a la mitad de lo que corresponda a cada uno de los hijos legítimos no mejorados (art. 939 y s.; artículo 840 y s.) (175).

Aunque, como hemos visto, no pueda decirse que todo sea retroceso en la nueva disciplina, la equiparación en el orden sucesorio del legitimado por rescripto al hijo natural reconocido merece, sin duda, las críticas que tan prodigamente le ha dirigido nuestra doctrina, pues no son precisamente las apuntadas las consecuencias que debieran sacarse del punto de partida.

Si el *status filii* que la legitimación por rescripto confiere obliga a darse alimentos a los padres y a los hijos legitimados de éstos (art. 143, núm. 3), si la naturaleza de la investidura exige que no haya derecho reciproco de sucesión entre el hijo legitimado por una parte y los hijos y parientes legítimos del padre o madre que legítime, de otra (art. 943), de todo ello no puede inferirse —como antes argüíamos—que la participación hereditaria del legitimado por rescripto sea equivalente a la del hijo natural reconocido. En este aspecto debió mantenerse sin trabas ni recortes el beneficio de la legitimidad, de tal forma que dentro del estrecho marco de las relaciones entre padre e hijo, únicas a que el *status filii* da nacimiento, aquél y éste debieran heredarse como padre e hijo legítimo, en idéntico grado y con idénticas cuotas legitimarias.

(174) Obra citada, pág. 338.

(175) Las innovaciones introducidas por el Código plantearon en la práctica algunos problemas de derecho transitorio. Dos de ellos fueron resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1893 y 8 de noviembre de 1894, aplicando las disposiciones transitorias 1.^a y 4.^a en el sentido de que a efectos sucesorios los derechos del hijo legitimado por rescripto antes de la publicación del Código eran los del hijo legítimo, aun cuando la sucesión paterna se hubiera abierto con anterioridad.

XII. DERECHOS NOBILIARIOS

Las disposiciones de nuestro Derecho histórico que hemos traído a colación al estudiar los efectos de la *legitimatio por rescriptum principis* en el campo sucesorio, aluden al mismo tiempo a las horas que han de corresponder al hijo beneficiario de la legitimación y ello nos lleva de la mano a examinar el problema de si corresponde o no a dichos hijos la nobleza de sus padres.

La Ley 9, título 15, partida 4.^a, como hemos tenido ocasión de comprobar, les da cabida en «todas las horas e a todos los fechos temporales... como los otros hijos que nascen de las mujeres legítimas». La Ley XII de Toro termina afirmando que «en horas e preeminencias... mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legítimo matrimonio».

Estas disposiciones se consideraron derogadas por la Ley XII, título 2, libro 6 de la Nueva Recopilación confirmada por Felipe II en la Ley 2, título 11, libro 2.^o de la misma, por las cuales se dispuso que los legitimados por rescripto del Príncipe, aunque fueren sus padres hidalgos, no quedaran como los legítimos exentos de pechos, servicios, ni contribuciones, ni gozaren de la hidalgüía y ello aun cuando por las palabras de las cartas reales se les hiciere legítimos.

Pero, como afirman Acevedo (176), Covarrubias (177) y Llamas (178), tales disposiciones se refieren a la legitimación de los hijos espúreos, pero no a la de los hijos naturales, ya que éstos, aun sin el beneficio de la legitimación, gozaban de la hidalgüía de sus padres (Ley 1, tít. 11, pág. 7).

Los hijos naturales, escribe Pacheco (179), sin necesidad del beneficio de la legitimación, usaron siempre el apellido de la familia paterna, poseyeron sus condiciones de nobleza y llevaron el escudo de armas. Dice en efecto la Ley 1.^a, título 6 del libro 5 del Fuero Viejo que «este es Fuero de Castilla»: que si un hidalgo a hijos de barragana, puédelos fazer fidalgos»... Lo único que se exigía, según las reglas heráldicas de toda Europa, era que tales hijos cruzaran su escudo con una barra, emblema de la ilegitimidad.

A nuestro juicio, la afirmación terminante de que «noble es el hijo legitimado si el padre es noble», no tiene otro alcance que el de encuadrar al hijo legitimado por rescripto en una estirpe nobiliaria, en la aristocracia de la sangre, pero no facilita para entender sin otras explicaciones que aquella clase de hijos está facultada para suceder a su padre en los títulos nobiliarios de que era titular.

En esta materia, aunque la interpretación ha de guiarse siem-

(176) Obra citada al núm. 47.

(177) *De matrimonio*, parte 2.^a, cap. 8. párr. 4. núm. 0:

(178) Obra citada, pág. 266, núm. 44.

(179) Obra citada, pág. 177.

pre por las coordenadas que más arriba trazamos, estimándose, salvo prueba en contrario, que impera el criterio de la asimilación, no puede olvidarse que aquí lo importante es la Real Cédula de concesión del título y que a ella será preciso acudir para desvanecer y aclarar las dudas que pudieran suscitarse.

En este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 1913 dice que habiéndose declarado en la cédula fundacional que el título se establece «para el agraciado y sus hijos y sucesores legítimos de ambos sexos *ex corpore legítimo*, es lógico estimar excluidos a los hijos naturales legitimados por rescripto, porque de otro modo se faltaría a lo ordenado en el título fundacional que llama a los descendientes legítimos *ab origine*.

En el mismo sentido, la sentencia de 19 de enero de 1924 dice que el artículo 127 del Código civil se refiere a los derechos que adquiere el legitimado, entre los cuales no se comprenden los derechos vinculares o nobiliarios que son de orden especial y vienen caracterizados por la limpieza y pureza de la sangre y regidos por las Reales Cédulas de concesión.

XIII. EFECTOS «EX NUNC»

Si hasta aquí hemos estudiado los efectos de la legitimación por rescripto, nos queda por puntualizar desde cuándo se producen aquéllos.

Para determinar con precisión el punto de arranque de los mismos, basta considerar que la legitimación es un acto creativo, por virtud del cual se adquiere un estado nuevo; ahora bien, como escribe Dusi (180), ningún acto, ningún estado, ninguna relación jurídica puede, ni siquiera en virtud de la retroactividad, producir efecto antes de que se hayan dado todos los elementos esenciales para su existencia jurídica (181). En nuestro caso, elemento esencial de la legitimación es el rescripto; por consiguiente, la legitimación no puede comenzar sino con la emanación de éste.

El rescripto, como señala Cosantini (182), no reconoce, sino que atribuye la legitimidad al que ha nacido fuera de matrimonio. Por eso ha podido decirse de manera bien gráfica que *dies legitimationis est dies conceptionis et partus*.

Así lo entendió nuestra Ley de Partidas al decir (183) que si el Rey accede a la legitimación de los hijos habidos de barragana, sean éstos «dende adelante legítimos». En parecidos términos, el artículo 201 del Código civil italiano de 1865 dispone que la *legit-*

(180) Obra citada, pág. 807.

(181) Como el mismo Dusi escribe, cuando se verifica la condición se retrotraen sus efectos; ello se debe a que la condición no es un elemento esencial del negocio, sino una determinación accesoria del mismo.

(182) *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, pág. 217.

(183) Ley 4^a, tit. 15, partida 4^a.

timazione per decreto reale produce gli effetti... soltanto dal giorno dell'ottenuto decreto (184).

Nuestro Código civil no contiene un precepto, paralelo al artículo 123, que indique a partir de qué fecha se producen los efectos de la legitimación por rescripto. Este precepto es, sin duda, innecesario, bastando la propia naturaleza de la institución para estimar que dichos efectos se producen *ex nunc*.

De aquí que el hijo legitimado, en cuanto tal, no tenga derecho a la herencia en las sucesiones abiertas con anterioridad al decreto de legitimación. En la actualidad y partiendo de la equiparación de los derechos hereditarios entre el hijo natural reconocido y el legitimado por concesión, el problema, en el supuesto de que el reconocimiento-atribución exista, es demasiado sutil e irrelevante. Pero en el Derecho anterior al Código el problema tenía sin duda una gran trascendencia.

Así, la Sent. de 18 de diciembre de 1855 dice que «la petición fundada en haber sido legitimado por Real Decreto no puede prosperar, toda vez que la legitimación fué concedida con posterioridad a la muerte del padre, o sea, a la fecha en que ya radicaba la sucesión en los colaterales y conforme a la ley 4, tit. 15, partida 4, la legitimación produce efectos «dende adelante», esto es, desde el dia en que se otorga, y por esto el Decreto de legitimación concedió el derecho de heredar con sujeción a las leyes y sin perjuicio de tercero, y en estos términos debe ser obedecido sin darle más alcance en perjuicio de derechos adquiridos al amparo de las leyes citadas».

En la misma línea, la Sent. de 6 de junio de 1898 resolvió que el hijo natural que fué legitimado por concesión real con posterioridad a la muerte de su padre no tiene derecho a reclamar la entrega de la herencia íntegra de éste, y la Sentencia que limita el alcance y consecuencias al día en que la gracia se concede aplica rectamente la ley 4, tit. 15, partida 4 y el principio según el cual la sucesión de una persona se verifica al ocurrir su fallecimiento.

XIV. PROCEDIMIENTO: JUICIO DE LEGALIDAD Y JUICIO DE CONVENIENCIA

Precisada la naturaleza, los requisitos y los efectos de la institución que nos ocupa, hemos de tratar, para ofrecer un perfil completo y exacto de la misma, el procedimiento que es necesario tramitar para obtener la concesión soberana.

(184) El artículo 290 del Código civil italiano de 1942, análogamente, establece: «Effetti e decorrenza della legittimazione per decreto reale. La legittimazione per decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio, ma soltanto dalla data del decreto e nei confronti del genitore, riguardo al quale la legittimazione è stata concessa.

Se il decreto interviene dopo la morte del genitore, gli effetti della legittimazione risalgono alla data della morte, purchè la domanda di legittimazione non sia stata proposta dopo un anno da quella data.

La solicitud de aquellos a los que el Código civil legitima para esta promoción pone en juego el expediente. Sólo ellos están facultados por la ley, teniendo esta facultad un carácter personalísimo e indelegable, como ha reconocido el art. 1.728 del Código civil alemán. Ello no implica, sin embargo, que haya de ser excluido el poder especial, ni que los representantes legales *strictu sensu* del hijo, en el caso del art. 126, no puedan promover el expediente. En efecto, en ninguno de los dos supuestos mencionados es posible hablar de delegación: en el primero, porque el apoderado es más bien un *nuntius* que no pone al servicio del *dominus negotii* una voluntad, sino que se limita a transcribir y reproducir textualmente la del último; en el segundo, porque el padre o madre que ejerce la patria potestad o el organismo tutelar al que se confía la guarda de los incapacitados o de los menores que carecen de aquélla no son en realidad apoderados, sino órganos investidos directamente por la ley, no ya del derecho, sino también de la obligación de ejercitar, en nombre de los mismos, como dice el art. 155, núm. 1.º, «todas las acciones que puedan redundar en su provecho» (185).

La tramitación de esa solicitud estaba regulada en nuestro Derecho anterior al Código por la R. O. de 19 de abril de 1833 (186), modificada por los arts. 1.980 a 1.933 de la Ley de Enjuiciamiento civil (187), que regulan los trámites de las informaciones para dispensa de ley.

(185) Como dice VÁZQUEZ NOGUEIRA (obra citada, pág. 222) el menor emancipado tiene capacidad para formular esta solicitud por tratarse de una cuestión que atañe al régimen de su persona, para lo que según el artículo 317, está habilitado. El menor no emancipado debe estar representado por su tutor, quien no necesitará autorización del consejo de familia por no exigirlo el número 5.º del artículo 264 del Código civil.

(186) Dicha R. O. contenía las siguientes disposiciones:

1) Los que soliciten la legitimación acudirán directamente a la Audiencia territorial respectiva presentando en ella la solicitud para S. M. y los documentos en que la fundan.

2) Las instancias que se presenten directamente al Gobierno se dirigirán por la Secretaría de Gracia y Justicia bajo simple cubierta a las Audiencias correspondientes; las instancias que sean contrarias a la citada ley quedarán sin curso.

3) Las Audiencias dirigirán las solicitudes al Juez de primera instancia competente, el cual abrirá un expediente informativo, oirá por vía de instrucción sin figura de juicio a las personas o corporaciones que puedan tener interés en el asunto, admitirá las justificaciones que los interesados ofrecieren, las recibirá, en su caso, de oficio y devolverá a la Audiencia el expediente original con su informe.

4) La Audiencia, oyendo al fiscal, examinará si el expediente se halla debidamente instruido; no estando, lo ampliará convenientemente la instrucción, y cuando ésta se halle completa elevará igualmente original el expediente al Gobierno con la censura final, informando por su parte lo que se le otreceza y parezca.

(187) «Art. 1.980. No podrán recibirse las informaciones que tengan por

En la actualidad rigen esos mismos preceptos de la ley procesal en unión de los arts. 49 a 53 del Reglamento de procedimientos

objeto una dispensa de Ley, sino en virtud de Real orden comunicada al Juez por su Superior inmediato.

»Art. 1.981. Recibida en el Juzgado la Real orden, se procederá a darle cumplimiento, mandando requerir al que la obtuvo para que preste la información correspondiente sobre los hechos expresados en su instancia o sobre los prevenidos en la Real orden.

»Art. 1.982. Si durante la tramitación del expediente pidiera el interesado que se amplie la justificación a otros hechos que no conocía cuando firmó la instancia o crea ser de gran interés, podrá concederlo el Juez si los estimare importantes.

»Art. 1.983. Estas informaciones se recibirán con citación del Promotor Fiscal. También serán citadas las personas que tengan interés conocido y legítimo en el asunto, siempre que así se haya mandado en la Real orden o lo solicite el recurrente.

»Art. 1.984. El Actuario dará fe de conocer los testigos. Si no los conoce, exigirá que otros dos respondan del conocimiento de cada uno de ellos, y suscriban las declaraciones de los que se encuentren en este caso.

»Art. 1.985. Si se hubiere mandado hacer la información con citación de alguna persona, se le oirá si, citada, solicitaré la entrega del expediente. También se admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la información.

»Art. 1.986. Cuando el citado no comparezca, transcurrido que sea el término que para ello se le hubiere designado, continuará la sustanciación del expediente con solo la intervención del Promotor Fiscal, a no ser que aquél fuere menor o incapacitado, en cuyo caso será indispensable su audiencia, y a este fin deberá compelirselo a su representante legítimo, para que sin excusa alguna proponga, dentro del término que el Juez señale, lo que al interés del menor o incapacitado convenga.

Art. 1.987. Si, pendiente una información mandada recibir sin citación, se presentare alguna persona oponiéndose a la dispensa para la cual se reciba, se le oirá si tuviere conocido y legítimo interés en resistirla.

»Art. 1.988. Para la compulsa o cotejo de documentos será indispensable la asistencia del Promotor Fiscal. Si no hubiere de compulsarse más que parte del documento, o no fuere íntegra la copia que haya de cotejarse, el Promotor informará en la misma diligencia si en la parte que omite hay o no alguna diferencia que modifique o se oponga a la parte testimoniada.

»Art. 1.989. Practicadas las diligencias acordadas a instancia de parte, o mandadas en la Real orden, se entregará el expediente al Promotor Fiscal para que emita dictamen por escrito.

»Art. 1.990. Si el Promotor hallare que no se ha acreditado el conocimiento de los testigos en la forma prevenida en el artículo 1.984, o algún otro defecto notorio, pedirá que se subsane. También podrá pedir la práctica de las diligencias que estime necesarias para la calificación acertada de los hechos en que se funde la petición de la gracia, y la citación de las personas que, teniendo interés legítimo para oponerse a su concesión, no hubieren sido citadas oportunamente, debiendo haberlo sido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.983.

»Art. 1.991. Hallando el Promotor Fiscal completa la instrucción del expediente, dará dictamen sobre el fondo del negocio.

»Art. 1.992. Evacuada la audiencia del Promotor, el Juez emitirá su dictamen, que remitirá con el expediente al Tribunal superior en la forma acostumbrada.

»Art. 1.993. La sala de Gobierno oirá al Fiscal, y subsanados los defectos que pueda tener el expediente, acordará el informe que deba elevarse al Gobierno, al cual remitirá original el expediente con copia certificada del dictamen fiscal. Si algún Magistrado hubiere disentido de la mayoría, podrá extender por separado su dictamen, que se insertará en la consulta.»

to y régimen del Ministerio de Justicia de 7 de enero de 1901 (188).

Conforme a dichos artículos, el expediente se promueve mediante instancia dirigida al Ministro, a la que se unirán la partida de nacimiento y los demás documentos que acrediten la existencia de los presupuestos o requisitos que exige la ley. En la misma instancia se ofrecerá, además, información para justificar los hechos que sirvieron de base a la petición. Si la documentación acreditativa y los hechos narrados demuestran en principio la existencia de los requisitos exigibles, el Ministerio remitirá la documentación, por medio del Presidente de la Audiencia territorial, al Juez de 1.^a instancia competente para que practique la información ofrecida y devuelva lo actuado. La legitimación, cuando proceda y previa audiencia de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se otorga por el Ministro mediante orden ministerial, que será comunicada al Juez que instruyó el expediente para que éste cuide de su anotación en el Registro civil, tal y como disponen los arts. 60 y 61 de la ley de dicho Registro de 17 de junio de 1870 y el art. 326 del Código. Ni que decir tiene que este reflejo registral de la legitimación tiene un alcance puramente declarativo.

Es curioso que, no obstante la nueva disciplina legal, el título de la legitimación por concesión soberana, que se expide en nombre del Jefe del Estado Español, siga rezando, por reproducir los modelos anteriores al Código, de la siguiente forma: «He resuelto expedir el presente título por el cual os legitimo hábil y capaz para que con sujeción a las leyes podáis heredar y heredéis todos los bienes, derechos y acciones que os pertenezcan y puedan pertenecer como si fuerais hijo habido y procreado en legitimo matrimonio.»

Los títulos de la concesión soberana, de conformidad con el Decreto del Ministerio de Hacienda de 13 de abril de 1945, «quedan sujetos a la tributación por concepto de timbre de una cuota de ciento cincuenta pesetas, que se hará efectiva en papel de Pagos al Estado». Es curioso que ni la nueva Ley del Timbre de 14 de abril de 1955, ni su Reglamento de 22 de junio de 1956, hayan recogido esta disposición.

Del examen de las normas de procedimiento que acabamos de recoger se infiere que en el mismo cabe distinguir un juicio acerca de la legalidad de la legitimación solicitada y otro acerca de su conveniencia. El primero está encomendado a los organismos judiciales: Juez de 1.^a instancia, Audiencia Territorial, Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. La segunda, a la Administración propiamente dicha.

El examen de la legalidad lleva consigo, lógicamente, la com-

(188) El Reglamento actual sobre organización y procedimiento administrativo del Ministerio de Justicia es de 1.^o de julio de 1917. Ello, no obstante, siguen en vigor los mencionados preceptos del Reglamento de procedimiento y régimen de 7 de enero de 1901.

probación por los organismos judiciales, y muy especialmente por el Juez instructor, de la concurrencia de los requisitos que el Código civil exige para que la legitimación pueda concederse. Sin dicha concurrencia no cabe que el Jefe del Estado juzgue de la conveniencia de la misma y haga o no uso, discrecionalmente, del *ius legitimandi*.

Esta labor instructora no implica, en el supuesto de que trate de probarse la «naturalidad» del hijo cuya legitimación se pretende, una violación del principio, vigente en nuestro Derecho (189), que prohíbe la investigación de la paternidad, y ello porque aquí no se trata del ejercicio de una acción, ni se pretende la admisión en juicio de una demanda, y porque, como ha escrito Conconi (190), los organismos judiciales no dictan aquí una sentencia por la que se reconozcan derechos e impongan obligaciones, sino que, simplemente, informan y emiten un parecer a fin de que con conocimiento de causa pueda ejercerse la prerrogativa del soberano.

En esta fase instructora, como se deduce del art. 1.987 de la ley procesal, puede formularse oposición por cualquier persona interesada. Esta oposición, por la naturaleza del expediente en que se produce, no lo transforma en contencioso, como parece que debiera ocurrir en principio. Ello no obsta a que los hechos alegados por la persona que formula la oposición sean tenidos en cuenta para la emisión por el Juez del informe que se le exige.

XV. IMPUGNACIÓN

Pero la oposición al expediente no es la única forma de paralizar la legitimación pretendida. Una vez que la legitimación se concede, aún es posible impugnarla, bien por el hecho de que no concurra en la misma alguno de sus presupuestos esenciales de substancia o de forma (inexistencia o nulidad radical), bien por existir un vicio de consentimiento o de capacidad (anulabilidad).

Nuestro Código civil no acierta a distinguir estas dos modalidades de la ineficacia jurídica, sentando en su art. 128 que «la legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados».

Aclarando este precepto, la Sentencia de 24 de diciembre de 1913 resolvió que «la facultad de impugnar la legitimación se confiere de modo claro y preciso a los que se crean perjudicados o realmente lo hayan sido en sus derechos, no asistiendo tal facultad a los parientes que no sean herederos forzosos del testador».

(189) Artículo 141 del Código civil.

(190) «Sulla legittimazione per Decreto reale in rapporto al diritto della ricerca della paternità con La Legge» 1.906, pág. 2220.

De esta doctrina parece deducirse que la teoría general sobre la inexistencia de los negocios jurídicos sufre en esta materia una excepción importantísima, toda vez que, no obstante la nulidad absoluta de la legitimación, la misma no puede ser alegada por cualquiera, ni invocada de oficio. Sólo los perjudicados por la legitimación están legitimados, con arreglo a la ley, para impugnarla, bien por vía de acción o de excepción.

Pero con la salvedad indicada, los principios que animan las dos modalidades de la ineficacia de los negocios jurídicos entran en juego en materia de legitimación por merced soberana. De aquí que los vicios del consentimiento que pudieran alegarse como causa de la anulabilidad puedan quedar subsanados por medio de la confirmación.

La impugnación, de conformidad con lo prevenido en el número 3.º del art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habrá de ventilarse en juicio ordinario de mayor cuantía, aunque, por extraño que parezca, como dice Planas y Casals (191), un Juzgado de Primera Instancia puede dejar sin efecto lo ordenado por el rey. No debe olvidarse, sin embargo, como tuvimos ocasión de apuntar, que el soberano no interviene aquí como creador de un derecho nuevo, sino más bien como órgano del derecho objetivo. Incluso en la época de máximo esplendor del absolutismo real, cuando el *ius legitimandi* se calificaba de prerrogativa incensurable y característica del soberano, se estimó que el rescripto podía ser considerado y declarado ineficaz, por los vicios de obrepcción (ocultación de hechos) o subrepcción (falsa exposición de los mismos); es decir, en los mismos casos en que puede revocarse (recurso extraordinario de revisión) una sentencia firme.

Ni que decir tiene que el hijo legitimado por concesión soberana está facultado para entablar la demanda de impugnación. En el derecho anterior al Código esta afirmación rotunda podría discutirse, ya que, de conformidad con la tradición romana (192) y con la tesis recogida hoy por el Código civil alemán (193), se exigía para que la legitimación pudiera concederse el consentimiento del hijo, atendiendo, sin duda, al influjo que dicha legitimación ejerce sobre la situación jurídica de la persona (194).

Pero en el régimen de nuestro Código civil se prescinde de

(191) «Derecho civil español común y foral». Barcelona, 1925, tomo I, página 393 y ss.

(192) Novela 74, cap. II, collat. 6 y Novela 89, collat. 7.

(193) Art. 1.726.

(194) En el Derecho anterior a nuestro Código civil regía igualmente el principio de que el hijo no podía ser legitimado contra su voluntad, admitiéndose que ésta fuera manifestada expresa o tácitamente. Al decir de Gregorio López (glosa 2.ª a la ley 9, título 8, Partida 3.ª y glosa 1.ª a la ley 4.ª, título 15 de la Partida 4.ª), si el hijo era impúber, se presumía su consentimiento por entenderse que la legitimación era ventajosa para él mismo; llegado a la pubertad, una de dos, o reclamaba contra la legitimación o guardaba silencio, estimándose éste como ratificación de aquélla.

dicho consentimiento, incluso tratándose de un hijo mayor de edad, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de su adopción (art. 178) o de su reconocimiento (art. 133, párr. 1.º).

En todo caso y a nuestro modo de ver, la impugnación de que habla el art. 128 no está sujeta a la prescripción de los quince años que señala el art. 1.964 del Código civil. Este plazo, excesivamente largo, como dicen los autores que en última instancia lo estiman aplicable, hay que reputarlo vigente para el solo caso de que en la ley no se fijen plazos especiales. Ahora bien, si mediante la legitimación el hijo adquiere el *status* propio del hijo legítimo, ni que decir tiene que habrá de aplicarse, por lo que respecta a la contestación de ese estado, el breve plazo, no de prescripción, sino de caducidad del art. 113 del Código, aunque computando el término, no desde la inscripción del nacimiento en el Registro, sino desde la constancia en el mismo de la legitimidad concedida, es decir, desde la fecha en que la publicidad registral actúa por medio de la correspondiente anotación. Si esta publicidad no llegara a producirse por no tener entrada la legitimación en los libros registrales, el plazo de caducidad empezará a contarse desde la fecha en que se tuvo noticia del título de legitimación.

Cierto que de esta doctrina puede inferirse que la legitimidad concedida por gracia del soberano permanece, una vez transcurrido el breve plazo de caducidad del art. 113, aun cuando el hijo no reúna las condiciones señaladas por el párr. 2.º del art. 119, es decir, aunque el hijo no merezca la calificación de natural, y ello aun cuando, de conformidad con lo prevenido en los arts. 138 y 1.964, esté viva y pudiera prosperar la acción impugnatoria del estado de hijo natural.

Ello, desde luego, es cierto, pero no supone una anomalía, sino una prueba más: 1), de que para que la legitimación se conceda no es preciso un reconocimiento-atribución que sirva de presupuesto a aquélla, y 2), que la legitimación por rescripto no produce, en contra de lo que la doctrina mantiene, los mismos efectos que ese reconocimiento-atribución.

La legitimación confiere la legitimidad y ésta, en el régimen del Código, tiene entidad específica y tratamiento diverso a la «naturalidad». «Naturalidad» y «legitimidad» se mueven en órbitas distintas. Por eso, mientras aquélla puede impugnarse durante un largo plazo de prescripción, esta última puede impugnarse tan sólo durante un breve plazo de caducidad. De aquí que mientras la acción para reclamar la primera caduca al transcurrir los cuatro años o los seis meses de que habla el art. 137, la pretensión del hijo para solicitar la legitimidad a través del expediente de legitimación compete al hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo (art. 126) durante toda su vida transmitiéndose a sus herederos, en los términos que señala el art. 118, si falleciera en la menor edad o en estado de demencia.

Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque (*)

JUAN B. JORDANO BAREA

SUMARIO: § 1.º Ideas previas.—1. Importancia y actualidad de la comunidad naval en la vida marítima de nuestro tiempo.—Causas motivadoras de la situación: a) división del elevado coste de los buques; b) reparto de los graves riesgos del mar.—Hechos que la originan.—Necesidad de una regulación específica de la comunidad naval.—2. Ámbito de aplicación de las normas especiales del C. de c. sobre la comunidad naval, resultante de su *ratio*.—Casos que deben ser excluidos: a) buque perteneciente, en propiedad o en uso, a una sociedad expresamente constituida según la legislación mercantil; b) buque perteneciente a una comunidad cónyugal; c) id. a una comunidad incidental hereditaria; d) o provocada por concurso o quiebra; e) buque desnudo o desarmado, cedido en arrendamiento por sus dueños; f) yate de recreo y embarcación deportiva o puramente científica, perteneciente a varios; g) buque adquirido en común para su desguace.—El verdadero supuesto de hecho en que procede aplicar las reglas especiales de la comunidad naval.—3. ¿Cabe una comunidad naval de varios buques a la vez o habrá tantas comunidades como buques pertenecientes a una pluralidad de personas?—Análisis de la casuística.—§ 2.º El problema de la naturaleza jurídica de la comunidad naval.—4. El problema en el Derecho comparado.—Las principales tendencias de la legislación contemporánea: Francia, Italia y Alemania.—Síntesis de la doctrina extranjera.—5. Estado del problema en la doctrina española.—Breve exposición de las diversas opiniones.—6. Calificación jurídica de la situación prevista por los artículos 589 y siguientes del C. de c.—Refutación de los principales argumentos aducidos en pro de la tesis del condominio.—Sociedad tácita, contraída por hechos concluyentes (*facta concludentia*).—Calificación imperativa del legislador, al revestir jurídicamente la concreta realidad contemplada: predisposición, en defecto de pacto, de un esquema de sociedad simple y adecuado a las peculiares exigencias del caso (sociedad coactiva, dotada de propio régimen, típica del Derecho marítimo).—Comunidad y sociedad.—7. ¿Tiene la “Asociación de copropietarios del buque” personalidad jurídica propia, independiente de la de cada uno de los asociados?—Análisis de los argumentos que apoyarían la personalidad.—La

(*) Conferencia pronunciada por el autor en la sesión inaugural de la “Academia San Raimundo de Peñafort” de Vigo, el día 29 de noviembre de 1956.

autonomía patrimonial en la comunidad naval constituida *opè legis* en Compañía.—La falsa ecuación de BONELLI: autonomía patrimonial = personalidad jurídica.—Análisis de los argumentos contrarios a la personalidad.—Motivos por los que el legislador no creyó oportuno reconocer en este caso la personalidad jurídica.—§ 3.º Régimen jurídico de la sociedad entre copropietarios del buque.—8. Transmisibilidad, *inter vivos* y *mortis causa*, de las participaciones sociales.—Fundamento de la cedibilidad: a) irrelevancia del *intuitus personarum*; b) previsión legal de un supuesto de cesión forzosa en caso de renuncia; c) facultad implícita resultante de la limitación a la libre transmisibilidad que el derecho de retracto supone.—Inadmisibilidad de la hipoteca separada de cada participación social.—9. Funcionamiento de la sociedad.—Alcance del principio mayoritario como principio rector de la vida de la sociedad.—Límites de los poderes de la mayoría.—Acuerdos para los que está legitimada.—Control judicial de las extralimitaciones de poder y abusos de derecho.—El naviero gestor como pieza clave del funcionamiento de la sociedad.—Derechos y obligaciones de los socios.—La cuota social, criterio de medida.—Responsabilidad de los socios; casos en los que es limitada.—10. Disolución de la sociedad.—Supuesto previsto por el C. de c.: por voluntad de la mayoría.—Modos de realizar la venta del buque común.—Derecho de retracto.—Otras posibles causas de disolución.—Irrelevancia de las eventuales mutaciones en el *status* o capacidad de los socios.—La pérdida del buque, la conclusión de la empresa y la imposibilidad de realizar el fin social.—Posibilidad de abandono de la sociedad.

§ I.º IDEAS PREVIAS

1. La comunidad naval no es un mero residuo histórico, algo que no halla más que una escasa aplicación en la vida marítima de nuestro tiempo, como sostiene RIPERT (1) con manifiesta ligereza, al decir que es una institución desusada, carente de serio interés práctico.

Pese a la transformación de los transportes marítimos ocurrida después de la aparición de la nevegación a vapor o con carburantes líquidos y del florecimiento de las grandes empresas navieras organizadas en sociedad anónima, la comunidad naval continúa viviendo, como antaño, bajo la órbita más modesta de las empresas menores que se alimentan de tráficos costeros, de la pesca y de los fletes ocasionales. Paises marítimos por tradición, como Francia, Alemania, Italia, Portugal y España, la adoptan hoy en gran escala, sobre todo para los fines indicados.

La comunidad naval, regulada ya por el Derecho romano (2) y por los más viejos monumentos del Derecho marítimo consuetudinario (Libro del Consulado del Mar, Ordenanzas de Aragón y Bilbao, etc.), obedece a dos causas principales: de una parte, el considerable valor de los buques, y de otra, los extraordinarios riesgos a los que están constantemente expuestos.

(1) *Droit maritime*, t. I, 2.ª ed., París, 1922. págs. 742-743.

(2) Vid. VALERI, *Plures exercitores*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1923, I, págs. 14 y ss.

Muchos particulares no tienen disponibilidades suficientes para ser propietarios de un buque entero. Y, aunque dispusieran de medios económicos, no se atreven a correr por sí solos los riesgos del mar, por lo que prefieren repartirlos con otros sujetos, teniendo una parte de propiedad en varios buques a la vez. Sucecede también con frecuencia que quien posee la aptitud necesaria para mandar un buque tiene la ambición legítima de conducirlo por su propia cuenta y no solamente como asalariado de otro, pero, al no disponer de capital suficiente para ser propietario exclusivo del navío, entonces busca quienes le suministren los fondos y participen con él en la propiedad, riesgos y beneficios de la nave. Esta combinación —capitán-copropietario del buque—, prevista por los artículos 606 y 607 de nuestro Código de comercio y usada ya en el antiguo Derecho consuetudinario, tiene la evidente ventaja de interesar al capitán en el éxito de las expediciones que dirija.

Obedeciendo a las causas antes apuntadas, el hecho es que al lado de las grandes compañías de navegación propietarias de navíos, numerosos particulares se ponen de acuerdo para construir o adquieren en común un buque, o bien su propietario vende porciones del mismo a una o varias personas, occasionándose así una comunidad naval, lo mismo que en el caso de que los herederos de un armador-propietario no comprendan los buques en la partición de los bienes hereditarios y los dejen indivisos entre ellos para seguir explotándolos en común.

Por su importancia práctica, la comunidad naval ha necesitado siempre reglas jurídicas especiales que se alejan sensiblemente de las dictadas para la copropiedad del Derecho común. También en la hora actual se siente esa necesidad, como lo ha demostrado el nuevo Código italiano de la navegación de 1942, que dedica los artículos 258-264 y 278-286 a la regulación de la copropiedad de la nave y de la sociedad de armamento entre copropietarios.

La mayoría de las legislaciones, por no decir todas, han tenido que reconocer que la comunidad naval merece un tratamiento especial, distinto de la comunidad ordinaria que se regula como situación anormal y transitoria, más sufrida que querida por las partes, abocada siempre a la división. La *actio communi dividundo* (art. 400 C. c.) es el remedio lógico de los males inevitables de la comunidad ordinaria —*mater discordiarum*—, donde campea el *ius prohibendi: in pari causa, potior est causa prohibentis* (arts. 394, 397, 398, ap. 3, C. c.), que obstaculiza la producción y la libre circulación de la riqueza. Al contrario, la comunidad naval constituye un estado de cosas normal, útil y durable, querido por los interesados, cuya vida hay que fomentar, dándole una fuerte organización y mayor cohesión y estabilidad.

2. Las reglas especiales que a propósito de la comunidad naval traza el Código de comercio no se aplican —como a primera vista podría crecerse— siempre que un navío pertenece a una pluralidad o colectividad de personas.

Los artículos 589 y siguientes del Código de comercio contemplan

el supuesto de un "buque mercante" perteneciente a dos o más personas que ejercen *directamente* la industria o el comercio marítimos, en una empresa común de armamento o de navegación. Basta la simple lectura de los preceptos mencionados para convencerse de que nuestro Código de comercio tiene en vista la comunidad en su fase *dinámica*, no en su fase *estática*.

La esfera de aplicación de los artículos 589 y siguientes del C. de c. resulta claramente de su *ratio*.

a) En primer lugar, es extraño al régimen de la comunidad naval el caso de un navío perteneciente (en propiedad o en uso) a una sociedad o compañía de navegación que ha sido expresamente constituida en alguno de los modos permitidos por el C. de c. o las leyes sobre sociedades mercantiles (compañía colectiva, compañía en comandita, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada u otra sociedad mercantil *atípica*, si se admite la existencia de un *numerus apertus* de formas sociales). Entonces las reglas del Derecho mercantil terrestre sobre el funcionamiento de las sociedades (regulares o irregulares) son por sí solas suficientes y deben ser aplicadas. El Código alemán de comercio, en su artículo 489, ap. 2, dice expresamente que "las disposiciones relativas al armamento común hecho por los propietarios de la nave no se aplican al caso del buque perteneciente a una sociedad de comercio". Aun en el silencio de nuestro Código, debe seguirse el mismo principio.

b) Del mismo modo, si un buque pertenece a una comunidad conyugal (por ejemplo, sociedad de gananciales, que es la más frecuente), será evidentemente regido por las disposiciones civiles sobre el régimen de la comunidad entre cónyuges de que se trate.

c) Por otro lado, las reglas especiales del Derecho marítimo no se aplicarán al caso de un buque perteneciente a una herencia indivisa entre varios coherederos o colegatarios, cuando aquélla se encuentra en liquidación. Entonces el buque, aun teniendo varios titulares, se encuentra en una situación interina, forma parte de un patrimonio en liquidación. Los herederos o legatarios, en lugar de excluir el buque de la partición para explotarlo directamente en el ejercicio de la industria o comercio marítimos, deciden incluirlo también en las operaciones divisorias. Se trata en este caso de una comunidad incidental y transitoria (*communio incidens*), sujeta como tal a las normas que regulan la comunidad hereditaria del Derecho común. Aquí no se podrían hacer intervenir las reglas especiales de la comunidad naval sin complicar y entorpecer de una manera inoportuna la liquidación de la herencia. Deberá, por tanto, aplicarse el artículo 1.062 del C. c.

d) Paralelamente, quedan fuera del régimen de los artículos 589 y siguientes del C. de c. los demás supuestos de *communio incidens* (v. gr., cuando a consecuencia de un concurso o quiebra resultan dos o más adjudicatarios del buque que no deciden dejarlo en común para explotarlo a beneficio de todos ellos). Entonces se origina una situación transitoria de forzada e inerte comunidad, a la que cabe poner término conforme a los artículos 404, 406 y 1.062 del C. c.

e) Otra hipótesis que también debe ser excluida del régimen de la comunidad naval es la del buque desnudo o desarmado perteneciente a varios propietarios que, en vez de ejercer por sí la empresa de armamento, lo ceden en arriendo a un tercero, que es quien se hace armador del buque y lo explota directamente en una empresa de navegación. Estos copropietarios arrendadores del buque desnudo se limitan a gozar de su propiedad común, estáticamente, percibiendo sus frutos civiles, sin procurarse el lucro o ganancia que la nave da a quien asume la actividad empresarial. Se tratará, por regla general, de una simple comunidad de goce y disfrute, regulada por el Código civil (artículos 392 y ss.) (3).

f) También queda excluida del régimen de la comunidad naval la hipótesis de que los copropietarios del buque se limiten a disfrutarlo (por ejemplo, un yate de recreo, *snipe* u otra embarcación deportiva o puramente científica) sin destinarlo al servicio de la industria o del comercio marítimos. Como mera comunidad de disfrute y no de fin estará sometida al régimen común de la copropiedad.

g) Finalmente, tampoco constituye comunidad naval el supuesto de que varios sujetos adquieran un buque, que devino inservible para la navegación, con el fin de proceder a su desguace. La comunidad naval es una comunidad de fin o de destino: su objeto es el ejercicio directo de la industria o comercio marítimos; la navegación, en una palabra. Y la comunidad de que se trata ahora persigue justamente todo lo contrario. Padrá haber o no en este caso sociedad además de comunidad ordinaria (todo depende de la voluntad de las partes y del fin que se proponen: no simple reparto de los materiales procedentes del viejo buque, sino actividad económica dirigida a obtener lucro con la reventa), pero en ningún caso existirá comunidad marítima.

No hay que confundir esta hipótesis que acabamos de examinar con el supuesto, más frecuente, de una verdadera comunidad naval en liquidación. Los copropietarios del buque en desguace lo destinaron, mientras sirvió, a la navegación, pero por su precario estado o de edad avanzada deciden en determinado momento desarmarlo. Entretanto seguirá existiendo, como por inercia, una comunidad naval dirigida a su extinción. El paralelismo con la sociedad en liquidación, que sigue siendo sociedad aun en este estado terminal de su vida, cuando la actividad de aquélla se dirige tan sólo a la liquidación del patrimonio social, nos aclara perfectamente la aparente anomalía de una comunidad naval que no tiende al armamento común del buque, sino a su desarme también común tras de la vida normal.

El caso al que procede aplicar las reglas especiales del Derecho marítimo es el siguiente: cuando un buque pertenece a dos o más personas que, sin estar ligadas en comunidad conyugal ni haber constituido expresamente una sociedad mercantil (regular o irregular), lo han

(3) No hay que descartar en absoluto la posibilidad de que se constituya por los copropietarios del buque o buques desarmados una sociedad con el fin de explotarlos por medio del arrendamiento.

puesto o dejado voluntariamente en común para explotarlo en provecho de todas ellas. Esta es la situación claramente indicada por el Código de Comercio alemán en estos términos: "Cuando un navío, que es propiedad de varias personas, se emplea por ellas en el comercio marítimo a beneficio común, hay armamento común" (art. 489, apartado 1).

La comunidad naval, siempre que no se presente bajo uno de los modos en que el Derecho terrestre la juzga digna de una reglamentación específica, pasa del estado pasivo e inerte, propio del condominio ordinario, al estado activo y productivo, mereciendo ser organizada por el Derecho marítimo en atención a su finalidad: el ejercicio directo del comercio o industria marítimos.

Conviene tener muy en cuenta que a tenor del artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, "se reputarán buques para los efectos del Código de comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquiera otro aparato flotante destinado a servicios de la industria o del comercio marítimo o fluvial".

De suerte que, a pesar de la dicción restringida del artículo 589 del Código de comercio ("buque mercante"), hay que entender sujetos al régimen de la comunidad naval todos los supuestos en que "cualquier aparato flotante destinado a servicios de la industria o del comercio marítimo o fluvial" pertenezca a dos o más personas. Tal será el caso de las "mejilloneras", tan frecuentes en las rías gallegas y que, a menudo, son instaladas y explotadas por varios en común. Esta comunidad, cuyo fin es la industria marítima ejercida por medio de un aparato flotante, no es una comunidad de bienes ordinaria regida por el Código civil, sino una clara comunidad naval, siempre que no se haya expresamente constituido *ad hoc* una sociedad mercantil en cualquiera de los modos admitidos por nuestro Derecho (incluidas las sociedades irregulares).

3. El artículo 589 del C. de c. da a entender, a primera vista, que habrá siempre tantas comunidades navales como buques en común. Así lo interpreta GARRIGUES cuando dice que "si los buques son varios habrá tantas copropiedades como buques (pertenecientes a una pluralidad de personas)" (4).

Ello será así, evidentemente, cuando las personas que tienen al mismo tiempo parte en diversos navíos, tienen al lado de ellas otros copropietarios distintos en cada nave. Será también cierto, incluso, cuando los copropietarios son los mismos para todos los buques, pero tienen partes que varían de importancia de navío a navío. En estos dos casos no cabe duda de que cada nave es objeto de una comunidad distinta, independiente de las otras y con vida propia.

Pero cuando los diversos buques pertenecen a los mismos copro-

(4) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. III, Madrid 1940 pág. 615.

pietarios en idénticas proporciones, no hay que excluir la hipótesis de que los diversos navíos estén reunidos y, de alguna suerte, solidarizados en una explotación única, sea en virtud de un convenio expreso de los copropietarios, o ya sea por la manera (*per facta concludentia*) como ellos han organizado la explotación total de los buques. Entonces habrá lugar para aplicar las reglas legales de la comunidad naval, no ya a cada uno de los buques separadamente, sino al conjunto de los mismos.

Fuera de esta última hipótesis, cada navío deberá ser considerado aparte y abstracción hecha de los otros, porque la ley, al trazar las reglas de la comunidad naval, no ha distinguido entre la comunidad de un solo navío y la comunidad de varios.

§ 2.º EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA COMUNIDAD NAVAL

4. En las legislaciones modernas, como señala BRUNETTI, se dibuja una doble tendencia al regular la comunidad naval: la de disciplinar el fenómeno en su esencia estructural, considerándolo como una especial aplicación del condominio, dentro de reglas compatibles con sus peculiares finalidades; y la de disciplinarlo en su aspecto funcional o dinámico, como empresa organizada según las normas propias de las explotaciones que tienen finalidad especulativa (5).

La primera tendencia está representada, principalmente, por el Código de comercio francés (arts. 220 y 227) y el antiguo italiano (artículo 495); a la segunda tendencia obedecen el Código de comercio alemán (§§ 489 a 510) y el vigente español (arts. 589 y ss.), así como los de América Central y Meridional inspirados en el mismo. En cambio, nuestro anterior Código de comercio de 1829, en sus artículos 609 y ss., siguió en este punto el modelo del Código francés. En el mismo sentido, los artículos 36 a 55 del proyecto del Código de comercio de 1927, redactado por la Comisión General de Codificación, regulan la comunidad naval como una forma especial del condominio, netamente diferenciada de la sociedad.

El nuevo Código italiano de la navegación de 1942 disciplina la fase estática de la copropiedad naval en sus artículos 258 a 264, mientras que en los artículos 278 a 286 regula la fase dinámica de la misma, es decir, la copropiedad con armamento directo de la nave en común, predisponiendo un esquema de sociedad simple y adecuado a las particulares exigencias del caso ("sociedad de armamento entre copropietarios"). De esta suerte, dicho cuerpo legal sigue una orientación bifronte, en la que se combinan las dos tendencias antes apuntadas.

Naturalmente, la posición de la doctrina en los distintos países no es siempre uniforme, a pesar de la existencia de formulaciones legislativas a veces claramente unívocas en uno u otro sentido.

(5) BRUNETTI, *La comproprietà della nave*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1928 I, pág. 249.

Así, por ejemplo, en Francia, tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina (6), se pronuncian en favor de la naturaleza societaria de la comunidad naval.

En Italia, bajo el Código de comercio derogado, mientras la jurisprudencia y la doctrina entonces dominante (7) acogieron la tesis según la cual la relación jurídica entre los partícipes de la nave no era otra que una relación de copropiedad, una autorizada dirección doctrinal (8), que llegó a imponerse a la hora de redactar el nuevo Código de la navegación, descubría en la hipótesis de armamento directo de la nave, por parte de los copropietarios, los rasgos característicos de un ente social, viéndose obligada a afirmar la existencia de una sociedad irregular o de hecho, en defecto de una constitución regular, si bien no hubiera unanimidad de pareceres en cuanto a la individualización de los socios (es decir, si debían ser tales sólo los asentidores o también los disidentes de la mayoría). BRUNETTI, incluso, llegó a configurar la fase estática de la copropiedad naval como una comunidad en mano común personificada, por su organización interna y por la autonomía de su patrimonio, incurriendo, como advierte BARASSI (9), en el extraño error de atribuir personalidad jurídica a la copropiedad de tipo germánico.

Con la entrada en vigor del Código de la navegación se ha verificado, a propósito de la calificación de la "sociedad de armamento entre los copropietarios de la nave", esta inversión de posiciones: la jurisprudencia, que se había pronunciado por la tesis de la copropiedad, ha adoptado la configuración societaria; la doctrina, que llegó a imponer la tesis societaria, se ha dividido ahora, en el sentido de que

(6) VALIN, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, t. I, La Rochelle, 1776, pág. 585; DANJON, *Traité de Droit maritime*, t. I, 2.^a ed., París, 1926, págs. 271 y ss.; BONNECASE, *Traité de Droit commercial maritime*, París, 1922 págs. 354 y ss.; RIPERT, op. cit., págs. 743 y ss.; LYON-CAEN y REAULT, *Traité de Droit commercial*, t. V, 3.^a ed. París, 1901, págs. 200 y ss.; WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit maritime*, París, 1924 núm. 76; SEZE, *Etude sur la responsabilité des propriétaires des navires*, en "Revue Pratique", 1880, págs. 14 y ss.; CHEGUILLAUME, *De la copropriété des navires*, París, 1896; DONNEDIEU DE VABRES, *De la copropriété des navires*, en "Annales de Droit commercial", 1907, págs. 361 y ss.

(7) VIDARI, *Il Diritto marittimo*, Milán, 1892, núm. 143; ASCOLI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Turín, 1923, págs. 189 y ss.; BORSARI, *Il Codice di commercio commentato*, Turín, 1869, núm. 1020; PIPIA, *Traittato di Diritto marittimo*, Milán, 1901, núm. 408; MORAGLIA, *Sulla comproprietà della nave*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1920, II, págs. 290 y ss.; *Comproprietà della nave e società fra i caralisti?*, ibidem, 1930, II, págs. 698 y ss.

(8) SCIALOJA, *Sistema del Derecho de la navegación*, trad. castellana de la 3.^a ed. it. de 1933, Buenos Aires, 1950, págs. 225 y 226; BRUNETTI, op. et loc. cits., págs. 248 y ss.; *Contributo allo studio della comproprietà navale*, en "Diritto commerciale", 1913 I, págs 485 y ss.; MOSSA, *Diritto commerciale*, parte segunda, Milán 1937, págs. 588 y ss.; BERLINGERI, voz *Armatore*, en "Encyclopédia Giuridica Italiana", vol. I, pág. 806; TANTURRI, *Natura giuridica delle comproprietà navali*, en "Rivista del Diritto della navigazione", 1935, I, págs. 305 y ss.

(9) *Proprietà e comproprietà*, Milán, 1951, pág. 196, nota.

encuentran casi igual difusión la tesis del condominio (10) y la de la sociedad (11).

En Alemania, la *communis opinio* configura la *Reederei* (empresa de armamento, armamento colectivo o consorcio de armadores copropietarios) como una especial relación de sociedad (12).

5. Ciñéndonos al estudio profundo del problema de cara a nuestro ordenamiento, conviene que, antes de que procedamos a la calificación jurídica de la situación prevista y regulada por el C. de c., nos hagamos eco del perecer de la doctrina española.

La opinión dominante, representada por el Prof. GARRIGUES, entiende que se trata de una copropiedad *sui generis* de carácter dinámico. A su juicio, pese a la declaración literal del artículo 589 del Código de comercio, no existe realmente una compañía, en el sentido técnico que tiene esta palabra en el Derecho mercantil, sino, más bien,

(10) DOMINEDO, *Sulla disciplina della comproprietà navale*, en sus "Saggi di Diritto della navigazione", Padua, 1951, págs. 425 y ss.; *Sul concetto dell'impresa di navigazione*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1951, I, págs. 216 y ss.; BRUNETTI, *Società di armamento tra comproprietari di nave*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1946, I, págs. 52 y ss.; *Trattato del Diritto delle società*, t. I, 2.^a ed., Milán, 1948, págs. 611 y ss.; MESSINEO, *Tratado de Derecho civil y comercial*, t. III, trad. castellana, Buenos Aires, 1954, página 541; FERRI, *La cosiddetta società di armamento*, en "Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale", 1950, págs. 124 y ss.; FERRARA (junior), *Gli imprenditori e la società*, Milán, 1947, págs. 95 y ss.; VITALE, *Società personali e contifilarità di diritti*, Nápoles, 1950, páginas 36 y ss.; BARASSI, op. cit., pág. 704; GASPERONI, *La transformazione delle società*, Milán, 1952, págs. 157 y ss.

(11) FERRARINI, *L'impresa di navigazione*, t. I, Milán, 1945, págs. 155 y ss.; *Società di armamento irregolare e responsabilità dei carabinieri per le obligazioni sociali*, en "Rivista del Diritto della navigazione", 1953, págs. 271 y ss.; FIORENTINO, *Brevi note in tema di società di armamento*, en "Diritto marittimo", 1946, págs. 234 y ss.; BRANCA, *Della communitone*, en "Commentario del Codice civile" de SCIALOJA y BRANCA, lib. III, Bolonia-Roma, 1954, págs. 23 y ss.; GRAZIANI, *Appunti di Diritto della navigazione*, Nápoles, 5.^a ed., págs. 34 y ss.; LEFEBVRE-D'OIDIVIO y SPASIANO, *Studi sull'impresa di navigazione*, en "Studi per la codificazione del Diritto della navigazione", vol. II, Roma, 1940, páginas 581 y ss.; BENETTINI, *Sulla comproprietà navale*, en "Diritto e práctica comercial", 1940, fasc. 2; BOLAFFI, *La società semplice*, Milán, 1947, págs. 76 y ss.; PESCATORE, *Appunti sulla società di armamento tra i comproprietari di nave*, en "Rivista del Diritto della navigazione", 1949, págs. 137 y ss.; SPASIANO, *La società d'armamento fra comproprietari*, en "Diritto marittimo", 1948, páginas 329 y ss.; *Ancora sulla società d'armamento*, en "Rivista del Diritto della navigazione", 1953, págs. 170 y ss.; VERMARECCI DI FOSSOMBRONE, *Società d'armamento e società d'armamento irregolare ed occulta*, en "Rivista del Diritto della navigazione", 1954, págs. 61 y ss.; TALASSANO, *Sulla società d'armamento fra comproprietari della nave*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1955, I, págs. 502 y ss.

(12) Vid. LEHMANN-HOENIGER, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 3.^a ed., Berlín, 1921, págs. 296 y ss.; COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 1930, págs. 486 y ss. y 530; SCHAPS, *Das deutsche Seerecht*, 2.^a ed., Berlín, 1921, págs. 127 y ss.; WAGNER, *Handbuch des Seerechts*, Leipzig, 1906, págs. 191 y ss.; LEWIS-BOYENS, *Das deutsche Seerecht*, vol. I, Leipzig, 1897 págs. 238 y ss. Desde el punto de vista histórico, cfr. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. it. de POUCHAIN y SCIALOJA, Turín, 1913, pág. 264.

una *copropiedad*. El condominio de un buque no tiene de compañía más que el nombre. El Código de comercio, en efecto, da el nombre de compañía, tácita o presunta, a una relación jurídica que contradice la mayoría de las reglas aplicables a la compañía. De ahí la confusión terminológica en que frecuentemente incurre. Se trata, en suma, de un condominio y no de una sociedad. "Pero —añade GARRIGUES— es un condominio de tipo especial, un género intermedio entre la sociedad y la copropiedad, un condominio que no corresponde por entero ni al tipo romano ni al tipo germano, y en el que se afirma enérgicamente el régimen de mayoría y la preponderancia del elemento real del interés sobre el elemento personal del número" (13). Así, la postura del egregio maestro de los mercantilistas españoles no es muy distante de la de BRUNETTI cuando afirma que "la copropiedad naval ha venido a formar una especie de *ens tertium*, intermedio entre la copropiedad y la sociedad; algo de más que la primera y algo de menos que la segunda y, entre las varias figuras de sociedad, algo que se avecina más a las sociedades de capitales que a las de personas" (14).

Por su parte, el Prof. URÍA entiende que la comunidad naval tiene una fisonomía distinta de la que ofrece el condominio romano, que es el que perdura en definitiva en el Código civil español. La vigorización del principio mayoritario no sólo para regir la copropiedad en los asuntos relativos a la explotación del buque, sino incluso para deliberar la enajenación de la nave, y, por consiguiente, la disolución del condominio, ha tenido como consecuencia la sustitución de la primitiva concepción de la copropiedad naval como puro supuesto especial de condominio (que aún perduraba en el Código de comercio de 1829) por "una concepción nueva y distinta, que, al ver en el condominio una forma de explotación en común de una empresa naviera, aproxima el régimen jurídico del mismo al de las sociedades mercantiles, llegando, incluso, *con evidente error sin duda*, a calificar de compañía a la comunidad de partícipes" (15). En definitiva, para URÍA se trata de una "comunidad de fisonomía especial".

El comentarista ECHAVARRI afirma que "por una ficción de derecho, el legislador ha llegado a la conclusión de suponer una sociedad donde hay copropiedad de buque, sin que los interesados hayan tenido intención de formar compañía", pero —concluye— no hay nada que autorice a transformar la copropiedad del buque en compañía, pues "en rigor de principios jurídicos donde no hay consentimiento de constituir sociedad, no puede ésta existir, y todas las ficciones legislativas jamás podrán crear un ente colectivo, reñido con el verdadero origen de los lazos jurídicos entre los elementos de un consorcio" (16).

(13) GARRIGUES, op. cit., págs. 614 y 616.

(14) BRUNETTI, *La coproprietà della nave*, cit., pág. 249.

(15) URÍA, *¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro, adquirente del buque común en pública subasta?*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II (1949), pág. 1125.

(16) ECHAVARRI, *Comentarios al Código de comercio*, t. IV, Valladolid, s. f., págs. 421 y 454.

El Prof. BELTRÁN DE HEREDIA, al tratar de la distinción entre comunidad y sociedad, dice que los casos que en la práctica se pueden resolver con arreglo al criterio de la finalidad objetiva que se persigue (comunidad de goce y disfrute = comunidad; comunidad de fin = sociedad) son numerosísimos. Y, entre ellos, cita el caso de la comunidad naval. A su modo de ver, sólo cuando los copropietarios de la nave ejerciten con la misma una actividad económica existirá una verdadera sociedad mercantil. En las restantes hipótesis se tratará de una simple comunidad de goce y disfrute (condominio) (17).

BENITO califica la comunidad naval como "asociación legal". "Aun cuando con arreglo al Código de comercio se trata de una compañía, nosotros —escribe— seguimos manteniendo el criterio de que es una asociación legal, porque ni tiene escritura fundacional, ni tiene denominación ni razón social, ni constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados (condición indispensable, según el Código, para ser tal compañía). Constituye su existencia una presunción *iuris et de iure*" (18).

DONDERIS TATAY, de paso y sin ofrecer demostración alguna, sostiene que la nave perteneciente a varias personas físicas, "que pueden dedicarla al servicio propio, constituye una compañía, y, como tal, una persona jurídica, *por gracia del legislador*, declarada en el artículo 589 del Código de comercio" (19) (es oportuno recordar que este original y olvidado autor defendió en España mucho antes que DOSSETTO (20) en Italia la tesis de la personalidad jurídica de la comunidad, llegando incluso a la identificación de los conceptos de comunidad y sociedad).

Según CARLOMAGNO, la legislación española disciplina, más que la copropiedad, la organización de la empresa común mediante el buque, constituyendo una compañía de copropietarios, a la que debe reconocerse personalidad jurídica en aplicación de los principios sobre la sociedad (21).

Para GAY DE MONTELLÁ, pese a la afirmación del artículo 589, párrafo 1.º, del Código de comercio, "en un sentido propio y jurídico, hasta que los socios deliberan y acuerdan la asunción de las obligaciones inherentes a la propiedad del buque, como son la conservación, transformación, avituallamiento, aprovisionamiento, etc., no existirá verdadera compañía por *facta concludentia*. Lo mismo puede decirse desde el momento del nombramiento de un gestor o gerente a los fines de la explotación con fines especulativos. Es indiscutible —agrega— que, llegado el momento, la compañía de copropietarios del buque toma el aspecto de compañía de carácter marítimo y de patrimonio autónomo, que tiene más contacto con las compañías de capitales, en particu-

(17) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 53 y 54, 5).

(18) BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, t. III, Madrid 1929, pág. 193.

(19) DONDERIS TATAY, *La copropiedad*, Madrid, 1933, pág. 80.

(20) *Teoria della comunione*, Padua, 1948, págs. 16 y ss. y 77 y ss.

(21) CARLOMAGNO, *Manual de Derecho marítimo*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1927, págs. 25 y ss.

lar, que con las compañías de personas, teniendo en cuenta los aspectos del régimen legal de mayorías patrocinado por el Código y de la limitación de las responsabilidades de los copropietarios" (22).

AVILÉS CUCURELLA y POU DE AVILÉS se limitan a decir que "nuestro Código parece considerar esta figura jurídica como una verdadera *compañía*, dotada de propia personalidad" (23).

FARIÑA no adopta posición alguna: sólo afirma que "su naturaleza jurídica es muy discutida; para unos es un simple estado de indivisión, mientras que para otros constituye una forma especial de sociedad marítima" (24).

GAMECHOCOICOECHEA y ALEGRÍA dice que "el legislador se muestra vacilante al definir el carácter de esta institución, si bien se inclina a atribuirle el de *compañía*..., desnaturalizando así el genuino concepto de la propiedad *pro indiviso*". Y añade que "sería curioso saber qué tipo de *compañía* tuvo en su mente el legislador al *presumirla* para la copropiedad" (25).

6. Tras de esta breve exposición del estado del problema en la doctrina española, es hora de que procedamos ya a la calificación jurídica del estado de cosas existente entre los copropietarios del buque cuando éstos lo destinan directamente al servicio de la industria o del comercio marítimo en una empresa de armamento o navegación, sin haber constituido entre ellos expresamente una sociedad mercantil (regular o irregular).

El Código de comercio, partiendo de la situación antes delimitada (vid., *supra*, núm. 2), dice claramente en su artículo 589, párrafo 1.º, que "si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante se presumirá constituida una *compañía* por los copropietarios", calificando así la situación como una sociedad.

Es necesario, pues, averiguar si esta clara y unívoca formulación legal, es o no exacta. Es decir, si acaso resulta desmentida por una serie de argumentos contundentes, como pretenden los partidarios de la tesis del condominio.

Para demostrar que el condominio de un buque no tiene de *compañía* más que el nombre, aduce GARRIGUES tres argumentos. En primer lugar, porque el origen de tal condominio puede no ser voluntario (*communio incidens*) cosa inconciliable con una verdadera sociedad (26).

El argumento carece de valor contra quienes, como nosotros, sostengan que la comunidad naval regulada por el Código no comprende

(22) GAY DE MONTILLA, *Código de comercio español comentado*, t. IV, Barcelona, 1936, pág. 144.

(23) AVILÉS CUCURELLA y POU DE AVILÉS, *Derecho mercantil*, 2.ª ed., Barcelona, 1953, pág. 638.

(24) FARIÑA, *Derecho comercial marítimo*, t. I, 2.ª ed., Barcelona, 1955, pág. 123.

(25) GAMECHOCOICOECHEA y ALEGRÍA, *Tratado de Derecho marítimo*, t. II, Bilbao, 1945, págs. 148-149.

(26) GARRIGUES, op. et loc. cits., pág. 615.

los supuestos de una verdadera comunidad incidental (vid., *supra*, número 2).

Evidentemente, si los copropietarios no han puesto o dejado voluntariamente el buque en común para explotarlo directamente en provecho de todos ellos, no puede haber más que copropiedad ordinaria, no ya sociedad, puesto que no existe sociedad sin contrato expreso o tácito (derivado de *facta concludentia*). Por el contrario, si tal ejercicio o explotación directa de la nave en la industria o comercio marítimos por parte de los copropietarios existe, habrá sociedad. Lo decisivo es que haya intervenido entre los copropietarios alguna ordenación relativa a la explotación en común del navío. Ciento que la sociedad así nacida sería una sociedad tácita, mientras que ordinariamente el contrato de sociedad es expreso. Se trataría de una sociedad *contraída per facta concludentia*, que resulta del hecho mismo del ejercicio común de la nave en la industria o comercio marítimos. La Exposición de Motivos del Código de comercio, al razonar la presunción de compañía del artículo 589, habla de "sociedad tácita".

Contra lo dicho cabría objetar que si esa ordenación relativa a la explotación en común del navío es la que transforma la copropiedad en sociedad, al poder ser adoptada por la mayoría de los partícipes, conforme al artículo 592, párrafo 1.º, del Código de comercio, nos encontraríamos con un contrato tácito de sociedad no concluido por *todos* los socios, lo cual es absurdo, ya se configure la sociedad como contrato plurilateral o como acto o acuerdo colectivo.

Pero bien miradas las cosas, los copropietarios disidentes del acuerdo de la mayoría, relativo a la explotación en común del buque, también concluyen tácitamente la sociedad si no renuncian a su participación; de modo que, al no ejercitar su derecho de renuncia, asienten en definitiva (claro está que si renuncian no hay problema, porque los demás copropietarios deberán adquirir las participaciones de los renunciantes, previa tasación judicial de su valor) (cfr. art. 592, párrafo 1.º, del Código de comercio).

Desde otro punto de vista, el argumento de GARRIGUES es inoperante de cara a la calificación imperativa efectuada por el legislador, quien, partiendo de la situación creada por el hecho de una gestión directa de la nave por parte de los copropietarios, ha descubierto en la misma los rasgos propios de una relación de sociedad, estableciendo en consecuencia una *obligatoria* adopción de dicha forma para revestir jurídicamente la concreta realidad contemplada, por lo cual, en defecto de pacto social expreso que contenga las normas reguladoras, predispone un esquema de sociedad simple y adecuado a las peculiares exigencias del caso, e *impone* a los copropietarios la constitución de tal tipo especial de sociedad. Estamos, por tanto, ante una sociedad *coactiva*, es decir, *impuesta*. Y —a nuestro juicio— bien impuesta.

Lo que cualifica la sociedad es el ejercicio en común de una actividad económica; lo que caracteriza la comunidad es el simple goce de una o más cosas. La comunidad —como dice WÜRDINGER— es una *Rechtsgemeinschaft*, mientras que la sociedad es una *Zweckgemein-*

schaft (27). O, como dice Lois (28), las cosas comunes son fin en sí mismas; los bienes sociales son medio para alcanzar un fin común. El patrimonio de la comunidad —observa CARNELUTTI— es un patrimonio en conservación; el de la sociedad, un patrimonio en transformación, es decir, en marcha. El comunero tiene derecho a lo puesto en común; el socio, a la ganancia. La comunidad es como una sociedad en reposo; la sociedad, una comunidad en movimiento (29).

La distinción entre comunidad y sociedad, atendiendo al fin propuesto, es la actualmente recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, según la sentencia de 15 de octubre de 1940, la sociedad tiene por fin obtener lucro; la comunidad, conservar y disfrutar la cosa común (30).

Luego podemos concluir que la calificación hecha por el legislador respecto de la situación prevista en el artículo 589 del Código de comercio es correcta, pues —como ya hemos dicho repetidas veces— la comunidad naval contemplada por dicho precepto es una comunidad de fin o de destino: ejercer directamente y en común la industria o comercio marítimos; el buque común no constituye un patrimonio en reposo, sino un patrimonio en movimiento; su copropietario no se limita a la mera conservación, utilización o disfrute del mismo, sino que aspira a un lucro o ganancia, a través de la gestión industrial o comercial, que, aun presuponiéndolo, excede del simple ejercicio del derecho de propiedad.

El segundo argumento que aduce GARRIGUES para demostrar que el condominio de un buque no tiene de compañía más que el nombre es éste: "porque se trataría de una compañía sin personalidad jurídica, en contra del precepto del artículo 116 del Código de comercio. La falta de personalidad está manifiesta en el mismo Código, donde siempre se habla de *copropietarios* (arts. 589 a 593, 596 a 598, 600 y 601) y de *partes*, expresión ésta característica del condominio. Si hubiese una verdadera sociedad, la propietaria sería ella y sería contradictorio hablar ni de partes ni de copropietarios" (31).

Podemos contestar que, en efecto, se trata de una compañía sin personalidad jurídica, por las razones que expondremos *infra* (núm. 7). Pero sabido es que la personalidad no es requisito esencial de la sociedad. No es éste el único caso de una sociedad mercantil sin personalidad jurídica: en las mismas condiciones se encuentran las sociedades irregulares o de hecho, y no por ello dejan de ser sociedades,

(27) WÜRDINGER, *Gesellschaften*, vol. I, Hamburgo, 1937, pág. 5.

(28) *La distinción entre condominio y sociedad*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1947, pág. 703.

(29) CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1913, I, pág. 91.

(30) Víd. el cementario de BONET RAMÓN a esta sentencia en "Revista de Derecho privado", 1941, págs. 34 y ss. Corrobora el mismo criterio la sentencia del T. S. de 16 de marzo de 1942.

(31) GARRIGUES, op. et loc. cits., págs. 615-616.

como el propio GARRIGUES (32), UTANDE (33) y LANGLE (34) reconocen, al igual que el Tribunal Supremo (35).

No es cierto que "si hubiese una verdadera sociedad, la propietaria del buque sería ella", porque —prescindiendo de la posible aportación en uso del buque común a una sociedad con personalidad— cabe que exista una *verdadera sociedad* sin personalidad jurídica, y entonces los socios tienen que seguir siendo los propietarios del buque, aportando en simple uso sus participaciones, como se desprende de los artículos 589, § último, y 590, § 2.º, del Código de comercio.

Por otro lado, no es contradictorio hablar, dentro de la compañía, de "partes", de "copropietarios" ni de "socios copropietarios", puesto que la sociedad es una relación que se añade a la comunidad: las dos relaciones (comunidad y sociedad) se superponen. Por tanto, los sujetos jurídicos pueden ser considerados a la vez como *dueños* y como *socios*; las dos cualidades se suman: las mismas personas físicas pueden asumir una y otra cualidad jurídica porque son socios sin dejar de ser propietarios, y viceversa.

Finalmente, alega GARRIGUES, para probar que el condominio del buque no tiene de compañía más que el nombre, que "el mismo Código, al hablar de "Asociación de copropietarios" (arts. 595 y 599), da a entender que no se trata de una compañía en sentido estricto. El error del Código —añade— consiste en dar el nombre de compañía, tácita o presunta, a una relación jurídica que contradice la mayoría de las reglas aplicables a la compañía" (36).

El nombre no cuenta: lo que cuenta es la sustancia. Y ésta, según vimos, tiene los rasgos de una sociedad. Ciento que la "Asociación de copropietarios del buque" no se corresponde con ninguna de las compañías mercantiles típicas del Derecho terrestre (sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada); pero no lo es menos que constituye una sociedad *a se*, dotada de propia tipicidad y régimen, en función de las particulares exigencias a las que debe satisfacer y que han determinado, económica y técnicamente, su implantación. Es una sociedad típica del Derecho marítimo; uno de sus "particularismos".

Lo que contradice la regulación de los artículos 589 y siguientes del Código de comercio es la mayoría de las reglas aplicables al condominio. Es significativo a este respecto que GARRIGUES hable de "una copropie-

(32) *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. I, Madrid, 1947, pág. 452.

(33) *Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español*, en "Revista de Derecho privado", 1944, págs. 130 y 131.

(34) *La compañía mercantil irregular*, en "Revista de Derecho mercantil" 1950, págs. 17 y ss.

(35) Vid., además POLO, comentario a la sentencia del T. S. de 14 febrero 1945, en "Revista de Derecho privado", 1945, págs. 327 y ss.; ORTEGA PARDO, *Sociedad civil irregular*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. IV (1951) págs. 318 y 319. En contra de los autores cits., vid. GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. IV (1951), págs. 1330 y ss., para quien las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica.

(36) GARRIGUES, *Curso*, cit., t. III, pág. 616.

dad *sui generis* de carácter dinámico, cual corresponde a una empresa mercantil", de "un condominio *especial*" o de "un género intermedio entre la copropiedad y la sociedad". ¿No se tratará de un simple juego de palabras que esconde la verdadera naturaleza de la situación prevista por el artículo 589 del Código de comercio? Preferible es decir abiertamente que estamos frente a una forma de sociedad con características propias, distinta de las compañías típicas de Derecho terrestre.

7. Anteriormente hemos visto cómo para DONDERIS TATAY y CARLOMAGNO la compañía del artículo 589 del Código de comercio está dotada de propia personalidad jurídica. ¿Será ello así?

Prima facie parece que sí, pues dicho artículo dice que "se presumirá *constituida* una compañía por los copropietarios", y el artículo 116, párrafo segundo, del propio texto legal afirma que "una vez *constituida* la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos" (cfr. arts. 35, núm. 2º, y 1.669 del Código civil). Incluso cabría opinar que el requisito de la publicidad, establecido por el artículo 119 en relación con el 116, párrafo segundo, como previo para el reconocimiento de la personalidad jurídica, se cumpliría en nuestro caso mediante la preceptiva inscripción de la situación de copropiedad en el Registro mercantil (artículos 17 y 22 del Código de comercio y 147 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por otro lado, si se admite la ecuación de BONELLI (37), según la cual autonomía patrimonial = personalidad jurídica, comoquiera que la copropiedad naval, constituida en compañía según el artículo 589 del Código de comercio, tiene autonomía patrimonial, siquiera en grado imperfecto, nos encontraríamos frente a una persona jurídica.

En efecto, aquella autonomía patrimonial imperfecta consiste en la imposibilidad para el acreedor particular del socio de embargar o ejecutar el buque en su totalidad, a tenor del párrafo último del artículo 589 del Código de comercio: mientras que los acreedores sociales pueden agredir, no sólo el buque, sino también los patrimonios de los socios, que responden personal, ilimitada y mancomunadamente (cfr. artículos 590, párrafo 1º, 591 y 600), siempre que no medie abandono (arts. 587 y 590, párrafo 2º, del C. de c.) o renuncia (art. 592, párrafo 1º) o exista una especial limitación *ad valorem* de la responsabilidad civil (art. 837), en cuyos casos se opera una limitación de responsabilidad con relación a las resultas de los actos del capitán, a los gastos de reparación, equipo y avituallamiento del buque y a las consecuencias del abordaje.

Pero no es cierto que la autonomía patrimonial, perfecta o imper-

(37) *I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1903, I, pág. 320; *La teoria della persona giuridica*, en "Rivista di Diritto civile", 1910, I, pág. 496; *Personalità e comunione*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1913, I, págs. 733 y ss.

fecta, equivalga a la personalidad jurídica (38): por ejemplo, la herencia aceptada a beneficio de inventario goza de autonomía patrimonial (cfr. art. 1.023 del C. c.), mas no constituye persona jurídica. Lo mismo puede decirse de los restantes casos de patrimonio separado.

