

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO X
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLVII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

Sobre la recepción en España del recurso de casación francés

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.
Miembro de Número del Instituto Español de Derecho Procesal

Sumario: 1. Las tendencias actuales sobre la amplitud del recurso de casación civil.—2. La relatividad histórica de las figuras jurídicas y su trascendencia.—3. Las discusiones parlamentarias en materia de casación y su valor: A) Las discusiones de proyectos de Constituciones y el recurso de casación. B) Las discusiones sobre proyectos de ley en materia de casación con simultaneidad a las de otros proyectos. C) Las causas de perturbación en las discusiones parlamentarias. D) La aceptación de principios políticos y su trascendencia para el recurso de casación español.—4. El trabajo de las Cortes de Cádiz (1810-1813): A) Los nuevos dogmas políticos, el Supremo Tribunal de Justicia, el recurso de nulidad. B) Los autores posteriores, el recurso de nulidad de 1812 y su relación con el de casación.—5. Necesidad de estudio del recurso de nulidad del artículo 261-9 de la Constitución de 1812.—6. Las premisas políticas del recurso de casación francés de 1790 y el desarrollo de este recurso.—7. Los textos de la Constitución de 1812 relacionados con este tema.—8. La discusión parlamentaria del artículo 254 de la Constitución: A) El silencio sobre las nulidades y su amplitud. B) Las ideas de Luján sobre la responsabilidad judicial y la regulación del proceso. C) Breve comentario.—9. Facultades del Supremo Tribunal de Justicia. El significado del artículo 261-10 de la Constitución. El “référé” como medio de evitar abusos en la interpretación judicial de las leyes.—10. Otras facultades del Supremo Tribunal de Justicia.—11. El temor al Poder judicial en las discusiones.—12. La labor de las Cortes en torno al artículo 261-9 de la Constitución: A) Su discusión. B) La propuesta de adición de Zorraquín; su significación. La tendencia a convertir al Tribunal Supremo en tribunal de instancia. C) Opiniones sobre el problema con referencia al Tribunal Supremo. D) Argüelles y el recurso de nulidad. E) Discusión y resolución sobre la propuesta de Zorraquín.—13. Interpretación del trabajo de las Cortes: A) Significación política del recurso de casación por error “in judicando” y por error “in procedendo”, según Calamandrei. B) La confusión, por los juristas franceses de 1790 de ambos tipos de errores a efectos de casación y sus causas. C) La desnaturalización política de la casación como consecuencia de admitírsela por errores “in procedendo”. D) Aplicación de estas ideas a los textos de la Constitución de Cádiz y sus consecuencias. E) La imposibilidad de un recurso de nulidad por “violation de la loi” en la Constitución de Cádiz: a) Por falta de datos en la Constitución y en su discusión. b) Por la interpretación de las discusiones.

c) Por la significación del "référé" al legislador del artículo 261-10 y 131-1.—14. La significación del recurso de nulidad del artículo 261-9.—15. Examen de una opinión moderna sobre el recurso de nulidad de 1812.—16. Labor ulterior de las Cortes sobre el recurso de nulidad: A) El establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia. B) El Reglamento de Tribunales (Decreto de 9 de octubre de 1812): a) Nulidad, devolución, reposición del proceso y la exacción de responsabilidad. b) El procedimiento. c) El recurso de nulidad ante los Tribunales inferiores (Audiencias).

1. Se nota, desde hace ya bastantes lustros, una lucha, transmitida hasta nuestro tiempo, en torno a la amplitud del recurso de casación español, y ya desde el siglo pasado se abrió camino la idea de que o bien la "casación" debía ser una instancia más, o bien la de que al recurso ya instaurado debía abrirsele cauce mucho más amplio que lo hiciese derivar en realidad hacia la primera tendencia, esto es, hacia una tercera instancia con más o menos limitaciones, en cuanto a las cuales no puede decirse que haya acuerdo.

Sería labor inútil pretender reproducir aquí concretamente las opiniones de los diversos autores de nuestro tiempo que salen en defensa de la tendencia casatoria "más pura" (permítase la expresión: o de su desviación más clara hacia la esencia de una instancia más; las publicaciones modernas están presentes en la memoria de todos: las opiniones de Plaza, Prieto, Guasp, Condomines y otros son ampliamente conocidas. Incluso en fundamentados estudios se ha dado cuenta, para la actualidad, de las opiniones personales de juristas que tuvieron gran influencia sobre la elaboración de líneas fundamentales del recurso de casación tal y como se reguló en el pasado siglo (principalmente en 1838, 1855, 1870 y 1878). Pero el cuadro general de cómo eran concebidos la creación y el desarrollo del recurso, aun habiendo sido últimamente expuesto de modo muy apreciable desde el punto de vista procesal (1), no se ha puesto, a nuestro entender, suficientemente de manifiesto, visto que no da la completa impresión de cómo pensaban y actuaban los partidarios de la casación "más pura" frente a los más "moderados", a los que quisieran tornar a una tercera instancia, a través de una modificación del recurso que lo desviase hacia la tendencia de los antiguos de injusticia notoria y segunda suplicación.

En esta situación, entendemos sea interesante realizar un examen de las ideas expuestas por los parlamentarios españoles en su actuación sobre el problema.

2. Las palabras de Guasp (2) son muy aleccionadoras en cuanto se refieren a la "contingencia y relatividad con que tiene que mirarse la explicación dominante de la figura". Y a esa misma relatividad

(1) Cfr. PLAZA, *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 95 y ss. PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, t. II, pág. 369 y ss.

(2) Cfr. *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 1491.

histórica de la fecundidad de los conceptos se ha referido en múltiples ocasiones Calamandrei (3), al que en este punto hemos seguido.

Pero es esa misma relatividad histórica, que rige a lo político, como a todo, la que impulsa aún más por el camino que Guasp conoce, pero que parece no interesarle desde el punto de vista de los estudios procesales. Entendemos y repetimos, que no se puede fijar un buen camino para el futuro (en este "bueno" también hay relatividad, naturalmente) si no se explican las causas de los movimientos presentes a través del estudio de su pasado (4); esto es, no con simple ánimo de arqueólogo. Esta relatividad histórica de los ordenamientos que mantengan sus preocupaciones sobre la protección de la ley (y ahí están los múltiples regímenes que prevén todo un aparato de protección de su propia constitucionalidad y de su obra legislativa) y sobre la unificación de la jurisprudencia, no es de desdenar en cuanto a su examen.

Y este estudio, entendemos no puede desarrollarse examinando otra cosa, fundamentalmente, que los puntos de conexión entre lo jurídico y lo político, pues omitirlo sería descuidar el hecho histórico de que el recurso de casación, piedra clave actual del edificio jurisdiccional de nuestros Estados, tuvo, aparte de un nacimiento indudablemente político, un desarrollo interferido e influido con gran frecuencia por motivaciones políticas, apareciendo como resultado del desarrollo inmediato de principios o bases constitucionales, sentadas a su vez como consecuencia de fenómenos históricos de gran trascendencia, a los cuales se quería, bien favorecer, bien combatir con armas muy potentes (en este último caso está el fenómeno de la lucha contra la unificación o confusión de poderes en una sola persona o entidad, combate histórico que sigue su desarrollo).

Asistimos, lo creemos cierto, y aun contribuimos nosotros, intentando evitar soluciones negativas o apertura de graves lagunas, a un proceso evolutivo histórico que pudiéramos llamar (permitase esta otra palabra) de "despolitización" del recurso de casación. Pocos serían los autores españoles que pretendieran volver a un sistema de "casación pura" como el concebido por los teóricos franceses de 1790, a no ser que este sistema se reconstruyera con independencia de lo que hoy llamamos "casación". Y aún así, es muy posible que otro fenómeno histórico derivado también de los principios de la Revolución francesa—el de haberse restituido a su esfera propia el Poder judicial, no siendo en la actualidad intenso el temor de que cometa abusos o invasiones en el terreno de los demás—haría inútil la re-

(3) Recordemos aquí, p. ej. su magnífica *Relatività del concetto di azione*, en "Rivista di Diritto processuale civile", 1939, parte I.

(4) Cfr. el método seguido en nuestras monografías *El juicio ordinario y los plenarios rápidos* para determinar las causas de la existencia de un doble sistema procedimental en el proceso declarativo español actual, y en *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo: el Ordenamiento procesal sevillano de 1360* (Barcelona, 1953, y en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, respectivamente).

construcción de la casación pensada en 1790 (al menos, en los países de sistema jurídico continental europeo, opuesto al anglosajón).

3. Entendemos que vale la pena interpretar, a la luz de los orígenes legislativos del recurso de casación en España, las razones que, transmitidas hasta nosotros, han operado: A) en cuanto a la construcción del recurso tal y como lo conocemos, y B) en cuanto a los combates que ya desde su elaboración se libraron contra él y su desarrollo y las armas manejadas por cada parte (por cada "bando" pudiera decirse: que en el siglo XIX, en muchas ocasiones, se ligaban las discusiones sobre la casación con las diferencias políticas) (5). ambiente que el recurso halló y evolución del mismo, portado, como institución, por mentalidades que evolucionaban, llegando así hasta las nuestras, que continúan dicho proceso.

Y para desarrollar este tema, hemos creído fundamental, como se insinuó, el examen de las discusiones parlamentarias españolas sobre puntos fundamentales del recurso de casación (aquí queda reducido el tema a lo civil, por razón del homenaje que le rinde al ilustre maestro y amigo florentino ya desaparecido).

En estas discusiones hallamos como protagonistas a elementos de diversas escuelas y tendencias políticas que, de modo general—y natural—se inclinan en materia de tendencias sobre la casación a favor de las segundas, desde el punto de vista político, por la tendencia política a que ellos siguen. Recuérdese aquí la brillante exposición que Calamandrei hizo sobre el debate seguido sobre el citado recurso en la Asamblea Constituyente francesa; querríamos aspirar a desarrollar lo que ocurrió en España con ocasión de la entrada de los nuevos principios políticos y jurídicos (6).

A) Ocurrió en España, en ocasiones fundamentales, que el recurso de "casación" tiene sus bases directas en normas constitucio-

(5) Cfr., p. ej., el siguiente cambio de frases de CALDERÓN COLLANTES y MARTOS:

CALDERÓN: "¿De cuanto acá la casación civil y la casación criminal han sido base para la formación de los partidos políticos en nuestro país? ¿Es, por ventura, una cuestión política?"

MARTOS: "Las leyes de procedimientos adjetivos y penales tienen siempre un estrecho enlace, una necesaria derivación con los principios, con las leyes, con las disposiciones de orden político."

(Cfr. "Diario de Sesiones del Congreso", Legislatura de 1869-1870, t. XI. "Diario" núm. 267, de fecha 22 de abril de 1870, págs. 3493 y 3529, respectivamente.)

De "unionistas" calificaba, más o menos irónicamente, ORTIZ DE ZÚÑIGA a ciertos partidarios de la casación (recuérdese la influencia política en la época de la publicación del partido "Unionista" o de Unión Liberal), cfr. *Reforma urgente del recurso de casación*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 20, año 10 (1862), pág. 175.

(6) A partir de aquí, se aludirá en muchas ocasiones a la monumental y trascendental monografía del Profesor florentino *La casación civil*, que entendemos la más importante que sobre la materia se ha escrito. Manejamos la traducción española de SENTIS MELENDO (Buenos Aires 1945, 3 vols.).

nales, produciéndose, naturalmente, la discusión de las mismas en el seno de la constitucional; así, en Cádiz, en 1811.

Ocurrió también que la discusión sobre casación se desarrollase de modo casi coetáneo al de la elaboración de una Constitución, en momento en que ésta aún no tenía existencia jurídica, por lo que el recurso así construido se inclina a tomar las bases de las anteriores a dicha Constitución y de tendencias políticas análogas (así ocurrió en 1855, durante la discusión de la Ley de Bases de la de Enjuiciamiento civil; no había aún Constitución; las alusiones a las de 1812 y 1837 son numerosas).

B) Se produjo en algún otro caso la desdicha de que una ley de trascendencia sobre el recurso de casación se discute en ocasión de que el Parlamento tiene la atención atraída fundamentalmente por otro proyecto de ley, también en curso de discusión, con lo que el esfuerzo constructivo de los legisladores queda desviado hacia ésta; así ocurre en 1870; se discuten casi simultáneamente proyectos de ley sobre reforma de la casación y sobre el matrimonio civil; es esta última ley la que arrastra los principales cuidados de las Cortes.

Como consecuencia de procederse a elaborar leyes procesales con anterioridad a las orgánicas, se produce el hecho histórico de que tales leyes solamente tendrán carácter "provisional", con todos los defectos de una obra cuya eficacia va a ser provisional.

C) Ocurrió, en el caso concreto a que nos vamos a reducir aquí —Cortes extraordinarias de Cádiz, 1810 a 1813—, que se legisló en un estado nacional desordenado por una guerra de invasión; por hombres de nula experiencia parlamentaria, que tenían que construir todo un nuevo edificio político y jurídico para España, cargados de preocupaciones y trabajos heterogéneos que se debatían en desorden y con interrupciones continuas, no sólo debidas al propio "orden" de las diferentes discusiones, sino a la necesidad de atender primordialmente a una guerra devastadora.

D) Si reunimos a estos factores históricos, el de que se siguió un sistema político que aceptó como propios no pocos dogmas correspondientes a la Revolución francesa en su formulación y expresión normativa, se llegará a comprender la trascendencia que tiene el examen del espíritu de los legisladores españoles en cuanto al recurso de casación, puesto que así veremos con mejor perspectiva su obra, vista por ellos como políticos, como juristas doctrinales y prácticos, como intérpretes de anhelos del foro y de la magistratura, como intérpretes del sentir nacional en general, contemplado todo ello en la mayor parte de las ocasiones con elevación y nobleza, intentando superar los intereses de fracción política—ello les honra, y por ello debemos nosotros honrarlos—; como jueces y como justiciables: como hombres, en fin.

La tarea emprendida ha de llevarnos paulatinamente por todos los Parlamentos españoles en que se discutieron temas sobre derecho ca-

satorio. Pero, naturalmente, hay que comenzar por el estudio del momento en que apareció en España el recurso que se llamó de "casación" y sus antecedentes inmediatos.

4. Respondiendo este recurso en sus características esenciales a la forma específica por la que los legisladores franceses de 1790 pretendieron resolver un conflicto entre dos poderes estatales que ellos habían separado de modo genuino, la sordera de los legisladores españoles desde dicha fecha hasta 1808 nos conduce directamente a las Cortes de Cádiz, Asamblea crucial para la Historia de España y de su Derecho.

Allí aparecen—en la Constitución—una serie de dogmas políticos fundamentales de la Revolución francesa y sus garantías. Allí aparece instituido un Tribunal destinado a funcionar con claridad y limpieza de perfiles y linderos muy superior a la de los antiguos Consejos; allí, en fin, aparece un "recurso de nulidad", tema de este estudio, del que se ha dicho en muchas ocasiones ser, bien el origen de la casación, bien su primera manifestación.