De los artículos 594 y 597 se desprende con claridad que el Código no ha querido atribuir personalidad jurídica a la compañía constituida por los copropietarios del buque. En efecto, según el primero de dichos preceptos, "los socios copropietarios elegirán el gestor que haya de representarlos con el carácter de naviero". *Ergo*, el gestor representa a los socios copropietarios, no a la sociedad o compañía por ellos constituida. Todavía más claramente, el artículo 597 dice que el naviero (que puede ser gestor de una asociación de copropietarios, a tenor del artículo 595) "contratará en nombre de los propietarios, los cuales quedarán obligados...".

El principal efecto de la atribución de la personalidad jurídica a tal compañía —aparte de que constituiría un centro autónomo de imputación de relaciones jurídicas, distinto de los copropietarios *uti singuli*— sería el de afectar el patrimonio (buque) de la persona jurídica creada en garantía preferente de sus acreedores: los acreedores de la sociedad dotada de personalidad jurídica serían preferentes a los acreedores de cada socio sobre el buque (cfr. art. 1.699 del C. c.). Ahora bien, esto no puede ocurrir sin un reconocimiento, al menos implícito y virtual, de la ley, por implicar un privilegio en beneficio exclusivo de los acreedores sociales.

Los artículos 580 y 584 del Código de comercio, 32 y siguientes de la Ley de Hipoteca naval y 14 de la Ley de Protección y Renovación de la Flota mercante española, son los preceptos que establecen la prelación y preferencia de ciertos acreedores del buque, que, aunque no son todos los posibles, constituyen el núcleo más importante de los mismos, por lo que prácticamente se consigue el mismo resultado que se obtendría con la personificación jurídica de la compañía de que trata el artículo 589 del Código de comercio.

Tal vez el legislador no creyó oportuno reconocerle personalidad jurídica, porque, de un lado, el tratamiento preferente de los acreedores sociales está ya asegurado para los conflictos más probables e importantes entre acreedores con un medio distinto (prelación y preferencia de los artículos citados), más eficaz; y de otro lado, porque la unificación de la relación de sociedad a los efectos del tráfico jurídico se opera mediante la representación del naviero gestor, como representante necesario, impuesto *ex lege* (cfr. arts. 594, 595, párrafo 2.º, 597 y 600 del C. de c.), lo cual hace también prácticamente innecesaria la solidaridad.

(38) Cir. VITALE, op. cit., págs. 6 y ss.

§ 3.º REGIMEN JURIDICO DE LA SOCIEDAD ENTRE COPROPIETARIOS DEL BUQUE

8. Las participaciones sociales son transmisibles, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Esto, lejos de ser incompatible con la idea de sociedad (cfr. los artículos 399 y 1.696 del Código civil, del que se deduce que el socio no puede enajenar su parte sin el consentimiento unánime de los socios), se explica si se tiene en cuenta que la compañía entre los copropietarios del buque aparece como claramente adscrita al grupo de sociedades con estructura capitalista y organización corporativa y despersonalizada (sociedad anónima e, incluso, sociedad limitada). Hace mucho tiempo que se ha abandonado la antigua concepción que hacia de la sociedad un contrato basado necesariamente sobre el *intuitus personae* (cfr. el art. 1.700, núm. 3 y párrafo último, en relación con el art. 1.670 del C. c. y art. 222, núm. 1, del C. de c.). Por consiguiente, la transmisibilidad de las participaciones no constituye un argumento favorable a la tesis del condominio.

De los artículos 589 y 592, párrafo primero, se desprende la preponderancia del elemento real sobre el elemento personal. La facultad para cada uno de los socios de disponer de su parte es indispensable para salvaguardar la libertad de todos, permitiendo al que no quiere quedar ligado a los otros recobrar su entera independencia, sin verse por ello obligado a la renuncia.

Por tratarse de una sociedad en la que no tiene relevancia esencial el *intuitus personarum*, las participaciones sociales deben ser siempre consideradas como susceptibles de ser transmitidas o cedidas separadamente. Esta facultad es proclamada expresamente por algunas legislaciones extranjeras contemporáneas: "Todo copropietario, dice el Código alemán, tiene el derecho, en todo tiempo, de enajenar total o parcialmente su participación en el navío sin el consentimiento de los demás" (artículo 503); "para ceder su parte en el navío o una porción de esta parte, dice el Código escandinavo, el participante no tiene necesidad del asentimiento de sus copropietarios" (art. 20, párrafo 3); "cada propietario, dice el Código japonés, puede vender su parte sin la autorización de los otros" (art. 551).

Nuestro Código de comercio sólo prevé expresamente un supuesto de cesión *forzosa* de las participaciones sociales, en caso de renuncia (artículo 592, párrafo 1.º). El caso de abandono, conforme al párrafo segundo del artículo 590, no implica una cesión voluntaria de la participación (renuncia *traslativa*), sino una simple renuncia *abdicativa*, que no transmite a los acreedores la titularidad de la cuota: les transfiere tan sólo un derecho de liquidación para conseguir la satisfacción de sus créditos (39).

Pero la facultad para cada uno de los socios de disponer *inter vivos* de su parte, resulta establecida implícitamente por la misma limi-

(39) En este sentido, GARRIGUES, *Curso*, cit. t. III págs. 665 y sig.

tación a la libre transmisibilidad de las participaciones que supone el derecho de retracto reconocido por el artículo 575 del C. de c., que —contra lo que pudiera parecer a primera vista (cfr. el artículo siguiente y el 592, párrafo último)— se refiere no sólo a la venta total del buque, sino también a las *ventas* de partes del mismo hechas a extraños.

La adquisición de alguna participación social por acto *inter vivos* o por sucesión hereditaria, confiere al adquirente, heredero o legatario la condición de socio, ya que las cualidades de copropietario y socio están unidas, según vimos.

Si bien las participaciones sociales son transmisibles *inter vivos*, sin más restricción que la del retracto, no son hipotecables separadamente (en cambio, las partes o cuotas del condominio ordinario son hipotecables, según el art. 399 del C. c.). La Ley de Hipoteca Naval sólo autoriza la constitución de hipoteca sobre todo el buque común, previo acuerdo de todos los partícipes o de la mayoría de ellos conforme al artículo 589 del Código de comercio. El naviero gestor de una asociación de copropietarios podrá constituir hipoteca sobre el buque entero cuando estuviere especialmente facultado para ello por los copartícipes, en la forma prevenida en el mismo artículo 589 (art. 5.^o de la Ley de Hipoteca Naval).

9. Según el artículo 589, párrafo 2.^o, del Código de comercio la compañía se rige por los acuerdos de la mayoría de sus socios. Basta la mayoría relativa de los socios votantes (art cit., párrafo 3.^o), a diferencia de lo que ocurre en el condominio civil (cfr. art. 398 del Código civil). La mayoría se computa por la participación en el interés (criterio real frente a criterio personal): si los partícipes fueren dos, decidirá la divergencia de parecer, en su caso, el voto del mayor partícipe, y si son iguales las participaciones, decidirá la suerte; la representación de la parte menor que haya en la propiedad tendrá derecho a un voto y, proporcionalmente, los demás copropietarios tantos votos como partes iguales a la menor. En caso de empate entendemos que también decidirá la suerte (cfr. art. 589, párrafos 4.^o y 5.^o, C. de c.).

Aunque nuestro Código guarde silencio a este respecto, de los principios generales aplicables a toda sociedad se desprende que, para que la decisión de la mayoría sea vinculante, es necesario que por lo menos todos los socios hayan sido advertidos y consultados de cualquier forma (por ejemplo, mediante correspondencia), antes de que la resolución sea tomada. Así, pues, si un socio o grupo de socios que forma la mayoría adopta por sí solo una medida sin consultar la opinión de los demás, dicha medida no habrá sido tomada regularmente, y podrá ser declarada nula judicialmente a petición de la minoría. Sólo la urgencia puede justificar que se prescinda de la previa consulta a todos los socios, impuesta por el derecho de voto.

Como se ve, la voluntad de la mayoría es aquí decisiva en los asuntos relativos a la explotación común del buque, no viéndose entorpecida

por el *ius prohibendi* (cfr. art. 398, párr. 3.º, del C. c.), característico del condominio ordinario.

Dado que la mayoría de que se trata es una mayoría de intereses, puede suceder que un partícipe forme por sí solo tal mayoría, si posee más de la mitad del buque, y entonces estará en grado de imponer siempre su voluntad a los demás copartícipes, cualquiera que sea su número. Lo mismo sucederá cuando un grupo de partícipes, que constituye la mayoría de intereses, se ponga de acuerdo respecto a cualquier medida. Los socios restantes quedarán obligados por el acuerdo de la mayoría relativa de los socios votantes.

Pero esto no quiere decir que la mayoría tenga poderes ilimitados.

En primer lugar, es necesario que el acto o medida que la mayoría pretenda sea de interés común; en segundo lugar, es preciso que dicho acto entre dentro de la explotación normal del navío. Si se tratase de un acuerdo contrario al interés común, no habría razón para que la mayoría pretenda imponer su criterio a la minoría. Y si se tratase de un acto que excediera de la explotación normal del navío, los motivos especiales que han conducido al legislador a derogar las reglas ordinarias de la gestión de la cosa común, dejarían de existir. Tanto de una manera como de otra, la decisión tomada por la mayoría constituirá una extralimitación de poderes y, como tal, podría ser recurrida ante la autoridad judicial, que deberá anularla (art. 4.º del Código civil y doctrina del abuso de derecho). La mayoría, pues, debe mantenerse en la línea de representación del interés corporativo.

De lo dicho se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias:

La mayoría está legitimada para decidir si el buque será explotado directamente por los propietarios en una empresa de navegación o si será cedido a un tercero en arrendamiento, tras de ser armado. Si la mayoría opta por el arrendamiento del navío, es soberana para elegir el arrendatario y para fijar el precio del arrendamiento. Si opta por la explotación directa del buque en una empresa común de navegación, es soberana para elegir el gestor (art. 594) y el capitán y para fijar su sueldo, así como el del resto del personal de la dotación, de acuerdo con las correspondientes reglamentaciones laborales. Igualmente lo será para fijar los gastos de reparación, mantenimiento, equipo y pertrechamiento del buque; para determinar el modo del empleo del mismo (pesca o transporte, navegación de altura o de cabotaje, etc.); para contratar el seguro del buque en su totalidad (arg. art. 598 del C. c.); para decidir el viaje o los viajes a emprender y —si se consagra el navío al transporte de mercancías o de personas— para fijar el género de las cargas, el importe de los fletes o el precio del transporte, claro está, dentro de los límites dejados por la creciente intervención administrativa. Respecto al fletamiento, nuestro Código de comercio establece un derecho de preferencia a favor de los propietarios del buque, sobre los que no lo sean, en igualdad de condiciones y precio (art. 593).

La mayoría será además soberana para decidir y para adoptar todas las medidas necesarias a fin de procurar las sumas precisas para el armamento, mantenimiento y equipo del buque: así, por ejemplo, po-

drá contratar un préstamo a la gruesa sobre todo el navío e, incluso, hipotecarlo por entero (cfr., *supra*, núm. 8, *in fine*).

A nuestro juicio, la mayoría es también soberana para decidir, en un momento determinado, si el buque debe navegar o permanecer en puerto. Sin embargo, se ha negado que la mayoría pueda obligar a la minoría a dejar el buque inactivo, porque esto sería contrario al destino mismo del navío y, en consecuencia, no entraría dentro de la explotación normal del buque: ello equivaldría a la supresión de esta explotación.

Sin duda alguna, el buque está hecho para navegar, como ya decía ULPIANO: *navis... navigandum mittendam puto, licet naufragii periculum immineat; navis etenim ad hoc paratur, ut naviget* (D. 7, 1, 12, 1). Pero circunstancias determinadas pueden aconsejar que sea útil dejar temporalmente el navío en puerto; por ejemplo, porque los riesgos de la navegación serían excepcionalmente graves, o porque los beneficios de un viaje o de una expedición serían demasiado escasos para cubrir los gastos.

Por el contrario, la mayoría no puede decidir que el buque dejará en absoluto de navegar, permaneciendo para siempre inactivo (otra cosa sería si decidiera su transformación en "mejillonera", molino o pontón). Aquella decisión no entra en la explotación normal del navío, puesto que equivaldría al cese de las operaciones sociales. Lo que podrá hacer la mayoría es acordar la disolución de la compañía y la venta del buque (art. 592, párrafo 2.º, C. de c.), pero no suspender indefinidamente la vida de la sociedad.

Finalmente, parece que, una vez formada regular y definitivamente, la mayoría queda ligada por sus propias resoluciones, por lo que, en principio, no puede volver sobre su propia decisión, siempre que permanezcan las mismas circunstancias que provocaron el acuerdo. De otra suerte, la sociedad entre los copropietarios del buque quedaría a merced de todas las fluctuaciones caprichosas de una mayoría sin control. La doctrina de los actos propios (*nemo potest venire contra factum* (40) puede encontrar aquí útil aplicación. En definitiva, será la autoridad judicial la que apreciará si las circunstancias se han modificado suficientemente como para que haya lugar a que la mayoría vuelva sobre su propio acuerdo.

Innecesario parece advertir que el papel de los Tribunales de Justicia en todas estas cuestiones entre los socios se limitará a comprobar si las decisiones de la mayoría constituyen o no extralimitaciones de poder o abusos de derecho, o si nuevas circunstancias justifican la modificación o revocación del anterior acuerdo de la mayoría. La autoridad judicial no puede inmiscuirse en las deliberaciones ni pretender modificar las resoluciones de la mayoría, pues ésta, en los límites de sus poderes, es soberana, cual órgano de la sociedad.

Una pieza clave en el funcionamiento de la sociedad entre los co-

(40) Vid. PUIG BRUTAU, *Actos propios*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica" t. II, págs. 348 y ss.; *Estudios de Derecho comparado (La doctrina de los actos propios)*, Barcelona, 1951, págs. 97 y ss.

propietarios del buque es la del gestor que ha de representar a los socios con el carácter de naviero (art. 594 del C. de c.). La representación del naviero gestor, como representante impuesto *ex lege*, es la que hace posible la unificación de la relación de sociedad (desprovista de personalidad jurídica) a los efectos del tráfico jurídico. Así, frente a terceros, el naviero gestor es quien representa a todos los socios, tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales (art. 595, párrafo 2.º, y 597 C. de c.). Frente a los socios, el naviero gestor está obligado a rendir cuenta del resultado de cada viaje (art. 599 C. de c.). Una vez aprobada por mayoría relativa la cuenta del naviero gestor, éste tiene acción ejecutiva contra los socios para reclamarles la parte de gastos —proporcional a su participación— que les incumbe, sin más requisito que el reconocimiento de las firmas de los que votaron el acuerdo (art. 600 C. de c.). De la misma acción, y con igual requisito, disponen los socios contra el naviero gestor para reclamarle el importe de los beneficios correspondientes a su participación (art. 601 C. de c.).

En cuanto a los derechos y obligaciones de los socios, hay que decir que se miden por su participación en el interés común. La cuota social es, en principio, igual a la cuota de interés en el buque. Los anticipos de dinero por parte de los copropietarios, tan frecuentes en la práctica por ser imprescindibles para la gestión normal de la sociedad, no deben ser considerados como aportaciones independientes de capital que incrementan el valor de la cuota de propiedad a efectos del reparto de beneficios y pérdidas, sino más bien como pagos adelantados hechos a cuenta de los gastos de reparación, mantenimiento, equipo y avituallamiento, obligatorios para todos los socios por acuerdo de la mayoría, en proporción a sus respectivas partes de propiedad (cfr. artículos 591 y 592, § 1.º, C de c.). Si uno o varios de los socios son quienes hacen voluntariamente tales anticipos, habrá que configurarlos como préstamos concedidos a la sociedad. Evidentemente, cabe que los interesados, de mutuo acuerdo, consideren dichos anticipos como aportaciones suplementarias de capital, a tener en cuenta en el reparto de pérdidas y ganancias.

Cada socio tiene derecho a una parte proporcional de los beneficios del buque, correspondiente a su participación. En la misma medida interviene —según dijimos— en la administración de la sociedad, ejerciendo su derecho de voto. Tiene, pues, un derecho al dividendo y un derecho de voto, similares al del socio de una sociedad anónima. En cambio, en el aspecto pasivo de las obligaciones, no hay tal equiparación, porque mientras que el socio en la anónima responde proporcionalmente y hasta el límite del importe de su acción, no respondiendo personalmente de las deudas sociales, el socio de la compañía constituida por los propietarios del buque responde proporcional, ilimitada y personalmente (cfr. arts. 590, 591 y 600 C. de c.), salvo que medie abandono (art. 590, párrafo 2.º, en relación con el art. 587 C. de c.) o renuncia (art. 592, párrafo 1.º, C. de c.) o exista una especial limitación *ad valorem* de la responsabilidad (art. 837 C. de c.), según dejamos ya expuesto.

10. El Código de comercio prevé un único supuesto de disolución: por voluntad de la mayoría (art. 592, párrafo 2.º), a cuyo tenor es preciso el acuerdo de la mayoría para la disolución de la compañía y para la venta del buque común. Si se compara este precepto con el artículo 400 del Código civil, que faculta a todo copropietario para pedir, en cualquier tiempo, que se divida la cosa común, se descubre una mayor protección del estado de cosas constituido por la comunidad naval, al que se le otorga mayor estabilidad y cohesión.

En las legislaciones que, como la nuestra, exigen la mayoría, tanto para la gestión como para la extinción de la sociedad entre los copropietarios del buque, esta mayoría *decide* por sí misma la disolución, sin necesidad de que intervengan los Tribunales para ordenar la venta del buque (41), al contrario de lo que ocurre en los países donde la licitación del buque puede ser acordada por la mitad de los partícipes (tal es el caso del Código de comercio francés, art. 220).

La venta del buque deberá realizarse en subasta pública (arts. 2.048 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil), a no ser que por unanimidad convengan en otra cosa los socios. En todo caso de venta del buque, en pública subasta o extrajudicialmente, habrá lugar al ejercicio del derecho de retracto por los partícipes del mismo, conforme al artículo 575 (art. 592, párrafo último, del C. de c.). Si concurriesen dos o más copartícipes a reclamar este derecho, será preferido el que tenga mayor participación, y si tuvieran la misma, decidirá la suerte (arg. art. 593, párrafo 2.º, C. de c.). Naturalmente, no procede el retracto de un copartícipe contra otro copartícipe, adquirente del buque común, porque el artículo 575 tiene como presupuesto de aplicación la venta hecha a extraños (42).

Por tratarse de una sociedad en la que no tiene relevancia el *intuitus personarum*, la muerte, la interdicción o la quiebra de uno de los socios no entraña la disolución de la misma. Las eventuales mutaciones en el *status* o capacidad de los socios no tiene ninguna influencia sobre la continuación de la sociedad, de fisonomía capitalista y despersonalizada.

La pérdida del buque, la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, provocarán sin duda alguna la disolución de la sociedad.

Fuera de estos casos, la compañía de que nos ocupamos tiene duración indefinida. Pero no cabe ejercitar el derecho de denuncia unilateral, propio de las sociedades de tipo personalista concluidas por tiempo indefinido (art. 224 del C. de c.), por no ser una sociedad de ese tipo y, además, por la posibilidad que todo socio tiene de abandonar la sociedad cediendo su participación (cfr., *supra*, núm. 8).

Hemos visto cómo la mayoría tiene en sus manos la vida de esta sociedad. Ahora bien, no por ello podrá obligar indefinidamente a la

(41) En el mismo sentido, vid. QUIRÓS, *En torno a la extinción de la copropiedad naval*, en "Revista de Derecho mercantil", 1947, págs. 273 y ss.

(42) Cfr. URÍA, op. et loc. cits., pág. 1126.

minoría a permanecer en ella. Todo socio tiene la posibilidad de salir de la sociedad mediante la renuncia (art. 592, párrafo 1.º, C. de c.) o la enajenación voluntaria de su cuota (arg. art. 575 C. de c.). De suerte que quien se encuentra vinculado dentro de una sociedad de este tipo es porque quiere. Como decía PLINIO EL JOVEN en el Panegírico de Trajano (9,1), “*nam successor, etiamsi nolis, habendus est; non est habendus socius, nisi velis*”.

La sociedad del artículo 589 del C. de c. no se sustrae a este principio: ella se basa, como toda sociedad, en la *affectio societatis*, que no es más que la voluntad de ser socio.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Heredamientos de aguas de Canarias

(Notas a la Ley de 27 de diciembre de 1956)

MARCOS GUIMERÁ PERAZA
Notario

SUMARIO: I. Antecedentes.—1. Proyecto de Canarias.—2. El Proyecto en el Ministerio de Justicia.—3. El Proyecto de la Comisión de Codificación.—4. El Proyecto en las Cortes.—II. El Anteproyecto Sindical.—III. Jurisprudencia reciente.—IV. Ambito de la Ley.—V. Personalidad jurídica.—1. Concepto de estas entidades: A) Agrupaciones; B) De propietarios; C) De aguas; D) Privadas; E) Con diferentes denominaciones; F) Constituídas o que se constituyan; G) En el Archipiélago canario.—2. Reconocimiento de su personalidad: A) Agrupaciones por constituir; B) Agrupaciones ya constituidas: a) Actas de notoriedad; b) Actuaciones judiciales; c) Actuaciones gubernativas.—4. Capacidad de estas agrupaciones.—VI. Los Estatutos, Ley fundamental.—1. Clase de documento. 2. Circunstancias de los Estatutos.—A) Necesidad de adaptación de las entidades. B) Circunstancias necesarias: a) Nombre, domicilio y objeto. b) Derecho de intervención. c) Junta rectora. d) Asamblea general. e) Rendición de cuentas. f) Reglas de extinción y liquidación.—C) Menciones voluntarias: a) Reglas para el aprovechamiento del caudal. b) Secuestro.—VII. Otras características de estas instituciones: 1. Actos de disposición de las cuotas. 2. Improcedencia de la acción divisoria. 3. Improcedencia de la acción de retracto.—VIII. Inscripción en el Registro de la Propiedad.—1. Naturaleza de la inscripción. 2. Objeto de la inscripción. A) Elementos comunes de la entidad: a) Inscripción de la gruesa de las aguas. b) Inscripción de los demás elementos comunes.—B) La porción de agua, cuota o participación de cada uno.—3. Registro competente.—A) El Registro de la Propiedad. B) Del lugar en que nazcan o se alumbren las aguas o parte principal de ellas. — 4. Circunstancias de la inscripción. — 5. Título para lograr la inscripción.—A) Agrupaciones ya constituidas: a) Gruesa de las aguas. b) El adulamiento. c) Los elementos comunes. d) La porción privativa de cada heredero o partícipe. e) Demás circunstancias exigidas.—B) Agrupaciones que se constituyan.

El *Boletín Oficial del Estado* del 30 de diciembre de 1956 publica la ley de la Jefatura del Estado de 27 del mismo mes y año, sobre heredamientos de aguas del Archipiélago canario. La trascendencia que dicha ley tiene para esta región nos exige el dedicarle unas consideraciones.

* * *

I. ANTECEDENTES

Tres fundamentales etapas podemos señalar en el desarrollo y culminación de esta ley, a saber:

1. *Proyecto de Canarias.*—En el mes de marzo de 1952 una Comisión de Letrados de Las Palmas de Gran Canaria, integrada por don Nicolás Díaz-Saavedra y Navarro, don Manuel Hernández González—ambos prestigiosos abogados en ejercicio—y por don Antonio de la Nuez Caballero, terminó la redacción de un proyecto de ley para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Heredades de aguas de Canarias. Dicha Comisión, nombrada el 14 de febrero de 1952, había venido a continuar la labor de otra, compuesta, además de por el propio don Manuel Hernández, por otros dos abogados ilustres: don Felipe de la Nuez Aguilar y don José Mesa y López, difuntos ya a la sazón.

Dicho proyecto, de un sabor clásico en su título—*Proyecto de ley concediendo la personalidad jurídica a las Heredades de aguas de Canarias tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían*—, aspiraba exclusivamente a lo que expresa su enunciado. Y ello llevaba consigo una doble limitación: de un lado, se trataba solamente de los antiguos Heredamientos, las instituciones seculares tan arraigadas por todo el país, y especialmente en la isla de Gran Canaria, donde existen en mayor número que en las demás del Archipiélago; de otra parte, se circunscribía la ambición al reconocimiento de la personalidad de estas entidades, que aunque proclamada con frecuencia y por casi todos, en varios casos había sido negada. No aspiraba el proyecto *canario* a nada más, si bien de pasada aludía a otros interesantes aspectos de estas instituciones, según hemos de ver más adelante.

Integraban el proyecto una exposición de motivos y cinco artículos. Suscribían la instancia, en diversos conceptos, el Presidente y Secretario de la Junta Provisional de Heredades de la Isla de Gran Canaria. Y fué elevado al Excmo. Sr. Ministro de Justicia en el mes de abril de 1953.

2. *El proyecto en el Ministerio de Justicia.*—El Ministerio comenzó seguidamente a trabajar sobre él. Y, entre otros, recabó el informe del Colegio Notarial de Las Palmas. La Junta Directiva de éste, bajo la presidencia del entonces Decano el notario de Santa Cruz de Tenerife don Lorenzo Martínez Fuset, en Ponencia del Censor 1.º don Juan Zabaleta Corta, notario de Las Palmas de Gran Canaria, lo emitió con fecha 4 de julio de dicho año. Es interesante a los fines de este trabajo destacar que el informe pedía el reconocimiento de la personalidad jurídica “a todas las agrupaciones de aguas privadas que con los nombres de Heredades o Heredamientos de aguas, Comunidades de regantes, Comunidades de Aguas, Dulas, Acequias o bajo otros nombres semejantes se hallen constituidas o se constituyan de aquí en adelante en las Islas Canarias” siempre que reunieran determinadas condiciones, en-

tre las que descuelga la necesidad de constituirse por escritura pública y poseer estatutos o reglamentos que regularen su régimen.

3. *El Proyecto de la Comisión de Codificación.*—Ya dentro del año 1954 pasa el proyecto canario a la Comisión General de Codificación, por cuya Sección 1.^a se comienza seguidamente a trabajar en él, manteniéndose ininterrumpidamente en el orden del día hasta llegar a su feliz culminación. Actuaron de ponentes los ilustres catedráticos de la Central don Nicolás Pérez Serrano y don Antonio Hernández Gil, prestigios al propio tiempo de la abogacía en el Colegio de Madrid, y conocedores—el primero como pocos—de los problemas del agua en Canarias (1). Tomaron parte en las discusiones los restantes componentes de la sección, señores Rubio, Apalategui, Montero, Jordán de Urríes, Prieto Castro, Fuenmayor y Pelayo Hore (2). Allí se debatió el tema con toda amplitud, y ante la importancia del caso se pensó, en un primer momento, en un viaje de los ponentes a Canarias, para pulsar el estado de opinión y la realidad jurídica y social acerca del reconocimiento solicitado; después se habló de la conveniencia de incorporar a las tareas de la Comisión a algún jurista canario, que aclarara cuantas dudas o cuestiones fueran surgiendo al compás del estudio que se realizaba; y por fin, se propuso por la Ponencia la redacción de un cuestionario que debería ser remitido por el Ministerio a Canarias, para que a través de él informaran cuantas personas físicas o jurídicas resultaren afectadas por el proyecto, y muy en especial las Heredades o Comunidades interesadas directamente. Como dice hoy la exposición de motivos de la ley, “para recabar datos de realidad fehaciente sobre los cuales operar con base más segura”.

La anunciada consulta a Canarias se produjo en marzo de 1955. El Excmo. Sr. Ministro de Justicia remitió al Presidente de la Audiencia Territorial de Las Palmas un cuestionario, expresándole la conveniencia de que a través de dicha Presidencia y de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de las diversas islas se circulase el mismo a los Heredamientos de aguas existentes; y que “igualmente con-

(1) Recordamos lo que confesó en su magnífica conferencia *Los tres oficios de la Abogacía: explicación, humanización y renovación del Derecho* (pronunciada con motivo de la apertura de Tribunales en Las Palmas de Gran Canaria el 15 de septiembre de 1953, y publicada más tarde en la “Revista del Foro Canario”, núm. 5, pág. 5 y ss.), cuando después de proclamar su “vieja y grata vinculación con el archipiélago canario” y dedicar un recuerdo a don Leopoldo Matos, egregio abogado canario, declara que ya en el bufete de éste tropezó por vez primera con problemas de este tipo, con los que tuvo que recorrer, “paso a paso, por los planos y en descripciones de documentos el barranco de Guiniguada o el barranco de la Virgen; seguir las procelosas incidencias de pugnas entre Quebramonte y Tenoya, etc., etc.”.

(2) Santiago Pelayo Hore, notario de Madrid, que desempeñó hace años la Notaría de Granadilla de Abona (Tenerife), es autor de uno de los primeros trabajos sobre las aguas canarias—*La indiscusión perpetua en el Código civil*, “Revista de Derecho Privado”, 1942, págs. 458 y ss.—, en el que sostuvo la tesis de la comunidad social, basada en el artículo 401 del Código civil, que ha sido acogida por la ley, según hemos de ver.

vendría conocer el parecer sobre el particular (o sobre dichos extremos) de las Autoridades y Organismos profesionales de la región, a fin de recoger el mayor conjunto de *datos, reales y concretos*, para dar cima con garantía de acierto, a la construcción jurídica que se pretende". La Presidencia se dirigió a su vez, entre otros Organismos (como Colegios de Abogados, etc.), al Colegio Notarial de Las Palmas, para que la Junta de Gobierno de ésta informara sobre los extremos que en el mismo se insertaban y expusiera cuantas razones y tesis creyese convenientes para el logro de la finalidad que se perseguía.

El cuestionario, amplísimo y muy concreto al propio tiempo, abarcaba cinco epígrafes, en donde bajo las rúbricas de *Generalidades, Organización, Funcionamiento, Vida negocial y Varios*, se interrogaba sobre todos los problemas que estas instituciones tienen planteados. En realidad, dichos datos —reales y concretos— sólo podían ser debidamente suministrados por las entidades directamente interesadas; no obstante, los Organismos y demás profesionales consultados contestaron al cuestionario, dentro de sus respectivas posibilidades. Por su parte, la Junta Directiva del Colegio Notarial emitió su informe en Ponencia que lleva de fecha el 11 de abril de 1955, referida exclusivamente a los Heredamientos seculares.

Ahora, la exposición de motivos de la ley declara que "se han recogido antecedentes de subido valor que brindan material utilísimo para formar juicio acerca de la existencia y funcionamiento de esas entidades" (3).

Con ellos, pudo la Comisión de Codificación ultimar su proyecto, que en 1956 pasó de nuevo al Ministerio de Justicia para resolución (4).

4. *El Proyecto en las Cortes*.—Por acuerdo del Consejo de Ministros del 26 de julio de 1956 se remitió a las Cortes el Proyecto de ley, el que fué publicado en el *Boletín Oficial* de las mismas el día 2 de octubre siguiente. Y por fin, el dictamen acerca del Proyecto de ley fué leído en el Pleno de las Cortes Españolas del día 20 de diciembre de 1956, habiéndolo defendido don Matías Vega Guerra, Presiden-

(3) Por lo que hace a la provincia de Tenerife, se han aportado datos muy interesantes. Así, constan de unos nacientes en Añavingo (Arafo, Tenerife), que seguramente, dada su fecha —ya aparece en la escritura de donación de 31 de julio de 1509—, debió constituir primitivamente un verdadero heredamiento. El Heredamiento de aguas de La Orotava (Tenerife) nació en el reparto hecho el 10 de febrero de 1501, correspondiente a los nacientes de Aguamansa, llamados el Río de la Orotava; hoy se halla integrado con otras comunidades constituyendo la agrupación denominada "Federación de Regantes de Orotava" (FRO). Interesantes también los datos facilitados por el Heredamiento de aguas de *Icod, Icod o Benicodem*, del que hay escrituras autorizadas en 1546. Y por último, las Haciendas⁴ de Argual y Tazacorte (La Palma), a nuestro juicio un auténtico heredamiento, que data de fines del siglo xv y es denominado así en varios documentos, está situado en los términos municipales de El Paso, Los Llanos y Tazacorte, pues el segundo absorbió la antigua parroquia de Argual. Como tantos otros heredamientos, adoptó la vestidura de comunidad de regantes por acta autorizada por el notario de Los Llanos de Aridane, don Melchor Torres, con fecha 27 de mayo de 1887.

(4) La Ponencia de la Comisión de Codificación, sin embargo, en su E. de m., los estima insuficientes: "aun no siendo completos", dice literalmente.

te de la Mancomunidad Provincial Interinsular de Las Palmas y Decano de su Colegio de Abogados, como miembro de la Comisión de Justicia; y siendo aprobado el dictamen sobre el Proyecto por la Cámara por unanimidad. Resaltó en su defensa que la única enmienda presentada lo había sido por el Presidente de la Mancomunidad de Santa Cruz de Tenerife, don Heliodoro Rodríguez González, en función de verdadera colaboración; y cuya enmienda fué recogida por la Ponencia y luego por la Comisión, en su casi totalidad.

II. EL ANTEPROYECTO SINDICAL

Mientras tanto, otras inquietudes, si se quiere más ambiciosas, seguían ocupando a Canarias. Coincidentes en el tiempo con el proyecto de que hablamos —de iniciativa privada—, pero con distintos fines, los Congresos Sindicales Agrarios, provinciales y regionales, venían tratando de la necesidad de una regulación total de las aguas en el Archipiélago. Desde el Primer Congreso Regional, celebrado en el año 1948, se redactó un *Anteproyecto de Régimen de Aguas*, que con pequeñas reformas subsiste hoy, habiéndose tratado de nuevo el tema en el III Congreso, celebrado en 1952. Incluye: un Proyecto de decreto del Ministerio de Obras Públicas; un Proyecto de ley con la reforma de los artículos 1.663, 1.665, 1.666 y párrafo 1.º del 1.660 de la ley de Enjuiciamiento civil (en el primitivo, además, se proponía la reforma de los artículos 97, 1.656 y 340, número 3.º, de la propia L. E. C.); y un Proyecto de ley de Aguas para Canarias que en cuanto al punto que nos interesa se refiere a “los preceptos de ley de Personalidad Jurídica de las Heredades (art. 24), reconociéndoles “personalidad jurídica distinta a la de sus partícipes” (art. 27) y “personalidad jurídica” (art. 31).

Posteriormente, conocemos un anteproyecto del año 1953, que fué debatido ampliamente en unas reuniones que convocadas para la Delegación Provincial de Sindicatos, tuvieron lugar en Las Palmas de Gran Canaria desde octubre de 1954 a los primeros meses de 1955. Y por último, el reciente Congreso Regional Sindical Agrario, celebrado en Santa Cruz de Tenerife, debatió de nuevo el tema *Aguas* en Ponencias que por Tenerife presentó don Domingo Cabrera Cruz, y por Las Palmas don Manuel Hernández Guerra, las cuales fueron leídas en el Pleno de la mañana del 16 de octubre de 1956. La primera proclamó la satisfacción con que Canarias recibía la ley que se proyectaba. La segunda se remitió a ella para todo cuanto se relacionara con la personalidad jurídica de las entidades de Aguas de Canarias.

III. JURISPRUDENCIA RECENTE

Durante este tiempo, el *Tribunal Supremo* tiene ocasión de referirse al problema de la personalidad jurídica. Dicta *sentencia en 9 de febrero de 1954*, en pleito entre la Heredad de Aguas de Arucas y

Firgas (demandante) y el Ayuntamiento de Arucas (demandado), sobre suministro de agua por la Heredad —causahabiente del Heredamiento del Molino— para abastecimiento de la ciudad de Arucas. Y en ella se declara:

“A pesar de que *tal Heredamiento no tenga personalidad jurídica independiente de la de sus participes frente a terceros*, no se puede poner en duda que constituye una comunidad de bienes, caracterizada por la unidad de objeto —aguas materialmente indivisas y pluralidad de sujetos o participes, que se gobierna, a falta de pactos especiales, por el consentimiento de todos los condueños en actos de disposición y por acuerdos de la mayoría en régimen de administración y mejor disfrute de cosa común—, artículos 397 y 398 del Código civil...”; por lo que la reclamación habría de dirigirse “al órgano administrativo de la vendedora”.

Por otra parte, y con negativa ya franca de la personalidad de las Heredades, se ha pronunciado la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas. Trátase de la *sentencia número 32 de 16 de julio de 1955*, en la que fueron demandadas las Heredades de Aguas de Vegueta, Triana, Fuente de los Morales, Dragonal, Bucio, Briviesca y Junta Permanente de las Heredades de Las Palmas y Dragonal, sobre aprovechamiento de aguas, siendo ponente don Pedro de Benito y Blasco. Después de recoger en el Considerando 17.^º el Anteproyecto sindical ya referido, como demostración de su tesis de que los Heredamientos o Comunidades no tienen personalidad jurídica, afirma en el 24.^º:

“*Los Heredamientos o Comunidades de Aguas litigantes no constituyen una persona jurídica independiente*, teniendo limitadas sus facultades en lo adjetivo y en lo sustantivo, no pudiendo, por sí, enajenar ni transigir” (5).

Bastan estas dos citas jurisprudenciales para convencernos no sólo de la necesidad de la ley que se comenta, sino de su manifiesta oportunidad. La propia E. de m. reconoce hoy esto, al decir: “Pero tampoco han faltado ocasiones en que un celo excesivo o una preocupación técnica han venido a crear dificultades, impidiendo, por ejemplo, que tales entidades lograran subvenciones o consiguiesen créditos por carecer oficialmente de una personalidad reconocida en Derecho de modo paladino”.

(5) Puede verse un comentario—breve por las razones que explica—a esa sentencia de nuestro buen amigo y competente juez Miguel Díaz Reixa en la “Revista General de Derecho”, núm. 138-139, marzo-abril 1956, pág. 262.

El Heredamiento de Icod informa que se ha recurrido a veces al poder particular de dos o tres herederos, por si se alegare de contrario la excepción de falta de personalidad.

El señor Vega Guerra al defender el dictamen en el Pleno de las Cortes, calificó esas dificultades de "pedantería petulante o deshonestidad imprudente", que produjeron contratiempos y perjuicios graves.

IV. AMBITO DE LA LEY

Ya vimos al estudiar el proyecto de Canarias la doble limitación que llevaba implícita: de una parte, se refería sólo a los Heredamientos, y de otra aspiraba meramente al reconocimiento de su personalidad (6).

En cambio, basta leer la rúbrica de la nueva ley para ver que abarca mucho más. Trátase de una ley "*sobre Heredamientos de Aguas del Archipiélago canario*". Se ocupa, pues, de otros muchos aspectos, también muy importantes, además de la personalidad. Así, después del reconocimiento solicitado (art. 1.º), regula la figura a la que habrá de acomodarse (art. 2.º) su forma (art. 3.º), la consignación de los Estatutos en instrumento público (art. 4.º), la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 5.º), los principios básicos de los Estatutos (art. 6.º), la capacidad (art. 7.º), el secuestro (art. 8.º) y la posibilidad de extender los beneficios de la ley a otras agrupaciones de Aguas (Disposición adicional primera).

Pero es que además, y con una generosidad que dice mucho del interés y comprensión que por el tema de las aguas en Canarias se ha tenido en la Comisión de Códigos y en el Ministerio de Justicia, la ley extiende los beneficios solicitados a las Comunidades de Águas que hemos denominado "modernas", que no sólo nada habían perdido —el proyecto fué elevado por las Heredades, según vimos—, sino que nacidas recientemente, después de la vigencia de las leyes de Aguas y del propio C. c., bien pudieron haberse acogido desde su inicio a cualquiera de las formas asociativas que les brindaba nuestro ordenamiento legal. Con ello, recoge la ley la propuesta hecha por el Colegio Notarial de Las Palmas en su primer informe de 1953 —vid, *supra*, I, 2). La E. de m. de la misma lo justifica al decir que "se ha creído al propio tiempo que no era aconsejable mantener la distinción entre Heredades y Comunidades, pues ello daría lugar a un dualismo legislativo, con dos caminos diferentes para un propósito único" (7).

(6) Esta doble limitación, explicable desde el momento que los solicitantes eran solamente las heredades y sólo pretendían el reconocimiento de su personalidad, ha sido calificada por la ilustre Ponencia de la Comisión de Codificación con un rigor que recuerda el palmetazo del buen maestro, de "algo así como una trayectoria que pudiera resultar por más de un motivo equivocada", ya que el reconocimiento abstracto de la personalidad sería "simple vestidura jurídica externa y genérica, mera convalidación de realidades tradicionales consagradas"; y al limitarse a los auténticos heredamientos, "la nueva ley habría de refrendar simplemente" las prácticas consuetudinarias con las que han venido viviendo.

Quizá esta misma exclusividad de fines que se pretendía hizo a los interesados valorar excesivamente el reconocimiento a que se aspiraba a incurrir en aquella reiteración y hasta aquel cierto apremio en la petición, que denuncia la E. de m. de la Ponencia.

(7) Con mayor rotundidad de expresión pone de manifiesto su sentir la Ponencia de la Comisión, en su E. de m. Dice que "si la idea es sana, si la ins-

V. PERSONALIDAD JURÍDICA

Dice el artículo 1.º:

“Se reconoce personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con los nombres de “Heredades”, “Heredamientos de Aguas”, “Dulas”, “Aquequias”, “Comunidades” u otros semejantes vienen constituidas en el Archipiélago canario, así como a las que con fines análogos se constituyan allí en lo futuro”.

1. *Concepto de estas entidades.*—Las define el artículo 1.º, según vemos, como aquellas *agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con diferentes nombres vienen constituidas o se constituyan en lo futuro en Canarias*. El desarrollo de esta a manera de definición descriptiva, nos permitirá realizar mejor el estudio de las mismas.

A) Son *agrupaciones* de personas. Estas, más o menos numerosas—en muchos casos son varios centenares—, no están constituidas en forma de personas jurídicas. Sin embargo, nada impide que pertenezcan a esas agrupaciones sociedades u otras personas colectivas, con tal de que ostenten las condiciones exigidas en el proyecto.

B) Que sean *propietarios* de aguas. La relación con el objeto de su derecho ha de ser dominical, por lo que entendemos no bastará ser titular de un derecho de arrendamiento, de censo, uso, usufructo o servidumbre para poder ostentar la cualidad de “heredero” o “partícipe”. Por otro lado, basta ser propietario, aunque esa propiedad se encuentre gravada con un derecho de usufructo —mera propiedad—, de hipoteca o de anticresis (8).

C) Que se trate de aguas, como se ha dicho. El agua, como bien inmueble que es —art. 334, núm. 8.º del C. c.—, es susceptible de dominio. Como dice Castán (9), “el caudal, masa o volumen que inte-

titución de que se trata cumple una loable finalidad, no hay motivo para proscribirla en el futuro, reduciendo el ámbito de la ley a la consolidación de lo pretérito”; añadiendo que “la diferencia con las Comunidades de tipo moderno sólo tiene valor en cuanto a la primera etapa de éstas, pero lo pierde en buena parte una vez que se encontraron aguas y ellas han de administrarse y regirse conciliando intereses particulares y conveniencias colectivas”.

Inclaudablemente, esto es cierto; entre *Heredamiento* y *Comunidad*, aparte los siglos de antigüedad de los primeros, y su distinto origen —repartimiento real y mero pacto, respectivamente— no hay más diferencia sino la de que los Heredamientos son posteriores al agua, mientras que las modernas Comunidades nacieron —y nacen— antes de que ésta exista, precisamente para tratar de alumbrarla. Una vez alumbrada el agua y practicado el adulamiento, lo que eran diferencias más o menos sustanciales, se convierten en analogía cuando no en identidad.

Puede verse un resumen de cuanto antecede en el trabajo de José ANGEL CASTRO FARIÑAS, *La nueva ley de aguas*, “Boletín de Información Económica”, Santa Cruz de Tenerife núm. 5, enero 1957, pág. 11.

(8) En caso de usufructo, creemos que podrán aplicarse por analogía las normas dictadas por las recientes leyes sobre S. A. (art. 41) y S. R. L. (art. 24).

(9) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.ª edición, tomo segundo, Madrid. Reus, 1950, pág. 329.

gra un río o curso de agua es perenne y, por tanto, puede ser objeto de una relación de propiedad".

D) Estas aguas han de ser *privadas*. Tal carácter se comprueba con el artículo 408, números 1.^o y 3.^o, del C. c., y especialmente en el artículo 220 de la Ley de Aguas y 419 del primer cuerpo legal. Con ello, se destaca la condición meramente privada que tienen las aguas pertenecientes a estas entidades susceptibles de derecho de dominio frente a la calidad de aguas públicas que presentan en otras regiones españolas (v. gr., Valencia), y que por serlo, sólo pueden ser objeto de aprovechamiento (10).

Este carácter las distingue también de las aguas pertenecientes a las Comunidades de regantes que pudiéramos llamar "oficiales", creadas al amparo de las Leyes de Aguas de 1866 y 1879. En éstas, sus partícipes son sólo titulares *ob rem* de las aguas, en tanto son los dueños de las tierras que se riegan con las aguas comunes. En Canarias, al tiempo de la promulgación de aquellas leyes, algunos Heredamientos creyeron necesario convertirse o transformarse en Comunidades de regantes; lo que hicieron, habiendo llegado hasta hoy mismo funcionando con esta inapropiada forma (11).

E) Tienen *diferentes denominaciones*. Principalmente, se las conoce con el nombre de *Heredamientos*, como, v. gr., el de La Orotava (Tenerife) (12). También es frecuente el nombre de *Heredad* (tal la de Arucas y Firgas en Gran Canaria), aunque—como dice la contestación de la Unión de Heredades de dicha Isla al cuestionario aludido—, trátase de "una sustitución viciosa de una parte por el todo, ya que en los mismos documentos (de 1501-1529...) se percibe que sólo se entendía por heredad la porción de tierra y agua que se había repartido a cada nuevo propietario"; añadiendo que "la heredad fué aplicable a la cantidad de agua que obtuviere" cada heredero. Menos frecuente es el uso, común en Valencia, de *Acequia*; pero pueden ver-

(10) Para el Levante español, puede verse el autoradísimo trabajo de don JOSÉ LATOUR BROTONS, *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*, Madrid, 1955, que demuestra haber visto bien la naturaleza privada de las aguas en Canarias (vid. págs. 38 y 56).

(11) Pueden citarse, de estas entidades híbridas, entre otras de menos importancia en Gran Canaria, la *Comunidad de Regantes de Tafira*, cuyas ordenanzas fueron aprobadas por R. O. de 5 de marzo de 1880, y que como Heredad es, al menos, anterior al año 1549. Y la *Comunidad de Propietarios y Regantes del Valle de Tenoya*, con estatutos aprobados por R. O. de 8 julio 1887, y que era ya conocida como Heredamiento de Tenoya desde 1506, según resulta de la Reformación del Lcdo. don Juan Ortiz de Zárate. Esta *moda* hizo decir por entonces al que fué distinguido Notario de Las Palmas don Isidoro Padrón y Padrón, refiriéndose al asesoramiento del Letrado de dichas Heredades: "Don Fulano sabe tanto, sabe tanto... que está cambiando las aguas privadas en aguas públicas".

También nos parece estamos ante otra figura similar en la "Heredad de aguas de Adeje", constituida en Sindicato de regantes, para el Barranco del Infierno, donde dicen Abinque.

(12) Sobre la voz *Heredamiento*, puede verse las consideraciones de CARLOS LÓPEZ DE HARO, en su trabajo *Heredamientos de aguas*, publicado en la "Revista de Derecho Privado", año 1922, págs. 521 y sgns.

se la Acequia Real de Aguatona, en el Ingenio, y la Acequia Alta de Sardina (Grau Canaria). En Tenerife, el Heredamiento de Icod era conocido con el nombre de *Dula*, existiendo documentos en el que se le denomina *Comunidad de adulados*, según expone la contestación respectiva al cuestionario citado.

En cuanto a la denominación de *Comunidad*, puede afirmarse que salvo excepciones contadísimas, sólo se denominan así a los Heredamientos transformados en Comunidades de regantes, que acabamos de ver; o las Comunidades "modernas", constituidas después de la vigencia de las Leyes de Aguas y del C. c. (13).

Una vez más, la ley, dando fe de su amplitud de miras, permite que se adopten o reconozcan "otras semejantes".

F) Comprende tanto las entidades *constituidas* como *las que se constituyan o creen* en lo sucesivo. Será necesario, pues, que de aquí en adelante cuidemos la terminología para evitar confusiones. Las entidades ya creadas, a las que podremos llamar *viejas* o *antiguas*, comprenderán no sólo los Heredamientos y las Comunidades de regantes oficiales, sino las llamadas Comunidades modernas, que merecían este adjetivo por ser posteriores al C. c. En cambio, ahora la fecha tope será la de la vigencia de la ley, con lo que para evitar confusiones podríamos llamar a las que se constituyan en lo futuro *nuevas*. Con todo, será lo más claro denominar a unas y otras *constituidas* y *por constituir* (14).

(13) Es de notar que el término "*Comunidades*" no figuraba en el proyecto de Canarias, habiendo aparecido en los de la Comisión de Codificación y del Ministerio de Justicia.

(14) El Proyecto *canario* exigía que hubieran venido funcionando "desde antes de la vigencia del Código civil" (art. 1.º); y que era necesario demostrar "su existencia anterior al 1 de mayo de 1889" (art. 2.º). Asimismo, el anteproyecto *sindical*, en su artículo 24, habla del aprovechamiento "con anterioridad a la Ley de 13 de junio de 1879", produciéndose, pues, con más rigor.

Esta limitación de fechas, o tope, a partir del cual no cabría el reconocimiento de la personalidad, debió causar extrañeza a los encargados de informar o redactar el proyecto definitivo. Sin embargo, esto que puede parecer una arbitrariedad —¿por qué esas fechas, y no otras?— tiene una explicación y fundamento bastante lógicos. Si lo que se pretendía con el proyecto *canario* era el reconocimiento de personalidad jurídica de las Heredades seculares, es evidente que deberían estar constituidas con una antigüedad muy superior al último cuarto del siglo XIX. Para nosotros es incuestionable que a partir de esas fechas no pueden constituirse Heredamientos auténticos. Podrán regularse Comunidades de regantes *oficiales*; podrán constituirse comunidades de las que hemos denominado *modernas*; pero verdaderas Heredades entendemos que no cabe constituirlas, por más que aparezcan algunas recientemente con esa denominación. Se puede estar seguro: de Heredad no tienen más que eso, el nombre.

Era lógica la postura del proyecto *canario*, máxime cuando llegó a opinarse por prestigiosos autores que el C. c. había venido a derogar la realidad anterior, convirtiendo a todas las Heredades en meras comunidades de las reguladas por el artículo 392 y siguientes. Parecía natural exigir, para gozar los beneficios de la personalidad solicitada para las Heredades, que existieran y lo pudiesen acreditar con anterioridad a la vigencia del C. c.

En las Cortes se ha suprimido del artículo 2.º la palabra "antiguas", que figuraba en el texto del proyecto del M. de J., lo que nos parece bien, pues queda suficientemente claro al hablar de las ya "establecidas".

G) *En el Archipiélago canario.* Es en esta región, tan española, donde se conservan estas instituciones, y donde se han planteado los problemas que la ley viene a resolver. Podría ésta, pues, haberse limitado a Canarias; pero dando muestras de un criterio integral y de orden nacional, atenta a las realidades españolas allí donde se encuentren, ha previsto su extensión a otros puntos del país. Así, se lee en su E. de m.: "Finalmente parece aconsejable la posibilidad de utilizar el cuadro establecido en la ley para dar entrada a situaciones similares y no infrecuentes en nuestra realidad jurídica y social, porque también en otros lugares de España puede haber agrupaciones de propietarios de aguas que carecen de agilidad *ad extra* por no tener personalidad reconocida y que se ven perturbadas *ad intra* por la necesidad de respetar el principio de unanimidad, la acción divisoria o el retracto de comuneros; y a aquéllas cabría ampliar la normación ahora establecida, una vez contrastada con la realidad. Y ordena en la *Disposición adicional primera*:

"Queda autorizado el Gobierno para extender la aplicación de la presente ley a figuras jurídicas de tipo similar que hayan de desenvolver su actividad en cualquier otra parte del territorio nacional, siempre que se trate de agrupaciones en materia de aguas.

Para ello se requerirá petición de parte interesada y decreto ministerial que fije las condiciones concretas de aplicación."

Con ello, y con las solas condiciones de requerirse ser "figuras jurídicas de tipo similar" y "siempre que se trate de agrupaciones de aguas" este régimen de la personalidad jurídica extenderá su ámbito a otras regiones españolas (recordemos a Murcia y quizás, Valencia), inercedoras, como Canarias, de un trato que no puede calificarse de privilegiado, sino de especial, con especialidad reclamada por la propia naturaleza de las cosas. De ley peculiar califica a la que se comenta el señor Vega Guerra, en la defensa del dictamen en Cortes. Como las condiciones exigidas son mínimas —decreto del Gobierno—, esto permitirá a esas otras provincias aprovechar —por medio de una especie de *comunión de regiones*— la gran labor desarrollada para lograr para Canarias esta solución (15).

(15) La Ponencia de la Comisión de Codificación en su E. de m. decía que había "temido incurrir en viciosa extralimitación si desarrollaba esa materia, por lo que se ha limitado a insinuar la posibilidad de ampliar la aplicación de la Ley a esos interesantes supuestos".

Mas al cotejar su texto articulado con el de la ley que estudiamos se observa que el de la C. de c. era bastante más amplio, ya que además de las instituciones *acuáticas*, comprendía "otras formas de propiedad sobre cosa común en que no proceda mantener los principios de unanimidad, acción divisoria y retracto".

Queremos creer que el motivo de la supresión reseñada estriba en el deseo de concretar la Ley a solamente la propiedad especial de las aguas, sin extenderla a otros supuestos análogos, cuyo desarrollo implicaría grandes complejidades y la desvirtuación de tendencias hasta ahora imperantes. Estamos pensando, entre esas formas especiales de propiedad, en la llamada horizontal o de casas por pisos,

2. *Reconocimiento de su personalidad.* — Así lo proclama en su comienzo el transscrito artículo 1.^o No es del caso entrar en el concepto de esta vestidura o ropaje con que se recubren diversas situaciones, que van desde la asociación genérica a la sociedad civil o mercantil, pasando por diversas formas de comunidad que lo requieren. Puede tomarse el construído por la numerosísima doctrina producida, aplicándolo a estas instituciones (16). Pero sí será necesario que en su estudio distingamos, con la ley, dos clases de agrupaciones: las constituidas y las por constituir, a que antes aludimos (V. 1), F).

A) *Agrupaciones constituidas o ya existentes.*—Dice el artículo 2.^o del Proyecto, en su inciso 2.^o:

“Las (agrupaciones) que ya vinieran establecidas y las que no adopten forma específica de organización se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número 2.^o, del Código civil.”

en la que se dan idénticos supuestos de hecho —propiedad común sobre diferentes elementos y privativa sobre cada piso— que en los Heredamientos y Comunidades de aguas de Canarias; y en la que el principio de unanimidad habría de exigirse para realizar actos de disposición sobre los elementos comunes en su totalidad; la acción divisoria sería la desaparición de la comunidad, que tiene que subsistir; y por último, el derecho de retracto en caso de enajenación del piso, reconocido por la *sentencia de 6 de abril de 1946*, no es de esencia a la institución, ya que sobre el piso —o el agua privativa— no hay comunidad alguna. Afortunadamente el Tribunal Supremo ha abandonado esta posición y en *sentencia de 7 de julio de 1955* declara que “no puede reconocerse a favor del dueño de cada piso el derecho de retracto que a los propietarios de una cosa común atribuye el artículo 1.522 del Código civil”, por no tener el carácter de comunero.

Posteriormente, ha confirmado esta nueva dirección del T. S. la *sentencia de 23 de abril de 1956* que entiende que el tanteo “no se basa en el condominio que no reconoce la ley, sino en una concesión nueva, por primera vez instaurada y con notas especiales”; “se concede en consideración al propietario de cada piso, jamás se dice al condómino o comunero”; y que el tanteo o retracto de la L. A. U. se subordina al de condeño, o sea, “aquel que se contiene en el artículo 1.522 del expresado Código, pero no al que por primera vez establece el artículo 396 reformado del C. c.”.

Pueden verse también sobre el mismo camino las recientes *sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 14 de marzo de 1956*; la primera de las cuales invoca la sentencia de 1955; y la segunda exige que “el condeño ha de serlo del mismo piso, como entidad independiente objeto de propiedad, bien lo sea de toda la finca”, no bastando que sea uno propietario de “otro piso de la misma”.

Esta es, a nuestro juicio, la postura correcta, por lo que aplaudimos la rectificación de nuestro más Alto Tribunal.

(16) DON FEDERICO DE CASTRO, se pregunta (*La Sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II, fascículo IV, octubre-diciembre de 1949, pág. 1400, nota 24): “¿En qué consiste la personalidad? ¿Qué se atribuye con la personalidad? ¿Qué significado técnico tiene la persona jurídica?”.

A lo que ALFONSO DE COSSIO (*Hacia un nuevo concepto de la personalidad jurídica*, en la misma Revista, tomo VII, fasc. III, julio-septiembre de 1954, página 654), contesta, utilizando la terminología de AFFOLTER, que habla de personalidad “hacia afuera”, que “cuando en derecho privado atribuimos la personalidad jurídica, lo único que hacemos es atribuirle la *titularidad formal* o *personalidad externa*”.

Por su parte, la E. de m. justifica este criterio diciendo que "no sería lícito limitarse simplemente a decir que las heredades gozan de personalidad jurídica, sino que parece necesario indicar en qué sector del amplio campo de la persona social deben quedar incluidas; porque nunca resultaría adecuado aumentar el número de las figuras jurídicas en este orden existentes, añadiendo sin fundamento bastante, y como un tipo nuevo y menudo, el relativo a las entidades canarias de raíces remotas".

Ya dijimos antes que se ha hecho bien en suprimir el término "antiguas", para evitar confusiones, y por bastar la locución "que ya viñieran establecidas" (vid. nota 14, in fine).

Pero sobre todo, y es cuestión que estimamos previa por su enorme importancia, entendemos aquí que no se incluyen dos grupos de entidades, o sea, *las ya establecidas*, de una parte; y *las que no adopten forma específica de organización*, de otra. A nuestro juicio, sólo hay un grupo o sector de entidades, a saber: *Las agrupaciones establecidas que no hayan adoptado forma específica de organización*. En buena sintaxis, pues, sobra el artículo "las" intercalado entre la conjunción copulativa "y" y el relativo "que"; por ello, debería sustituirse el tiempo "no adopten" por el de "no hayan adoptado", más expresivo del pasado que el otro. ¿Qué sentido tiene, pues esta salvedad? Para nosotros, solamente uno: que sabedor el legislador de la existencia de Heredamientos que han adoptado la forma de Comunidad de regantes, según hemos visto antes (V, 1, D), ha querido respetar para éstos *su forma específica de organización*. Igualmente se entenderían incluidos en la excepción los que se hubieran adaptado, v. g., a las normas de la sociedad civil, aunque no conocemos ningún caso. Para estas entidades, pues, no rigen las prescripciones de la asociación de interés particular, sino la suya propia. Encontramos confirmado este criterio en la E. de m. de la ley, al prevenir, "si no se han acogido a otro marco, como el de la Sociedad en lo privado o el Sindicato en lo público..." (17).

Aclarado esto, vemos cómo la figura elegida por la ley ha sido *la asociación de interés particular*, "cuyas posibilidades de normación autonómica brindan generoso cauce para recoger todas las peculiaridades típicas de cada entidad", según reza la exposición de motivos (18).

(17) Los Sindicatos nacionales tienen la consideración legal de Corporaciones de derecho privado, según la declaración XIII, punto 3 del Fuero del Trabajo, aprobado por el Decreto de 9 de marzo de 1938, y el artículo 9.^o de la Ley de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940; gozan de personalidad jurídica tan pronto figuren aprobados sus Estatutos por la Delegación Nacional de Sindicatos y aparezcan inscritos en el Registro que ella establezca (art. 5.^o, pfo. 2.^o Ley cit.). Vid el Decreto de 17 julio 1943.

(18). La Ponencia de la C. de c. entendió que "acaso era incluso propicia la ocasión ocasión para dar vida más rica a alguna figura jurídica abocetada en nuestro Código Civil y cuyo desarrollo permitiría provechosas soluciones que viene reclamando la realidad nacional".

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1913, en un pleito relativo al Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria) en el que defendió a sus herederos el ilustre Abogado y político conservador canario don

Esta figura viene prevista en el artículo 35, número 2.º, del Código civil, que dice:

“Son personas jurídicas:

... 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”

Haremos sobre esta institución unas ligeras consideraciones.

Afirma Castán (19) que “asociación se deriva del latín *ad-socio* (por asimilación, *associo*) compuesto de la partícula *ad*, hacia, y el verbo *socio*, *as*, *are* (que viene de *socius*, voz que procede, a su vez, probablemente, del verbo *sequor*, seguir, acompañar)”; y pueden definirse diciendo (20): “son asociaciones las personas jurídicas creadas por la voluntad individual —exteriorizada en un negocio jurídico que regula en un Estatuto su capacidad jurídica— y reconocidas por una ley general o por leyes especiales”.

En España, las asociaciones, en general, se regulan, fundamentalmente, por la *Ley de 30 junio 1887* y el *Decreto de 25 enero 1941*. Sin embargo, entendemos que esta regulación genérica no comprende en absoluto a las entidades canarias que venimos contemplando. Lo demuestra el propio artículo 2.º de la ley de Asociaciones de 1887 que exceptúa de las disposiciones de la misma “... 2.º Las sociedades que no siendo de las enumeradas en el artículo 1.º se propongan un objeto meramente civil... en cuyo caso se regirán por las disposiciones del Derecho civil...”.

Pero aun realizada esta exclusión, y refiriéndonos a las normas puramente civiles del Código, los problemas no se resuelven, al menos con facilidad, debido a la deficiente construcción que de las personas

Leopoldo Matos y Massieu, bajo la ponencia de don Julián González Tamayo, considera al mismo como *asociación de interés particular*, las que “si bien deben y pueden ser estimadas como personas jurídicas, ha de ser siempre con la condición de que la ley las otorgue y reconozca tal carácter, debiendo regirse por sus estatutos especiales o reglas de constitución, a las cuales han de acomodar el ejercicio de los derechos civiles; de donde se deduce que declarándose probado por el Tribunal *a quo...* que el llamado heredamiento de San Bartolomé de Tirajana carece de estatutos en legal forma que regulen su existencia, no puede reconocérsele personalidad propia e independiente de la de los individuos o personas naturales que lo integran a fin de promover las acciones ejercitadas en este juicio”; calificando la admisión de su personalidad como “una viciosa práctica contraria a los preceptos legales”.

LÓPEZ DE HARO—loc. cit.—sostuvo que “son unas asociaciones civiles de interés particular, o mejor, unas asociaciones particulares de propietarios de aguas, que en el orden civil forman sociedad”, fundamentando su opinión en los arts. 36 y 38 del C. c. El proyecto *canario* las definía, también, como *asociaciones civiles sui generis*, siguiendo la opinión de aquel ilustre autor, tan encariñado y conocedor de las cosas de Canarias, según puso de relieve en sus actuaciones profesionales y en sus diversas publicaciones.

(19) QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código Civil*, continuado por José Castán Tobeñas, tomo XXV, parte primera, 1.ª edición, Madrid, Reus, 1953, pág. 285.

(20) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.ª edición, tomo I, Madrid, Reus, 1949, pág. 505.

jurídicas tiene nuestro primer cuerpo legal. En efecto, ya hemos visto lo que dispone el número 2.^º del artículo 35. Para él, las asociaciones de interés particular pueden ser civiles, mercantiles o industriales. Descartadas estas dos últimas, que no hay duda pueden encuadrarse en la figura de la sociedad mercantil, regulada por el C. de c., nos quedan las primeras: las asociaciones *civiles* de interés particular, que no se identifican con la sociedad civil, regulada por el C. c. en el artículo 1.665 y siguientes. Es una figura distinta, siquiera se halle en el Código meramente "abocetada", como dice la Ponencia de la Comisión de Codificación. Trátase de lo que algún autor (21) ha denominado "*corporaciones de derecho privado*". No son sociedades mercantiles ni tan siquiera civiles. A su confusión con ellas contribuye grandemente el artículo 36 del C. c., que dispone:

"Las asociaciones de interés particular se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste."

Pero, evidentemente, existen asociaciones de interés particular que no se proponen obtener lucro (22). Lo que pasa es que el C. c. (1889), queriendo dar una norma que regulase la vida de esas asociaciones, no comprendidas en el C. de c. (1885) ni en la Ley de asociaciones (1887) —no olvidemos las respectivas fechas, que explican muchas cosas—, remite a las dictadas por él mismo para las sociedades civiles (art. 36). Así lo entiende también el propio Castán (23) al decir que "ello no obsta a que muchas asociaciones puedan ser consideradas como contratos similares o afines al de sociedad, y se rijan analógicamente por sus normas". Esto es todo cuanto cabe conceder a este tema.

B) *Agrupaciones por constituir o futuras*.—Dispone el párrafo primero del citado artículo 2.^º:

"Las agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho."

Como hemos dicho anteriormente, trátase exclusivamente de las entidades que surjan a la vida del Derecho de aquí en adelante. Habrán de adaptarse a *alguna de las figuras legales existentes* si quieren gozar de personalidad jurídica. De ellas habla también, según hemos visto, al artículo 1.^º, *in fine*.

¿Cuáles son estas figuras legales existentes en nuestro Derecho? La ley parece dejar la puerta abierta para que la voluntad de los particulares se configure a través de cualquier tipo, y, por tanto, desde la

(21) BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS, voz Asociación, *Nueva Encyclopédia jurídica*, tomo II, Seix, Barcelona, 1951, pág. 75.

(22) Ya vimos antes que en este sentido se produce el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de julio de 1913.

(23) CASTÁN, en *Scaevola* citado, pág. 495.

Comunidad de regantes *oficial* y la comunidad de bienes ordinaria del Código civil hasta la sociedad mercantil, en cualquiera de sus formas, pasando por la sociedad civil y por la misma asociación, que prescribe para las ya constituidas. Los interesados, pues, podrán acogerse a cualesquiera de dichas figuras. Pero, entonces, ¿gozarán de personalidad sin más? Hay que excluir desde el primer momento a la comunidad de bienes ordinaria del C. c., porque ella carece de personalidad en nuestro Derecho. En segundo lugar, y dado el carácter de aguas privadas de las entidades de Canarias, habrá que excluir asimismo a las Comunidades de regantes oficiales, que sólo regulan el aprovechamiento de las aguas públicas en régimen de comunidad. Pero aun limitado el campo a las figuras con personalidad dentro del Derecho privado, creemos que sólo nos queda la asociación de interés particular: es decir, la misma solución adoptada por la ley para las entidades existentes. No hay otra. Salvo que quieran constituirse en Comunidad ordinaria, como hasta ahora, en cuyo caso, al carecer de personalidad jurídica, quizás pueda encuadrarse esta figura en las llamadas asociaciones no reconocidas o sin capacidad (24). En su propia constitución —llamemos *irregular*—llevarán su perjuicio: la de carecer de una representación idónea, principalmente, teniendo que acudir al poder irrevocable, por lo menos, para colmar ese vacío.

Quizás por esto pueda censurarse a la ley su diferencia de expresión, siendo así que todos los caminos nos reconducen a la asociación civil de interés particular, o corporación de Derecho privado. El dejar a las partes la elección del *traje* que crean mejor convenirles tiene el grave inconveniente de permitir que se desvirtúe la esencia de estas instituciones canarias, que son, en síntesis, una forma especial de propiedad privada de aguas.

3. *Requisitos para poder gozar de la personalidad*.—Los previene el artículo 3.^º de la ley, distinguiendo otra vez las agrupaciones existentes y las futuras.

A) *Agrupaciones por constituir.*

“Las agrupaciones que a partir de ahora se formen necesitarán constituirse por escritura pública” (art. 3.^º, 1.^º).

Este requisito es, pues, *sine qua non* para poder gozar de personalidad jurídica (25). La forma aquí tiene carácter constitutivo, por imperativo legal. Una vez más, la ley da muestras de la confianza y garantía que le merece la intervención notarial en la regulación y vida de estas entidades.

(24) *Vid* sobre el tema, fundamentalmente, Domenico Rubino, *Las Asociaciones no reconocidas*, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, traducida por Manuel Gitrama y González, sin año.

(25) Así lo exigía expresamente el Proyecto de la Comisión de Codificación. La necesidad de escritura pública tiene su antecedente en el artículo 1.667 del C. c.: “La Sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública”.

B) *Agrupaciones ya constituidas.*

"Las (agrupaciones) que ya vinieran funcionando no necesitarán a tal efecto más que acreditar su existencia, para lo cual bastará que así se haga constar en acta de notoriedad o que hayan sido reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas" (art. 3.º, párr. 2.º).

En las Cortes, se ha suprimido el adjetivo *tradicional* referido a la existencia de estas entidades, que figuraba en el Proyecto de la C. de c. y del M. de J. Y ello merece elogios, pues comoquiera que no se recogió la propuesta de Canarias de limitar el reconocimiento a las entidades nacidas antes de la vigencia del C. c. (1889) y la ley no fija tope alguno, bastará con acreditar la constitución con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley, lo que, francamente, nos parece *muy poca tradición*.

Como vemos, estas agrupaciones ya constituidas no necesitan escritura pública. Basta con que puedan acreditar su existencia por cualquiera de los medios que el mismo artículo enumera. Estudiaremos ahora los medios establecidos.

a) *Acta de notoriedad.*—Naturalmente, ésta habrá de ser de las reguadas por los artículos 209 y 210 del vigente Reglamento notarial. En ellas habrá de acreditarse el hecho de la existencia tradicional o no de la Heredad, Heredamiento o Comunidad de que se trate, a ser posible, con indicación de la fecha exacta o aproximada de su nacimiento, por el dicho de dos o más testigos —que deberán, en el primer caso, ser al menos sexagenarios, conforme a la sentencia de 24 junio 1864—, documentos públicos o privados, y cualquier otro medio de prueba que permita adverar por notoriedad la certeza del hecho existencial.

b) *Actuaciones judiciales.*—En este supuesto basta el mero reconocimiento de la existencia de la entidad, en cualquier juicio (sea civil, criminal, contencioso-administrativo, laboral...), ante cualquier jurisdicción y fuero (común o especial, voluntaria o contenciosa...), en cualquier clase de procedimiento (declarativo, ejecutivo, cognición...) y por medio de cualesquiera resoluciones (providencias, autos o sentencias). Nos permitimos observar que todo ello nos parece demasiado amplio y quizá en algún caso resulte precario (26).

c) *Actuaciones gubernativas.*—Aquí el fondo es el mismo que el anterior, sólo que con menos garantías. Porque, ¿cuáles serán esas actuaciones gubernativas? Lo estrictamente gubernativo aparece ser una especie de lo administrativo, de suyo más amplio. Quizá se refiere exclusivamente a las resoluciones emanadas de los Gobernadores civiles de las provincias canarias, recaídas en los expedientes en que se solicita autorización para el alumbramiento de aguas, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de 25 mayo 1938. Puede que comprenda también la inscripción de asociaciones en el Registro que se lleva en los

(26) El proyecto canario exigía la demostración de la constancia de su existencia en "decisión judicial firme" (art. 2.º).

Gobiernos civiles, etc. De cualquier forma, algo sin demasiado *cuerpo*.

4. *Capacidad de estas agrupaciones*.—Dice el *artículo 7.º* de la ley:

“La personalidad jurídica de la Agrupación, que será distinta de las que tengan sus miembros o componentes, se extenderá a todos los actos que menciona el artículo treinta y ocho del Código civil” (27).

Por su parte, el *artículo 38.º, párrafo 1.º*, de este cuerpo legal dispone:

“Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.”

A su vez, el *artículo 37 del C. c.*, previene:

“La (capacidad civil) de las Asociaciones (se regulará) por sus Estatutos.”

Estos, pues, deberán establecer las líneas generales de capacidad de la agrupación, sin que sea preciso enumerar todas y cada una de las facultades que pueden ostentar, sino que bastará la mera enunciación de algunas de ellas, que en ningún caso se entenderán como limitativas.

La LEC, en su *artículo 2.º, párrafo tercero*, regula la comparecencia en juicio de las personas jurídicas, al decir:

Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen.”

VI. LOS ESTATUTOS, LEY FUNDAMENTAL

Dice la exposición de motivos de la ley que “ha parecido prudente señalar algunos principios básicos que impongan obligado acatamiento a postulados esenciales para una convivencia armónica y constituyan garantía para todos los intereses dignos de protección, tanto con respecto a los derechos de los particulares (28) como por lo que toca a la seguridad del tráfico en el orden negocial”.

En su consecuencia, dispone el *artículo 4.º*:

“En todo caso, deberán consignarse en instrumento público los estatutos por que se rija la agrupación, aun cuando vinieran aplicándose de antiguo o tuvieran carácter meramente consuetudinario. Los estatutos serán ley fundamental de la agrupación...”

(27) El proyecto canario, en su artículo 4.º, era más enunciativo, pues prevenía: “Los heredamientos de aguas pueden, para el cumplimiento de sus fines como tales personas jurídicas, adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales y oponer excepciones, en lo exterior; obtener las concesiones y permisos en orden al aumento y conservación de las tierras de regadio en la Administración...”