Recordando, solamente a título de ejemplo, algunos autores, en el siglo pasado, Vicente y Caravantes lo declaraba "verdaderamente análogo" al recurso de casación (7); en 1846, ya Gómez de la Serna y Montalbán (8) lo relacionaban directamente con el de 1938, del que surgió el de casación en 1855—para lo civil—; Pantoja calificaba al recurso de nulidad de 1812 como recurso de casación "análogo al francés" (9); Ortiz de Zúñiga, como análogo al posterior de casación (10); Lastres los equiparaba (11); la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*—en la obra de *Comentarios*, dirigida por Reus (12), decía que "el recurso de casación trae su origen de la Constitución de 1812"; Manresa (13) expresaba que "estos recursos

(7) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, t. III, pág. 460, Madrid, 1858.

(8) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. III, pág. 181.

(9) Cfr. PANTOJA, *Del recurso de casación: su origen, su importancia y consecuencias*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 31, año 15 (1867), pág. 353.

(9) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. III, pág. 181.

(10) Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Jurisprudencia civil de España*, 1869, t. II, página 400.

(11) Cfr. LASTRES, *Procedimientos civiles y criminales*, Madrid, 1887, página 476.

(12) Cfr. *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada... por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de don Emilio REUS*, Madrid, 1882, t. IV, pág. 7. La citada Redacción publicó estas mismas páginas en su propia revista, t. 61 (1882), pág. 106, en lo que al origen de la casación española se refiere.

(13) Cfr. MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 6.ª ed., Madrid, 1947, t. VII, pág. 550 y s.

(los de casación) son los mismos que antes se denominaban entre nosotros "recursos de nulidad"... El establecimiento de este remedio extraordinario tiene su origen en la Constitución política de 1812..." (y continúa su historia a través del Decreto de las Cortes de 9 de octubre de 1812, etc.).

Añadamos que en las discusiones parlamentarias posteriores sobre temas de casación, constantemente era recordado el recurso de nulidad de 1812, unas veces como antecedente y otras como propiamente de casación.

Prieto Castro ha dicho que el recurso de nulidad de 1812 fué como "el anuncio de la institución de la casación del Derecho francés" más que implantación entre nosotros, "limitándose a dar entrada al recurso sin llamarlo aún de casación, y sin contener ulteriores especificaciones acerca de su naturaleza y formas" (14); Gómez Orbaneja, que "en España, la influencia francesa se muestra desde la Constitución de 1812, la cual, sin usar aún la palabra "casación", establecía un Supremo Tribunal de Justicia con la atribución de "conocer de los recursos de nulidad, etc." (15); Jiménez Asenjo, que "la casación nace con su órgano"; el Supremo Tribunal de Justicia, "el cual fué creado por la Constitución de 1812" (16); Fábrega, que "en la Constitución de 1812, al crear el Supremo Tribunal de Justicia, consignáronse sus atribuciones, y entre ellas figura la de conocer los recursos de nulidad, que son los modernos recursos de casación" (17). Para terminar con esta incompleta lista, Plaza, en su monografía *La casación civil, citada, diferencia* el recurso de nulidad de 1812 del de casación por razones que luego serán objeto de especial atención; en otra obra (18), se refiere a él como "origen, en cierto modo", de la casación; por aquella razón no se expone aquí el pensamiento fundamental del citado autor.

Esta ejemplificadora relación sobre tomas de posición frente a la naturaleza del recurso de nulidad de 1812, podría ampliarse mucho más; parlamentarios ilustres y de gran influencia sobre la legislación procesal, magistrados, profesores, abogados; basta hojear la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* del siglo XIX para hallar constantes puntos de referencia en cuanto a la identificación del recurso citado con el de casación.

5. La repetición e intensidad de estas afirmaciones diferentes deben conducir a examinar lo que era el recurso de nulidad de 1812

(14) Cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. II, Madrid, 1956, página 369.

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA (en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA) *Lecciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1946, t. I, pág. 643.

(16) Cfr. JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, Madrid (sin fecha), t. II, página 338.

(17) Cfr. FÁBREGA, *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3.ª ed., Barcelona, 1928, pág. 530.

(18) Cfr. PLAZA, *Derecho Procesal civil*, 3.ª ed., Madrid, 1951, t. I, página 70.

a todo aquel que desee examinar el recurso de casación español y las líneas de su evolución hasta la actualidad, si quiere tomar un partido que se apoye en una serie de conductas anteriores alineadas; esto es, debemos estudiar dicho recurso en relación con el de casación, dado el estado coetáneo de éste; si podía identificarse con ella totalmente o en alguna de sus modalidades, por responder a los mismos o a diferentes fundamentos; y en este último caso, examinar el objetivo que los legisladores de Cádiz se propusieron.

6. Sería inútil entrar aquí en el examen de la historia del recurso de casación propiamente dicho y de sus antecedentes, historia ya elaborada en general y con insuperable maestría por Calamandrei (19). En España, el moderno trabajo de Plaza ha llenado múltiples lagunas que dejaron sus antecesores en el tratamiento del tema (Mas, Pantoja, Gómez de la Serna, etc.). Aquí se va a tratar solamente de "lo que ocurrió" en las Cortes de Cádiz intentando su interpretación.

De acuerdo con el sistema parlamentario, las opiniones a que nos referiremos estaban sometidas a contradicción por el sistema de autorizaciones de que luego se usó para elaborar la Ley de Enjuiciamiento civil, en 1855 (20); se trató de la cuestión de modo oral y público.

En síntesis, los motivos básicos a que obedeció la instauración en Francia del recurso de casación por la Asamblea Constituyente, en 1790, fueron los de proteger los principios supremos de separación de los poderes estatales y de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El principio de separación de poderes (21), con su motivación en evitar los excesos que el Poder judicial había cometido durante el "ancien régime"; tanto los habían cometido los Parlements contra las Ordenanzas emanadas del Rey, como el propio "Conseil des Parties", que vino a llegar a ser un instrumento arbitrario del despotismo absolutista.

Pero hay que observar aquí que las líneas básicas del instituto, tal como fué concebido, lo dirigieron solamente contra posibles abusos del Poder judicial frente al legislativo, mas no a la recíproca. Aquí hay que hallar una de las causas históricas de la profunda evolución sufrida por el recurso de casación desde entonces (22).

(19) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., t. I (I y II).

(20) Cfr. sobre la elaboración de esta Ley procesal, FAIRÉN GUILLÉN, *Historia de la Ley procesal de 1855*, en "Actas del I Congreso Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal", Madrid, 1955, pág. 435 y ss.

(21) Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*

Recuérdense aquí, fundamentalmente, la doctrina de MONTESQUIEU en el fundamental —para todo jurista moderno— Libro XI (Cap. VI "De la constitución de Inglaterra") de su "Del espíritu de las leyes".

(22) Es trascendental aludir aquí a las atribuciones concedidas al Se-

Mediante la implantación del principio fundamental de igualdad de los ciudadanos ante la ley, se trataba de obtener, entre otros resultados, el de evitar que la ley, "la ley" rousseauiana, no pudiera asumir significados diversos en su aplicación a los casos concretos. La interpretación judicial del Derecho constituía, a los ojos de los revolucionarios, un peligro para ambos principios.

Siendo la prístina función de la casación la de defender mediante su control al derecho objetivo (nomofilaquia), la de regular la interpretación del derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, no aparece con simultaneidad a la anterior (por la razón de que los revolucionarios temían a la interpretación judicial del derecho, y la evitan mediante el "référé legislativo), si bien la estimamos ligada con la necesidad básica de unificación del Derecho.

Apareció esta última, como función de la casación, cuando el Tribunal casatorio asumió la posición de un Tribunal Supremo, con lo que se halló absorbido "por aquel mismo ordenamiento judicial que debía vigilar desde fuera de él" (23).

Pero ocurrió el fenómeno, que Calamandrei aplica a la recepción del recurso en su país, de que "a pesar de ello, la doctrina no pareció, sin embargo, darse cuenta de la transformación; y cuando el instituto se trasladó (a Italia), en medio de unas condiciones políticas absolutamente diversas de aquellas en que se encontraba en Francia en los primeros años de la Revolución, nuestros más eminentes juriconsultos vieron, sobre todo en la Corte de Casación, el ejercicio de "un poder censorio destinado a mantener inviolada la observancia de la ley" y a "contener dentro de su esfera al poder judicial", y alguno pareció considerar que el lograr la uniformidad de la jurisprudencia, consecuencia posible pero no necesaria de la Corte de Casación, no constituyese en modo alguno una finalidad de este instituto" (24). Estas aleccionadoras palabras, veremos en ulteriores estudios cómo son parcialmente aplicables a España.

Apareció, pues, como objetivo de la casación, el de velar por la unidad de la jurisprudencia, cuando desaparecía paulatinamente el temor del legislador a que los jueces interpretasen sus leyes—aten-
tando así contra el Poder legislativo—: este temor, lógicamente, debía desaparecer con mayor rapidez en donde, por razón de la complicación y multiplicidad de sistemas de fuentes del Derecho y de

nado francés por la Constitución del Año VIII (13 diciembre 1799) en su artículo 21 sobre anulación de actos inconstitucionales, así como en la Constitución de 14 de enero de 1852; esta garantía, esta cautela —bicameralidad— contra la inconstitucionalidad de las leyes en periodos históricos que sobrevienen bruscamente después de otros en que el poder legislativo ha predominado de modo notorio, nos da una pauta para explicar el desvío de la atención de los pueblos de la casación, a los recursos de inconstitucionalidad (nos referimos a la casación tal y como se halla actualmente); de aquí la disminución o pérdida del carácter político de ésta.

(23) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. t. II, pág. 102.

(24) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, III, pág. 202 y ss.: en España, PLAZA, *Casación*, cit. pág. 63 y ss.

las fuentes mismas, la interpretación se hacía vehementemente necesaria.

Pero el problema de la unidad de la legislación de un país tiene también una candente calidad política, puesto que se trata de un elemento básico de su constitución; a lo dicho sobre esta materia por Calamandrei (25) y por Plaza (26), añadamos el recuerdo concreto de la evolución y estado de los diversos regímenes jurídicos españoles en la época, que, aunque ya muy cercenados en materia de Derecho público a favor de una centralización castellana, constituían diversos elementos heterogéneos a considerar necesariamente para conseguir un buen gobierno de la nación (27).

Y lógicamente, si la calificación debía ser seguida por una interpretación jurisprudencial uniforme, la jurisprudencia a su vez podría hacer sentir su efecto unificador (en beneficio de uno de los regímenes materiales en colisión) ya antes de llegar a ella, preparándola (recuérdese, a título de ejemplo, la labor de nuestro Tribunal Supremo sobre el plazo de caducidad de los retractos forales en el siglo pasado). Esta labor jurídica, pero de indudable trascendencia política (contemplemos una vez más el en ocasiones tenebroso panorama foral español del siglo XIX), fué cumplida en más de una ocasión a través de la casación, aunque en este punto el Tribunal Supremo se aparta una vez más (si quisiéramos hacer una comparación) de la misión fundamental que al Tribunal de Casación confió la Asamblea Constituyente francesa de 1789 (28).

7. Consideramos de interés reproducir aquí, para su mejor manejo, diversos textos de la Constitución española de 1812, que tienen relación con el "recurso de nulidad" en ella introducido—relación inmediata o mediata—(29).

Aparecía en ella el principio de separación de poderes en los artículos 15, 16 y 17: este último, que afectaba al Poder judicial, quedó redactado así:

"La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley."

(25) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. II, 65 y ss.

(26) Cfr. PLAZA, *Casación*, cit. pág. 19' y ss.

(27) En la Constitución de Cádiz de 1812 aparece de modo normativo el principio de la unidad de la legislación española:

Art. 258. "El Código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por tales circunstancias podrán hacer las Cortes".

Las cuales tropezaban con resistencias que se manifestaban, en general, a través de argumentaciones foralistas y localistas a lo largo de las diversas discusiones, como puede comprobarse en los "Diarios de Sesiones".

Art. 244. "Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales..."

(28) Cfr. arg. en CALAMANDREI, *Casación* cit. I (II), pág. 132 y ss. (después de la abolición del *référé* por la Ley de 1837).

(29) Se ha trabajado sobre el texto publicado por SÁNCHEZ AGESTA.

Este texto no dió lugar a discusión alguna (30); la desconfianza de las Cortes se manifestó al discutirse el artículo 15 (31), con respecto al Rey (los hechos demostraron, en 1814 y en 1823, lo fundada que era esta desconfianza por parte de una serie de diputados) (32).

Se desarrolló este principio, así plasmado, en el Título V de la Constitución ("De los Tribunales y de la administración de Justicia en lo civil y criminal". Capítulo I. "De los Tribunales").

"Artículo 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los Tribunales" (33).

"Artículo 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos" (34).

"Artículo 244. Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas."

"Artículo 245. Los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado" (35).

"Artículo 246. Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia" (36).

"Artículo 254. Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren."

Estas disposiciones abren el camino hacia la formación de un Supremo Tribunal, que aparece en el artículo 259:

"Habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia."

"Artículo 260. Las Cortes determinarán el número de magistrados que han de componerlo, y las Salas en que ha de distribuirse."

"Artículo 261. Toca a este Supremo Tribunal:

1.º Dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las Audiencias con los Tribunales especiales, que existan en la Península e Islas adyacentes. En Ultramar se dirigirán estas últimas según lo determinen las leyes.

(30) Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes de Cádiz (Generales y Extraordinarias)*, diario núm. 336, de 3 de septiembre de 1811, pág. 1749, t. III.

(31) Art. 15.—La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

(32) Cfr. la discusión en *Diario de Sesiones*, últ. cit. a partir de la página 1479; intervenciones de los diputados CASTELLÓ, ANER, MUÑOZ TORREIRO, OSTOLAZA, CONDE DE TORENO, TERRERO, GUTIÉRREZ HUERTAS Y ARGÜELLES.

(33) Esta expresión ha llegado, casi textualmente, en su vigencia, hasta nosotros (cfr. art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

(34) Recuérdese el texto del artículo 1.º del Cap. V de la Constitución francesa de 1791.

(35) Cfr. el artículo 2.º a. f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente.

(36) Recuérdese el texto del artículo 3.º Cap. V, de la Constitución francesa de 1791.

2.º Juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho, cuando las Cortes decretaren haber lugar a la formación de causa (37).

3.º Conocer de todas las causas de separación y suspensión de los consejeros de Estado y de los magistrados de las Audiencias.

4.º Conocer de las causas criminales de los secretarios de Estado y del Despacho, de los consejeros de Estado y de los magistrados de las Audiencias, perteneciendo al jefe político más autorizado la instrucción del proceso para remitirlo a este Tribunal.

5.º Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de este Supremo Tribunal. Si llegare el caso en que sea necesario hacer efectiva la responsabilidad de este Supremo Tribunal, las Cortes, previa la formalidad establecida en el art. 228, procederán a nombrar para este fin un Tribunal compuesto de nueve jueces, que serán elegidos por suerte de un número doble.

6.º Conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposiciones de las leyes.

7.º Conocer de todos los asuntos contenciosos pertenecientes al Real patronato.

8.º Conocer de los recursos de fuerza de todos los Tribunales eclesiásticos superiores de la Corte.