(28) *De los partícipes*, decía el proyecto de la Comisión de Codificación, con mejor tecnicismo.

1. *Clase de documento.*—Este artículo abarca todas las agrupaciones, sean de las existentes o de las futuras. En cuanto a éstas, no habrá problema; debiendo constituirse por escritura pública (art. 3.º), en ella se insertarán los estatutos, tal y como viene haciéndose hoy con las sociedades anónimas y limitadas, por ejemplo. En cuanto a las preexistentes, vendrán obligadas a redactar unos estatutos que regulen su actuación, aun cuando tengan otros antiguos o se rijan por la costumbre (29).

La ley dice "instrumento público". Sabemos que la técnica notarial y el C. c. distinguen perfectamente, de mayor a menor, los siguientes documentos: *documentos públicos* (que pueden ser notariales, judiciales o administrativos); *instrumentos públicos* (que son los notariales *exclusivamente*) y que a su vez pueden ser escrituras públicas, actas y testimonios, o sólo los dos primeros grupos, según la moderna dirección que entiende sólo cabe hablar de instrumentos en el caso de existir matriz u original; y *escrituras públicas* (que son los instrumentos públicos que tienen por objeto plasmar los negocios jurídicos que las partes convengan). ¿Tiene algún significado que aquí se hable de instrumentos públicos en lugar de escritura pública, como se hace v. g., en el artículo 3.º?

Para nosotros, sí; entendemos que la ley permite que los estatutos se consignen no sólo en escritura, sino también en acta notarial, ya que se trata de un mero hecho —objeto propio de las actas—, consistente en la incorporación de los estatutos a un instrumento público, permitiéndose que ello se realice mediante su protocolización y con los efectos de ésta.

2. *Circunstancias de los estatutos.*—Sigue diciendo la exposición de motivos de la ley que "de ahí prudentes cautelas en punto a la adaptación de esas entidades y a su forma de actuar, y también normas adecuadas para regular la adopción de acuerdos de modificaciones estatutarias o de actos de disposición sobre aquellos bienes que forman parte del patrimonio propio y privativo de la agrupación". Regulan esta materia los *artículos 4.º, in fine, y 6.º* de la ley.

A) *Necesidad de adaptación de las entidades.*—Consecuente con lo declarado en el inciso primero del artículo 4.º, antes transrito, dispone el *artículo 6.º*:

"Serán principios básicos de los estatutos, a los que habrán de adaptarse incluso los que hoy existen, los siguientes..."

Por tanto, todas las agrupaciones constituidas y por constituir habrán de adaptar sus estatutos a las prescripciones que siguen. Nótese

(29) El proyecto *canario* aspiraba en su artículo 3.º: "Los heredamientos de aguas continuarán rigiéndose por las reglas escritas o consuetudinarias por que actualmente se rigen; o por las ordenanzas que en lo sucesivo acuerden..."

No debe olvidarse el carácter de ley fundamental que el legislador concede a los Estatutos, de acuerdo con la citada sentencia de 5 julio 1913, que negó la personalidad jurídica del heredamiento de San Bartolomé de Tirajana por carecer "de estatutos en legal forma que regulen su existencia".

el empleo del término *adaptar*, tan aplicado últimamente por las leyes sobre sociedades anónimas y limitadas (30). Preciso será que las disposiciones que desarrollen o complementen la ley desenvuelvan el procedimiento de adaptación de las entidades canarias, con señalamiento de plazo, exenciones tributarias, etc. Previene la Disposición adicional 2.^a: "Se autoriza también al Gobierno para dictar las disposiciones que se requieran para el desarrollo y aplicación de esta ley".

B) *Circunstancias necesarias*.—Veamos cómo regula la ley esta materia (31).

a) "*Expresión del nombre, domicilio y objeto de la agrupación de que se trate*" (art. 6.^o, núm. 1.^o). Sobre el nombre no habrá cuestión. En cuanto al domicilio, deberá tenerse en cuenta lo que previenen los artículos 41 del C. c. y 66 de la LEC (32). El objeto, en cambio, habrá de redactarse con cierto cuidado, evitando que por una formulación demasiado concreta se le niegue capacidad para realizar determinados actos, necesarios o al menos convenientes para la entidad —ver supra V, 4—.

b) "*Derecho de todos los miembros a intervenir en la vida de la agrupación*" (art. 6.^o, núm. 2.^o). Este derecho, que pudiéramos llamar político, viene a concretarse en la práctica al ejercicio del derecho de voto en las Juntas generales, al de censurar las cuentas, al de poder ser nombrado miembro de la Junta directiva, etc. No presenta proble-

(30) La Ley de 17 julio 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades anónimas, reguló esta materia en sus *disposiciones transitorias* 20.^a (exención de impuestos y contribuciones) y 21.^a (plazo de dos años para adaptación). Desarrolló esta última el Decreto de 29 febrero 1952, que dictó normas para la registración de dichas adaptaciones. El Decreto-Ley de 19 diciembre 1953 amplió el plazo de la disposición transitoria 20.^a hasta el 31 julio 1954.

Por su parte la Ley de 17 de julio 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, siguiendo el ejemplo de su *hermana mayor*, declara la exención en su disposición transitoria 2.^a; la 3.^a fija el plazo de un año para realizar la adaptación; mientras que la 4.^a declara aplicable el Decreto 29 febrero 1952 a las limitadas, con determinadas excepciones.

(31) Proponía el Colegio Notarial de Las Palmas, en su informe de 1953, que en los estatutos "se regulen los derechos u obligaciones de los herederos con respecto a la heredad (relaciones internas), así como los órganos que han de ostentar la personalidad de la misma (relaciones externas)"; añadiendo: "Que tenga una constitución corporativa—con estatutos o reglamentos en los que se determinen y desarrolle el régimen jurídico de tal agrupación con los derechos y obligaciones de los miembros directivos y los órganos de gestión y representación."

(32) C. c., artículo 41:

"Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de la fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halla establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto."

L. E. C., artículo 66:

"El domicilio de las compañías civiles y mercantiles será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad o en los estatutos por que se ríjan..."

ma alguno específico. Quizá hubiera sido conveniente recoger en este punto la exigencia de que el voto debe estar en relación con la participación privativa en el caudal de agua, es decir, que sea proporcional al interés en la Comunidad, llegando al ideal, que consiste en que cada participación suponga un voto (33).

c) *"Organización de una Junta rectora encargada de la administración de la agrupación, que llevará la representación de su personalidad jurídica y siendo personal el voto de sus miembros"* (art. 6.º, número 3.º). En Canarias se conoce a este órgano más frecuentemente con el nombre de Junta directiva. En este aspecto es donde está el nervio del Proyecto: conseguir personalidad jurídica para que baste la actuación de una Junta u órgano reducido a obtener que la entidad esté suficientemente representada. La práctica ha planteado enormes dificultades que sólo podían sortearse mediante el conferimiento de poderes irrevocables, unas veces al presidente y otras a la mayoría de los comuneros o partícipes, y, por tanto, a quienes estos designaren (como Junta directiva (34).

Además de la representación, la Junta rectora estará encargada de la administración, en uso de cuyas atribuciones podrá realizar actos de tal carácter, sin que tengan que someterlos a la aprobación de la Junta general, ni con mayoría cualificada ni simple, pues es atributo legal de la directiva. En estos actos de administración entendemos que van comprendidos no sólo los de conservación, explotación y mejoramiento, sino también aquellos actos de disposición normales para una buena administración del patrimonio de la entidad, tales como la venta de los frutos que produzcan las fincas que pertenezcan a la misma.

Por último, se ha recogido por las Cortes lo prevenido ya en algún anteproyecto anterior, en el sentido de que el voto que se emitiera en la Junta de Gobierno fuera personal; esta enmienda es muy de elogiar.

d) *Asamblea general*.—Prescribe su necesidad el *primer inciso del número 4.º del artículo 6.º*. Es éste el órgano más importante de los Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias, en el que reside la soberanía de la Agrupación.

El problema lo planteaban la posibilidad de acordar la realización de *negocios obligacionales* y, sobre todo, la de actos de disposición. En cuanto a los primeros, entendemos que los podrá acordar la Junta

(33) En la heredad de aguas de Arucas y Firgas, desde aproximadamente mediados del siglo pasado, sólo tienen voto en las juntas generales los herederos que tengan una cuarta o más de azada de agua, pudiendo agruparse los que no lleguen a esa cuota bajo una sola representación.

Al defender el dictamen, el señor Vega Guerra justifica la no exigencia en que del texto de la ley se desprende ello claramente y no necesitaba una puntuación mayor.

(34) El artículo 3.º del proyecto *canario* proponía: "Estarán representadas tanto en juicio como fuera de él, por el presidente o cargo análogo reglamentariamente determinado por cada una."

General por el módulo de la mayoría simple, o sea, la mitad más uno de los asistentes a la Asamblea, ya que en la ley no hay limitación alguna a este respecto. En cambio, sí que la hay, y bien fuerte por cierto, para la realización de actos de disposición, entre los que se incluye la modificación de los Estatutos.

Dispone el *artículo 4º, inciso final*:

(Los Estatutos) no podrán modificarse sino en Asamblea general y por mayoría cualificada, votando en favor dos terceras partes de las cuotas o intereses agrupados.”

Por su parte, el *número 4º del artículo 6º* exige el:

“...acuerdo por mayoría de dos terceras partes de las cuotas para todos los actos de disposición relativos a los bienes que son patrimonio de la Agrupación.”

Vemos, pues, que tanto para la modificación de Estatutos como para realizar actos de disposición de los bienes del Heredamiento o Comunidad, se precisa acuerdo, en Junta General, de cuotas que representen dos tercios del total, no de asistentes a la Junta, sino de toda la Agrupación de que se trate.

Serán bienes de la entidad aquellos que haya adquirido, el agua que se reserve para secuestro, etc. Pero en cuanto a la gruesa de las aguas, entendemos que ésta pertenece no a la Heredad o Comunidad, aunque sea persona jurídica, sino a los herederos o partícipes, por cuotas partes indivisas, proporcionales a su porción privativa de agua. La Heredad o Comunidad no puede, a través de su Asamblea general, disponer de ni una sola gota de agua de la gruesa, ni aunque reúna el *quorum* de 2/3 expresado. Para disponer de ella —el *día macho de agua*, como se dice en algún Heredamiento— se precisa en todo caso acuerdo unánime de los dueños, que hará precisa su actuación conjunta y directa o a través de la representación voluntaria, de un poder. En resumen, la gruesa de las aguas está sustraída a la potestad de la Junta general, salvo la unanimidad.

Ha estado acertada la ley al exigir el *quorum* de 2/3. Es grande el avance que se ha dado al pasar de la unanimidad en todo evento a una mayoría, si bien ésta sea exigente. Y comprendemos perfectamente la cautela con que han querido obrar la Comisión de Codificación y el M. de J., evitando transiciones bruscas y tratando de impedir la comisión de abusos al exigir en sus respectivos proyectos el *quorum* de 4/5 partes de las cuotas o intereses agrupados. Se acepta el clásico *quorum* de 2/3, propio de las sociedades anónimas y limitadas, tanto en primera como en segunda convocatoria (35).

(35) El proyecto redactado por la Comisión de Codificación fué mucho más benigno, pues sólo exigió para los actos de disposición “la mayoría absoluta de cuotas”, es decir, la mitad más uno de las mismas. Aparentemente, y ello es de elogiar, el Ministerio quiso unificar los *quorum*, exigiendo para estos actos

e) "Rendición anual de cuentas, cuya aprobación corresponderá a la Asamblea general" (art. 6.^o, núm. 5.^o). La mayoría se formará, como hemos dicho, por la mitad más uno de los asistentes, ya que no hay precepto especial. En la primera redacción se hablaba por error de "cuotas" y ha quedado subsanado en el *B. O. del E.* de 18 de enero de 1957, núm. 18.

f) "Reglas para los casos en que la agrupación haya de extinguirse y liquidarse" (art. 6.^o, núm. 6.^o). Al igual que para los actos de disposición de la gruesa, para acordar válidamente la extinción de la entidad entendemos debe exigirse el criterio de unanimidad. La desaparición de la agrupación no deja de afectar a todos, y con todos debe contarse, sin que quepa extender a esta materia el *quorum* de 2/3 que para los actos de disposición ya hemos analizado (36). En cuanto a la liquidación, podrán aplicarse *mutatis mutandis* las reglas de las sociedades.

C) *Menciones voluntarias*.—Aunque no exigidos expresamente en el artículo 6.^o, los Estatutos podrán referirse a otros extremos mencionados en la ley.

a) *Reglas para el mejor aprovechamiento de caudal*.—Dipone el párrafo segundo del artículo 7.^o:

"Cada miembro, por lo demás, dispondrá libremente de sus aguas, aunque sujetándose a las reglas que, por órgano estatutario competente se adopten para mejor aprovechamiento del caudal."

El órgano puede ser tanto la Junta general como la rectora. Y las reglas sólo habrán de referirse al mejor aprovechamiento del caudal, v. g., fijando horas de entrada, días, etc., en el caso de que no estén ya aduladas definitivamente las aguas. A lo que nunca podrán afectar dichas reglas es al dominio privativo de la cuota o porción de agua de cada heredero o participe; sólo al mejor disfrute, uso o aprovechamiento de las aguas.

el mismo que para la modificación de estatutos, que ya, en el proyecto de la Comisión de Codificación, venía fijado en 4/5. En las Cortes se unificaron, pero a base de dos tercios.

El B. G. B. exige el acuerdo de la mayoría de las tres cuartas partes de los miembros *presentes*, para disolver la asociación (parágrafo 41), y para modificar los estatutos (parágrafo 33). El C. c. italiano, en cambio, exige el voto favorable de 3/4 partes *de los asociados* (art. 21).

(36) Dispone el artículo 39 del C. c., en cuanto a la extinción de asociaciones: "Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, por haber realizado el fin para el cual se constituyeron o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasesen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiese establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas."

b) *Secuestro*.—Una vez más la ley da muestras de su criterio amplio, al recoger esta curiosísima institución de las aguas en Canarias (37). En la exposición de motivos declara: "Mención especial merece el llamado *Secuestro*, merced al cual el Heredamiento dispone transitoriamente de las aguas pertenecientes a los herederos, para lo cual rompe la dula y las subasta, casi siempre entre los mismos miembros de la agrupación, obteniendo fondos con qué hacer frente a atenciones colectivas, cuyo pago resultaría imposible, o por lo menos difícil, con la fórmula de dividendo pasivo o prorratoe." "Ahora bien, la medida es de cierta gravedad y por ello se ha procurado rodear de garantías el acuerdo que haya de dárles vida." En su consecuencia, el *artículo 8.º* exige el conocido *quorum* de los 2/3, al disponer:

"Para atender a los gastos que se originen, y a falta de otros recursos, cabrá realizar derramas en proporción a las respectivas cuotas o participaciones, pudiendo también decretar para aquella finalidad el secuestro de aguas en lo puramente indispensable para la misma, si bien para acordarse habrá de proceder como en los actos de disposición."

Dispone el precepto, con finalidad de atender gastos, y en función sólo supletoria —"a falta de otros recursos"—, de dos clases de arbi-

(37) En la heredad de la Vega Mayor de Telde se arrendaba el agua anualmente, mientras que en la de Arucas y Firgas era vendida en subasta anual o diaria, habiéndose suprimido últimamente el trámite de la subasta y sustituido por derramas o dividendos pasivos, que se cobran al entregar el agua del secuestro.

Nosotros entendemos que se trata de una reserva de agua en propiedad, que implica una cesión onerosa y perpetua de todos y cada uno de los herederos a favor de la heredad, en su parte alícuota correspondiente.

El anteproyecto sindical citado, en su artículo 29, apartado a), propone para atender a los gastos de los fines comunes, entre otros, "la constitución de un secuestro que consistirá en una prolongación de la dula por uno o varios días, de manera que se obtenga una cantidad de agua en cada turno, que cedida en arrendamiento o en venta por unidad de tiempo, proporcione los necesarios ingresos".

Por su parte, el proyecto *canario* elevado, en su artículo 4.º, reconocía capacidad al heredamiento para "imponer derramas, secuestros, exenciones temporales de aguas nuevamente obtenidas y acudir a la quiebra o interrupciones de la dula —sin más limitaciones que las que impongan sus ordenanzas—en el interior..."

Recientemente se ha ocupado del secuestro la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, número 35, de fecha 11 julio 1956, en autos promovidos por la heredad de aguas de Arucas y Firgas, de la que ha sido ponente el magistrado don Luis Valle Abad, sobre aprovechamiento de aguas y otros extremos, en apelación de sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, de 5 julio 1954.

Para ella, "el heredamiento es titular pleno y exclusivo de porciones de aquella agua, cuota materialmente divisible y negociable que enajena, mediante precio o sin él o a los herederos, repartiéndola, o a extraños, importando poco que la contraprestación realizada por el heredero cuando a él se le transmite esta agua, siempre que tal contraprestación exista, se le llame precio, canon o dividendo pasivo, porque de cualquier modo será siempre idéntica la finalidad, procurar medios para la construcción, conservación y reparación de los elementos materiales que permitan al heredamiento, recoger, conservar, conducir y entregar el agua en la proporción y tiempo debidos a cada uno de los herederos".

trios: la derrama proporcional que podrá acordarse en Junta general con la mayoría simple de la mitad más uno de asistentes; y el secuestro. Éste último, como acto de disposición que es, requiere el *quorum* favorable de los 2/3 del total de herederos o partícipes. Con respecto al *quorum* hemos de decir lo mismo que anteriormente para los actos de disposición en general.

Ambas posibilidades deberán venir previstas y reguladas en los Estatutos, con fijación de plazo, que ha de ser breve por imperio de la naturaleza de las cosas, o dejando su señalamiento a la Junta que lo acuerde, que habrá de ser la general (38).

VII. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE ESTAS INSTITUCIONES

1. *Actos de disposición de las cuotas.*—Consecuente con el carácter de dominio individual que cada heredero o partícipe ostenta sobre su cuota o participación, dispone el *artículo 7.º*, párrafo segundo:

“Cada miembro, por lo demás, dispondrá libremente de sus aguas...”

Lo que aclara la exposición de motivos al decir que “los respectivos propietarios conservan el dominio de su cuota individual”. Luego volveremos sobre este punto del dominio privativo de la cuota, al tratar de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Claro es que la disposición de su cuota o porción de agua lleva consigo la del derecho de copropiedad sobre los elementos comunes de la explotación, que es anejo inseparable de aquélla.

2. *Improcedencia de la acción divisoria.*—De acuerdo con la verdadera naturaleza de los Heredamientos y Comunidades de aguas de Canarias, que son uno de los casos más típicos de indivisión perpetua en nuestro Derecho, proclama el *artículo 7.º*, en su párrafo tercero:

“No procederán nunca la acción divisoria...”

Así queda, de una vez y para siempre, resuelto uno de los problemas más importantes, quizás el más, que planteaban al jurista estas ins-

(38) La anotada sentencia exige la unanimidad para que un heredamiento pueda acordar válidamente el secuestro de determinadas aguas. Así puede leerse en sus considerandos 19.º y 20.º y apartado 3.º b) de su parte dispositiva. Sin embargo, ésto es sólo para las aguas del adulamiento, pues por lo que hace a los caudales nuevamente alumbrados, proclama se hallan en régimen de comunidad y se gobiernan por mayoría, conforme al artículo 398 del C. c.

En este caso, se había acordado unánimemente por la Junta general del heredamiento, en 28 septiembre 1919: *la interrupción del turno o dula dos veces por semana, jueves y domingos, siempre que el agua exceda en las canteras y cajas de reparto de la altura de diez centímetros, para vertirlas en las presas del mismo.*

Es de resaltar que las Cortes sustituyeron la locución “por tiempo breve” que figuraba en el proyecto del M. de J. por la actual de “lo puramente indispensable”, con lo que se concreta algo más la disposición.

tituciones canarias, frente a la postura inflexible del artículo 400 del C. c. El legislador ha acogido la tesis defendida por Casado Pallares para la propiedad horizontal y especialmente por Pelayo Hore, que recaba para estas instituciones la aplicación del artículo 401 del propio Código, reservando el 404 para las comunidades ordinarias; tesis que con el nombre de comunidad *social* defendió hace tiempo este ilustre notario y miembro actual de la Comisión de Codificación (vid. nota 2). Nunca llegó a plantearse, que sepa uno, una acción *communi dividundo* con referencia a las Comunidades o Heredamientos de Canarias; pero de esta manera ha terminado esta amenaza que sobre ellas pesaba de continuo (39).

3. *Improcedencia de la acción de retracto.*—Previene el *último inciso del citado artículo 7.º*:

“No procederán nunca... ni el retracto de comuneros.”

Esto es natural. Sobre la cuota o participación privativa del heredero o partícipe no hay comunidad alguna. Mal podrían prosperar acciones de retracto cuando sólo hay comunidad sobre la gruesa de las aguas y los demás elementos accesorios de la explotación. Cuando el heredero o partícipe transmite, lo hace sólo de su porción privativa, sin perjuicio del condominio que le corresponda sobre los elementos aludidos. Aunque más clara que la anterior, esta cuestión ha preocupado mucho, por lo que es de alabar también en este punto la ley (40).

El conflicto con el retracto de la ley de arrendamientos rústicos puede dar también lugar a serias complicaciones. Quizá hubiera sido conveniente incluir en estas excepciones que se resuelven la de la improcedencia del retracto arrendatario rústico (41).

VIII. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Es este otro de los puntos vidriosos de la regulación de las aguas en Canarias (42). Dispone el *artículo 5.º* de la ley lo siguiente:

(39) Es de recordar en este punto que la *sentencia de 9 julio 1951*, confirmada por la de *4 diciembre 1953*, que no concede el derecho de división cuando la finca sea “prácticamente indivisible”.

(40) Supuesto diferente es el contemplado por la *sentencia de 21 diciembre 1946*, en la que se accede al retracto porque se habían transmitido “tres quintas partes indivisas” en seis días de agua, de veinticuatro horas de reloj cada uno. En este caso, la titularidad privativa estaba compartida en porciones indivisas, y, naturalmente, los restantes condóminos—los titulares de las otras dos quintas partes—podían retraer al amparo del artículo 1.522 del C. c.

(41) Puede verse una alusión a la legislación arrendataria rústica en relación con las heredades de aguas de Canarias en NICOLÁS DÍAZ SAAVEDRA Y NAVARRO, *La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil*, “Revista del Foro Canario” núm. 11, 1955, pág. 39.

(42) El proyecto de la Comisión de Codificación comenzaba tratando este punto diciendo: “Las agrupaciones de que se trata no ostentarán personalidad sino desde que se inscriban en el Registro de la Propiedad... La función cali-

“En la inscripción extensa que en su caso se practique en el Registro de la Propiedad, se hará constar el volumen del caudal de aguas y las circunstancias de los demás elementos inmobiliarios, indivisibles y de uso común accesorios de éste, consignándose el número de participaciones o fracciones en que se divide dicho caudal, los datos necesarios para identificar la entidad, los principios básicos de su organización y régimen, así como aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere, todo ello sin perjuicio de que cada dueño pueda inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que en aquellos bienes le pertenezcan.

Por regla general, se considerará patrimonio de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como: terrenos en que nazcan las aguas, fuentes y manantiales mientras no se alumbran y dividan, galerías, pozos, maquinaria, estanques, canales de distribución, arquillas divisorias y cualesquiera otros bienes destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los partícipes.

La inscripción se efectuará en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar en que nazcan o se alumbran las aguas, o la parte principal de éstas.

No será necesario que se practique inscripción en ningún Registro gubernativo de Asociaciones” (43).

ficadora incumbirá al Registrador...” Y en su E. de m. decía: “De ahí prudentes cautelas en punto al registro de esas entidades.”

Es decir, la inscripción tenía el carácter de constitutiva, al igual, v. g., que para las sociedades en el Registro mercantil. Era extraña esta imposición. En primer lugar, no hay por qué entender necesaria o forzosa la inscripción de estas entidades para que tengan personalidad jurídica. Las mismas sociedades civiles, cuando no revisten forma mercantil, no necesitan inscribirse en Registro alguno, y tienen a todos los efectos existencia legal como personas jurídicas. Pero, sobre todo entraña confusión entre dos clases de Registros, totalmente diferentes. En el Registro de la Propiedad se inscriben fincas o derechos reales. Pero ¿cómo inscribir personas, sean físicas o jurídicas? Esto es más propio de un Registro como el mercantil, que lo es de personas y hechos a ellas referentes, no de cosas como el inmobiliario (sobre este punto, ver por todos a JOAQUÍN GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. III, Madrid, “Revista de Derecho Mercantil”, 1949, pág. 1498). También es esto más propio del Registro de Asociaciones de los Gobiernos Civiles.

Por ello nos parece muy bien la redacción que propuso el proyecto del Ministerio de Justicia.

(43) El texto del artículo 5.º del proyecto del M. de J. decía así:

“En la inscripción que en su caso se practique en el Registro de la Propiedad se hará constar el caudal y los demás elementos patrimoniales inmobiliarios comunes si los hubiera, consignando los datos necesarios para la identificación de la entidad, principios básicos de su organización y régimen, así como aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere, todo ello sin perjuicio de que cada dueño pueda inscribir como finca independiente las aguas u cuotas que le pertenezcan.

Veamos ahora de sistematizar estas disposiciones.

1. *Naturaleza de la inscripción*.—Claramente establece su voluntariedad el precepto al advertir "en su caso". No es necesaria la inscripción para alcanzar la personalidad jurídica de la agrupación. Los bienes, tanto comunes como privativos, no es imprescindible que se inscriban. Es de alabar esta flexibilidad de la ley, tanto porque respeta mejor la verdadera naturaleza del Registro de la Propiedad, donde ya hemos dicho que se inscriben cosas y no personas, cuanto por lo que luego hemos de decir al tratar del epígrafe siguiente.

Dice la ley que la inscripción será "*extensa*". Con ello parece dar a entender que se trata de la inscripción de la totalidad de las aguas, extremo del que hablaremos a continuación. Si no es así, no entendemos qué otra cosa se habrá querido decir, ya que lo opuesto a *extensa* es *concisa*, y estas otras inscripciones no caben en esta materia (vid. ley, artículos 245 y 247). Extensa será, pues, equivalente a inscripción normal, ordinaria, común o corriente (44). En cambio, sí que podría hablarse aquí de inscripción *especial*, por la naturaleza de la finca que ha de inscribirse, su descripción, etc.

2. *Objeto de la inscripción*.—En el Registro de la Propiedad, y descartada por lo dicho la inscripción de la agrupación como tal, pueden inscribirse los bienes de la misma (45). Pero será preciso distinguir los bienes comunes (gruesa y elementos accesorios) y los privativos de cada heredero o partípice.

A) *Elementos comunes de la entidad*.—a) Inscripción a la gruesa de las aguas. *El día macho de agua*, como la denominan en el Heredamiento de Icod, no consta inscrito en casi ningún Heredamiento o Comunidad. Ello sería costosísimo —de *obra de romanos* lo calificaba

Dicha inscripción se efectuará en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde se encuentran las aguas o la parte principal de ellas pertenecientes a las Agrupaciones a que se refiere la presente ley.

No será necesario que se practique inscripción en ningún Registro gubernativo de Asociaciones.

En las Cortes se han introducido diversas enmiendas al artículo 5.º, que ha quedado redactado como se lee en el texto.

(44) Vid. sobre el tema RAMÓN M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, tomo II, Barcelona, Bosch, 1946, pág. 299 y ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, Reus 1953, pág. 490.

(45) Dispone el n.º 6.º del artículo 2.º de la L. H.:

"En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: ...Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos."

Y el artículo 4.º del H. corrobora:

"Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y, por tanto, los del Estado, la Provincia, el Municipio y Entidades civiles o eclesiásticas."

López de Haro (46)—, aunque es evidente la conveniencia de que, de algún modo, se lograra su acceso al Registro. La ley alude a ella al hablar del "volumen del caudal de aguas". Y siendo el agua un bien inmueble —art. 334, núm. 8.—, del C. c.—, susceptible de dominio privado, es indudable que puede inscribirse, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 del Reglamento hipotecario (47).

b) Inscripción de los demás elementos comunes. Trátase aquí de las acequias, tomaderos, acueductos, tuberías y demás accesorios de la explotación. Aludidos, según hemos visto, en el *párrafo segundo del artículo 5.*º de la ley: "Por regla general, se considerará patrimonio de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como: terrenos en que nazcan las aguas, fuentes y manantiales mientras no se alumbrén y dividan, galerías, pozos, maquinaria, estanques, canales de distribución, arquillas divisorias y cualesquiera otros bienes destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los partícipes." También se trata de las fincas rústicas, urbanas y derechos de subsuelo que la entidad haya adquirido o adquiera en lo sucesivo. El primer grupo no suele tampoco inscribirse; los segundos ya es más corriente que lo estén.

La ley, en el *párrafo 1.º del artículo 5.º* exige la constancia de "las circunstancias de los demás elementos inmobiliarios, indivisibles y de

(46) Loc. cit.

(47) Dice así este precepto, en sus tres primeros párrafos:

"Las aguas de dominio privado que, conforme a lo dispuesto en el número 8 del artículo 334 del Código civil tengan la consideración de bienes inmuebles, podrán constituir una finca independiente o inscribirse con separación de aquellas que ocuparan o en que nacieran. En la inscripción se observarán las reglas generales, expresándose técnicamente la naturaleza de las aguas y su destino, si fuere conocido; la figura regular o irregular del perímetro de las mismas, en su caso; la situación por los cuatro puntos cardinales, cuando resultare posible o, en otro supuesto, con relación a la finca o fincas que las rodeen o al terreno en que nazcan y cuantas circunstancias contribuyan a individualizar las aguas en cada caso.

Sin perjuicio de lo preceptuado en el párrafo anterior, podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma.

El derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque puede hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto a tercero, mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de las fincas que las contengan."

Conforme a él, las aguas pueden figurar en el Registro de tres formas distintas: como finca independiente; como elemento integrante de las fincas que las contienen o en donde nacen (*qualitates praediorum*) y como derecho del dueño de una finca a las aguas situadas fuera de ella (servidumbre predial), lo que se halla ratificado por el núm. 1.º del artículo 108 de la L. H.

Lo más destacado de la actual regulación es el acta de presencia, que mediante el aforo del agua alumbrada y subsiguiente adulamiento, permite la inscripción de la gruesa en el Registro, al amparo del párrafo cuarto de dicho artículo, que luego hemos de estudiar.

uso común accesorios" del caudal, "consignándose el número de participaciones o fracciones en que se divide" el mismo.

Deberá tratarse, pues, de elementos *inmobiliarios, accesorios* de la explotación, que sean *indivisibles* y de *uso común*. Sólo se requiere, como es natural, para su inscripción en el Registro de la Propiedad que se trate de bienes inmuebles por naturaleza o por incorporación.

El número de participaciones o fracciones deberá constar en la inscripción de la gruesa; y ello será factible con la mera inscripción del adulamiento.

B) *La porción de agua, cuota o participación de cada interesado.*— Esta ya es más frecuente que se inscriba. Tanto en forma de agua *adulada* o repartida —tantos días, horas, minutos o segundos— como en forma de mera participación en el todo. La ley autoriza que "cada dueño puede inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que en aquellos bienes le pertenezcan". Consecuencia de lo ordenado, según vimos, en el *artículo 7.º*, acerca de que cada miembro puede disponer libremente de sus aguas.

En las Cortes se han introducido en este párrafo dos novedades: una, el pronombre posesivo *suya*, que quiere recalcar la pertenencia del agua al inscribiente, lo que francamente nos parece ocioso, ya que al hablar de "dueño" claro es que el agua ha de ser "de él"; y otra, de mayor entidad, consistente en sustituir la conjunción disyuntiva "o" por la copulativa "y", al referirse a las cuotas, añadiendo que tales recaigan sobre "aquellos bienes" —o sea, los comunes—, con lo cual varía totalmente el sentido del precepto.

En efecto, antes, en la redacción del proyecto, el dueño podía inscribir *el agua ya adulada*, que le perteneciera, o en su defecto, *la porción indivisa*, cuota o participación que sobre el caudal global o gruesa le correspondiera, con su anejo condominio sobre los elementos comunes. En cambio, ahora, con la redacción de la ley, parece que el dueño sólo podrá inscribir *su agua*, y, como accesorio de ella, la cuota o porción que sobre los elementos comunes —inmobiliarios, indivisibles y de uso común accesorios— le pertenezcan.

Con esta interpretación se limitaría el acceso al Registro, permitiéndolo solamente a favor del dueño cuando el agua se halle repartida o adulada, y no antes, o sea, en forma de cuota indivisa sobre la gruesa, con lo que se mermaría una posibilidad de inscripción que ningún obstáculo presenta y que restaría base al crédito territorial que sobre el agua puede asentarse. Por ello, entendemos que pese a esos cambios habidos en la redacción del precepto, puede interpretarse en el mismo sentido que antes, o sea, que es posible la inscripción del agua adulada o de la cuota indivisa sobre la gruesa, sin perjuicio del condominio sobre los elementos comunes de la explotación.

Ambos grupos de bienes ponen de relieve que la forma idónea para dejar debidamente inscritos unos y otros es la que resulta de aplicar *mutatis mutandis* las normas registrales de la propiedad horizontal o de casas por pisos; inscripción de la gruesa o caudal total, con los elementos comunes inmobiliarios, y otras inscripciones separadas de

las fincas pertenecientes a los distintos herederos o partícipes, tanto en forma de agua repartida como en forma de fracción indivisa sobre la gruesa, que pueden ser registradas aunque no lo sea el caudal global, haciendo constar en dichas inscripciones el condominio que les corresponde sobre los elementos comunes de la explotación (48).

3. *Registro competente*.—A) *El Registro de la Propiedad*.—Es aquí donde deben inscribirse dichos bienes (49). Con ello quedan fuera los Registros meramente administrativos, como los de la Jefatura de Obras Públicas, ya que así lo imponen el carácter de instituciones meramente de derecho privado que tienen los Heredamientos y Comunidades de aguas de Canarias, y la condición privada de las aguas y restantes bienes que constituyen su objeto; y expresamente quedan excluidos los Registros de Asociaciones en los Gobiernos civiles, al disponer el *último párrafo del artículo 5.º*:

“No será necesario que se practique inscripción en ningún Registro gubernativo de Asociaciones” (50).

Es de elogiar esta medida de la ley. Hoy, que la técnica suele colocarse en lugar tan preferente, nada más lógico que atribuir estas funciones estrictamente jurídicas a profesionales del Derecho. Hace falta algo más que sentido común —concedido por Dios en mayor o menor medida a los humanos, sin distinción de clases— para entender y resolver en estas cuestiones: una preparación técnica adecuada, labrada desde su comienzo con la importantísima función universitaria. Es cierto que, v. g., el *Alcubilla* puede ser manejado y entendido por cualquier persona con “cultura general”; pero no lo es menos que el buen planteamiento y resolución de problemas de derecho requiere competentes profesionales que a su pericia unan una preparación jurídica sólida (51).

(48) Pueden verse en este sentido las opiniones favorables a la aplicación expresada en Morell, López de Haro, Roca Sastre y las Resoluciones de 11 abril 1864 y 24 de marzo de 1922, ésta última en su Considerando sexto. También han compartido esta tesis Mazprra, González de Aledo y Hernández Ramos. Todos ellos pueden verse en nuestros trabajos *Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VII, Madrid, Reus, 1953, págs. 552 y sigs.; y *Algunos aspectos de los Heredamientos y Comunidades de Aguas*, Revista del Foro Canario, núm. 2, Las Palmas de Gran Canaria, 1952, pág. 29 y sigs. en los que hemos defendido esta tesis.

(49) Ya decía el Proyecto de la Comisión de Codificación, que “la función calificadora incumbirá al Registrador”.

(50) El *anteproyecto sindical*, en su artículo 25, exige que los estatutos “estén inscritos en el Registro que al efecto se lleva en el Gobierno Civil de cada una de las provincias”. Y al reglamentar en el artículo 26 la posibilidad de recurrir contra la denegación de inscripción, concede el recurso de “alzada ante el Ministerio de Obras Públicas, que resolverá”.

(51) Ya dijo Ramiro de Maeztu, en su artículo “Las Leyes justas” (ABC, 31 mayo de 1936):

“...Es verdad que esta luz de la razón natural la poseemos todos los hombres cuerdos, como todos podemos decir si tenemos salud o estamos enfermos; pero ello no decide de si las leyes deben hacerlas

B) *Del lugar en que nascan o se alumbrén las aguas o parte principal de ellas.*—Es lógica la exigencia territorial que hace referencia al lugar en que se hallen los nacientes o donde se haya alumbrado el agua. Con esta redacción se ha mejorado en las Cortes la del proyecto del M. de J. que se refería genéricamente al lugar “donde se encuentren las aguas”. Y se ha suprimido una última frase que no mejoraba la claridad.

Para determinar lo que se entienda parte principal deberán regir por analogía las normas hipotecarias, que consideran tal la de mayor cabida (L. H., art. 210, regla 1.ª), que aquí habrá de traducirse por el naciente de más caudal, o con el que se beneficie una zona de riego de mayor extensión. Nos parece decisivo el criterio del mayor volumen de agua.

4. *Circunstancias de la inscripción.*—Además de las generales de todo bien inmueble, y de las específicas de la gruesa, elementos comunes y porciones separadas, se harán constar —dice el citado artículo 5.º— “los datos necesarios para la identificación de la entidad” —nombre, objeto, domicilio...—; “los principios básicos de su organización y régimen” —que serán aquellos que han de recoger los estatutos, conforme previene el artículo 6.º, antes estudiado—, y “aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere”—, con lo que se recoge la terminología empleada para la propiedad horizontal por el artículo 8.º, párrafo último de la L. H.

5. *Título para lograr la inscripción.*—He aquí, quizá, la cuestión más espinosa que plantea la relación con el Registro de la Propiedad, en cuanto a las agrupaciones ya constituidas sobre todo, pues en las por constituir es más sencillo.

A) *Agrupaciones ya constituidas.*—a) Gruesa de las aguas: De no estar ya inscrita, puede tener acceso al Registro a virtud de cualquier título de propiedad. Como no cabe pensar en los traslativos del dominio, v. gr., la compraventa —¿quién sería el vendedor?—, ni tampoco en títulos meramente administrativos como podría ser una concesión, creemos que los únicos viables son el expediente de dominio y las actas de notoriedad para inmatriculación, sin olvidar las resoluciones judiciales declarativas de la propiedad de la gruesa (52).

los legistas o los profanos en Derecho, aunque parece cosa clara que la función legisladora a los legistas corresponde...”.

“...Es seguro que en materia de leyes se equivoquen menos los legistas que los que no lo sean y no está bien que en vista de que los jurisconsultos no sean infalibles, se llame a legislar a los limpiabotas...”.

“...; No nos dicen la inteligencia y el buen sentido que para desarrollar una ciencia o un arte, hay que dedicarse a su cultivo? Pues no nos digamos que los juristas se equivocan en Derecho; porque más se equivocarán los profanos...”.

(Inserto en el libro *Frente a la República*, Biblioteca del Pensamiento actual, número 56, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1956, págs. 153 y 154).

(52) Sobre este último medio de inmatriculación, pueden verse Ramón María Roca Sastre, Loc. cit., pág. 316; y Ángel Sanz Fernández, Loc. cit., pág. 518, en especial la nota 17.

b) El adulamiento de las aguas: éste debe realizarse e inscribirse aunque no lo esté la gruesa, y puede hacerse en virtud del acta de presencia que previene el *párrafo cuarto del artículo 71 del Reglamento hipotecario*, que dice:

“Cuando en una finca existan aguas no inscritas cuya existencia no figure en la inscripción de propiedad de aquélla o surjan después de practicada ésta, podrán hacerse constar en la misma finca, si el dueño la solicitare, por medio de una inscripción basada en acta notarial de presencia o por descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble”.

Este precepto ofrece grandes posibilidades a la inscripción de las aguas en Canarias, si se halla inscrita previamente la finca en donde manan las aguas; lo que es cosa fácil de lograr, de otra parte por cualquier medio legal.

c) Los restantes elementos comunes, accesorios de la explotación: deben seguir la suerte de la gruesa, en la forma expresada. En cambio, los derechos de subsuelo y las fincas superficiales adquiridas por la entidad se inscribirán directamente a su nombre sin problema específico alguno, una vez proclamada su personalidad jurídica, en virtud del título adquisitivo correspondiente.

d) La porción privativa de cada heredero o partícipe: no ofrece cuestión, sobre todo si se practica e inscribe el adulamiento de las aguas. Como puede ser objeto de actos de disposición independientes, con los respectivos títulos que acrediten las transmisiones realizadas logrará su inscripción.

e) Demás circunstancias exigidas: trátase de la inscripción de los estatutos. Como las agrupaciones antiguas no necesitan constituirse en escritura pública, sino que les basta la *mera acreditación de su existencia* (por acta de notoriedad o por cualquiera otro de los medios previstos en el art. 3.º); y la *constancia de los estatutos en instrumento público* (art. 4.º) será éste el vehículo adecuado para conseguir la inscripción: en dicho instrumento —escritura o acta notarial— se harán constar los estatutos. Y hasta entendemos que podrán incorporarse al acta de notoriedad que acredite su existencia, con lo que ésta se convertirá en acta mixta de notoriedad y referencia. La única duda que queda en pie es la de si cabrá vaciar o regular al propio tiempo que los estatutos, la gruesa, elementos comunes y cuota individual del Heredamiento o Comunidad. Si se entendiera que sí, entonces sería preciso que su otorgamiento tuviera lugar por todos los interesados en la entidad, en escritura pública.

B) *Agrupaciones que se constituyan.*—Como éstas necesitan constituirse en escritura pública (art. 3.º, párrafo 1.º), en ella pueden hacerse constar la gruesa de las aguas, su adulamiento, los demás elementos comunes de la explotación y la porción privativa de cada interesado; y deberán consignarse los estatutos y pactos mencionados, de donde los tomará el Registrador para su inscripción (art. 4.º).

En el primer trabajo que al tema de las aguas en Canarias dedicamos hace años (53) decíamos: "Es insuficiente la actual regulación civil e hipotecaria para dar satisfacción a los problemas de *personalidad jurídica, indivisión perpetua, inscripción en el Registro* y otros que plantean los Heredamientos y Comunidades de aguas, por lo cual se precisa una ley especial que regule estos supuestos de excepción a las normas vigentes en nuestra Patria y brinde las garantías del instrumento público y el apoyo del Registro de la Propiedad a los intereses de grandes y pequeños que en dichas instituciones van implicados". Añadiendo en otro posterior (54): "De todos los aspectos que presentan los Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias son los más importantes *el de su naturaleza jurídica; el del ejercicio de la acción de división; el de su personalidad jurídica* independiente de los herederos o partícipes que los integran, y *el de su inscripción en el Registro de la Propiedad*".

Han pasado los años, y ahí tenemos la nueva ley que comentamos, que toca y resuelve todos esos puntos; el de su naturaleza, considerando a dichas agrupaciones como asociaciones civiles de interés particular, de las del número 2.^o del artículo 35 del C. c.; el de su personalidad jurídica independiente, con las facultades del artículo 38 del mismo cuerpo legal; el de la indivisión perpetua de los elementos comunes, prohibiendo el ejercicio de la acción divisoria; el de la inscripción en el Registro del caudal y demás elementos comunes, separadamente de la cuota o porción de agua de cada heredero o partícipe; el del secuestro, de naturaleza tan cuestionada; la prohibición del ejercicio de la acción de retracto de comuneros; etc.

No se podía aspirar a más. La amplitud y generosidad de la ley nunca será bien elogiada. Y todo ello dentro del más estricto campo del Derecho privado, sin necesitar de conceptos o instituciones propias del Derecho público; y lo que es más, aprovechando al máximo las viejas y siempre susceptibles de renovación fecunda— normas del Código civil. Sin necesidad de reformas, cuando, como en este caso, se encuentran las manos expertas, cuidadosas, pero al propio tiempo entusiastas y espléndidas que hacen rendir a nuestro ordenamiento jurídico privado, ya antiguo, toda una serie de posibilidades casi insospechadas.

Canarias deberá siempre guardar un recuerdo agradecido y emocionado para quien, una vez más, ha dado muestras de quererla y comprenderla como pocos; y así como la ley vital de los Puertos Francos ha pasado a la posteridad con el nombre de su autor, don Juan Bravo Murillo, ésta de los Heredamientos de Aguas de Canarias, de gran importancia para su economía, deberá perpetuarse con el del ilustre ponente del proyecto en la Comisión de Codificación, su esclarecido artífice don Nicolás Pérez Serrano.

(53) "Heredamientos...", pág. 567, conclusión décima.

(54) "Algunos aspectos de los Heredamientos...", pág. 12.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

La reforma de la quiebra en Francia (*)

FRANÇOIS GORÉ

Profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble. Director
del Instituto de Estudios Comerciales

Dos decretos de 20 de mayo de 1955 han originado importantes reformas en el Derecho francés sobre la quiebra (1).

El decreto número 55-583 se refiere a las quiebras, a los arreglos judiciales y a la rehabilitación. En lo sucesivo, cuando un comerciante no cumple sus compromisos hacia sus acreedores queda sometido por decisión del tribunal de comercio a un procedimiento especial, que es o bien el arreglo judicial o bien la quiebra. La quiebra es un procedimiento de ejecución colectiva: el conjunto de los acreedores queda agrupado en una masa, representada por un síndico, que se apodera del activo del deudor y lo realiza para, en un plano de igualdad, conseguir el pago, si no íntegro, por lo menos parcial. Para el deudor, la quiebra supone un cierto número de consecuencias de orden cívico y profesionales, que sólo cesan con la rehabilitación, y en especial la prohibición de ejercer nuevamente una profesión comercial. El arreglo judicial es, asimismo, un procedimiento colectivo, pero reservado a los comerciantes infortunados y de buena fe que no han cometido faltas graves. El deudor no queda desposeído de su patrimonio, sino sólo asistido por un administrador; incurre en sanciones menos graves: es de destacar que no se le prohíbe continuar ejerciendo el comercio. El arreglo judicial no termina necesariamente por la "unión", es decir, la realización forzosa de los bienes del deudor: éste puede obtener de sus acreedores un concordato mayoritario que le coloque nuevamente al frente de su comercio.

El otro decreto, número 55-603, se refiere a los síndicos y a los administradores judiciales: dota a estos auxiliares de los tribunales de comercio de una organización profesional.

El Código de comercio francés de 1807 regulaba la quiebra, en su libro III (arts. 437-614), con extrema severidad, debido a los escándalos que habían conmovido a la opinión pública y al mismo emperador Napoleón: el quebrado estaba obligado a presentar su balance dentro de

(*) Traducción de M. de López [V. ADC. VIII-III, págs. 889-894].

(1) Bibliografía: HOTIN, *La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire*. "Rev. trim. Dr. comm.", 1955, págs. 481 y ss. Rec. Dalloz, 1956, c. 2; PLAISANT y CASTELLAN, *La réforme de la faillite*. "Jurisclasseurs periodiques", 1955, I, 1263.

los tres días siguientes a la cesación de pagos, y era encarcelado; todos los actos posteriores a la suspensión de pagos se consideraban nulos, y los realizados dentro de los diez días precedentes se presumían fraudulentos; los mismos acreedores elegían, entre ellos, los síndicos, el concordato y la rehabilitación eran difíciles de obtener; el delito penal de bancarrota fraudulenta podía derivar de gastos injustificados. Por ello el deudor procuraba retrasar su quiebra por todos los medios, utilizando con frecuencia expedientes dañosos para los acreedores, y huía en el último momento para evitar la prisión. Los acreedores, por tanto, eran los primeros en sufrir a consecuencia de tal rigor.

La burguesía comerciante, que había adquirido una mayor influencia bajo el reinado de Luis Felipe, obtuvo, por la ley de 28 de mayo de 1838, una dulcificación notable de las reglas del Código de 1807. Esta ley modifica el conjunto del libro III del Código. Bien redactada, durante mucho tiempo sólo fué objeto de alteraciones de detalle: baste citar la ley de 17 de julio de 1856 acerca del concordato por abandono del activo, la de 17 de febrero de 1872 sobre el privilegio del arrendador, y las leyes de 30 de diciembre de 1903, 31 de marzo de 1906 y 23 de marzo de 1908, que facilitaron la rehabilitación de los quebrados.

Sin embargo, el Derecho de quiebras se consideraba todavía demasiado severo para los comerciantes que no habían cometido fraudes y eran víctimas sólo de su imprudencia o de las circunstancias económicas. La ley de 4 de marzo de 1889, no incorporada al Código de comercio, creó por ello un segundo procedimiento en favor de los deudores infortunados y de buena fe: la liquidación judicial. Hubo, pues, a partir de esta época dos procedimientos paralelos. La liquidación judicial tomó prestadas de la quiebra la mayor parte de las reglas en lo que se refiere a la situación de los acreedores, pero sus normas eran diversas en lo concerniente a la situación del deudor. Se trataba de una especie de quiebra atenuada. No suponía sino muy reducidas consecuencias para el deudor, el cual, por otra parte, no quedaba desposeído de sus bienes, sino sólo asistido por un liquidador judicial. Era un favor que estaba reservado a los deudores que no hubiesen cometido fraude o no hubieran incurrido en alguna de las causas de indignidad previstas por la ley: no podía ser solicitada más que por el deudor, y en principio dentro de los quince días posteriores a la cesación de pagos: el tribunal poseía un amplio poder para conceder o denegar este beneficio.

El libro III del Código de comercio y la ley de 4 de marzo de 1889 sufrieron posteriormente un cierto número de modificaciones de detalle, que tendían, por regla general, a simplificar el procedimiento o a dulcificar las sanciones impuestas al deudor. Las reformas más importantes fueron introducidas por un decreto-ley de 8 de agosto de 1935. Este simplificaba y aceleraba el procedimiento de la quiebra y de la liquidación judicial; determinaba igualmente, de manera mucho más decidida que hasta entonces, la actividad del poder judicial, reduciendo la competencia de las asambleas de acreedores, sobre todo en lo referente a la verificación y admisión de los créditos.

Pero la crisis económica de 1930, y sobre todo las circunstancias económicas que siguieron a la guerra de 1939-1945, demostraron la insuficiencia de las sanciones anejas a la quiebra. En la práctica, después de creada la liquidación judicial, la quiebra no se decretaba sino contra los malos comerciantes, aquellos que habían cometido actos fraudulentos o los que habían consumido su activo. Desde entonces aparecía el quebrado como alguien que no había merecido la liquidación judicial, y se pedía para el mismo una mayor severidad.

En primer lugar, se tomaron un cierto número de medidas contra los dirigentes de sociedades en quiebra. El decreto-ley de 8 de agosto de 1935 aplicó a los administradores de sociedades anónimas y a los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada la legislación de la quiebra: éstos pueden sufrir las penas de la bancarrota si han cometido hechos semejantes a los que entrañan la bancarrota para las personas físicas, y en tales casos las sanciones de la quiebra les son aplicables; pueden ser declarados en quiebra si, al abrigo de la sociedad, han efectuado en interés propio actos de comercio, y si han dispuesto de hecho de los fondos sociales como si fuesen suyos; en caso de falta grave, pueden ser privados del derecho a dirigir una sociedad. El artículo 4.^º de la ley de 16 de noviembre de 1940 extendió las sanciones de la quiebra al presidente-director general de la sociedad anónima, y permite al tribunal hacer responsables a los administradores de la totalidad o una parte del pasivo. Lo mismo ocurre, por lo que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada, a partir del decreto-ley de 9 de agosto de 1953 respecto a los gerentes o a los socios que hubiesen participado en la gestión.

Seguidamente, textos legislativos cada vez más numerosos prohibieron a los quebrados no rehabilitados el ejercicio de un cierto número de profesiones. Se dictó un precepto general: la ley de 30 de agosto de 1947, relativa al saneamiento de las profesiones comerciales e industriales, que les prohíbe el ejercicio de estas profesiones, así como el de los cargos de gerencia, dirección y administración de una empresa comercial. Pero los tribunales de comercio se negaron a admitir que esta ley privase a los quebrados de la facultad de obtener el concordato; la práctica consideraba que la homologación del concordato por el tribunal implicaba dispensa de la prohibición de ejercer el comercio.

El decreto de 20 de mayo de 1955, relativo a las quiebras y arreglos judiciales y a la rehabilitación, se ha esforzado en agravar las sanciones anejas a la quiebra. Ha sido dictado por el Gobierno en virtud de los poderes que en materia de quiebra le habían sido expresamente reconocidos por la ley de 14 de agosto de 1954, prorrogada por la ley de 2 de abril de 1955.

Desde el punto de vista de la *forma*, el nuevo decreto constituye un verdadero código de la quiebra, del arreglo judicial y de la rehabilitación, redactado con esmero, en un estilo claro y preciso, según un plan que sigue el orden cronológico del procedimiento. Sustituye al libro III del Código de comercio, a la ley de 4 de marzo de 1889 sobre la li-

quidación judicial, a las leyes de 30 de diciembre de 1903 y 23 de marzo de 1908 acerca de la rehabilitación y al decreto-ley de 8 de agosto de 1935 que había modificado el libro III del Código de comercio. La materia ha quedado así fuera del Código, en espera de su integración en un futuro Código revisado. Mientras tanto, subsisten un cierto número de importantes textos legislativos antiguos. Son éstos, en primer lugar, los artículos 584 a 603, que constituyen el título 2, relativo a las bancarrotas: el Gobierno ha estimado que la ley de 14 de agosto de 1954 no le concedía poder para legislar en esta materia, a causa de su carácter penal. Subsisten igualmente el artículo 635 del Código de comercio sobre la competencia del tribunal de la quiebra, los textos legislativos, ya citados, relativos a las consecuencias de la quiebra de una sociedad por lo que se refiere a sus directores, y los concernientes a las sanciones unidas a la quiebra, en particular la ley de 30 de agosto de 1947.

En cuanto al *fondo*, es necesario señalar dos importantes reformas de estructura. Por una parte, se ha agravado el carácter represivo de la quiebra: en lo sucesivo excluye todo concordato y entraña *ex lege* la "unión" y la liquidación forzosa del patrimonio del deudor.

Por otra, la liquidación judicial, medida de favor que debía ser solicitada por el deudor, y que no le era concedida sino en el supuesto de que no fuera indigno, ha sido sustituida por el arreglo judicial que, como señala la exposición de motivos, es un procedimiento abierto en lo sucesivo a todos los comerciantes que cesen en "sus pagos, pero cuya empresa es susceptible de ser continuada en beneficio de un concordato, y, en particular a todos aquellos a los que la rigurosa medida que en adelante constituye la quiebra no ha lugar a aplicarse".

Además de estas dos reformas esenciales, el decreto de 20 de mayo de 1955 añade un crecido número de modificaciones de detalle, tanto por lo que se refiere al fondo como al procedimiento, algunas de las cuales son importantes.

Conviene estudiar, sucesivamente, las reformas de estructura y las modificaciones secundarias.

I. LAS REFORMAS DE ESTRUCTURA

A partir de la guerra de 1939 el número de empresas comerciales no ha cesado de aumentar; en el sector de la distribución, muchas de ellas eran indeseables. Surgió la idea de que el quebrado era indigno, por razón de sus faltas, de ejercer la profesión comercial, y que era necesario negarle el derecho a conseguir un concordato que le permitiese volver a dirigir sus negocios. En 1947, el presidente Piketty, en un informe sometido a la Comisión de legislación civil y comercial de la Cámara de Comercio de París, había señalado que existían demasiadas quiebras escandalosas, demasiados concordatos irrisorios, falseados gracias al concurso de cómplices, demasiados acuerdos de concordato después de la desaparición del activo, y había propuesto, en interés

general del comercio, la total supresión del concordato en materia de quiebra. Se solicitó igualmente la reforma por la Conferencia general de presidentes y miembros de tribunales de comercio, de acuerdo con el informe del presidente Marjoulet. Esto fué lo que constituyó la base de un anteproyecto de reforma del Derecho de quiebras, redactado por una comisión interministerial y sometido a la Comisión de reforma del Código de comercio y del Derecho de sociedades, creada en 1947. Esta aprovechó la ocasión para revisar la totalidad del libro III del Código de comercio, dedicado al Derecho de quiebras. Su anteproyecto, después de haber sido sometido especialmente al Tribunal de casación, a los de apelación, a las Facultades de Derecho, a la Conferencia general de presidentes y miembros de los tribunales de comercio, al Consejo de Estado y a los ministerios interesados, fué aprobado finalmente por el Decreto de 20 de mayo de 1955. Este suprime el concordato en materia de quiebra, y el arreglo judicial, que incorpora en gran medida la antigua liquidación judicial, presenta ciertos aspectos nuevos por razón del nuevo carácter de la quiebra: cesa de ser excepcional y constituye el procedimiento de Derecho común. Un rigor acrecentado hacia los malos comerciantes tiene, pues, como contrapartida una más amplia indulgencia hacia los buenos.

A. La supresión del concordato en materia de quiebra.

Lo que caracterizaba esencialmente a la quiebra antes de 1955, en relación con la liquidación judicial, era el rigor de la situación del deudor. El quebrado incurría en numerosas sanciones, quedaba desposeído de su patrimonio, que era administrado por un síndico. Si había cometido faltas graves, comprendidas en los supuestos de los artículos 584 y siguientes del Código de comercio, era culpable de un "delito" de bancarrota simple o de un "crimen" de bancarrota fraudulenta, y podía ser perseguido ante los tribunales represivos para ser castigado con las penas correccionales o criminales previstas por el Código penal. Pero, a pesar de la ley de 30 de agosto de 1947, que prohibía la profesión comercial a los quebrados no rehabilitados, podía obtener un concordato que nuevamente le situaba al frente de sus negocios. El concordato simple o el concordato por abandono del activo eran aplicables tanto a la quiebra como a la liquidación judicial: Se consideraba que la homologación del concordato por el tribunal implicaba dispensa de la prohibición de ejercer el comercio.

En lo sucesivo, el quebrado no podrá conseguir ya el concordato; cae necesariamente bajo la sanción de la prohibición de ejercer una profesión comercial, prevista por la ley de 30 de agosto de 1947. La quiebra está, por tanto, concebida como un método de eliminación de los malos comerciantes. Entraña de pleno Derecho la "unión" de los acreedores, y constituye exclusivamente un procedimiento de ejecución colectiva.

Además, el decreto de 1955 ha suprimido la rehabilitación legal de Derecho por el transcurso de un plazo legal de diez años. Toda

rehabilitación debe, en lo sucesivo, ser decretada en virtud de una decisión del tribunal de comercio. En la actualidad no hay más que dos clases de rehabilitación: la rehabilitación judicial de Derecho, pronunciada obligatoriamente por el tribunal de comercio cuando el deudor ha pagado la totalidad del pasivo de capital, los gastos y tres anualidades de intereses (cinco antes de 1955), y la rehabilitación judicial facultativa, que depende de la apreciación del tribunal y que puede ser concedida al deudor que ha obtenido el concordato y pagado los dividendos prometidos, o al deudor que justifique la total remisión de sus deudas por parte de sus acreedores o el unánime consentimiento de éstos en su rehabilitación. En todo caso, las personas condenadas por "crímenes" o "delitos" no pueden ser rehabilitadas en tanto que la condena tiene por consecuencia prohibirles el ejercicio de una profesión comercial, industrial o artesana.

La supresión de la rehabilitación de Derecho no puede ser criticada, puesto que esta institución parece "incompatible con el espíritu de la legislación tendente al saneamiento de las profesiones comerciales" (Informe de Escarra al Guardasellos). En la práctica, la reforma no es, sin embargo, muy importante, pues con frecuencia el asunto es objeto de las leyes de amnistía.

La supresión del concordato en materia de quiebra es, por el contrario, muy discutida. Ha sido solicitada por los medios comerciales (v. supra el informe Piketty; y Georges Villiers, presidente del Consejo Nacional del Patronato francés, en el periódico *Figaro*, 8 de julio de 1955). Pero los medios jurídicos no participan, en general, de esta opinión. Especialmente el Consejo de Estado, consultado por el Gobierno, hace notar que la quiebra es un procedimiento complejo, uno de cuyos caracteres esenciales es el de proteger a los acreedores. Suprimir el concordato significa transformar profundamente la institución. Los autores (2) afirman, igualmente, que la reforma desembocará en una disminución del número de quiebras y en el correlativo aumento de los arreglos judiciales, tanto más cuanto que los casos en los que la quiebra es obligatoria son menos numerosos que los supuestos de conversión obligatoria de la liquidación judicial en quiebra previstos por la antigua ley de 1889. En la práctica, la quiebra no será decretada por el juez sino en los casos en que se estime que se debe llegar a la "unión" o a la clausura por insuficiencia del activo. No se aumentará, por tanto, notablemente el número de comerciantes quebrados a los que les está prohibido ejercer el comercio. Es al tribunal de comercio al que compete elegir entre la quiebra y el arreglo judicial. ¿Será menos liberal para decretar el arreglo judicial que lo que lo ha sido para homologar el concordato? ¿Es dudoso!

Todavía es demasiado pronto para juzgar los resultados de la experiencia. Las estadísticas señalan un aumento de arreglos judiciales en relación a las quiebras, pero el número de quiebras sigue siendo importante.

(2) HOVIN, op. cit. n.º 4; v. también PLAISANT y CASTELLAN, op. cit.

1956

Enero Febr. Marzo Abril Mayo Junio Julio

Quiebras	258	355	324	278	325	400	378
Arreglos judiciales	213	254	256	229	234	265	264

1955

Enero Febr. Marzo Abril Mayo Junio Julio

Quiebras	443	455	537	368	456	392	335
Liquidaciones judiciales	148	160	177	137	108	179	262

Sea lo que fuere, suprimiendo el concordato el legislador ha evitado las negociaciones dilatorias y sometido la quiebra a un procedimiento más rápido. Sin embargo, ha mantenido el período preparatorio previo al período de liquidación; hasta la asamblea de los acreedores que tiene lugar después de la verificación de los créditos el síndico sólo tiene poderes de administración conservatoria. No puede vender, sino los inmuebles gravados con hipotecas o privilegios, cuando los acreedores inscritos no hayan procedido por sí mismos. Esta solución es, ciertamente, criticable, porque desde la sentencia que decreta la quiebra los acreedores están en situación de "unión". Es preciso depollar que el síndico no pueda dar comienzo a la liquidación del activo, al mismo tiempo que procede a la verificación de los créditos. El solo cometido de la asamblea de acreedores es el de confirmar al síndico en sus funciones.

B. *La sustitución de la liquidación judicial por el arreglo judicial.*

El nuevo decreto crea un procedimiento denominado "arreglo judicial", que reemplaza a la antigua liquidación judicial. Se imponía un cambio de terminología, ya que el arreglo judicial tiende al concordato y a que vuelva a comenzar la explotación de la empresa por el deudor sin liquidación de la misma. El procedimiento es, en general, el de la liquidación judicial, pero las condiciones en las cuales este procedimiento se aplica son muy diferentes.

Antes de 1955 la jurisprudencia había decidido que el beneficio de la liquidación judicial no constituía en ningún caso un derecho del deudor, incluso en el supuesto de que hubiese depositado su balance dentro de los quince días siguientes a la cesación de pagos, y de que no se hallase incurso en ninguna de las causas en las que el artículo 19 de la ley de 1889 obliga o permite al tribunal decretar la quiebra. Desde ahora, el arreglo judicial es de Derecho para el deudor, y debe ser decretado por el juez si "el deudor ha cumplido las obligaciones previstas en los artículos 1 y 2" (art. 12 del decreto). Es necesario que la declaración haya sido verificada dentro de los quince días si-

guientes a la cesación de los pagos, que haya sido verificada debidamente y acompañada de los documentos exigidos. Privando en este caso al juez de todo poder discrecional, se ha querido incitar a los deudores a dirigirse al tribunal.

La quiebra es, por tanto, una medida excepcional de desfavor. No debe ser decretada obligatoriamente, salvo si el deudor se encuentra en uno de los tres casos señalados en el artículo 12, párrafo 2, del decreto: ejercicio de la profesión contraviniendo a una prohibición impuesta por la ley; comisión de un hecho constitutivo de bancarrota fraudulenta; ausencia de contabilidad conforme a los usos de la profesión, habida cuenta de la importancia de la empresa.

Fuera de las hipótesis en las cuales el arreglo judicial o la quiebra deben ser decretados, ¿tiene el juez amplio poder de apreciación? Se estima generalmente que se debe aplicar el artículo 139, que enumera los casos en que el tribunal puede convertir el arreglo judicial en quiebra (3): el juez no puede decretar la quiebra "ab initio" sino en los casos en que la conversión es posible (4).

Como no se trata de un favor, el arreglo judicial puede ser solicitado, al igual que la quiebra, tanto por el deudor como por los acreedores, y puede también ser decretado de oficio por el tribunal (art. 4). Por tanto, el juez debe investigar en cada supuesto si lo que debe decretar es la quiebra o el arreglo judicial. Si lo juzga útil, el presidente del tribunal puede comisionar a un juez para que recoja todos los datos acerca de la situación y conducta del deudor. Este juez puede hacerse asistir por uno o varios auxiliares de la justicia, especialmente por síndicos-administradores. En vista de su informe, que debe ser redactado en plazo breve, el tribunal elegirá entre la quiebra y el arreglo judicial (arts. 7 y 8).

2. LAS MODIFICACIONES SECUNDARIAS

Aparte de las reformas de estructura, numerosas modificaciones de detalle han sido aportadas a los antiguos textos. No es posible hacer aquí otra cosa que limitarse a una enumeración de las innovaciones principales.

Desde el punto de vista de las condiciones de la apertura, el arreglo judicial y la quiebra continúan reservados a los comerciantes y a las sociedades comerciales. Se han realizado precisiones en lo relativo a las hipótesis del comerciante fallecido o retirado (arts. 5 y 6). El tribunal debe ser interpelado dentro del plazo de un año. En el caso del comerciante fallecido en estado de cesación de pagos, este plazo corre desde el día de la muerte. Para el comerciante que se retira el plazo comienza a contarse desde el día en que fuera anulada su inscripción en el registro del comercio. Porque el comerciante conserva

(3) En este sentido HOUIN, op. cit., "Rev. trim.", núm. 21; contra, Trib. civ. Briançon, 5 julio 1955. Rec. Dalloz 1955-650; Trib. civ. Dunkerque, 14 noviembre 1955. Rec. Gaz. Palais, 27 diciembre 1955, s.

(4) V. tamb. HOUIN, "Rev. trim.", 1956, c. 2, pág. 320, núm. 3.

la cualidad de tal en tanto que no haya sido tachado en el registro. En el caso de fallecimiento del comerciante, la quiebra o el arreglo judicial pueden ser solicitados por sus herederos, lo que antes se discutía respecto a la quiebra.

La reforma esencial concierne a las condiciones de forma. A partir del decreto de 20 de mayo de 1955, el arreglo judicial o la quiebra no pueden producirse sino en virtud de una decisión judicial. El artículo 11 condena la teoría de la quiebra de hecho, antes admitida por la jurisprudencia, que había suscitado las críticas de la doctrina. En lo sucesivo, las normas acerca de las inoponibilidades del periodo sospechoso, las relativas a la nulidad de los acuerdos particulares, las que versan sobre la reducción de los derechos de ciertos acreedores hipotecarios o privilegiados, no pueden ser alegadas antes de la decisión que establezca el arreglo judicial o la quiebra. Sólo en materia penal se ha conservado una consecuencia de aquella teoría: el tribunal represivo puede pronunciar una condena por bancarrota incluso si la cesación de pagos no ha sido previamente constatada por una decisión del tribunal de comercio. Se han mantenido las anteriores decisiones jurisprudenciales acerca de la independencia entre la jurisdicción represiva y la jurisdicción comercial.

Los modos de entrar en actuación ejecutiva el tribunal de comercio son, en lo sucesivo, los mismos para el arreglo judicial y para la quiebra, puesto que el arreglo judicial no es ya un favor solicitado por el deudor, sino un procedimiento de Derecho común, igual que la quiebra: declaración del deudor, "asignación" por un acreedor, o de oficio (art. 4). Pero un acreedor no puede interpelar al tribunal por medio de una simple demanda, lo que presenta inconvenientes prácticos, puesto que la vía de la "asignación" es lenta y costosa.

El decreto asimila la declaración que establece el arreglo judicial a la que declara la quiebra. La antigua norma de la ley de 1889 que prohibía todo recurso contra la decisión de puesta en liquidación judicial está, felizmente, derogada. Los recursos son los del Derecho común. De todos modos, se han mantenido reglas especiales para la apelación y la oposición: plazo de ocho días para la oposición, plazo de quince días para la apelación. Este régimen es aplicable, en principio, a todas las decisiones que hayan recaído en materia de arreglo judicial o de quiebra. El artículo 21 del decreto señala, sin embargo, una lista de las decisiones que, por excepción, no son susceptibles de oposición, de apelación ni de recurso de casación. Es la misma lista que figuraba en el antiguo artículo 583 del Código de comercio, salvo que ahora figuran ya las decisiones relativas a las demandas acerca de la libertad de movimientos o alimentos del quebrado.

Según dispone el artículo 14 del decreto, que generaliza numerosas disposiciones anteriores, todas las decisiones y órdenes recaídas en virtud del decreto son ejecutorias por provisión, no obstante la oposición o apelación. Sin embargo, se prevén dos excepciones: una de ellas se refiere a la orden del juez-comisario que autoriza la venta de una cosa objeto de un derecho de prenda (art. 91, párr. 3); la otra, la decisión

de homologación del concordato (art. 133). Pero estas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente.

Las medidas de publicidad han sido desarrolladas: avisos, inserción en un periódico de anuncios legales, mención en el registro del comercio y en el Boletín oficial del registro del comercio. Estas medidas son exigidas no solo para la decisión que declara la quiebra (art. 15), sino también para la que homologa el concordato (art. 132) o decide la resolución o anulación del mismo (art. 144).

En lo que se refiere a los efectos del arreglo judicial y de la quiebra, la situación del deudor no ha sido modificada sensiblemente. El decreto de 1955 habla ya de "inoponibilidades" del período sospechoso, en lugar de nulidades. Dicho término se compagina mejor con su naturaleza jurídica, ya que los actos atacados no quedan privados de efectos sino con relación y a demanda de los acreedores. Pero, fuera de esta modificación terminológica, el decreto añade pocas innovaciones. No se ha querido tocar normas que habían dado lugar a una abundante jurisprudencia. Conviene señalar, sin embargo, que una ley de 12 de noviembre de 1955 comprende dentro de las inoponibilidades "ex lege" las inscripciones de hipoteca judicial o de hipoteca mobiliaria judicial sobre el fondo de comercio hechas en el período sospechoso.

La situación de los acreedores privilegiados ha sufrido, igualmente, escasas modificaciones. No obstante, el decreto contiene reglas interesantes por lo que se refiere a las reivindicaciones del cónyuge del quebrado. No sólo los derechos de la mujer, sino, en general, los del cónyuge han sido reducidos. Las normas se aplican tanto al marido de una mujer en quiebra o sometida a arreglo judicial, como a la mujer de un comerciante en quiebra o sometido a arreglo judicial. Esta ampliación es digna de aprobar, porque el fraude puede ser tan grande en un supuesto como en el otro (arts. 105 y ss.).

La presunción muciana ha sido conservada respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio por el cónyuge del comerciante; se presume que han sido adquiridos con dinero procedente del ejercicio del comercio. La prueba en contrario debe constar por escrito, salvas las normas relativas a los bienes reservados de la mujer (art. 106).

El procedimiento de verificación de los créditos no ha sufrido cambio; los acreedores son llamados para que hagan su manifestación; la verificación se hace por el síndico o el administrador; la relación provisional queda depositada en la secretaría, y se comunica a los acreedores para que estén en situación de formular su desacuerdo; la definitiva es decretada por el juez comisario. Pero se han tomado medidas para que los acreedores estén mejor informados del desarrollo del procedimiento. En particular, deben recibir una copia en extracto de la situación de los créditos (art. 76, párr. 3).

Los poderes del síndico o del administrador han sufrido ciertas modificaciones a fin de acelerar el procedimiento. El síndico tiene poder para comprometer y transigir con autorización del juez comisario (art. 63). La homologación del tribunal no es necesaria, salvo que el objeto de la transacción o del compromiso exceda en última instan-

cia de la competencia del tribunal de comercio. La venta de inmuebles queda sometida a nuevas disposiciones: los acreedores hipotecarios o privilegiados sólo tienen un plazo de dos meses, a contar desde la decisión que declara la quiebra, para verificar la expropiación de los inmuebles gravados por sus garantías; si no lo hacen en dicho plazo, sólo el síndico puede promover la venta, y tiene que hacerlo en el plazo de un mes, incluso si el estado de los créditos no ha sido decretado todavía y también aunque no posea todavía las facultades de un síndico de "unión" (art. 162). El síndico o administrador pueden, si bien solamente en período de "unión", vender los muebles objeto de prenda, si el acreedor prendario, habiéndose retrasado para hacerlo, no lo ha verificado (art. 91).