9.º Conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el art. 264. Por lo relativo a Ultramar, de estos recursos se conocerá en las Audiencias en la forma que se dirá en su lugar.

10. Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes.

11. Examinar las listas de las causas civiles y criminales, que deben remitirle las Audiencias para promover la pronta administración de justicia, pasar copia de ellas para el mismo efecto al Gobierno, y disponer su publicación por medio de la imprenta.

8. Antes de entrar en el examen de las disposiciones que afectan más directamente al recurso de nulidad, anotamos que al discutirse el artículo 244 de la Constitución (el 243 del Proyecto), el diputado Calatrava propuso la siguiente adición: "El modo de enjuiciar, así en lo civil como en lo criminal, será uniforme en todos los Tribunales" (38); el diputado Espiga, la interpolación, entre la palabra "proceso" y "ni las Cortes" de la frase "que serán uniformes en todos los Tribunales". Se aprobó esta última adición (interpolación, mejor dicho) (39), retirando Calatrava su propuesta.

(37) Recuérdese aquí el sistema establecido para juzgar de los delitos los ministros y principales agentes del Poder ejecutivo por el artículo 23, Capítulo V, de la Constitución francesa de 1791.

(38) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 414, de 20 de noviembre de 1811, página 2301. a. f. y s., t. III.

(39) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 2302.

A) El art. 254 de la Constitución (253 del Proyecto) (cfr. supra su texto) pasó sin que se hiciese mención alguna sobre su posible relación con el futuro art. 261, en cuanto a las nulidades previstas en su párrafo 9.º,

B) Pero de la discusión, pueden extraerse consecuencias de las siguientes manifestaciones del diputado Luján:

"Esta responsabilidad tan apetecida —decía— será nula si en algún caso deja la ley a los jueces guardar o no la formalidad que debe arreglar el proceso; si queda en arbitrio extender o restringir los términos o dilaciones de las causas; y en una palabra, *si no se dispone que la ley sea solamente la que señale los litigios, la que conceda sus términos, y la que señale todas las formalidades que debe haber en todos y cada una de sus complicadas y variadas actuaciones*". "El Juez es una ley que habla" (40) ... "mas para haber realizado ese tan laudable deseo es absolutamente necesario que la ley tenga bien consignados los trámites de los juicios, por manera que no puedan alterarse por otra autoridad que la ley misma" (41).

Queda clara la concepción de la preeminencia absoluta de la ley y del peligro de la interpretación en lo procesal. Referido a lo material, un legislador francés de 1790 no hubiera dicho menos:

Continuaba Luján exponiendo el por qué en los juicios ejecutivos se había podido obtener siempre la exacción de la responsabilidad judicial: "porque en la vía ejecutiva se hallan señalados por la ley los términos; éstos eran fatales; están consignadas las más menudas circunstancias; hay fórmulas establecidas para la pretensión... la falta de solemnidades, o sea fórmulas, induce nulidad; y como ésta es visible a cualquiera, podía pedir que se aplicase la ley al que la ofendía no observándola".

En virtud de ello, acababa pidiendo —nada menos—:

"Iguálense en los efectos los términos, las solemnidades y fórmulas de los juicios ordinarios, civiles y criminales, a lo que está prevenido para los ejecutivos; y esta sencillísima determinación acabará para siempre con la arbitrariedad de los jueces, como lo ha hecho en éstos" (42).

El artículo se aprobó tal y como iba en el Proyecto.

C) El discurso de Luján podría dar lugar a jugosos comentarios, tanto por verse en él ideas plenamente ligadas con las adoptadas por los revolucionarios franceses, como por su propuesta "sencillísima", que

(40) *El juez es imagen viva de la ley*. Recordemos aquí a D'AUGESSEAU, que tanta influencia tuvo en la evolución de la casación francesa en el *ancien régime*. (Cfr. sus *Arreglos y discursos*, trad. española de ALARCÓN TORRUBIA, Madrid, 1804, t. I, pág. 150). Muchas ideas de varios de sus discursos son básicas para ciertos legisladores franceses de la Constituyente.

(41) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 14, del 20 de noviembre de 1811, página 2302, t. III.

(42) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 1302.

no debe serlo tanto, pues aún continuamos en plena época de crecimiento de la ya numerosa familia del procedimiento. Desde el punto de vista que aquí nos interesa, apunta en él claramente el clásico argumento de la arbitrariedad de los jueces al interpretar éstos disposiciones dudosas o vagas, argumento básico contra el que en Francia se electó como dique la casación. Pero con esta fundamental diferencia: la casación francesa, por sus fundamentos doctrinales, tendía predominantemente a combatir la interpretación de las leyes materiales; la Constitución de Cádiz y la argumentación de Luján en este punto— se dirigen a combatir los abusos en la interpretación de las leyes procesales.

Reiteramos además la observación ya hecha, de que en la discusión del art. 254—y esto, como se verá, es de trascendencia—ni Luján, ni ningún otro de los intervinientes (Calatrava, Aner, Espiga, Dou, Creus, Zorraquín, Argüelles Villagómez, Zumalacárregui, Villafañe, Mendiola, Morales Gallardo y Aznárez) hicieron mención alguna del problema de las nulidades a que se iba a referir el art. 261-9.º (260 del proyecto) en relación con el que se discutía.

9. Antes de entrar en el examen del núm. 9 del art. 261, examinemos brevemente el núm. 10: “Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes”. Se trata, a nuestro entender, de una manifestación del “référé législatif facultatif” francés fijado en el Decreto de 16 de agosto de 1790 (art. 12. Tit. II), destinado, evidentemente, a evitar que “las dudas sobre la inteligencia de alguna ley” llevasen a los Tribunales españoles a una interpretación posiblemente abusiva, a la cual se debía temer por los mismos fundamentos que los legisladores franceses (43); un medio preventivo para evitar los temidos abusos del Poder judicial, que sujetaba absolutamente a éste al legislativo, confundiendo interpretación auténtica y jurisprudencial (44).

En efecto, esta “conveniente declaración en las Cortes” habría que ligarla con el texto del art. 131 de la Constitución en su núm. 1:

“Las facultades de las Cortes son: 1.ª Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario”.

A las Cortes podría llegar el asunto por medio del Rey (art. 261-9.º y 171-14; “hacer a las Cortes las propuestas de leyes o de reformas, etcétera”), aunque la vía específica la da el mismo art. 261-9.º.

En este “référé” del art. 281-10 hallamos una manifestación a nuestro entender clara, de cómo se recibió en España el sistema de garantías de la separación de poderes, defiriéndose ésta, trascendental, al cuerpo legislativo.

(43) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 48.

(44) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. I (II) loc. cit.; PLAZA, *Casación*. cit. arg. página 66.

El Référé de 1790, según CALAMANDREI, se hallaba ya en la Ordenanza de Blois de 1667.

Anotemos también que el núm. 10 del art. 261 no dió motivo a discusión alguna (45); y que el interesantísimo 131-1.^a, se aprobó sin que en la corta discusión se hiciese referencia alguna a la “interpretación” de las leyes. (Fué solamente la palabra “proponer” la que dió lugar a escasa discusión entre Villanueva y Muñoz Torrero—por la Comisión—) (46).

10. Comenzando el examen de lo “sucedido” sobre el art. 261 de la Constitución, hagamos constar ante todo, que, aun en el caso—que después examinaremos—de que la figura contenida en el núm. 9 del mismo fuera un recurso de casación, el Supremo Tribunal de Justicia, ya “a nativitate” no era un Tribunal de casación puro (47).

Era un tribunal de competencias y de resolverlas en grado supremo; de conflictos jurisdiccionales (recursos de fuerza); tenía atribuciones en materia criminal por razón de delitos cometidos por personas que desempeñasen altos cargos políticos y administrativos (48) y aun judiciales—comenzando por sus propios magistrados, lo que provocó alguna protesta en la discusión— (49).

11. Pasemos a examinar la parte de la discusión del art. 259, que tiene, a nuestro entender, interés para el desarrollo del tema.

El Conde de Toreno, en ella, se mostraba alarmado, con otros diputados, por las amplias atribuciones penales del Tribunal Supremo de Justicia con referencia al núm. 4 del 261 (cfr. su texto, supra); se expresaba así en el tema de la “independencia recíproca de los poderes estatales”:

“La potestad legislativa es la menos temible de todas; la remoción frecuente de sus individuos... y lo numeroso de su corporación, reunida en un solo punto... (hacen... muy difícil se desmande en perjuicio suyo por la naturaleza de su forma.” “No así las potestades ejecutivas y judicial, especialmente la última” (50).

No estimando que la Comisión preparadora del Proyecto “haya

(45) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2342, t. III.

(46) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 366, de 2 de octubre de 1811, página 1983, t. III.

(47) Son aplicables aquí los argumentos de CALAMANDREI en *Casación*, cit. I (II), pág. 94 y ss.

(48) La solución adoptada en la Constitución francesa de 1791 para la delincuencia de ministros y agentes principales del Poder ejecutivo, era la de deferirlos a una “Cour nationale”, formada por los miembros del Tribunal de casación y por jurados (art. 23 Cap. V.).

(49) Nada aporta sobre las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia español de 1812, la obra de HERZOG, *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (Toulouse, 1942); era HERZOG persona muy indicada para efectuar un examen comparativo del mismo con Tribunal de Casación de 1790.

(50) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 415, de 21 de noviembre de 1811, página 2307, t. III.

proveído de manera que se remedie el mal y *se contenga el gran poder que ejercen estas autoridades*" (51), pedía la constitución de "otro Tribunal separado del Supremo Tribunal de Justicia; elegido por las Cortes a efectos de fijar la responsabilidad de los magistrados y agentes del poder ejecutivo" (52) (que habría podido basarse, según él, por ejemplo, en el modo de juzgar antiguamente en Aragón por razón de los "greuges" o agravios cometidos por el Rey o sus oficiales) (53) (54).

Podemos contemplar la posición del Conde de Toreno como la inicial de la que arrancó la construcción francesa de la casación revolucionaria; posición basada en la desconfianza de los abusos del Poder judicial, abusos que se citan no como posibles, sino como pasados, ocurridos.

Este temor se justificaba por Morales Gallego (en la discusión de una adición propuesta por Zorraquín al texto del art. 261-9.º y que no se debatió con el texto del 262) (55), alegando la necesidad de una tercera instancia (tema sobre el que se tratará, en relación con el recurso de nulidad), diciendo sobre la necesidad de "poner una regla fija en el sistema judicial para que tengan término los pleitos" que era "asunto que, en verdad, requiere una reforma tal, que *evite en lo sucesivo la arbitrariedad de los jueces, nacida en gran parte de la confusión de las leyes. Esta, y el abuso que se ha hecho de ellas, introdujeron la mala costumbre de que el Consejo avocara* (56) *a sí el conocimiento de muchos negocios, arrebatando los autos de los tribunales territoriales por medios no conocidos, y atribuyéndose facultades muchas veces contrarias a las mismas leyes*" (51) (58).

Téngase en cuenta la "Planta" del Consejo de Castilla y su actuación confusa; la posición de Morales Gallego es paralela a la de los representantes franceses opuestos al "Conseil des parties" en la Asamblea Constituyente.

12. El párrafo 9.º del art. 261 (260 del Proyecto), conteniendo la formulación del recurso de nulidad, se votó sin perjuicio de valorar

(51) Cfr. *Diario de Sesiones*, loc. últ. cit.

(52) *Diario de Sesiones*, cit. loc. cit. pág. 2309 col. 1.ª a. f.

(53) Le apoyó en esta petición el diputado PASCUAL (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 416, de 22 de noviembre de 1811, págs. 2313 y s. t. III).

(54) Recordemos la solución dada por el art. 23 del cap. V de la Constitución francesa de 1791 (la "haute Cour Nationale").

(55) Art. 262.—"Todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia".

Cfr., infra, la adición pedida por ZORRAQUÍN al art. 261-9.º.

(56) Debía referirse al Consejo de Castilla.

(57) Cfr. la actuación del "Conseil des parties" francés en CALAMANDREI, "Casación", I (I), págs. 377 y ss.; brevemente sobre el Consejo de Castilla, PLAZA, Casación, cit., págs. 88 y ss.

(58) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2344, t. III.

después la adición solicitada por Zorraquín: el "Diario de Sesiones" dice textual y únicamente sobre este párrafo tan importante:

A) "Suscitóse una larga discusión acerca de si debía hacerse mención en este párrafo del recurso de injusticia notoria, como lo creía indispensable el Sr. Zorraquín, pero habiéndose hecho presente por el Sr. Argüelles que el Tribunal Supremo de Justicia debía conocer de todas las causas relativas a cualesquiera faltas o delitos cometidos por los jueces en razón de su ministerio, y oídas las reflexiones del Sr. Gutiérrez de la Huerta sobre la necesidad de fijar un término a los juicios que la comisión creyó debían ser tres las instancias, se procedió a la votación de dicho párrafo, que quedó aprobado conforme está, sin perjuicio de las adiciones que habían indicado varios señores diputados, cuya discusión se reservó para el día siguiente" (59) (60).

(Como ya se dijo anteriormente, el interesante párrafo 10 del artículo 261 quedó aprobado sin discusión) (61).

B) La propuesta de adición de Zorraquín al párrafo 9.º del artículo 261, a discutir tras su aprobación, como hemos visto, era de un texto altamente interesante, por las manifestaciones en ella contenidas y por la discusión y exposición de puntos de vista que se produjeron en torno al tema allí planteado, tanto al discutirse el art. 262, cómo la propia adición (que, anticipamos, fué rechazada); todo ello afecta en gran medida a la actuación del nuevo Supremo Tribunal de Justicia en cuanto al recurso de nulidad (o sea, a la presente casación); rezaba así:

"Pertenece igualmente al Supremo Tribunal de Justicia el conocer (por el recurso que se estime más conveniente) del abuso que los jueces hicieran de su autoridad en la mala aplicación de las leyes en la tercera instancia, a efecto de reparar el agravio que con esta determinación se causaría, y exigir la más estrecha responsabilidad de los jueces por el cumplimiento sustancial de sus deberes" (62).

"Abuso que los jueces hicieron de su autoridad en la mala aplicación de las leyes en la tercera instancia, a efecto de reparar el agravio que con esta determinación se causaría." ¿Estábamos ya nada menos que ante un proyecto de instauración de lo que luego se vino a llamar en España "casación por infracción de ley", aumentando en ella el interés particular y teniendo ya el Tribunal Supremo jurisdicción positiva? Notable cosa hubiera sido, y hubiera dado otra vía diversa a las escasas líneas del recurso concebido en el art. 261-9.º.

(59) Lo referente a Ultramar (último miembro del párrafo 9.º) se definió, a efectos de discusión, a la del art. 267 del Proyecto (268 de la Constitución) (cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 noviembre 1811, pág. 2342 t. III).

(60) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 420, de 26 de noviembre de 1811, página 2330, t. III.

(61) Cfr. *Diario de Sesiones*, de 28 de noviembre de 1811, núm. 422, página 2342, t. III.