El síndico está obligado a justificar al juez comisario el depósito de las sumas percibidas en la Caja de depósitos y consignaciones en el plazo de quince días, a partir de la fecha de cobro, en lugar de los tres días antes de 1955. Una nueva norma determina que no puede practicarse oposición relativa a las sumas entregadas por el síndico en la cuenta de la quiebra en la Caja de depósitos y consignaciones (artículo 75, párr. 2). El artículo 66 del decreto facilita el arreglo de los gastos de la masa por los síndicos y administradores. Prevé la apertura de una cuenta de depósito por la Caja de depósitos y consignaciones. Está alimentada por las sumas parciales de la cuenta de la quiebra o del arreglo judicial, según un plan de reparto decretado por el juez comisario. El síndico o el administrador envían a cada acreedor comprendido en el mismo un cheque contra la cuenta.

El estatuto de los síndicos y de los administradores ha sido objeto de pocas modificaciones en el decreto de 1955 relativo a la reforma de la quiebra: sólamente se destacan la norma que prohíbe a los síndicos y administradores adquirir los bienes del deudor (art. 25, párr. 3) y la que permite al juez comisario, en caso de pluralidad de síndicos o administradores, otorgar a uno o a varios de ellos la facultad de actuar individualmente (art. 28, párr. 2).

Mas su estatuto constituye el objeto de otro decreto de 20 de mayo de 1955, encaminado a organizar la profesión de estos auxiliares de los tribunales de comercio. En adelante, nadie podrá ser designado por un tribunal de comercio para administrar bienes ajenos si no está inscrito, a propuesta de dicho tribunal, en una lista confeccionada cada año por el tribunal de apelación a petición del ministerio fiscal. La lista está dividida en secciones territoriales que corresponden a cada una de las circunscripciones para las cuales las inscripciones se admiten. Un decreto de aplicación deberá fijar las condiciones de edad, capacidad y moralidad exigidas para la inscripción.

La inscripción en dicha lista es incompatible con el ejercicio de una profesión comercial, con funciones que impliquen subordinación o con funciones de auxiliar de la justicia. Pero esta enumeración no excluye, por ejemplo, la inscripción de un perito contable, que no es ni comerciante, ni subordinado ni auxiliar de la justicia. Por otra parte, se prevén derogaciones por lo que se refiere a los oficiales ministeriales y

a los agregados; éstos, con autorización de su consejo de disciplina, pueden solicitar la inscripción. Los síndicos y administradores están agrupados en una asociación nacional, cuyos estatutos son aprobados por el Guardasellos, que tiene secciones regionales que corresponden al territorio de uno o varios tribunales de apelación. La asociación garantiza la responsabilidad profesional de sus miembros. Cada miembro constituye una caución. La asociación cubre su responsabilidad por medio del seguro.

A partir del decreto de 20 de mayo de 1955, el arreglo judicial tiene en adelante dos soluciones: el concordato, ya se trate de concordato simple o de concordato por abandono del activo, y la conversión en quiebra. Para ilustrarse sobre su voto, los acreedores reciben en lo sucesivo el texto de las proposiciones concordatarias y un extracto del informe del administrador, pero no están autorizados a emitir su voto por correspondencia. Se considera que los acreedores que tienen garantías reales renuncian a ellas si participan en la votación; pero sólo se aplica esta norma si el concordato ha sido votado y homologado (artículo 122).

Las causas de conversión obligatoria del arreglo judicial en quiebra han sido disminuidas. El artículo 138 sólo enumera la condena del deudor por bancarrota fraudulenta, la anulación del concordato y la constatación de que el deudor se encuentra en uno de los casos que habrían obligado al tribunal a pronunciar inicialmente la quiebra si hubiese tenido conocimiento del mismo. Sin embargo, se han aumentado los supuestos de conversión facultativa para acrecentar el poder del tribunal. El artículo 139 prevé una serie de faltas graves del deudor.

La "unión" comienza en la quiebra a partir de la decisión que la declara. El decreto de 1955 ha conservado la facultad de hacer convenios a *forfait* respecto a la totalidad o parte del activo, con algunas modificaciones. La deliberación debe ser tomada por los acreedores que componen la masa, y, en lo sucesivo, por una mayoría de las tres cuartas partes de los votantes que represente a las tres cuartas partes de la cuantía total de los créditos. El artículo 156 no prevé ya, como antes de 1955, que el voto del convenio pueda valer como *quitus* oponible a todos, porque se hubiera restablecido de manera indirecta en beneficio de un quebrado un concordato por abandono del activo.

La clausura por insuficiencia del activo se ha mantenido, pero en lo sucesivo puede producirse en cualquier momento y ya no antes de la homologación del concordato o la formación de la "unión" (art. 168, párrafo 1).

Algunas veces, en el curso del procedimiento, el quebrado puede conseguir, con la ayuda de sus familiares o de amigos, las sumas necesarias y desinteresar así a sus acreedores. Algunos tribunales anulaban entonces la declaración de quiebra por falta de interés de la masa. El artículo 170 del decreto de 1955 consagra esta jurisprudencia bajo la denominación de clausura por falta de interés de la masa; pero las reglas no son ya las mismas que habían sido deducidas por los tribunales. Esta clausura puede acontecer tanto en la quiebra como en el

arreglo judicial; pero no puede ser invocada por el deudor sino después de la fijación definitiva del estado de los créditos, mientras que en el pasado se admitía en cualquier momento del procedimiento. Ello se debe a que el deudor debe probar que ha pagado a todos los acreedores, o que ha depositado en manos del síndico la suma necesaria. Es criticable que no se haya previsto ninguna medida de publicidad para esta clausura. Parece, en todo caso, que la mención de la quiebra o el arreglo judicial en el registro del comercio deberá ser anulada.

Tales son los principales aspectos de las reformas realizadas en Francia en materia de quiebras por los dos decretos de 20 de mayo de 1955.

Sorprenderá, sin duda, que no se hayan aprovechado estos nuevos textos legales para instaurar en nuestra nación el concordato preventivo, institución que existe y funciona de manera satisfactoria en la mayor parte de los países. La Comisión de reforma del Código de comercio le ha dedicado muchas sesiones de estudio. Pero estimó que la introducción del concordato preventivo supondría en la práctica la supresión del arreglo judicial y la reintroducción del concordato en la quiebra. Por otra parte, sería difícil actualmente en Francia hacer que se admitiese por los medios comerciales que un deudor pueda obtener de sus acreedores una remisión de sus deudas antes de la creación de pagos.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, JOSE LUIS LLORENTE, RAFAEL IZQUIERDO y ROGELIO PEREZ MARTINEZ.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

HEREDAMIENTOS DE AGUAS: Se dan normas ordenando el régimen de los Heredamientos de aguas en Canarias; se faculta al Gobierno para extender su aplicación a figuras jurídicas similares que hayan de actuar en cualquier otra parte del territorio nacional. (Ley 27 diciembre 1956; B. O. del 30.)

A. Exposición: 1. *Personalidad jurídica.* a) Agrupaciones existentes. Se reconoce personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con los nombres de «Heredades», «Heredamientos de aguas», «Dulas», «Aquequias», «Comunidades» u otros semejantes vienen constituidas en el archipiélago canario (art. 1.^o). Se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número segundo del Código civil (art. 2.^o)

b) Agrupaciones de futura constitución. Se les reconoce personalidad jurídica a las que se constituyan con fines análogos (art. 1.^o). Se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho. Si no adoptaren forma específica se considerarán como asociaciones de interés particular de las definidas en el artículo 35, número segundo del Código civil (art. 2.^o).

c) La personalidad jurídica de la agrupación será distinta de la que tengan sus miembros o componentes (art. 7.^o).

2. *Forma de constitución.* a) Escritura pública. Es requisito inexcusable para las que en adelante se constituyan. Las que ya vinieren funcionando no necesitarán más que acreditar su existencia, para lo cual bastará que así se haga constar en acta de notoriedad o que hayan sido reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas (art. 3.^o).

b) Estatutos. Deberán en todo caso consignarse en instrumento público, aun cuando vinieren aplicándose de antiguo o tuvieran carácter meramente consuetudinario (art. 4, p. 1.^o). Son principios básicos de los Estatutos a que habrán de adaptarse, incluso los existentes: Primero: Expresión del nombre, domicilio y objeto de la agrupación de que se trate. Segundo: Derecho de todos los miembros a intervenir en la vida de la agrupación. Tercero: Organización de una Junta Rectora encargada de la administración de la agrupación, que llevará la representación de su personalidad jurídica y siendo personal el voto de sus miembros. Cuarto: Ne-

cesidad de Asamblea general y de acuerdo por mayoría de dos terceras partes de las cuotas para todos los actos de disposición relativos a los bienes que sean patrimonio de la agrupación. Quinto: Rendición anual de cuentas, cuya aprobación corresponderá a la Asamblea general. Sexto: Reglas para los casos en que la agrupación haya de extinguirse y liquidarse (art. 6.º).

Los Estatutos serán ley fundamental de la agrupación y no podrán modificarse, sino en Asamblea general y por mayoría cualificada, votando en favor dos terceras partes de las cuotas o intereses agrupados (art. 4.º, p. 2.º).

c) Inscripción. Se efectuará, en su caso, en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar en que nazcan o se alumbren las aguas, o la parte principal de estas (art. 5.º, p. 3.º).

En la inscripción extensa se hará constar el volumen del caudal de aguas y las circunstancias de los demás elementos inmobiliarios, indivisibles y de uso común accesorios de éste, consignándose el número de participaciones o fracciones en que se divide dicho caudal, los datos necesarios para identificar la entidad, los principios básicos de organización y régimen, así como aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere, todo ello sin perjuicio de que cada dueño pueda inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que en aquellos bienes le pertenezcan (art. 5.º, p. 1.º).

No será necesaria la inscripción en ningún Registro gubernativo de Asociaciones (art. 5.º, p. 4.º).

3. *Régimen de la Comunidad.* a) Patrimonio de la agrupación. Se considerará, por regla general, patrimonio de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como: terrenos en que nazcan las aguas, fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividan, galerías, pozos, maquinarias, estanques, canales de distribución, arquillas divisorias y cualesquiera otros bienes parecidos, destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los participes.

b) La personalidad jurídica de la agrupación, que será distinta de la que tengan sus miembros o componentes, se extenderá a todos los actos que menciona el artículo 38 del Código civil (art. 7.º, párr. 1.º). Para atender a los gastos que se originen y a falta de otros recursos, cabrá realizar derramas en proporción a las respectivas cuotas o participaciones, pudiendo también decretarse para aquella finalidad el secuestro de aguas en lo puramente indispensable para la misma, si bien para acordarse habrá de procederse como en los actos de disposición (art. 8.º).

c) No procederá nunca la acción divisoria.

d) Derechos de los miembros: a') cada dueño podrá inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que le pertenezcan; b') cada miembro dispondrá libremente de sus aguas, aunque sujetándose a las reglas que por órgano estatutario competente se adopten para mejor aprovechamiento del caudal (art. 7.º, párr. 2.º).

No procederá nunca el retracto de comuneros (art. 7.º, párr. 3.º).

B. OBSERVACIONES.—Son heredamientos, agrupaciones de propietarios de aguas privadas que se constituyen para el mejor régimen de distribución

de aguas entre los partícipes y para la resolución de las dudas y conflictos que entre ellos puedan surgir en la distribución y aprovechamiento del agua. Existen con preferencia en Canarias y su origen es antiguo.

Las normas a que acomodaban su funcionamiento eran de carácter consuetudinario y en ocasiones reglamentos, obra de los mismos interesados.

De las dificultades que una ordenación consuetudinaria, u obra de los mismos partícipes supone, sale al paso, poniendo término a esas deficiencias ya señaladas por la doctrina, la presente Ley. Su necesidad era indudable: porque su personalidad jurídica era dudosa, porque su funcionamiento y otros puntos de interés no estaban regulados y, como dice el Preámbulo, aunque en la realidad práctica ningún obstáculo serio se oponía a su funcionamiento (implícitamente se admitía su capacidad), en ocasiones «un celo excesivo o una preocupación técnica», crearon dificultades; y es que oficialmente carecían de una personalidad reconocida en Derecho.

Al reconocérselas personalidad se soluciona el difícil problema de su representación y se hace factible su actuación ante los organismos estatales.

Existe libertad de configuración y se respeta la que las ya existentes eligen, y en cuanto a las futuras que no adoptan forma específica se consideran asociaciones de interés particular, lo que en definitiva supone también un reconocimiento de régimen autonómico. La seguridad del interés privado y del interés social ha aconsejado, no obstante, el establecimiento de normas de derecho necesario en orden a las modificaciones de los estatutos y al contenido de los mismos.

La naturaleza jurídica de estas comunidades fué siempre punto de discrepancia en la doctrina. Las opiniones son numerosas, desde aquellas que las conceptúan de comunidad de tipo germánico en mano común que participa de los caracteres de la romana o por cuotas, hasta su consideración por algún autor de comunidad romana sin acción de división. (R. P.)

II. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS: APÁTRIDAS Y REFUGIADOS: *Se establece la igualdad en los beneficios para los extranjeros refugiados y apátridas; concepto y calificación de los mismos.* (Decreto 22 febrero 1957; B. O. del 24.)

A. EXPOSICIÓN: 1. Principio de igualdad de derechos. «Los extranjeros que conforme al presente Decreto sean calificados de refugiados o apátridas, gozarán de los mismos beneficios que a los españoles concede la Ley de Arrendamientos Urbanos de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, texto articulado de trece de abril de novecientos cincuenta y seis.» (Art. 1.º)

2. Concepto y calificación de refugiados apátridas. «Se considerarán refugiados, a efectos de esta disposición, los extranjeros que, residiendo en territorio español durante tres años al menos, no pudieren o no quisieren reintegrarse al país de que fueren nacionales o gozar de la protección diplomática de éste, por temor a ser objeto de persecución fundada en motivos de raza, religión, opiniones políticas u otras análogas. Por apátrida se entenderá al extranjero que con el mismo tiempo de residencia efectiva en España no pueda ser legalmente considerado súbdito de otro Estado.» (Artículo 2.º) «La calificación de refugiado o apátrida se hará a cada solici-

tante por una comisión integrada por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia y Gobernación.» (Art. 3.º)

B. OBSERVACIONES: 1. Ya en la exposición que en este mismo lugar se hizo (1) de la Ley de Bases de A. U. de 22 de diciembre de 1955, se planteaba el problema de los apátridas ante el precepto de la Base 2.º, apartado 2, llevado luego al artículo 7.º del texto articulado. Independientemente de la crítica que merezca el principio de reciprocidad instaurado por la nueva regulación en sustitución del de igualdad que regía antes (art. 12, L. A. U., texto articulado de 21 de marzo de 1947) y que constituye una importante excepción al artículo 27 del Código civil (2), es evidente que tiene gran interés ante todo criterio de reciprocidad el ahora establecido en la L. A. U. la consideración de apátridas y refugiados. Cuando de tal problema se trata, no cabe a menudo legal o materialmente la referencia al estatuto nacional y, como indica el preámbulo de la disposición que se anota, parece lógico y humano acudir a la ley del domicilio.

El artículo 20 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sólo refería la reciprocidad a las disposiciones sobre prórroga y tasa de los alquileres, y durante su vigencia, precisamente respecto de un apátrida y por el hecho de serlo, ya que no podía acreditar dicha reciprocidad, un Juzgado de Madrid, en Sentencia de 24 de abril de 1945, le denegó el beneficio de prórroga. Puede verse la sentencia y observaciones sobre ella en la Revista de Derecho procesal, I, 1945, número 3.º, páginas 473 a 475.

2. Parece seguro afirmar que es esta la primera disposición que se dicta en España (3), con relación al grave problema de los apátridas y refugiados, agudizado por causas sobradamente conocidas en los últimos años (4).

Es acertada la distinción entre refugiados y apátridas y responde a los textos internacionales, desde el adoptado en la conferencia de La Haya de abril de 1930, hasta los más recientes creada ya la Organización de las Naciones Unidas y que han dado lugar a la I. R. O. (Organización Internacional de Refugiados) heredera de la I. G. R. C. (Comité Intergubernamental de Refugiados), y en cierto modo de la U. N. R. R. A. (R. I. A.)

DERECHO PROCESAL

1. PROCESOS ESPECIALES: PROCESO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: *Se modifica el artículo 271 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, texto refundido de 30 de abril de 1930, en el sentido de imponer con carácter obligatorio la intervención de Abogado y Procurador en los juicios de nulidad del Registro de la Propiedad Industrial. (Decreto-ley 12 abril 1957; B. O. del 10 mayo.)*

(1) A. D. C., tomo IX, fascículo 1.º, pág. 223.

(2) Pueden haber motivado esta modificación razones de defensa de los intereses de españoles en el extranjero, fundamento principal del criterio de reciprocidad, como en materia arrendaticia apunta GALLARDO RUEDA en "Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos", A. D. C., I (1948), 1.º, pág. 128.

(3) No así en cuanto a Marruecos, pues el Dahir de 1.º de junio de 1914, sobre la condición civil de los españoles y extranjeros, ya preveía en su artículo 4.º que "los extranjeros sin nacionalidad conocida o a quienes no pueda atribuirse nacionalidad determinada, residentes en la Zona española, estarán sometidos, en lo concerniente a su estado civil a su capacidad y a los derechos y deberes de familia, al Código civil español".

(4) Un estudio completo de estos problemas y su reflejo en los Derechos internos y en el Internacional, puede verse en el artículo "Apátrida" de la N. E. J., tomo 2.º, págs. 732 a 743, original de A. Quintano Ripollés.

La complejidad de estos juicios de nulidad y la necesidad de evitar que, amparándose en el carácter, hasta ahora potestativo, de la intervención de los profesionales citados, las partes fueran representadas y dirigidas por personas no habilitadas para el ejercicio de dichas profesiones, han sido los motivos sustanciales de la reforma.

2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Se establece una nueva regulación de la misma.* (Ley 27 diciembre 1956; B. O. del 28.)

A. EXPOSICIÓN: A. Régimen jurídico. a) Ambito temporal. 1. Vigencia. La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (Disp. final 1.º).

2. Eficacia derogatoria. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción y procedimiento contencioso administrativo, así como las reguladoras del procedimiento administrativo en cuanto se oponga a la presente Ley (Disp. final 2.º).

b) Ambito material (Materia contencioso-administrativa). 1. Aspecto positivo. La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá: a') En general. De las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley. Se entenderá a estos efectos por Administración Pública: a) La Administración del Estado, en sus diversos grados. b) Las Entidades que integran la Administración Local, y c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local (art. 1.º).

b') En particular. a) Cuestiones referentes a los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. b) Cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y c) Cuestiones que una Ley le atribuya especialmente. (artículo 3.º). Conforme al artículo 4.º, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se entenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal, pero la decisión que se pronuncia no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte, y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente.

2. Aspecto negativo. No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: a) Cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones. b) Cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa. c) Decisión de cuestiones de competencia entre la Administración y las jurisdicciones ordinarias o especiales y las de conflictos de atribuciones (art. 2.º).

c) Derecho supletorio. En lo no previsto en esta Ley regirán como supletorias la de Enjuiciamiento civil y las disposiciones orgánicas generales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales (Disp. adic. 6.º).

B. Requisitos.

a) Sujetos.

1. El órgano jurisdiccional (ante quienes).

a') Jurisdicción. La jurisdicción contencioso-administrativa se ejercerá por los siguientes órganos:

a) Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales. En cada Audiencia Territorial se constituirá una Sala de lo Contencioso-administrativo, con la misma competencia territorial y sede que aquélla. Se autoriza la creación de otras Salas cuya jurisdicción podrá limitarse a una o varias provincias y su sede radicar en la capital de cualquiera de ellas (artículo 9.º), y también de que la sede de la Sala de lo Contencioso-administrativo radique en capital de provincia distinta de aquella en que la tenga la Audiencia Territorial respectiva (Disp. adic. 2.º).

b) Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, cree una nueva Sala de lo Contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo (Disp. adic. 1.º).

c) Sala de Revisión de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Carácter: La jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable. Los órganos de la jurisdicción podrán apreciar, incluso de oficio, la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes sobre la misma (art. 5.º, 1 y 2).

Los Organos de la Jurisdicción que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para fiscalizar la ejecución de las Sentencias que dictaren (art. 8.º, 1).

b') Competencia.

Carácter: La competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo no será prorrogable y podrá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes (art. 8.º, 2).

Reglas de competencia:

Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales.

a'') Jerárquica. Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se formulen en relación con los actos no susceptibles de recurso administrativo ordinario de los Organos de la Administración Pública, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y de las cuestiones que susciten los Gobernadores civiles y los Presidentes de las Corporaciones locales al decretar la suspensión de acuerdos adoptados por éstas (art. 10).

b'') Territorial. Será competente la Sala de la Audiencia Territorial en cuya circunscripción se realice el acto por razón del cual se formule el recurso (art. 11).

Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Conocerán. a) En única instancia, recursos que se formulen en relación con los actos de los Organos de la Administración Pública, cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional.

b) En segunda instancia, de los recursos que se deduzcan en relación

con las decisiones susceptibles de apelación de las Salas de las Audiencias Territoriales.

c) De los recursos de revisión contra sentencias firmes de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales (art. 14).

Sala de Revisión de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Conocerá de los recursos de revisión que se formulen contra sentencias firmes de cualquiera de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (art. 17).

c') Compatibilidad (abstención y recusación).

Son justas causas de abstención y, en su defecto, de recusación de los Presidentes, Magistrados y Secretarios de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, además de las señaladas en la L. E. C., las que determina el artículo 25 referentes al parentesco o circunstancias en relación con la autoridad o funcionario intervenientes en el acto impugnado.

2. Las partes.

a') Capacidad.

Tendrán capacidad procesal ante la jurisdicción contencioso-administrativa, además de las personas que la ostentan con arreglo a la L. E. C., la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio está permitido por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela respectivamente (art. 27).

b') Legitimación de las partes.

a'') Demandante (quiénes). 1. Están legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración los que tengan interés directo en ello y las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo si el recurso tiene por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los intereses dichos, y no sea suficiente la legitimación anterior.

2. Si se pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados.

3. La Administración cuando no pueda anular o revocar algún acto suyo por sí misma, estará legitimada para deducir cualquiera de las anteriores pretensiones (art. 28).

b'') Demandada (frente a quiénes). Se considera como tal la Administración de que provenga del acto o disposición impugnados y las personas a cuyo favor derivasen derechos del mismo (art. 29).

c') Coadyuvante. Puede intervenir como coadyuvante del demandado cualquier persona que tenga interés directo en el mantenimiento del acto o disposición recurridos y, como coadyuvante de la Administración que demande la anulación de sus propios actos lesivos quien tenga interés directo en dicha pretensión (art. 30).

c') Postulación.

Las partes deberán conferir su representación a un Procurador o valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto. Cuando actúen representados por un Procurador, deberán ser asistidas por Abogado. Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en el procedimiento especial en materia de personal (art. 33).

La representación y defensa de la Administración General del Estado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa corresponderá a los Abogados del Estado (art. 34, 1).

b) Objeto.

1. *La pretensión.*

a') El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. También podrá cuando esté legitimado pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda (art. 41 y 42).

b') Actos impugnables. Disposiciones y actos de la Administración no susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible o suspendan su continuación (art. 37, 1).

Las disposiciones de carácter general dictadas por la Administración del Estado o por las Entidades locales o Corporaciones e Instituciones públicas podrán impugnarse directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa, y también los actos producidos en aplicación de las mismas (art. 39, 1 y 2).

No se admitirá recurso contencioso-administrativo:

- a) Actos reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos.*
- b) Actos de policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro.*
- c) Ordenes ministeriales sobre ascensos y recompensas militares.*
- d) Resoluciones en expedientes gubernativos regulados en el Código de Justicia Militar.*

e) Resoluciones que pongan término a la vía administrativa como previa a la Judicial.

f) Actos dictados en virtud de una Ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa (art. 40).

c') «Silencio administrativo». Cuando se formulara alguna petición ante la Administración y ésta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda o esperar la resolución expresa de su petición. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada (artículo 38).

d') Cuantía. La cuantía del recurso se fijará en el escrito de interposición y vendrá determinada por el valor de la pretensión, que se fijará te-

niendo en cuenta las normas de la legislación procesal civil con las especialidades que señala la Ley. En los supuestos de acumulación la cuantía se determinará por la suma del valor de las pretensiones sin que la posibilidad de apelación se comunique a las de cuantía inferior (arts. 49, 50 y 51).

2. Pluralidad de pretensiones.

a') Acumulación inicial (acumulación de acciones).

El actor podrá acumular en un proceso las pretensiones no incompatibles entre sí y deducidas en relación con un mismo acto o disposición o que aun referidas a varios actos o disposiciones, unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa (arts. 44 y 45).

b') Acumulación sucesiva por inserción (ampliación del recurso).

Cabe dicha ampliación cuando antes de formalizarse la demanda se dicte algún acto o disposición que guarde la relación ya apuntada con el que sea objeto del recurso en tramitación (art. 46).

c') Acumulación sucesiva por reunión (acumulación de autos).

Interpuestos varios recursos con ocasión de actos o disposiciones en las que concurran la circunstancias del artículo 44, el Tribunal podrá, en cualquier momento procesal y previa audiencia de las partes, decretar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas (art. 47).

c) Acto.

1. Requisitos: Tiempo. Los plazos serán siempre improporrogables y transcurridos se tendrá por caducado el derecho y perdido el trámite o recurso no utilizado, sin necesidad de apremio o acuse de rebeldía. Sólo correrán durante el periodo de vacaciones de verano los plazos señalados para interponer el recurso contencioso-administrativo y el de revisión (art. 121).

2. Ineficacia. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes del mismo (art. 127, 1).

C. Procedimiento.

a) Procedimiento ordinario.

1. Fase de interposición y admisión.

a') Diligencias preliminares. Recurso de reposición como regla general (artículos 52 a 55 y declaración de lesividad cuando la Administración demande la anulación de sus actos (art. 56).

b') Escrito de interposición, reclamación y examen del expediente y admisión o inadmisión del recurso (arts. 57 a 62).

c') Suspensión de la ejecución del acto o la disposición impugnada. No tendrá lugar por la interposición del recurso, salvo que el Tribunal lo acuerde, a instancia del actor, que podrá pedirlo en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia, prestando caución suficiente si puede resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero (artículos 122 a 125).

d') Emplazamiento del demandado y coadyuvante y personación de los mismos (art. 63 a 66.)

2. Fase de alegaciones.

a') Demanda (arts. 67 y 69). Previamente a ella cabe pedir que se complete el expediente (art. 70).

b') Posibles alegaciones previas por parte de demandados y coadyuvantes (arts. 71 a 73).

c') Contestación a la demanda (arts. 68, 69 y 73). Previamente a ella cabe pedir que se complete el expediente (art. 70).

3. Fase de prueba.

Petición del recibimiento a prueba en los escritos de demanda y contestación, recibimiento a prueba, que también se puede acordar de oficio y proposición y práctica de la prueba (arts. 74 y 75).

4. Fase decisoria.

a') Terminación normal.

a'') Vista cuando lo pidan las dos partes o el Tribunal lo considere necesario o escrito de conclusiones en sustitución de la misma (arts. 76 a 79).

b'') Sentencia. Debe decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso, conteniendo, además, el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas. Puede contener alguno de estos fallos: inadmisibilidad del recurso, estimación y desestimación. Procederá este último cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder, constituyendo desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico (arts. 80 a 84).

b') Terminación anormal.

Regula específicamente la Ley como «otros modos de terminación del procedimiento»: el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocesal de las pretensiones y la caducidad (arts. 88 a 91).

b) Procedimientos especiales.

1. Por razones jurídico-materiales.

Regula como tales la Ley el referente a materia de personal (arts. 113 a 117), el de los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las Leyes (art. 118) y el que versa sobre validez de elecciones y aptitud legal de los proclamados Concejales y Diputados provinciales (arts. 119 y 120).

2. Por razones jurídico-procesales. (Incidentes.)

Todas las cuestiones incidentales, incluso las referentes a la nulidad de actuaciones, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos (art. 126).

D. Efectos.

a) Jurídico-materiales.

Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo, declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridas (art. 84, apart. a).

b) Jurídico-procesales.

1. Ejecución de las sentencias.

a') Corresponde al órgano que dictó el acto o la disposición objeto del recurso (art. 103), para lo cual debe ser notificada por el Tribunal una vez que sea firme (art. 104), debiendo el órgano a quien corresponda adoptar una de estas tres resoluciones: ejecución del fallo, suspensión total o parcial por el plazo que se señale o inejecución en absoluto total o parcialmente (artículo 105, 1).

Si dentro del plazo de dos meses desde la recepción de la sentencia no se adopta alguna de las medidas anteriores, sin perjuicio de la responsabilidad a que esto dé lugar, se ejecutará la sentencia en la forma y término que en el fallo se consignen, bajo la personal y directa responsabilidad de los Agentes de la Administración (art. 105, 6).

b') La suspensión o in ejecución sólo podrá decretarse por el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario fundándose en alguna de las causas siguientes:

- 1.* Peligro de trastorno grave del orden público.
- 2.* Temor fundado de guerra con otra potencia si hubiera de cumplirse la sentencia.
- 3.* Quebranto en la integridad del territorio nacional.
- 4.* Detrimiento grave de la Hacienda Pública (art. 105, 2).

No pueden suspenderse ni dejar de ejecutarse las sentencias confirmatorias de actos o disposiciones de la Administración, salvo las dictadas sobre recursos interpuestos por la misma contra sus actos declarados lesivos (artículo 105, 5). Tampoco por imposibilidad legal o material y si este caso se presentase será sometido por la Administración, por medio del Abogado del Estado, al Tribunal respectivo, dentro del referido plazo de dos meses, a fin de que con audiencia de las partes se acuerde la forma de llevar a efecto el fallo (art. 107).

Señalamiento por el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes perjudicadas y previa audiencia de las demás, en los casos de suspensión o in ejecución, de la suma que debe satisfacerse al interesado como resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios, si no fuera posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia y notificación al Gobierno de dicha resolución (art. 106).

Responsabilidad civil y penal (delito de desobediencia) por la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores (art. 109).

2. Cosa juzgada.

a') Cosa juzgada formal. (Recursos.)

a'') Recursos ordinarios contra las sentencias. Las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales serán susceptibles de recurso de apelación salvo las que se dicten en asuntos cuya cuantía no exceda de 80.000 pesetas, las de personal, excepto si se refieren a la separación de empleados públicos inamovibles, las de aprobación o modificación de las Ordenanzas de Exacciones de las Corporaciones Locales y las de validez de elecciones de Concejales y Diputados provinciales. Las sentencias que versen sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación (art. 94). Los recursos de apelación podrán interponerse por quienes estén legitimados como parte demandante o demandada, sin que puedan los coadyuvantes interponerlos con independencia de las partes principales (art. 95).

b') Recursos extraordinarios contra las sentencias. Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales no susceptibles de apelación ordinaria podrán ser impugnadas en interés de la Ley, por la Abogacía del Estado (art. 101). Contra las sentencias firmes de

las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales podrá utilizarse el recurso extraordinario de revisión en los casos y formas que determina el artículo 102.

b') Cosa juzgada material.

La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso sólo producirá efectos entre las partes. La que anulará el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos (art. 86).

c) Económicos.

1. Costas. Se imponen a la parte que sostenga su acción o interponga el recurso con mala fe o temeridad. Procedimiento de apremio para su ejecución (art. 131).

2. Beneficio de pobreza. Independientemente de los efectos que el artículo 132 señala a su solicitud y que afectan a la interposición, el artículo 130, aparte de respetar el beneficio de probeza cuando se conceda, establece la gratuitud del procedimiento contencioso-administrativo, sin perjuicio de la condena en costas, cuando el recurso se refiera a actos de la Administración Local o a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

B. OBSERVACIONES: 1. Cabe destacar, en términos generales, el acierto con que el legislador ha resuelto los numerosos problemas, tanto de política como de técnica jurídica, que plantea el proceso administrativo. En el aspecto político supone una correcta interpretación del dogma de la división de poderes. En la vertiente técnica implica la consagración de las ideas básicas a que ha llegado la más reciente y autorizada doctrina procesal y administrativa.

Teniendo en cuenta la existencia del ordenamiento jurídico en que se inserta, la Ley sólo atiende a regular aquellas especialidades que la justifican y constituyen su objeto, restringiendo en lo demás, para evitar inútiles repeticiones, a las normas vigentes y particularmente a la Ley de Enjuiciamiento civil.

2. Problema básico había de ser el de determinar los órganos encargados del control de la Administración. Definitivamente criticado el sistema de jurisdicción retenida, se mantiene el criterio judicialista, pero con una decidida aspiración a que las personas que lo encarnen posean la adecuada formación administrativa. En cuanto a su naturaleza jurídica, estamos ante una jurisdicción especial por razón de un sujeto (la Administración) que obra normalmente conforme a un régimen jurídico especial, sometiéndose a la jurisdicción ordinaria sólo cuando actúe conforme al Derecho común. Es, por tanto, la *jurisdicción normal de la Administración pública*. Y significa la pieza fundamental para lograr que este sujeto prepotente quede efectivamente sometido a la Ley.

3. El ámbito material de aplicación se determina con precisión y claridad. Con carácter general se exigen dos requisitos: un sujeto (la Administración pública) y una actividad sometida a un régimen especial exorbitante del común (el Derecho Administrativo). Se aparta así del viejo y criticado principio del servicio público como delimitador del Derecho Administrativo. Para evitar toda duda la Ley puntuiza con más detalle lo que se incluye y lo que se excluye de su ámbito. Entre lo primero los contratos de obras y servicios públicos y la responsabilidad patrimonial. Se excluye, en cambio, la materia civil (y mercantil), la social y la penal. Asimismo, quedan excluidos del control jurisdiccional los actos de gobierno, pero no las consecuencias económicas que pueda tener en el matrimonio de los particulares, manteniendo íntegro el principio de garantía patrimonial del administrado. Por

último, se excluyen las cuestiones de competencia y los conflictos de atribuciones.

En relación con los contratos se mantiene la tesis tradicional de distinguir entre contratos privados y contratos administrativos de la Administración. El criterio de distinción radica en la existencia de un *tus singulare* para estos últimos que se justifica por el fin de interés público que se persigue con ellos («obras y servicios públicos» es la fórmula empleada por nuestra legislación administrativa) (1).

En punto a responsabilidad patrimonial su inclusión dentro del ámbito de lo contencioso administrativo venía impuesto por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 121 y sigs.) que establece un régimen especial (administrativo) sobre responsabilidad de la Administración.

4. En relación con los sujetos se dictan normas especiales sobre competencia y capacidad. La competencia, como la jurisdicción, incluso la competencia territorial, es improporcional pudiendo apreciarse el defecto incluso de oficio. La competencia territorial atiende al lugar de realización del acto administrativo y no a la sede del órgano que lo dictó. La capacidad procesal de las partes se pone de acuerdo con las normas que regulan la capacidad de obrar en el ámbito material administrativo. Son elogiables las soluciones adoptadas en punto a la legitimación. Asimismo, hay que destacar la claridad y precisión con que se regula la borrosa figura del coadyuvante al que se permite la posición de demandante sólo al lado de la Administración pública en los procesos en que ésta es actora.

5. La pretensión contencioso-administrativa ha de girar en torno a un acto administrativo, puesto que estamos en presencia de una jurisdicción revisora. En este punto se dan soluciones correctas y justas sobre los efectos del «silencio administrativo».

Manteniéndose la unidad sustancial de la pretensión administrativa y del proceso que origina, se rechaza la dualidad plena, jurisdicción y anulación y se descoje la distinción de la que se separa recurso subjetivo y objetivo, poniendo en claro problemas que habían venido siendo erróneamente considerados por nuestra doctrina.

6. El procedimiento se aligera de formalismos, observándose la importante modificación orgánica y procesal que supone la vuelta de la materia de agrarios al ámbito que corresponde a su naturaleza. Queda únicamente diferenciada, dentro del proceso administrativo, como procedimiento especial.

7. Por último, se ha tratado de vigorizar al máximo la intervención del órgano jurisdiccional en la ejecución de la sentencia, sin tocar para nada el viejo principio, consagrado en el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad, de que los Tribunales no pueden despachar mandamientos de embargo ni, en definitiva, ejecutar a la Administración. Se limitan a los cuatro supuestos tradicionales los casos en que puede ser decretada la inejecución de la sentencia por el Gobierno y, aún entonces, se mantiene la obligación de indemnizar. (J. A. y R. I.)

OTRAS DISPOSICIONES

ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO: REORGANIZACIÓN: Se crea el Ministerio de la Vivienda, que absorberá las funciones del Instituto Nacional y de las Direcciones Generales de Arquitectura y Urbanismo y Regiones Devasta-

(1) Eduardo García de Enterría: "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", R. A. P. 1953, núm. 10, págs. 241 y ss. Critica la regulación de la contratación local del Reglamento de Contratación de las Entidades locales, 9 enero 1953.

das; se establecen cuatro Comisiones Delegadas del Gobierno: de Asuntos Económicos, de Transportes y Comunicaciones, de Acción Cultural y de Salud y Asuntos Sociales y se instituye, en la Presidencia del Gobierno, una Oficina de Programación y Coordinación Económica, encargada de elaborar, con visión de conjunto y criterio de unidad, los planes de desarrollo económico del país. (Decreto-Ley 25 febrero 1957; B. O. del 26.)

B I B L I O G R A F I A

LIBROS

BATILLE VAZQUEZ, Manuel: «La propiedad de casas por pisos». Alcoy, 1956; 218 págs.

A los dos años escasos de la publicación de este libro en segunda edición, ha aparecido la tercera publicada, como aquélia, por la Editorial Marfil con mayor esmero tipográfico, si cabe.

Ya entonces, en 1954, publicó el ANUARIO DE DERECHO CIVIL una reseña de la obra del Rector de la Universidad de Murcia, firmada por mí. Sustancialmente, se desenvolvían en ella dos ideas: una valoración del trabajo científico magistral que el libro supone y una incoada y respetuosa crítica del concepto que el profesor Batlle sustenta, desde su primer trabajo acerca de este tema en 1933, de la propiedad de casas por pisos.

En líneas generales esta segunda idea habría de quedar aquí como allí estaba. Cabría añadir, si acaso, que el concepto bifronte de la institución, tal como el doctor Batlle lo concibe, se ha ido generalizando en la doctrina, a la vez que se va depurando en otras manifestaciones con eficacia jurídica práctica más directa, como la jurisprudencia y la legislación comparada. Incluso cabría destacar que en una y otra quedan bastante distanciados los aspectos doctrinales o «proclamativos» —considerando y exposiciones de motivos— de los aspectos positivos —fallo y articulado, respectivamente—. Basta con referirse a dos ejemplos recientes y próximos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1956 y el Decreto-ley portugués número 40.333, de propiedad horizontal, de 14 de octubre de 1955. Cabría, finalmente, como entonces pudo hacerse, desarrollar aquella posición crítica con razones que harían de esta reseña un amplio trabajo con sólo seguir la línea argumental que lleva al autor a proclamarse partidario de esta —llámémosle— teoría clásica aun cuando con el matiz original de «no excluir del todo la figura de las servidumbres» (pág. 62) «para explicar determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos, pero no afectando a todos ellos».

Nada de esto, por razones de espacio y de contenido, se va a hacer aquí. Parece oportuno, sin embargo, dedicar una renovada atención al primer aspecto: el del valor intrínseco del trabajo. Y ello, fundamentalmente, porque esta tercera edición ha superado ampliamente, con su revisión y puesta al día, el mérito de la segunda. En aquélia pudo decirse que el autor, sin precedente ninguno en la bibliografía española, había escrito un Tratado completo de la propiedad de casas por pisos. En ésta hay que añadir que, como resultado de una continua meditación y estudio de los variados problemas que comprende, ha fructificado el estudio en soluciones prácticas y madurado en solidez científica.

La estructura general de la obra aparece, por eso, inalterada. En el aspecto externo de las adiciones sólo se puede observar que el primitivo índice

está completado con un párrafo dedicado a establecer la jerarquización de las normas por las que la institución se rige; el que se ha recogido en un anexo las disposiciones sobre préstamos a inquilinos para fomentar la adquisición de pisos y la puesta al día de la bibliografía específica. Este último dato explica la preocupación constante del autor por el objeto de este estudio. El segundo, el alcance y utilidad prácticos de la obra. El definir el orden de fuentes que hay que observar para tener una perspectiva completa del régimen de la propiedad de casas por pisos resulta del mayor interés por cuanto se pueden resolver muchas dudas innecesarias cuando las cuestiones de principio están claras. Basta a Batlle indicar en cada apartado la razón que justifica el rango atribuido a las normas. Entonces se comprende la importancia práctica que en Derecho tienen las cuestiones teóricas. Y la distancia a que en la práctica puede llevar una pequeña variación de matiz en los principios o en los fundamentos. Así se advierte en el apartado D) que sitúa en el lugar normativo correspondiente las disposiciones legales aplicables a la copropiedad o la propiedad individual, sin prejuzgar un orden entre ellas, sino utilizándolos según se trate de «casas comunes» o «individuales», aunque considerándolas aplicables únicamente cuando «no pugnen con la particular naturaleza de la propiedad por pisos y contraríen su finalidad». Lo que advierte una vez más la importancia de la naturaleza jurídica de las instituciones, como punto de partida para una solución coherente de los asuntos que, como éste, son al mismo tiempo, fuente de soluciones.

En este aspecto, el nuevo apartado está en la misma línea que la edición anterior y, sobre todo, que la profundización de las cuestiones que se ha hecho en la edición nueva. Y este es, precisamente, uno de los méritos principales de la obra: dar a los temas un enfoque doctrinal suficiente para que las soluciones prácticas fluyan fácilmente. La vocación, formación y dedicación universitaria del autor avizoran la calidad del trabajo en lo que supone de investigación teórica. Su fino sentido jurídico lo que tiene de solución, muchas veces más sugerida que preconizada.

Por eso, no puede extrañar que en este libro aumente el valor práctico del conjunto a la vez que han aumentado investigaciones tan teóricas en apariencia como el desenvolvimiento histórico de la institución —que contiene verdaderas revelaciones en el hallazgo de precedentes— o el cuadro clasificatorio de las diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza de esta discutida institución. Que, en plena evolución de su fenomenología, necesita concretar cada vez sus soluciones ramificadas hasta el mínimo detalle, partiendo de conceptos claros y generales.

Por eso, un libro sobre propiedad de casas por pisos ha de ser lo más lejano a un recetario, de los que tantos existen en la literatura jurídica comparada. Ha de ser, precisamente, del talante que ofrece éste del profesor Batlle.

J. M. DESANTES

CASALS COLDECARRERA, M.: «Estudios de oposición cambiaria». Editorial Ahr. Barcelona, 1957; 588 págs.

Nuestra bibliografía jurídica tan necesitada de monografías jurídicas que sin perder altura científica sean eminentemente prácticas, se ha enriquecido con una obra que reúne esta característica y no descuida en lo más mínimo, sino que atiende con esmero las aportaciones doctrinales, tanto españolas como extranjeras. Nos referimos al primer volumen de los «Estudios de oposición cambiaria», de nuestro amigo Miguel Casals Colldecarrera, que ha superado ampliamente sus anteriores publicaciones.

Quedan para el segundo volumen de la obra el estudio de la oposición basada en razones causales. El que comentamos se ocupa de los motivos de oposición por razones fiscales, por defectos intrínsecos del título, las excepciones formales, las defensas procesales en general aplicables al juicio ejecutivo cambiario, las derivadas de falta de capacidad de legitimación cambiarias, o de carencia o insuficiencia de la representación invocada. Tal vez la sistemática del volumen no sea rigurosamente científica, pero, sin duda, es evidentemente eficaz para el objetivo perseguido. Casals Colldecarrera se ha trazado una labor eminentemente práctica y la ha realizado exhaustivamente, sin dejar nada por otear ni estudiar. Para ello sigue su orden; el orden que su visión práctica le aconseja, para agotar la materia sin dejar posibilidad alguna por examinar.

Se divide el volumen en ocho capítulos. El primero lo dedica al estudio de la doctrina sobre la inoponibilidad de excepciones cambiarias frente al tercer poseedor de la letra. Para enfocar con horizontes la cuestión, después de examinar la letra de cambio en su doble aspecto de instrumento de pago y de instrumento de crédito, estudia la justificación teórica de esta regla a través de las teorías que explican las relaciones jurídicas nacidas de la emisión de la letra. Así analiza las teorías clásicas francesas, que descomponían en diversos contratos las relaciones cambiarias: contrato de crédito entre librador y tomador, contrato de mandato entre librador y librado, cesión de crédito entre endosante y endosatario (Nouguier, Debray, Pichón); las teorías de la delegación (Thaller) y del contrato a favor de tercero (Desbois). Entra luego en el examen de la doctrina alemana, orientada con anterioridad a la Ordenanza de 1848 hacia la configuración de la letra como contrato abstracto: sea promesa unilateral hecha al público (Eibert), obligación formal (Liebe), contrato abstracto (Thol). Y las posteriores a dicha Ordenanza: de la emisión (Brunner) y de la creación del título (Giarke), del contrato con el primer tomador a favor de éste y de los indeterminados futuros tenedores cambiarios del título (Golschmidt), de la oferta indeterminada a esos futuros tenedores (Schon) —entre las teorías contractuales— y las teorías de la vinculación unilateral (Kumize, Seegel), sus limitaciones según Grunhut y Stobe (respectivamente, en caso de falta de buena fe del tenedor o de desposesión involuntaria del remitente), la teoría de la personalización del título (Bekker) y de la incorporación del crédito en el título —metamorfoseándose en un derecho real sobre el documento (Carlin, Brunner)—, la tesis de la apariencia de Jacobi, que en Italia siguen Mosse, Messineo y

Bolaffio; la posición teleológica de Heck y la «*ius positivista*» y realista de Garrigues.

Resumiendo la posición de la jurisprudencia española en materia de estas concepciones básicas observa Casals: I) El carácter limitado de las excepciones oponibles. II) La inoponibilidad de las excepciones fundadas en vicios del consentimiento del obligado cambiario, frente a la acción ejecutiva ejercitada por el tercero tenedor del cambial. III) Y la nítida distinción entre la obligación causal que surge del negocio subyacente, y la obligación abstracta surgida del contrato cambiario.

El capítulo II trata de las excepciones derivadas de las leyes fiscales: por falta, insuficiencia, extemporaneidad o falsedad del timbre; utilización de timbres invalidados o inutilización, insuficiencia de timbre y distribución de la cantidad en varias letras, para defraudar Timbre.

El capítulo III está dedicado a las excepciones formales por defecto de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 444 del Código civil. El lugar: su inexistencia, lugar imaginario, imprecisión en su señalamiento, falsedad del lugar. La fecha: su trascendencia en orden al derecho intertemporal, al momento de determinar la capacidad del firmante, a la determinación del vencimiento y a la cuantía del timbre, si su duración excede de tres meses; los defectos de inexistencia e insuficiencia, fecha imposible o contradictoria, falsedad de la fecha (con los supuestos de imposibilidad material y de fraude de la ley para esconder la incapacidad de uno de los firmantes sufrida en el día en que realmente firmó) y alteración de la fecha. Montante de la letra: falta de designación de moneda, liquidez, divergencias de cantidad; la indivisibilidad del montante; la cuantía ejecutiva y el intento de agrupación de varias letras para alcanzar esa suma ejecutiva. Designación del librado: su falta absoluta y su imprecisión; el librado imaginario y la pluralidad de librados. Domicilio del librado: el examen de si su omisión provoca o no la nulidad de la letra; distinción del domicilio del librado —requisito indispensable a su juicio, por ser la letra un documento de presentación— y el domicilio de pago que puede determinarse «*a posteriori*» o ser deducida por las reglas del artículo 505 C. de c.

Continúa en el capítulo IV tratando de las excepciones formales: La suscripción del librador: la necesidad de que su firma sea manuscrita; la inaceptabilidad del seudómino y de la huella dactilar; la firma por representante; la pluralidad de libradores (ocupándose de las relaciones externas e internas entre los colibradores); la firma ficticia. El tomador: la letra librada a la propia orden; la falta de designación de tenedor; el modo de designación; la pluralidad de tomadores (conjunta o alternativa); el dador de valor. El vencimiento: su significación; su falta de señalamiento; sus modalidades, forma y lugar de su indicación; necesidad de su certeza; consecuencias de su indemnización: el vencimiento imposible; la unicidad e inmutabilidad del vencimiento. La cláusula de valor: su inexistencia y su falsedad.

El capítulo V trata de las que denomina defensas procesales de carácter general, por quebrantamiento o inobservancia de los presupuestos ge-

nerales del proceso. Falta o insuficiencia del poder del procurador, inexistencia de bastanteo, falta de firma de letrado en la demanda ejecutiva, falta de capacidad del procurador y de capacidad o de legitimación procesal del ejecutante e incompetencia de jurisdicción. Estudian las cuestiones de competencia territorial que pueden suscitarse, determinándola por el lugar de pago de la letra, si no lo tuviere señalado por el domicilio del librado y, en caso de ejercicio, de la acción de regreso contra el librador por el domicilio de éste.

La capacidad cambiaria es el tema del capítulo VI. Distingue la capacidad activa y la pasiva. Observa que la firma de un incapaz no por el hecho de su incapacidad deja de cumplir una función meramente formal en la letra; ya que puede servir de base para otras declaraciones cambiarias perfectamente válidas, en función al principio general de la autonomía de las distintas obligaciones contenidas en la letra. Trata de la importancia de la fecha de la letra para juzgar de la capacidad. Y estudia sucesivamente la capacidad de los menores sin emancipar, de los emancipados en sus diversas hipótesis, los sordomudos, enfermos mentales y pródigos; la de los quebrados, concursados, y del suspenso de pagos; de la mujer casada, en los diversos supuestos en que puede hallarse. distinguen en especial la mujer casada comerciante (que aprovecha para estudiar la calificación de comerciante) y la no comerciante; el aval cambiario de la mujer casada, con las especialidades forales del capítulo XI del *Recognoverunt Proceres, Senado consulto Velezano y Auténtica «si qua mulier»*; y la firma de asistencia. El dolo del incapaz; la capacidad de las personas jurídicas y la prueba de la capacidad.

La interensatísima cuestión de la legitimación cambiaria, es tratada en el capítulo VII. Legitimación general y legitimación cambiaria en particular; legitimación activa y legitimación pasiva. La legitimación originaria, principal y plena la posee, en primer término, el tomador inicial que ha conservado la letra en su poder, y, en segundo término, el endosatario que adquirió la posesión de la letra unida a una serie regular de endosos. Importancia legitimaria de la cadena de endosos. La legitimación del adquirente por modo civil, por cesión del crédito, transmisión hereditaria, fusión de sociedades o asunción de patrimonios mercantiles, adjudicación en subasta judicial, etc., y las excepciones oponibles. Legitimación indirecta, en especial la de los síndicos. Legitimación pasiva del aceptante de la letra, el avalista, el librador y los endosantes en vía de regreso, así como de los herederos del obligado cambiario.

El capítulo VIII está dedicado a la representación cambiaria; sea voluntaria, nacida de poder o mandato con representación, necesaria; por incapacidad o por no saber firmar el obligado cambiario, o en supuestos de sociedades mercantiles o personas jurídicas en general, y legal, de los síndicos de la quiebra, albaceas, depositarios-administradores, etc. Ello le da ocasión para el estudio de las relaciones entre representación y mandato; de las facultades cambiarias de los factores o gerentes aun cuando no se las señale específicamente tal facultad. El instrumento de la representación. De cómo debe firmar el representante. Sus posibles defectos: suscripción sin la firma del representante y suscripción sin indicación del

representado. La falta absoluta de poder; la responsabilidad cambiaria y extra cambiaria del falso representante. La revocación del poder: los actos del representante que ignore su extinción; la publicidad necesaria de la revocación, y los casos en que es necesaria su inscripción en el Registro Mercantil. El exceso y el abuso de poder. La ratificación del representado. La apariencia en la representación cambiaria: el factor por notoriedad; el apoderado removido que conserva el poder; la falta de publicidad en la revocación; la supervivencia registral. Las relaciones entre representantes y representado, en el ámbito del derecho mercantil y del civil, con sus diversos supuestos.

El capítulo IX y último trata de la voluntad en las declaraciones cambiarias: Voluntad de creación y voluntad de emisión de la declaración cambiaria. Los vicios de la voluntad y su relación con las excepciones causales. La oponibilidad incluso contra terceros cambiarios de buena fe, del error obstativo y de la violencia absoluta. Y la inoponibilidad a terceros cambiarios de buena fe de la reserva mental la simulación, el error vicio de la voluntad y la intimidación. Examen de la violencia y la intimidación cambiarias en la ley de 12 de diciembre de 1942. El concepto de buena fe aplicado al tercero cambiario. La valoración del silencio del que haya suscrito una declaración cambiaria viciada. El dolo cambiario; su problemática: en la letra redactada en blanco, en la adquisición de la letra, en la declaración cambiaria y el proceder doloso del tenedor en perjuicio del obligado.

Está, pues a la vista que el contenido de la obra no puede ser más sugestivo. Estar tratado muy densamente y con gran sentido práctico. La acompañan los considerandos interesantes de la jurisprudencia sobre la materia, no sólo del Tribunal Supremo, sino también de las Audiencias, recogidas en notas.

Como ha dicho don Joaquín Garrigues al cerrar su brillante prólogo de la obra, «todos cuantos nos dedicamos al estudio teórico de estos problemas y a su realidad en la práctica de los Tribunales (y añadiré también, quienes los vivimos más o menos directamente en nuestros despachos profesionales) hemos de estar agradecidos a la meritoria labor realizada por el señor Casals Colldecarrera. Y felicitarle efusivamente, quedando en impaciente espera del segundo volumen de esta magnífica obra.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

GIERKE, Julius von: «*Handelsrecht und Schiffsrechts*», 7.^a edición Walter de Gruyter, Berlin 1955, XVI + 644 págs.

La presente edición del conocido «Derecho mercantil y de la navegación» del profesor GIERKE no comprende, al igual que las anteriores, el tratado de los títulos-valores y el tratado de seguros, materias estudiadas por el autor en otras obras: *Recht der Wertpapiere*, 1954, y *Versicherungsrecht*, tomo I 1937, tomo II 1949. Una notable novedad ofrece la presente edición en su sistemática general: las «condiciones generales» que en la sexta edición

figuraban en la doctrina general de los contratos mercantiles, son ahora expuestas en la parte relativa a las fuentes del Derecho mercantil alemán.

El autor examina con cierta amplitud la doctrina de la empresa mercantil (págs. 71-128), revisando críticamente las nuevas teorías que acerca de su naturaleza jurídica han emitido recientemente GIESKE (la empresa se funda en un conjunto de actividades) y HURMANN (el círculo de actividades de la empresa supone un derecho de la personalidad), y reafirmando su anterior concepción de la empresa: patrimonio separado cuyo núcleo viene constituido por el «círculo de actividades» del empresario, cosa in corpóral a la que deben aplicarse por analogía los preceptos relativos a las cosas muebles. Por otra parte, GIERKE ha introducido en la presente edición correcciones y modificaciones con respecto a las siguientes materias: separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada, carteles, compraventa mercantil, cuenta corriente y significado económico del préstamo a la gruesa.

También son numerosas las innovaciones que presenta la obra comentada. El autor estudia la Ley de 6 de agosto de 1953 que ha dado nueva redacción a los artículos 84 a, 92 c del H G B, relativos a los representantes comerciales; GIERKE considera acertados los principios inspiradores de la nueva regulación, pero critica su sistemática y terminología. La Bolsa como institución auxiliar del tráfico mercantil y los negocios bursátiles, materias que no figuraban en la edición anterior, son sucintamente estudiadas por GIERKE. También expone el nuevo régimen que para el transporte automovilístico de cosas ha introducido en la República Federal Alemana la Ley de 17 de octubre de 1952. El examen del contrato de transporte aéreo es otra innovación de la presente edición; este contrato tiene, a juicio del autor, naturaleza mercantil y ha de configurarse como un arrendamiento de obra.

La concisión y acertado sentido crítico del libro reseñado hacen altamente recomendable su consulta a todo el que desee informarse acerca del Derecho mercantil alemán. Es sorprendente, en cambio, la información que el profesor GIERKE proporciona acerca de la literatura mercantilista española; aparte de referirse a amplios informes de los profesores POLO y GIRÓN TEZA publicados en la *Z. H. R.*, tomos 104 y 117, respectivamente, se limita GIERKE a señalar que una breve exposición del Derecho mercantil español puede encontrarse en el *Manual* de G. AVILÉS, Madrid 1933.

CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

LARENZ, Karl: «Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Zweite neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Beck Verlag, München und Berlin 1957, XII 195 págs.

La primera edición de esta obra del profesor LARENZ, tan comentada y discutida en la literatura jurídica europea (1), se agotó rápidamente, por lo cual el autor se ha visto obligado a realizar una segunda edición en la que somete a revisión su propia doctrina. De los cinco capítulos en que se

divide el libro, han sido completamente reelaborados en esta segunda edición los dos últimos. A ellos vamos a dedicar seguidamente nuestra atención.

En el capítulo IV, apartados I y II, se examina la posición de la jurisprudencia alemana posterior a la segunda guerra mundial en torno al problema de la base del negocio. El Tribunal Supremo de Colonia, y más tarde el Tribunal Federal, declararon repetidamente que el principio de fidelidad contractual debe ceder en favor de la aplicación de la doctrina de la base del negocio únicamente cuando la prestación no sea exigible al deudor en virtud de la buena fe y en consideración a las circunstancias del caso concreto; el criterio de la inexigibilidad de la prestación debe determinar, asimismo, las consecuencias jurídicas que en cada caso han de producirse. La exigibilidad o inexigibilidad de la prestación vendrá determinada, a juicio del Tribunal Federal, por la armonía entre el interés del acreedor en el cumplimiento y la situación económica del deudor; para ello será preciso tomar en consideración el mayor número posible de datos y circunstancias referentes al deudor y acreedor. La sentencia será más equitativa cuanto mayor sea el conjunto de circunstancias consideradas por el Juez. Pero, señala LARENZ, a medida que la sentencia sea más equitativa, será más insegura e imprevisible y sobrepasará la finalidad y medios propios de los Tribunales ordinarios. A pesar de haberse percatado en algunas ocasiones de esta evidente conclusión, el Tribunal Federal ha continuado manteniendo en la mayoría de los casos (entre ellos el famoso proceso de los *Volkswagen* todavía no resuelto definitivamente) su equitativo, pero impreciso criterio de la «inexigibilidad». En el apartado III del capítulo IV, estudia LARENZ las relaciones entre el amparo judicial para la revisión de contratos y la consideración de la base del negocio en virtud del § 242 del BGB (cuestión que en la edición anterior era tratada en el capítulo V). En torno a este problema continúan existiendo en Alemania dos opiniones contrapuestas. Algunos autores (GEYER, KEGEL) y la jurisprudencia del Tribunal Federal mantienen la completa identidad de ambas instituciones. La doctrina dominante (NIPPERDEY, V. GODÍN, SIEBERT, SAAGE, DUDEN-ROWEDER) y la exposición de motivos de la nueva ley federal de 26 de marzo de 1952 sobre amparo judicial sostienen que ambas instituciones son esencialmente diferentes. LARENZ reafirma su anterior posición: amparo para la revisión de contratos y base del negocio se mueven en distintas esferas, siendo la primera una medida de emergencia, al paso que la segunda forma parte del permanente Derecho de obligaciones. En el apartado IV estudia LARENZ diversas cuestiones concretas relativas a la aplicación de la base del negocio por los Tribunales alemanes con poste-

(1) *Vid.* la completa recensión que de la primera edición hizo el Prof. DE CASTRO en este ANUARIO, V-1.º, pp. 279 ss. Cfr. también la recensión del jurista sueco KARLGREN, en *Svensk Juristidning*, 1952. En la doctrina alemana se han ocupado ampliamente del libro de LARENZ: NIPPERDEY (14 edición de la Parte General de ENNECERTS), v. GODÍN (Comentario al HGB), SIEBERT (en el Comentario de SOMMER, al BGB) y KEGEL (Comunicación presentada a la 40. "Deutschen Juristentag, Hamburg, 1954"). La primera edición ha sido traducida por mí al español, traducción que, junto con un Estudio Preliminar, estaba ultimada en junio de 1955, y ha sido publicada en 1956 por la Editorial "Revista de Derecho Privado".

rioridad a 1945. Especial interés presenta la hipótesis de que la falta de la base del negocio se haga patente cuando el contrato ha sido ya ejecutado por ambas partes; LARENZ cree que la doctrina de la base del negocio debe aplicarse en dos casos de esta índole: a) cuando la base del negocio faltaba *ab initio*, pero ello se puso de manifiesto después de cumplido el contrato; b) cuando el fin común de ambos contratantes debe realizarse en el futuro, y se frustra una vez que el contrato ha sido consumado. En el apartado V expone LARENZ algunos de los casos resueltos después de 1945 por los Tribunales alemanes, encuadrándolos dentro de los supuestos de base del negocio subjetiva, base del negocio objetiva (destrucción de la relación de equivalencia e imposibilidad de alcanzar el fin), y supuestos atípicos. Entre las modernas sentencias destacan las dictadas con motivo de la aplicación del § 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 25 de junio de 1952. Este precepto regula un supuesto concreto de posterior destrucción de la relación de equivalencia; la jurisprudencia relativa al mismo ha actuado con plena objetividad, atendiendo al sentido del contrato y no a las diversas circunstancias personales de los contratantes.

En el apartado I del capítulo V examina LARENZ el fundamento metódico de la teoría de la base del negocio. El principio LARENZ se mantiene fiel a la fundamentación defendida en la primera edición de su libro: las consecuencias de la inexistencia o desaparición de la base del negocio no han de fundarse aisladamente en el § 242 (buena fe objetiva) o en el § 157 (interpretación conforme a la buena fe) del BGB, sino en la interna cohesión existente entre ambas disposiciones. Tan sólo ha variado la exposición de su doctrina. De manera altamente sugestiva y haciendo gala de su cimentada preparación filosófica apoya LARENZ su doctrina en el significado que a la autonomía privada y a un imperativo objetivo y categórico (llamado justicia distributiva o de otro modo) corresponden en el Derecho cocontractual. Este problema, propio de una Filosofía del Derecho privado independiente de todo ordenamiento positivo, debe ser resuelto en el sentido de que la autonomía privada y la justicia distributiva no se contraponen, sino que se condicionan mutuamente y se encuentran dialógicamente coordinados. Las consecuencias que produce la falta o desaparición de la base del negocio, son analizadas por LARENZ en el apartado II del capítulo V. El camino seguido en la primera edición de la obra (señalar las diversas consecuencias aplicables a las diferentes clases de la base del negocio), es abandonado ahora por LARENZ. Cree éste, como consecuencia del estudio de la nueva jurisprudencia y de las críticas a su teoría por parte de la doctrina alemana, que en esta materia no pueden indicarse soluciones definitivas, sino tan sólo trazar principios generales adaptables a los casos concretos. La base del negocio subjetiva y objetiva deben mantenerse diferenciadas conceptualmente, pero aparecen entremezcladas en la vida jurídica, por lo cual resulta improcedente diferenciar sus consecuencias. Sin embargo, la distinción de base del negocio subjetiva y objetiva conserva todavía cierto valor en la determinación de los supuestos de hecho: cuando se comprueba la existencia de una base del negocio subjetiva, huelga toda ulterior investigación (de hecho más difícil), acerca de si en un contrato ha desaparecido la base del negocio objetiva. En este sen-

tido, puede afirmarse que a la base del negocio objetiva corresponde un «significado secundario». No pueden señalarse, por tanto, diferentes consecuencias para la desaparición de la base del negocio subjetiva y objetiva, dado que ambas desaparecerán simultáneamente en muchos contratos. En todo supuesto de falta o desaparición de la base del negocio, es necesario considerar si puede mantenerse el contrato adaptándolo a las nuevas circunstancias sobrevenidas, o si, por el contrario, resulta imposible conservar el contrato; en esta segunda hipótesis (que comprende los casos de frustración de la finalidad, mutuo error sobre la base de cálculo, etc.), los contratantes están facultados para resolver o denunciar el contrato. Después de sentar esta regla general, LARENZ concreta las diferencias entre su anterior y actual doctrina: a) la falta o desaparición de la base del negocio subjetiva no hace ineficaz el contrato, el § 779 del B G B debe reducirse a su supuesto concreto y no puede generalizarse; b) cuando se modifica considerablemente la relación de equivalencia después de realizada una de las prestaciones, debe concederse a la parte que cumplió una pretensión de reajuste, no procediendo, a causa de sus dificultades e inutilidad, la resolución del contrato y la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto. El problema de la indemnización de los gastos realizados en los supuestos de frustración del fin es resuelto, en cambio, de forma idéntica a la señalada en la primera edición, fundando LARENZ su opinión en las exigencias de un justo reparto del riesgo contractual y en la gestión de negocios en sentido amplio.

La tajante distinción entre base del negocio subjetiva y objetiva, uno de los mayores méritos de la anterior doctrina de LARENZ, se ha resquebrajado en la presente edición de su obra. En efecto, a la hora de señalar las consecuencias jurídicas, momento en el que se comprueba el valor de las distinciones conceptuales, la diferenciación entre base del negocio subjetiva y objetiva (y dentro de ésta: destrucción de la relación de equivalencia y frustración de la finalidad), casi llega a esfumarse. Con ello, el libro pierde belleza y fuerza sugestiva. Pero justo es reconocer que LARENZ ha revisado valiente y sinceramente su doctrina, tratando de acomodar la teoría a la vida, proceder que es irreprochable. Es posible que la doctrina de la base del negocio no haya llegado todavía a su madurez, o que constituya uno de los problemas en los que el jurista debe renunciar a toda solución teóricamente formulable de manera general.

CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

NAPOLETANO, Vincenzo: «Dizionario bibliográfico delle Riviste Giuridiche italiane su leggi vigenti (1865-1954)», 2028 págs. Milano, Giuffrè, 1956.

De gigantesco puede calificarse el esfuerzo realizado por el autor con un grupo de colaboradores para proporcionar a los juristas italianos un instrumento de trabajo cada vez más indispensable dado el considerable número de revistas jurídicas que hoy se publican en Italia. Este utilísimo

fichero —pues tal función viene a cumplir—, que pese a su volumen resulta bastante manejable, recoge prácticamente bibliografía relativa a todas las ramas del derecho positivo (civil, mercantil, penal, procesal, administrativo, político, laboral, internacional, financiero, canónico, eclesiástico) actualmente vigente en Italia, de suerte que sólo excepcionalmente se han incluido trabajos sobre las leyes y códigos derogados. La ordenación se hace alfabéticamente y la agrupación está presidida por el criterio de encuadrar al máximo la materia en rúbricas generales; ello, en ocasiones, no deja de parecer arbitrario (así sorprende encontrar la bibliografía sobre Derecho civil bajo la rúbrica «Teoría general civil y Procesal civil»), pero se ha tratado de evitar la excesiva dispersión; como norma práctica el consultante deberá tener en cuenta la necesidad de remontarse a temas generales en los cuales se han agrupado los contiguos; cuando el número de trabajos es grande dentro de cada rúbrica, un índice al principio facilita la búsqueda.

Precede a la obra un elenco de revistas que luego se citan, con sus siglas respectivas, y se concluye con un índice alfabético de autores. Se anuncian complementos periódicos para que la obra conserve constantemente actualidad.

La obra nos permite comprobaciones de carácter estadístico: así resulta que la materia de arrendamientos urbanos es de las que más bibliografía tiene, junto con la de obligaciones y contratos, sociedad y matrimonio (dentro del Derecho privado); que entre los autores que más han publicado se encuentran Ascarelli, Azzolina, Brasiello, Candian, Carnelutti, Cicu, Funaicli, Jemolo, Montel, Mossa, Peretti-Griva, Santoro-Passarelli, Stolfi y Torrente.

Por lo cuidadoso y completo que ha sido el acopio de datos la obra resulta de gran utilidad para el jurista; para el estudioso extranjero que se encuentra fuera de Italia, la utilidad es menor, pues no siempre tendrá a su alcance la colección de revistas que aquí se han fichado, aparte de que la bibliografía sobre los códigos derogados (por ej., el civil de 1865) puede ser de interés, y en este Diccionario no se encuentra.

La comparación surge inmediata con otra obra española similar recientemente aparecida (Pascual Nieto, *Bibliografía de Derecho civil. Mercantil y Procesal civil*, dos tomos, Aguilar, Madrid, 1956). Por de pronto, se observa que esta última abarca menos materias, y que el sistema es diverso, pues en el primero de los tomos se inserta la bibliografía siguiendo el orden de los artículos de los respectivos cuerpos legales —lo que produce repetición en las citas— y en el segundo se sigue un orden de materias, más parecido al de la obra italiana. En todo caso, la utilidad de ambas obras aparece evidente.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

NUSSBAUM, Arthur: «Derecho nacional e internacionales» (Estudio comparado en la Mnde del Derecho y de la Economía), trad. cast. y notas del profesor Schoo. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954. Un volumen de 889 páginas.

La traducción castellana y las notas que nos presenta el profesor Schoo de la obra de NUSSEBAUM, *Money in the Law-National and International Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, New York, 1950, supone una gran contribución al estudio y divulgación de la obra más fundamental que existe en el mundo sobre las cuestiones monetarias, consideradas desde la perspectiva jurídica. Los veinte años de actuación universitaria de este profesor en Berlín, y los otros veinte que ya lleva en la Universidad norteamericana de Columbia, han estado consagrados en su mayor parte a esta especialidad monetaria. La obra que reseñamos se puede considerar clásica en la materia y el estudio cumbre en esta especialidad, después de haber jalonado el autor en etapas anteriores con otros escritos su pensamiento y reflexiones; nos referimos a su primer libro «*Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts*», Tübingen, 1955 (1), y, al segundo, «*Money in the Law*», Chicago, 1939.

El presente volumen es algo más que una edición revisada de la anterior; no obstante basarse en ella, como el mismo NUSSEBAUM indica, se trata prácticamente de un nuevo libro. La novedad más digna de destacar es el énfasis sobre las ramificaciones internacionales del tema. Este cambio —nos dice el autor—, requería una organización total de la obra, dividida ahora en dos libros, el primero relativo al Derecho monetario en general, y, el segundo, a sus aspectos internacionales. El nuevo título adoptado sugiere una nueva distribución de materias. Se han incluido novísimas investigaciones que exceden en mucho a los suplementos rutinarios de material, agregándose también nuevos tópicos. La historia jurídica del sistema norteamericano se estudió por separado en forma de anexo a los dos libros, arreglo que da a este apasionante tema más realce.

A nuestro juicio, desde que KNAPP en su «*Staatliche Theorie des Geldes*» (Berlín, 1906), formuló su teoría estatal y la fundamentación jurídica del dinero, hasta NUSSEBAUM, que ofrece el concepto puro del dinero, el nominalismo tiene sus mejores representantes en estas dos grandes figuras. Las posturas de transacción y reacción que la doctrina italiana actual ofrece a los civilistas (2) nos acerca más a meditar sobre las razones de método que el profesor NUSSEBAUM expone cuando afirma que la relación entre la

(1) Cfr. la traducción española con notas del prof. SANCHO SERAL: *Teoría jurídica del dinero*. Madrid, 1929.

(2) Cfr. una restricción del principio nominalista, que pretende acercar la disciplina jurídica, de las relaciones patrimoniales a la realidad económica, en Nicoló: *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, en «*Foro italiano*», 4 (1946), 32; Mosco: *Gli effetti giuridice della svalutazione monetaria*. Milano, 1948; FERRARI: *Brevi osservazioni sui limiti di applicabilità del principio nominalistico*, en «*Rivista trimestrale de Diritto e procedura civile*», VII-2 (1953), 606. En contra del principio nominalista confróntese NAPPI: *Utopia attuale del principio nominalistico*, en «*Monitore dei Tribunali*», 1947, 73, y *Ancora sulla assurda applicazione del principio nominalistico ai debiti pecuniari*, en «*Monitore dei Tribunali*», 1948, 77.

investigación jurídica y la económica constituye otro punto de significación general en su obra, ya que el material económico que en ella se encuentra no ha sido incluido porque sí, sino en vista al análisis jurídico. Su enfoque difiere, por tanto, del seguido por los economistas. Es que podemos decir que el Derecho opera en términos de «licitud», mientras que el proceso económico procede teleológicamente en términos de «utilidad». Ahora bien, como advierte SCADUTO (3), un punto de coincidencia que impone una consideración jurídico-económica del dinero es que éste se considera como medio para la extinción de obligaciones que se refieren a la atribución de un poder patrimonial, de un poder de adquisición tal como se considera desde la perspectiva económica.

El profesor NUSSBAUM, desde el primer momento, como cree Schoo, vió la necesidad de dar un fundamento sólido al fenómeno monetario en el campo del Derecho, sin dejar de un lado, por supuesto, la teoría económica de la moneda, puesto que sus elementos juegan un papel relevante en aquel terreno. De ahí que su obra se caracteriza particularmente por una amplia visión de la materia, incluidos los aspectos financiero, económico y político pertinentes al análisis jurídico —vistos tanto desde el plano nacional como internacional—, sin olvidar el Derecho, la jurisprudencia y la legislación de la mayor parte de los países.