(62) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2342, t. III.

a) En realidad, Zorraquín, estaba imbuido por la idea de convertir al nuevo Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia (idea que se transmite hasta nosotros a través de todo el siglo XIX) (63); comienza ya la lucha entre la tendencia "casacionista más pura" (permítase esta expresión, de contenido relativo) y la favorable a un recurso supremo, emparentado o no con los anteriores de injusticia notoria o segunda suplicación; el mismo Zorraquín, en su rectificación final, dijo no haber pretendido referirse (como lo interpretaron otros diputados y vamos a ver) "precisamente al recurso de injusticia notoria ni otro alguno, sino que sólo al ciudadano agraviado por la tercera instancia quedase el arbitrio de una cuarta instancia" (64).

C) En la discusión del proyecto de artículo 261 (260 en el propio proyecto), que precedió a la de la enmienda de Zorraquín, trasladada a él desde el 261 de la Constitución ya aprobado totalmente, se debatió sobre el problema de las instancias. (Ya era mal síntoma para él que hubiera querido ver en el proyecto de adición de Zorraquín algo referente a la casación, el hecho de fijar su discusión con la de un artículo en que se trata de las instancias.)

El problema fundamental—o de los fundamentales—se lo plantearon varios diputados, poco más o menos, en los términos en que lo hizo Añer:

"Por el sistema que se propone (el del art. 262 de la Constitución) habrá tres instancias en las causas: una en el Tribunal inferior y dos en la Audiencia, en dos distintas Salas... (65); llegará con frecuencia el caso de que la última Sala no se conforme o revoque las sentencias dadas por el inferior y por la primera Sala de la Audiencia, y en tal caso *hallo la necesidad de una cuarta instancia*, la que, en mi concepto, *deberá instaurarse en el Supremo Tribunal de Justicia*, o cuando menos, en la misma Audiencia, reuniéndose mayor número de ministros." Y añadía: "Entiendo que la justicia y el interés de los litigantes lo exigen así" (66).

Tengamos en cuenta que si bien no se discutía en este momento la adición de Zorraquín, sí se discutía un artículo al que podría ir adicionada, y que había sido propuesta para añadir al 261-9.º (esto es, al recurso de nulidad), lo que hubiera podido hacer pensar en la posibilidad de un recurso de nuevo tipo. Pero por el razonamiento

(63) Cfr. arg. en la posición de GUASP, en ob. cit. supra, y en sus Ponencias a los I y II Congresos Nacionales de Derecho Procesal (para la primera, cfr. *Actas* de dicho Congreso, Madrid, 1950, pág. 109 y ss.; para la segunda, el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Derecho Procesal, núm. 47, de 15 de abril de 1954, págs. 8 y s.). También, últimamente, CONDOMINES (*Sobre el recurso de casación en materia civil*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid 1956, fasc. 4.º, passim).

(64) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 424, de 30 de noviembre de 1811, página 2354, col. 2.ª a. f.

(65) De vista y de revista.

(66) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422 cit., pág. 2343.

de Añer—que recoge, en este caso, la media de la discusión—venimos que no se puede estar más lejos de las ideas que informaron a la casación francesa. “Cuarta instancia”, “interés particular” y “justicia”. Por otra parte, Añer era un intérprete del movimiento a favor de convertir al Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia más.

A partir de este momento, la discusión aparece una especie de cálculo de probabilidades de justicia, de no mucha altura jurídica: por los diputados se removían, sumaban y restaban instancias; de ser cuatro, podría ser necesaria una más para conseguir el desempate si había dos favorables a cada parte (67); recordemos que Morales Gallego se oponía a la admisión de un recurso de injusticia notoria ante el Supremo Tribunal de Justicia, porque “por este medio quedaba un camino abierto para sacar los negocios del territorio de la instancia...” (68) (en el mismo discurso, había aludido a los abusos que cometía el Consejo de Castilla avocando a sí mismo el conocimiento de muchos asuntos “por medios no conocidos” y atribuyéndose facultades muchas veces contrarias a las mismas leyes; con esto se adivinará el porqué de su afirmación en este lugar; se reitera el tema de desconfianza hacia una suprema autoridad judicial).

D) Por la Comisión, Argüelles protestaba de la confusión que se había producido en algunos—y fuerte confusión—entre el recurso de nulidad, “reservado al Supremo Tribunal de Justicia, con el de injusticia notoria, que antes se interponía ante el Consejo”. “El recurso de nulidad—aclara—que propone la Comisión, tendrá solamente lugar en los casos en que no se observen en la tercera instancia las formalidades que la ley prescribe para el examen de las causas. Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva...” (69), no dejando de protestar contra el recurso de injusticia notoria en cuanto a su nombre en términos crudísimos (70); se proponía, naturalmente, su supresión (71).

(67) Cfr. ARGÜELLES, en *Diario de Sesiones*, núm. 422, cit., pág. 2346.

(68) Cfr. en el mismo sentido GALLEGO (*Diario de Sesiones*, núm. 424, de 30 de noviembre de 1811, pág. 2354); opinaba por su parte GUTIERREZ DE LA HUERTA que “para causas ejecutoria fuesen necesarias dos sentencias conformes”, conformándose así con el proyecto, pero apuntando su duda para el caso de que la tercera sentencia revocase las dos anteriores; y se volvía a comenzar (*Diario de Sesiones*, núm. 422 cit., págs. 2343 y s.).

(69) Cfr. *Diario de Sesiones* de 28 de noviembre de 1811, núm. 422, página 2346, t. III.

(70) “Si la injusticia era notoria —arguía—, los jueces cometían el mayor crimen posible; y siendo esto así, no debía admitirse en todos los casos sin muchas precauciones por no ser inverosímil que ningunos jueces incurriesen tan a menudo en injusticias notorias. ¿Y es posible, Señor, que siempre los había de haber, pues que solicitando el recurso, y hecho el depósito correspondiente, rara vez o nunca se negaba? Y si las injusticias notorias eran tan frecuentes, ¿cómo no lo ha sido (sic) en la misma o próxima proporción la responsabilidad de los jueces prevaricadores? ¿Cuántas Audiencias, cuántos jueces o magistrados se

E) La discusión se centró, pues, sobre el problema del número de instancias (en relación con su respectivo resultado) y sobre la suplicación o no de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación (72). Los mismos o semejantes argumentos se reprodujeron al tratar de la adición propuesta por Zorraquín (que comenzó cubriéndose con su deseo de que el recurso propuesto, “llámese como se llamare”, era para “precaer los daños que podían resultar al ciudadano por la arbitrariedad de los jueces”) (73), manifestándose movimiento casi general contra el recurso de injusticia notoria (así, Giraldo y Mendiola); rectificó Zorraquín —y su texto se ha insertado anteriormente—, y la propuesta fué rechazada, desapareciendo así los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación (74), puesto que el artículo 262 fijó que “todas las causas civiles... se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia”.

Todo lo expuesto deja perfectamente claro cómo la tentativa de Zorraquín, no admitida, se dirigía hacia el problema de las instancias, mas no al de la “casación por infracción de ley”, de norma legal sustantiva: hacia allí le siguió el pensamiento de los demás intervinientes en la discusión del artículo 262 y de la enmienda. Argüelles, sin fijar claramente las características fundamentales del error que algunos cometían confundiendo los diversos recursos, determinó claramente, por la Comisión, el ámbito del de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia: limitado a controlar “la observancia en la tercera instancia de las formalidades que la ley prescriba para el examen de las causas” (75).

13. A las vista de este panorama histórico intentaremos interpretar a la luz de la doctrina la labor de las Cortes:

A) Según Calamandrei (76), la admisión en Francia del recurso de casación por causa de “un procedimiento en el que se hayan violado las formas”, siempre que se trate de “formas procesales prescritas so pena de nulidad” (Decreto de 27 de noviembre-1.º de diciembre de 1790), surtía un resultado específico.

han visto depuestos, castigados ejemplarmente en virtud de haberse declarado la notoriedad de la injusticia? (*Diario de Sesiones*, cit., pág. 2346, col. 1.ª a. f.).

Ahora nos hemos vuelto a encontrar con esta denominación en vigor (Ley de Arrendamientos Urbanos, art. 135 y ss.).

(71) Expresaba la voluntad de la Comisión de que se suprimiese dicho recurso; abonaba por este parecer, entre otros, LUJÁN (*Diario de Sesiones*, número 423 de 29 de noviembre de 1811, pág. 2349, col. 1.ª a. p.).

(72) *Diario de Sesiones*, últ. cit., págs. 2347 y ss., interviniendo en las discusiones, además de los citados, los diputados VILLAGÓMEZ, OLIVEROS, LEIVA, MORAGUES y BORRUL.

(73) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 424. de 30 noviembre 1811, pág. 2353.

(74) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 2355.

(75) Así quedó, desde este punto de vista, el art. 47 del Decreto de 9 de octubre de 1812 que desarrollaba el art. 261 de la Constitución.

(76) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 90.

Estas normas tenían su base en el pensamiento de que también las normas procesales eran leyes que el juez debía respetar, por lo que aparecía la consideración política de que “el defecto del proceso tiene su origen en una inobservancia de la norma jurídica” (77). Pero su consecuencia era “desnaturalizar el sentido político de la casación, en cuanto no tiene en cuenta la profunda diferencia que existe, desde el punto de vista político, entre la violación de ley cometida por el juez “in judicando” y la cometida por el “in procedendo”; en efecto, la primera constituye un abuso de la facultad de “declarar” la ley, que constituye el oficio característico y exclusivo del juez, mientras la segunda no difiere de la simple inejecución de un precepto jurídico que puede ser cometido por cualquier funcionario o por cualquier ciudadano, de suerte que en la primera y no en la segunda puede verse aquella sustitución de la voluntad del juez a la voluntad del legislador que a la Revolución francesa tanto asustaba, y para impedir la cual instituyó precisamente el Tribunal de Casación”.

B) Para el maestro de Florencia, la falta de distinción de los legisladores franceses entre los errores cometidos por el juez “in judicando” o “in procedendo”, a efectos del recurso de casación, proviene de haber aceptado la idea, procedente del “ancien régime”—de la Ordenanza de Blois de Mayo de 1579, mantenida en la de 1667—, del poder general del monarca de anular toda sentencia dictada en contravención de cualquiera de sus Ordenanzas, sin “distinguir entre violación de leyes relativas al proceso y violación de leyes concernientes al fondo” (78), por la razón de que se “concebía toda violación de Ordenanzas como un error “in procedendo”, como un acto contrario a las mismas, en cuanto que ellas mandaban “proceder” de un modo diferente a aquel de como el juez había procedido”. El atentado no radicaba solamente en el hecho de que los Parlamentos juzgasen contra las Ordenanzas, o sea, que aplicasen a los hechos controvertidos normas que no respondiesen a ellas, sino, principalmente, en el hecho de que los Parlamentos desobedecieran el mandato de las Ordenanzas, o sea, no hiciesen lo que en ellas se mandaba hacer: la gravedad del caso estaba más en que el juez era un funcionario real que en que era juez (79). “Los grandes peligros que pueden derivar al ordenamiento público cuando el error de derecho que se cometa por el juez precisamente en el delicado momento en que aplica la ley al hecho, no fueron advertidos por los reyes franceses” (80). Esta falta de distinción pasó a los revolucionarios.

Y termina Calamandrei: “Si la Asamblea hubiera querido aplicar tal concepción en sus consecuencias lógicas, habría debido establecer que la transgresión de cualquier ley procesal da lugar a la casación,

(77) Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., loc. cit. y pág. s.

(78) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, I (I), pág. 326.

(79) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, I (I), pág. 327.

(80) Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., I (I), pág. 327.

precisamente porque en toda transgresión, aunque con diversa gravedad de efecto sobre la validez de la constitución procesal, existe igualmente la voluntad de ofender a la ley" (81).

C) Esta "desnaturalización" del sentido político de la casación residía, según Calamandrei (82), en que tratándose de anulación por error "in procedendo", el Tribunal de casación entraba a examinar la relación procesal viciada, no siendo aplicable el principio de que no podía entrar en el conocimiento de los hechos ("En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaitre du fond des affaires", art. 20, cap. V Constit. de 1791), porque debía dedicarse a examinar cuál habría sido el hecho del juez que constituía el error "in procedendo", y podía anular solamente cuando esta investigación de los hechos procesales hubiese dado resultados afirmativos.

Además de esta consideración, refiriéndose al Decreto francés de 1793 y demás disposiciones en que se halla la expresión "formes de procédure prescrites sous forme de nullité", dice que es ésta la que más contribuye a esa "desnaturalización" política de la casación, pues ello la haría pasar, desde un criterio político (de considerar como motivo toda transgresión de ley procesal) a uno procesal (de considerar solamente como motivo la transgresión de aquellas leyes que *prescriben formas esenciales so pena de nulidad*) (83).

Debemos interpolar aquí nosotros que la expresión "formes de procédure sous peine de nullité" no aparece en el artículo 20 de la Constitución de 1791 (cap. V), ni en el artículo 1.º título X, Sección IV del Proyecto de Constitución girondino ("Des censeurs judiciaires") (84), ni en el artículo 99 de la Constitución de 24 de junio de 1793 (la no puesta en práctica), ni en el 255 de la de 22 de julio de 1795—la Directorial—, ni en el 66 de la de 13 de diciembre de 1799—la Consular—: pero es suficiente el Decreto antes citado. De aquí puede surgir la impresión de que los legisladores de Cádiz aplicaron ideas de las Constituciones francesas, pero no las de sus desarrollos a través de Decretos y Leyes. ¿Es acertada esta impresión? No lo podemos decir. Puede ocurrir que, conociendo también los parlamentarios españoles los desarrollos de dichas Cartas fundamentales, no estimasen del caso seguirlos para incluirlos en la Constitución que preparaban, por razones que no se nos alcanzan, porque no se hace alusión alguna a ellas en los debates. Puede ocurrir también que les moviesen a esta conducta razones de técnica legislativa constitucional (esto es, dejando el desarrollo de los principios para ulterior legislación): pero.

(81) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92.

Y dice en nota que considerando tanto los vicios "in judicando" como "in procedendo" como "simples inejecuciones de ley", no se comprende cómo la Asamblea no sintió la necesidad de extenderla a reprimir las inejecuciones cometidas por cualquier orden de funcionarios (nota núm. 91, *Casación*, I (II), página 91).

(82) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 96.

(83) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92.

en tal caso, ¿cómo no lo hicieron en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812? Puede ocurrir, en fin—y los términos de la discusión hacen ver esta posibilidad como la más probable—, que tuvieran ideas diferentes sobre lo que debería ser el desarrollo de la norma del artículo 261-9.º y concordantes; la que en tal caso, hubiera venido a ligarse con una especie de “querella nullitatis” de las anteriores (84).

D) Así pues, resumiendo, en la mentalidad y discurso de Calamandrei pueden verse dos estadios de “despolitificación progresiva” del recurso de casación por motivo de vulneración de normas procesales:

1.º, de “despolitificación” menos fuerte, por la admisión del recurso en caso de violación de toda norma procesal.

2.º, de “despolitificación” más fuerte o desarrollada, si el recurso ha de basarse en la vulneración de alguna norma procesal de las “previstas so pena de nulidad”.

En el artículo 261-9.º de la Constitución de Cádiz se hace remisión al 254, que habla de “*toda* falta de observancia de las leyes que arreglen el proceso”; por lo que, a falta de otros datos que resulten de la discusión parlamentaria (no la hubo, como se consignó supra, sobre el tema de la amplitud de las nulidades) (85), se habría de considerar que el recurso de nulidad del 261 puede impostarse en el primer estadio de “despolitificación” señalado por el profesor italiano.

Decía aquí Calamandrei, comentando el artículo 20 del Decreto de 1790 y 24 de la Ley de Brumario del año IV, que cuando la casación era pronunciada por error “in procedendo”, el juez del “rinvio” estaba obligado a observar la formalidad procesal cuya inobservancia había sido puesta de manifiesto por el Tribunal de casación: “Dans le cas où la procédure aura été cassée, elle sera recommencée à partir du premier acte où les formes n’aurent pas été observées” (86). El imponer esta obligación daba evidentemente a la casación algo más que un puro efecto negativo.

No tenemos, desgraciadamente, a nuestra disposición norma tan clara; pero sí una expresión del miembro de la Comisión, Argüelles (que es, a nuestro entender, quien mejor sentido jurídico mostró a lo largo del debate concreto): “Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva, para que repuesta la causa (87) de su anterior estado, se vuelva a ver por el Tribunal que la cometió” (88).

Así pues, en este caso, el Supremo Tribunal de Justicia no servía predominantemente el interés de la ley, sino mejor a la Justicia, desvirtuándose la casación posible; no había conflicto entre el juez y el legislador; sólo se trataba de quitar eficacia jurídica a una decisión

(84) Cfr. arg. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92 y s.

(85) Cfr. texto super notas núms. 40 y 43.

(86) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. I (II), pág. 97.

(87) Este “de”, podría ser una errata del *Diario*.

(88) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2346, col. 1.ª, t. III.

viciada por cualquier defecto de construcción (89). La extensión del recurso de nulidad del artículo 261-9.º de la Constitución, casi textualmente, a los Tribunales inferiores, por obra del artículo 13, 9.º del Decreto de 9 de octubre de 1812, que desarrolló a aquél, vino a demostrar cómo el Supremo Tribunal de Justicia, al tratar de nulidades, actuaba como otro tribunal cualquiera, y no como de casación, sino como “suprema autoridad disciplinaria del ordenamiento judicial”, como diría Calamandrei (90).

Recordemos una vez más, a riesgo de parecer machacones, que nada se dijo en los debates sobre la amplitud de las nulidades previstas por el artículo 261-9.º en relación con el 254.

Con todo esto, ¿quiere decirse que no hubo, desde el punto de vista legal, jamás, “casación pura” ni siquiera en Francia? Cabe inducir esta conclusión, contrastando las opiniones de los juristas franceses en la Asamblea con sus resultados legislativos, como hace Calamandrei. Pero, en todo caso, si para el recurso suponía desnaturalización política la admisión por vicios procesales, aún más intensa es tal desnaturalización si mediante un recurso (el nuestro, de “nulidad”) sólo se contempla esa hipótesis y no la característica de “violation de la loi”; y las palabras de Argüelles que acabamos de transcribir bien claro lo muestran: “repuesta la causa de su estado *anterior*, se vuelva a ver”.

E) ¿Podía intentarse ver en el artículo 261-9.º de la Constitución también un recurso de nulidad sobre el fondo, reponiéndose los autos al estado anterior al de dictar sentencia? (esto es, un sistema de “casación por infracción de ley” semejante al del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838).

a) No hay en la Constitución ni en la discusión parlamentaria ningún dato (al menos, no los hemos hallado en nuestras largas y minuciosas lecturas) que permita aseverarlo; práctica, no la conocemos: el Decreto de las Cortes de 9 de octubre de 1812 (“Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia”) tampoco da noticias que favorezcan esta hipótesis, que, de llegarse a confirmar, echaría por tierra la nuestra.

b) Antes bien, la impresión general que se recoge de las discusiones es la de que, los que impugnaban el proyecto de la Comisión, lo hacían pidiendo más instancias o un recurso de injusticia notoria; pero que ni a ellos, ni a la Comisión se les ocurrió decir que el Supremo Tribunal de Justicia pudiera, conociendo en recursos de nulidad, anular solamente la sentencia y devolver los autos al inferior para que éste volviera a fallar. (¿Se había pensado en la calidad de las normas que el juez aplicaba en el proceso lógico de elaboración que le con-

(89) Cfr. Arg. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 93.

(90) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 99.

ducía a formular la sentencia?; recordemos el estricto tenor del artículo 254 de la Constitución.) De haberse pensado y dicho algo en tal sentido (esto es, de haberse insinuado un tipo de casación por "violation de la loi" como el francés de 1790), es evidente que problema tan grave, ya que no regulado por la misma Constitución —que hubiera sido lo lógico—, hubiera sido apuntado en las discusiones, puesto que al crear tal recurso, los problemas planteados por él serían gravísimos; tan graves como los que tuvieron que resolver los legisladores franceses, y tras copiosas deliberaciones.

Contribuye a asegurar nuestra tesis el texto del art. 261-10 en relación con el 131-1.º (el "référé").

No obstante, aun manteniendo tal tesis, no dejamos de pensar en la posibilidad apuntada, aunque reiteramos nuestra impresión de ser muy remota, no hallándose lo que pudiera mantenerla en las discusiones del proyecto.

Por todo lo dicho, si interpretamos literalmente el art. 254 de la Constitución en relación con la devolución del proceso que habla el 261-9.º, se llegará a la conclusión de que la figura aquí aparecida, es la de una garantía "política", pero una "casación pura", no es, si aceptamos los términos Calamandrei, de que el juez, al cometer errores procesales, no juzga (91), o mejor dicho, que juzga en otro sentido diferente (92).

c) Pero además de esta tesis, hay que tener en cuenta, en nuestro caso concreto, que el peligro de interpretación de las leyes por los Tribunales "en caso de duda sobre su inteligencia" (art. 261-10) (ei temido caso previsto por los revolucionarios franceses sobre la base de su concepto de ley), se combate, no por medio del recurso de nulidad del 261-9.º sino por la intervención del Cuerpo legislativo, consultado a través del Tribunal Supremo y el Rey (el "référé" del artículo citado y del 131-1.º).

Por ello, hay que ver que el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia de la Constitución de 1812, muy poco tiene que con el sistema de casación imaginado por los juristas franceses de la Asamblea Constituyente como medio de oponerse a posibles excesos del Poder judicial.

Así pues, la "casación española", la "nulidad" del art. 261, en su origen, aparecía ya desvirtuada, tanto a la luz de la doctrina como de sus propios autores (recuérdese la expresión de Argüelles aclarando

(91) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 91, y más ampliamente sobre esta posición de tal interés, en *La distinción entre "error in iudicando" y "error in procedendo"* en "Estudios de Derecho procesal", trad. española de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, págs. 165 y ss., y esp. 171 y ss.

(92) Esto es lo que oponía a BELING, por la tesis mantenida en su *Revisión wegen "Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren"*, en la "Festschrift für Binding", Leipzig, 1911, vol. II, págs. 87 y ss.

el sentido del citado artículo); se trataba de una garantía procesal ascendida a la de categoría política fundamental, pero en realidad, con ninguna relación con la verdadera casación política francesa y sus motivos causales de aparición.

Aunque éstos aparecen análogamente en las exposiciones de los legisladores de Cádiz, y se plasman en su obra (recuérdense los diversos artículos de la Constitución sobre el principio de separación de poderes; el núm. 10 del 261; el 131-1.º, etc.) y se muestra evidentemente el anhelo de llegar a un vehículo que garantice esta separación, *tal vehículo no aparece en el art. 261 párrafo 9.º como análogo a la casación francesa por "violation de la loi"*.

Esta norma puede servirnos mejor como indicio de una figura diferente a la casación; el mecanismo que a ésta sustituye (mecanismo preventivo) es el del 261-10 y 131-1.º, y no el del 261-9.º por lo que el sistema general difiere fundamentalmente del casatorio francés.

Podría decirse que, habiendo visto o entrevisto los legisladores españoles —mejor dicho, la Comisión correspondiente— los dos caminos de elaboración de una garantía jurídica —de control de la observancia respectiva de las normas procesales y de las materiales— eligieron para aquel control una solución que los legisladores franceses habían adoptado para este último caso y dejaron, para el control de la observancia de las leyes materiales (para el extremadamente importante problema de su interpretación) una vía abierta al Cuerpo Legislativo ("référé del 261-10, 131-1.º").

Los que quieren ver, pues, los orígenes de la casación española (o la "casación española" en el art. 261-9.º de la Constitución de Cádiz, harán bien de examinar los artículos de la misma a que nos hemos referido; si los legisladores previeron la necesidad de un mecanismo de control de la actividad de los Tribunales para garantizar la separación de poderes por dicha Carta instaurada, no lo desarrollaron ni mucho menos, como sus antecesores franceses de 1790; el Supremo Tribunal de Justicia no era un Tribunal de casación como el francés (aunque "casase"); la función que fundamentalmente le estaba atribuida allí desde el punto de vista político, no le fué atribuida aquí; la que sí le estaba al nuestro, es la que no corresponde exactamente a la concepción prístina de los revolucionarios franceses en lo que se apartaba de las del "ancien régime".

Ahora bien: lo que a nuestro entender no cabe discutir es que el recurso de nulidad tenía su base en la necesidad, de acusados matices políticos, de sustituir a los anticuados e impopulares (ya lo hemos oído por boca de Morales Gallego, por ejemplo) recursos ante el Consejo de Castilla: necesidad general de remozar el proceso por razones que excedían del marco de lo jurídico, y que son las mismas que hicieron aparecer, con rango constitucional, en la Carta que hemos comentado, a otros principios procesales (93).

(93) Cfr. p. e. j., nuestro trabajo *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1957, fasc. 1.º.

No deja de ser también de alto interés el movimiento que se nota en los debates, a favor de ulteriores instancias, intentando que el nuevo Supremo Tribunal de Justicia fuera a ser uno más de ellos; esto muestra el comienzo de una vía que se continúa a través de todo el siglo XIX, con impulso bastante para llegar hasta nuestros días; impulso que no logran frenar los que eran partidarios de la recepción casi total de la casación francesa (de una casación que no era la prístina, habiendo desplazado de su lugar preeminente la función de unificación jurisprudencial a la de nomofilaquia). Que este esfuerzo, amén de la dificultad que suponía el adoptar un vehículo, como el francés, ya en plena evolución, fuese de pocas consecuencias frente al movimiento contrario, puede tener una de sus razones en la visión que ya tenían del problema de las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia muchos de los legisladores de Cádiz.

14. Hemos dejado para este momento el examen de la opinión de Plaza, ya que para tratar de ella era presupuesto previo, la exposición de la temática tratada por las Cortes de Cádiz en torno al recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia y al sistema de control de la separación de los poderes estatales.

Dice este autor, en su conocida monografía (94), que la finalidad del recurso de nulidad de 1812 no es, en suma, la del recurso de casación, puesto que se trata “de *reponer* el proceso y devolverlo al Tribunal “a quo”, para que se hiciese efectiva la responsabilidad de los Magistrados que hubiesen infringido las leyes de procedimiento”.

Esto es, parece entenderse que la única finalidad de este recurso sería la de exigir la responsabilidad judicial.

Abonaría por la posición de Plaza (que así creemos interpretar correctamente) esta expresión de Morales Gallego: “Sólo en el caso de la nulidad que propone la Comisión, podrán ir los autos al Supremo Tribunal de Justicia y esto para el *único* y preciso efecto que allí se dispone” (95).

Para nosotros, esta argumentación de Plaza no es la adecuada al caso, aunque estemos con él en la conclusión.

El concepto de “reposición” del proceso y la idea de “devolverlo”, hay que entroncarlos con la “nulidad”. Esto es, amén de que se exija responsabilidad personal a los jueces, el proceso queda “repuesto” al estado anterior, y “devuelto” al tribunal inferior. ¿Qué haría el tribunal inferior? ¿Continuarlo —siempre que se cumpliesen las normas sobre el impulso— o no continuarlo de nuevo a partir del momento anterior al de la nulidad declarada?

El mismo Argüelles, entendemos daba la solución así:

“Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia res-

(94) *La casación*, cit., pág. 95.

(95) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2346, t. III.

pectiva, para que, repuesta de su anterior estado, se vuelva ver por el Tribunal que la cometió" (96) (97).

Esta solución no se da solamente en el curso de una oración parlamentaria (que siempre tiene mayor interés cuando es un destacado miembro de la Comisión el que la pronuncia, como lo era Argüelles en nuestro caso), sino que, a nuestro entender, aparece también en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812, que desarrollaba el art. 261 entre otras materias.

En su art. 54 (Cap. I), tratando del recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia, dice que "la Sala admitirá el recurso sin otra circunstancia, y dispondrá que con la seguridad correspondiente, y a costa de la parte que lo interpuso, se remitan los autos del Tribunal Supremo de Justicia..., citándose antes a los interesados para que acudan a usar de su derecho; pero si alguno de estos pidiese antes la remisión de la causa que quede testimonio de ella, lo dispondrá así la Sala a costa del mismo".

Prescindiendo aquí del "acudir a usar de su derecho" ante el Supremo Tribunal de Justicia, lo cual supone una amplia abertura hacia el interés privado de las partes (lo que también se hizo patente en la discusión parlamentaria de la Constitución), interés que lógicamente habría de triunfar, no simplemente con la nulidad y exacción de responsabilidad de los magistrados, sino mejor con la nulidad y reposición del proceso al estado anterior para que se continuase y volviese a fallar. ¿Para qué se habría de quedar la Sala automáticamente a petición de parte con un testimonio?

Si añadimos a esto el argumento que emana del art. 12, párrafo 8.º del mismo Reglamento, que siguiendo los términos textuales del art. 261 Constit., amplía el recurso de nulidad para aplicarlo contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia en los casos en que no haya apelación, se puede llegar a concluir que, amén de la exacción de responsabilidad, el recurso no tiene la finalidad de "matar" el proceso en un punto de su curso, sino mejor el de que una vez repuesto al estado anterior al momento de la nulidad, se continúe y termine por sus trámites.

15. A) Las Cortes continuaron su trabajo sobre el establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia. En sesión de 20 de enero de 1812, el Conde de Toreno pedía que la Comisión presentase un proyecto sobre la forma de constitución del citado organismo (98); en la sesión de 17 de marzo de 1812 —dos días antes de la solemne Promulgación de la Constitución— se presentaban las propuestas de Decretos (cuatro: para el Tribunal Supremo de Justicia, para el de Gue-

(96) Hemos expresado anteriormente nuestra opinión de que el "de" es una de las abundantes erratas de imprenta del *Diario de Sesiones*.

(97) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 noviembre 1811, pág. 2346.

(98) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 474, pág. 2662, t. IV.

rra y Marina, para el de Ordenes y para el especial de Hacienda) (99). En dos Decretos (de 17 de abril de 1812) se fijaba el modo de nombrar los magistrados y las cualidades que habrían de reunir. Entre otras cosas, se hacía referencia a las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia (y cfr. el encabezamiento del Decreto en la Colección Oficial que manejamos), pero sin aclarar nada sobre el recurso de nulidad.