Hay que destacar en el pensamiento del profesor NUSSBAUM como a pesar de lograr el concepto más puro del dinero y adscribirle una naturaleza idcal, en el que casi podemos ver un kelseniano del dinero, su formación dentro de la línea de la «Escuela Histórica» alemana le lleva a un tomar en cuenta y a un penetrante análisis histórico de los hechos sobre los que concluye su «método realista» de investigación. Ya en 1914, en su opúsculo «Die Rechtstatsachenforschung» revoluciona la literatura y pedagogía jurídicas, al vincular el Derecho a la investigación sistemática de los hechos y propugnar el uso de sus resultados en la cátedra. De ello tuvo una influencia considerable en Alemania y motivó un cambio de rumbo en los tribunales y en la actitud de los estudiosos en la consideración de los problemas jurídicos. Esta visión realista, base de los estudios y labor docente del profesor NUSSBAUM impone a sus trabajos acentuado rumbo comparativo. Nuestro autor llama a su método *Rechtstatsachenforschung* o *Fact Research in Law*, expresiones que podrían traducirse por «investigación de los hechos en el análisis jurídico», y lo define como indagación sistemática de las condiciones sociales, políticas y económicas que dan lugar a normas jurídicas individuales, y el examen de los efectos de estas reglas, entre los cuales se encuentra la costumbre, las cláusulas contractuales típicas y otras. De ahí que su búsqueda llega a una gran cantidad de normas observadas por la comunidad, aunque no aparezcan en leyes. Códigos o repertorios de jurisprudencia.

De los libros que se compone la obra hemos de destacar el primero, dedicado al Derecho monetario en general, y, el segundo, a la moneda en el Derecho internacional, tanto público como privado.

Bajo el capítulo primero se tratan las cuestiones referentes a la moneda específica (moneda acuñada y papel moneda). Comprende desde el concepto

(3) SCADUTO: *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*. Milano, 1924, pág. 16.

de moneda y las consideraciones de moneda y mercancía, la soberanía monetaria del Estado, el curso legal, la moneda acuñada y los lingotes, el papel moneda, hasta la trasferencia de moneda específica y cuestiones conexas, los depósitos bancarios y los sistemas monetarios.

El capítulo segundo —el más interesante para el civilista— comprende el estudio de las obligaciones monetarias. En él se examinan las obligaciones monetarias en general, los intereses, la usura, la deuda de dinero y las alteraciones monetarias, la inflación, la «valorización» de créditos, las cláusulas oro y las cláusulas plata, la restricción judicial y legislativa de las cláusulas oro y las cláusulas «mercancía» e «índice de precios».

El libro segundo comprende tres capítulos y un apéndice sobre la historia jurídica de la moneda en los Estados Unidos de América. En el primer capítulo se trata de la moneda extranjera en tres secciones: una referencia histórica a las migraciones monetarias, el régimen jurídico moderno de la moneda extranjera y su fijación de valor. El capítulo segundo —igualmente de mayor interés para el civilista— trata de las obligaciones monetarias en las relaciones internacionales. Problemas concretos son los que hacen referencia a las obligaciones estipuladas en moneda extranjera en general, pago en moneda local de obligaciones estipuladas en término de moneda extranjera, determinación de la «moneda de contrato», las obligaciones de moneda extranjera referida a daños y otras deudas ilíquidas y la cláusula oro en el campo internacional. En el capítulo tercero plantea la cuestión del antagonismo y la cooperación en el campo internacional. Son los problemas referentes al control de los cambios extranjeros vistos desde el plano interno del país, el control de los cambios extranjeros vistos desde el plano externo y el fenómeno de la guerra y la ocupación militar. Respecto de la cooperación internacional estudia la materia de acuerdos de «standardización» y de estabilización, la cooperación por medio de la regulación internacional del control de cambios y el «Fondo Monetario Internacional».

De este examen puede colegirse la amplitud de las materias tratadas, así como la visión total del fenómeno monetario en su proyección nacional e internacional. El nominalismo adquiere en esta obra su más amplia resonancia. Su contradictor, el valorismo, en la figura de ECKSTEIN, y su importante aportación «*Geldschuld und Geldwert im materiellen und internationalen Privatrecht*» (Berlín, 1932), tiene todavía su camino por andar. No obstante, hay que advertir que las soluciones radicales de ambos son adecuadas y cumplen su función distributiva de justicia según el momento y la situación histórico-social en que se aplican. De ahí que, en materia monetaria, la función política sea la más decisiva y determinante por la puesta en práctica o el apoyo a una u otra razón jurídica de los hechos económicos que la predeterminan. Esta última instancia política, tanto en su sentido técnico-jurídico, como de régimen y de gobierno, es una característica muy sobresaliente que señala la actual tendencia social y que se concreta dentro de las amplias esferas del Derecho privado con la «politización» del Derecho civil.

José BONET CORREA

TORRENTE, Andrea: La donazione, vol. XXII del Trattato di Diritto Civile e Commerciale de Ciccù-Messineo, 626 págs. Milano, Giuffrè, 1956.

Continúan apareciendo a ritmo más lento del prometido los volúmenes que compondrán el monumental Tratado de Ciccù-Messineo; el que reseñamos, dedicado a la donación, ha sido encomendado a una ilustre figura de la Magistratura y de la docencia universitaria. Resplandecen en este volumen las características que ya fueron anunciadas en la presentación del Tratado por los directores del mismo: conciliación entre los criterios sistemático y exegético, atención constante a la jurisprudencia, exposición de la «communis opinio» como norma general y prudente recurso al Derecho comparado (pero en el presente volumen no se hace ninguna referencia al Derecho español).

Con base en la cuidada definición de donación del artículo 769 del Código italiano («la donación es el contrato por el cual, con ánimo de liberalidad, una parte enriquece a la otra disponiendo a favor de ésta de un derecho suyo, o asumiendo frente a ella una obligación») la obra se inicia con una introducción en la que trata de fijarse los límites del concepto y las relaciones entre acto a título gratuito, liberalidad y donación; el negocio gratuito es el género, la liberalidad es una especie del negocio gratuito, y el contrato de donación es la principal liberalidad (pág. 11).

La primera parte está dedicada a la interesante cuestión de las liberalidades entre vivos no resultantes del contrato típico de donación, y en ella tienen cabida las donaciones indirectas y las liberalidades de uso. En la segunda se analizan las características de la donación típica, a saber, la contractualidad, la causa, el enriquecimiento y el ser negocio inter vivos; también se trata de la donación remuneratoria y la donación modal. En la tercera parte se estudian los elementos constitutivos de la donación típica: sujetos —donante y donatario—, objeto mediato, consentimiento y forma. En la cuarta se hace un cuidadoso análisis de los elementos accidentales, condición, término y modo. Por último, los efectos de la donación son estudiados en la quinta parte en la que, asimismo, se expone la invalidez e ineeficacia y el importante tema de la revocación que aparece regulado en el capítulo IV del título correspondiente del Código.

Obra fundamental para obtener una visión total de la institución en el Derecho italiano, ofrece, asimismo, interés para el jurista español dados los no escasos puntos de coincidencia en la regulación positiva de la donación en ambas legislaciones.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LARENZ, Karl: «Lehrbuch des Schuldrechts», zweiter Band, Besonderer Teil, Munich-Berlín, C. H. Beck, 1956, XVI × 413 páginas.

Cuando apareció el tomo I del *Tratado de Derecho de Obligaciones*, de LARENZ (en 1953), el profesor DE CASTRO calificó la obra como «una de las aportaciones más valiosas hechas después de la guerra a la ciencia jurídica

alemana» (1). La impresión que nos ha causado la lectura del tomo II del Tratado, aunque no hecha todavía con el detenimiento que su rico contenido requiere, permite confirmar y acentuar aquella justa y merecida conceptuación: estamos ante un libro que iguala, e incluso a veces supera, a los clásicos Tratados alemanes sobre la materia (2). El profesor LARENZ que como monografiasta del Derecho de Obligaciones había ofrecido a la ciencia jurídica aportaciones del más acusado interés (3), como tratadista de esta rama del Derecho Civil, núcleo central de todo el Derecho Privado, da cima ahora a la publicación de su magnífico «*Lehrbuch*» que, en su conjunto, constituye en los momentos actuales la más interesante exposición del Derecho alemán de obligaciones.

Como es sabido LARENZ pretende, ante todo, conseguir con su libro un Tratado, universitario en el que, manteniéndose en un adecuado término medio, en cuanto a extensión y contenido, se ofrezca una visión de conjunto clara y comprensible de las instituciones del Derecho de Obligaciones, sobre la base de una doctrina ponderada y bien cimentada y de una crítica aguda y certera de las soluciones legales cuando no las estime convincentes.

Rechaza el Plan del BGC (4) y divide todo el Derecho de Obligaciones en una Introducción y en dos Partes, destinada la primera, a «La relación obligatoria», y la segunda, a «Las relaciones obligatorias típicas en particular» (5). La Introducción y la Primera Parte forman el contenido del tomo I; la Segunda Parte se expone en el tomo II, del que aquí vamos a ocuparnos con brevedad.

En lugar de ir estudiando sucesivamente las particulares relaciones obligatorias por el orden que se reglamentan en la Sección VII (Títulos 1 a 25) del Libro II del BGC (6), se adopta una nueva clasificación de las mismas.

(1) Cfr. DE CASTRO: ADC, VI, 1953, 3, pág. 716-717.

(2) Entre los que sigue ocupando un lugar de excepción el «imprescindible» de ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14.^a revisión, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1954 (tomo II del *Lehrbuch*, de ENNECERUS-KIPE WOLFF).

(3) Destaca entre todas su estudio sobre la influencia de la alteración de las circunstancias en el contenido de la relación obligatoria. LARENZ: *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 2.^a ed. Munich-Berlín, C. H. Beck, 1957. De la primera edición de esta obra existe una excelente traducción española de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con el título de *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, en «Rev. Der. Priv.», Madrid, 1956. Una referencia a este estudio, debida al profesor DE CASTRO, en ADC, V, 1, 1952, págs. 279-282. En este mismo lugar se encuentran indicaciones respecto a otras publicaciones de LARENZ en el campo de la Filosofía del Derecho, de la Ciencia jurídica en general, de la Parte General del Derecho civil, etc.

(4) Considera que el método generalizador empleado por él mismo, que obliga luego a una sucesiva y más estricta especialización, es un sistema poco diáfano. Cfr. LARENZ, I, § 3, págs. 31-34.

(5) En la llamada Parte General de las Obligaciones ha sido más frecuente que en la Parte Especial el que los autores se separen más o menos del Plan del BGB. Cfr., por ejemplo, entre los más recientes, a ENNECERUS-LEHMANN: Ob. cit.; BLOMÉYER: *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin-Frankfurt, Franz, Vahlen, 1953; MOLITOR: *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Munich-Berlín, C. H. Beck, 1955. De todas formas, quien más se aparta del Plan del Código y al mismo tiempo construye su propio sistema de relación obligatoria, caracterizada por el «Leistungspflicht», o deber de prestación, es LARENZ: Cfr. I. Cfr. también DE CASTRO: ADC, VI, 3, 1953, pág. 716.

(6) Sistema que, en definitiva, es el adoptado todavía en ENNECERUS-LEHMANN, edición alemana de 1954, pág. 381 y sigs. También en la última edición de TITZ: *Bürgerliches*

mucho más perfecta desde un punto de vista científico que la simple enumeración del texto legal (7). Es frecuente, en las exposiciones de conjunto del Derecho de Obligaciones, adecuar la clasificación que se elija de las relaciones obligatorias en particular a la que antes se haya adoptado de las «fuentes de las obligaciones». LARENZ no sigue este sistema; en su tomo II, al clasificar las distintas relaciones obligatorias, prescinde de la clasificación de las «formas de constitución de la relación obligatoria» (= fuentes de las obligaciones) que nos ofrece en su tomo I. Nos parece un acierto esta postura, puesto que no hay que olvidar que no siempre una distinta fuente engendra una distinta relación jurídica obligatoria: una misma relación obligatoria puede tener diverso origen, es decir, proceder de fuentes distintas (8).

Al exponer las distintas relaciones obligatorias, éstas son agrupadas en tres secciones: en la primera, se estudian las «relaciones obligatorias del tráfico jurídico»; en la segunda, las «relaciones obligatorias derivadas de enriquecimiento injusto», y en la tercera, las «relaciones obligatorias derivadas de daños imputables».

Comienza la Sección I con una Introducción dedicada a los tipos contractuales y a los contratos de tipo mixto y después, en sucesivos capítulos, va tratando de los *contratos de enajenación* (compraventa, permuta, donación), de los contratos destinados a la *gestión del uso o del pleno aprovechamiento por un cierto tiempo* (arrendamiento de uso, arrendamiento de uso y disfrute, comodato, mutuo), de la *actividad en servicio o interés de otro* (contrato de servicios, contrato de obra, contrato de corretaje, promesa de recompensa, gestión de negocios ajenos con o sin mandato, depósito, introducción de cosas en posesión), de la *sociedad* y de la «*simple comunidad de derechos*» (9), y por último de la *garantía y reforzamiento de la deuda* en

Recht. Recht der Schuldverhältnisse, 4.^a ed., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, págs. 145 y siga.

(7) De manera más simplista también MOLITOR adopta una sistematización de las relaciones obligatorias que en particular regula el BGB. Cfr. MOLITOR: Schuldrecht, II, Besonderer Teil, 3.^a ed., München-Berlín, C. H. Beck, 1956.

(8) Por otra parte, la clasificación de las fuentes de las obligaciones que LARENZ ofrece no nos parece del todo convincente, pues no está de acuerdo con la íntima realidad de las cosas, como no lo están casi ninguna de las clasificaciones corrientes al respecto, que más que clasificación de las causas de nacimiento de la obligación (= fuentes) son simples enumeraciones de las «formas de manifestación» de relación obligatoria en el tráfico jurídico. Esta crítica puede aplicarse también a LARENZ, que distingue: I Relaciones obligatorias derivadas de negocios jurídicos. II Relaciones obligatorias derivadas de una conducto social típica. III Relaciones obligatorias derivadas de hipótesis fácticas reglamentadas por la ley. IV Relaciones obligatorias derivadas de una ordenación del poder estatal configuradora de derechos privados. Cfr. LARENZ, I, § 4, págs. 25-31.

(9) Considera LARENZ que existe una «schlichte Rechtsgemeinschaft» o «simple comunidad de derechos» allí donde un derecho (por ejemplo, la propiedad sobre una cosa, un usufructo o un derecho de autor) es común a varias personas, sin formar parte de un patrimonio que corresponda a estas personas en mano común. La circunstancia de que el derecho corresponda a varios originales entre los diversos interesados una *relación obligatoria legal*, y, además una vinculación jurídico-personal bastante inconsistente, cuya regulación se contiene en los §§ 741 y siga. del BGB. A lo que este Código llama, pues, «comunidad», la doctrina lo califica de «simple comunidad de derechos» (LARENZ), «simple comunidad de intereses» (WÜRDING), «comunidad ordinaria de derecho» (ENGLANDER), etc. Cfr. LARENZ, II, § 57, págs. 268-264.

unión con los *créditos documentados* (fianza, contratos autónomamente obligatorios (10), *créditos documentados, asignación*).

La Sección II, referente como ya hemos dicho a las relaciones obligatorias derivadas de enriquecimiento injusto, trata en primer lugar del fundamento de la pretensión de enriquecimiento, y a continuación de los supuestos particulares de *condictio* y del contenido de la pretensión.

La Sección III (relaciones obligatorias derivadas de daños imputables) estudia en el capítulo primero la responsabilidad por actos ilícitos (generalidades, hipótesis principales, otras hipótesis especiales, responsabilidad de varios dañadores, pretensión de indemnización) y en el capítulo segundo la responsabilidad por riesgo y por intromisiones licitas (11).

Este es el contenido del tomo II del Tratado de Derecho de Obligaciones de LARENZ, en el cual su autor, debido a la gran amplitud de la materia, dedica especial atención a los que considera «puntos nucleares» de la exposición: la compraventa, el enriquecimiento injusto y los daños imputables. De todas formas, en ningún caso necesario se prescinde de la cuestión de detalle cuando ésta es precisa para aleccionar al lector en la relación que guardan las disposiciones generales y las especiales que forman la reglamentación de las instituciones. El libro ofrece siempre una amplia información doctrinal y jurisprudencial y la suficiente de carácter bibliográfico, referida casi de manera exclusiva al Derecho alemán. La terminología es una magnífica muestra de profundidad y precisión, aunque en algún caso nos parece algo oscura, como sucede, por ejemplo, en la clasificación de los «contratos de tipo mixtos» (cfr. § 34, págs. 5-6).

En suma, el Tratado del profesor LARENZ constituye un elocuente ejemplo del grado de madurez y perfección a que está llegando la ciencia jurídica alemana en su actual y continuo resurgimiento.

CARLOS MELÓN INFANTE

Colaborador científico del C. S. I. C.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean: «*Traité de Droit Civil (d'après le Traité de PLANIOL)*, tomo II. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. VIII × 1150 páginas.

La reciente reforma del Plan de Estudios en las Facultades de Derecho francesas (entrada en vigor en noviembre de 1955) ha dado lugar, como es lógico, a la aparición de nuevos libros que constituyen obras escritas *ex novo* o adaptación a los nuevos programas de Tratados o Manuales ya clásicos

(10) Bajo esta expresión (*selbständige verpflichtende Verträge*) se comprenden la promesa de deuda autónoma, el reconocimiento de deuda autónomo y la promesa de renta vitalicia. Cfr. LARENZ, II, § 58, págs. 263-270.

(11) «Un último grupo de daños imputables, dice LARENZ, lo constituyen los casos que la Ley, en consideración al interés predominante de otra persona, permite, bajo circunstancias especiales, una cierta intromisión o ataque (EINGRIFF) en un derecho protegido *erga omnes*, imponiendo al titular un deber de tolerancia o prohibiéndole las facultades de defensa, que, en otro caso, le corresponderían, si bien reconociéndole, como compensación por el perjuicio sufrido, una pretensión de indemnización». Cita varios ejemplos, algunos tomados del Derecho de vecindad. Cfr. LARENZ, II § 72, página 399-401.

dentro del marco del Derecho civil francés. Entre los primeros están ya en curso de publicación el *Droit Civil*, de J. CARBONNIER (tomo I, 1956, II, 1957), las *Leçons de Droit Civil*, de H. L. y J. MAZEAUD (tomo I, 1955, II, 1956) y últimamente la obra de G. MARTY y P. RAYNAUD: *Droit Civil* (tomo I, 1956), que forma parte de los *Traité Sirey*. Entre los segundos, es decir, entre las adaptaciones de libros ya clásicos al nuevo Plan de Estudios, ha aparecido por ahora el *Traité de Droit Civil*, de RIPERT y BOULANGER, que siendo una obra nueva es, al mismo tiempo, una nueva refundición o, quizás mejor, una nueva fase en el *Tramité Elémentaire de Droit Civil*, de M. PLANIOL y del que se han publicado los tomos I y II. Reseñado por nosotros el tomo I en este mismo ANUARIO y aprovechada la ocasión para hacer una breve historia del *Traité Elémentaire*, de PLANIOL e indicar su relación con el Tratado de RIPERT y BOULANGER (cfr. MELON, C.: *Una nueva fase de un libro genial*, ADC, X, 1, 1957, págs. 155-158), dediquemos ahora unas palabras al tomo II de esta obra.

Puede considerarse dividido este tomo en dos grandes partes: la primera destinada a las «Obligaciones», doctrina general (contrato, responsabilidad); la segunda referente a los «Derecho reales» (bienes, propiedad). Agrupa, pues, este tomo las materias que antes, en la fase anterior del libro (cfr. nuestra Nota citada), se distribuían en la primera parte del tomo II (cfr. RIPERT-BOULANGER, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, de PLANIOL, II, 4.^a ed., 1952, págs. 1 a 696) y en la última parte del tomo I (cfr., ob. cit. I, 5.^a ed., 1950, págs. 848 a 1274). Aunque la equivalencia con los lugares indicados es muy íntima, no puede estimarse el tomo II del nuevo Tratado de RIPERT y BOULANGER como una mera reimpresión con distribución distinta, de las materias referidas (tal como éstas figuraban en los tomos II y I de la fase anterior del Tratado). Aparte de la minuciosa revisión que se observa en la mayoría de las cuestiones tratadas y de la imprescindible puesta al día de las mismas, existen cambios importantes (adiciones y supresiones) especialmente en la parte referente a los «Derechos reales».

He aquí la distribución general de este tomo II: En la parte referente a las «Obligaciones», después de una Introducción, se agrupa el contenido del libro en cuatro partes perfectamente diferenciadas: *Contrato* (generalidades, elementos, formación y prueba, obligatoriedad, efectos, nulidad e inejecución), *responsabilidad civil* (fundamento y ámbito, responsabilidad por hecho propio, por «hecho de las cosas», por hecho de otro, reparación del daño), *obligaciones legales* (fuente, quasi-contrato, enriquecimiento sin causa) y *efectos de las obligaciones* (análisis de la obligación, derechos del acreedor, ejecución, cesión y transformación, pluralidad de sujetos, extinción). La parte destinada a los «Derechos reales» se distribuye así: Primera parte: *Análisis de los Derechos reales* (clasificación de los bienes y de los derechos, propiedad y posesión, adquisición, pérdida y transferencia de la propiedad). Segunda parte: *Propiedad inmobiliaria* (objeto, ejercicio, aguas, bosques y minas, relaciones de vecindad, usufructo). Tercera parte: *Propiedad mobiliaria* (propiedad de los muebles corporales, posesión de ellos, propiedades incorporales). Cuarte parte: *Derechos reales* (usufructo, servidumbres, Derechos reales y concesiones).

Aunque la distribución de materias a veces no nos parece muy conveniente desde un punto de vista sistemático (se observan ciertas mezclas no muy justificadas), la minuciosidad y pulcritud con que se tratan las distintas instituciones compensa sobradamente aquel defecto. En su conjunto este tomo II del nuevo Tratado de RIPERT-BOULANGER merece con plena justicia la calificación de excelente, sobre todo por la perfecta armonía que en sus páginas han logrado, la profundidad y la claridad. La puesta al dia de las citas doctrinales y jurisprudenciales en lo que al Derecho francés se refiere, satisface, en general, al lector más exigente.

CARLOS MELÓN INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BRAGA, Sevold: *Die Eingliederung des Saarlandes*.—EF, año IV, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 37-40.

Consideración de las cuestiones de Derecho de Familia, Derecho Internacional Privado y Derecho de Nacionalidad que han surgido de la incorporación del Sarre a Alemania.

BRASIELLO, Ugo: *Diritto Romano e riforma degli studi*.—RDDC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 713-719.

La reciente reforma en las Facultades de Derecho francesas ha reducido los estudios de Derecho romano, para dar mayor importancia a otras disciplinas: Derecho de transportes, de seguros, marítimo, etc. Sin negar la importancia "actual" de estas materias, el autor manifiesta que no es lícito desconocer el inmenso valor formativo del Derecho romano. De seguir el camino iniciado en la reforma francesa, las "Facultades de Derecho" quedarían reducidas algún día a ser simples "Escuelas prácticas de Códigos y leyes especiales".

PUIG PEÑA, Federico: *Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial*.—RDP, noviembre 1956, págs. 1047-1065.

No obstante la amplitud con que se muestran en la teoría general del Derecho, el autor ciñe su estudio a la consideración de cuándo los principios generales del Derecho se imponen como norma al juzgador. Delimita su concepto y analizada su historia, precisión terminológica y doctrinal. Examina los requisitos para que el p. g. D. sea norma y ofrece una lista de los ya legalizados y por legalizar.

ZIMMERMANN, Theo: *Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung*.—NJW, año IX, cuaderno 35, 31 agosto 1956; páginas 1262-1264.

"Toda interpretación debe comenzar por las palabras". Consideraciones sobre cómo funciona esta regla de interpretación en la jurisprudencia alemana, con referencias a la expresión de la Ley.

2. Derecho de la persona.

BREDIN, Jean Denis: *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*.—RTDC, año LIV, núm. 2, abril-junio 1956; págs. 261-289.

La teoría de la simulación es en su mayor parte creación de la jurisprudencia. El autor delimita la noción del acto simulado (concepción amplia y restringida) y señala sus contornos jurisprudenciales. Después se refiere a su extensión mostrándose contrario a una concepción demasiado amplia de la simulación. Estudia la prueba de ésta por las partes y por los terceros. Termina manifestando que la jurisprudencia ha sacado de sus límites lógicos el concepto "simulación".

ERLER, Adalbert: *La nave come simbolo giuridico dello Stato e della Chiesa*. NRD, vol. IX, fascículo 5, 1956; págs. 157-158.

Analogía jurídica de la nave con la sociedad civil y la cléástica, lo que explica su adopción como símbolo desde antiguo.

FURNO, Carlo: *Eduardo J. Couture*.—RTDP, año X, número 3, septiembre, 1956; págs. 921-923.

Nota necrológica del procesalista uruguayo recientemente fallecido.

CAGNO, Vitorio di: *L'ipnosi e la incapacità di intendere e di valore*.—RTDP, año X, núm. 3, septiembre 1956; págs. 805-825.

Se trata de encuadrar el estado hipnótico y sus distintos momentos en los supuestos de incapacidad previstos en el Código civil italiano y examinar los efectos de los actos producidos bajo su influencia.

GANSMÜLLER: *Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaften*.—NJW, año IX, cuaderno 33, 17 agosto 1956; págs. 1186-1188.

El autor comentar una Sentencia del B G H de 23-4-1956, en la que se declara la posición de una asociación que ha obtenido su *status*, pero cuando aún ha de considerarse como una "presociedad", que, como asociación o sociedad, no tiene capacidad jurídica.

HABSCHEID, Walter J.: *Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft*.—ACP, tomo 155, cuaderno 4-5, 1956; páginas 375-418.

Posición de las asociaciones sin capacidad jurídica en el Derecho alemán. Crítica de los principios a que responde el párrafo 54 del B G B, hoy supe-

trados. Análisis crítico-constructivo del Derecho material referente a las asociaciones y delimitación de la posición de las no inscritas en el proceso.

JARCK, Christian: *Wiederaufhebung einer im Ausland ausgesprochenen Entmündigung eines Deutschen durch ein inländisches Gericht*.—NJW, año IX, cuaderno 37, 14 septiembre 1956; págs. 1348-1349.

Posición de la doctrina y jurisprudencia en torno a la cuestión de la invalidación por Tribunales alemanes de la incapacidad de ciudadano alemán, pronunciada por Tribunal extranjero (cfr. art. 8 de la Ley de Introducción al B G B).

PERGOLESI, Ferruccio: *Problemi giuridici ed ambienti sociali in letteratura recentissima*.—RTDP, año X, núm. 3, septiembre 1956; págs. 912-921.

Ambiente jurídico y social que revelan las obras literarias italianas obtenido con un muestrario de las más importantes publicadas en los dos últimos años.

REYHER: *Ist das zweite Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit mit dem Grundgesetz vereinbar*.—NJW, año IX, cuaderno 48, 30 noviembre 1956; págs. 1782-1785.

Referencia a las cuestiones constitucionales que plantea la segunda Ley para la regulación de cuestiones de nacionalidad de 17-5-1956. La solución que se da a algunos problemas austriaco-alemanes en la materia, surgidos como consecuencia de la "anexión" de Austria a Alemania y como consecuencia de la cesación de esta anexión, es contraria a los principios de la Ley fundamental de Bonn. Sobre todo, lo relativo a la regulación de la nacionalidad de las mujeres.

SKRICK, Rolf.: *Rückerstattungsrechtliche Probleme bei juristischen Personen*.—NJW, año IX, cuaderno 24, 15 junio 1956; págs. 895-898.

Las normas dictadas en Alemania para el "restablecimiento del estado anterior" al régimen nazi, plantean a veces graves problemas en relación con las personas jurídicas. El autor se enfrenta con la cuestión de hasta qué punto debe ser respetada en este aspecto la estructura de la persona jurídica.

TUNC, André: *Il diritto degli Stati Uniti d'America*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-8, 1956; págs. 146-156.

Fuentes del Derecho americano, técnica de producción, de aplicación y de investigación, residuos del Derecho inglés y Derecho típicamente norteamericano.

3. Derechos reales.

A. F.: *La nuova Legge svizzera sui brevetti industriali*.—RDDC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; pág. 726.

En 1-1-1956 ha entrado en vigor la nueva Ley suiza sobre patentes de invención de 25-6-1954. Con ella Suiza adopta el sistema del examen preventivo del invento. La nueva regulación ofrece también otras importantes innovaciones.

BÄRMANN, Johannes: *Spanisches Gesetz über Mobilitar-Hypothek und besitzloses Pfand*.—ACP, tomo 155, cuaderno 4-5, 1956; págs. 442-444.

Breve indicación de los rasgos fundamentales de la Ley española de hipotecamobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16-12-1954.

BARTSCH: *Haftung des Eigentümers für Feuchtigkeitseinwirkungen auf das Nachbargrundstück gemäß § 1.004 BGB*.—NJW, año IX, cuaderno 35, 31 agosto 1956; págs. 1266-1267.

El § 1.004 BGB concede al propietario acción para oponerse a las perturbaciones en su propiedad: la llamada "pretensión de defensa". Se discute si puede ejercitarse en los supuestos de "intromisiones de humedad" procedentes de la finca vecina. El autor entiende que sí.

ERKRT, Arnold: *Gesetzliche Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand*.—NJW, año IX, cuaderno 44, 2 noviembre 1956; págs. 1621-1625.

Estudio de ciertos derechos de preferencia (derechos de tanteo) establecidos en Alemania en favor de los entes públicos: organismos de colonización, organismos que facilitan hogares familiares, ciudades, corporaciones comunales, etc. El autor se refiere a su ordenación sistemática, a su procedencia y transmisibilidad, a su ejercicio, a los negocios para burlar estos derechos, etc.

FÖGEN, H.: *Ist nach der gegenwärtigen Rechtslage noch die Bestellung von goldpreisabhängigen Hypotheken möglich?*.—NJW, año IX, cuaderno 49, 7 diciembre 1956; págs. 1824-1825.

Después de la reforma monetaria de 1948 no cabe en Alemania la constitución de hipotecas dependientes de un valor oro. Las ya constituidas han de transformarse a su correspondiente valor en marcos alemanes.

FRIEDRICH: *Zur nachträglichen Änderung des Verhältnisses der eingetragenen Mitteigentumsanteile beim Wohnungseigentum*.—NJW, año IX, cuaderno 42, 19 octubre 1956; págs. 1545-1546.

Según la Ley alemana de Propiedad de la vivienda de 15-3-1951, ésta se in-

tegra en la propiedad separada de la vivienda en unión con la "cuota en la co-propiedad" sobre los elementos comunes. El § 16 determina que en proporción a las cuotas de cada copropietario se fija su obligación a soportar gastos comunes. Notas sobre las posteriores modificaciones de estas cuotas inscritas.

GAMM Frhr. von: *Verwirkung im Urheberrecht*.—NJW, año IX, cuaderno 48, 30 noviembre 1956; págs. 1780-1782.

Consideración de las modernas tendencias de la jurisprudencia del B G H en materia de caducidad y su mecanismo en lo relativo a distintivos de mercancías y símbolos de caracterización.

GROSSO, Giuseppe: *Servitú a favore di un edificio futuro*.—RTDP, año X, número 3, septiembre 1956; págs. 797-804.

Desenvuelve el problema que plantea el artículo 1.029, párrafo 2.º, del Código civil italiano al permitir que se constituyan servidumbres a favor de un edificio en construcción o por construir. El autor cree que se trata de una relación bajo condición suspensiva.

KLÜPFEL, Wolfgang: *Haftung des Sicherungseigentümers für den sachenrechtlichen Verwendungsanspruch des Unternehmers; insbesondere die Voraussetzungen für den Beginn der Ausschlussfrist nach § 1.002 BGB*.—NJW, año IX, cuaderno 44, 2 noviembre 1956; págs. 1626-1627.

Responsabilidad del propietario de la garantía por los gastos que en ella ha hecho el poseedor (994 BGB) y presupuestos para el comienzo del plazo que excluye la pretensión (1.002 BGB). Consideración de reciente jurisprudencia.

KNOLL: *Die bau- und bodenrechtliche Gesetzgebung in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen*.—NJW, año IX, cuaderno 34, 24 agosto 1956; páginas 1226-1227.

Enumeración de las disposiciones dictadas en Alemania entre las dos Guerras Mundiales, en lo relativo a la construcción y al suelo. La enumeración persigue rebatir una afirmación de Friese que el autor no juzga exacta.

MÜHL: *Treu und Glaugen im Sachenrecht*.—NJW, año IX, cuaderno 45, 9 noviembre 1956; págs. 1657-1662.

La jurisprudencia alemana entendió durante mucho tiempo que el principio general de la buena fe (§ 242 BGB) no regía, como tal postulado general, en materia de Derecho de cosas. Revisión de tal postura en la propia jurisprudencia y en la doctrina.

TUPÍN VARGAS, S.: *La responsabilidad fiscal del gravamen sobre los intereses de préstamos con hipoteca.*—RDP, noviembre 1956; págs. 1066-1073.

Consideraciones sobre la forma en que el Tribunal Económico-Administrativo Central ha declinado las posiciones de deudor y acreedor frente a la Hacienda pública, en relación con los intereses de préstamos hipotecarios.

ZUNFT: *Der Eigentumserwerb des Erwerbers einer Eigentumsanwartschaft.*—NJW, año IX, cuaderno 39, 28 septiembre 1956; págs. 1420-1422.

El adquirente de una expectativa a la adquisición de la propiedad obtiene ésta de manera directa al producirse el evento que convierte en efectivo el derecho expectante. Así lo afirma el B G H en sentencia reciente con referencia a esta hipótesis: Si el comprador de una cosa con reserva de dominio (§ 445 B G B) transmite su expectativa a un tercero éste adquiere directamente la propiedad al cumplirse la condición suspensiva (pago total del precio) que creó la expectativa y convertirse ésta en derecho actual y efectivo.

4. Obligaciones y contratos.

AGÚNDIZ, Antonio: *Examen crítico del artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940.*—RDP, enero 1957; págs. 29-39.

Ánalisis crítico de los problemas que surgen de la defectuosa redacción del precepto en cuestión sobre la conversión de la aparcería en arrendamiento.

BECKER, Siegfried: *Unterliegen Leistungen des Mieters im Rahmen des § 19 Abs. 2 Erstes BMG der Währungsumstellung?*—NJW, año IX, cuaderno 42, 19 octubre 1956; págs. 1544-1545.

Consideraciones sobre la forma en que las prestaciones que el arrendatario haya hecho en la finca, conforme al § 19, párrafo 2º, de la Ley Federal Alemana sobre arrendamientos, pueden verse o no afectadas por la reforma monetaria.

BIANCA, C. Massimo: *Un caso di cessione di rendita vitalizia e della facoltà di revalutarla.*—RTDP, año X, núm. 3, septiembre 1956; págs. 981-1002.

Se resuelve para la legislación italiana el problema de si la renta vitalicia es cesible y si su cesión es revocable, inclinándose la opinión del autor en favor de la posibilidad de la cesión.

CANZLER, Klaus: *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch.*—ACP, tomo 156, cuaderno 1, 1957; págs. 29-59.

Estudio doctrinal y jurisprudencial de la “compensación de ventajas en la indemnización de daños” en el Derecho alemán. Examinada minuciosamente

la cuestión, el autor sienta esta doble afirmación: las ventajas condicionadas a la circunstancia que obliga a indemnizar han de compensarse en la indemnización si entrañan un favorecimiento o beneficio para el bien jurídico lesionado o el deber contractual infringido. No han de compensarse si sólo descansan en una medida indemnizatoria propia del dañado o un tercero que sólo persigue beneficios a aquél.

DEMPEWOLF, Günter: *Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession*.—NJW, año IX, cuaderno 23, 8 junio 1956: páginas 851-853.

Examen de la Jurisprudencia del R.G y del B.G.H en torno al problema de la posición, privilegiada o no, del acreedor, en los contratos de suministro en los supuestos de cesión de créditos.

EISSEK, Georg: *Cogestione e compartecipazione dell'esercizio industriale*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-8, 1956; págs. 159-172.

Problemas jurídicos que plantea la deseable participación del obrero en la empresa.

FUNAIOLI, G. B.: *Luci e ombre sul rapporto associativo nel rapporto di mezzadria*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-8, 1956; págs. 132-135.

Para poner luz en las sombras que oscurecen la relación jurídica de "mezzadria" es preciso no perder de vista su carácter asociativo.

FUNAIOLI, Alberto: *Debiti di giuoco o di scommessa*.—RDDC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 636-649.

Consideración especial de las obligaciones naturales derivadas de la apuesta y relevancia de los vicios de la voluntad en ellas en el Derecho italiano.

GLASSER, H.: *Gewerbliche Nutzung von Wohnräumen*.—NJW, año IX, cuaderno 35, 31 agosto 1956; págs. 1265-1266.

¿Puede el arrendatario utilizar industrial o profesionalmente un local alquilado con finalidad de vivienda? Posición de la doctrina y jurisprudencia alemanas. Ha de atenderse a la forma en que las partes se han expresado en el contrato, siempre que no se logre acuerdo.

GROSSO, Giuseppe: *Note in tema di obbligazione generica*.—RDDC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 605-613.

Partiendo de las posiciones contrapuestas de Marcelo y Papiniano, el autor nos ofrece unas notas sobre la obligación genérica en el Derecho italiano. Con

Marcelo se muestra partidario de la individualización de la obligación genérica frente a la alternativa.

HUECK, Alfred: *Problemi del diritto di sciopero*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-80, 1956; págs. 173-180.

Tratamiento jurídico del derecho a la huelga en Alemania, en la época nacionalsocialista y en la actualidad. *

KOESEL: *Billigkeikshaftung von Kindern und Jugendlichen*.—NJW, año IX, cuaderno 27, 6 julio 1956; págs. 969-972.

Aunque las reglas generales del BGB (§§ 823 y sigs.), referentes a la responsabilidad por actos ilícitos no afectan a los imputables, éstos, conforme al § 829, han de responder a veces de acuerdo con las normas de la equidad. Notas a esta "responsabilidad de equidad" de los menores.

KORFF, K.: *Um die Rechtsgültigkeit des § 19 Abs. 2 Bundesmietengesetz*.—NJW, año IX, cuaderno 48; págs. 1788-1789.

Revisión crítica de algunos puntos de vista de Tietz, en el trabajo reseñado en esta sección, derivados de la consideración aislada del precepto contenido en el § 19, 2.º, de la Ley Federal de Arrendamientos. La norma ha de estudiarse en relación con otras disposiciones de la propia Ley y de otros textos de la legislación alemana.

LANDI, Roberto: *Risarcimento dei danni non patrimoniali in difetto di querela*.—RTDP, año X, número 3, septiembre 1956; págs. 1071-1078.

Se argumenta la opinión de que los daños no patrimoniales, consecuencia de un delito perseguible por querella de parte son exigibles por vía civil, aun cuando no se haya presentado la querella.

LEGARIS, M. R.: *Le droit au bail dans le partage*.—RTDC, año LIV, número 2, abril-junio 1956; págs. 229-260.

Consideración de los problemas particionales que plantea el "derecho al arrendamiento". El autor estudia la cuestión en la fase de la división y en la de la atribución. En la primera considera si el "derecho al arrendamiento" puede ser efecto u objeto de la división; en la segunda toma en cuenta su atribución por vía igualitaria y por vía preferencial.

LARENZ, Karl: *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*.—NJW, año IX, cuaderno 51-52, 21 diciembre 1956; páginas 1897-1900.

Partiendo de un gráfico ejemplo (el del viajero que se niega a pagar en el tranvía porque, por unas especiales circunstancias, afirma no haber concluído contrato de transporte alguno), el profesor Larenz insiste sobre su ya conocida afirmación de la "conducta social típica" como fuente de obligaciones, de una manera directa y objetiva y sin necesidad de ver en esa conducta una manifestación de la voluntad del sujeto actuante.

MAZZOCHI, Pierluigi: *La natura giuridica dell'offerta di «reductio ad aequitatem» ed i poteri del giudice*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-8, 1956; páginas 49-53.

Comentario a los artículos 1.450 y 1.467 del Código civil italiano relativos a la posibilidad de que el contratante lesionado por excesiva onerosidad proponga una modificación equitativa del contrato para evitar la rescisión o la resolución.

NEIDHARDT, Karl; MÜLLER, Gertrud: *Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht der Arztes und der Juristen*.—NJW, año IX, cuaderno 30, 27 julio 1956; págs. 1097.

Una sentencia del B G H de 10-7-1954 sobre el deber de los médicos de manifestar al paciente las posibles consecuencias de una intervención quirúrgica y sobre el alcance de este deber ha provocado en Alemania encontrados comentarios (se trata de la famosa sentencia sobre el electro-schock). Posición de un médico y un jurista en torno a ella.

PAULUS, Gotthard: *Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung*.—ACP, tomo 155 cuaderno 4-5, 1956; págs. 279-374.

Completo estudio crítico imposible de resumir en unas líneas sobre la impugnación por el acreedor de los actos del deudor sobre la base de la Ley de impugnación de 21-7-1879 y de la Ordenanza Concursal Alemana. Mecanismo de la acción de impugnación (equivalente a nuestra acción pauliana) en el concurso y fuera de él.

El autor se muestra contrario a las doctrinas dominantes que atribuyen a la acción carácter real u obligacional, manifestando su preferencia por la concepción que enlaza la esencia de la "acción impugnativa" en la idea de la responsabilidad jurídica.

PELLIZZI, Giovanni L.: *Nuova disciplina delle «locations-gérances» in Francia*.—RDDC, año II, núm. 3, julio-septiembre, 1956; págs. 721-722.

El Decreto francés de 22-10-1953 sobre arrendamiento de establecimientos comerciales, en vista de sus imperfecciones, ha sido sustituido por una ley de 20-3-1956, cuyos aspectos más importantes expone el autor.

RÖZNICKE, G. y D.: *Zum Übergang von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Dienstherrn.*—NJW, año IX, cuaderno 40, 5 octubre 1956; páginas 1464-1466.

Comentarios de los autores en torno a la posición del B G H según la que el tercero que cause un daño a un trabajador, en la cuestión de los perjuicios que ha de indemnizar, no puede alegar la circunstancia de que el que da el trabajo ha de pagar la remuneración en base al § 616 B G B.

RESCIGNO, Pietro: *Il danno da pricreazione.*—RDCC. año II núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 614-635.

En 1946 una mujer es internada en una clínica donde se le practica una transfusión de sangre. Posteriormente la mujer concibe y da a luz una hija afectada de una enfermedad. Se descubre que la causa radica en que el dador de la sangre padecía dicha enfermedad, que ha sido contagiada a la madre en la transfusión. Ante este caso el B G H alemán (Tribunal Supremo Federal) concede a la hija una pretensión indemnizatoria contra la clínica en base al § 823 B G B. Después de afirmar el Tribunal que aunque el acto dañoso ha ido "dirigido" en primer lugar contra la madre, también ha causado luego un perjuicio a la hija, manifiesta: "para que nazca una pretensión de resarcimiento basta con que la acción dañosa haya violado directa o indirectamente uno de los bienes de la vida o de los derechos absolutos indicados en el § 823 B G B, con tal que entre la acción dañosa y la violación del bien jurídico exista un nexo causal en el sentido de la teoría de la adecuación".

Comentario a la sentencia (que es de 20-12-1952) y comparación con la posible solución que el caso hubiera tenido en el Derecho italiano.

ROESGEN, M.: *Vorübergehende Räumung der Mietwohnung wegen Bauarbeiten.*—NJW, año IX, cuaderno 35, 31 agosto 1956; págs. 1264-1265.

El parágrafo 536 B G B obliga al arrendador a mantener la cosa arrendada en situación de servir para el uso pactado. Comentario práctico sobre el problema de que el arrendatario, tratándose de vivienda, haya de evacuar pasajeramente la misma a causa de obras: consideración de la posición jurídica de ambas partes.

RÖLLE, H.: *Kann in einem Schiedsvertrag für den Fall der Nichternennung eines Schiedsrichters durch den Berechtigten der Übergang des Ernenngungsrechtes auf die Gegenpartei bestimmt werden?*—MDR, año X, cuaderno 5, mayo 1956; págs. 261-263.

En sentencia de 16-2-1955 el O L G (Oberlandgericht) de Neustadt ha entendido que atenta al "orden público" la cláusula establecida en un contrato de arbitraje según el cual si la parte que tiene el derecho de nombrar el árbitro no lo hace corresponde tal derecho a la otra parte. Consideración crítica y doctrinal de este punto de vista.

SEYDEL, Helmut; SALGER, Hanskarl: *Haftung für Atomschäden*.—NJW, año IX, cuaderno 42, 19 octubre 1956; págs. 1537-1540.

En estudio el Proyecto de Ley sobre producción y aprovechamiento de energía nuclear, comentan los autores ciertos aspectos de la "resonsabilidad por daños atómicos", su mecanismo y eficacia jurídica.

TIETZ, Edwin: *Ist § 19 Abs. 2 des ersten Bundesmietengesetzes gültig?*—NJW, año IX, cuaderno 35, 31 agosto 1956; págs. 1257-1261.

La Ley Federal sobre Arrendamiento de uso, de 17-7-1955, dictada para la elevación de las rentas urbanas en Alemania prohíbe la elevación en el supuesto de que el arrendatario haya de llevar a cabo "prestaciones" en la finca, por las que no puede exigir indemnización. Comentario crítico de la norma (§ 19, párrafo 2.º de la Ley).

ZUNFT: *Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein?*—NJW, año IX, cuaderno 20, 18 mayo 1956; págs. 735-736.

El § 7 de la Ordenanza Concursal Alemana declara ineficaces los actos jurídicos llevados a cabo por el deudor común después de la apertura del concurso. Se discute si tal ineficacia es relativa o absoluta.

5. Derecho de familia.

BECKER, Hans Joachim: *Nochmals: Die Verfassungswidrigkeit des § 67 des Personenstandsgesetzes*.—EF, año IV, cuaderno 2, febrero 1957, págs. 40-45.

Examen de conjunto sobre las diversas opiniones y estado del problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del § 67 de la Ley sobre el estado de las personas que castiga la conclusión confesional del matrimonio sin haber llevado antes a cabo el matrimonio civil.

BOEHMER, Gustav: *Zum schweizerischen Eherecht*.—EF, año IV, cuaderno 1, enero 1957; págs. 9-11.

Comentarios breves sobre estas dos cuestiones en el derecho matrimonial suizo: posición de marido y mujer e ingerencia de la autoridad en la familia. Compara el Derecho suizo con el alemán y hace una crítica de los comentarios a: ZGB, en el problema de referencia, de Gmür-Lemp.

BOSCH, F. W.: *Zum internationalen Eheschließungsrecht*.—EF, año IV, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 47-48.

Consulta sobre problemas de Derecho internacional privado suscitados por matrimonio de alemán con portuguesa, separada judicialmente en su matrimonio anterior.

BOSCH, F. W.: *Elterlicher Ehekonsens oder Gerichtsentscheid?*—EF, año IV, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 48-49.

El párrafo 3.^º del § 3 de la Ley de Matrimonio de 1946 permite que el Juez de Tutelas supla el necesario consentimiento para contraer matrimonio los menores cuando los representantes legales lo niegan sin motivo justificado. Comentario de algunos problemas prácticos que esta disposición puede plantear en relación con las diferentes confesiones religiosas de Alemania.

BOSCH, F. W.: *Ein Fall zu § 1.595 a B G B und das Verfahrensrecht.*—EF, año IV, cuaderno 2, febrero 1957; pág. 49.

Glosas breves a una sentencia del LG de Bremen de 5-1-1956 sobre el § 1.595 a del B G B que permite impugnar la legitimidad de un hijo, en ciertos casos, al Ministerio Fiscal.

CZAPSKI, Georg.: *Welchem Recht unterliegt der Unterhaltsanspruch eines unehelichen nicht niederländischen Kindes gegen den niederländischen Erzeuger?*—NJW, año IX, cuaderno 45, 9 noviembre 1956; págs. 1667-1668.

La cuestión de a qué Derecho han de someterse las pretensiones alimenticias de un hijo ilegítimo no holandés (alemán) contra su progenitor, holandés, no se resolvía unitariamente por los Tribunales de Holanda. Examen de una sentencia de 2-12-1955 que, de una manera muy completa, se enfrenta con el problema.

FERIN, M.: *Zum Stand der Entwicklung im internationalen Unterhaltsrecht.*—EF, año III, cuaderno 7-8, julio-agosto 1956; págs. 197-201.

Continuación del trabajo empezado en número anterior de EF, referente al Anteproyecto de Convención Internacional en materia de pretensiones alimenticias (enero 1955). Unicamente se trata del problema con referencia a los hijos.

GIORGIANI, Michele: *Problemi attuali di diritto familiare.*—RTDP, año X, número 3, septiembre 1956; págs. 749-796.

Se refiere a las relaciones del Derecho civil italiano con la Constitución en materia de filiación natural, investigación de la paternidad, patria potestad y relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Hace especial hincapié en las cuestiones más graves planteadas en estas materias después de la guerra en Italia y la solución que a ellas se ha dado en el Derecho comparado.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Zum geltendem argentinischen Familienrecht.*—EF, año III, cuaderno 7-8, julio-agosto 1956; págs. 208-210.

Exposición divulgadora del "estado actual" del Derecho de familia argentino en materia de matrimonio, filiación legítima, ilegítima, adopción y Derecho

internacional privado. La determinación de la vigencia o no vigencia de ciertas leyes es dudosa a consecuencia de la situación del país.

JARCHOW, Heinz: *Zum Begriff der Feststellung der Vaterschaft in der Sozialversicherung*.—NJW, año IX, cuaderno 27, 6 julio 1956; páginas 977-978.

Los seguros sociales imponen a veces la constatación de la paternidad. Supuestos y eficacia de esta constatación en el Derecho alemán de seguros. Este, como Derecho público, no conoce la distinción civil (1.717 B G B) entre "paternidad eficaz" y "auténtica paternidad" (Giltvaterschaft y Istvaterschaft).

JESSEN, Uwe: *Kann der Antrag auf Einholung eines Blutgruppengutachtens oder eines erbbiologischen Gutachtens im Unterhaltsprozess des unehelichen Kindes als Ausforschung zurückgewiesen werden?*—MDR, año X, cuaderno 5, mayo 1956; págs. 263-265.

Consideraciones sobre la admisibilidad o no admisibilidad de los dictámenes periciales "de grupos sanguíneos" en los procesos por alimentos en materia de filiación ilegítima.

KELLNER, Wolfgang: *Die wiederheiratende Witwe in den neuen Sozialgesetzen*.—EF, año III, cuaderno 7-8, julio-agosto 1956; págs. 206-207.

Breves consideraciones sobre la situación de la viuda que contrae segundas nupcias, después de la entrada en vigor de la Ley Federal de asistencia social de 6-6-1956.

KLEIN, Frédéric: *Die Legitimation der unehelichen und insbesondere der im Ehebruch erzeugten Kinder im französischen Recht*.

Comentario a la Ley francesa de 5-7-1956 que modifica el artículo 331 del Código civil y complementa, a su vez, a la Ley de 15-7-1955, en la cuestión relativa al reconocimiento y legitimación de hijos ilegítimos (consideración especial de los adulterinos).

LANG, Jiegfried: *Die Unterhaltsklage des minderjährigen ehelichen Kindes*.—NJW, cuaderno 31-32, 3 agosto 1956; págs. 1134-1138.

La vigencia del principio constitucional de equiparación de marido y mujer tiene repercusiones en las pretensiones alimenticias de los hijos legítimos. El autor comenta la cuestión de en qué medida están los padres obligados a los alimentos y la referente a la representación del hijo en litigios sobre la materia.

LUTHER, Gerhard: *Das Ehehindernis des Ehebruchs im internationalen Privatrecht*.—EF, año IV, cuaderno 1, enero 1957; págs. 6-8.

Después de la entrada en vigor, en Alemania Oriental, de la Ordenanza matrimonial de 1955, el adulterio como tal ya no es causa de divorcio. Consideración de las dificultades prácticas que ahora surgen en este aspecto, y en el relativo al adulterio como impedimento, a consecuencia de la diversa regulación del problema existente en las *dos Alemanias*.

MACHEID, Wiehlem: *Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Adoptionsvertrages*. EF, año III, cuaderno 12, diciembre 1956; págs. 361-365.

En los Proyectos de Reforma del Derecho de familia alemán, redactados por el Gobierno Federal, no se toma en cuenta el problema de la nulidad e impugnabilidad del contrato de adopción. Estudia el autor la cuestión, en relación con las normas que en el BGB se refieren, en general, a la nulidad e impugnabilidad del negocio jurídico.

MARTINE, Edmond-Nöel: *Le développement de la législation sociale et le droit de famille*.—RTDC, año LIV, número 4; págs. 654-671.

El legislador viene creando de manera continua grandes divergencias entre el Derecho social y el Derecho civil impuestas por las transformaciones sociales y la evolución de las costumbres. Consideraciones sobre esta afirmación en relación con las modificaciones que el desarrollo del Derecho social trae consigo en el Derecho de familia: el Derecho social es independiente de las reglas tradicionales del Derecho de familia, pero al mismo tiempo influye cada vez más en la estructura tradicional de la familia.

MERZBACHER, Friedrich: *Die Zugewinngemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts*.—ACP, tomo 156, cuaderno 1, 1957; páginas 1-28.

El "estado legal de bienes" en el matrimonio ha de adaptarse en el futuro Derecho de familia alemán al principio de equiparación de marido y mujer. En las proyectadas reformas se estructura como "estado legal de bienes" la *Zugewinngemeinschaft* o "comunidad de ganancias" (distinta de la que regula el BGB: *Errungenschaftsgemeinschaft*). El nuevo sistema es una hábil combinación de los postulados de la separación de bienes con los de la comunidad. Durante la existencia del matrimonio: separación. Al disolverse éste: participación de los cónyuges en la ganancia o "Zugewinn": "el valor en que el patrimonio de un cónyuge, al disolverse el matrimonio, sobrepasa al valor que tenía el patrimonio de dicho cónyuge" (Kipp).

El autor estudia el mecanismo del "estado de bienes" en cuestión, con referencias al Derecho extranjero y al Derecho alemán anterior al BGB que conocía tal sistema.

PEIRO, Francisco J.: *Una solución más al problema de los matrimonios civiles*.—RDP, diciembre 1956; págs. 1201-1204.

Con relación a los matrimonios civiles contraídos durante el período republicano, el autor formula estos interrogantes: a) ¿Qué autoridad debería disolverse? Entiende que la civil. b) ¿Es posible *legalmente* esta disolución? Cree que no. c) ¿Sería conveniente la disolución? Opta por la negativa.

SAUJOT, Colette: *La condition juridique des enfants adulterins*.—RTDC, año LIV, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 443-446.

Estudio sobre la situación jurídica de los hijos adulterinos en el Derecho francés, antes y después de la Ley de 15 julio 1955, que, manteniendo el principio del Code civil que prohíbe el establecimiento de un lazo de filiación, concede a los adulterinos una pensión alimenticia. Crítica de la Ley que, no obstante mantener el principio indicado, al responder en sus disposiciones a postulados distintos, va a ser de muy difícil aplicación.

SCHELD: *Nochmals: Unterhaltsvergleich nach Rechtsmittelverzicht*.—NJW, año IX, cuaderno 45, 9 noviembre 1956; págs. 1666-1667.

Transacción en materia alimenticia y posibilidades ejecutivas de la misma en el Derecho alemán (§ 794, 1.º, Z P O). Consideración de la jurisprudencia.

SCHREYHING, Robert: *Zur Verfassungsmässigkeit des § 67 des Personenstandsgetzes*.—EF, año IV, cuaderno 1, enero 1957; págs. 4-6.

Consideraciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del § 67 de la Ley alemana sobre el estado de las personas, que impone sanciones a quien lleva a cabo la celebración religiosa del matrimonio sin haber realizado antes la conclusión del mismo ante el funcionario del estado civil.

SCHWARZHAUPT, Elisabeth: *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen*.—EF, año 4, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 33-37.

Los párrafos 1.353 y siguientes del B G B se refieren a los efectos del matrimonio en general. Se comenta el texto de los mismos en el Proyecto de Ley (II Proyecto del Gobierno) de 29-1-1954, uno de los redactados para adaptar el Derecho de familia al principio constitucional de equiparación de marido y mujer.

STRÜE, Walter: *Strafantragsrecht der Eltern eines Minderjährigen vor und nach der Ehescheidung*.—EF, año III, cuaderno 12, diciembre 1956; páginas 365-387.

El § 65 del Código penal alemán (St G B) determina que por los menores que han sufrido las consecuencias de un delito, sus representantes legales han de

presentar la correspondiente "solicitud de pena". Consideración de las dificultades que surgen en el supuesto de divorcio de los padres.

6. Derecho de sucesiones.

BURKART: *Aushölung gemeinschaftlicher Testamente durch den überlebenden Ehegatten*.—NJW, año IX, cuaderno 41, 12 octubre 1956; páginas 1501-1505.

Sobre la base de reciente jurisprudencia, comenta el autor las posibles medidas de protección que la legislación alemana ofrece frente a los actos del cónyuge supérstite que pretende con su conducta hacer ineficaz un testamento mancomunado otorgado conjuntamente con el premuerto.

DONNIER, Marc: *Remarques sur la conception jurisprudentielle de la prohibition des pactes successoraux*.—RTDC, año LIV, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 627-654.

Las razones tradicionales en que se ha apoyado la prohibición de los pactos sucesorios no tienen, a juicio del autor, razón de ser en el Derecho francés actual. Comenta las razones en que la jurisprudencia apoya su excesivo rigor en la prohibición de los pactos en cuestión (el llamamiento sucesorio es cuestión de orden público, el derecho derivado de los pactos sería sólo una simple esperanza) y se muestra contrario a este rigor.

HERMANN, H.: *Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, dass der Vorerbe nicht letztwillig anders verfügt*. ACP, tomo 155, cuaderno 4-5, 1956; págs. 434-439.

El parágrafo 2.065 del B G B no permite al causante adoptar una disposición de última voluntad de forma que su validez o invalidez quedase al arbitrio de un tercero. Esta norma ha planteado dudas de si será o no válida una institución condicional dependiendo el cumplimiento de la condición de la voluntad de un tercero. En relación con el problema apuntado, el autor estudia el supuesto de institución de heredero sucesivo (fideicomisario), sometida a la condición de que el heredero previo (fiduciario) no disponga por última voluntad. La jurisprudencia considera compatible tal institución con el juego del indicado parágrafo. Se justifica dogmáticamente tal postura.

MKRZ, J.: *Die Wirksamkeit gemeinschaftlicher, in Inland errichteter Ehegattentestamente von Ausländern, insbesondere Schweizern*. — NJW, año IX, cuaderno 41, 12 octubre 1956; págs. 1505.

Eficacia de los testamentos mancomunados otorgados en Alemania por extranjeros, con especial referencia a los suizos. El autor concluye: los extran-

jeros deben evitar otorgar en Alemania, bajo la forma de testamentos mancomunados, disposiciones reciprocas de última voluntad, a no ser que el Derecho de su país de origen permita tal forma de testar.

REINICKE, G. y D.: *Lebensversicherung und Nachlassgläubiger*.—NJW, año IX, cuaderno 29, 20 julio 1956; págs. 1053-1055.

Establecido un seguro de vida en favor de un tercero, y sobrecargado después de deudas el caudal relictico, se discute si los acreedores de la herencia pueden o no dirigirse contra la suma del seguro. Examen de la doctrina y la jurisprudencia. Posición intermedia de los autores.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BÄRMANN, Johannes: *Neues französisches Grundbuchrecht*.—ACP, tomo 155, cuaderno 4-5, 1956; págs. 440-441.

Indicación de los aspectos fundamentales de la reforma reciente introducida en el sistema inmobiliario francés por el Decreto de 4-1-1955 y disposiciones complementarias. Acercamiento al sistema alemán.

FISCHER, J.: *Forderungsübertragung und Sicherungshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren*.—NJW, año IX, cuaderno 30, 27 julio 1956; páginas 1095-1097.

Cuando el adquirente en subasta forzosa no cumple su oferta en el término adecuado se producen una serie de consecuencias jurídicas cuyos pormenores materiales y procesales no regula la Ley alemana sobre subasta y administración forzosas de 1897. Estudio de las mismas, especialmente la transmisión del crédito contra el rematante y la hipoteca de seguridad operadas ex lege.

RABEL, Hans: HOCH; *Die Wirkung der Löschungsvormerkung des § 1.179 BGB in der Zwangsversteigerung*.—NJW, año IX, cuaderno 49, 7 diciembre 1956; págs. 1825-1827.

El § 1.179 BGB determina si el propietario se obliga frente a otra persona a hacer cancelar la hipoteca si esta se confunde con la propiedad en un tercero, la pretensión a la cancelación puede asegurarse mediante anotación preventiva.

Consideraciones sobre la eficacia de esta anotación en el caso de subasta forzosa.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

KREITFELS, Max: *Verfahrensvorschriften im Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.—NJW, año IX, cuaderno 26, 22 junio 1956: páginas 936-937.

Examen de las disposiciones de procedimiento en el Proyecto de Ley referente a las limitaciones en la competencia: se estudian por separado las cuestiones administrativas y las referentes a los litigios civiles.

POLO, Antonio: *El concepto y los problemas del Derecho Mercantil en la Legislación y Jurisprudencia españolas*.—RDP, diciembre 1956; páginas 1175-1191; enero 1957, págs. 3-28.

Se trata del estudio preliminar que el autor ofrece en su reciente publicación "Leyes Mercantiles y Económicas". He aquí el esquema del estudio: Derecho mercantil como derecho de la organización económica, esquema del proceso de elaboración del concepto del Derecho mercantil, vieja y nueva problemática en torno a la empresa, supuesta inadaptación de este concepto al Derecho positivo español.

2. Comerciantes y sociedades.

BAIER, G. G.: *Vermögensabgabe und Überschuldung*.—NJW, año IX, cuaderno 36, 7 septiembre 1956: págs. 1302-1305.

Con relación a los §§ 83 de la Ley alemana de sociedades por acciones y 64 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, se estudia la insolvencia por exceso de deudas, en relación con el problema de las contribuciones patrimoniales.

FANELLI, Giuseppe: *Le sanzioni per gli atti vietati dagli articoli 2.357-2.361 del Codice civile*.—RDDC, año II, núm. 3. julio-septiembre 1956; páginas 672-693.

Los artículos en cuestión prohíben la adquisición de acciones por la sociedad, la anticipación sobre las propias acciones, la inversión de capital en acciones de sociedad controlada, etc. Se trata de prohibiciones destinadas a mantener la integridad y realidad del capital social, protegiendo a los acreedores.

Consideraciones sobre la eficacia práctica de estas prohibiciones.

FERRARA, Francesco (jr.): *Società etichetta e società operante*.—RDDC, año II, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 650-671.

En la realidad es frecuente que una sociedad formalmente configurada con arreglo a una determinada estructura no funcione, sin embargo, en la vida jurídica con arreglo a esta configuración. La sociedad que "actúa" no se corresponde con la que "figura". El autor estudia el fenómeno y ve en tales casos una transformación de la sociedad por voluntad de los socios.

FRITZE, Ulrich: *Zur Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsschulden*.—NJW, año IX, cuaderno 27, 6 julio 1956; págs. 975-977.

Posición del acreedor frente a los socios comanditarios que no han satisfecho sus aportaciones sociales, y estudio de la responsabilidad de éstos en el Derecho alemán.

HEIDECKER, Hans: *Das Bezugsrecht bei niessbrauchsbelasteten Aktien*.—NJW, año IX, cuaderno 24, 15 junio 1956; págs. 892-895.

Notas a la debatida cuestión de a quién corresponde el derecho de adquirir nuevas acciones en la hipótesis de estar gravadas con usufructo las ya emitidas: al accionista o al usufructuario.

LIEBERKNECHT, Otfried: *Die Enteignung deutscher Mitgliedschaftsrechte an ausländischen Gesellschaften mit in Deutschland belegenen Vermögen (II)*.—NJW, año IX, cuaderno 25, 22 junio 1956; págs. 931-936.

Comenzado el trabajo en N J W, 1956, 571 sigs., se continúan estudiando algunos aspectos jurídicos derivados de la expropiación de la cualidad de miembros (y los derechos de ella derivados) a los alemanes que lo eran de sociedades extranjeras con patrimonio en Alemania. Se producen situaciones manifiestamente injustas y lamentables para las personas afectadas.

MOSSA, Lorenzo: *Il diritto azionario delle imprese dominanti*.—NRD, volumen IX, fascículo 5-80, 1956; págs. 127-132.

Atm cuando el consorcio de empresas aparentemente respeta su libertad e igualdad, en el funcionamiento jurídico y económico se traduce el consorcio en empresas que dominan a otras, lo que se refleja en el valor de sus acciones.

RÖTKILMANN: *Der Wegfall unentbehrlicher Gesellschafter bei O. H. G. und KG*.—NJW, año IX, cuaderno 44, 2 noviembre 1956; págs. 1617-1621.

Estudio de los problemas que en el Derecho alemán plantea la separación de un socio en la O H G (sociedad colectiva) y en la K G (sociedad comanditaria).

3. **Cosas mercantiles.**

FRENKEL, Erdmann: *Das neue Devisengesetz der Sowjetzone*.—NJW, año IX, cuaderno 25, 22 junio 1956; págs. 929-931.

Exposición de los aspectos fundamentales de la nueva Ley, dictada en Alemania Oriental, sobre el tráfico y control de divisas (de 8-2-1956).

NUSSBAUM, Arthur: *Il regime giuridico dell'oro*.—RDCC, año II, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 694-709.

Exposición sobre el régimen anterior (de matiz interno) y actual (de matiz internacional) referente al oro en relación con los sistemas monetarios, en los distintos países.

PELLIZZI, Giovanni L.: *Contrasti di mentalità (continentale e anglosassone) nello studio del Diritto cambiario*.—RDCC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 709-711.

Apostillas a un reciente trabajo de Grisoli, en el que al comparar el sistema cambiario continental con el anglosajón parece llegar, aun sin decirlo, a la conclusión de que no se trata de comparar un sistema con otro, sino un "sistema" con un "no sistema".

PELLIZZI, Giovanni L.: *Nuove disposizioni in Francia in tema di perdita di titoli al portatore e di cedole*.—RDCC, año II, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 723-725.

Para sustituir a la vieja Ley de 1872 sobre la materia se ha dictado en Francia la Ley de 11-1-1956 relativa a la pérdida y desposesión de títulos al portador y procedimiento de amortización de los mismos. La nueva Ley es de una gran minuciosidad. Visión de conjunto de sus disposiciones.

4. **Obligaciones y contratos.**

BRESK, J.: *Zur Pfändung und Überweisung gegenwärtiger und künftiger Girokontoguthaben*.—ACP, tomo 155, cuaderno número 5, 1956; páginas 418-434.

Analizada la jurisprudencia, el autor ofrece unas notas en torno al problema del embargo o transferencia de saldos presentes y futuros en las operaciones bancarias de giro y transferencia.

SCHMIDT, Reiner: *Regressprobleme der Sachversicherung*.—NJW, año 9, cuaderno 29, julio 1956; págs. 1055-1057.

Estudio del § 67 de la ley alemana sobre contrato de seguro referente a los problemas jurídicos que plantean las acciones de regreso en el seguro de cosas. Estos problemas no sólo afectan al Derecho de Seguros, sino que inciden en el Derecho general de obligaciones.

SOTGIA Sergio: *Pluralità assicurativa, ecceso dassicurazioni mutamento di rischio*.—NRD, vol. IX, fascículo 5-30, 1956; págs. 136-146.

Tratamiento jurídico que se da en Italia al seguro doble desde el principio de que el seguro no puede producir en el asegurado un modo de especulación.

WESTERMANN, H.: *Probleme der Sicherungsubereignung von Warenlagen*.—NJW, año IX, cuaderno 36, 7 septiembre 1956; págs. 1297-1298.

Comentario a una sentencia del B G H, de 13 junio 1956, sobre los problemas que plantea la transmisión con fines de garantía de mercancías almacenadas, con especial referencia al supuesto en que el deudor (dador de la garantía) tenga también mercancías compradas con reserva de dominio por parte del vendedor.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *La scuola processuale di San Paolo del Brasile*.—RTDP, año X, núm. 3, septiembre 1956; págs. 864-869.

En toda América existen eminentes procesalistas; pero una verdadera escuela de procesalistas solamente puede decirse que existe en la Universidad de San Paulo. El articulista demuestra este aserto con el examen de las personas que la componen y de su obra.

BAUKA, Heimuth: *Die Verweigerung des Armenrechts bei väterlicher Vorschusspflicht für Prozesskosten des Kindes*.—NJW, año IX, cuaderno 31-32, 3 agosto 1956; págs. 1139-1140.

Notas breves sobre la concesión o denegación del beneficio de pobreza a favor del hijo que siendo "pobre", conforme al § 114 Z P O, tiene un padre que no lo es.

BERGMAN: *Bestordination des Jugendamts im Zivilprozess*.—NJW, año IX, cuaderno 47, 23 noviembre 1956; págs. 1748.

No es infrecuente en el Derecho alemán el hecho de que la Oficina de la Juventud haya de actuar en el proceso civil en representación de los menores,

sobre todo en cuestiones de alimentos. Notas sobre esta actuación del citado organismo: actúa como "tutor de oficio" en el desempeño de una tutela funcional.

GAUL, Hans Friedheim: *Ist die Anordnung der erst künftig durchführbaren erbbiologischen Untersuchung mit dem geltenden Verfahrensrecht vereinbar?*—EF. año III, cuaderno 718, julio-agosto 1956; págs. 201-206.

Tomando como punto de arranque un trabajo de Schiedermaier, el autor vuelve sobre el problema, en relación con el vigente Derecho procesal alemán, de la procedencia o improcedencia de la ordenación por el Tribunal de una investigación biológico-hereditaria, sólo ejecutable en el futuro.

2. Parte general.

BERNAL MARTÍN Salvador: *Problemas jurisdiccionales sobre clasificación profesional.*—RDP, noviembre 1956; págs. 1191-1201.

Aspectos procesales de la clasificación profesional en el Derecho del trabajo.

GUIDO A., Farraelli: *Qualche verità sul disservizio giudiziario.*—RTDP. año X, número 3, septiembre 1956; págs. 870-892.

El artículo es una queja razonada de la penuria de medios necesarios para su funcionamiento a que se ve sometida la administración de justicia en Italia.

MASE LARI, Federico: *Sei anni di sani di procuratore.*—RTDP. año X, número 3, septiembre 1956; págs. 893-911.

Conclusiones que se obtienen de estudiar las estadísticas de los resultados en los exámenes de procuradores en Italia. Necesidad de su reforma.

MONACCIANI, Luigi: *Il problema del proceso simulato.*—RTDP, año X. septiembre 1956; págs. 826-847.

En último término, se trata de saber si la idea misma de simulación es aplicable al proceso, para valorar las modernas tendencias doctrinales que tratan de ver en la simulación no un vicio de la voluntad, como se hacía tradicionalmente, sino de la causa de los actos.

3. Procesos especiales.

ANHEIER, R.: *Zur Gewährung von Vollstreckungsschutz im Zwangsverteigungsverfahren, insbesondere auf Grund des § 765 a Z. P. O.*—NJW, año IX, cuaderno 45, 9 noviembre 1956; págs. 1668-1669.

Relación entre el § 765 a de la Z P O con el § 30, párrafo 2.º de la Z V G (ley sobre subasta forzosa). Protección de la ejecución en el mecanismo del procedimiento de subasta forzosa.

BAUCKNECHT: *Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse.*—NJW, año IX, cuaderno 33, 17 agosto 1956; págs. 1177-1181.

Entre los derechos de expectativa figura el que nace de la transmisión suspensivamente condicionada de una cosa, como, por ejemplo, en el supuesto de venta con reserva de dominio. El autor estudia esta expectativa en el caso de concurso del vendedor y en el caso de concurso del comprador. Sobre todo cuestiones prácticas que surgen en la legislación alemana.

DE CLERCK: *Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsgerichtsverfahren.*—NJW, año IX, cuaderno 37, 14 septiembre 1956; págs. 1337-1340.

Ordenaciones provisionales en el procedimiento contencioso-administrativo. Admisibilidad de las mismas en la legislación alemana vigente. Presupuestos y contenido. Procedimiento autónomo.

DENTI Vittorio: *Rilievi in tema di transazioni nei giudizi di falso.*—RTDP, año X, número 3, septiembre 1956; págs. 848-863.

El juicio civil de falsedad de documentos no admite la transacción más que en su fase introductoria y con efectos limitados a las cuestiones no afectadas por la falsedad.

HAUEISEN: *Wichtige Fragen im Revisionsrecht des sozialgerichtlichen Verfahrens.*—NJW, año IX, cuaderno 30, 27 julio 1956; págs. 1089-1092.

Breves comentarios sobre las cuestiones referentes a la revisión en la jurisdicción social, cuyo procedimiento está establecido en la ley sobre "Tribunales Sociales" de 3 septiembre 1953. Se refiere el autor a vicios en el procedimiento; jurisprudencia y doctrina; supuestos de irrevisión.

JESSEN, UWE: *Nochmals § 765 a Z. P. O., in der Mobiliarzwangsvollstreckung.*—NJW, año IX, cuaderno 29, 20 julio 1956; págs. 1059-1060.

El § 765 a introducido en la Z P O por la ley de 20 agosto 1953, permite ciertas atenuaciones en la ejecución forzosa en aras a las buenas costumbres

y a petición del acreedor. Breves notas al precepto, material y procesalmente considerado.