El día 20 de junio de 1812, pronunciaba solemne discurso, el día de su instalación, el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia, don Ramón de Posada y Soto; este señor, ni siquiera citaba en el mismo al recurso de nulidad (100). Al día siguiente, las Cortes iniciaban la discusión del proyecto de reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, que contendría normas sobre el recurso de nulidad.

B) La discusión fué muy prolija y confusa (101). Los artículos referentes al recurso de nulidad pasaron prácticamente sin discusión, la cual se centraba, en general, más bien en los problemas de organización judicial (102).

El art. 47 del Capítulo I, afirmaba la competencia exclusiva del Supremo Tribunal de Justicia para conocer de los recursos de nulidad "que se interpongan de las sentencias de revista de las Audiencias de la Península e Islas adyacentes, o de las de vista que causen ejecutoria". El problema se resolvía de otro modo diferente cuando se tratase de los recursos de nulidad de Ultramar, art. 268 de la Constitución (103) y 48 a 52 del Reglamento (104), indicándonos este mismo fenómeno la diferencia notable del referido recurso con respecto a la casación propiamente dicha.)

(99) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 523, pág. 2937, t. IV.

(100) Transcribió este discurso, COVELÁN (Cfr. *El Tribunal Supremo según la Constitución de 1812*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 143 (1923), pág. 3 y ss.

(101) En el tomo V del *Diario de Sesiones* de estas Cortes, y a partir de la página 3341, puede verse la discusión.

(102) Así, cfr. con ref. al art. 47, la sesión de 22 de julio de 1812, en *Diario*, número 616 pág. 3460; al 49, la de 25 del mismo mes, pág. 3469; al 49 y hasta el 56, en la misma.

(103) "A las Audiencias de Ultramar les corresponderá además el conocer de los recursos de nulidad, debiendo éstos interponerse, en aquellas Audiencias que tengan número suficiente para la formación de tres Salas, en la que no haya conocido de la causa en ninguna instancia. En las Audiencias que no consten de este número de ministros, se interpondrán estos recursos de una o otra de las comprendidas en el distrito de una misma gobernación superior; y en el caso de que en ésta no hubiere más que una Audiencia, irán a la más inmediata de otro distrito".

Este artículo iba redactado de igual forma en el proyecto: se aprobó "después de algunas observaciones" (*Diario de Sesiones*, núm. 427, de 3 de diciembre de 1811, pág. 2368, col. 2.ª, t. III).

(104) No se examinará aquí esta cuestión sino en lo que se relacione con el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia.

a) El interés que tiene para nosotros, aquí, la cuestión del recurso de nulidad ante la Audiencia de Ultramar, reside en lo previsto por el art. 269 de la Constitución:

“Declarada la nulidad, la Audiencia (de Ultramar) que ha conocido de ella dará cuenta, con testimonio que contenga los insertos convenientes, al Supremo Tribunal de Justicia, para hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254.”

Aquí, las labores de anular y reponer, se encomiendan, evidentemente, a la Audiencia de Ultramar; y la de exigir responsabilidad a los magistrados, al Supremo Tribunal de Justicia en España. ¿Qué haría la Audiencia anuladora con el proceso ya repuesto al estado anterior al acto nulo? Entendemos, por los argumentos ya expuestos, y los que aún se expondrán, que debía continuarse, a partir de tal momento, por el Tribunal que lo cometió.

El artículo 46 del Reglamento decía que “cuando la sentencia de vista o revista cause ejecutoria, quedará a las partes expedito el recurso de nulidad; pero la interposición de éste no impedirá que se lleve a efecto, desde luego, la sentencia ejecutoriada, dándose por la parte que la hubiese obtenido la correspondiente fianza de estar a las resultas si se mandase reponer el proceso”.

Aquí se examina, pues, un posible efecto de la “reposición” del proceso con independencia de la exacción de responsabilidad.

Se aprecia claramente que la finalidad del recurso no era solamente la de “reponer para exigir responsabilidad”, sino dos: “reponer” y “exigir responsabilidad”; y la “reposición” podía dar lugar a una consecuencia —la más lógica—, la prosecución del proceso a partir del momento al cual fué repuesto; para garantizar su resultado se exigía la fianza correspondiente en relación con la ejecución de la sentencia recurrida. Esto es, el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia, entendemos que evitaba la formación de la cosa juzgada (también, cfr., p. ej., el plazo del art. 53, a que nos referimos). Si de una parte contemplaba el interés público (exacción de responsabilidad), de otra parte, lo hacía ampliamente al privado (reposición, y posibilidad de continuar el proceso ante el inferior, por no haber surtido efectos de cosa juzgada).

b) El artículo 53 se refería a la interposición de recurso de nulidad (en la Sala de la Audiencia en donde se hubiera causado la ejecutoria, dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia); el 54, a la admisión del recurso por la Sala y remisión de los autos originales al Supremo Tribunal de Justicia, con citación de las partes “para que acudan a usar de su derecho” como se vió, quedándose la Sala con testimonio a petición de parte (este testimonio, estimamos que excede, en cuanto a su objetivo, a lo previsto en general por el artículo 62 (105), puesto que la causa no estaba ter-

(105) “Todas las Audiencias, después de terminada cualquiera causa civil o criminal, deberán mandar que se dé testimonio de ella o del memorial ajustado a

minada; cfr., el argumento citado, que surge del art. 46); el 54, se reducía a prever “la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra” “tanto en estos recursos” (de nulidad) “como en todos los demás negocios”, los abogados y defensores de las partes. Y en este punto del Reglamento, nada más hay que pueda contribuir a explicarnos la naturaleza del recurso.

c) Es de interés el artículo 13, párrafo 8.º, del Reglamento, sobre las facultades de las Audiencias: “Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan en las sentencias dadas por los Jueces de primera instancia en las causas en que procediéndose por juicio escrito, conforme a derecho, no tenga lugar la apelación; cuyo conocimiento será para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 de la Constitución.”

Nótese la semejanza gramatical de esta norma con la del artículo 261 de la Constitución.

En relación con este artículo, el 11 del capítulo II del Reglamento (“De los Jueces letrados de primera instancia”) explica el alcance de este recurso, al referirse al “juicio escrito, conforme a derecho”, en que no cabe apelación (106), diciendo que queda “a las partes el recurso de nulidad para ante la Audiencia del territorio, cuando el Juez hubiese contravenido a las leyes que arreglan el proceso”.

Si tenemos en cuenta que en el artículo 13-8.º del capítulo I la misma expresión gramatical utilizada por el legislador nos indica su ánimo de extender el recurso de nulidad a otros tribunales, podemos interpretar—ya lo hicimos antes, por otra argumentación—que, desde luego, queda excluida la “violation de la loi” como motivo del citado medio de impugnación, lo cual abona por nuestro parecer, de la lejanía de nuestro recurso con respecto a la finalidad primigénita de la casación francesa.

Por otra parte, en este caso, el recurso de nulidad queda reducido a una especie de “apelación por quebrantamiento de forma” ante la Audiencia; se encomienda a este órgano, que es un tribunal característico, sin que en torno a él puedan surgir dudas como las que aparecieron en torno al primitivo Tribunal de casación francés (107). Aquí caerían por su base todas las demás posibles lucubraciones en torno al artículo 261 y su relación con la casación originaria francesa.

cualquiera que lo pida a su costa para imprimirlo o para el uso que estime; exceptuándose aquellas causas en que la decencia pública exija según la ley que se vean a puerta cerrada.

(106) Se trataba de tipo de juicio intermedio entre de ordinario y verbal, plenario, de tramitación más rápida que aquél; para lo cual, se le privaba de apelación. En él hemos visto una fase histórica de lo que luego ha sido el juicio de menor cuantía (cfr. FAIREN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 101 y ss.).

(107) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), págs. 49 y ss.

El pensamiento de los legisladores se aclara, el recurso de nulidad español tiene un móvil fundamental que no es el de la casación francesa y que, según algunos autores —Calamandrei—, lo desvirtúa; aún más se desvirtúa la posibilidad de una comparación con esperanza de un resultado positivo, del citado recurso español, si lo interpretamos a la luz del pensamiento de quienes lo introdujeron y desarrollaron.

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

1

El artículo 811 del Código civil como norma a interpretar

(Continuación)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

§ 4.º *El concepto de línea en el artículo 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. En los motivos del recurso de casación que dió lugar a la Sentencia de 28 noviembre 1943, el ilustre abogado Cirilo Tornos Laffite llamó certeramente la atención sobre lo que es línea, conforme los artículos 915, 916 y 918 del Código civil. Desgraciadamente, el Tribunal Supremo, en esa ocasión, en la que se planteó en su propia esencia, en su nudo gordiano, la interpretación de la clave del artículo 811, se detuvo en el umbral del tema.

Con argumentos no muy felices—como luego veremos—despachó la cuestión sin salirse de la pauta dada en recursos anteriores, en los que se había discutido, conjuntamente fundidos, la cuestión de la procedencia próxima o remota de los bienes y el problema de determinar qué parientes se hallan dentro de la línea de donde proceden los bienes.

Pero antes de entrar en la labor reconstructiva de la interpretación del inciso “y que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”, vamos a examinar en qué sentido la han entendido los pocos autores a quienes ha preocupado su determinación. Tema olvidado por la mayor parte de la doctrina.

Podemos formar con los primeros varios grupos:

a) Manresa (171), Scaevola (172) y de la Cueva (173) adoptan la posición más simplista. La que corresponde a la solución dada en los regímenes de troncalidad simple, limitados a la regla “*paterna pa-*

(171) Op. y vol. cit., II, págs. 259 y sigs.

(172) Op. y vol. cit., F, pág. 354.

(173) Op. cit., págs. 60 y sigs.

ternis, materna maternis". Reducen las líneas a sólo dos, la paterna y la materna, haciendo equivalentes las expresiones de pertenecer a la línea de donde los bienes proceden y de pertenecer a la parte (*paterna o materna*) de donde proceden los bienes. Una y otra línea o parte las contemplan desde el descendiente. Y no distinguen si éste recibió los bienes de uno de los padres o de un ascendiente de ulterior grado.

Según Manresa (174): "en el artículo 811 hay que dar a la palabra *línea* la misma significación que en los artículos 810 y 937, aunque aplicada también a la rama colateral; que al llamar dicho artículo 811 a los parientes de la línea de donde los bienes proceden sólo cabe hablar de dos líneas, la paterna y la materna *del descendiente*, sin atender a más subdivisiones, que propiamente ya no son líneas, sino ramas o sublíneas y que por la confusión que originan han sido destruidas de las legislaciones de todos los países, para no hablarse ya más que de parientes paternos o maternos, y que esa es la única razón de que, procedentes los bienes de la abuela *materna*, haya de considerarse pariente de la misma línea al abuelo *materno*. Cabe, además, alegar que lo que el descendiente recibe de sus abuelos maternos lo recibe en consideración a su madre; y que en tal concepto han de reservarse sus adquisiciones para los parientes paternos o maternos, respectivamente, como el padre que contrae segundas nupcias reserva a favor de los hijos del primer matrimonio, con arreglo al artículo 969, cuanto hubiere habido de los parientes de la primera mujer o de sus hijos *por consideración* a éstos".

A estos argumentos, fácilmente puede replicarse: Las legislaciones modernas no distinguen ramas ni sublíneas, pero tampoco admiten la reserva lineal, creación original del Código español. El artículo 811 no habla — como los artículos 810 y 837 — de líneas paterna y materna, sino de línea de donde los bienes proceden, y nada justifica que se considere vinculada la interpretación de este precepto por la expresión de los otros dos, que no tratan precisamente de señalar el concepto jurídico de *línea*. Y recibir *por consideración* a una persona no puede equivaler, allí donde la ley no lo ordene específicamente (como en el supuesto del art. 969), a *recibir de* o *proceder de* esta misma persona; porque no siendo sinónimas ambas expresiones, sólo la ley, ordenándolo expresamente, puede atribuir igual efecto a la acción a que respectivamente se refieren una y otra.

b) Según Sánchez Román (175), Covián (176) y Clemente de Diego (177) la línea no puede limitarse a significar la distinción del parentesco del descendiente por parte de padre y del parentesco por parte de madre, sino que debe formarse entre el descendiente heredado por ministerio de la ley y el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes reservables; y que, por ello, los reservatarios han

(174) Loc. cit. pág. 262.

(175) Op. y vol. cit. núm. 141, págs. 998 y sigs. y núm. 143, págs. 1012 y siguientes.

(176) Loc. cit., págs. 459 y sig.

(177) "Instituciones...", vol. cit., págs. 494 y sig.

de ser parientes consanguíneos no sólo de aquél, sino también de ese otro ascendiente o hermano.

Sánchez Román afirmó que: “el reservatario, como pariente dentro del tercer grado, ha de tener parentesco de consanguinidad, o sea, de la misma sangre del ascendiente o hermano de quien procedan los bienes, según el concepto legal de la misma en el Código” (arts. 915 y 916), *precisa en nota*). A su juicio, sólo serán posibles reservatarios los que se hallen entre “aquel de donde los bienes dimanen como *cabeza de línea* y los parientes entre él y el descendiente, por cuya suerte la reserva se inicie”.

Comparadas las consecuencias de esta tesis con las de la anterior, no se aprecia diferencia cuando los bienes los recibió el descendiente de su padre o de su madre. Para que cobre relieve una frente a la otra hay que cotejarlas en el caso de que la persona de quien procedan inmediatamente los bienes sea un ascendiente de ulterior grado. Así, si proceden inmediatamente del abuelo paterno, la abuela paterna no se entenderá comprendido—según esta tesis—en la línea de donde proceden los bienes, pese a ser pariente del lado paterno del descendiente.

De no ser así—como dice Sánchez Román—, se produciría “el resultado completamente contrario a los fines de esta reserva especial del artículo 811, de impedir que los bienes pasen a familia de otra sangre que la de la línea de donde aquéllos proceden”. Dicha abuela—prosigue—, “como tal abuela paterna y cónyuge viuda del abuelo paterno de donde los bienes proceden, no está ligada, sin embargo, por parentesco de consanguinidad con el citado abuelo, ni puede decirse, por tanto, que pertenezca a la línea de donde los bienes proceden, por cuya razón no se le puede reconocer la cualidad de *reservataria*, porque al adjudicársele los bienes reservables saldrían éstos de la familia de sangre y aun por su intermedio pasarían a otros más extraños, como podrían ser los herederos voluntarios o forzosos, incluso descendientes provenientes de un segundo matrimonio contraído por la abuela paterna después de viuda”.

Cadabal (178) había anticipado más: “Ni está el mal de la sucesión de éste en el peligro de que por un segundo matrimonio pasen mañana los bienes en parte a su nuevo cónyuge. El peligro es bastante mayor: hay que pensar en la posibilidad de descendientes de un anterior matrimonio del abuelo, y podemos también imaginar que los tenga la abuela de un primer consorcio, pero no de su último enlace (*en la hipótesis por él planteada el descendiente habría heredado los bienes a su abuela materna*). Resultado de interpretar el artículo 811 en el sentido que combatimos, sería que en el supuesto de fallecimiento del padre existiesen solamente tíos del hijo, medio hermanos de la madre, hijos de la abuela los unos, y otros hijos del abuelo; todos, lo mismo aquéllos que éstos, se repartirían los bienes. De los primeros nada hay que decir; pero que los segundos lleven los bienes que fueron de su madrastra, que se arranquen esos bienes de la herencia del padre que

(178) Loc. cit., págs. 103 y sig.

legítima y forzosamente los heredara de su hijo para dárselos a ellos; eso podría suceder repito, a pesar nunca por virtud del artículo repetidamente citado". (*Desgraciadamente, hasta admitir este resultado extremo ha llegado el Tribunal Supremo, como luego veremos.*)

Manresa (179) replicó que: "Aquí no caben términos medios. O conceder que el artículo 811 habla de línea en sentido estricto, refiriéndose solamente a la paterna o a la materna, o admitir que la palabra *línea* comprende también la rama, en su caso, de donde los bienes proceden. El peligro señalado de un segundo matrimonio del abuelo materno, por ejemplo, en el caso apuntado, y de hijos de él, es bastante remoto y no justifica suficientemente la negativa de todo derecho a ese ascendiente. Concedido el derecho al abuelo materno, éste se coloca al mismo nivel que la abuela, su consorte, de quien proceden los bienes, y no es posible negar la reserva a los hijos de uno y otro, o solamente de uno de ellos, sean hermanos o medio hermanos de la madre, porque no puede dudarse de su carácter de parientes por parte de la madre. El mal, en definitiva, podrá consistir en que los bienes pasen después al cónyuge extraño; pero esto lo mismo puede ocurrir recayendo en otro pariente la reserva. El Código entrega los bienes a la línea paterna o materna a que corresponden, y no puede exigírsele más; a los parientes favorecidos toca después procurar su conservación en la misma línea, en cuanto de ellos pueda depender".

Como puede verse, Manresa comete la petición de principio de dar por previamente sentado que la palabra *línea equivale a lado paterno o lado materno* y que es distinta de *rama*. Pero, además, es de subrayar el contraste que se observa entre esa despreocupación—que acabamos de contemplar—por el tránsito de los bienes de una línea a otra por el segundo matrimonio del abuelo o abuela, que enviude de la abuela o el abuelo de quien procedían los bienes, frente a su preocupación para el supuesto de que ese segundo matrimonio lo contraiga el ascendiente de la misma línea y aun de la misma rama de aquel de quien procedan inmediatamente los bienes, al cual por dicha preocupación estima sometido a reserva, a pesar de ser de la misma línea (180).

De ese modo, el ascendiente que primero heredase (v. gr.: el padre) sería reservista aunque perteneciese a la mismísima línea de los bienes (que pudo haberlos recibido de la abuela paterna) y, en cambio, el que sea reservatario heredaría libremente aunque los bienes no provinieran de él mismo inmediata ni mediatamente. Y así, los medio

(179) Op. y vol. cit., D, pág. 261.

(180) Op. y vol. cit., II A, pág. 254 y sig., donde dice: "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 ascendiente 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".

tios serán siempre preferidos a los medio hermanos, aun cuando ni unos ni otros fuesen hijos del ascendiente de quien mediata o inmediatamente procedieran los bienes. Injusticia patente, que por desgracia ha repetido el Tribunal Supremo—por no quererse apartar de un prejuicio equivocado, que ya había reiterado en las Sentencias de 7 noviembre 1927 y 26 noviembre 1943.

c) Cadabal (181) opinó que “sin inferir grave ofensa al lenguaje, puede darse a la frase *línea de donde* un sentido equivalente a *línea de quien* proceden los bienes”. Afirmación a la que replicó Sánchez Román (182), que “al decir el artículo 811 “la línea de donde los bienes proceden” no es lícito y posible gramaticalmente traducir por *línea de quien*, etc.”.

Burón (183), Charrín (184), De Buen (185) y Escobar de la Riva (186) también señalan al ascendiente o el hermano de quien procedan inmediatamente los bienes como el determinante de la línea beneficiada.

Con esta tesis se llega prácticamente a idéntico resultado que con la anterior, pese a la observación de Sánchez Román. Porque si el tercer grado de parentesco se ha de contar desde el descendiente y la línea desde el ascendiente o el hermano de quien procedan los bienes, forzosamente los reservatarios deberán ser consanguíneos de los dos.

d) La redacción de *La Reforma Legislativa*, dirigida por Escosura en 1891 (187), se inclinó a estimar que el artículo 811 al hablar de la “línea de donde los bienes proceden”, quiso que se buscara el

(181) Loc. cit. págs. 102 y sigs.

(182) Loc. ult. cit., núm. 141, pág. 999.

(183) Op. y vol. cit., núm. 969, pág. 798.

(184) A. CHARRÍN: “Sobre la reserva del artículo 811 del Código civil”, contestación a una consulta en *Rev. Gal. de Leg. y Jur.*, T. 134 (primer semestre 1919). Se trataba de bienes que el hijo había heredado de su madre y ésta había recibido como dote de su abuelo materno (bisabuelo del hijo). Al hijo le heredó el padre y muerto éste se dudaba de los derechos del abuelo materno del hijo, ya que no era consanguíneo de su suegro (abuelo materno de su hija). CHARRÍN resolvió: “el niño heredado hubo los bienes de su madre directamente, y no hay que ir más allá para buscar el origen de los bienes y determinar el parentesco lineal; hay que prescindir de que los bienes procedan del bisabuelo materno, ese es el origen remoto”.

(185) Notas al COLÓN y CAPITANT, vol. cit. pág. 395: “La persona (ascendiente o hermano) de quien recibió los bienes el descendiente, será el tronco determinante de la línea de donde los bienes proceden. Los parientes consanguíneos de dichas personas serán, por lo tanto, los reservatarios.”

(186) Op. cit., pág. 14.

(187) *La Reforma Legislativa*, dirigida por RAFAEL DE LA ESCOSURA, año XX, núm. 990 (4 enero 1891), consulta núm. 1.667, pág. 5. Se trataba de un caso en que una nieta había heredado a su madre bienes que ésta a su vez, había heredado, unos, de su padre, el abuelo materno, y otros de su madre, la abuela materna. Se preguntaba si tanto el abuelo como la abuela se hallaban en la línea de donde los bienes procedían. La Redacción de la revista planteó así la cuestión: ¿Qué quiere significar con estas palabras el 811? ¿La línea del ascendiente heredado por el descendiente? ¿O, por el contrario, quiere que se busque el verdadero tronco o raíz de los bienes? La respuesta dada fué: “nos inclinamos a la última, y la razón está: el espíritu que informa el artículo 811 es, a nuestro juicio, el mismo que en otros tiempos dió vida a la troncalidad”.

verdadero tronco o raíz de los bienes. Esto es, la misma tesis que en el recurso de casación que originó la Sentencia de 26 noviembre 1943 fué defendida por el Letrado Cirilo Tornos.

e) Lozano Sicilia (188) estimó que la “palabra línea, aplicada al parentesco, es la serie de grados, la serie de generaciones”, y que son tantas las líneas a que pertenece una persona determinada que sólo podemos conocer su número fijando un límite.

Cifnendo su análisis a las rectas ascendentes, afirmó que “Una persona pertenece, en un grado determinado, a un número de líneas ascendentes igual al producto que resulta tomando el número de ascendiente de primer grado por factor tantas veces como grados comprende una de dichas líneas” (189). De modo que, “dentro del tercer grado, una persona determinada pertenece a dos líneas ascendentes del primer grado, a cuatro del segundo y a ocho del tercero; total, a catorce líneas ascendentes”. El número de líneas no disminuye aunque el descendiente tenga menos ascendientes por descender de matrimonios entre parientes; porque, en este caso, desde el ascendiente común salen diversas líneas que son distintas porque son diferentes los ascendientes intermedios de primero o segundo grado (190).

Respecto de las líneas descendentes opinó que: “Una persona determinada es tronco de tantas líneas descendentes como descendientes tiene que a su vez tengan descendientes más una” (191). Entre padres e hijos, estima que sólo hay una línea, en cuyo extremo inferior se hallan todos los hijos, “porque todos descienden directamente del mismo padre, sin dejar de ser una sola línea cuando los consideramos sin descendientes”. Respecto al segundo grado, estima diversa la línea “para cada hijo que tiene hijos, porque éstos, nietos de la persona tronco común, proceden de distintos hijos de ésta, y por lo tanto, cada grupo de nietos, como procede de distinto ascendiente de primer grado, partiendo del abuelo, pertenece a distinta línea descendente de segundo grado”. Por lo cual, después de insistir en que la línea descendente de primer grado es única para todos los hijos, afirma que “al prolongarla para contribuir a formar con ella las de segundo grado, es distinta para cada hijo que tiene hijos; que esta línea de primer grado es distinta para los nietos que proceden de distintos hijos; que en estas líneas descendentes de tercer grado es diferente el segundo trayecto para los bisnietos que proceden de distintos hijos y también los que proceden del mismo hijo, cuando son hijos de distintos nietos”.

“Las líneas colaterales, como unen personas que sin descender la una de la otra descienden de un tronco común, siempre tienen lugar entre descendientes de una persona determinada.” Respecto estas líneas, sienta la siguiente regla: “Una persona determinada pertenece a tantas líneas colaterales cuantos son los troncos de las cuales descienden di-

(188) Op. cit. págs. 74 y sigs.

(189) Pág. 82.

(190) Pág. 92.

(191) Pág. 96.

rectamente las personas con quienes se comparte el parentesco" (192).

Pero lo más característico de la tesis de Lozano Sicilia son las consecuencias que deduce de su aplicación a la reserva del artículo 811, y que son:

1.º En la reserva de bienes procedentes de otro ascendiente: excluye a los ascendientes y a los tíos. Incluye únicamente entre los beneficiarios de la reserva a los hermanos del descendiente heredado (partiendo de que éste no dejó descendientes, pues de haberlos dejado no habría reserva). Razón: que las líneas de los descendientes del heredado son siempre distintas en dimensión a la de éste, pues, por lo menos, tendrán un grado menos; y las de los tíos además serán diferentes en la dirección del grado anterior, por no pasar por el ascendiente inmediato del descendiente heredado (193).

2.º En la reserva de bienes procedentes de un hermano, también excluye a los ascendientes y a los tíos, e incluye únicamente a los hermanos de doble vínculo y a los de vínculo sencillo si, además de ser hermanos del descendiente heredado, lo son también del hermano de quien éste adquirió los bienes a título lucrativo. Como razón para excluir a los hermanos del descendiente heredado que no lo sean a su vez del hermano de quien éste adquirió gratuitamente los bienes, apuntó que: "Si no son hermanos entre sí, los que sobreviven no pertenecen a la línea de donde los bienes proceden" (194). Razones para excluir a los ascendientes y tíos comunes a ambos hermanos, análogas a las expuestas en el caso anterior, que las líneas no son iguales. En los tíos porque las rectas que les unen hasta el tronco común, para unirlos entre sí, no son iguales a la que forman entre sí los dos hermanos. Y los ascendientes, porque no pueden estar en la línea colateral, en la que no caben personas que descendan unas de otras (195).

La tesis de Lozano Sicilia peca de varias arbitrariedades: 1) Porque aísla como líneas distintas lo que no son sino fracciones de la misma línea. 2) Porque confunde la circunstancia de no ser colateral con la posibilidad de hallarse en la intersección con el tronco de las líneas colaterales. 3) Porque limita la línea de donde los bienes proceden a la trazada en cada caso exclusivamente entre el descendiente heredado y el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes.

En efecto:

1.º Con relación al abuelo materno, v. gr., considera como líneas distintas la formada por el abuelo y la madre y la formada por aquél y el nieto (hijo de ésta), cuando esta línea comprende y se confunde con aquélla en su primera mitad.

2.º La línea colateral que une a dos hermanos comprende a los padres comunes, puesto que son el tronco de donde nacen los dos; por eso los padres se hallan en medio de esa línea colateral aunque,

(192) Pág. 105.

(193) Págs. 135 y sigs.

(194) Pág. 144.

(195) Pág. 150.

naturalmente, no sean colaterales de sus hijos. No es, pues, posible excluirlas de ella.

3.º No es lícito limitar la línea de donde los bienes proceden a la formada entre el descendiente heredado y el otro ascendiente o hermano de quien éste adquirió gratuitamente los bienes. Siguiéndola rigurosamente sólo podrían hallarse en ella los ascendientes intermedios entre el descendiente y el ascendiente de quien éste recibió los bienes o el ascendiente común del mismo descendiente y del hermano de quien los recibió gratuitamente. Y esto no ha podido quererlo el artículo 811, pues quedaría casi totalmente inutilizado y no podría cumplir el fin que trató de llenar según expresaron sus redactores. Precisamente los miembros de la Comisión codificadora a quienes contemplaron con afán protector, en el supuesto suscitado patéticamente por Alonso Martínez, fué a los tíos del descendiente, hermanos del ascendiente de quien inmediatamente procedían los bienes. Además, el mismo Lozano tiene que apartarse de su rigor geométrico, al admitir a los hermanos como posibles reservatarios, a base de entender que siempre es común la línea que les une con los padres si se la contempla con abstracción de los descendientes que dichos hermanos puedan tener a su vez.

23. Conviene estudiar detenidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este tema, partiendo de los supuestos de hecho planteados.

En un solo caso se ha discutido la determinación de la línea de donde los bienes proceden en caso de haber recibido el descendiente directamente los bienes a título lucrativo de uno de sus abuelos. Se trató en la Sentencia de 8 noviembre 1894. En el supuesto que la motivó, el abuelo y un tío maternos reclamaban al padre que asegurase la reserva "a favor del primero de ellos, y si así no se estimara, del segundo, o en favor de ambos", de los bienes que el padre había heredado abintestato de su hijo, los cuales procedían, parte de los gananciales correspondientes a la madre, parte de un anticipo hecho por el mismo abuelo materno y los otros por herencia de la abuela materna. La Audiencia declaró la reserva exclusivamente a favor del abuelo materno. El padre interpuso recurso de casación, alegando en el tercer motivo que se habían estimado reservables los bienes procedentes de la abuela materna, la cual no era de la línea del abuelo materno, aunque pudiera serlo el otro actor, el tío materno, al que no se había declarado reservatario por la sentencia recurrida. Pero, en su primer considerando, el Tribunal Supremo rechazó este motivo, por estimar que el menor heredó a su abuela materna en concurrencia con su tío, representando a su premuerta madre, lo que equivalía a que hubiese heredado directamente a ésta, y que, siendo así, como el abuelo materno era de la línea de la madre, la reserva estaba bien declarada.

Ciertamente esta argumentación no parece ajustada a la naturaleza del llamado derecho de representación ni a la doctrina que el propio Tribunal Supremo ha sentado acerca de la misma, en la Sentencia de

18 diciembre 1908, al afirmar que los representantes heredan por derecho propio y no al representado, sino al postmuerto. Doctrina que claramente resulta atendiendo a la disposición del artículo 928, de que: *"No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia."*

Lo evidente es que esta Sentencia se apoyó en este razonamiento —equivocado, a nuestro juicio—, pero no en el criterio de no distinguir más que la línea paterna y la línea materna del descendiente. Simplismo que no parece admitir, puesto que se vale de aquel rodeo (196).