MÜLLER, Hanswerner: *Zur Revisionsbegründung im Verwaltungsstreitverfahren*.—NJW, año IX, cuaderno 37, 14 septiembre 1956; págs. 1344-1345.

Breves notas sobre estas dos cuestiones, relacionadas con la revisión en el procedimiento contencioso-administrativo: ¿Dónde ha de presentarse la demanda de revisión? ¿Cómo discurre el plazo de revisión? Las contestaciones se refieren a la Ley Federal Alemana sobre el Tribunal administrativo federal.

SCHÜLER: *Anfechtung, Aufrechnung und Vollstreckungsgegenklage*.—NJW, año IX, cuaderno 41, 12 octubre 1956; págs. 1497-1501.

Notas sobre los aspectos procesales, en relación con la ejecución, de la impugnación por vicios de la voluntad y de la compensación, que en sí mismas no fundan ninguna objeción contra la pretensión.

STEIN, Eberhard: *Gebühren eines Sachwalters im auschliessenden Konkursverfahren*.—NJW, año IX, cuaderno 36, 7 septiembre 1956; págs. 1308 y 1309.

Posición del administrador de los bienes en el caso de concurso, en lo que se refiere a su retribución: posición del mismo con respecto a la masa y con respecto al deudor.

TITTEL: *Zur Problematik der Berufungsbeschränkung im Verwaltungsprozess*.—NJW, año IX, cuaderno 46, 16 noviembre 1956; págs. 1700-1703.

La ley de la Baja Sajonia, de 19 junio 1956, sobre limitaciones a la apelación y a la queja en los litigios contencioso-administrativos, da motivo al autor para considerar, desde el punto de vista jurídico y constitucional, estas limitaciones.

WANGEMANN, Richard: *Zur Bedeutung des § 5 AbGB für den Zuweisungsantrag gemäß § 825 Z. P. O.*—NJW, año IX, cuaderno 20, 18 mayo 1956; págs. 732-734.

El § 5 de la ley alemana sobre negocios a plazos, de 16 mayo 1894, determina que si el vendedor, en base a la reserva de dominio recupera la cosa vendida, tal recuperación se considera como ejercicio del derecho de resolución. Consideraciones sobre la relación de esta norma con el § 825 de la Ordenanza

procesal civil que permite reglas especiales en la ejecución forzosa, a petición de acreedor o deudor. Se comentan decisiones jurisprudenciales recientes.

ZSCHAKE: *Die Verwaltungsgerichtliche Klage wegen Gewährung von Geld-eistrungen.*—NJW, año IX, cuaderno 20, 18 mayo 1956; págs. 729-732.

Después de unas manifestaciones generales sobre la reclamación de sumas dinerarias contra las entidades públicas, por la vía contencioso-administrativa, se toman en consideración algunos supuestos concretos: prestaciones a funcionarios, prestaciones de asistencia, indemnización de daños de ocupación, etc.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.

BM1 = Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquia).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (México).

FG = Foro Gallego (La Coruña).

IC = 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 = Jurnal do Foro (Lisboa).

- L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 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 Generale delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 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 (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General 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 Scienze 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 (Bolonia).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).

- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
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 = Svensk Juristtdning (Estocolmo).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. RESOLUCIONES COMENTADAS

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 7 DE MARZO DE 1957

Prórroga de anotación de embargo

Como consecuencia de juicio ordinario de mayor cuantía, se extendió, en 1948, anotación preventiva de embargo, cuya vigencia fué prorrogada por cuatro años, en virtud de mandamiento judicial. En trámite de ejecución de sentencia, se solicitó y obtuvo del Juzgado nueva prórroga, que fué denegada por el Registrador, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. El Juez que expidió el mandamiento de nueva prórroga informa favorablemente la calificación registral, y el Presidente de la Audiencia confirma la nota en el auto.

La Dirección General resuelve ratificarla igualmente en vista de las siguientes consideraciones :

A) *Las anotaciones de embargo son medidas cautelares encaminadas a prevenir los efectos de la declaración judicial, en la etapa que media desde la iniciación de la relación jurídico-procesal hasta que la litis queda definitivamente resuelta.*

B) *Tutelan derechos y situaciones de naturaleza transitoria, y los asientos que de las mismas se hagan en el Registro deben ser provisionales, para evitar que se perpetúen en los libros registrales con menoscabo de la claridad y eficacia del sistema.*

C) *Dados los términos en que se halla redactado el artículo 86 de la Ley, no son admisibles nuevas ampliaciones, aunque en supuestos excepcionales se ponga de relieve la conveniencia de revisar dicho precepto para impedir casos, como el que motiva este expediente, en los que puede quedar incumplida la finalidad de garantía y desamparados derechos que se juzgaron dignos de protección.*

Vid. Resoluciones de 30 mayo 1934, 29 octubre 1946, 27 junio 1953 y 5 noviembre 1955, citadas todas en la resolución que extractamos :

No faltan en el supuesto que motiva la presente decisión del Centro Directivo las habituales alusiones a la órbita calificadora lícita cuando el Registrador ha de enfrentarse con títulos judiciales que pretenden acceso a los libros inmobiliarios. La cuestión es tan antigua como el sistemátismo y apenas vale la pena volver sobre ella. La Dirección ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente, y la reforma de 1944-46 pudo clarificarla con eficacia en algunos puntos, uno de los cuales es el ahora planteado. Los términos del artículo 86 de la Ley excluyen todo intento interpretativo que no se ajuste a los cánones de la cronología y de la literalidad más rigurosa. Las razones en que se inspiró son igualmente obvias y deben considerarse subsistentes y provistas de todo su inicial vigor. Muy excepcional ha de ser el supuesto en que, a través del princi-

pio de rogación que rige nuestro sistema procesal común, no puedan las partes instar la aceleración del litigio en cuanto convenga a sus intereses, que, en el supuesto del artículo 86 citado, coinciden con los propios intereses públicos a cargo del Registro, y que resultarían perjudicados—y con ellos la claridad y eficacia de la Institución—por cualquier tipo de vacilación o debilidad en el más rígido mantenimiento del precepto.

RESOLUCION DE 27 DE MARZO DE 1957

Minas

Con ocasión de la venta de varias minas de carbón y dos heredades, una destinada a cultivo y otra con instalaciones propias de la industria minera, se suscitan varias cuestiones que la Resolución sintetiza con acierto: 1.^o Si la autorización administrativa exigida por el artículo 35 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 y por su Reglamento, constituye requisito previo para la formalización de la escritura; 2.^o Si, por haberse acordado la enajenación en Junta universal de accionistas regulada por el artículo 55 de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas, puede prescindirse de la presentación de los Estatutos sociales que no fueron transcritos, y 3.^o Si debe constar inscrito en el Registro mercantil el nombramiento del administrador para que pueda comparecer como representante de la Compañía.

Suspendida la inscripción, el auto presidencial comparte el parecer expresado en la nota calificadora, y la Dirección General la confirma, puntuizando:

A) *En tanto no se cumpla el requisito de la previa autorización administrativa para la transferencia, no podrá el Notario solemnizar legalmente la escritura, ni aun con la advertencia hecha a los otorgantes de que procuren obtener la expresada autorización para poder inscribir el documento en el Registro de la Propiedad.*

B) *Dado que uno de los socios asistió, con la representación de otro, a la Junta universal, y si bien el artículo 60 de la Ley de Sociedades anónimas así lo permite cuando los Estatutos no lo prohiban, fué necesaria la inserción de la parte pertinente de éstos en la escritura de venta.*

C) *La inscripción en el Registro mercantil del nombramiento de Consejero o administrador es obligatoria, y tanto para la comparecencia ante el Notario como para el otorgamiento del acto subsiguiente.*

Cítase la Resolución de 17 de julio de 1956.

Obviamos todo comentario sobre los puntos B) y C) de la Resolución extractada, por su notoria carencia de verdadero contenido problemático y por el acierto en la decisión. Al contrario, el que hemos señalado con la letra A) entraña cuestiones dignas de una alusión, siquiera sea tan breve como nos impone la composición de la presente nota. Repugna, en efecto, a nuestra ordenación positiva y conceptual de los derechos reales el régimen de intervención administrativa previa, en los actos de disposición, y la protesta se hace más extensa si el sistema desgraciadamente prolifera. Una autorización administrativa en tal materia parece justificada cuando, en sistemas defectivos como el nuestro, donde la inscripción no es obligatoria, sustituye a la calificación registral en la defensa del interés público; nunca cuando la autorización, individualizada y subjetiva, pudo haberse hecho innecesaria señalando con carácter de generalidad las circunstancias objetivas que habrían de concurrir para la validez y eficacia del acto regulado. El Registrador calificaría de los negocios jurídicos relativos a las propiedades especiales a la vista de la normación común y de la particular que

les fuera propia; el principio de legalidad quedaría asegurado sin necesidad de acumular a su calificación la de ciertos servicios administrativos—como sucede en materia de minas—, y la recusada autorización ministerial previa se habría eliminado con ventaja para claridad y seguridad del tráfico.

Pero, desgraciadamente, toda argumentación en este sentido, que podría ser considerable de "lege ferenda", carece de eficacia frente al precepto positivo que ya rige, con fuerza de Ley—con igual ruego hermenéutico que el propio Código civil—la propiedad minera.

Queda, no obstante, por aludir a la naturaleza de la sanción que la falta de autorización administrativa acarrea y, consiguientemente, su repercusión para la admisibilidad del acto en el Registro. En principio, el artículo 35 de la Ley de Minas induce a pensar en la nulidad "ipso iure" del negocio no autorizado. En tal caso, la solución negativa advendría de modo inmediato. Pero, en realidad, aquel precepto es complementado por los 59 y 60 de la propia Ley y los 171 y 177 del Reglamento para su ejecución que sancionan la falta de autorización con la posibilidad de que por la Administración se declare la caducidad de la concesión, por los trámites que señala. Si esta interpretación es correcta, la naturaleza del acto lo acerca más a la anulabilidad que a la nulidad o a la inexistencia. Y el acceso al Registro tal vez habría de calificarse en función de lo que para otros actos anulables prevé la ordenación hipotecaria vigente. Claro es que, en el plano de lo estrictamente especulativo, nuestra personal opinión sería contraria al acceso de ninguno de esos actos a los libros inmobiliarios; pero no dejamos de considerar la opinión contraria en cuanto centra la eficacia de la registración de tales actos en la publicidad que así reciben, con beneficio para terceros interesados y, en definitiva, también para la certeza y claridad del historial jurídico de los inmuebles.

2. RESOLUCIONES

A cargo de R. R. y A. L. A.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. NOTAS MARGINALES DE MODIFICACIÓN DE ESCRITURA: DEFECTO SUBSANABLE: *El Notario debe, inexcusadamente, extender nota al margen de la escritura matriz de la modificación operada y transcribirla en las copias que se libren en fecha posterior. Presentadas ambas escrituras en el Registro, sin la nota referida, es defecto que suspende la inscripción. (R. 30 octubre 1956; "B. O." del 19 noviembre.)*

A) En escritura otorgada por M. R. F., de una parte, y los consortes D. L. C. y C. P. R., de otra, reconociéndose estos últimos deudores solidarios de aquél, constituyeron hipoteca sobre tres fincas propiedad de la señora compareciente. En escritura otorgada ocho días después por los mismos interesados y ante igual funcionario, rectificaron la anterior, excluyendo de la hipoteca una de las fincas gravadas, por haber sido enajenada con anterioridad, distribuyendo la responsabilidad hipotecaria entre las dos restantes.

B) Presentadas en el Registro primera copia de las escrituras expresadas, fué suspendida la inscripción de la primera, porque, "siendo título ejecutivo con arreglo al artículo 1.429, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento civil, no refleja el requisito del artículo 34 del Reglamento hipotecario de hacer fe por sí solo, ya que siendo objeto de rectificación sustancial en los bienes hipotecados y en la responsabilidad, debe reflejarse el contenido de tal rectificación en la presente copia, por lo que deberá ser presentada por el interesado al señor Notario autorizante para que extienda en ella la nota del párrafo final del artículo 178 del Reglamento Notarial, que, de acuerdo con el artículo 1.219 del Código civil, establece que el contenido de la escritura hecha para desvirtuar otra anterior deberá ser anotado en la copia para que produzca efectos contra tercero; y al solicitarse la inscripción no sólo es con efecto constitutivo, sino también para que surta el expresado efecto contra tercero..."

Mantenido en el auto presidencial la nota calificadora, la Dirección General lo ratifica, estableciendo la siguiente doctrina:

a) Siendo deber del Notario velar por la pureza y eficacia del documento notarial, ha de prevenir cualquier confusión que pudiere producir en el tráfico jurídico una copia no ajustada a la realidad.

b) No puede entenderse cumplido el artículo 1.219 del Código civil por la publicidad que frente a terceros hubiera proporcionado a la escritura su inscripción en el Registro, desde el momento que el Registrador se opone a practicar el asiento solicitado.

c) Habiendo sido expedida la copia por el Notario en fecha posterior al otorgamiento de la escritura de modificación, es inexcusable que se cumpla lo dispuesto en el artículo 178 del Reglamento Notarial y se extienda al margen de la escritura matriz la referida nota, que se transcribirá en cuantas copias de cualquier clase se libren en lo sucesivo.

II. Derechos reales

1. CONCESIÓN MINERA: ENAJENACIÓN: *El Notario no podrá autorizar la escritura sin que se presente la autorización administrativa exigida por la Ley de Minas.*

FALTA DE INSCRIPCIÓN DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD MERCANTIL: *El Notario debe negar su función para el otorgamiento de los documentos por el administrador, no inscrito; la falta de inscripción constituye defecto subsanable.* (R. 27 marzo 1957; "B. O." de 17 mayo.)

2. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ADJUDICACIONES EN EXPEDIENTES FISCALES: *El Registrador examinará los trámites e incidencias esenciales del expediente y especialmente la notificación al deudor y a los poseedores actuales que deberán constar en los documentos.*

DESCRIPCIÓN DE FINCAS EN EDICTOS: *Basta la descripción según los datos registrales, aunque al otorgar la escritura se rectifiquen conforme a las afirmaciones de los otorgantes.* (R. 4 abril 1957; "B. O." del 17 mayo.)

3. INMATRICULACIÓN DE FINCA SEGREGADA: *Puede inmatricularse una finca que, según la escritura, es segregación de otra no inscrita, cuando el título reúna los requisitos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; pero constituye defecto que suspende la inscripción el que la finca aparezca segregada en el expresado título de otra de menor extensión.*

CALIFICACIÓN REGISTRAL: *En la calificación registral no se tendrán en cuenta los asientos del Registro que hubieran sido cancelados.* (R. 16 noviembre 1956; "B. O." del 22 diciembre.)

A) En escritura de protocolización de las operaciones testamentarias de las herencias de V. S. F. y C. A. M., autorizada el 3 de mayo de 1940, se adjudicó a M. A. S., entre otras y con el número 2 del inventario, una finca de 46 áreas 11 decímetros cuadrados de tierra huerta. Esta finca, según la referida escritura, "es parte que se segregó de un campo de 43 áreas, 73 centíareas, 28 centímetros cuadrados; pero de medición practicada recientemente resulta tener 48 áreas, 57 centíareas, 75 decímetros cuadrados... Se adquirió esta finca por compra a J. M. F. y V. A. S., mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia, don Domingo García Tremoyeres, en 5 de septiembre de 1907, primera copia de la cual fué inscrita en el Registro de la Propiedad. Destruido este Registro, la citada finca no fué reinscrita".

B) Presentada en el Registro copia de la escritura de protocolización de las operaciones testamentarias anteriormente mencionadas se suspendió la inscripción respecto de la finca expresada, por los siguientes defectos: 1.º No aparecer inscrita a nombre de ninguno de los causantes la finca matriz, no siendo, por tanto, posible practicar la segregación que se interesa. 2.º Tener la finca que se segregó mayor cabida que la que, según el título que se invoca, tenía la finca matriz. 3.º No estimar posible la inscripción de la finca segregada y adjudicada al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento. Dichos defectos pueden subsanarse con la previa inscripción de la finca

matriz, y del exceso de cabida que ahora se le atribuye a favor de alguno de los causantes, inscripción previa que no será posible con la sola presentación de la escritura de compraventa que en el precedente documento se cita otorgada en Valencia ante el Notario don Domingo García Tramoyeres en 5 de septiembre de 1907, porque dicha escritura de compraventa fué ya presentada en este Registro y retirada por su presentante y de la que resulta que J. F. y V. A. S. venden a C. A. M., causante de esta partición de bienes, en la fecha indicada y ante dicho Notario, tres cuartas partes indivisas de un campo huerta..., que es de presumir, dada la identidad de tales circunstancias, que sea la finca matriz que nos ocupa.

C) Revocada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, la Dirección General, con revocación parcial del auto apelado, confirma el segundo defecto, con la siguiente doctrina:

a) En la calificación registral no se tendrán en cuenta los asientos del Registro que hubieren sido cancelados conforme declaró la Resolución de 12 de julio de este año, aparte de que el asiento de presentación discutido no debe impedir la inmatriculación: 1.º porque los datos que contiene no permiten identificar la finca; 2.º porque el título de adquisición alegado, aun siendo el mismo que figura en tal asiento, pudo completarse, ser modificado o convalidado por otro de igual o posterior fecha, y 3.º porque al tratarse de un título anterior a 1 de enero de 1945, el derecho del transmitente no requiere justificación ni aun constancia en el documento presentado, en virtud de lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 298 del Reglamento.

b) Los preceptos del Reglamento hipotecario que regulan la segregación, división y agrupación de fincas, así como los excesos de cabida, se refieren a las modificaciones de hecho y de derecho de las que se hallan inscritas y no son de aplicación a las fincas que se encuentren al margen de la institución registral, las cuales cuando deban ser inmatriculadas, si hubieran formado parte de otras, no se requiere la previa inscripción de estas últimas porque el asiento inmatriculador versa sobre fincas formadas fuera del Registro, y que sólo a partir de su ingreso quedan sometidas a los principios hipotecarios de trato sucesivo y especialidad.

c) La referida inmatriculación de fincas segregadas de otras no inscritas exige que ambas se describan en el título a fin de que el Registrador pueda determinar si constan o no ya inscritas conforme dispone el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En el caso presente se comprenden datos suficientes para poder efectuar las comprobaciones necesarias a fin de realizar la busca pertinente.

d) Como en la escritura calificada se atribuye a la finca una superficie de 46 áreas 11 decímetros cuadrados, no parece correcto que en el mismo título aparezca segregada de otra de menor extensión, lo que no ha de ser obstáculo para que posteriormente pueda rectificarse dicha cabida acogiéndose a los procedimientos establecidos al efecto por la legislación hipotecaria.

COMENTARIO: En general, consideramos acertada la doctrina que antecede, al excluir de la especialísima materia de la inmatriculación las reglas que rigen las modificaciones de hecho de las fincas y su reflejo hipotecario. Pero estimamos contradictoria la tesis mantenida en la resolución con la confirmación del segundo defecto de la nota.

En efecto; si se excluyen de la inmatriculación las normas reglamentarias sobre segregación, división y agrupación de fincas que pueden realizarse extraregistralmente con miras sólo al ingreso de la entidad hipotecaria ya configurada en el título, parece innecesario exigir de la así formada, que se cumplan los cánones hipotecarios en cuanto al exceso de cabida.

Por otra parte, en el caso presente, ya se hizo constar en la escritura que aun cuando la finca originaria tenía menor extensión, según nueva medición tenía la suficiente superficie, para poder cumplirse la posibilidad de esta segregación no hipotecaria.

Estimamos que en la inmatriculación, debe apreciarse únicamente la descripción actual de la finca conforme a las normas hipotecarias, prescindiendo de sus antecedentes de hecho que la formaron. Interesa la finca y su título de adquisición; esto es lo que exige la legislación vigente con una flexibilidad que se amplía a las escrituras anteriores a 1 de enero de 1945. Aplicar a estos títulos las normas rígidas de las fincas que viven en el Registro, es contrariar el fin que persigue el legislador de abrir el camino a la propiedad no inscrita.

Los posibles peligros y defectos de este sistema no han de imputarse a la Ley Hipotecaria. Son más hondos y pertenecen a la esfera más amplia del Derecho inmobiliario en general. (Antonio DE LEYVA Y ANDIA.)

4. ANOTACIÓN DE EMBARGO: CADUCIDAD: *Transcurridos los cuatro años de la primera prórroga, no cabe practicar una segunda, aunque esté pendiente la ejecución procesal.* (R. 17 marzo 1957; "B. O." de 17 mayo.)

La Dirección apunta que en supuestos excepcionales se pone de relieve la conveniencia de revisar el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, apreciándose nuevamente por el legislador los intereses en conflicto para impedir aquellos casos en los que "puede quedar incumplida la finalidad de garantía y desamparados los derechos que se juzgaron dignos de protección".

5. RECONSTITUCIÓN DE INSCRIPCIONES: *Es posible la reinscripción de una hipoteca, aunque la finca afectada haya sido objeto de varias transmisiones.* (R. 14 febrero 1957; "B. O." de 2 abril.)

Se reitera la doctrina de la R. 3 marzo 1956.

IV. Derecho de familia

1. EMBARGO DE BIENES ADQUIRIDOS POR LA MUJER: *Puede practicarse anotación preventiva de embargo por deudas contraídas por el marido durante el matrimonio sobre una finca adquirida por la mujer casada a título oneroso, sin que conste en el Registro la procedencia del dinero.*

CALIFICACIÓN REGISTRAL: *Los Registradores no pueden tener en cuenta, al calificar, los datos que conozcan por circunstancias extraregistrales.* (R. 22 diciembre 1956; "B. O." de 10 febrero 1957.)

A) H. C. del R., casada con M. P. A., compró un solar a C. V. F., por precio de 263.000 pesetas según escritura pública de 18 de abril de 1947. Esta finca fué inscrita a nombre de la compradora en el Registro de la Propiedad.

Por escritura otorgada el 13 de noviembre de 1954, M. P. A., esposo de la compradora, constituyó hipoteca sobre la referida finca en garantía de un préstamo de 65.000 pesetas recibido de A. A. F., rechazándose en el Registro la inscripción de la misma.

Incumplida la obligación por el deudor, se siguió contra el mismo juicio eje-

cutivo, en el que se decretó el embargo de la repetida finca, librándose el oportuno mandamiento al Registrador de la Propiedad para la práctica de la correspondiente anotación preventiva.

B) Presentado el mandamiento en el Registro, fué suspendida la anotación "porque manifestándose que se traba el embargo sobre bien inmueble del demandado, se reconoce y hace constar en el mandamiento que figura en el Registro a nombre de la esposa del ejecutado, por lo que se está en el caso de que se exprese si las deudas u obligaciones origen de la reclamación son a cargo de la sociedad de gananciales y que la finca embargada pertenece a esta sociedad..."

Revocada la nota del Registrador por la Audiencia, manteniendo razones análogas a las del recurrente, la Dirección General confirma el auto apelado en mérito de la siguiente doctrina:

a) En el Registro de la Propiedad no figuran inscripciones extendidas a nombre de la sociedad de gananciales, sino que los bienes o derechos a ella pertenecientes están inscritos a favor del marido o de la mujer, con determinadas circunstancias que permiten, según la Ley, atribuirles naturaleza común o privativa.

b) Siendo bienes gananciales todos los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.401, párrafo primero, del Código civil; y como, además, el artículo 1.407 prescribe que se reputarán como gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, es evidente que podrá extenderse, conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario, la anotación de embargo, aunque el procedimiento se haya dirigido sólo contra el marido, puesto que la finca fué adquirida por la mujer durante el matrimonio, sin que conste la procedencia del dinero.

c) En la calificación el Registrador no deberá tener en cuenta los datos que conozca por circunstancias extrarregistrales, como es la existencia de un contrato de capitulaciones matrimoniales, del que no existe constancia en los libros del Registro, sino que, como reiteradamente ha declarado este Centro al interpretar el artículo 18 de la Ley, dichos funcionarios calificarán la legalidad de los documentos presentados por lo que resulte de los asientos del Registro. (A. L. A.)

2. SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LIQUIDACIÓN: ENAJENACIÓN DE BIENES CONCRETOS: *Es posible la enajenación con el conocimiento del cónyuge supérstite y los herederos.* (R. 6 abril 1957; "B. O." de 17 mayo.)

3. BIENES GANANCIALES PRESUNTOS: *Aunque el marido confiese que el precio es de la mujer, la viuda necesita para enajenarlos antes de la liquidación el consentimiento de los herederos del marido.*

CONFESIÓN: LEGITIMACIÓN: *Carece de eficacia normal la confesión sobre materias substraídas a la autonomía de la voluntad.* (R. 11 marzo 1957; "Boletín Oficial" de 17 mayo.)

Vistos los artículos 620, 1.232, 1.334, 1.396, 1.401 y 1.407 del Código civil; 95 y 96 del Reglamento Hipotecario; las sentencias de 30 de enero de 1893, 28 de enero de 1898, 7 de agosto de 1933, 30 de junio de 1948, 2 de febrero de 1951, y Resoluciones de este Centro, de 23 de abril de 1898, 11 de septiembre de 1915, 10 de junio de 1935 y 9 de junio de 1936;

Considerando que la cuestión a resolver en este expediente se refiere a si es inscribible la escritura de compraventa por la que la vendedora en estado de viuda enajena una finca, que había adquirido durante su matrimonio, con aseveración por parte del marido de que el dinero con el que se satisfizo el precio era de exclusiva pertenencia de la mujer;

Considerando que en los libros del Registro no figura como titular la sociedad legal de gananciales como entidad independiente de los elementos personales que la forman y los asientos, generalmente, aparecen extendidos a favor de uno u otro cónyuge sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, la cual se determinará en la calificación definitiva que se haga con los datos consignados en las inscripciones, la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil y las normas que establecen el régimen económico matrimonial, y por ello, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, cuando regula la inscripción de los bienes adquiridos por mujer casada, en su párrafo primero dispone que cuando se hubiese acreditado que el precio o contraprestación le pertenecían, se inscribirán a su nombre como parafinales o dotales, y en el párrafo segundo agrega que, si no se demostrase tal procedencia, se consignará esta circunstancia en la inscripción, indicando, además, si el marido asevera o no que el precio es de la propiedad exclusiva de la mujer;

Considerando que conviene decidir el alcance que se puede atribuir a la confesión del marido para enervar la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil, que, inspirado en el principio de unidad familiar, atribuye carácter ganancial a las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título oneroso, con lo cual priva a éstos de la facultad de determinar a su libre arbitrio la condición de tales bienes;

Considerando que la eficacia de la confesión requiere por parte del confesante no sólo capacidad, sino también legitimación, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la que se reconoce al confesante un poder de disposición sobre el respectivo interés, y en este sentido el artículo 1.232-2º del Código civil declara que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así se podría conseguir mediante la prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.234 del Código civil.

Considerando que el principio de derecho que prohíbe ir válidamente contra los "actos propios" se refiere a los lícitos, y carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, la moral o el orden público, y, por tanto, la manifestación hecha por el marido en el título adquisitivo de la finca, conforme reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código

civil, ante el peligro de que con la sola voluntad de uno de los cónyuges queden alterados los derechos que en la sociedad conyugal les corresponden, o los que se atribuirán a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

V. Derecho de sucesiones

1. INSTITUCIÓN EN EL "REMANENTE": *Es una institución de heredero. Interpretación de testamento. Caducadas o invalidadas las disposiciones especiales contenidas en el testamento acrecen a la masa hereditaria los bienes objeto de aquéllas.* (R. 29 noviembre 1956; "B. O." del 18 enero 1957.)

A) En testamento abierto otorgado por A. G. B., el 23 de enero de 1934, nombró albaceas solidarios a F. S. P. y J. G. A. con la facultad especial, a más de las generales que establece el artículo 1.057 del Código civil, de enajenar en pública subasta dos casas que pertenecían a la testadora y todos los muebles para con su importe pagar deudas y gastos aplicando el sobrante si lo hubiere "con arreglo a las instrucciones que tienen recibidas de puño y letra de la testadora" (cláusula tercera); que según la cláusula cuarta del testamento, "del remanente que quedare de sus demás bienes, derecho y acciones instituye y nombra por su única y universal heredera a su prima carnal F. I. y en su defecto, a la sobrina de ésta, J. R."

Fallecida la testadora y uno de los albaceas nombrados, la heredera instituida requirió notarialmente al otro albacea para que confirmase las siguientes afirmaciones: que la causante no le había dado las instrucciones a que alude en su testamento sobre inversión del posible sobrante del precio que obtuviera en la venta de las casas; que la heredera había satisfecho todos los gastos de entierro, funeral y última enfermedad; que la otorgante y su finado esposo le manifestaron que no se conocían deudas de ninguna especie de la sucesión; y que a los pocos días del fallecimiento de la causante, el albacea requerido manifestó a la señora I. que no aceptaba el cargo de albacea por ser la requirente heredera única y no haber recibido instrucción alguna de la causante en contra de lo manifestado en el testamento, por lo que su albaceazgo no tenía cometido propio. El requerido confirmó todos los extremos anteriores según consta en acta notarial.

B) Presentado en el Registro copia del testamento de A. G. B., con instancia, en que se hacía constar la no aceptación del cargo del albacea sobreviviente y se pedía la inscripción de las dos casas, fué calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción..., porque a tenor de las cláusulas tercera y cuarta del testamento, la solicitante F. I. no ostenta, respecto precisamente a los dos inmuebles cuya inscripción se pretende, el carácter de heredera testamentaria de A. G. invocado en el escrito presentado como título de la adquisición".

C) Confirmada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, la Dirección revoca al auto apelado en mérito de la siguiente doctrina:

a) La frase empleada en el llamamiento hecho a favor de la heredera —"en el remanente de sus bienes"— como expresó la Resolución de 25 de agosto de 1923, reproduce una corriente e incorrecta fórmula notarial que responde

más a un concepto económico de la herencia que al jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional y especialmente reflejado en los artículos 659 y 661 del Código civil, puesto que las instituciones en el remanente cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprenden la universalidad de ellos y no pueden estimarse desvirtuados por el empleo del adjetivo "demás" que supone una redundancia en los términos usados.

b) Las cláusulas de institución de herederos hechas con frecuencia en el remanente, no lo son por el propósito del testador de circunscribir el llamamiento a una parte de la herencia y excluir determinados bienes de ella sino como necesidad de respetar la eficacia de las disposiciones a título singular, previamente establecidas.

c) El poder que confiere la cualidad de heredero faculta en el orden patrimonial para adquirir todos los bienes que integran el haber hereditario, y por ello, si caducan o se invalidan las disposiciones especiales contenidas en el testamento, los bienes que comprendan acrecen a la masa hereditaria y comoquiera que en este caso la adjudicación hecha a favor de los albaceas ha perdido su validez corresponden dichos bienes a la heredera, con lo que además se favorece el cumplimiento de la voluntad de la testadora puesto que se mantiene el derecho de los acreedores dado que la responsabilidad del heredero se halla especialmente proclamada por el artículo 1.003 del Código civil. (A. L. A.)

2. USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y FIDEICOMISO DE RESIDUO: *Cualquiera que sean las analogías que median entre ambas instituciones, se diferencian en que en el usufructo el titular tiene un «ius in re aliena» mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer «mortis causa» y además porque el testador cuando desmembraba el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento como en el fideicomiso.*

CONTADOR-PARTIDOR: INCOMPATIBILIDAD: *No se halla incurso en la prohibición establecida en el artículo 1.057 del C. c. el heredero instituido como sustituto vulgar.*

CAPITALIZACIÓN DE PENSIONES: *No puede exigirse por el Registrador que se ajuste a las normas del Reglamento del Impuesto de Derechos reales.* (R. 8 de febrero de 1957; "B. O." del 29 de marzo.)

DERECHO MERCANTIL

1. ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: *No consiste en establecerlos de nuevo, sino en mantener los antiguos en cuanto no fueren contradictorios con la Ley.*

OBJETO SOCIAL: *Hay que eliminar formalmente de los estatutos de una Sociedad olivarera la mención a la actividad bancaria, la cual según la Ley de 31 de diciembre de 1946 sólo pueden ejercerse con carácter excluyente.*

PLAZO ENTRE PRIMERA Y SEGUNDA CONVOCATORIA: *No debe haber duda sobre este plazo (1).*

(1) La Sección trató de dar aquí una interpretación armónica, partiendo de la eficacia de los pactos sociales; la Dirección observó, en cambio, el defecto.

JUNTA GENERAL: ORDEN DEL DÍA: *En el orden del día señalado en la convocatoria deben incluirse todos los asuntos a tratar en la Junta; Los Estatutos no pueden autorizar la inclusión de asuntos en momento ulterior.*

CALIFICACIÓN REGISTRAL: *No puede invadir la autonomía de la otorgante previendo dificultades no absolutas.* (R. 1 febrero 1957; "B. O." del 8 marzo.)

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: OBJETO SOCIAL: *No caben fórmulas omnicomprensivas en los Estatutos; debe precisarse aquella actividad primera que lo constituye.*

ADAPTACIÓN: OBJETO SOCIAL: *La precisión del objeto no es modificación si se adapta a una realidad social determinada.*

CALIFICACIÓN REGISTRAL: *La primera inscripción no vincula la calificación por razón de no haber variado la norma.*

JUNTA GENERAL: EMPATES: *No es licita la concesión al Presidente del voto decisivo.*

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: EMPATES: *Es licita la precisión estatutaria del voto decisivo del Presidente.*

ADMINISTRADORES: DETERMINACIÓN, NOMBRAMIENTO, FIJACIÓN DE GARANTÍAS, REVOCACIÓN: *Son facultades que corresponden a la Junta general y no cabe delegación en otro órgano jerarquizado.* (R. 5 noviembre 1956; "B. O." del 28.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: FACULTAD DE CONVOCATORIA DE LOS SOCIOS: *No puede elevarse el quorum legal.*

ASISTENCIA A JUNTA: *No puede condicionarse al cumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario.*

JUNTAS: QUÓRUM DE CONSTITUCIÓN: *Los Estatutos pueden establecer uno especial para el caso de segunda convocatoria. Si el quórum estatutario de votación es superior al de asistencia, en realidad aquel quorum es también quorum de asistencia.*

ADMINISTRADORES: NÚMERO: *Los Estatutos han de fijar al menos el máximo y el mínimo; no vale como máximo el impuesto por la exigencia de determinadas condiciones habilitantes.*

COMISIÓN LIQUIDADORA: *Los Estatutos que preven que el Consejo de Administración se convierta en Comisión Liquidadora tienen que resolver el supuesto de que los liquidadores designados resulten en número par.*

JUNTA GENERAL: MODO DE ACREDITAR LO DISPUESTO EN EL ART. 59 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: *Basta que el Presidente dé por legalmente constituida la Junta y ponga su V.º B.º en la certificación expedida por el Secretario, en donde éste hace constar el número de acciones que cada accionista representa.* (R. 15 noviembre 1956; "B. O." del 15 de diciembre.)

4. JUNTAS: QUÓRUM DE CONSTITUCIÓN: *Los Estatutos pueden establecer uno especial para el caso de segunda convocatoria, pero ha de ser inferior al fijado para la primera.*

ADMINISTRADORES: NÚMERO: *Los Estatutos han de determinar o al menos fijar el máximo y el mínimo correspondiendo entonces a la junta determinar, entre esos límites, el número de ellos.*

RETRIBUCIÓN: *Cuando consista en una participación de las ganancias, debe*

determinarse con exactitud en los Estatutos el tanto por ciento en que se cifre.

COMISIÓN LIQUIDADORA: JUNTA GENERAL: MODO DE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ART. 59 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: Se reitera la doctrina de la Resolución de 15 de noviembre de 1956. (R. 29 noviembre de 1956; "B. O." del 19 de enero de 1957.)

5. SOCIEDADES ANÓNIMAS: INCOMPATIBILIDADES LEGALES: Cuando el Notario antes del otorgamiento, según expresa la escritura, advirtió "que no podrán ocupar cargos en la Sociedad las personas declaradas incompatibles en el Real Decreto de 24 de diciembre de 1928", cumple adecuadamente con la obligación que impone este Decreto-Ley; no hay necesidad de que las prohibiciones se incluyan en los Estatutos.

JUNTAS GENERALES PREVISTAS EN EL ART. 58 DE LA L.S.A.: Haciendo acciones nominativas y al portador, puede hacerse omisión del número de socios en la fijación estatutaria del "quórum" de asistencia. (R. 2 febrero 1957; "B. O." del 26 de marzo.)

Considerando, en cuanto a la segunda cuestión, que el legislador, en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas —como antes en el artículo 168 del Código de Comercio, modificado por la Ley de 29 de junio de 1911—, sólo considera los supuestos de que todas las acciones, sean nominativas o todas al portador, y, ante la falta de precepto directo, dando por indudable la necesaria representación de capital, se han propuesto o pueden proponerse las siguientes soluciones sobre si, además, se requiere imperativamente la presencia de cierta proporción de socios:

1.^a Entender que, en efecto, se exige en primera convocatoria la presencia de las dos terceras partes de los socios, sean titulares de acciones nominativas o de acciones al portador, y, en segunda la mayoría.

2.^a Entender que esta exigencia se limite a las dos terceras partes o a la mayoría de los socios titulares de acciones nominativas o, incluso, también que cada grupo de capital—nominativo o al portador—debe estar representado por las dos terceras partes o la mitad.

3.^a Creer que debe restringirse aún más aquella exigencia y que bastan las dos terceras partes o la mitad del capital desembolsado, sea éste nominativo o al portador, pero si entra en la computación capital nominativo, debe concurrir un número de socios nominativos que guarde respecto del capital nominativo computado, la ecuación o proporción que entre unos y otro establece el artículo 58.

4.^a Creer que basta la pura representación del capital;

Considerando que no pueden ser aceptadas ninguna de las soluciones que exigen imperativamente la presencia de cierta proporción de socios; la primera, porque, además de rebasar las garantías legales, se opone a la naturaleza de las cosas, ya que el propio carácter de las acciones al portador y su régimen de transmisión hacen ordinariamente imposible conocer el número total de socios; la segunda, porque significa infundados y perturbadores privilegios para las acciones nominativas, más evidentes cuanto menor sea la parte de capital social representado en estas acciones, y porque, sobre todo en su segunda variante,

rebasa también las garantías legales establecidas en el artículo 58 al referir los porcentajes, en lugar de a todos los socios o a todo el capital, a partes específicas de unos u otros, atribuyendo así injustificadamente, en muchos supuestos, a representaciones mínimas del capital, la posibilidad de obstruir la celebración de las Juntas, y la tercera, porque, aunque en su apoyo tendría el estar basada en la matemática combinación de los dos criterios que informan el artículo 58 —el de la consideración del número de socios respecto de las acciones nominativas y el puramente capitalista de las acciones al portador—, significaría la adopción de una norma un tanto artificiosa y complicada a la que no puede llegar—y esto puede decirse también de la solución segunda—por vía de analogía, pues del hecho de que el legislador—queden aparte los actos fundacionales—quiera que se computen las personas en las Juntas a que se refiere el artículo 58 cuando todas las acciones son nominativas, no ha de inducirse el principio de que el legislador exija aquella computación personal siempre que haya acciones nominativas y, por tanto, aunque concurran con acciones al portador, supuesto este último en que entra en juego obstaculizando la analogía, el principio de la igualdad de las acciones implícito en el artículo 38 de la Ley y conforme al cual el régimen de las acciones nominativas debe equipararse, en cuanto a la formación de los acuerdos sociales, al de las acciones al portador; por todo lo cual, faltando precepto concreto, sería desorbitado concluir por la existencia de una cortapisa más el principio de autonomía de la voluntad, y una nueva excepción a los criterios capitalistas que caracterizan la Sociedad Anónima, razones todas que abonan la cuarta solución defendida por el fedatario, y que es, además, la más simple.

6. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: EMPATES: *Es lícita la previsión estatutaria del voto dirimente del Presidente.* (R. 17 julio 1956; "B. O." de 12 septiembre y 1 noviembre.) (1).

7. ESCRITURA: REDACCIÓN: *La admisión de la práctica de incorporar a las escrituras matrices documentos, fundamentos para el otorgamiento, está condicionada a la necesidad de que no se quebrante el esquema conceptual del instrumento.*

SOCIEDADES LIMITADAS: CAPITAL: *El total desembolso debe realizarse en el momento constitutivo.*—FACULTAD DE CONVOCATORIA: *Los Estatutos no pueden establecer que se limite la convocatoria de Junta a una sola al mes.* (R. 7 diciembre 1956; "B. O." de 23 enero 1957.)

8. SOCIEDADES LIMITADAS: TRANSMISIÓN "INTER VIVOS" DE PARTICIPACIONES SOCIALES: *En la escritura puede regularse esta transmisión con plena libertad, sin más límites especiales que el de no ser en ningún caso válido "el pacto que prohíbe totalmente las transmisiones". Esta limitación acarrea igualmente la invalidez de los pactos que las permiten: a) cuando media la conformidad expresa de los socios; y b) sin esta condición, cuando se transfieran las participaciones al cónyuge o hijos del socio.* (R. 14 marzo 1957; "B. O." de 17 mayo.)

(1) Del resto de la doctrina de la Resolución se dió cuenta en este ANUARIO X-1.

Visto el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

Considerando que el único defecto señalado a la escritura plantea las siguientes cuestiones: 1.^a Si en escritura de sociedad limitada puede regularse la transmisión "inter vivos" de participaciones sociales con los pactos y condiciones que los socios estimen convenientes, sin que la autonomía de la voluntad halle en la ley más limitaciones especiales que ja de no ser en ningún caso válido "el pacto que prohíba totalmente las transmisiones", o si, debiendo, en todo caso, respetar el derecho de tanteo, pueda regularse únicamente sus condiciones y, en especial, la evaluación de las participaciones sociales. 2.^a Si ja invalidez del "pacto que prohíba totalmente las transmisiones" acarrea igualmente la de aquel que sólo las permite: a) Cuando medie la conformidad expresa de los socios; y b) Sin esta condición, cuando se transfieran las participaciones al cónyuge o hijos del socio;

Considerando, respecto de la primera cuestión, que en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se señalan con claridad dos sistemas en orden a la transmisión de las participaciones sociales: el voluntario, al que no se imponen más limitaciones especiales que la de declarar inválido el pacto mencionado totalmente prohibitivo, y el supletorio, que de acuerdo con la especial naturaleza de esta clase de sociedades y conciliando las opuestas exigencias de no inmovilizar el capital, por una parte, y salvaguardar, por otra, el carácter, de hecho, personal de estas sociedades con capital modesto, permite la transmisión a extraños, aunque estableciendo un derecho de tanteo en favor de los socios y de la sociedad; interpretación ésta que, como apunta el señor Notario, cuenta en su apoyo con fuertes razones: a) Los claros términos del párrafo tercero del citado artículo y, sobre todo, los del párrafo cuarto, en donde, al sancionar con nulidad aquellas transmisiones que no se ajustan a las normas establecidas, señala el orden de preferencia, en primer lugar, la escritura social, y en su defecto, lo prevenido en el mismo artículo; b) El propio preámbulo de la ley, según el cual "la Ley muestra, una vez más, su respeto por la voluntad de los socios, al permitirles regular esta importante cuestión, tan ligada a sus intimas preferencias"; c) La presencia, siempre viva, en materia de sociedades, del principio de autonomía de la voluntad, que induce a atribuir carácter meramente supletorio a los preceptos que las regulan cuando, como sucede con los que establecen el referido tanteo, ni sus términos ni su naturaleza y finalidad apoyan su prevalencia sobre los intereses y determinación de los socios, los cuales, por tanto podrán incluso establecer —como parece reconocer el mismo Registrador— un simple sistema de libre transmisibilidad, que no desconocido en las legislaciones, responde al principio de libre negociabilidad y se armoniza con el mayor tinte capitalista, que por lo demás, a partir de la nueva regulación y conforme a ella, puede afirmarse que tiene naturalmente la sociedad limitada desde el punto de vista jurídico:

Considerando, en cuanto a la segunda cuestión, que la invalidez del pacto totalmente prohibitivo de las transmisiones incluye la de aquel que las prohíbe mientras los socios, es decir, las únicas personas a quienes la escritura vincula, no acuerden por unanimidad permitirlas, y en este sentido el artículo 8.^a de la escritura de constitución parte realmente del principio de intransmisibilidad de las participaciones sociales a persona extraña, y debe estimarse nulo, salvo que se

entienda que en él no se han prohibido "totalmente" las transmisiones por autorizarse en favor del cónyuge o hijos:

Considerando, en cuanto a este último extremo de la misma cuestión, que aunque se entienda que los pactos y condiciones de la escritura pueden referirse, no sólo al mecanismo interno de la transmisión y al derecho de preferencia de los socios y de la sociedad, sino también a las cualidades de los posibles adquirentes, hasta el extremo de prohibir "totalmente" las transmisiones a otras personas que no sean las específicamente determinadas. en todo caso la defensa de la Ley exige negar virtualidad a un pacto como el escriturado, el cual, si bien puede entenderse que salve el literalismo legal, se opone, desde luego, al restringir de tal manera las transmisiones. al fin de la norma, alcanzando resultados prohibidos por ésta y burlando la intención innovadora del legislador, en cuya crítica no cabe entrar:

Considerando que, en efecto, las únicas transmisiones estatutariamente permitidas ofrecen graves dificultades jurídicas, como la prevista a favor del cónyuge, supuesto extraño que obliga al propio Notario a dudar de su normal posibilidad y, sobre todo, prácticas, por cuanto, aun existiendo cónyuge e hijos no llegan a formar el adecuado mercado mínimo en el que, conforme al "principio general de negociabilidad de los bienes característico del Derecho moderno e implícito en nuestros Códigos" los socios puedan obtener una justa compensación a su apartamiento de la Sociedad.

9. **SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS: PLURALIDAD DE SERIES DE OBLIGACIONES:**
La disposición transitoria 17 de la Ley de Sociedades Anónimas impone constituir tantos Sindicatos como series estén emitidas; al efecto deben convocarse tantas Asambleas de Obligacionistas como Sindicatos.

REGLAS FUNDAMENTALES DEL SINDICATO: *En la escritura de su constitución no es necesario fijar otras distintas de las legales.*

INSCRIPCIÓN DEL SINDICATO: ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS:
Es imprescindible en justificación de este acuerdo para apreciar si el Sindicato se somete al mismo y si las personas que en su constitución representan a la Sociedad se mueven dentro del ámbito de su poder. (R. 17 enero 1956; "B. O." del 25 de febrero.)

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de José Luis DIEZ PICAZO, Ramón GARCIA DE HARO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José Luis MORO, José María PEÑA y Enrique SEOÓ, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: «PACTA SUNT SERVENDA». [Sentencia 5 noviembre 1956 (II, 1).]

2. RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS: ARTÍCULO 4.º DEL CÓDIGO CIVIL: [Sentencia 1 febrero 1957 (V, 1).]

3. ACTOS PROPIOS: LEGITIMACIÓN PARA EL DESAHUCIO: *La aceptación de los recibos del pago de renta por el arrendatario, suponen el reconocimiento expreso por su parte de la cualidad de arrendador del firmante de los mismos; supone, por tanto, ir contra sus propios actos el negarle la legitimación activa para el ejercicio de la acción de desahucio.* [Sentencia 21 diciembre de 1956: No ha lugar.]

4. PERSONA JURÍDICA: BENEFICIO DE POBREZA: *Cuando se trata de obtener el beneficio de pobreza para reivindicar bienes pertenecientes a una entidad o persona jurídica, es necesario justificar que reúnen los requisitos que la Ley exige tanto la sociedad como los socios o participes, sin que se pueda afirmar en este caso que se litiga sobre derechos propios.* [Sentencia 27 abril de 1956: No ha lugar.]

5. SIMULACIÓN: CLASES: *Lo que diferencia la simulación absoluta de la relativa no es el que recaiga sobre unos u otros de los elementos del contrato, sino que el contrato contenga los suficientes requisitos para que exista un contrato distinto del aparente, en cuyo caso la simulación es relativa, o que carezca de los requisitos precisos para que haya un contrato cualquiera y entonces la simulación es absoluta.*

SIMULACIÓN: CARÁCTERES PROCESALES CON QUE PUEDE SER ALEGADA: *Impugnando un contrato como simulado por la representación del demandado con dos caracteres procesales y para efectos distintos: el primero, como fundamento de su oposición a la demanda, y el segundo, como apoyo de la reconvenCIÓN que formula, hay que distinguir bien esos dos empleos que se le dan porque, aunque sea un mismo negocio jurídico esa simulación, constituyen*

a quien los esgrime en dos posiciones distintas: el primero, como demandado excepcionante, y el segundo, como reconvidente. Y por ello, puede ser eficaz con un carácter y no con el otro, no por su esencia, que es la misma, sino por las distintas condiciones que necesitan para prosperar en el proceso, según como sea empleada.

SIMULACIÓN: ALAGADA COMO RECONVENCIÓN POR EL DEMANDADO EN UNA TERCERA DE DOMINIO: *La simulación que, por medio de reconvención, se pide que se haga en la parte dispositiva de una sentencia, por ser lo que en el pleito se persigue y constituye su objeto y razón de ser, exige, para su discusión y apreciación final, que sean oídos todos los interesados en el negocio jurídico.*

SIMULACIÓN: OPUESTA COMO EXCEPCIÓN POR EL DEMANDADO EN UNA TERCERÍA DE DOMINIO: *La simulación opuesta como excepción, aunque es un hecho cuya realidad se emplea como argumento para acreditar la invalidez del título de propiedad presentado por el tercerista, no es el objeto o fin del pleito ni exige una declaración expresa en el fallo, por lo que no es preciso traer al pleito a los que intervinieron en los actos jurídicos que se aducen como pruebas. Y está bien desestimada la demanda sin necesidad de oírlos, puesto que no se ha de hacer en la parte dispositiva de la Sentencia declaración que les alcance. [Sentencia 24 noviembre 1956: Ha lugar.]*

6. SIMULACIÓN: *Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no exista en absoluto, sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior, habiendo marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima.*

CLASES DE SIMULACIÓN: *Puede ser absoluta cuando se jinge un negocio sin concluir ninguno, siendo medio para alcanzar otros fines y relativa cuando se jinge un negocio (negocio simulado) para realizar otro (negocio disimulado), pudiendo también decirse, que se jinge perseguir una causa negocial, mientras la voluntad real es dirigida a otra causa.*

EFFECTOS DE LA SIMULACIÓN: *Son distintos en una y otra clase, pues el negocio absolutamente simulado es nulo no produciendo ningún efecto, en tanto que en la simulación relativa es nulo el negocio aparente, pero ello no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero si reúne las condiciones necesarias.*

NEGOCIOS SIMULADOS: COMPROVANTA: DONACIÓN: FORMA: *Aunque al amparo del artículo 1.276 del Código civil, puede admitirse la validez de los negocios simulados, es necesario justificar la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades prescritas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio, y no puede servir de donación, por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil.*

INEXISTENCIA: RESTITUCIÓN: *Son aplicables a los casos de inexistencia y nulidad absoluta, los artículos 1.303 y 1.307, reguladores de la restitución.*

DONACIÓN «MORTIS CAUSA»: FORMA: *Son donaciones «mortis causa» las que*

se informan en el temor a la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efecto sino post mortem y deben bajo pena de inejucionalidad constar en testamento.

DONACIÓN MORTIS CAUSA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD: *No es aplicable el plazo de prescripción de cuatro años, señalado a la acción de nulidad respecto a la donación mortis causa, que por faltarle la esencia forma testamentaria, se debe calificar de inexistente.* [Sentencia 29 octubre 1956: No ha lugar.]

7. SIMULACIÓN RELATIVA: DONACIÓN: *Es válida la donación encubierta bajo un contrato de compraventa, y que recayendo sobre inmuebles cumple los requisitos del artículo 633 C. c.*

INCONGRUENCIA: CALIFICACIÓN JURÍDICA: NULIDAD: SIMULACIÓN RELATIVA: *Es ilícito al juzgador cambiar el punto de vista jurídico, aunque no se haya alegado, sin incurrir en incongruencia y con de no alterar los hechos procesales, y por ello si el demandado alegó en reconvenCIÓN la nulidad de contrato de compraventa, no infringió el artículo 359 L. E. C. la sentencia que apreció una simulación relativa.* [Sentencia 2 junio 1956: No ha lugar.]

8. SIMULACIÓN: COMPROVANTA: PRECIO PROCESADO: *No puede impugnarse la declaración de simulación del Tribunal «a quo» con base en el mismo documento que contiene el contrato discutido, y menos aún cuando como en el presente caso lo que consta en él no es la realidad de la existencia del precio, sino una manifestación de las partes de que tal precio se había entregado, y tal manifestación no tiene fuerza suficiente para neutralizar la apreciación en contrario de la prueba hecha por la Sala sentenciadora, aunque sea por presunciones.* [Sentencia 16 marzo 1956: No ha lugar.]

9. SIMULACIÓN: COMPROVANTA: LEGITIMACIÓN DEL HEREDERO: *Aunque el derecho a la impugnación no es público, tampoco se limita a los contratantes obligados, sino que puede ejercitárla quien tenga interés en ella, y desde luego el heredero de la vendedora privado de la herencia por simulación.*

SIMULACIÓN: PRUEBA: *No es documento auténtico que evidencia la equitación del juzgador el mismo documento simulado.*

CONSIGNACIÓN JUDICIAL: *No puede significar ratificación de un contrato inexistente la consignación judicial a espaldas del acreedor o sin aceptación de éste, máxime si el auto del juez, se limitó a tenerla por hecha, que que no es lo mismo que declararla bien hecha.* [Sentencia 26 mayo 1956: No ha lugar.]

10. NEGOCIO FIDUCIARIO: GARANTÍA DE PRÉSTAMO: *Hay negocio fiduciario inter partes, cuando la demandante que externamente aparece junto con el demandado como compradora de la mitad de la finca, es realmente pres-*

tamisla de la suma que facilitó al demando para que éste pudiese adquirirla, siendo también respecto de terceros, un negocio relativamente simulado.

PRUEBA: VALOR DE ESCRITURA PÚBLICA: *La fe pública ampara el hecho de que las manifestaciones se han producido, pero, no su veracidad intrínseca, sólo protegida por una presunción iuris tantum.* [Sentencia 25 septiembre 1956: No ha lugar.]

11. PRUEBA: DECLARACIONES ANTE NOTARIO: *Las manifestaciones de persona extraña a los litigantes, aunque se hagan ante Notario, no ganan el rango de prueba documental, ni tienen el de prueba testifical por hallarse desprovistos de las garantías que los prestan las formalidades procesales.* [Sentencia 30 enero 1957: No ha lugar.]

12. MANIFESTACIONES EN DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El principio de que la fe notarial no auténtica la veracidad de las manifestaciones del otorgante exige para su aplicación la presencia de signos que la nieguen suficientemente.*

PRESUNCCIONES: *La prueba de presunciones como secundaria que es no puede emplearse cuando el hecho incierto resulta justificado por prueba directa*

INCONGRUENCIA: *No es incongruente la Sentencia que condena al desahucio a los sucesores en la ocupación de un local de aquellos que lo ocupaban al comienzo del proceso y contra los que iba dirigida la demanda.* [Sentencia 25 enero 1957: No ha lugar.]

13. DOCUMENTO PRIVADO: SU FECHA: ARTÍCULO 1.227 DEL CÓDIGO CIVIL: *El citado precepto sólo es de aplicación cuando el hecho a que se refiere únicamente puede tener demostración por el propio documento, lo cual no ocurre en el presente caso en que existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece.*

DOMINIOS Y NORMAS ADMINISTRATIVAS: VEHÍCULO AUTOMÓVIL: *La infracción de ciertas normas del Reglamento de Circulación de vehículos con motor mecánico, que puede originar responsabilidades gubernativas, no puede significar, dado su carácter administrativo, menoscabo para el derecho que sobre la propiedad del coche corresponde a su titular.* [Sentencia 20 diciembre 1956.]

14. PRUEBA DOCUMENTAL: DOCUMENTO PRIVADO: SU FECHA: *La simple diligencia puesta en el documento por un Secretario de Ayuntamiento no produce el efecto que establece el artículo 1.227, si no es funcionario a quien podía exhibirse o entregarse por razón de su oficio.*

COSA JUZGADA: FALLO: CONSIDERANDOS: *Lo que una Sentencia declara o manda hacer, lo que obliga a los litigantes y puede producir la excepción de cosa juzgada, es el contenido de su parte dispositiva, totalmente distinto de los fundamentos que tiene para ello y debe expresar en sus Considerandos, contra los que no se puede recurrir por no constituir una resolución judicial.* [Sentencia 12 noviembre 1956.]

15. PRUEBA: DOCUMENTOS PRIVADOS: ARTÍCULO 1.228: *Es manifiestamente inoportuna la aplicación del artículo 1.228 cuando se trate no de meros papeles, sino de auténticos documentos; y, asimismo, cuando la eficacia de uno de los documentos ha sido enervada por lo manifestado en la contestación de la demanda, con lo cual nada impide que se aprecie íntegro el contenido de otro documento contra la misma parte.*

PRUEBA: CONFESIÓN JUDICIAL: *La prueba de confesión judicial bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico un valor decisivo y su graduación, como elemento de juicio, corresponde a los tribunales de instancia, en uso de su facultad soberana en materia de apreciación de prueba.* [Sentencia 28 febrero 1957: Desestimatoria.]

La doctrina acerca del ámbito de la aplicación del artículo 1.228, excluyéndose los documentos privados, hay que entenderla limitadamente, como se deduce de la propia doctrina resumida, a la no exigencia de apreciación conjunta y de indivisibilidad, de varios documentos cuando uno de ellos ha sido aceptado y otros no, pero no significa nada en contra de que aceptado uno se tenga también que pasar tanto por lo que favorece como por lo que perjudica. (R. G. H.)

16. PRUEBA: RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *Es facultativo de la Sala sentenciadora apreciar la prueba de inspección ocular practicada por el Juzgado, de modo distinto a como lo hiciera el Juez «a quo», sin que por ello se infrinjan los artículos 1.240 y 1.241 del Código civil.* [Sentencia 18 diciembre 1956.]

17. PRUEBA DE PRESUNCIÓN: CASACIÓN: *La prueba de presunciones puede impugnarse en dos sentidos: uno, la existencia real del hecho de que ha de partir la inducción, y otro, la precisión y rigor lógico del enlace de ese hecho y del que se trate de demostrar. En el primer aspecto, existencia real del hecho de que ha de partir la inducción, cabe la casación por el núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C. En el segundo, no se trata precisamente de una cuestión de hecho, sino de un juicio o raciocinio, por lo que sería preciso seguir el cauce del número 1.º del citado artículo, por infracción de ley al aplicar el artículo 1.253 del Código civil.* [Sentencia 2 enero 1957.]

18. PRUEBA DE PRESUNCIÓN: *El juzgador de instancia no está obligado a utilizar la prueba de presunciones cuando, para formar su criterio, estima suficiente el examen y valoración de las pruebas directas.* [Sentencia 18 diciembre 1956.]

19. ERROR ESENCIAL: *Es error esencial determinante de la nulidad de un contrato el que recae sobre condiciones esenciales de la cosa, sin cuya concurrencia no se hubiera contratado, como es, en el presente caso de compra-venta de un camión, el motor que resulta ser distinto del que se describió en el convenio.*

DOLO CAUSAL: *Obtenido el consentimiento bajo la afirmación de las buenas condiciones de funcionamiento y circulación del camión comprado, y resultando luego falsas tales circunstancias, que, de ser conocidas, hubieran determinado que el contrato no se otorgase, procede estimar la mendacidad e insidia como determinante de dolo causal grave que anula el contrato.* [Sentencia 4 diciembre 1956: No ha lugar.]

20. ACCIÓN DE NULIDAD: *La falta de consentimiento y causa no puede ser alegada por quien en virtud de este contrato pagó el precio estipulado, entró en posesión de lo vendido, se ha constituido en Presidente de la Sociedad transmitida y ha vendido después acciones de ella.*

RECURSO DE CASACIÓN: *NATURALEZA:* *La naturaleza esencialmente revisora del recurso de casación impide que este Tribunal se extienda a tratar en su Sentencia problemas distintos de los que le plantean. No pueden ser casadas las Sentencias de las Audiencias que están fundadas en causas o razones que no son combatidas en el recurso por infracción de Ley.* [Sentencia 20 febrero 1957: No ha lugar.]

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICADORA: REQUISITOS: PRUEBA: *La demotración del título, la identidad de la cosa y que ésta la posee indebidamente el demandado, son cuestiones de hecho de la soberana decisión de la Sala sentenciadora.*

No es precisa una titulación documental perfecta, como único y exclusivo medio de prueba, ya que puede acreditarse el título dominical por todos los medios aptos de prueba admitidos en derecho.

CONDENA DE FRUTOS: POSESIÓN DE MALA FE: PRESCRIPCIÓN: *No puede acusarse infracción de los artículos 1.968, número 2.º y 1.969, si la condena de abono de los frutos percibidos y que hubiera podido percibir, no se basa en el artículo 1.902 Código civil, y si en el 455 (poseedor de mala fe) como consecuencia del éxito de la acción reivindicatoria.* [Sentencia 6 octubre 1956: No ha lugar.]

2. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD: ARTÍCULO 609 DEL CÓDIGO CIVIL: CASACIÓN: *El artículo 609 se limita a consignar cuáles son los modos de adquirir la propiedad, lo cual por si solo, no puede ser objeto de recurso.*

PRUEBA DOCUMENTAL PRIVADA: ARTÍCULO 1.227 DEL CÓDIGO CIVIL: ENTREGA A FUNCIONARIO PÚBLICO POR RAZÓN DE SU OFICIO: *Entregado a Notario en el mes de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho el documento privado sobre compraventa del piso para que sirviese de minuta de la escritura correspondiente, dentro de la norma contenida en el artículo 1.227 del Código civil, su fecha con eficacia respecto a terceros es muy anterior a la del embargo del piso, pues no es preciso que el Notario autorizase en aquella época el instrumento público solicitado, bastando conocer que el documento privado de autos le fué entregado por razón de su oficio en una fecha determinada.*

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: BUENA FE: *La publicidad aneja a la anotación en el Registro de la Propiedad de la demanda del juicio provoca que cualquier documento que, relacionado con el piso en cuestión, se presentara en el Registro con posterioridad, quedaría supeditado a la resulta de la demanda anotada; e incomovibles estos hechos en casación por no haber sido impugnado, falta indudablemente el requisito de la buena fe.* [Sentencia 10 abril 1957: No ha lugar.]

3. DOMINIO DE BIENES MUEBLES: JUSTIFICACIÓN EN JUICIO DE TERCERÍA DE DOMINIO, POR MUJER CASADA SEPARADA DE HECHO Y CON DOMICILIO INDEPENDIENTE: FACTURAS DE COMPRA EN ESTADO DE SOLTERA: POSESIÓN: *No existe infracción del artículo 1.227, pues la sentencia no se apoya sólo en las facturas aportadas por la tercerista para demostrar el dominio de los bienes en perjuicio del ejecutante y recurrente, sino en otras pruebas; y no puede perderse de vista, atendiendo a los artículos 449 y 464 del Código civil, que el embargo causante de la tercería se realizó en el domicilio propio, independiente, de la tercerista sobre cosas de naturaleza mueble sometidas a su exclusiva y personal posesión.* [Sentencia 13 febrero 1957: No ha lugar.]

4. POSESIÓN TÍTULO NOMINATIVO: ART. 464 C. C.: *No puede aplicarse el artículo 464 del Código civil cuando la posesión que se invoca lo es solamente de un crédito nominativo en poder de quien no es su titular según el documento mismo en que se consigna, por lo que podrá estimarse a su tenedor poseedor material del documento en que consta, pero, no del crédito al que sirve de justificación.* [Sentencia 6 junio 1956: No ha lugar.]

5. COPROPIEDAD: COMPATIBILIDAD DEL TÍTULO DE ARRENDATARIO CON EL DE COPROPIETARIO: *Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que las relaciones de comunidad no obstan para que cualquiera de los copartícipes en la misma pueda adquirir el carácter de arrendatario, por mutuo acuerdo y consentimiento de los demás condóminos.*

ARRENDAMIENTO URBANO: PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE RELACIONES ARRENDATICIAS: *El uso exclusivo y en su beneficio que uno de los copropietarios tiene sobre parte de la finca urbana objeto de litigio no puede ser confundido con el derecho de servirse de la cosa común que otorga el artículo 394 del Código civil a todo participante.* [Sentencia 8 noviembre 1956: Ha lugar.]

6. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELO DE UTILIDAD: CUESTIÓN NUEVA: *Aunque como en el recurso se mantiene, el Registro no ampara la descripción de la patente o modelo de utilidad, sino sólo la nota reivindicatoria, si en la demanda no se especificaron como lo hace el recurso, las reivindicaciones de una y otra nota, ni se invocaron los preceptos del Estatuto que ahora se reputan infringidos, la cuestión es nueva, y por tanto, ineficaz en casación, pues aunque el tema se suscitó ya ante el Tribunal sentenciador, lo fué después del periodo de prueba, y en el dictamen del Abogado del Estado, que no puede, en modo alguno, subsanar las omisiones de la demanda.* [Sentencia 20 junio 1956: No ha lugar.]

7. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: FALTA DE NOVEDAD: *El vigente Estatuto establece, como principio general que rige la concesión de patentes, la falta de previo examen de la novedad por parte de la administración, sin otra excepción que la contenida en su artículo 48, en que dispone que no podrán ser objeto de patente las invenciones que de una manera manifiesta y notoria carezcan de novedad.* [Sentencia 17 diciembre 1956.]

8. PATENTES: FALTA DE NOVEDAD: *No pueden ser objeto de patente de invención los procedimientos que, conforme a la apreciación del Tribunal de instancia, carecen de novedad.*

PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: INICIACIÓN: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: *El procedimiento no se inicia con la demanda, sino con el escrito anunciando el propósito de presentarla y solicitando la reseña del expediente administrativo, por lo que, desde este momento queda interrumpida la prescripción.* [Sentencia 22 diciembre 1956.]

10. POSESIÓN: GASTOS INDEMNIZABLES: MALA FE: *Los actos del poseedor llevan al Tribunal a quo a la convicción de que su goce era de mala fe, y, en consecuencia, sólo son estimables los gastos realizados en cuanto se contienen necesarios para la conservación de la cosa.*

DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Dados los términos empleados por el artículo 1.698 de la Ley adjetiva al requerir, para la constitución del depósito, que sean conformes de toda conformidad las sentencias dictadas, y no pudiendo atribuirse dicha cualidad a los fallos recaídos, procede su devolución al recurrente.* [Sentencia 16 octubre 1956: No ha lugar al recurso.]

11. POSESIÓN DE BUENA FE: *Obra de buena fe quien posee una finca al amparo del derecho que la Ley le concede, desconociendo el vicio que invalida su derecho.*

CASACIÓN: BUENA FE: *Si bien el concepto de la buena o mala fe es un concepto jurídico y la calificación como tal sería impugnable al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración de su existencia en la actuación de un litigante en el negocio jurídico discutido, es una afirmación de hecho que corresponde a la facultad de apreciación de la Sala sentenciadora, y su impugnación como tal declaración de hecho debe hacerse por la vía del número séptimo del citado artículo 1.692.* [Sentencia 24 diciembre 1956.]

12. POSESIÓN Y DOMINIO: LEY HIPOTECARIA DE 1909: *No puede alegarse la inconsistencia de la posesión inscrita contra la justificación de dominio no inscrito, cuando la inscripción a favor del demandado y el título de su adquisición no han sido impugnados y el actor por su parte no ha probado el dominio de la cosa.*

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Las sentencias absolutorias, por entenderse que resuelven todas las cuestiones planteadas en el litigio,*

no pueden ser, por modo general, impugnadas por vicio de incongruencia. [Sentencia 16 octubre 1958.]

OBSERVACIONES: *El pleito se originó con una acción declarativa del dominio de unas porciones indivisas de una finca, en el cual el problema sustancial fué el de la identificación del objeto, resolviéndose en el sentido de que las porciones indivisas, adquiridas y poseídas por el demando, no eran las reclamadas por el actor.*

La doctrina anotada se sienta al pronunciarse el Tribunal Supremo sobre la infracción de los artículos 41, 394, 396, 34 y 35 de la Ley Hipotecaria de 1909, alegada por la demandante y recurrente.

13. **PRECARIO: DESAHUCIO:** *Procede mantener el fallo recurrido desestimatorio de la acción de desahucio, porque falta la legitimación pasiva del demandado en el concepto de precarista en que se le demanda, ya que resulta probado, y no impugnado debidamente, que el demandado disfruta de las fincas en litigio mediante pagos que hace a los actores por virtud de la ocupación de las fincas de que se trata. [Sentencia 7 marzo 1957: No ha lugar.]*

14. **PRECARIO: DESAHUCIO: PRUEBA:** *Que resultando de la prueba practicada que quien paga la merced arrendaticia es la persona demandada, y por lo mismo no puede tener el carácter de precarista en que se le demanda, no procede casar la Sentencia al no impugnarse en forma legal aquella afirmación. [Sentencia 7 febrero 1957: No ha lugar al recurso.]*

15. **DESAHUCIO EN PRECARIO: COMPENSACIÓN:** *No procede el desahucio cuando el demandado entró en posesión de la casa objeto de demanda, en virtud de contrato de arrendamiento otorgado con el primitivo dueño, aunque el pago de la merced tuviera lugar por compensación, que su pararono, por cuya relación de trabajo con él, arrendó el inmueble, realizaba con el referido dueño, quien, a su vez, alquiló otro local por la misma merced a este.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: *Ha de apreciarse en su totalidad sin desnaturarizarse su verdadero sentido, con arbitrarias interpretaciones. [Sentencia 20 diciembre 1956: No ha lugar.]*

16. **DESAHUCIO EN PRECARIO: USO EN VIRTUD DE TÍTULO TRANSACCIONAL:** *Para que proceda el desahucio en precario, es necesario por parte del demandado que ocupe el inmueble, sin otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor, ya porque nunca haya tenido título, bien porque teniéndolo haya perdido virtualidad, y no puede calificarse de precaristas a quienes disfrutan los locales en virtud de título transaccional, que les otorgó el anterior propietario. [Sentencia 29 octubre 1956: No ha lugar.]*

17. **USUCAPIÓN EN EL DERECHO FORAL DE NAVARRA:** *Además del número de años exigido (veinte entre presentes, treinta entre ausentes con título*

y cuarenta sin él), es necesario que la posesión se tenga en concepto de dueño, pacíficamente y así mala voz.

TRANSAKCÓN: NULIDAD: Ordenando el artículo 366 del Reglamento para la Administración municipal de Navarra, que los municipios obtengan para la enajenación y gravamen de sus bienes, la autorización de la Diputación Foral, adolece de ineficacia conforme al artículo 1.812 del Código civil, la transacción realizada sin dicha autorización, que implica auténtica renuncia de un derecho.

ACTO DE CONCILIACIÓN: NULIDAD: La nulidad a que se refiere el artículo 477 L. E. C. sólo juega cuando se denuncian vicios procesales, ya que si se trata de vicios de fondo, la nulidad o la rescisión deben fundarse en los artículos 1.301, ó 1.299 del Código civil.

DEFECTO PROCESAL: EXCEPCIÓN NO ALEGADA: No pueden de oficio los Tribunales fundar sus fallos en razonamiento que implicando verdaderas excepciones, no hayan sido alegadas por las partes, pero si los municipios demandados alegaron en el periodo probatorio la nulidad del acto de conciliación celebrado entre los demandantes, y dichos municipios, por no existir acuerdo previo de éstos que legitimase la representación de los que en su nombre intervinieron en el acto de conciliación, y el defecto procesal se estimó por el Tribunal a que no infringió éste, la doctrina anterior. [Sentencia 23 noviembre 1956: No ha lugar.]

18. TERCERA DE DOMINIO: INMUEBLES POR DESTINO: FE PÚBLICA REGISTRAL: El dominio de dos motores, inmuebles por su delito con arreglo al núm. 5º del artículo 334, Código civil, adquirido libre de gravámenes de quien en el Registro de la Propiedad aparecía como dueño y sin limitaciones para transmitirlo, no puede ser perjudicado por el embargo trabajado por el recurrente, cualquiera que sea su fecha. [Sentencia 20 enero 1957.]

19. EXPEDIENTE DE DOMINIO: OBJETO: El expediente de dominio se dirige simplemente a declarar probado que una persona adquirió el dominio de una finca, o sea, que se ha producido un acto o causa idónea para tal adquisición.

EXPEDIENTE DE DOMINIO: CONTENIDO DE LA POSIBLE CONTROVERSIAS: La justificación dominical puede ser controvertida dentro del expediente, pero no en cuanto al derecho de dominio en sí, sino en lo que respecta al acto adquisitivo, quedando concretada la discusión a si debe estimarse justificada la adquisición, y no a si realmente es dueño el que instó el procedimiento.

EXPEDIENTE DE DOMINIO: CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN: La resolución que pone fin al expediente de dominio, no declara el dominio, sino que simplemente decide que se ha justificado la existencia de un acto o hecho idóneo para adquirirlo.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS: La Dirección General de los Registros, sin ser fuente jurisprudencial obligatoria para los Tribunales, constituye por su idoneidad una fuente informativa. [Sentencia 30 enero 1957.]

OBSERVACIONES: La doctrina extractada coincide con la que ya mantuvo

la sentencia de 21 de marzo de 1919 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1923, ambas citadas en el considerando cuarto. En el mismo sentido Roca (Derecho Hipotecario, quinta edición, tomo segundo, pág. 488), quien hace notar la improcedencia en que incurre el Reglamento vigente en sus artículos, 282, 283 y 284 los cuales presuponen que el expediente tiene por objeto justificar o acreditar el dominio.

III. Derecho de obligaciones.

1. CLÁUSULA PENAL: NATURALEZA: ACCESORIEDAD: La cláusula penal es un pacto accesorio, sujeto a las vicisitudes del contrato principal, de tal manera que, si el contrato principal es inválido o de imposible cumplimiento la cláusula queda inválida o ineficaz.

CLÁUSULA PENAL: INCUMPLIMIENTO DE PROMESA DE VENTA: INTERPRETACIÓN: *La pena convencional, pactada para el caso de incumplir una promesa de venta, debe pesar sobre quien incurra en el hecho sancionado, pero nunca sobre quien estuvo dispuesto a cumplirla.*

CLÁUSULA PENAL: INCUMPLIMIENTO DE PROMESA DE VENTA: *No puede llevar la interpretación de la cláusula discutida a la conclusión de sancionar a quien con razón se abstiene de celebrar un contrato.*

CLÁUSULA PENAL: FACULTAD DE MODERACIÓN DE LOS TRIBUNALES: *No sólo procede en los casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resultan desorbitados sus efectos en determinados casos en que es de presumir que no se previeron los supuestos de incumplimiento discutidos.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: «*PACTA SUNT SERVANDA*»: *El principio «pacta sunt servanda» es un principio general de nuestro derecho reiteradamente reconocido por la jurisprudencia. [Sentencia 5 noviembre 1956.]*

2. CLÁUSULA PENAL: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *El uso de la facultad moderadora de la cláusula penal es discrecional para el juzgador de instancia y no puede revisarse en casación, por lo cual no cabe interpretar que el no uso de tal facultad pueda constituir una infracción de las normas sobre enriquecimiento sin causa.*

CLÁUSULA PENAL: CALIFICACIÓN INEXACTA: EFECTOS: *El hecho de que una cláusula penal no se califique como tal por el juzgador, pero luego las consecuencias que de ella se deduzcan sean conformes totalmente con lo que se hubiera podido disponer, caso de así calificarla, impide que prospere el recurso de casación. [Sentencia 11 marzo 1957: Desestimatoria.]*

3. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DAÑOS Y PERJUICIOS. [Sentencia 19 enero 1957 (108).]

4. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: *Es necesario acreditar la realidad de los perjuicios para que puedan hacerse efectivos y*

no cabe alegar la notoriedad porque no todo incumplimiento de obligaciones produce indefectiblemente daños y perjuicios.

INCONGRUENCIA: *Al desestimarse totalmente la demanda se resuelve sobre todos los pedimentos de la misma, de forma que la omisión de una de las peticiones en los considerandos sólo puede entenderse como infracción de carácter técnico procesal de lo dispuesto en el artículo 372 de la L. E. C., pero que no puede dar lugar a la casación de la sentencia, y además, debe tenerse presente que tal defecto no pueden alegarlo los recurrentes que no apelaron de la sentencia de primera Instancia, en la cual tampoco se mencionó.* [Sentencia 28 febrero 1957: No ha lugar.]

5. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: ARTÍCULO 1.924, 3.^o DEL CÓDIGO CIVIL: CRÉDITOS NO PRIVILEGIADOS: RANGO: *A los efectos del artículo 1.924 del Código civil, aunque este precepto sólo menciona nominalmente las escrituras públicas «strictu sensu», existe igualdad de rango y calidad entre una escritura pública y una póliza de cuenta de crédito intervenida por Corredor de Comercio, porque habida cuenta de la autoridad y garantías de autenticidad que ofrecen las pólizas, según se infiere del artículo 93 del Código de Comercio, no hay razón que aconseje una desigualdad de trato.*

PRELACIÓN DE CRÉDITOS: ARTÍCULO 1.924, 3.^o DEL CÓDIGO CIVIL: FECHA DE LOS CRÉDITOS Y FECHA DE LOS TÍTULOS: *Para la prelación de créditos que señala el mencionado artículo, no cabe duda alguna de que es preciso atenerse no a la fecha de los créditos mismos, sino a la de los títulos en que consten.*

APERTURA DE CUENTA DE CRÉDITO: *Este concepto de «apertura» no puede en ningún caso tomarse como continuación de operaciones anteriores, sino como principio o instauración en cada caso de un negocio nuevo.*

CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO: NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO: PÓLIZA OTORGADA PARA ASEGURAR EL SALDO: *La obligación de pago no nació de la póliza, sino de las diversas cantidades que por ellas se obtuvieron y, por tanto, no en la fecha del documento, sino en la de la liquidación de las sucesivas extracciones y reintegros, liquidación que no fué definitiva hasta la última póliza que se utilizó como título para la ejecución.*

CUENTA CORRIENTE DE NUMERARIO: NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO: COSA ANÁLOGA PUDIERA DECIRSE EN EL SUPUESTO DE QUE LA CUENTA GARANTIZADA FUERA UNA CUENTA CORRIENTE DE NUMERARIO, porque la obligación de pago no nace en cada momento de su curso, sino cuando se cierra o liquida, y a esta fecha hay que vincularla. [Sentencia 15 diciembre 1956: Ha lugar.]

6. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: DEUDOR NO CONCURSADO NI QUEBRADO: TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: *Cuando sin previa declaración del estado de quiebra o concurso del común deudor, dos o más acreedores han tratado independientemente bienes determinados de aquél y mediante sendos juicios ejecutivos pretenden simultáneamente hacerse pago con ello de sus créditos respectivos, no hay otro procedimiento adecuado para determinar la preferencia de uno de los acreedores ejecutantes sobre los demás que el de la tercera de mejor derecho.*

PRELACIÓN DE CRÉDITOS MERCANTILES: DEUDOR COMERCIANTE NO QUEBRADO: DERECHO SUPLETORIO: *Deben aplicarse las normas que rigen la tercera de mejor derecho cuando los contendientes fueren comerciantes y sus créditos producidos por actos de comercio, ya que por no existir en el ordenamiento sustantivo mercantil precepciones que específicamente regulen esta clase de contiendas singulares, habrán de utilizarse las normas pertinentes de la legislación civil por el carácter supletorio que les otorgan los artículos 2.º y 50 del Código de Comercio.*

QUIEBRA Y TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: SUPUESTOS PROCESALES: *En el juicio universal de quiebra el objeto de las reclamaciones es la masa de todos los bienes en conjunto del deudor común declarado con antelación en estado de quiebra; supuesto procesalmente distinto del producido por la contienda singular de acreedores que da lugar al ejercicio de la acción de tercería de mejor derecho sobre bienes determinados de deudor comerciante no quebrado.*

QUIEBRA: DECLARACIÓN: *La declaración de quiebra procederá cuando la pida el mismo quebrado o a solicitud fundada de acreedor legítimo, con los requisitos legales, pero no puede ser declarado de oficio el estado de quiebra de un comerciante.*

PRELACIÓN DE CRÉDITOS: ARTÍCULO 1.924, 3.º B. DEL CÓDIGO CIVIL: INTERPRETACIÓN DE LA PALABRA «LITIGIO»: *La palabra «litigio», sinónima de las voces pleito o juicio que el legislador emplea indistintamente, tiene el significado lexicológico de pleito, altercación en juicio, disputa o contienda, y la jurisprudencia ha declarado que la sentencia de remate es sentencia firme a los efectos del mencionado precepto. [Sentencia 25 enero 1957: No ha lugar.]*

7. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: PAGO POR CONSIGNACIÓN. [V. Sentencia 8 febrero 1957 (29).]

8. COMPENSACIÓN: APORTACIÓN SOCIAL: *El que se reconozca la efectividad de la aportación de uno de los socios, que se afirma haber tenido lugar mediante la aportación de un crédito de que es deudor el otro consocio, a cuyo nombre gira el negocio y en cuyo poder se tenía que hallar la suma dicha, no implica necesariamente el que la sentencia venga con ello a establecer una compensación entre la deuda particular de este socio frente al otro y la que tenía este último por su deber de aportación a la misma. [Sentencia 9 enero 1957: Desestimatoria.]*

9. CONTRATOS BILATERALES: OBLIGACIÓN ELEVADA A CONDICIÓN RESOLUTORIA: INCUMPLIMIENTO: *Cuando se pacta expresamente como condición resolutoria de un contrato el cumplimiento de determinada obligación en un plazo determinado la efectividad de dicho incumplimiento provoca la resolución en virtud de lo convenido, no por aplicación del artículo 1.124 del Código civil, no siendo, por tanto, tampoco de aplicar la jurisprudencia sobre este artículo que lo declara informado por un principio de equidad, de modo que*

no estima como incumplimiento los supuestos en que no se patentiza de un modo indubitable, bien una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que lo impida y que exige un verdadero y propio incumplimiento, negando que baste una simple mora o retraso.

ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN BASADA EN EL CÓDIGO CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE OBRAS: *Si se pacta en un arrendamiento como causa expresa resolutoria la ejecución de determinadas obras procede, aunque se trate de arrendamiento sujeto a la LAU. la resolución por dicho incumplimiento.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO A LOS EFECTOS DE CASACIÓN: DICTAMEN PERICIAL: *Es jurisprudencia reiterada que los informes periciales no ostentan el rango de documento o acto auténtico a los efectos de casación, porque por sí solos no acreditan de modo irrefutable un hecho, sino más bien el juicio personal o convicción formado por los peritos con arreglo a los antecedentes suministrados. [Sentencia 18 diciembre 1956: estimatoria.]*

Creo errónea la doctrina resumida en el primero de los apartados acerca de «la resolución por incumplimiento de obligación contractual», estimando no aplicable a la misma la doctrina dictada por la jurisprudencia a propósito del artículo 1.124, prohibiendo igualar al incumplimiento el retraso en las obligaciones a plazo. Para que el simple retraso equivalga a incumplimiento será siempre necesario que con el retraso se haga inútil para el acreedor la prestación o, por lo menos, que sea pacto expreso la resolución por tal causa, lo que no ocurría en el caso de autos, en el que era condición esencial el realizar las obras, pero no el plazo. Bien es verdad que lo prolongado de la mora y el hecho de que al iniciarse la demanda no estuviera aun totalmente cumplida la prestación podía hacer en el presente caso que más que de un retraso se tratara de un incumplimiento.

Es interesante de esta sentencia el que admite la resolución de un arrendamiento sujeto a ley de arrendamientos urbanos, por virtud de una causa no fundada en el artículo 149 de la LAU, sino en el Código civil, con lo cual viene a no dejar claro el carácter taxativo de la enumeración de causas de resolución en el mismo contenidas. (R. G. H.)

10. NOVACIÓN: CAMBIO DE DEUDOR: *El precepto del artículo 1.205 del Código civil no exige que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor se haya de prestar en el acto mismo en que los deudores acuerdan la sustitución, sino que basta con que lo manifieste en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente. [Sentencia 29 diciembre 1956.]*

11. FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS: *El contrato no precisa para su existencia la identidad de móviles o intenciones de los contratantes, que es algo que queda fuera de la esfera jurídica, sino la concurrencia de voluntades sobre los puntos esenciales, que es lo que exige el artículo 1.252 del Código civil.*

CONCESIÓN DE MINAS: OCUPACIÓN DE TERRENOS: PREVIA INDEMNIZACIÓN: *No*

obstante exigir el artículo 18 de la Ley de Minas la previa indemnización para la ocupación de los terrenos por el concesionario, al ser posible, conforme al citado precepto, el pacto entre los interesados fijando la cuantía de la indemnización y la autorización de la ocupación sin previo pago de la misma, sobre todo en los casos en que por su naturaleza —por consistir en una parte alicuota del beneficio— es necesario liquidarla con posterioridad. [Sentencia 20 octubre 1956.]

12. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *Entre las diferentes normas de interpretación de los contratos que establece el Código civil, tiene valor fundamental, la regla del artículo 1.281, siendo subsidiaria la función de las demás, que sólo pueden entrar en acción cuando no aparecen con claridad los términos del contrato.* [Sentencia 29 febrero 1956: No ha lugar.]

13. OFERTA DE CONTRATO; FUERZA VINCULANTE: *Nuestro Código civil parece estar inspirado en la doctrina tradicional de que cuando la oferta no contiene plazo para la aceptación corresponde al proponente el derecho absoluto, en todo momento antes de la aceptación, de retirar su oferta.*

OFERTA DE CONTRATO: CLÁUSULA «A LA BREVEDAD POSIBLE»: *Cuando la oferta se hizo para ser aceptada «a la brevedad posible», no puede estimarse válida una aceptación hecha tres meses después, sin que conste que en el intermedio haya realizado el supuesto aceptante gestión alguna en tal sentido.* [Sentencia 22 diciembre 1956: Desestimatoria.]

14. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS: *Si en el momento de la celebración del contrato existe la debida proporción entre las prestaciones de las partes y el cumplimiento se retrasa por culpa de una de ellas, no puede ésta alegar la existencia de un desequilibrio sobrevenido, que se debe precisamente a un retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.*

COMPRAVENTA: TRADITIO FICTA: *No puede estimarse entregada la mercancía por tradición ficta, por el mero hecho de haberse cruzado una correspondencia ofreciendo el vendedor, ante las protestas del comprador, realizar la entrega si este proporcionaba los oportunos medios de transporte, sin que tuviera lugar hecho alguno que hiciera salir la mercancía del poder del vendedor.* [Sentencia 19 enero 1957: Desestimatoria.]

La doctrina resumida acerca de la traditio ficta tiene sólo valor obiter, pues el considerando en que se alega rechaza el motivo, previamente a estas consideraciones, por defecto en su formulación.

15. INEXISTENCIA DE CONTRATO: ERROR: *No hay error en el consentimiento si no inexistencia de contrato, en cuanto a la porción de la finca que no estuvo en el ánimo de los contratantes comprender en la escritura de compraventa cuando se acredita error en la expresión de lo que era objeto del contrato, y es el artículo 1.261 del Código civil el que por tanto se debe aplicar.*

CUESTIÓN PREJUDICIAL: INEXISTENCIA: *No son aplicables los artículos 362 y 514 L. E. C. y, por tanto, no estaba obligado el Tribunal de instancia a suspender el curso del procedimiento, por el mero hecho de que el vendedor demandante, en la confesión judicial, pusiese en duda la exactitud de la escritura de venta, sin quiera formular tacha de falsedad criminal de la escritura.*

PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Aunque no tengan carácter de documentos auténticos las declaraciones juradas de los contribuyentes ante el Registro Fiscal y las manifestaciones de las partes en sus respectivos escritos, o al absolver posiciones, esta doctrina se refiere únicamente a la casación, o sea, con el fin de demostrar la equivocación evidente del juzgador, pero, no en cuanto a la posibilidad de que le permitan a éste formar su convicción.*

PRUEBA: DOCUMENTO PÚBLICO: *La fuerza probatoria que el artículo 1.218 del Código civil atribuye a las declaraciones de los contratantes, hechas en documento público, no impide combatir tal prueba por otros medios. [Sentencia 26 noviembre 1956: No ha lugar.]*

16. RESCISIÓN POR LESIÓN EN CATALUÑA: RENUNCIA DE DERECHOS LEGITIMARIOS Y DEL DE SUPLEMENTO DE LEGITIMA: *Esta renuncia puede rescindirse, con arreglo a la legislación vigente en Cataluña, cuando en ella hubiere mediado lesión enorme o enormísima. [Sentencia 10 diciembre 1956.]*

17. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS: *Para calificar la naturaleza de los contratos, hay que atenerse a su verdadero contenido y no a los nombres que les den los contratantes. [Sentencia 1 diciembre 1956: Ha lugar.]*

18. PROMESA DE COMPROVENTA: *No puede estimarse que hay una mera promesa de compraventa, cuando se ha entregado parte del precio en concepto de tal, pues ello significa el comienzo de la consumación de la venta. [Sentencia 7 junio 1956: No ha lugar.]*

19. PROMESA DE VENTA. [Sentencia 5 noviembre 1956 (1).]

20. COMPROVENTA: PROHIBICIONES: ALBACEA: [Sentencia 18 noviembre 1956 (V, 2).]

21. COMPROVENTA: ENTREGA DE LA COSA: *El artículo 1.463, conforme al cual, por el solo acuerdo o conformidad de las partes puede entenderse realizada la entrega de la cosa vendida, si en el instante no puede trasladarse a poder del comprador, no es aplicable cuando el vendedor retira la mercancía, dejando ésta de estar a disposición de los compradores.*

COMPROVENTA: LUGAR Y TIEMPO DEL PAGO: *Cuando no existe pacto expreso que lo determine, el pago no podrá exigirse sino en el momento en que se haga entrega de la cosa vendida.*

RESERVA DE DERECHOS: INCONGRUENCIA: *Las reservas o salvedades de los faltos no atribuyen ni quitan derecho alguno, no siendo, por ello incongruente la sentencia que las hace sin haber sido solicitadas por los litigantes. [Sentencia 4 diciembre 1956.]*

22. COMPROVENTA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *El artículo 1.504 del Código civil (venta de inmuebles) tiene aplicación, no sólo cuando se haya convenido pacto comisorio expreso, sino también cuando se dé la condición resolutoria implícita en las obligaciones bilaterales, siempre que concurran los dos requisitos de falta de pago del precio por el comprador y la comisión o requerimiento judicial o notarial del vendedor, que da por resuelto el contrato, siendo requerimiento suficiente el hecho en acto de conciliación.*

PAGO DEL PRECIO: *El artículo 1.502 del Código civil, es de interpretación restrictiva, y sólo aplicable a las dos acciones —reivindicatoria e hipotecaria— que en él se mencionan. [Sentencia 30 octubre 1956: Ha lugar.]*

23. SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: ACCIONES: «REDHIBITORIA» Y «QUANTI MINORIS»: ELECCIÓN: *No puede negarse al comprador el libre derecho a la elección entre esas dos acciones, porque tratándose de cosas que ha adquirido para que le presten alguna utilidad, nadie mejor que él puede conocer y juzgar si llenan ese cometido en mayor o menor grado o le son completamente inútiles por los defectos que tienen.*

CASACIÓN: PRUEBA PERICIAL: ERROR DE DERECHO: *La apreciación de la prueba pericial nunca puede constituir un error de esa clase, porque el Juez o Tribunal verifican dicha apreciación según las reglas de la sana crítica y no están obligados a sujetarse al dictamen de los peritos. [Sentencia 25 enero 1957.]*

24. COMPROVENTA SIMULADA: LA DONACIÓN INMOBILIARIA DISIMULADA: *Los artículos 629, 630 y 633 imponen la necesidad de llenar ciertos requisitos bajo pena de nulidad, y al no cumplirse, la donación encubierta por la compraventa aparente, es tan ineficaz e inexistente como ésta.*

PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL: REQUISITO DE LA BUENA FE: CONCEPTO DE ÉSTA: *Debe entenderse por buena fe el desconocimiento por parte del tercero adquirente de la existencia de una posible inexactitud registral, entendido este último concepto en sentido amplio, comprensivo incluso de los vicios posibles de la titularidad del transferente. [Sentencia 5 noviembre 1956.]*

OBSERVACIONES: Con gran acierto resuelve esta Sentencia las dos cuestiones básicas planteadas. La primera —eficacia o ineficacia de un donación inmobiliaria encubierta en una compraventa otorgada en escritura pública que se decienda simulada—, se decide en la misma forma en que ya lo hizo la notable Sentencia de 23 de junio de 1953. Véase respecto de ésta el admirable comentario de don Federico de Castro, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, tomo VI, fasc. IV, págs. 1003 y sigs.

La segunda cuestión —concepto de la buena fe como requisito del llamado principio de fe pública registral— viene resuelta siguiendo a la más prestigiosa doctrina hipotecaria. Véase en el mismo sentido Roca Sastre, «Derecho Hipotecario», quinta edición, tomo I, págs. 517 y sigs. (D. I.)

25. RETRACTO DE COLINDANTES: TÍTULO DEL RETRAYENTE: *La posesión en concepto de dueño atribuye a quien la disfruta, mientras no es vencido por*

quien ostente mejor derecho, todas las ventajas de la propiedad, y entre ellas el retracto.

PRUEBA: EFECTOS DEL DOCUMENTO PRIVADO: *Lo preceptuado en el artículo 1.227 del Código civil no puede entenderse aplicable cuando la realidad del acto o contrato que el documento privado comprende resulte adverada por otras pruebas.*

PRUEBA: EFECTOS DE LA PARTICIÓN: *Debido al carácter retroactivo de toda partición de bienes, hay que considerar que era ya propietario exclusivo de la finca, el heredero que en el momento de venderse la finca lo era en comunidad con los demás coherederos. [Sentencia 4 febrero 1957: No ha lugar.]*

26. RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA DE LA FINCA: *Para calificar la naturaleza de la finca es preciso atenerse al momento de la perfección del contrato traslativo de dominio y carecen de relevancia los actos que posteriormente pueda haber realizado el adquirente para variar la naturaleza o destino del predio. [Sentencia 14 noviembre 1956: No ha lugar.]*

27. RETRACTO DE COLINDANTES: INCONGRUENCIA: *No incide en vicio de incongruencia el Tribunal Sentenciador que sin alterar la causa petendi reduce correctamente la extensión de sus efectos.*

IMPROCEDENCIA: *No puede afectar el retracto a la finca no colindante que se ha segregado en virtud de un derecho indiscutible por parte de su titular. [Sentencia 17 mayo 1956: No ha lugar.]*

I. A. propietario de una finca rústica, la divide en dos nuevas, que enajena respectivamente a B. y C. La transmisión de la parcela vendida a B. se inscribe en el Registro de la Propiedad, pero no la transmitida a C. Entonces surge X. colindante de la finca primitiva, pero que al dividirse en las otras dos sólo linda con la que se vendió a C. y ejercita la acción de retracto, solicitando en síntesis, que se declare que la venta en dos trozos de la primitiva, implicaba un negocio simulado con el único fin de eludir parcialmente el retracto, que debería extenderse a la totalidad del inmueble.

II. Solicitado por los demandados su absolución por estimar que el supuesto de que el retracto partía: unidad originaria de la finca y proceso de simulación, no era tema que por su transcendencia pudiera plantearse en un juicio de retracto, la Audiencia confirmando el fallo del juez, aco-gió esta tesis, pero estimó que era legítimo el ejercicio del derecho de retracto sobre el trozo que lindaba con X. Interpuesto recurso de casación por el demandado C, el Tribunal Supremo sienta la doctrina expuesta.

28. RETRACTO DE ABOLIRIO EN ARAGÓN: NEGOCIO SIMULADO: *La ineeficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene, en tanto éste sea lícito y reúna los requisitos de fondo generales y los que correspondan a su especial naturaleza.*

DISIMULACIÓN DE COMPROVANTES: TERCERO RETRAYENTE: *Si bien la apariencia con que un negocio jurídico nace al exterior puede justificar el ejerci-*

cio por un tercero de una acción para obtener de tal negocio consecuencias jurídicas a su favor, si se declara por los Tribunales que en él, pese a su apariencia, no hay compraventa sino donación, esta declaración produce efectos erga omnes y, por tanto, afecta al tercero, que no podrá ejercitarse el retracto. [Sentencia 16 noviembre 1956: No ha lugar.]

29. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REQUISITOS DE FORMA DEL CONTRATO: *El contrato de arrendamiento urbano es un contrato consensual cuya perfección no se halla sometida a forma predeterminada, siendo el común asenso de las partes o consentimiento, suficiente para su formación.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRECIO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS: OBLIGACIÓN LEGAL Y OBLIGACIÓN CONTRACTUAL: *El artículo 129 de la L. A. U., que establece los requisitos que el arrendador ha de cumplir para poder exigir del arrendatario el pago de los incrementos de renta, autorizados por la ley, no es aplicable, cuando lo que se reclama no es el cumplimiento de la obligación legal, sino el de una obligación contractualmente asumida sin imposición de la ley.*

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: PAGO POR CONSIGNACIÓN: *La consignación no exonera de responsabilidad al deudor más que cuando el acreedor se niega sin razón a recibir voluntariamente el pago. [Sentencia 8 febrero 1957.]*

30. ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR: *No puede regularse por la L. A. U. el arrendamiento de un solar destinado a apartadero de vagones derivados mediante concesión de la RENFE de las líneas generales de ferrocarriles para carga y descarga de mercancías consignadas a los arrendatarios, siendo esta concesión tan importante, que los arrendatarios podían resolver el contrato si la concesionante revoca la concesión, pues en todo caso no es como exige la L. A. U. un local cerrado, habitable y destinado a vivienda, comercio e industria, siendo además las edificaciones que había provisionales, no habitables y accesorias del solar. [Sentencia 26 octubre 1956: No ha lugar.]*

31. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: *Para que el arrendamiento sea de industria, tiene que recibir el arrendatario, además del local, la industria en él establecida debiéndole ser hecha esta entrega por el mismo arrendador. Si la industria es entregada por un tercero que la explota, nos hallamos ante un supuesto de traspaso de industria. [Sentencia 17 enero 1957: No ha lugar.]*

32. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *No hay arrendamiento de industria cuando no se acredite que con los locales cedidos se transmitieron elementos que puedan justificar, al menos indicariamente, la posibilidad de continuar el arrendatario la explotación industrial que desarrollaba el arrendador. [Sentencia 5 febrero 1957: No ha lugar.]*

33. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *No desvirtúa el carácter originario de arrendamiento de industria, el hecho de que*

el arrendatario haya mejorado las instalaciones que recibió para aumentar y perfeccionar la fabricación, por muy rudimentaria que fuere la explotación al tiempo del contrato siempre que la unidad patrimonial cedida fuere susceptible de explotación inmediata con la materia prima de la finca y los enseres suficientes para transformar aquélla en producto industrial. [Sentencia 6 diciembre 1956: No ha lugar.]

34. ARRENDAMIENTO URBANO: CINE: *No puede aplicarse el artículo 6.º de la L. A. U. si lo que aparece probado es únicamente la existencia de dos contratos de arrendamiento distintos e interrumpidos, cada uno de duración menor de dos años. [Sentencia 16 octubre 1956: No ha lugar.]*

35. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: *El arriendo de una industria cinematográfica no pierde su carácter de arrendamiento de industria, por el hecho de que la renta global se divide en dos partes con referencia una al local y otra a los bienes muebles aptos para desarrollar tal industria.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA CINEMATOGRÁFICA: *La concesión que hace excepcionalmente el artículo 6.º de la L. A. U. al arrendatario de una industria cinematográfica, del derecho a la prórroga forzosa de su contrato, no altera su carácter de arrendamiento de industria, ni permite la aplicabilidad en lo demás de la L. A. U. [Sentencia 22 marzo 1957: No ha lugar.]*

36. ARRENDAMIENTO URBANO: VIVIENDA: OFICINA: *No pierde su carácter de oficina, asimilada a vivienda, el local discutido, por el hecho de que el arrendatario que es asentador de frutas en un mercado, lleve en dicho local su contabilidad, y liquide y pague obligaciones contraídas en el mercado. [Sentencia 29 diciembre 1956: No ha lugar.]*

37. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: *Constituye local de negocio un Sanatorio que funciona como una explotación o empresa integrada por un patrimonio y por una organización de actividades que dan alienato a los elementos materiales, coordinándoles en una unidad económica, susceptible de producir ganancias o lucro. [Sentencia 18 marzo 1957: Ha lugar.]*

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA DE HABITABILIDAD: *No es documento auténtico que evidencie la habitabilidad de un local y consiguientemente la aplicación como local de negocio de la L. A. U. el contrato de arrendamiento discutido en el pleito. [Sentencia 21 noviembre 1956: No ha lugar.]*

39. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: LIQUIDO IMPONIBLE: *No pueden confundirse los conceptos de renta y liquido imponible, ya que éste no representa toda la renta, sino una parte que se obtiene deduciendo del*

valor en renta o producto íntegro de una finca urbana, los descuentos legalmente autorizados y si la renta no fué declarada ni consta la que figura como base del tributo no puede ejercitarse la acción revisoria del artículo 133 L. A. U. [Sentencia 20 diciembre 1956: Ha lugar.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA AL DERECHO DE RETRACTO: *Es válida la cláusula contenida en la escritura de compraventa de un piso por la que el inquilino renuncia a los derechos de retracto e impugnación que pudiera corresponderle conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos. [Sentencia 17 octubre 1956: No ha lugar.]*

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: RETRACTO CONJUNTO: *Los artículos 63 y 64 no autorizan el ejercicio del derecho de retracto por parte de una pluralidad de arrendatarios de los diferentes pisos de una finca que ha sido vendido como un conjunto unitario. [Sentencia 29 noviembre 1956: No ha lugar.]*

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: *El Decreto de 9 de febrero de 1952, que estableció el derecho de retracto en favor de los inquilinos en los casos de división de comunidad y adjudicación de pisos a los comuneros, no tiene carácter retroactivo y no puede aplicarse a las divisiones practicadas en escritura pública con anterioridad a su entrada en vigor, ni aun en el supuesto de que aquéllas se presentaran con posterioridad en el Registro de la Propiedad. [Sentencia 22 diciembre 1956: Ha lugar.]*

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: *No obsta el ejercicio del retracto, el que las dos fincas a que la demanda se contrae —en cada una de las cuales existe un solo arrendatario— figuren por voluntaria agrupación como una sola unidad en el Registro de la Propiedad.*

VALOR DE LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Aunque esta certificación acredite la existencia de una sola finca en el Registro, ello no demuestra que física y realmente el inmueble así inscrito no esté constituido por dos independientes.*

NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *La notificación por conducto notarial es ineludible como punto de partida para computar el plazo de caducidad que la ley otorga para ejercicio del retracto. Si por cualquier circunstancia se inscribió la transmisión en el Registro, sin haber mediado aquélla, dicha fecha de inscripción no tiene virtualidad para la iniciación del cómputo del plazo. [Sentencia 23 noviembre 1956: No ha lugar.]*

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: VENTA GLOBAL: FINCAS INDIVIDUALIZADAS Y DISTINTAS: *No obsta a su aplicación la circunstancia de que el demandado adquiriese conjuntamente, por un precio global el solar y las dos casas en él edificadas, por ser cada una de éstas susceptibles de disfrute independiente.*

INTERPRETACIÓN EXTENSIVA: *Dada la finalidad de la Ley, tendente a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo.* [Sentencia 14 noviembre 1956: No ha lugar.]

Concordancias.—Sentencias 27 noviembre 1947, 18 julio 1922 y 18 diciembre 1954.

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: PREFERENCIA: *Conforme al artículo 66 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el inquilino tiene preferencia para el ejercicio del retracto sobre su vivienda respecto del dueño de otra del mismo edificio, porque en la propiedad horizontal la copropiedad se extienda tan sólo a los elementos comunes, y no a la parte privativa.* [Sentencia 24 diciembre 1956: Ha lugar.]

Concordancias.—Sentencia 7 de julio de 1955, 12 y 14 marzo de 1956. Véase igualmente el artículo 50 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: DONACIÓN NULA: *La donación de inmuebles en documento privado, carece de eficacia legal, y en su consecuencia al no salir el inmueble del patrimonio del dueño arrendador, falta la base para el ejercicio del derecho de retracto.* [Sentencia 29 noviembre 1956: No ha lugar.]

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN A EFECTOS DE TANTEO: *La falta de notificación de la decisión de vender no tiene consecuencias para el ejercicio de la acción de retracto.* [Sentencia 10 noviembre 1956: No ha lugar.]

48. FALTA DE NOTIFICACIÓN: CONOCIMIENTO: *Al no hacerse la preceptiva y previa notificación exigida por el artículo 64 de la Ley, es obligado partir para el cómputo, de la fecha en que el actor en una actuación judicial para la que había sido emplazado se le exhibe la escritura de venta y adquiere conocimiento total y completo.*

PRUEBA PERICIAL: *Es de apreciación libre del juzgador, conforme a las reglas de la sana crítica.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *El haber sido demandados solamente los compradores, sin haberse citado al vendedor, no supone ninguna falta de legitimación pasiva, pues si bien la jurisprudencia lo ha exigido en algunos casos, ninguno de estos se refería a retracto arrendatario, sino a otros legales, en los que por haber existido una segunda transmisión conocida del actor, se le imponía tal emplazamiento conjunto.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Requiere la demostración de la realidad del enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobados para conseguir aquél y producir éste. No puede haberlo cuando se ejerce un derecho sancionado por la Ley —retracto— y se ofrece el mismo precio que en la escritura de venta figura.*

FRAUDE DE LEY: *Para que prospere esta clase de fraude se precisa una*

serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético del precepto legal. [Sentencia 6 febrero 1957: No ha lugar.]

49. ARRENDAMIENTO URBANO: VIVIENDA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: Los supuestos que determina el artículo 77 L. A. U., no son los únicos que determina la necesidad, sino que pueden existir otros, cuya apreciación depende del criterio de los Tribunales.

PREAVISO: La aplicación de la Disposición Transitoria 10.^a L. A. U. (viviendas adquiridas con posterioridad al 31 de enero de 1944), está subordinada al artículo 89 que se refiere al supuesto del arrendador propietario de una sola vivienda, por lo que no cabe su aplicación si el arrendador no solamente es propietario de la vivienda arrendada, sino de otra en la que habita. [Sentencia 19 octubre 1956: No ha lugar.]

50. ARRENDAMIENTO URBANO: VIVIENDA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO POR MATRIMONIO: PREFERENCIA: No hay precepto alguno que impida al propietario de varias fincas, elegir entre cualquiera de ellas la que juzgue más adecuada para satisfacer la necesidad de ocupación por él sentida, y aunque se admita que en este caso está obligado a seguir el orden de prelación del artículo 79 L. A. U., como dicho precepto se inspira en el principio de protección a la familia, a la vez que al funcionario público, debe en caso de ser funcionarios los dos inquilinos, dirigirse contra el de menor familia, y sólo en caso de igualdad contra el más moderno, por ser la aplicación general el último párrafo del artículo 79.

EXISTENCIA DE LA NECESIDAD: No puede imponerse al propietario la obligación de convivir con persona ajena a su nueva familia, por próximo que sea su parentesco con aquélla, pudiendo dar por terminada dicha convivencia al contraer el matrimonio o después. [Sentencia 16 junio 1956: No ha lugar.]

51. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN JUNTA DE ESTIMACIÓN: El arrendador no puede pedir la resolución por necesidad cuando interpone la demanda antes de haber sido notificado el arrendatario de la indemnización señalada por la Junta de Estimación, por ser tal notificación condición de derecho de carácter instrumental, a cuyo cumplimiento se subordina el de la también (contidio iuris del ap. c.) del artículo 90 L. A. U. que es tan esencial como los demás requisitos que el citado artículo enuncia. [Sentencia 3 octubre 1956: Ha lugar.]

52. ARRENDAMIENTO URBANO: OFICINAS DEL ESTADO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 22.^a: Hay que entender el ap. b. de la Disposición Transitoria 22.^a cuando al Estado se refiere, en el sentido de que no es necesario que destine el local que por necesidad reclame a las únicas y nuevas oficinas en la localidad, pues su presencia en el ejercicio de sus funciones, en todas las localidades del territorio nacional, es constante, y su oficio no puede ser nuevo en ninguna de ellas, y de otra forma nunca podría en sus edi-

fictos transformar las viviendas en oficinas. [Sentencia 28 junio 1956: Ha lugar.]

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO: *El artículo 100 de la L. A. U. exime al Estado, Provincia, Municipio y Corporaciones de Derecho público que deseen ocupar sus propias fincas, de la obligación de justificar su necesidad, pero no del orden de selección, preaviso, plazo para desalojar y demás requisitos establecidos en la Ley.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *En materia de arrendamientos urbanos la prórroga obligatoria del contrato constituye la regla general y la no prórroga la excepción, por lo cual las causas de resolución de los mismos, como determinantes de la extinción del vínculo arrendatario y opuestas a aquella regla general deben, como toda excepción, ser interpretadas restrictivamente. [Sentencia 24 diciembre 1956.]*

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUCESIÓN: *La subsistencia de la relación arrendaticia después del plazo voluntariamente pactado, sólo aprovecha al heredero o socio del arrendatario originario y no a quienes son herederos de la viuda y sucesora del contratante del arrendatario.*

CARÁCTER DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA: *La Ley de Arrendamientos Urbanos, lejos de modificar, subraya la naturaleza del derecho personal de la relación arrendaticia. [Sentencia 4 diciembre 1956: No ha lugar al recurso.]*

55. CAUSA CONTRACTUAL DE DESAHUCIO: *Cuando en el contrato de arrendamiento existen gastos, a cargo del arrendatario, que trascienden de la mera cesión del goce de la finca mediante el abono de una renta por cierto tiempo, es imposible legalmente que queden resueltos en un juicio de la naturaleza sumaria de un desahucio, ya que debe de resolverse en el juicio declarativo correspondiente. [Sentencia 28 diciembre 1956: No ha lugar.]*

56. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL USUFRUCTUARIO: EXTINCIÓN: *Aunque por imperativo de las normas de Derecho intertemporal no sea aplicable al caso de autos, el artículo 57 de la LAU de 13 de abril de 1956 supone un cambio legislativo, que ha de pesar en la interpretación y aplicación del artículo 480 C. c., reduciéndolo a los casos expresamente contemplados por dicha disposición, es decir, a los arrendamientos urbanos que haya celebrado como tal usufructuario, lo cual no ocurre al ser pleno, propietario el arrendador de una tercera parte de la casa arrendada, a la vez que usufructuario de las otras dos terceras partes.*

Siendo el arrendamiento verbal y en defecto de contrato escrito, son suficientes los recibos firmados como propietaria por la arrendadora para probar que en todo momento ostentó tal carácter ante la arrendataria, y no el de mera usufructuaria.

ACEPTACIÓN TÁCITA DE HERENCIA: REPUDIACIÓN POSTERIOR: *Son actos que suponen la aceptación tácita, la solicitud de la declaración de herederos y la*

de la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, incluso haciendo efectivo tal impuesto, y una vez que se ha sido heredero válidamente no se puede repudiar la herencia. [Sentencia 31 diciembre 1956: No ha lugar.]

57. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL USUFRUCTUARIO: CONFIRMACIÓN POR EL NUDO PROPIETARIO: *Hay ratificación por parte de los nudos propietarios, si consolidado el dominio se aprovecharon de los actos del mandatario nombrado por la usufructuaria (percepción de rentas), cuya actuación está acreditado que fué consentida, y que por ello les obliga.* [Sentencia 14 diciembre 1956: No ha lugar.]

58. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: INCREMENTO DE RENTA: *La negativa del arrendatario a abonar una elevación de renta en virtud de una repercusión tributaria, y el hecho de ser declarado legítimo dicho aumento por el Juzgador son base suficiente para que proceda la resolución del arrendamiento.*

INCONGRUENCIA: *Existe incompatibilidad entre la declaración de resolución del arrendamiento y la condena al demandado a pagar el incremento de la renta.* [Sentencia 6 noviembre 1956: Procede el recurso parcialmente sólo en cuanto a esta condena.]

59. ARRENDAMIENTO URBANO: CESIÓN O SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *La Sala sentenciadora deduce que ha sido sustituida, en el goce de la cosa arrendada, la persona del arrendatario por un tercero, desde que éste comenzó a pagar a su nombre, en virtud de acuerdo con el arrendatario, determinados impuestos cuya base de exigencia es el mero ejercicio de una industria sin que obste a ello que no se haga constar expresamente en los recibos su carácter de empresario ni que otras relaciones se sigan manteniendo a nombre del arrendatario.* [Sentencia 21 enero 1957: No ha lugar.]

60. ARRENDAMIENTO URBANO: ÁMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS: *Referido el juicio de desahucio al hecho de la posesión que se disfruta por el contrato de arrendamiento, no cabe resolver en él sobre vínculos más complejos extraños al arrendamiento, pero, dicha doctrina no es aplicable si los supuestos o efectivos derechos alegados se refieren a la preferente adquisición o recuperación conforme a la Ley de Solares, pues su ejercicio es compatible con la resolución que sobre el desahucio recaiga.*

SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN: *Son datos que revelan la presencia en el local de persona ajena al arrendatario la existencia en el mismo de objetos pertenecientes a la sociedad subarrendataria, la presencia de empleados de la misma, y el rótulo que lo anuncia como domicilio social, sin que se desvirtuen por el hecho de ser el arrendatario gerente de la sociedad, y valerse de tales elementos para el despacho de los asuntos de la misma, por que tal utilización revela precisamente el uso del local por persona distinta del arrendatario, y por ello el subarriendo.*

PAGO DE RENTAS: NOVACIÓN: *El que se paguen en un solo recibo dos rentas, no implica novación del contrato de arrendamiento del local primera-*

mente arrendado, y que ambos contratos se hayan unificado, pues puede significar únicamente simplificación del pago, manteniendo independientes los dos contratos, como lo acredita el que ambos locales se destinan a negocios distintos, permaneciendo incomunicados. [Sentencia 13 diciembre 1956: No ha lugar.]

61. SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *No existe consentimiento a los efectos del subarriendo por la no interposición de la demanda de desahucio durante un año a contar desde el dia en que conoció el arrendador la nueva ocupación del local arrendado.* [Sentencia 24 noviembre 1956: Ha lugar.]

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR LA CAUSA 3.^a DEL ARTÍCULO 149: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Es doctrina reiterada que la introducción en un local arrendado, sea local de negocio o almacén, de una tercera persona individual o jurídica sustituyendo al arrendatario o compartiéndolo con éste, es suficiente para estimar la resolución del contrato como comprendida en la causa 3.^a del artículo 149 de la Ley, llámesela cesión, subarriendo o traspaso a la ocupación.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CESIÓN NO CONSENTIDA, PERO ANTERIOR A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 31 DICIEMBRE 1946: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13.^a: *El hecho de que la resolución del arrendamiento se decrete al amparo del artículo 149 de la L. A. U. de 31 diciembre 1946, estando este integrado en el Capítulo XI, que según la disposición transitoria 13.^a no goza de carácter retroactivo, unido a que la cesión sea anterior a la vigencia de la L. A. U., no implica infracción de la Ley ni doctrina legal porque la legislación anterior —artículo 9 del D. de 23 enero 1936—, tampoco autorizaba el traspaso sin consentimiento del arrendador.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a DE LA LEY DE 31 DICIEMBRE 1946: ALCANCE: *La disposición transitoria 2.^a convalida solamente las situaciones de subarriendo concertadas con anterioridad a primero de octubre de 1946, pero no otras cesiones celebradas.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: SUPUESTA CALIFICACIÓN INEXACTA COMO LOCAL DE NEGOCIOS DE UN ALMACÉN: *El calificar de local de negocios lo que es, a juicio del recurrente, un almacén constituiría, en todo caso, un error de apreciación de un concepto jurídico formado por la ley y, por tanto, un error de Derecho, no un error de hecho.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: CALIFICACIÓN DEL TRASPASO: *Es doctrina reiterada que el considerar contrato de traspaso a un negocio que no reúna tal carácter, no constituiría error en la apreciación de la prueba, sino de concepto jurídico.* [Sentencia 26 noviembre 1956: Desestimatoria.]

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TRASPASO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.^a: *La disposición transitoria 8.^a de la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, que dispensa de los requisitos del tras-*

paso establecidos en el Capítulo IV de la Ley, es de aplicar, también por una sola vez, a los arrendatarios que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto de 21 enero 1938 tienen derecho a traspasar.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO CONSENTIDO: PRUEBA POR PRESUNCIÓNES: Entre la presentación de los recibos acreditativos del pago de una cuota de adquirente por traspaso y la consideración de que éste queda legitimado por consentimiento expreso del arrendador, no puede decirse que no haya el enlace preciso y directo según, las reglas del criterio humano. [Sentencia 13 noviembre 1956: Desestimatoria.]

64. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO NO CONSENTIDO: PRUEBA POR PRESUNCIÓNES:** Entre el traspaso de una fábrica de producción de pan y la existencia del traspaso de locales accesorios que tenía dicha fábrica para la venta del pan elaborado, cuando además el nuevo adquirente de la fábrica figura inscrito como industrial para la venta de pan, precisamente en dichos locales accesorios, aunque no se diera de baja de la contribución el titular anterior y cedente de la fábrica de pan, existe un enlace directo y preciso, según las reglas del criterio humano, como establece el artículo 1.253 del Código civil.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN POR TRASPASO NO CONSENTIDO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: La exigencia de carácter excepcional frente al principio general de que basta dirigir la correspondiente acción contra el causante de los actos sin ser necesario dirigirse contra quien no fué parte en la relación arrendaticia, a que se refieren los artículos 36 y disposición transitoria 4.^a, en los que se exige que la demanda se dirija también contra el cessionario, no pueden extenderse por analogía a otros supuestos, sino que debe circunscribirse a los que establece expresamente, a saber los casos de cesión de vivienda. [Sentencia 28 noviembre 1956: Estimatoria.]

Precedentes sentencias del T. S. y la presente que comentamos, abordan el problema de la prueba por presunciones en materia de traspaso. La forma en que la resuelven merece un comentario. Quizá más que de prueba por presunciones se podría hablar, en algunos de los casos resueltos por éstas sentencias, de prueba por conjeturas. La dificultad de una prueba directa en los traspasos o subarriendos fraudulentos, porque premeditadamente las partes han seguido una conducta equivoca, han llevado al juzgador a admitir al amparo de la prueba por presunciones una verdadera prueba de conjeturas. Por ello, es curioso enfrentar la jurisprudencia sobre presunciones en materia de traspasos y subarriendos (hay casos en que realmente es difícil apreciar el enlace directo y preciso, por ejemplo en el presente), con la jurisprudencia general sobre presunciones, mucho más rígida (Cfr. S. S. T. S. de 12 noviembre 1904, 17 mayo 1913, 5 mayo 1931 y 22 febrero 1943). (R. G. H.)

65. **ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO: INTRODUCCIÓN DE TERCEROS EN CO-PARTICIPACIÓN:** La introducción en el local arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, en coparticipación con el arrendatario, es suficiente para la resolución del contrato, porque la ley, fuera de los casos en que expresa-

mente lo declara, no autoriza en modo alguno que el inmueble arrendado a una persona sea ocupado por otra, llámese subarriendo o traspaso el título por el que se ocupe aquél.

ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO: ARRENDAMIENTO DE MÁQUINAS SITAS EN EL LOCAL ARRENDADO: *El hecho de arrendar la maquinaria sita en el local, independientemente de que pueda ser medio para tratar de cohonestar una relación subarrendaticia, implica necesariamente el uso y disfrute del local arrendado, bastando ello para la resolución del arrendamiento.* [Sentencia 4 diciembre 1956: Estimatoria.]

66. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO: INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: *La existencia en el local arrendado de un tercero extraño a la relación arrendaticia sin contar con la autorización escrita del arrendador que la convalide, presupone una sustitución subrepticia en el uso de la cosa arrendada que hace procedente la acción resolutoria del contrato al amparo de las causas segunda y tercera del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO: INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: INOPERANCIA DEL CARÁCTER GRATUITO DE LA OCUPACIÓN: *No es necesaria para la admisión del subarriendo la existencia de precio cierto y conocido; y, además, a los efectos del desahucio basta la cesión a un tercero, aunque sea gratuita.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO: INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: PRUEBA DEL CONVENIO ENTRE EL TERCERO Y EL ARRENDATARIO: *Comoquiera que el arrendador, cuando se trata de la introducción subrepticia de un tercero en el local arrendado, queda siempre extraño a la convención celebrada entre éste y el arrendatario, hallándose interesados ambos en su ocultación, quedarían ineficaces las causas de resolución 2.^a y 3.^a si exigiera al arrendador la demostración precisa y circunstanciada de las condiciones del contrato que se alega, bastando de ordinario la presunción de su existencia, que ya se ocuparán de contradecir, en su caso, el arrendatario, adquirente o subarrendatario.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO POR SUBARRIENDO O TRASPASO NO CONSENTIDOS: OBLIGACIÓN DE DEMANDAR AL CESIONARIO: *No procede demandar al cesionario, sino cuando se trate de supuesta cesión de vivienda, según el artículo 36 de la Ley, pues para las referentes a locales de negocio, que tienen el nombre propio de traspasos no es de aplicación tal exigencia formal* [Sentencia 23 enero 1957: Desestimatoria.]

67. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: INTERPRETACIÓN: CONDUCTA CONTINUADA CONTRARIA A LOS TÉRMINOS LITERALES DEL CONTRATO: *El que otra persona ejerciese en el local arrendado un oficio o industria, sin autorización del arrendador, nada arguye contra los términos claros empleados por los contratantes, porque el estado de hecho tenido en cuenta para la autorización del ejercicio de la renta de pasajes, era el que se suponía hacia el propio arrendatario (la cláusula adicional dice: en la misma forma*

y condiciones que actualmente lo hace), pero no el creado por la realización de dicha actividad por persona distinta.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: INTERPRETACIÓN: VALOR DE LA CLÁUSULA «PARA QUE EVENTUALMENTE PUEDAN EXPENDERSE EN EL LOCAL ARRENDADO DETERMINADOS GÉNEROS»: No dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes los términos claros empleados para autorizar al arrendatario «para que eventualmente puedan expenderse billetes de otra empresa de líneas aéreas», cláusula no reflexiva, sino en forma pasiva con el signo «se», en la que el verbo «puedan» concuerda con el nominativo paciente que son los billetes y por eso se emplea en plural y no con el ablativo agente que es el arrendatario, único al que se refiere dicha cláusula autorizándole a expender billetes en el local arrendado. [Sentencia 19 noviembre 1956: Desestimatoria.]

68. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CARÁCTER DE VIVIENDA: PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: BARBERÍA: Aunque el arrendatario ejerza en el local arrendado el oficio de barbero, cuando de las características de la finca y del hecho de que el arrendatario no figuraba como barbero o peluquero en el padrón de habitantes, ni en el acta de inscripción de nacimiento de su hijo, sino como trabajador en oficio por cuenta ajena, concluya la sala sentenciadora que dicho arrendatario se ayudaba económicamente y aumentaba los ingresos de la familia dedicándose en la propia casa de un modo secundario y eventual a afeitar y a cortar el pelo, puede decirse que tal oficio así ejercido tiene el carácter de una pequeña industria doméstica. [Sentencia 31 enero 1957: Desestimatoria.]

69. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: CAMBIO DE CARÁCTER: No pierde su carácter el arrendamiento de local de negocios por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda. La introducción en la parte dedicada a vivienda de cualquier persona extraña a la familia o dependencia del arrendatario, implica una cesión o subarriendo capaz de dar lugar a la resolución del contrato concertado. [Sentencia 28 noviembre 1956: No ha lugar.]

70. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO AUTORIZADAS: Se modifica la configuración, cuando se derriba la pared que delimita dos locales, cada uno de los cuales era objeto de arrendamientos distintos, a favor de personas diferentes, con lo que se forma uno nuevo, sin interrupción vertical.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: CESIÓN: El artículo 36 L. A. U. dictado para el evento de cesión prohibida de vivienda, no puede aplicarse con criterio analógico, a la de locales de negocio, cuya cesión permitida al arrendatario, observando ciertas formas, no da lugar a la resolución del arrendamiento por invalidez de contrato prohibido, sino por inexistencia para el arrendador del concertado sin cumplir tales requisitos «ad solemnitatem», establecidos con carácter constitutivo, y, por tanto la necesaria audiencia al cessionario de vivienda que el artículo 36 exige, no la impone al cedente del local de negocio.

COSA JUZGADA: *No puede haber excepción de cosa juzgada, por faltar la identidad en la causa de pedir si las obras no autorizadas por las cuales se insta la resolución, son posteriores a la sentencia que recayó en pleito anterior, también sobre obras no autorizadas.* [Sentencia 4 junio 1956: No ha lugar.]

71. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS AUTORIZADAS: *La autorización del propietario al arrendatario para la división del local y arreglo de la fachada sin más limitación que la obligada intervención técnica, no puede entenderse limitada a la construcción de un tabique divisorio, y a la decoración superficial de la fachada, sino que implica la necesaria para realizar todas las obras de instalación de servicios indispensables en el local que a causa de la división quedara sin ellos, y de ellos y de adaptación de la fachada al uso a que se destine el local arrendado.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: *La determinación del alcance de un mandato no puede impugnarse por el número 4.º del artículo 173 L. A. U., por que no impugnaba la exactitud de sus términos, esa determinación no es cuestión de hecho, sino de derecho.* [Sentencia 19 octubre 1956: No ha lugar.]

72. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO AUTORIZADAS: *No produce modificación en la configuración del local las obras que simplemente cambian el sistema sanitario y si no motivan debilitación de la naturaleza y resistencia de los materiales, no procede aplicar la causa resolutoria 5.ª del artículo 149 L. A. U.* [Sentencia 18 junio 1956: No ha lugar.]

73. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El cambio de una habitación destinada a otro uso en cocina, modifica la configuración de la vivienda, dando lugar a la resolución.* [Sentencia 21 enero 1957: No ha lugar.]

74. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La apertura de una puerta en pared medianera para comunicar entre sí dos locales de negocio modifica la configuración de los locales arrendados; y, hecha sin el consentimiento del dueño da lugar a la resolución del contrato en virtud del número 5.º del artículo 149 de la L. A. U.* [Sentencia 6 febrero 1957: No ha lugar.]

75. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *No modifican la configuración las obras siguientes hechas en un local de negocio con nueve huecos: el cambio de dos puertas en escaparates; el que otro de los nueve huecos obstruido por una mampara de cristal lo haya dejado diáframo, no sólo para luz, sino para comunicación con el exterior, fin para el que fué construido; el recubrir parte de la pared con placas de hierro superpuestas y sujetas con tornillos; y el que utilice sobre el suelo una plataforma de madera, que por no estar incorporada al inmueble, sigue siendo mueble.* [Sentencia 40 enero 1957: No ha lugar.]

Considerando segundo «La ejecución de lo expuesto (se refiere a las

obras mencionadas). preciso para una nueva manera de utilizar la cosa arrendada, por no ser más que una mera variación de uso que en nada afecta a la distribución, cubicación y estructura de la obra de fábrica o edificación debe conceptuarse como obra de decoración, adorno, embellecimiento o suntuosidad, insubsumible en la hipótesis del precepto citado como infringido (149. 5.^o L. A. U.)».

76. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *El cauce alegado para denunciar la infracción de las normas legales que sirvieron de apoyo a la interpretación es el recurso de injusticia notoria del número 3.^o del artículo 173 de la L. A. U., y no el del número 4.^o [Sentencia 4 diciembre 1956: No ha lugar.]*

77. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS CONSENTIDAS: PRUEBA: *La declaración del juzgador de instancia de que el arrendatario contó con el consentimiento del arrendador para verificar las obras debe respetarse en tanto no se demuestra que al hacerla ha habido error de hecho que resulta de alguna de las pruebas documental o pericial que obren en autos. [Sentencia 3 enero 1957: No ha lugar.]*

78. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR PELIGROSIDAD DE LA INDUSTRIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La facultad de los inquilinos de pedir la resolución de un contrato por causa de peligrosidad es extra-procesal, formando parte del supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la acción, siendo el dueño la única persona legitimada para pedir la extinción de la relación arrendaticia.*

PELIGROSIDAD: *Para establecer que el objeto de una industria no es peligroso, no basta aducir la autorización administrativa que permite su ejecución, sino que será necesario que haya dejado de serlo a causa de las precauciones de carácter técnico adoptadas que salven toda posibilidad de riesgo. [Sentencia 11 febrero 1957: No ha lugar.]*

79. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: *Consistuye causa de resolución, el ejercicio clandestino de actos contrarios a las buenas costumbres. Es bastante para estimarlos, el informe de la Policía, que diga que la arrendataria ha ejercido la prostitución y en la actualidad, continúa sosteniendo relaciones ilícitas con individuos. [Sentencia 25 enero 1957: No ha lugar.]*

80. ARRENDAMIENTO URBANO: DECLARACIÓN DE RUINA: *A la Autoridad judicial no le está permitido otra cosa que examinar si la declaración de ruina se hizo dentro del respectivo expediente con citación de los inquilinos y si quedó firme, y no entrar en distingos sobre si la ruina de la finca es total o parcial.*

INTERPRETACIÓN: *La palabra «ruina» según la Jurisprudencia de esta Sala ha sido interpretada en el sentido de que cualquiera que sea su grado, puesto que la ley no distingue, obliga a acceder a la resolución del arriendo.*

siendo bastante que afecte al edificio entendido como conjunto orgánico en su estructura.

PODERES DE DISPOSICIÓN DEL TITULAR: *No se puede condicionar la eficacia de la declaración de ruina a la conveniencia de los intereses de los inquilinos, imposibilitando así al propietario de poder ejecutar la resolución cuando la ruina no afecte a la total estructura del edificio, mermando indebidamente su facultad de disposición ejercitable en la forma que estime más conveniente a sus intereses económicos lo que no sería justo ni autorizado por la ley.* [Sentencia 16 noviembre 1956: Ha lugar al recurso.]

81. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: PRORROGA POST MÓRTEM: *Dado el carácter personal del arrendamiento, y como tal su extinción por muerte del arrendatario, hay que entender que la prórroga post mortem que autoriza el artículo 73 L. A. U., beneficia solamente al sucesor inmediato por título de herencia del primitivo arrendatario, o sea, del que suscribió el contrato por el que se rige la relación arrendaticia, pero no a los posteriores.*

TRANSMISIÓN POR TESTAMENTO: CESIÓN: CADUCIDAD: *Si los demandados disfrutan el local arrendado en virtud del testamento de la arrendataria y no de cesión, no es aplicable el artículo 36 L. A. U. (caducidad de la acción resolutoria) relativo a la cesión, acto intervivos, que en todo caso también es inaplicable por tratarse de local de negocio y no poderse interpretar extensivamente ni aplicar por analogía un precepto que lleva consigo la pérdida de un derecho.* [Sentencia 5 octubre 1956: No ha lugar.]

Aunque en el presente litigio se trataba de un local de negocio, y, por tanto del artículo 73 L. A. U., el T. S. en la Sentencia, refiere también su doctrina a los artículos 71 y 72, relativos a vivienda, citando en apoyo de su criterio restrictivo respecto a la prórroga, la excepcionalidad que supuso lo Disp. Trans. 9.º, y lo que se decía respecto a este problema en la exposición de motivos de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946.

82. SUCESIÓN EN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: *No tienen derecho a la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento de un local de negocio dedicado a Farmacia, los descendientes del farmacéutico arrendador, al no poder éstos continuar el negocio de Botica por carecer del título legal expedido por la Facultad de Farmacia correspondiente.* [Sentencia 21 febrero 1957: Ha lugar.]

83. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: APARTADO b) DEL ARTÍCULO NOVENO: TRASPASO: *Conforme a la citada norma del Decreto el traspaso quedaba legitimado si el dueño de la finca lo consentía de manera expresa.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DERROGADA: TRASPASO: *Conforme a la Ley derogada para la validez del traspaso de los locales de negocio no se necesita el consentimiento expreso del arrendador, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 45 y concordaríes; pero cuando el arrendador autoriza al arrendatario para el traspaso, tal autorización es*

valida y otorga legitimidad al mismo ya se conceda aquella expresa y directamente, ya se haga por medio de actos que de una manera concluyente e inequívoca revelan la voluntad de consentirlo.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DEROGADA: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *La infracción de los artículos 1.225 y 1.253 del Código civil sólo pueden ser alegados al amparo de la causa tercera del artículo 173 de la Ley, y no habiéndose hecho así, pues se alegó la causa cuarta, procede por ese solo hecho desestimar el primer motivo del recurso.* [Sentencia 20 marzo 1957: No ha lugar.]

84. TRASPASO DE LOCAL ARRENDADO A UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES: *La personalidad de la Sociedad arrendataria no se modificó porque en un lapso de tiempo varios de sus socios transmiliéran sus participaciones y actualmente los que la integran sean distintos de los que primitivamente la formaron.* [Sentencia 15 febrero 1957: Ha lugar.]

85. TRASPASO INCONSENTIDO: TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD: *Al transformarse en Sociedad Anónima la primitiva Sociedad en Comandita arrendataria del local, incorporando nuevos socios, y quedar subrogada en cuantos derechos tenía ésta, entrando sucesivamente en el disfrute del local, ha habido un cambio de personalidad jurídica de la arrendataria sin contar con el consentimiento del arrendador, lo que constituye un traspaso inconsentido, que da lugar a la resolución del contrato.* [Sentencia 15 diciembre 1956: Ha lugar.]

OBSERVACIONES: Según la mayor parte de la doctrina, la transformación de Sociedades, no afecta a su personalidad, la cual sigue siendo una y la misma antes y después de la transformación. A este criterio de subsistencia e inalteración de personalidad responden los artículos 137 y 140 de la vigente ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, aunque la tesis contraria fué mantenida en las Resoluciones de 20 de julio de 1944 y 12 de diciembre de 1945.

El criterio opuesto, de que la transformación de la sociedad implica un cambio en su personalidad jurídica, —cambio que debe ser producido por la previa extinción de la originaria sociedad y consecutiva aparición de un ente social nuevo que se subroga en sus derechos y obligaciones—, que es el mantenido en la Sentencia que comentamos, tiene en su apoyo hoy día, y precisamente en relación concreta al traspaso, como en el caso de autos, en el artículo 31 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos que, en su párrafo cuarto, al no reputar traspaso el cambio de forma (transformación) de las sociedades cuando se verifique por ministerio de la Ley, presupone a «*sensu contrario*» que debe ser considerada traspaso la transformación voluntaria de sociedades. Y que, por tanto, si se quiere conservar la titularidad del arrendamiento, el acuerdo social de transformación habrá de ser consentido y aprobado por el arrendador.

Aunque de graves consecuencias prácticas, la adopción de uno u otro criterio es cuestión doctrinal opinable. (D. I.)

86. ARRENDAMIENTO URBANO: SURARRIENDO: RESOLUCIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *No es de aplicar al caso de autos lo dispuesto en la disposición transitoria 2.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos*

de 1947. por que la resolución del subarriendo se ha basado en la terminación del contrato principal, y es procedente admitir la extinción de aquél por cualquier causa, incluso el mutuo disenso de los que pactaron el arrendamiento. [Sentencia 9 enero 1957: No ha lugar al recurso.]

87. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONFIRMACIÓN DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA: ACTOS PROPIOS: RECLAMACIÓN DE LOS AUMENTOS LEGALES: Si extinguida la anterior relación arrendaticia el arrendador se dirige al ocupante actual reclamándole el aumento legal de renta en los locales de negocio, que autoriza el D. de 17 de mayo de 1952, es visto que al obrar así aquél expresó implícitamente su voluntad de reconocer a éste su carácter de arrendatario, teniendo tal acto la categoría de un acto propio contra el cual no le es lícito ir al arrendador.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: EXTINCIÓN: La disposición transitoria 2.ª sobre subsistencia de los subarriendos, cesiones y traspasos de locales de negocio, cuya validez se reconoce en determinadas condiciones aunque no concurriese la autorización del arrendador, presupone para su aplicación la subsistencia del contrato de arrendamiento de que el subarriendo deriva, pues no cabe reconocer al subarrendatario mayores derechos en cuanto al uso o goce de la cosa arrendada que los que le correspondería al arrendatario de quien trae causa, y por eso extinguido el arrendamiento se extingue también el subarriendo. [Sentencia 29 diciembre 1956: Desestimatoria.]

La doctrina sobre los efectos confirmatorios y de acto propio de la reclamación de los aumentos legales, respecto a la relación arrendaticia, supone una innovación respecto al sentido que a tal modo le conferían las SS. del T. S. de 11 diciembre 1950, 26 junio 1951, 6 octubre 1953 y 3 febrero 1954, en las que se negaba el carácter de acto propio, a los efectos de estimar la novación de un arrendamiento de vivienda en arrendamiento de local de negocio, al hecho de admitir o aun reclamar los aumentos correspondientes exclusivamente a los locales de negocio. (R. G. M.)

88. ARRENDAMIENTO DE PASTOS: La existencia del pago de un canon por la cesión de los pastizales es, por si sola, insuficiente para presumir la existencia de un verdadero arrendamiento.

CESIÓN PROVISIONAL: CESIÓN DEFINITIVA CONDICIONADA: Supeditada la cesión definitiva al hecho de que la Ley (de Reforma Agraria) determinase las condiciones en que podría hacerse, la cesión provisional y condicionada del ejido quedó resuelta al no cumplirse la condición determinante.

PRECONTRATO: ACUERDO PREVIO E INCONDICIONADO: El pacto de contrahendo, haga o no necesario un contrato futuro, exige inexcusadamente un acuerdo previo y no condicionado por cuya sola virtud puede nacer la inequívoca facultad de exigir su cumplimiento. Por ello no puede calificarse como tal la obligación de ceder unos derechos que no se verificaba como definitiva más que en el supuesto de que la Ley Agraria hiciese posible su adquisición por el Ayuntamiento. [Sentencia 27 octubre 1956.]

89. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: *Conforme a la Orden de 12 de julio de 1951 de los Ministerios de Justicia y Agricultura, aunque se hubiera pactado en el contrato de arrendamiento el pago de la renta en trigo, sólo deberá el colono satisfacer en especie la parte del canon que represente la reserva para la alimentación del rentista que autorizan las normas aplicables a la campaña cerealista correspondiente y el resto en metálico.* [Sentencia 4 enero 1957: Ha lugar.]

90. CONTRATO DE PRÉSTAMO: CARACTERÍSTICAS: *Entregar dinero para percibir una participación en las utilidades de los negocios del que lo recibe, es incompatible con el préstamo, por ser las características de éste, o ser gratuito o devengar un interés fijo predeterminado.* [Sentencia 6 octubre 1956.]

91. PRÉSTAMO: RECIBO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA: *No puede omitirse en los documentos de préstamo la calificación del contrato, puesto que es esencial que en ellos conste su naturaleza de préstamo y la obligación de devolver la cantidad prestada y, en consuencia, no es posible entender que por uso o costumbre pueda faltar aquella calificación.* [Sentencia 13 noviembre 1956: No ha lugar.]

92. ARRENDAMIENTO DE VAGONES: NULIDAD: *En el supuesto de celebrarse el contrato infringiendo disposiciones administrativas (que no alcanzaban al caso de autos) prohibitivas de determinados arrendamientos de vagones, se trataría de una nulidad imputable a ambas partes de la que no puede lucrarse una de ellas, negándose a pagar el precio.*

MANDATO: FORMA: *No puede estimarse infringido el art. 1.280, 5.º del C. c., cuando la actuación del mandatario no es la de administrar bienes sino la de un acto concreto de mandatario en la forma que define el art. 1.709 del C. c., mandato que puede ser expreso o tácito y que con relación al primero, puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra, a tenor del siguiente art. 1.710, sin que, por tanto, tenga aplicación el art. 1.259 del Código sustantivo, que no puede ser vulnerado con su carácter general, ya que la prohibición de contratar a nombre de otro está condicionada a que no tenga su autorización.* [Sentencia 19 febrero 1957: Desestimatoria.]

Es interesante la doctrina recogida acerca de los efectos de la nulidad de los contratos por infracción de disposiciones administrativas que no constituyen delito, que pone de relieve la diferencia entre los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil. No cabe duda que ambos tienen un cierto carácter penal, de sanción, por cuya virtud no se atiende ni tratan presentarse los enriquecimientos injustos que en virtud de los contratos celebrados en tales condiciones hubieren tenido lugar; se busca no dar protección alguna a los contratantes, dada la inmoralidad del contrato. Ahora bien, mientras el art. 1.305, que presupone el carácter de delito, afecta tanto a la inmoralidad del objeto como de la causa, el art. 1.306 atiende sólo a la causa, con carácter torpe, y es de interpretación restrictiva, no pudiendo ampliarse sus disposiciones a los supuestos de objeto ilícito. Carácter restrictivo que ya reconoció la S. del T. S. de 26 junio 1903. Téngase

en cuenta, de todos modos, que la doctrina recogida en el Considerando es de carácter *obiter*, pues se estima, en primer lugar, que el caso de autos no alcanzaba la prohibición administrativa.

Pero, indudablemente, la parte más interesante de la sentencia la constituye el intento de armonización de los preceptos de los arts. 1.280, 3.^o del C. c., y 1.710 del mismo cuerpo legal. La solución a que llega la sentencia es, desde luego, exacta, aunque no se ve claro el razonamiento. La armonización puede conseguirse, a mi modo de ver, por el siguiente camino: el Código no se contradice porque es distinto el mandato—relación interna—que el poder—constancia externa, representación—, y por ello la Ley puede exigir distintos requisitos para uno y para otro. Por otra parte, la exigencia de documento público hay que entenderla subordinada a lo que dispone el art. 1.279, por lo cual su falta no provoca la nulidad del poder, sino, en todo caso, una dificultad en la prueba respecto a terceros, dado el valor que para éstos tiene el documento privado (art. 1.255), cuestión que además no se daba en el caso de autos, en que la demandada era heredera del mandante y no podía alegar la condición de tercero respecto a las obligaciones contraídas por el mandatario. (R. G. H.)

93. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Existe consentimiento tácito cuando del comportamiento o declaraciones de una persona resulta su equiescencia implícita a la constitución de un negocio, y aunque no es suficiente el simple silencio, puede deducirse su existencia cuando a éste le acompañan actos positivos en los que puede apreciarse la voluntad de la parte.*

NOVACIÓN: *La voluntad de llevar a cabo la extinción de la obligación primitiva y su sustitución por otra «animus novandi» ha de aparecer de los términos del acto con toda claridad, pero no siempre y necesariamente de forma expresa, pues el Código admite la manifestación tácita inducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, correspondiendo en último término a los Tribunales decidir si existe esa incompatibilidad de voluntades.* [Sentencia 24 enero 1957: No ha lugar.]

94. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: ASISTENCIA MÉDICO-FARMACÉUTICA: CARÁCTER CIVIL: *El arrendamiento de servicios profesionales de asistencia médico-farmacéutica, por más que se concluya con una entidad mercantil, no adquiere el carácter de obligación mercantil.*

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: REQUISITOS DEL CONTRATO: PACTO SOBRE EL PRECIO: *El arrendamiento de servicios se caracteriza en su esencia por la promesa que hace una parte de prestar su actividad profesional o el trabajo mismo, y la otra promete una remuneración de cualquier clase, la cual puede ser convenida tácitamente cuando la prestación de los servicios sólo es de esperar como contraprestación de una retribución, y dándose estos supuestos no puede dudarse de que concurren los requisitos exigidos en el artículo 1.261 del C. c.*

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: REQUISITOS: FORMA: *El requisito de forma a que se refiere el artículo 1.280 del C. c. no puede ser aplicado*

a un arrendamiento de servicios profesionales en el que por su naturaleza no pueda conocerse inicialmente cual ha de ser la cuantía de los honorarios que se hayan de devengar que dependen del tiempo y complicaciones de la asistencia prestada, y en consecuencia este contrato no está sujeto a forma, por lo que ha de regir el principio de su eficacia con independencia de la forma.

PRUEBA TESTIFICAL: *El artículo 1.248 relativo a la prueba testifical es admittivo y no preceptivo, sin que pueda servir de base a la casación según reiterada jurisprudencia.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: *Cuando el recurrente impugna la apreciación que el tribunal de instancia hace de la prueba testifical practicada, estimando que en dicha apreciación se infringe el artículo 1.261, del Código civil, no puede formularse el recurso al amparo del número 1.º, sino del número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de e. c. [Sentencia 19 enero 1957: Desestimatoria.]*

De las tres demandas que en definitiva eran cuatro las acumuladas en los autos— resultan acogidas por el tribunal supremo, dos eran en reclamación de honorarios médicos y una en reclamación del pago de los medicamentos suministrados por una farmacia para la asistencia de los enfermos objeto de dicha atención médica. El tribunal habla, sin embargo, solamente de arrendamiento de servicios y es dudoso, por no decir totalmente inexacto, que pueda asignársele la condición de tales al suministro de medicinas.

Los considerandos sobre requisitos del contrato de arrendamiento de servicios tienen carácter *«obiter»*, pues se rechaza previamente el motivo por defecto formal, aunque luego se pase al argumento de fondo.

Rechazándolo por defecto en su formulación no entra el Tribunal en el problema de si es válida la presunción de que cuando el gerente de una sociedad contrae una obligación a nombre de la misma, es que tiene poder para ello, independientemente de lo que consignen los estatutos y sin perjuicio de que esta presunción pueda destruirse. (R. G. H.)

95. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRAS: DAÑOS: *Es requisito necesario para la condena a la indemnización por perjuicios causados que el Tribunal declare su existencia, porque sólo el juzgador de instancia puede apreciarlos y declararlos, y no habiéndose determinado en la Sentencia la realidad de los mismos, es procedente entender que se han cometido las infracciones que se denuncian en el motivo cuarto. [Sentencia 13 febrero 1957: Ha lugar al recurso en cuanto a la condena a la indemnización.]*

96. CONTRATO DE TRANSPORTE: DAÑOS: *No habiendo probado el porteador que los daños ocurridos durante el transporte fueron debidos a caso fortuito, fuerza mayor o ricio propio de la cosa, es procedente considerarlos de su exclusiva responsabilidad, y, aun cuando pueda parecer excesiva la cuantía de los daños apreciados, como ésta es una cuestión*

de hecho, queda al libre juicio del Tribunal de instancia. [Sentencia 16 octubre 1956: No ha lugar.]

97. CONTRATO DE CORRETAJE. Consiste en poner en relación dos o más personas con el fin de que concluyan un negocio jurídico, y al carecer de regulación en el C. c., se ha de regir por las normas establecidas por las partes, y en su defecto por las disposiciones sobre obligaciones y contratos y en ocasiones por lo pertinente a instituciones con las que guarda íntima relación.

CONTRATO DE CORRETAJE: MANDATO: REMUNERACIÓN: Carece de aplicación en el corredor el artículo 1.711 C. c. pues en este contrato, salvo pacto en contrario, sólo se satisfacen los honorarios del agente interveniente si el negocio jurídico ha tenido efecto.

CONTRATO DE CORRETAJE: MANDATO: REEMBOLSO: No es aplicable al contrato de corredor el artículo 1.728 C. c., pues en dicho contrario, si no hay pacto expreso, deja de percibirse el importe de las gestiones y gastos cuando no se alcanza el resultado apetecido.

RECURSO DE CASACIÓN: DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: No puede en casación denunciarse la infracción de los Decretos creando los Colegios Oficiales de la Propiedad Inmobiliaria, y su Reglamento, por tratarse de disposiciones de carácter administrativo. [Sentencia 18 octubre 1956: No ha lugar.]

98. CORRETAJE O MEDIACIÓN CONTENIDO: El contrato de mediación o corredor no está regulado por el Código civil y, por ello, este vacío legal ha tenido que ser suplido por la doctrina de esta Sala que en sus sentencias de 10 enero 1922 y 7 abril 1926, dice que le constituye la intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, de cuyo concepto se deduce que estas gestiones no van más allá de la perfección del contrato, a menos que otra cosa se pacte, pues con ella termina la misión que le ha sido confiada, ya que la consumación depende de la voluntad de los contratantes a la que es ajeno, pues no puede compelirles a que ejerzan las acciones que les asisten al objeto de que el contrato se cumpla.

CORRETAJE: MOMENTO EN EL QUE SE DEVENGA EL DERECHO A LA COMISIÓN: Es jurisprudencia reiterada que el mediador tiene derecho a la remuneración convenida por el hecho de concluirse el contrato, aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegue a consumarse.

CORRETAJE: RENUNCIA, INCUMPLIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO PRINCIPAL POR PARTE DEL COMITENTE: Si el comitente renuncia al derecho que tiene, no puede llegar por ello el comisionista sufrir las consecuencias de esta renuncia, y con mayor razón si es el comitente quien lo incumple o se aviene a la resolución del contrato y dispone de los bienes objeto del mismo enajenándolos a otra persona. [Sentencia 28 noviembre 1956: Desestimatoria.]

Todo lo que existía en el supuesto de autos respecto a la conclusión del contrato principal eran dos telegramas de conformidad respecto al precio de la venta y en los que se pedía y daba fecha para otorgar la escritura de compraventa. Los omitientes pidieron al tercer contratante, después de varios aplazamientos y de negativas por su parte a entender que se hubiese concluido el contrato, ni aún una promesa de venta, que fijara una fecha definitiva para la otorgación, lo que no hizo, terminándose aquí el acuerdo. Es evidente que en estas circunstancias, siendo muy dudoso el resultado de un pleito sobre prueba de la perfección del contrato, no podía exigirse a los comitentes que lo siguieran y estimarlos sujetos al pago de la comisión. El Tribunal supremo no entra, sin embargo, en la anterior cuestión, pues el recurso se plantea por el único motivo de entenderse infringida la jurisprudencia que se interpreta y que exige para el pago de la comisión, en una mediación, no sólo la conclusión, sino también la consumación del contrato o por lo menos que se pruebe que, si no llegó a tener lugar la consumación, fué por culpa del comitente. De todas maneras, parece evidente que la doctrina sentada de que basta la conclusión, para evitar supuestos de posible injusticia, como el presente, si se hubiera alegado debidamente en casación la circunstancia de hecho, en vez de aceptaría según la da el juzgado de instancia para exigir la comisión, hay que entenderla referida a los casos de clara y evidente conclusión, al menos del precontrato, no cuando se trata de un supuesto en que es realmente difícil probar la conclusión, o llegar a un acuerdo definitivo, aun sin mediar culpa del comitente. (R. G. H.)

99. SOCIEDAD CIVIL Y RELACIÓN LABORAL: *Estimando el Tribunal a quo que la relación existente, entre los litigantes era de trabajo y no de sociedad, y no impugnada debidamente aquella apreciación, ha de estarse a lo estimado por el Tribunal de Instancia.* [Sentencia 18 diciembre 1956.]

100. ADMINISTRACIÓN JUDICIAL: CUSTODIA DE BIENES DE PERSONAS DESCONOCIDAS: FACULTADES DEL ADMINISTRADOR: *No especificadas las facultades del administrador al designario el Juez libremente, sólo tiene las de los artículos 1.008 y 1.098 L. E. C. No corresponde a tal administrador el ejercicio de acciones sobre nulidad de título y de inscripción en el Registro de la Propiedad.*

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES: *Aunque las disposiciones invocadas previenen que compete conocer a la Administración con carácter exclusivo, de los procedimientos para la cobranza de los tributos y sus incidencias, esto no ha de entenderse de manera absoluta por cuanto el propio Estatuto de recaudación admite la competencia de los Tribunales ordinarios cuando se ha reservado a éstos el conocimiento del asunto.* [Sentencia 19 enero 1956.]

101. CONTRATOS ALEATORIOS IN NOMINADOS: [Sentencia 15 febrero 1957.] (V. 6).

102. AMIGABLE COMPOSICIÓN: ÁMBITO: *La interpretación de un contrato*

dentro del Derecho estricto podría ser objeto del llamado, en nuestra Ley de enjuiciamiento civil, juicio de árbitros, pero nunca de la amigable composición.

AMIGABLE COMPOSICIÓN: IMPUGNACIÓN DEL LAUDO: EXCESO DE PODER: *Sometida a los amigables componedores la decisión sobre el sentido y alcance de las obligaciones impuestas en una cláusula de un contrato, no hay exceso de poder porque en la sentencia se dé una solución que en los propios amigables, componedores reconocen, concuerda con la interpretación de Derecho estricto de tal cláusula.* [Sentencia 16 octubre 1956: Desestimatoria.]

La entidad JR., S. A. —gozando de una autorización gubernamental para realizar una operación de cuenta combinada de algodón— suscribió con don L. C., un documento privado en el cual se establecían sus participaciones respectivas económicas, en la negociación y el contenido de sus correspondientes derechos y obligaciones, conviniéndose que don L. C., correría con todo los gastos de financiación de la explotación de la cuenta combinada y todas cuantas responsabilidades pudieran derivarse de la misma, salvo los de orden fiscal (según se consignó en la cláusula sexta). Relizadas las operaciones y como consecuencia de una inspección recayeron sobre la empresa JR., S. A., determinadas responsabilidades fiscales que dicha entidad estimaba debían corresponder al señor L. C., el cual se opuso, alegando contrato, cláusula sexta. Contestó JR., S. A., estimando que su alcance se limitaba exclusivamente a establecer que, a diferencia de las restantes responsabilidades que recaían íntegramente sobre el señor L. C., las de índole fiscal debían ser asumidas por ambos contratantes.

No consigliéndose el acuerdo se sometió, conforme al contrato principal, la cuestión a amigables componedores, los cuales decidirían «sobre el alcance de la expresada cláusula y sobre la consiguiente determinación del sujeto pasivo de las responsabilidades fiscales». Como aclaratorias del sentido de esta sumisión resumiremos las peticiones de las partes: JR., S. A. pidió que se determinara si el importe de la liquidación complementaria de utilidades por las operaciones de la expresada cuenta combinada, son de cuenta de don L. C., de J. R., S. A., o de ambos, determinándose en este último caso en qué proporción y en qué plazo debía contribuir dicho señor L. C. Y don L. C., por su parte planteó la cuestión en una serie de puntos, el primero de los cuales, del que dependían como consecuencia todos los demás, expresa «si fué convenido expresamente entre JR., S. A. y don L. C. que serían a cargo de éste último todas las responsabilidades, salvo las de orden fiscal que serían de cargo de dicha entidad».

Los amigables componedores resolvieron decidiendo que las responsabilidades fiscales objeto de discusión «no pueden venir a cuenta exclusiva de la citada entidad, aunque la interpretación que ha de darse en Derecho estricto al contrato, sea la que propugna don L. C., soportando a consecuencia de lo que se ha sentado en los considerandos, el peso de la visita de la Inspección de Hacienda en el sentido de tener que satisfacer

don L. C. a JR., S. A., ciento cincuenta mil pesetas, las cuales deberán hacerse efectivas dentro del término de quince días a partir de la firmeza del laudo».

La sentencia, para negar el exceso de poder, da una interpretación del objeto sometido a la amigable composición que no concuerda, por lo menos con una claridad fuera de duda, con el tenor literal del compromiso — basta leer el resumen de hechos para conseguir la evidencia de esta afirmación—; por ello refuerza tal interpretación, para dejarla fuera de toda duda, en la consideración de la naturaleza de la amigable composición. No se puede —viene a decir— estimar que las partes quisieron someter a amigable composición la interpretación del contrato, de acuerdo con el Derecho estricto, porque tal sumisión no puede ser objeto de amigable composición.

Ello hace interesante el contenido de esta sentencia porque en ella apunta el problema de la posibilidad de modificar las normas de procedimiento o de enjuiciamiento de los amigables componedores —en el caso en cuestión someterles, en su juicio, a las reglas de Derecho estricto— y también la solución, con criterio negativo, a dicho problema. Es decir, aunque la sentencia lo que hace es estimar que, dada la naturaleza de la amigable composición, no se puede pretender que las partes hayan querido someter a su decisión solamente una cuestión de interpretación con arreglo a Derecho, puede deducirse de su contexto que, si las partes hubieran pactado claramente esto último, sería un pacto contrario a Derecho y por lo tanto nulo. Inmediatamente podríamos plantear la cuestión de si tal nulidad arrastraba la de toda la amigable composición o, sencillamente, haría que los amigables componedores pudieran fallar, pero con arreglo a su leal y entender.

Creemos que este criterio, solo apuntado, es certero por varias razones: por que al ser las normas que rigen el procedimiento arbitral de carácter propiamente procesal —a diferencia del compromiso— son de Derecho público y por lo tanto, salvo disposición en contrario, de carácter cogente, es decir, no disponibles; porque el propio artículo 26 de la Ley de arbitraje de 22 diciembre 1953, prohíbe la modificación de las normas que rigen el procedimiento en el arbitraje de Derecho y en su espíritu, aunque no esté demasiado clara la letra, hay que comprender también el arbitraje de equidad; porque en otro caso se produciría una confusión, entre las líneas del arbitraje y de la amigable composición —precisamente lo que define a esta, es la libertad de forma procesal y, sobre todo (lo resuelto en la sentencia) el que se juzgue no con arreglo a Derecho, sino al leal saber y entender de los árbitros— y que se eludiría la prohibición de que actúen como árbitros con arreglo a Derecho, personas que no son letrados en el ejercicio de su profesión. (R. G. H.)

103. **AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER:** *Habiéndose capacitado a los amigables componedores para determinar los beneficios producidos y el capital actual de una comunidad de bienes, que ha de transformarse en sociedad anónima con arreglo a los estatutos que fijen los amigables componedores, no hay extralimitación de poder por el hecho de que en la senten-*

cía se disponga que pase a engrosar el capital una partida de los beneficios, conservando siempre la misma distribución entre los varios interesados.

AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER: *No hay extralimitación de poderes en los amigables componedores por delimitar los beneficios no ajustándose a las declaraciones de los libros de contabilidad, sino calculando los beneficios contabilizados y no contabilizados y afirmarse que se han ocultado beneficios, pues tales actos —aparte de que las leyes fiscales tengan sus propias normas para depurar y sancionar una ocultación de beneficios, no constituyen en absoluto la decisión sobre un delito de falsedad en documento mercantil, sino el medio de establecer unas cifras de capital reales, deducidas de la totalidad de los documentos examinados.*

AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER: *Habiéndose establecido como una de las facultades de los amigables componedores el redactar los estatutos de una sociedad y otorgar el contrato de sociedad a nombre de las partes, no hay exceso de poder que provoque la nulidad en el hecho de otorgarlos, pues aunque tales actos hay que entenderlos como no susceptibles de decisión jurisdiccional, si pueden ser objeto de mandato y, dentro de él, perfectamente licitos, máxime cuando los árbitros separan perfectamente las funciones arbitrales, dictando una sentencia, y las de mandatarios, otorgando los estatutos en un acta complementaria, siendo indiferente a los efectos del recurso que tales estatutos se adaplen o no a la legalidad vigente, sin que el Tribunal tenga que entrar a juzgar sobre esta cuestión, pues tiene como misión señalar el exceso, no corregir deficiencias ni omisiones.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: EXCESO EN EL EJERCICIO DE FACULTADES NO PROPIAMENTE ARBITRALES OTORGADAS EN UN COMPROMISO: *Formando parte de las facultades concedidas en un contrato de compromiso algunas que constituyen propiamente un contrato de mandato, el exceso de poder de los amigables componedores en cuanto actúen como mandatarios no puede impugnarse al amparo del artículo 1.691, 3º de la ley de Enjuiciamiento civil.* [Sentencia 14 noviembre 1956: Desestimatoria.]

A. Entre doña E. M. S. y doña B. M. S. una parte, y de otra doña L. M. R. surgieron divergencias de criterio respecto a la liquidación de las cuentas existentes, como consecuencia de la administración de la fábrica de cementos que, en régimen de comunidad de bienes, venían explotando, desde el fallecimiento de don J. M. P., ocurrido en 1.º de mayo de 1915, los hijos de éste, don F., doña E. y doña B. M. S., actuando siempre como único gerente el primero, y, más tarde, por su muerte, acaecida el 19 de diciembre de 1949, formando parte de la comunidad, su hija doña L. M. R., y acordaron someter dichas diferencias a la decisión y fallo de una amigable composición; y al efecto otorgaron en 28 de junio de 1951 la oportuna escritura de compromiso, y después de establecer que en el testamento del señor M. P. fueron instituidos herederos en cuanto a una mitad de sus bienes—constituidos por la expresada fábrica—su hijo don F. M. S., y en cuanto a la otra mitad sus hijas doña E. y doña B., y que nunca se ha realizado liquidación para fijar y determinar el valor e importe de las participaciones y cantidades que, por el concepto de capital y de

beneficios correspondían a los comuneros; designaron como amigables componedores a tres testados; fijaron el plazo que les concedían para dictar laudo y contrajeron la obligación de facilitarles cuantos datos, documentos, libros de contabilidad y antecedentes les fueran pedidos por aquéllos, los cuales los apreciarían libremente «sin estar obligados a estar y pasar por su estricto contenido»; consignados, por último, como extremos que sometieron a resolución de los mismos: a) la determinación y fijación de las cantidades que por el concepto de participación de beneficios deben corresponder a doña E. y doña B. M. S. hasta fecha de 31 de diciembre de 1950, por la parte de propiedad que cada una de ellas tienen en el negocio de la fábrica de cemento, explotada hasta ahora en régimen de comunidad de bienes; b) la determinación y fijación de los plazos y forma en que doña L. M. R., como única heredera de don F. M. S., habrá de satisfacer a aquéllas las cantidades que les corresponden por los aludidos beneficios; c) la redacción del texto íntegro de los estatutos de la Sociedad Anónima que habían de constituir los tres comparecientes, con efectos desde 1.º de enero de 1951, para explotar en lo sucesivo la fábrica de cementos, fijando los bienes, derechos y acciones que han de formar el activo inicial, así como su pasivo, para con terceros, confiriendo a los amigables componedores «poder y mandato especial para firmar, en nombre de ellos, cuantos documentos públicos o privados y solicitudes sean necesarios, tanto para transformar en Sociedad Anónima al actual comunidad de bienes, como para otorgar por si la escritura notarial de constitución de dicha Sociedad».

Como resultado de dicho compromiso, los amigables componedores por sentencia resolvieron: Que el capital de la nueva Sociedad Anónima quedaba formado con los beneficios que figuran en el balance cerrado en 31 de diciembre de 1950 por la comunidad de bienes, ascendiente a 438.151,92 pesetas, incrementadas con 17.848,08 pesetas que se le transfiere de la cuenta de pérdidas y ganancias; que el total de beneficios obtenidos por la comunidad hasta el 31 de diciembre de 1950, incluidos los no contabilizados de ejercicios anteriores a 1.º de enero de 1948, y los contabilizados hasta 1.º de diciembre de 1950, ascienden, en total, a 4.038.000 pesetas; que doña L. M. R. no debe percibir cantidad alguna de los beneficios no contabilizados anteriores a 1.º de enero de 1948 por haberlos percibido ya su padre. Como complemento de dicho laudo y a continuación del mismo se otorgó acta ante el propio notario, en cumplimiento de lo en él dispuesto, en la que se contenían los estatutos de la Sociedad Anónima que debían otorgar las partes, entre cuyos artículos nos interesan los siguientes: Artículo décimoctavo: «Corresponden a la Junta general, como de su exclusiva competencia, las siguientes atribuciones: a) examinar y aprobar definitivamente el balance y cuentas del ejercicio social, la memoria que anualmente le presentarán los administradores y la propuesta de distribución de beneficios; b) el aumento o reducción del capital y emisión de obligaciones; c) la disolución de la sociedad o su fusión con otra u otras, o su transformación; d) los cambios de denominación social o de lugar del domicilio; e) la separación o nombramiento en cualquier tiempo de las personas o persona que desempeñen los cargos de la administración de la compañía; f) la modificación de los estatutos. Los extremos b), c) y f) deberán

ser objeto de Junta extraordinaria, única y exclusivamente convocada a estos efectos». Artículo vigésimoctavo: «Todas las cuestiones, dudas y divergencias que se produzcan entre los accionistas y la sociedad, o entre los administradores, o liquidadores, entre sí, tanto en el periodo normal como en el de liquidación, serán sometidas al juicio de amigable composición. También serán sometidas a amigable composición, en su caso, las divergencias que puedan producirse en relación con los resultados de las operaciones de la comunidad de bienes, asumidas en virtud del artículo cuarto de los presentes estatutos. Para todos los en que según los presentes estatutos deba acudirse a una amigable composición se designa desde ahora como amigable componedor único a la persona que, en el momento de hacerse la petición, desempeñe el cargo de Decano del Ilustre Colegio Notarial de Barcelona. Los extremos que deberán ser fallados y laudados serán los que acuerde la mayoría de cada grupo de acciones serie A y B, respectivamente en «Junta especial» convocada por el administrador del grupo correspondiente...»

B. Creemos necesario destacar dentro de esta sentencia la doctrina que sienta acerca del influjo de una posible ocultación de beneficios a efectos fiscales —susceptible de constituir una infracción fiscal y aun un delito de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en el artículo 303 en relación con el 302, 4.^o, ambos del Código penal— en la calificación de la naturaleza puramente civil de la acción encaminada a conocer los beneficios reales, distintos de los que oficialmente consten en los libros de una empresa. Desde luego, la sentencia no aborda directamente el problema, porque en tal caso le hubiera sido difícil emitir la decisión que emite, sino que se refugia en decir que tal cuestión no roza materias penales (recordamos que el artículo 14 ap. 2.^o de la Ley de arbitraje establece que «si se trata de materias disponibles que aparezcan indisolublemente unidas a otras que no lo son, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos», puesto que lo único de que se trata es de hallar cuáles fueron los beneficios reales, y esto es una acción puramente civil. Claro que el hallarlos, si son distintos de los contabilizados, como ocurre en el caso de autos, significa que existe una declaración falsa en documento mercantil. La solución del Tribunal, sin embargo, parece la más justa y creo que este es un caso en el que la fuerza de las concepciones sociales se ha impuesto sobre la propia letra del Código penal, siempre desde luego mediante desviar el problema; y aunque no tengan conciencia clara de hacerlo, ningún juez está dispuesto a condenar por falsedad en documento mercantil al comerciante que por razones fiscales no lleve al céntimo sus libros. Acabarian diciendo siempre, como en la presente sentencia, «que ya en las leyes fiscales la supuesta ocultación de beneficios tiene sus normas rectoras para depurar su existencia e imponer las sanciones condignas». Por otra parte, aunque no conozco doctrina jurisprudencial a este respecto, creo que las infracciones fiscales —y esta es en el fondo la verdadera *«ratio»* del considerando— en cuanto no tengan un claro matiz antisocial (como los delitos de acaparamiento o maquinaciones para alterar el precio de las cosas) no tienen el carácter de impeditivas de la acción arbitral o civil ordinaria, contrariamente a las

cuestiones propiamente penales, en las que no cabe una decisión arbitral o civil (cfr. artículos 14 de la Ley de arbitraje y 111 de la Ley de enjuiciamiento criminal), que presuponga el juicio, acerca de un hecho delictuoso. De otro modo la mayoría de los pleitos en que se discute la delimitación de los beneficios de una empresa, estaría en estas circunstancias. El mundo fiscal y el mundo civil son en general, al menos para la mentalidad actual, aun del propio legislador, a diferencia del mundo penal y el mundo civil, dos realidades aparte.

Es digna de comentarios, también, la interpretación que se hace del pacto c) de las facultades de los amigables componedores (que en el resumen de hechos se ha transcrita literalmente). Desde luego, dicho pacto no es claro, pero de él parece deducirse que establecer los estatutos es facultad de los amigables componedores como tales, y otorgar la escritura de sociedad, etc., un mandato conferido por las partes a los árbitros. Si así se hubiera entendido, hubiera sido casi imprescindible el casar la sentencia de los árbitros, sino anular el compromiso (caso de que tal cláusula, indudablemente nula, debiera arrastrar la nulidad total del compromiso), por cuanto a la redacción de los estatutos: a) no era susceptible de someterse a decisión arbitral, pues objeto de ella son sólo las controversias: artículo 15 de la Ley de arbitrajes; y b) además de ella se había incurrido en exceso de poder, pues los estatutos contienen algunas disposiciones contrarias a la ley de anónimas, y los árbitros desde luego no pueden establecer situaciones contrarias a la Ley, a la moral o al orden público (art. 4 del C.). El Tribunal Supremo —seguramente viendo las razones de justicia que en lo demás tenía la sentencia y apoyándose en la falta de claridad de la cláusula c) de las facultades de los amigables componedores— opta por considerar que lo que las partes han querido es someter a amigable composición la determinación de los beneficios y el capital actual de la comunidad, así como el reparto de tales bienes; y otorgar a la vez un mandato para que los propios amigables componedores —ahora mandatarios— constituyen y otorguen en su nombre una sociedad anónima. Así se deduce de los considerandos quinto y sexto, aunque el séptimo introduzca alguna confesión, confusionismo que se lleva a hacer una afirmación que estimamos inexacta y que, recogida en uno de los considerandos, hemos resumido y vamos ahora a criticar. En efecto dice que en las casaciones al amparo del núm. 3 del artículo 1.691 de la ley de enjuiciamiento criminal, no tiene por qué entrar el Tribunal en el problema de si la sentencia dictada es o no contraria a la ley o la moral, sino sólo si ha habido exceso en las facultades de los árbitros, se trata de materia no civil, o no disponible. Pero esto evidentemente es erróneo, pues en otro caso el juicio de amigables componedores se podría convertir en el expediente para establecer situaciones contrarias a la ley, la moral o el orden público. Por todo ello, en los considerandos quinto y sexto, se deja al margen la cuestión de la validez de los estatutos otorgados, por no poder ser objeto de casación, pues no forma parte de la amigable composición, sino que pertenece al mandato también otorgado por las partes, y el exceso en el mismo debe hacerse valer en juicio ordinario, pues se trata de una acción del mandato, por otra parte, el ex-

ceso en el ejercicio de éste es evidente, con sólo considerar que los estatutos —sin que hubiese facultad expresa en el poder— establecen una amigable composición obligatoria, cosa no posible de hacer en representación de otro sin poder especial, artículo 1.713 del Código civil). (R. G. H.)

16. AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER: *El número 3.º del artículo 1.68.º de la Ley de enjuiciamiento criminal, autoriza a casar el laudo cuando los árbitros estudian y resuelven una cuestión que no les ha sido sometida, pero veda en cambio, conforme a su texto y a una autorizada interpretación jurisprudencial, cualquier intento, por legítimo y bien intencionado que parezca, de revisar en su forma, en su contenido, en su extensión y aún en su posible ejecutividad, el resultado de las actividades de los árbitros, que en tal caso quedarian a merced del Tribunal de casación, y constituiría un examen total del fondo del asunto, imposible de realizar en un recurso en que es tan restringido, en sus facultades, como limitado en sus poderes, el ámbito en que forzosamente tiene que actuar el Tribunal Supremo.*

AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER: *No es viable el recurso por exceso de poder cuando en el laudo dejen de resolverse cuestiones que a los árbitros fueron sometidas, como reiteradamente ha dicho este Tribunal.*

AMIGABLE COMPOSICIÓN: EXCESO DE PODER: *No es viable el recurso por exceso de poder cuando indirectamente intente combatirse el mayor o menor acierto o eficacia de las decisiones adoptadas para llegar al fin pacificador que los compromitentes se propusieron.*

AMIGABLE COMPOSICIÓN: INTERPRETACIÓN DEL ÁMBITO DEL COMPROMISO POR LOS AMIGABLES COMPONENTES: *Si bien los amigables componentes no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial confiada, porque la misión del Tribunal Supremo al resolver el recurso por exceso de poder, es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias u omisiones.* [Sentencia 30 enero 1957: Desestimatoria.]

La doctrina acerca de que no constituye exceso de poder el no resolver todas las cuestiones sometidas había sido ya sentada en las SS. T. S. de 18 junio 1906, 14 y 16 marzo 1923, 16 abril 1930 y 8 junio 1948; y la de que tampoco lo constituye el no haber conseguido resolver el problema para el que se buscó la obra pacificadora de los árbitros en las SS. T. S. de 9 abril 1941 y 17 abril 1943. (R. G. H.)

105. TRANSACCIÓN: No se puede sostener en casación la naturaleza transaccional de un convenio sin invocar los preceptos legales que la determinen, cuyo desconocimiento haya dado lugar a infracción de ley por parte de la Sala sentenciadora. [Sentencia 31 diciembre 1956.]

106. ARBITRAJE DE EQUIDAD: INTERPRETACIÓN FAVORABLE A LA VALIDEZ: *Cuando la interpretación del compromiso ofrezca alguna duda, ésta habrá de ser desvanecida en el sentido más favorable a la validez del laudo.*

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CÓMPUTO DEL PLAZO: *Para los casos en que se fije el*

plazo dentro del que haya que dictarse el laudo no medianie una fecha tope, sino señalando un periodo de meses, sin designarlos por su nombre, la jurisprudencia, sin ser uniformada, viene sentando el cómputo civil en casos en que se contempla un laudo que versa sobre cuestiones netamente civiles. [Sentencia 12 febrero 1957: Desestimatoria.]

Considerando: Que el único motivo del presente recurso propugna la referida tesis del cómputo civil y acepta los hechos indiscutidos de que los amigables componedores aceptaron el cargo el 20 de mayo de 1954 y dictaron el laudo recurrido el 20 de marzo de 1955, para llegar a la conclusión de que lo pronunciaron tres días, por lo menos, más tarde de la fecha en que había expirado el plazo de diez meses o trescientos días al efecto concedido por los compromitentes, siendo así que si no se pierde de vista la duración de treinta días asignados a cada uno de los meses comprendidos entre mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro —mes iniciación y marzo de mil novecientos cincuenta y cinco —mes final del plazo—, una simple operación aritmética pone de relieve que el plazo de diez meses o trescientos días se entiende hasta el veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, que es precisamente el día en que fué dictado el laudo, por lo que quiebra la tesis del recurso.

Indudablemente, el considerando que literalmente hemos transscrito da una interpretación errónea del artículo 7 del Código civil. En efecto, entiende que la exigencia de que los meses se cuenten como de 30 días implica que, fijado un plazo de varios meses a partir de una fecha, éstos hay que contarlos de 30 días a los efectos del cómputo total de días (lo que es cierto), pero también (y aquí está el error) que los meses efectivamente transcurridos, tuvieren los días que tuvieren, se contarán como si fueran de 30 días, de forma que el plazo terminaría en el mismo día que empezó del mes correspondiente. Con este criterio el cómputo civil y el mercantil coincidirían (cfr. artículos 60 y 454 del Código civil). La interpretación contraria, que es la auténtica, está recogida en la S. T. S. de 23 enero 1946, que textualmente expresa: «Cuando el plazo para que los amigables componedores dicten su laudo es de tres meses, el término será de 90 días, computándose conforme a este artículo y debiendo contarse de momento a momento, sin exclusión de los inhábiles».

De todas maneras esta interpretación errónea —de la que parece que el mismo tribunal se dé cuenta al decir en el siguiente considerando «que si el criterio expuesto no fuere evidente y ofreciese alguna duda ésta debería resolverse en favor de la validez del laudo»— viene a resaltar que la verdadera *ratio* de la sentencia está en el criterio de favorecer a toda costa la eficacia del arbitraje, criterio que ha de presidir toda la interpretación de la Ley de 22 diciembre 1953, junto con el de la sencillez, y a los que, repetidamente se alude como inspiradores de la reforma en la exposición de motivos de dicha Ley (R. G. H.)

107. CONTRATO INNOMINADO: ARRITRIO INTEGRADOR DE TERCERO: TRANSACCIÓN: AMIGABLE COMPOSICIÓN: *No cabe calificar de transacción el contrato que el comprador de un predio sujeto a servidumbre y el dueño del predio dominante otorgan en previsión a un mejor y más justo régimen de apro-*

vechamiento de la misma, estableciendo las bases de dicho aprovechamiento y sometiéndolas en su desarrollo a la decisión de sus respectivos letrados, designándolos como amigables componedores, pues el dueño del predio dominante nada tenía que dar ni prometer en beneficio de los nuevos dueños, ni se ponía fin a ninguna controversia existente o futura entre ellos. Ni tampoco —faltando toda idea de controversia o derecho incierto— puede ser calificado el contrato de amigable composición, ni —sin perjuicio de su validez— de ninguno de los contenidos con denominación específica en el Libro IV del Código civil.

ACTOS PROPIOS: *No es lícito volverse sobre los propios actos impugnando como inválido un contrato de sumisión a la decisión de un tercero, cuando se ha prorrogado el plazo del mismo y luego de dictada la decisión se cumple durante cierto tiempo.* [Sentencia 28 enero 1956: No ha lugar.]

La naturaleza del contrato celebrado entre las partes y que el juzgador reconoce como válido, calificándolo de contrato innominado, parece evidente que es la de sumisión al arbitrio integrador de tercero, es decir, arbitraje pericial, perfectamente definido en la nueva ley de arbitraje de 22 diciembre 1953. El artículo 2, ap. 2º de la misma dice: «No se considerará arbitraje la intervención de tercero que no se haga para resolver conflicto pendiente, sino para integrar o completar una relación jurídica aún no definida totalmente» (el ap. 3º le somete a sus anteriores normas legales que no quedan afectadas por dicha ley). Y en efecto no cabe duda que en el caso de autos se trataba de completar e integrar una relación jurídica —el régimen de una servidumbre de aguas, cuyas bases fijaban las partes para que las desarrollaran los respectivos letrados, a los que imprecisamente designan como amigables componedores— no totalmente definida —existían sólo las bases del nuevo régimen, sin perjuicio de la regulación anterior de carácter total, pues las partes lo que querían es crear una nueva regulación— mediante sumisión a la decisión de unos terceros.

Creo inexacta la doctrina expuesta en la sentencia que viene a considerar que la nulidad de un contrato quedaría salvada, en virtud de la doctrina de los actos propios, siempre que se prorrogase o se comenzase a darle ejecución. Tales actos, a lo sumo, podrán ser exponente de una voluntad de renunciar a la impugnación, en caso de que resulten inequívocos en tal sentido y no se pruebe que tuvieron otra causa o que al tiempo de hacerlos se ignoraba la invalidez del contrato. Esta sólo queda sanada por la confirmación —cuando sea posible— o la pérdida de la acción de impugnación. De todos modos, en el caso presente, no ha influido en la solución definitiva de la sentencia. (R. G. H.)

108. CONTRATO DE RESERVA O CULTIVO EN COMÚN: CONTENIDO: *Por virtud de este contrato el agricultor se obliga a entregar en fábrica por cuenta de la entidad industrial la remolacha que coseche en sus fincas, para que esta entidad perciba la parte correspondiente de azúcar por transformación en fábrica de la remolacha entregada, que ha de pagarse al agricultor.*

CONTRATO DE RESERVA: INCUMPLIMIENTO: *Queda incumplido y sin efectividad el contrato cuando por culpa del agricultor el industrial reser-*

vista no puede presentar la solicitud de la declaración oficial de la reserva.

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DAÑOS Y PERJUICIOS: *La obligación de indemnizar daños y perjuicios de carácter contractual no surge del mero incumplimiento de lo convenido, sino que es preciso demostrar la existencia de los que se estimen causados por el incumplimiento de modo real y efectivo.* [Sentencia 19 enero 1957.]

IV. Derecho de familia.

1. BIENES PRIVATIVOS DE LA MUJER: LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción revisoria del artículo 133 L. A. U., sólo puede dirigirse contra quien percibe las rentas en concepto de arrendador, y no lo es la esposa demandada propietaria del piso, si el arrendamiento lo realizó el esposo separado de la misma, que era el único ocupante del local, y lo hizo en su propio nombre y por su propio derecho, sin ostentar ninguna representación.*

No está legitimado pasivamente el arrendador, si ha sido privado de la facultad de disfrutar y por tanto de apercibir las rentas que ha pasado al administrador judicial, a consecuencia del embargo de frutos y rentas.

RATIFICACIÓN: *No cabe admitir una confirmación o ratificación anterior cronológicamente al acto objeto de ella.* [Sentencia 19 octubre 1956: No ha lugar.]

2. ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD: AUTORIZACIÓN JUDICIAL: DEFENSOR JUDICIAL: [Sentencia 19 noviembre 1956: (V. 2.)

V. Derecho de Sucesiones.

1. RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL: NATURALEZA: *El contenido del artículo 811 es un caso excepcional de restricción y minoración impuestas directamente a la legítima del ascendiente, mediante la reserva especial a favor de otras personas, parientes, asimismo, del causante, aunque por línea diversa; no debe confundirse con el derecho de troncalidad, por ser de más limitada y distinta naturaleza.*

RESERVA LINEAL: INTERCEPTACIÓN RESTRICTIVA: *El artículo 811 debe interpretarse en sentido restrictivo, porque produce una modificación del derecho sucesorio vigente, haciendo seguir a los bienes un curso anómalo.*

RESERVA LINEAL: SUPUESTO DE HECHO: *Para la aplicación del precepto es preciso, en primer término, que el ascendiente haya adquirido los bienes del descendiente.*

RESERVA LINEAL: NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVAS: *La obligación de reservar no nace hasta el momento en que el ascendiente acepta la herencia de su descendiente (en el supuesto del art. 811); y no dándose el hecho antecedente, pues no hubo aceptación, sino repudiación de la heren-*

cia del descendiente, que da sin valor jurídico alguno de la correlativa consecuencia, esto es, la obligación de reservar.

RESERVA LINEAL: RENUNCIA POR EL ASCENDIENTE A LA HERENCIA DEL DESCENDIENTE: *Cuando por repudiar el ascendiente la herencia de un descendiente no entran los bienes en su patrimonio, no nace el derecho eventual a la reserva que pudiera ostentar el presunto reservatario.*

RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS: ARTÍCULO 4.º DEL CÓDIGO CIVIL: *La salvaguardia de este artículo de que la renuncia no sea en perjuicio de tercero, se refiere a perjuicio de derechos con vigor y eficacia actuales en el momento de efectuarse la renuncia, no a los futuros y eventuales; y por tanto no alcanza a los reservatorios.* [Sentencia 1 febrero 1957: No ha lugar.]

OBSERVACIONES: Producidos los restantes supuestos del artículo 811, un ascendiente repudia la herencia del descendiente, con lo que los bienes que la constituyen son heredados abintestato por el cónyuge supérstite. El único pariente dentro del tercer grado reclama para los bienes el carácter de reservables y para sí propio el de reservatario. Vencido en ambas instancias, recurre en casación, alegando la infracción del artículo 811 y de otros preceptos, entre ellos el artículo 4.º del Código civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Aunque exista alguna confusión en su doctrina (y aún cierta contradicción entre el considerando tercero y el cuarto, que habla de «causas de extinción de la reserva»), la tesis de la sentencia es clara. Podríamos resumirla así: la reserva sólo surge cuando, en las circunstancias del artículo 811, el ascendiente heredera a su descendiente. Si repudia falta el supuesto de hecho esencial, y no cabe hablar de reservista, ni de bienes reservables, ni de expectativa de derecho de los reservatarios. La objeción de que así queda al arbitrio del ascendiente decidir sobre el curso de los bienes con perjuicio de las personas que cita el artículo 811, es refutada por el Tribunal Supremo sobre la base de que, con arreglo al rotundo texto del artículo 988 del Código civil, la aceptación y la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, sin que pueda obligarse al ascendiente a que acepte. A la validez de la renuncia no obsta el artículo cuarto del Código, según la doctrina arriba resumida.

Por nuestra parte añadiremos que tampoco resulta aplicable al supuesto el texto del artículo 1.001 del Código, pues aparte de la improcedencia de calificar como acreedores del ascendiente a los presuntos reservatarios, siempre existiría el mismo insoslayable inconveniente de que la expectativa de derecho de éstos sólo puede nacer a partir de la adquisición hereditaria causada a favor del ascendiente. (D. I.)

2. ACTOS DE DISPOSICIÓN DE UN SOLO HEREDERO SOBRE BIENES HEREDITARIOS CONCRETOS: ARTÍCULO 1.068 DEL CÓDIGO CIVIL: INTERPRETACIÓN: *Aunque es efectivamente cierto que, como consecuencia de lo preceptuado en el artículo 1.068 no es posible que un heredero disponga eficazmente de bienes singulares de la herencia sin que se le hayan adjudicado mediante el título partitacional correspondiente, ello no se entiende más que en el caso de que actúe aisladamente y sin la intervención de los restantes herederos.*

ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE BIENES HEREDITARIOS CONCRETOS OTORGADOS POR TODOS LOS HEREDEROS ANTES DE LA PARTICIÓN: *La escritura de partición no es requisito previo para la enajenación de los singulares bienes de la herencia, pues no ofrece duda ninguna que todos los herederos, conjuntamente.*

pueden realizar con plena validez y eficacia actos de disposición sobre bienes particulares de su herencia.

ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD: AUTORIZACIÓN JUDICIAL: Si la enajenación y gravamen de bienes hereditarios concretos ha de entenderse permitida cuando concurren todos los herederos, sin necesidad de la previa partición, la autorización judicial de venta podrá igualmente ser concedida sin que aquélla preceda.

DEFENSOR JUDICIAL: Para el solo efecto de una escritura de manifestación de herencia no es necesaria la intervención de un defensor judicial, puesto que se trataba de un interés común a la madre y a los hijos.

ALBACEAZGO: RENUNCIA TÁCITA: Aunque el designado no alegara excusa alguna para aceptar el cargo en los plazos señalados en el artículo 898, si en la Sentencia de instancia se establece que no intervino en las operaciones testamentarias (sic) ni ejecutó acto alguno peculiar del albaceazgo, es preciso deducir de ello que existió renuncia tácita.

COMPRAVENTA: PROHIBICIONES: ARTÍCULO 1.459 DEL CÓDIGO CIVIL: No hallándose en el ejercicio del cargo el nombrado albacea testamenario, por no haber renunciado tácitamente, al actuar como comprador de la finca no incurre en la prohibición alegada.

LA CUESTIÓN LITIGIOSA: DEMANDA Y RÉPLICA: CASACIÓN: Las súplicas de los escritos de demanda y réplica determinan concretamente la cuestión litigiosa sobre la cual está llamado a pronunciarse el Tribunal para que la decisión sea congruente con el debate. Las peticiones de la demanda constituyen límite infranqueable también para el Tribunal de Casación cuando es el actor quien le requiere mediante este extraordinario recurso.

PETICIÓN DE NULIDAD INCONCRETA E INDEFINIDA: Pedida en la súplica de la demanda de modo genérico e indeterminado la nulidad de cuantas escrituras, actas, inscripciones y resoluciones se opusieren a las pretensiones de los demandantes, esa petición inconcreta e indefinida ha de carecer de eficacia por falta de la necesaria precisión. [Sentencia 19 noviembre 1956.]

3. CAPACIDAD PARA TESTAR: La capacidad del testador es una presunción *ius tantum* que sólo puede destruirse por una prueba evidente y completa en contrario.

TESTAMENTO OLÓGRAFO: VIGENCIA EN LAS REGIONES FORALES: El testamento ológrafo es forma válida de testar en los territorios de Derecho Foral, sin restricción alguna de lugar ni de contenido, ni más requisitos formales que los recogidos por el Código civil para este testamento.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS: CATALUÑA: Identificadas las memorias testamentarias con el testamento ológrafo por obra de lo dispuesto en el artículo 612 del Código civil, cuanto se ha dicho en relación con aquél, es aplicable en Cataluña a esta clase de disposiciones. [Sentencia 25 marzo 1957: No ha lugar.]

4. TESTAMENTO OLÓGRAFO: LA VOLUNTAD ACTUAL DE DISPONER: Por ser el testamento un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte

de todos sus bienes o de parte de ellos y ser el ológrafo la expresión *«ad extra»* de la íntima voluntad del testador en el momento de redactarlo, tal expresión ha de revelar el *«animus testandi in actu»* esto es, la resuelta intención del testador de disponer de sus bienes por si mismo en aquellas líneas que está escribiendo y de manera definitiva en aquella ocasión. [Sentencia 10 diciembre 1956.]

No incurre, dice el T. S. en el error de hecho que se le imputa, la Sala Sentenciadora que, sin otra interpretación que la que revela el sentido directo de las palabras, dedujo la conclusión de que no había en dicho causante al escribirlo una intención decidida de testar, sino la de dirigirse al Notario para que éste redactase el testamento («Sr. D. Notario arauste hel fabor de a Testamento», no sólo suyo sino de su esposa («desde matrimonio» ... «se lo quedan hel uno alotro sufructuario mientras biban»).

5. TESTAMENTO OLÓGRAFO: ARTÍCULO 688: SALVADURA DE ENMIENDAS: *Aunque el testamento contiene palabras incompletas y sílabas borradas no salvadas con la firme de la testadora, si las que se expresan como incompletas y de trazos borrosos no aparece que alteren o varíen la voluntad de la testadora, expresa en el documento declarado testamento, no son obstativas a la validez del mismo.* [Sentencia 30 noviembre 1956.]

6. CODICILLO: LEGISLACIÓN DEROGADA: FINALIDAD: *La finalidad del codicilio, —otorgado de acuerdo con la legislación entonces vigente es «crecer o menguar, mudar alguna de las mandas fechas en los testamentos», según reza la introducción del título de la Partida Sexta.*

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: *En materia de legados el codicilio adquiere rango predominante sobre el testamento y no se puede prescindir de él en vías de indagar la última voluntad del testador.*

ADQUISICIÓN DE LEGADO: CONDICIÓN SUSPENSIVA Y LLAMAMIENTO EXPRESO A LA ESTIRPE: *No es exacta la afirmación de que la premoriencia de legataria a la usufructuaria constituye condición suspensiva para la adquisición del legado por la descendencia de aquélla cuando precisamente aquella premoriencia fué la determinante del nacimiento del derecho de los actores descendientes, no como herederos de la ascendiente premuerta, sino por derecho propio concedido por el testador llamándolos expresamente a participar por estirpe en el legado, pues este llamamiento expreso en excluyente de la alegada condición suspensiva.*

CONTRATOS ALEATORIOS INNOMINADOS: *Es inexacto que el Código civil sólo admite como contratos de esta clase los comprendidos en el título duodécimo de Libro IV, aunque otra cosa haya dicho una antigua y aislada sentencia de esta Sala en fecha 27 de junio de 1906.* [Sentencia 15 febrero 1957.]

7. DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: ARTÍCULO 17, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY 5 DE NOVIEMBRE DE 1940: INTERPRETACIÓN: *Ha de entenderse que al ocurrir el fallecimiento en el frente o por muerte o asesinato por los rojos, de una persona adicta a la causa nacional, que figurase como heredera instituida en un testamento anterior, viviendo aún el tes-*

tador, esta institución de heredero que indudablemente perdía su eficacia respecto de dicha persona misma por su premoriencia al testador, recobraría aquella eficacia como si continuase viviendo el instituido, pero substituyendo su persona física desaparecida por sus hijos o nietos herederos legítimos suyos, siempre que aquel vigente testamento no se modificara por el testador.

DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: ARTÍCULO 17, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1940: SUSTITUCIÓN PREVISTA EN EL TESTAMENTO: *No puede ser opuesta a esta aplicación de la ley, la sustitución a favor del demandado, ahora recurrente, consignada en el mismo testamento para caso de premoriencia del instituido, porque demás de que no cabe suponer que entre los casos de premoriencia se previese el asesinato en las circunstancias concurrentes del instituido, la ley especial no hace excepción alguna y se dirige expresamente a sostener la pervivencia del derecho del premuerto en aquellas condiciones.*

DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: ARTÍCULO 17, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1940: RETROACTIVIDAD: *Es indicable el efecto retroactivo, porque había de aplicarse a hechos acaecidos precisamente en época de existencia temporal y territorial de zonas dominadas por los rojos, que en la fecha de la promulgación ya no existían.* [Sentencia 15 marzo 1957: No ha lugar.]

8. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UNA CLÁUSULA: FIDEICOMISO DE RESIDUO: *Concurren las características de la disposición de residuo, y no puede admitirse que, como afirma el recurrente, se haya creado una «institución atípica» en una cláusula que dice: «En la porción libre, o sea, en la mitad de su herencia instituye por heredero a su expresado marido don ... y si el padre de la testadora fallece antes que ella, entonces instituye por heredero de todos sus bienes y herencia, derechos y acciones a su expresado esposo para siempre. Si el don ... aquí instituido fallece sin disponer de lo que herede en virtud de este testamento, lo que herede de la testadora procedente de las herencias de sus finados madre y abuelo, pasará a los hermanos de la otorgante, hijos del don Juan y de su finada esposa doña Carmen que sobrevivan al referido instituido».*

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: SENTIDO DE LA FRASE «PARA SIEMPRE»: *No ofrece duda que en dicha cláusula, al instituir heredero a su esposo «para siempre» no traspasó los límites de su vida ya que esta locución significa por todo el tiempo o por tiempo indefinido, por lo que la sentencia recurrida, al entender que dicho adverbio estaba completado por la limitación de la vida del instituido, no incurrió en error.*

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: SENTIDO DE LA PALABRA «PASARÁ»: *En la repetida cláusula, al agregar la testadora que «si el instituido fallece sin disponer de los que herede... pasará a los hermanos...» hay que interpretarla como atribución al fiduciario del dominio de los bienes de la herencia, mientras viva y su pase o traslado al fideicomisario de lo que de ellos*

reste al morir aquél, evitando así que vayan a personas a quienes la testadora no ha manifestado deseo de que los adquieran.

FIDEICOMISO DE RESIDUO: NATURALEZA: *En las disposiciones testamentarias de residuo se hace una doble institución de heredero (la segunda con carácter condicional —si algo quedare—), autorizando al llamado en primer lugar para que pueda disponer de los bienes; es decir, que se le libera de la obligación de conservar, pero no de la de restituir aquello de que no hubiese dispuesto.*

FIDEICOMISO DE RESIDUO: FACULTAD DISPOSITIVA DEL FIDUCIARIO: DISPOSICIÓN «MORTIS CAUSA»: *El segundo llamamiento matiza la facultad dispositiva del fiduciario limitándola a los actos intervivos; y sólo cuando la voluntad del testador autorice expresamente al fiduciario para disponer «mortis causa» de los bienes de su herencia, podrá otorgar testamento dándoles distinto destino.*

FIDEICOMISO DE RESIDUO: FACULTAD DISPOSITIVA DEL FIDUCIARIO: *La facultad de disponer de los bienes de la herencia es intrínseca en el legado de residuo.* [Sentencia 21 noviembre 1956.]

OBSERVACIONES: Destaca en esta sentencia, por su importancia la doctrina, acerca del fideicomiso de residuo, considerando consustancial la facultad dispositiva en el fiduciario, de lo que arranca —en contra de la opinión de parte de la doctrina, como Roca Sastre—, la conclusión, explícitamente formulada, de que en el fideicomiso de residuo no existe obligación de conservar, a cargo del fiduciario. En ello estriba la diferencia básica con la sustitución fideicomisaria típica o normal. De esta forma viene a aceptarse la original tesis de Jerónimo López en su importante aportación «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil». (A. D. C., 1955, VIII-3, págs. 743-789.)

Confirmado una reiterada jurisprudencia, amparada por la doctrina patria, se admite la facultad dispositiva «mortis causa» del fiduciario, pero sólo cuando el testador le haya concedido para ello una autorización expresa. En el caso de autos, desestimando la tesis del recurso, se niega al fiduciario tal facultad, entendiendo que no puede considerarse concedida por el hecho de que el testador, en una frase anterior, instituya heredero al fiduciario «para siempre». Esta tendencia restrictiva respecto de la concesión al fiduciario de facultades dispositivas «mortis causa», parece digna alabanza.

En esta sentencia vuelve el Tribunal Supremo a calificar de condicional el segundo llamamiento en cuanto pende del hecho futuro e incierto de que, por no haber sido objeto de disposición por el fiduciario, queden en su patrimonio bienes procedentes del fiduciario. En una breve nota publicada en este ANUARIO (VII-4, pág. 1299) ya tuvimos ocasión de hacer constar nuestra respetuosa disconformidad con este criterio, al ser expuesto por la Sentencia de 10 de julio de 1954, el cual no aparece muy conforme con el verdadero sentido técnico de la condición. (D. I.)

9. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Se hará en el sentido que esté más conforme con la intención del testador.*

LEGADO CONDICIONAL: *La intención del causante era que los bienes legados no salieran del patrimonio familiar, y por ello estableció un usufructo vitalicio en favor de la legataria, que en caso de fallecer con descendencia que*

la sobreviviese, se convertirá en pleno dominio de los mismos bienes. [Sentencia 23 noviembre 1956: No ha lugar.]

10. **DONACIÓN MORTIS CAUSA: FORMA:** *Hay donación mortis causa, disimulada bajo un contrato de compraventa, cuando son objeto de éste los mismos bienes que se legaban al donatario, en testamento anterior, luego revocado, el cual nocos días después de la venta, confirió poder a la vendedora, que se había reservado el usufructo, para realizar todas clases de actos, incluso de disposición, y no puede dmitirse que se trate de una donación inter vivos post morten, por lo cual era necesario otorgarla en testamento y al no hacerlo así, carece de validez. [Sentencia 19 junio 1956: Ha lugar.]*

11. **DONACIÓN MORTIS CAUSA: FORMA:** [Sentencia 28 octubre 1956 (I. 6).]

12. **ALBACEAZGO: RENUNCIA TÁCITA:** [Sentencia 19 noviembre 1956 (2).]

DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDAD MERCANTIL: EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD:** *Al declarar el C. de C. en su artículo 117 que el contrato de compañía mercantil es válido y obligatorio entre los que lo celebren, si en él concurren los requisitos esenciales del derecho, da a entender bien claramente que para la existencia de la sociedad no hace falta nada más y que el contrato tiene eficacia aunque sólo medie un documento privado y hasta un convenio verbal.*

SOCIEDAD MERCANTIL: PERSONALIDAD JURÍDICA: *Para que se produzca el nacimiento legal de una persona jurídica independiente de las personas de los socios, es necesario el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil.*

SOCIEDAD MERCANTIL: SOCIEDAD IRREGULAR: *La sociedad irregular es una auténtica sociedad mercantil y produce todos sus efectos en el orden interno como tal contrato y aún como colectividad de individuos, no pudiendo afirmarse que esté totalmente desprovista de valor respecto a los terceros.*

SOCIEDAD MERCANTIL: COMIENZO DE OPERACIONES: USO DE MARCAS: *La sociedad mercantil puede comenzar sus operaciones antes de adquirir personalidad jurídica, siendo válido el uso de marcas que durante este periodo realice. [Sentencia 17 diciembre 1956.]*

2. **SOCIEDAD COLECTIVA: INEXACTITUD DEL BALANCE DE LIQUIDACIÓN: SUBSANACIÓN INTER PARTES:** *Cuando las inexactitudes contenidas en el balance, que había de servir de base a la liquidación de la sociedad, son subsanadas por acuerdos complementarios entre los socios, no procede la declaración de nulidad de aquél, ni al amparo del artículo 4.º del Código civil, ni por dolo o error en el consentimiento prestado.*

SOCIEDADES MERCANTILES: LIQUIDACIÓN: *Los artículos 227 y siguientes*

del C. de C. sólo se aplican en defecto de las reglas establecidas en el contrato de compañía. [Sentencia 20 octubre 1958.]

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: PRÓRROGA DE LA VIDA DE LA SOCIEDAD: *El acuerdo mayoritario, concluido antes de transcurrido el término de duración señalado en los Estatutos, de prorrogar indefinidamente la Sociedad obliga a todos los socios, incluso los disidentes, ya que el artículo 48 de la Ley de S. A. establece claramente el principio mayoritario para el gobierno y administración de la Sociedad, y no cabe invocar en virtud del principio de analogía el contenido de los artículos 85 y 132 de la misma Ley, para exceptuar de la regla general el supuesto concreto de esta litis.* [Sentencia 5 octubre 1956: Ha lugar.]

4. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL: *Es nulo el acuerdo por el que se otorgan al Director Gerente determinadas atribuciones que rebasan lo establecido en el artículo 22 de los Estatutos sociales introduciendo modificaciones sustanciales en ellos, pues para que la Junta General Ordinaria pudiera efectuar válidamente tales modificaciones era preciso —conforme al artículo 12 de los mencionados Estatutos y al artículo 84 de la Ley—, que hubiera sido convocada con esta expresa finalidad, y no aconteció así.* [Sentencia 16 octubre 1956: No ha lugar.]

5. SOCIEDADES ANÓNIMAS: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: PLAZO CÓMPUTO: *El plazo de caducidad establecido en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas debe computarse en días naturales.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: PLAZO: «DIAS A QUO: La claridad del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas no permite en modo alguno tergiversarlo en el sentido de admitir que el plazo de los cuarenta días comience a contarse a partir de la certificación obtenida en forma fehaciente de los acuerdos sociales, ni tampoco desde la fecha del conocimiento de los mismos, ni tampoco desde la fecha del conocimiento de los mismos, ni aludir a la inscripción en el Registro, porque ello va contra lo consignado en la Ley expresamente. [Sentencia 21 febrero 1957: Ha lugar.]

6. SOCIEDADES ANÓNIMAS: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: *No existiendo en la Segunda Sección del Capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas ningún precepto en el que se establezca o de cuyo contenido se deduzca que las resoluciones del Consejo no son acuerdos sociales, carece de toda base la tesis del recurso que atribuye a la Sala de Instancia la infracción por ampliación indebida de los artículos 67 y 68 de dicha ley, sosteniendo que los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la Sociedad no pueden considerarse acuerdos sociales de los que se trata en los expresados artículos.* [Sentencia 11 marzo 1957.]

7. SOCIEDADES ANÓNIMAS: BALANCE: NULIDAD: *La inexactitud del balance, incrementado indebidamente con una partida inexistente, que desfigura*

la verdadera situación patrimonial de la Sociedad, es determinante de la nulidad del acuerdo social de aprobación del mismo.

SOCIEDADES ANÓNIMAS: PROCESO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: INICIACIÓN: Comienza, como todo procedimiento judicial, por demanda, sin que pueda extenderse el concepto de proceso a las actuaciones realizadas en la Junta General que aprobó el acuerdo impugnado, como presupuesto del ejercicio de la acción de impugnación. [Sentencia 15 noviembre 1956.]

8. COMPRAVENTA MERCANTIL: NATURALEZA PRIVADA O PÚBLICA DE LOS ACTOS Y CONTRATOS REALIZADOS EN CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LA ADJUDICACIÓN DE UN SUMINISTRO PÚBLICO: Habiéndose adjudicado por subasta el suministro de un ente público, los actos y contratos que el adjudicatario realice para la ejecución de dicho compromiso, como actos independientes y sin la intervención de dicho ente público, aunque sea con persona por él señalada, son de carácter civil o mercantil y no administrativo, quedando sometidos a la jurisdicción ordinaria, mientras que las diferencias que puedan surgir entre el adjudicatario y el organismo público quedan sometidas a la decisión de las autoridades y tribunales administrativos y contenciosos.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR PÓR VICIOS INTERNOS DE LA COSA VENDIDA: PLAZO A PARTIR DEL CUAL SE EMPIEZA A CONTAR LA PRESCRIPCIÓN: El plazo de treinta días para reclamar por vicios internos de la cosa vendida que prevé el artículo 342 del Código de comercio, debe contarse a partir del momento en que el vendedor entregue la mercancía a la persona indicada por el comprador —que recibe las mercancías por cuenta y orden de este sin haber intervenido en el contrato de compraventa— a fin de que realice una operación de manufactura intermedia, y no a partir del día en que llegan a poder del comprador los géneros transformados.

CUESTIONES NUEVAS EN LA RÉPLICA Y EN LA DÚPLICA: Si bien la doctrina jurisprudencial, siguiendo lo dispuesto en el artículo 548 de la ley adjetiva, tiene declarado que las partes pueden ampliar, adicionar o modificar en los escritos de réplica y dúplica sus pretensiones y excepciones, no es posible la alegación de nuevas pretensiones no formuladas en tiempo, cuando con ellas se altera sustancialmente la causa de pedir. [Sentencia 10 diciembre 1956: No ha lugar.]

9. COMPRAVENTA MERCANTIL: VALOR LIBERATORIO DEL PAGO: No tiene poder liberatorio el pago hecho a un simple agente de ventas para cursar pedidos y consultas, no apoderado por la Sociedad vendedora para cobrar cantidades. [Sentencia 31 enero 1957: No ha lugar.]

10. COMPRAVENTA MERCANTIL: MERCANCÍAS INTERVENIDAS: En la distribución mediante cupo de mercancías intervenidas existe un verdadero contrato de compraventa mercantil con todos sus caracteres esenciales, aunque haya una limitación en cuanto al precio y a la persona del vendedor establecida por el Estado.

COMPRAVENTA MERCANTIL: RESOLUCIÓN POR MAL ESTADO DE LA MERCANCÍA: *Tratándose de mercancías intervenidas, los plazos del artículo 338 del C. de C., han de contarse a partir de la fecha de inspección y autorización oficial, pues de ellas depende el que los artículos vendidos puedan o no venderse al público.*

CIRCULARES DE LA COMISARÍA DE ABASTECIMIENTOS: SU VALOR EN CASACIÓN: *Para citar como infringidas circulares no publicadas en el Boletín Oficial, es preciso que se haya acreditado en autos su contenido. [Sentencia 3 enero 1957.]*

11. CONTRATO DE TRANSPORTE MERCANTIL: DAÑOS: *Se entiende entregada la mercancía por el hecho de ser descargada por empleados comisionados a tal efecto por el consignatario, y, por tanto, quedando extinguido el contrato de transporte, los daños sufridos por aquélla, con posterioridad, no son de cuenta del portador. [Sentencia 24 octubre 1956: No ha lugar.]*

12. CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE: DE CRÉDITO: DE NUMERARIO: NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO: APERTURA: [Sentencia 15 diciembre 1956 (III, 5.)]

13. SEGURO MARÍTIMO: PÓLIZA «FLOTANTE»: *La cláusula que prohíbe la cesión de derechos posterior al acaecimiento del riesgo no es aplicable a los casos en que el asegurado no deriva su título de una cesión, sino de un derecho directo y personal que le otorga su condición de beneficiario del seguro. [Sentencia 22 diciembre 1956.]*

14. QUIEBRA: DECLARACIÓN Y TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: PRELACIÓN DE CRÉDITOS MERCANTILES: DEUDOR COMERCIANTE NO QUERRADO: DERECHO SUPLETORIO: [Sentencia 25 enero 1957.] (D. c. III, 6.)

DEBERO PROCESAL

I. Parte general.

CUESTIÓN ADMINISTRATIVA: REIVINDICACIÓN DE BIENES: SANCIONES DE CARÁCTER POLÍTICO: *No se está ante una acción de orden civil cuando se pretende dejar sin efecto una resolución administrativa fundada en la Ley de 13 julio 1940, con la que se sancionan determinadas o supuestas actividades del reivindicante contrarias al Movimiento Nacional, privándole de los bienes discutidos, sea o no acertada la resolución dicha, y por más que no se impugne directamente, sino que se haga a través del ejercicio de una acción reivindicatoria sobre dichos bienes.*

FORMULACIÓN DEL RECURSO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Cuando el Tribunal se ha declarado incompetente no se puede impugnar su resolución ni entrar en el fondo del asunto sin demostrar previamente que se trata de materias sujetas a su decisión y por el cauce del número 6.º del ar-*

título 1.692 de la Ley de enjuiciamiento criminal. [Sentencia 28 noviembre 1956: Desestimatoria.]

Como el recurso se rechaza por el motivo de forma recogido en segundo lugar, la doctrina sobre la naturaleza administrativa de la reivindicación de bienes de los que ha sido privado por decisión de carácter político, tiene naturaleza «obiter».

COMPETENCIA: TRIBUNALES DE LA ZONA DE MARRUECOS: *Establecida en el R. D. de 23 de febrero de 1915 (vigente conforme a la Ley de 17 de julio de 1948) que las cuestiones de competencia que pueden surgir entre los Tribunales del Protectorado y los de cualquier orden que funcionen en España, sean resueltos en la forma gubernativa que establece, no puede el T. S. conocer y resolver esas cuestiones y en consecuencia no cabe interponer recurso de casación, acerca de ellas.* [Sentencia 31 diciembre 1956: No ha lugar.]

SUMISIÓN VOLUNTARIA: *La alegación por el demandado en la contestación a la demanda de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de grado equivale a una sumisión voluntaria tácita al Juez del lugar. Por ello no le es dado al demandado alegar en su contestación, a la demanda nuevamente reproducida, excepción de incompetencia por razón de lugar, sino lo hubiese hecho ya en la contestación primitiva.* [Sentencia 19 noviembre 1956.]

COMPETENCIA: SERVICIOS: *Reclamándose la remuneración de unos servicios prestados a la demandada y a falta de sumisión, es competente el Juzgado en cuyo territorio se prestaron parte de los servicios.* [Sentencia 13 diciembre 1956.]

LA CUESTIÓN LITIGIOSA: DEMANDA Y RÉPLICA: CASACIÓN: PETICIÓN DE NULIDAD INCONCRETA E INDEFINIDA: [Sentencia 19 noviembre 1956 (D. c., V. 2).]

OBJETO DEL PROCESO: DERECHOS QUE PUEDEN SER DECLARADOS: *Los únicos derechos que pueden ser declarados y resueltos en los juicios, son los que afectan a los que en ellos figuran como litigantes, no a los que no han sido parte en los mismos.* [Sentencia 2 marzo 1957: No ha lugar.]

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: [Sentencia 16 octubre 1956 (D. c. O. 12).]

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: EN RELACIÓN AL FALLO: IMPORTANCIA DE LOS CONSIDERANDOS: *Aunque el defecto de incongruencia únicamente puede ser apreciado con relación al fallo, pero no con sus fundamentos jurídicos, no hay que olvidar que los considerandos fundamentan el fallo y deben tener que ser examinados cuando ellos son supuesto indecidible de la resolución que se dicta guardando con ella tan íntima relación que los hace inseparables; por ello los considerandos han de estar en armonía con los términos concretos en que el debate se haya planteado y si se apartan de esta norma, la sentencia ha de reputarse incongruente.*

EXCEPCIONES IMPLÍCITAS: RESERVA DE ACCIONES: *Aun cuando pudiera admitirse que las excepciones opuestas por la parte demandada no requieren formulación expresa, siendo suficiente que estén implícitas en sus alega-*

ciones, no es posible concederles eficacia cuando la demandada, reticentemente, se ha reservado para otro juicio el ejercicio de sus acciones para invalidar el documento privado por ser simulado y por vicios en el consentimiento y es claro que, en consecuencia sustraído y no fué sometido a conocimiento del juzgador esta cuestión. [Sentencia 7 enero 1957: Ha lugar.]

SENTENCIA INCONGRUENTE: *Incurre en incongruencia si decide el tema litigioso, en base a fundamentos no aducidos oportunamente por las partes.* [Sentencia 15 febrero 1957: Ha lugar.]

INCONGRUENCIA: *Es incongruente la Sentencia que incurre en «minuspetitio», cuando la minoración cuantitativa realizada por el fallo en relación con la demanda, altera los términos esenciales en que el debate se plantea.* [Sentencia 23 marzo 1957: No ha lugar.]

COSA JUZGADA: ACCIÓN PENAL Y ACCIÓN CIVIL: *La sentencia absolutoria, dictada en causa criminal, de la responsabilidad civil subsidiaria de una persona por los actos delictivos de un apoderado infiel, no prejuzga la responsabilidad civil directa que puede cabérle, cuando le es exigida en pleito civil.*

DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS: *En virtud de ella no es lícito desconocer las consecuencias civiles derivadas de unos hechos punibles que se admitieron al no recurrir contra la sentencia sobre ellos recaída.* [Sentencia 17 diciembre 1956.]

COSA JUZGADA PENAL: JURISDICCIÓN CIVIL: *En las sentencias dictadas por los Tribunales de la jurisdicción penal se juzga respecto a la falsedad de determinados hechos, pero no pueden resolver sobre la procedencia o improcedencia del retracto que se instó en la demanda, y por ello no puede apreciarse excepción de cosa juzgada.* [Sentencia 11 junio 1956: No ha lugar.]

JUICIO ARRENDATICIOS COSTAS: *El concepto de costas tiene en el orden de su imposición a las partes características distintas según se trate de pleito sobre arrendamientos urbanos o de los tramitados conforme a la legislación común ya que, mientras en estos últimos se conjugan los principios de culpa con el del vencimiento en juicio, en aquéllos se regula su imposición solamente por la teoría del vencimiento.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *En los casos de acumulación de acciones contra varios demandados procede el desdoblamiento de la responsabilidad por cabezas para que solamente recaiga sobre cada parte las costas que le correspondan según su suerte en el procedimiento.* [Sentencia 12 noviembre 1956.]

CONDENA EN COSTAS: EFECTOS SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y LOS FUNCIONARIOS, PROCURADORES Y LETRADOS: *La condena en costas no modifica la relación jurídica de los funcionarios que devengan derechos, ni la de los procuradores y letrados de las partes con sus respectivos clientes, ni exime a éstos de la obligación de pagar a aquéllos que no son acreedores directos del condenado a quien no representaron, pues la con-*

dena sólo implica el resarcimiento que la parte condenada debe hacer a la favorecida de los gastos y costas que se le hubiesen ocasionado.

TASACIÓN DE COSTAS: ÁMBITO DEL ARTÍCULO 429 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *El incidente a que se refiere el artículo 429 de la Ley de E. C. no autoriza a discutir dentro de él, más cuestiones que las relativas a la procedencia o improcedencia por indebidas de partidas de derechos u honorarios incluidas en la tasación, teniendo en cuenta su naturaleza y carácter, para ver si deben o no ser cargadas al condenado al pago de las costas según el resultado de los autos en que se hayan originado.*

SUSTITUCIÓN DEL LETRADO EN EL ACTO DE LA VISTA: EFECTOS: *La sustitución del letrado en el acto de la vista establece una relación profesional y de compañerismo con sus consiguientes efectos económicos, sólo entre el sustituto y el sustituido, que en nada obsta para que éste haga efectivos los honorarios del letrado por el procedimiento y de las personas que determina el artículo 12 de la Ley de E. C.* [Sentencia 12 febrero 1957: Desestimatoria.]

Creo que la doctrina sobre los efectos de la sustitución del letrado en el acto de la vista constituye una generalización excesiva del caso contemplado. No cabe duda que en nada afecta a la parte condenada en costas. la sustitución en el acto de la vista del letrado de su oponente. Esto era lo que ocurría en el caso de autos y, con declarar esta doctrina, era suficiente para dictar el fallo. Pero el Tribunal afirma, con carácter general —y creo que aquí se trata ya de afirmaciones «obiter», es decir, que no constituyen premisa del fallo— la misma doctrina aun para las relaciones entre una parte y su propio letrado, y parece ya entonces mucho más dudoso que estas no queden afectadas por la sustitución del letrado en el acto de la vista, hecha sin su consentimiento. (R. G. H.)

COMPETENCIA: POBREZA: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *No es arbitraria, y con el mero fin de elegir la competencia, la acumulación de acciones cuando puede existir entre los demandados por acción real una solidaridad procesal de intereses en orden a la defensa de sus derechos, que las acciones que se ejerciten han de tender a negarlos.*

COMPETENCIA: POBREZA Y FIJACIÓN DE LA ACCIÓN QUE SE PRETENDA EJERCITAR: *Aun cuando en la demanda incidental de pobreza no se concrete de una manera precisa la acción que se va a ejercitar, basta que de la contestación al requerimiento de inhibitoria resulte manifiesto, sin contradicción con los términos de la demanda, las acciones que se ponen en ejercicio, para que se excluya la competencia general del fuero del demandado, que la jurisprudencia aplica a los casos en que es dudosa la acción para cuyo ejercicio se solicita la pobreza.* [Sentencia 22 diciembre 1956: Desestima inhibitoria de competencia.]

POBREZA: SIGNOS EXTERIORES: *Son signos que revelan un estado económico superior al que se dice e incompatible con la concesión del beneficio de pobreza, la compra de una casa (de valor unas 15.000 ptas.) en distinta población, para habitarla, según ha confessado en juicio el propio demandante, sólo tres o cuatro días de verano, el pertenecer el demandante a*

Asociaciones de Cazadores y Pescadores y, cuando se dé de baja en las mismas, continuar dedicándose a esos deportes. [Sentencia 20 diciembre 1956: Desestimatoria.]

II. Procesos en especial.

ACUMULACIÓN DE AUTOS: PROPIEDAD INDUSTRIAL: *La remisión que el Estatuto hace a la L. E. C. permite a pesar de la regla de competencia del artículo 268 (A. T. del domicilio del demandado) la acumulación de autos en la forma y casos que regula dicha Ley procesal común, en los pleitos de propiedad industrial. [Sentencia 16 noviembre 1956.]*

DESAHUCIO: ACCIÓN DECLARATIVA DE RENTA: PROCEDIMIENTO COMÚN: *No conteniendo la Ley especial reguladora de los arrendamientos urbanos precepto alguno que sirva de apoyo a la demanda, la que sólo alega como fundamentos de Derecho las disposiciones de carácter general del título 2.º, del libro 4.º C. c., es indudable que aquélla debió tramitarse conforme a las leyes procesales comunes (art. 181 L. A. U.), ya que no es propio del juicio de desahucio, sino de un procedimiento judicial declarativo determinar la cuantía de la renta, que se ha de pagar por los locales que se siguen llevando en arrendamiento al quedar éste reducido en virtud de una sentencia de desahucio o resolución de contrato. [Sentencia 30 noviembre 1956: Ha lugar.]*

DESAHUCIO: POSEEDOR REAL: *El otorgamiento de contrato de compraventa de una finca rústica en documento privado, no es suficiente por sí solo, sin ningún otro acto, para atribuir al comprador el carácter de poseedor real que le legitime para ejercitar la acción de desahucio. [Sentencia 30 enero 1957: Ha lugar.]*

COMPETENCIA: ABINTESTATO: *No habiendo sido rogada la competencia del Juez del último domicilio, y no constando posesión de bienes a nombre del causante en población distinta, corresponde conocer del juicio de abintestato al Juez del lugar en que el causante nació, tuvo antes su residencia y fué inhumado.*

En las inhibitorias pueden ser examinados a efectos de decisión de la competencia, los documentos presentados al contestar el requerimiento de inhibición. [Sentencia 12 mayo 1956.]

III. Recursos.

APELACIÓN: DESISTIMIENTO: *El letrado defensor puede desistir «in voce» del recurso. [Sentencia 28 febrero 1957: No ha lugar.]*

ARRENDAMIENTO URBANO: CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY: *El derecho de recurrir en casación por infracción de ley o de doctrina legal que reconoce el artículo 165 de la L. A. U. al Ministerio Fiscal y a la Delegación nacional de Sindicatos, no puede nunca tener por objeto la satisfacción de los intereses particulares en litigio. [Sentencia 17 enero 1957: No ha lugar.]*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte I.*

PIÑAR LÓPEZ, Blas: *Legitimación por concesión real.*

JORDANO BAREA, Juan B.: *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GUIMERÁ PERAZA, Marcos: Heredamientos de aguas de Canarias. Notas a la Ley de 27 diciembre de 1956.

3. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

GORÉ, François: La reforma de la quiebra en Francia.

4. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

5. BIBLIOGRAFÍA

6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

7. JURISPRUDENCIA