En los demás supuestos en que se ha planteado esta cuestión ante el Tribunal Supremo, los bienes los había adquirido el descendiente de uno de sus padres, y se discutió si los actores se hallaban en la línea de donde procedían los bienes por razón del origen mediato de éstos. Las Sentencias de 8 noviembre 1906 y 26 noviembre 1943 afirmaron en sendos considerandos que la procedencia de los bienes no se puede buscar más allá del ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes heredados del descendiente. La de 29 octubre 1907 afirmó que "la línea en cuyo favor se halla establecida la reserva hay que apreciarla únicamente con relación al descendiente heredado por el ascendiente". Pero en ningún caso se discutió realmente la cuestión que separa los criterios opuestos de Manresa, Scaevola y La Cueva, de una parte, y de Cadabal, Sánchez Román, Moutón y Ocampo y Clemente de Diego, de otra.

En todas estas sentencias se discutió si a la línea de donde proceden los bienes pertenecen aquellos parientes del descendiente heredado que no sean a su vez descendientes de alguno o algunos de los ascendientes de aquél que hubieran sido titulares de dichos bienes. Es decir, se discute si hay que atender no sólo al origen inmediato, sino, además, al origen mediato de los bienes para precisar los parientes que se hallan en su línea de procedencia.

La Sentencia de 30 diciembre 1897 admitió el derecho de los medio hermanos del ascendiente de quien procedían los bienes a exigir las medidas cautelares correspondientes a la reserva pendiente, no sólo con respecto a los bienes que el descendiente había heredado del abuelo paterno, sino incluso de los procedentes de la abuela paterna que no era consanguínea de los reclamantes, por ser éstos hijos del segundo matrimonio del abuelo paterno.

(196) El criterio de MANRESA fué seguido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 1933. En supuesto en que la nieta había heredado directamente de su abuelo materno reconoce la condición de reservataria de la abuela materna, fundamentalmente: "porque la línea ha de ser paterna o materna, la abuela pertenece en el caso discutido a la línea materna"... y "porque según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, no procede indagar el origen de los bienes más allá de la persona de quien los hubo la descendiente, ... y aunque en rigor de derecho ésta no los ha heredado de su madre doña Isabel, sino de su abuelo materno, la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de noviembre de 1894 ha declarado que el representante hereda como si los bienes procediesen del representado".

En el caso que motivó la Sentencia de 8 noviembre 1906 había sido planteada la cuestión desde el lado inverso. El padre heredó abintestato de su hijo bienes que éste había heredado de su madre y ésta, a su vez, de su padre (el abuelo materno del descendiente). Un hermano uterino de la madre reclamó al padre, y ambos llegaron a un acuerdo, fijando una cantidad que los herederos de éste deberían pagar a aquél. Pero, fallecido el padre, un sobrino de la madre, hijo de un hermano de doble vínculo de ésta, reclamó para sí la reserva, y alegó que el hermano uterino de la madre no pertenecía a la línea de donde procedían los bienes, pues la madre del descendiente los había heredado de su padre (abuelo materno del descendiente), del que no era hijo el hermano uterino de ella. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, fundamentalmente porque el recurrente sólo era pariente de cuarto grado del descendiente (primo hermano). Pero, en su primer considerando, adujo el argumento de que el 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 Sentencia de 29 octubre 1907 admitió la reserva que el abuelo paterno reclamaba a un medio hermano de su nieto de bienes procedentes mediatamente de la abuela paterna, de quien los había heredado el padre de dicho nieto, de aquél los heredó éste, y de éste, a su vez, la madre, de la cual pasaron a un hijo de sus segundas nupcias, medio hermano del nieto, y, todavía, de éste a su padre, el demandado.

La de 8 octubre 1909, formalmente sólo decidió que eran reservables unos bienes que el ascendiente, de quien el descendiente los hubo, los había adquirido a título oneroso (pues esto es lo que se discutía). Pero lo cierto es que, al declararlos reservables, admitió implícitamente que estaban legitimados para exigir la reserva un hermano de dicho ascendiente (es decir, del padre), tío del descendiente, a pesar de que los bienes no procedían de ascendientes que fueran comunes del demandante y del padre del descendiente, puesto que habían sido adquiridos por el propio padre a título oneroso, unos antes y otros después de casarse.

La de 7 noviembre 1927 falló que los bienes heredados del padre y procedentes de la abuela paterna eran también reservables a favor de unos tíos paternos, a pesar de que éstos eran hijos de un segundo matrimonio del abuelo paterno y, por ende, no descendían de la abuela paterna, de la que mediatamente procedían los bienes. Con ello otorgó preferencia a medio tíos por línea paterna frente a medio hermanos de la línea materna del descendiente, respecto a bienes que no habían pertenecido a ningún ascendiente de aquéllos.

La Sentencia de 26 noviembre 1943 insistió en resolver del mismo modo otro supuesto igual. Afirma que la relación lineal de parentesco no se establece entre don M. U. E. y doña P. F. G., y entre ésta y doña M. y doña C. L. G., es decir, entre el descendiente y su madre, de quien heredó los bienes, y entre ésta y sus medio hermanas, las actoras. Con ello resolvió en contra de unos medio hermanos por parte de padre del descendiente, y en favor de unas tías, medio hermanas

de la madre, admitiendo a éstas como reservatarias de unos bienes que inmediatamente procedían de la madre y mediatamente del abuelo materno, que fué el segundo esposo de la abuela materna, de cuyo primer matrimonio eran hijas las tías reclamantes, que, por lo tanto, no tenían en su ascendencia a ningún anterior titular de dichos bienes.

El supuesto que originó la Sentencia de 12 diciembre 1945 se planteó por la reclamación del Hospital de Caridad de Aguilas, heredero de la madre (la presunta reservista), contra una hermana del padre, pidiéndose la nulidad del Auto de declaración de herederos abintestato en el que se había declarado a dicha señora reservataria de los bienes procedentes del padre, de quien los heredó el hijo (el descendiente) y de éste la madre. Se alegó que los bienes no eran reservables por no ser de procedencia familiar, sino gananciales. Pero, en cambio, no se planteó en el recurso la posibilidad de que los bienes, aun siendo reservables, no lo fueran a favor de la demandada, por no ser ésta descendiente de persona de quien procedieran los bienes.

En la reclamación que dió lugar a la Sentencia de 2 marzo 1956, la abuela materna afirmó que por la reserva le correspondían bienes heredados por su yerno de sus nietos y que éstos, a su vez, habían heredado de su madre (de ellos) y ésta del abuelo materno (primer esposo de la abuela reclamante). Sufrían la reclamación unos hermanos por parte de padre de los nietos, y que eran hijos de una hermana de la madre. El centro de gravedad del recurso pesó sobre la forma de computar el grado de parentesco (es decir, si estos medio hermanos —por la parte de su padre común— y medio primos —por la parte de sus madres respectivas— debían considerarse de segundo grado o de cuarto grado del descendiente heredado). En cambio, no se discutió, ni se alegó, si la abuela pertenecía o no a la línea de procedencia de los bienes, puesto que mediatamente derivaban de su primer esposo (el abuelo materno), del que ella no descendía, ni era consanguínea, sino afín.

En otra Sentencia, la de 9 de julio de 1933, se rozó también el tema de que tratamos. Pero no se resolvió el fondo de la cuestión porque en el supuesto debatido no se había liquidado la sociedad conyugal ni se habían practicado las particiones pendientes, que el Tribunal Supremo juzgó indispensables para determinar los bienes reservables. En los resultandos de la sentencia aparece que los demandados —compradores del ascendiente reservista— alegaron que de los bienes que éste heredó abintestato de sus hijos, unos habían llegado a éstos por herencia del padre procedentes de la abuela paterna y que los otros si bien los había heredado del abuelo paterno, éste los había heredado de su primera mujer (la misma abuela paterna del descendiente), siendo así que los actores eran hijos de las segundas nupcias de dicho abuelo (medio tíos de los descendientes). Por la razón al principio expresada, el Tribunal Supremo no entró esa vez en el fondo de esta cuestión.

Para la crítica de la posición mantenida por las referidas sentencias, es preciso examinar sus razones e ir discutiéndolas una a una.

Son éstas:

1.º Que el artículo 811 *no tiene carácter rigurosamente troncal* (Sentencias 30 diciembre 1897, 8 noviembre 1906, 29 octubre 1909 y 26 noviembre 1943).

Se trata de un argumento tan impreciso como poco feliz. Para poder discutir su exactitud haría falta delimitar decisiva y definitivamente qué es lo troncal y cuál es su reverso. Pero, como hemos visto, hay varios regímenes troncales muy diversos en esta materia. La determinación de lo troncal resulta tan relativa que depende del sistema troncal al que se compare. La troncalidad simple sólo distingue los bienes de procedencia paterna o materna. La troncalidad continuada investiga el origen de los bienes tronco arriba, hasta el antepasado que fué su primer adquirente, para atribuirlos a quienes resulten parientes de éste. Y por la troncalidad pura sólo son llamados los descendientes del ascendiente que fué el primer adquirente de los bienes.

¿Qué troncalidad es la que rechaza el Tribunal Supremo? ¿La más rigurosa? Parece que el carácter restrictivo con que el artículo 811 debe ser interpretado nos inclina a admitir este criterio. Cuanto más riguroso sea el criterio aplicado menos ámbito tendrá la reserva, y viceversa. Hay que atender a la verdadera finalidad perseguida por el precepto y, dentro de ésta, a la restricción ceñida a la *ratio* con que debe interpretarse.

2.º Que el artículo 811 *no autoriza para buscar la procedencia de los bienes más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo a título lucrativo el descendiente del obligado a reservar* (Sentencias 30 diciembre 1897, 8 noviembre 1906, 8 octubre 1909, 7 noviembre 1927, 26 noviembre 1943).

Pero, al razonar así, se confunden dos cuestiones totalmente distintas. Este argumento sólo se refiere al carácter reservable de los bienes, no a la determinación de las personas que se hallan en la línea de procedencia de los bienes. Sánchez Román (197) ya había diferenciado con toda precisión una y otra cuestión. Procuraremos explicar su distinción con un ejemplo histórico. En el Derecho del período de la Reconquista eran troncales tanto los bienes de abolengo como los de parentela. Pero aquéllos lo eran con respecto a todos los descendientes del abuelo, por lo cual se comprendían los tíos y primos del descendiente heredado, además de los hermanos y sobrinos. En cambio, los bienes de parentela sólo eran troncales con referencia a los descendientes del padre o de la madre de quien procedían los bienes, es decir, para los hermanos y sobrinos del descendiente que lo fueran **por parte** del padre o madre de quien éste había recibido los bienes (198).

(197) *Op. y vol. cit.*, núm. 136, pág. 994, donde dice que en la cuarta circunstancia exigida por el artículo 811 se comprenden dos problemas: "uno el de la *procedencia* de los bienes reservables; otro el de la *línea* de origen de los mismos".

(198) Ver BRAGA, *op. cit.*, vol. I, núm. 5, A, a) y β), págs. 38 y sigs. y 53 y siguientes.

3.º Que al artículo 811, "si bien por contener excepción del orden sucesorio en general establecido en el Código civil, procede interpretarlo restrictivamente, conforme 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 indicado*" (Sentencia 7 noviembre 1927).

Realmente este argumento, además de suponer una petición de principio, ya que precisamente discutimos el significado de las palabras "*y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*", prejuzga que es explícito y manifiesto que el artículo 811 dispone lo que en verdad no dice. Las palabras transcritas del mismo no significan, *explícita ni manifiestamente*, que los reservistas son los parientes de la línea paterna o de la materna según los bienes procedan del padre u otro ascendiente o hermano paterno o de la madre u otro ascendiente o hermano materno (tesis de Manresa); ni siquiera que la línea la formen los parientes consanguíneos del ascendiente o hermano del que procedan los bienes (tesis de Cadabal); ni que estén en ella todos aquellos que sean a la vez parientes consanguíneos tanto del descendiente y del ascendiente o del hermano de quien inmediatamente proceden los bienes (tesis de Sánchez Román, Moutón y Ocampo, Clemente de Diego).

4.º Que el artículo 811 "*sólo tiende al objeto de evitar que puedan pasar a personas extrañas bienes que por ministerio de la ley herede un ascendiente de sus descendientes, cualquiera que sea el origen y naturaleza de éstos*, por lo que la línea a cuyo favor se halle establecida la reserva hay que apreciarla únicamente con relación al descendiente heredado por el ascendiente" (Sentencia 29 octubre 1907); que "*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, "precisamente porque se trata de una norma extraña para nuestro derecho tradicional y de *alcance y eficacia restringidos al cumplimiento de un designio concreto, debe rechazarse toda exégesis que, sin fundamento bastante, se separe de la que, en contemplación de esa finalidad última, viene manteniendo este Tribunal*" (Sentencia 26 noviembre 1943).

También este argumento, aplicado al supuesto que discutimos, peca de petición de principio. Prejuzga que el artículo 811 comprende en la familia de donde los bienes proceden no sólo al cónyuge viudo del ascendiente de quien mediatamente proceden los bienes, sino incluso a los medio hermanos del ascendiente inmediato aunque no sean hijos del ascendiente de quien mediatamente procedían. ¿Por qué este criterio, tan diverso con respecto al cónyuge viudo del ascendiente de quien inmediatamente proceden los bienes (al cual precisamente impone la obligación de reservar) y con respecto a los medio hermanos del descendiente que no sean hijos ni nietos del ascendiente de quien proceden inmediatamente los bienes (a los cuales precisamente la reserva les impide heredar)?

Muy atinadamente hizo a este respecto Cirilo Tornos Laffite, en

el recurso que motivó la sentencia últimamente citada, varias observaciones que resumidas sistematizamos a continuación:

α) Que la finalidad del precepto fué la de impedir que, por un azar de la vida, personas extrañas a una familia pudieran adquirir bienes que, sin aquél, hubieran quedado en ella, lo cual es reconocer que el fin del 811 fué evitar que los bienes pasaran de una familia a otra. Y, siendo así, no puede admitirse que a unos medio hermanos veagan a ser preferidos unas parientas de tercer grado, también de vínculo sencillo, respecto de la línea de donde proceden los bienes, a la que no pertenecían ni los unos ni las otras, pues su aplicación llevaría a una consecuencia distinta de la que estuvo en la mente del legislador.

β) Que si el ascendiente de quien procedían los bienes (en este caso la madre) no hubiese tenido sucesión, habiéndole premuerto su padre (es decir, el abuelo de quien ella heredó los bienes discutidos), le hubiera heredado su madre (es decir, la abuela), que habría estado sometida a la reserva, precisamente para que los bienes no pudieran pasar a las hermanas uterinas de la madre (por ser hijas de un matrimonio anterior de dicha abuela materna). Es decir: *la reserva hubiera actuado contra ellas*. Por consiguiente, es inadmisibles que en caso alguno se pretenda que esa reserva haya de favorecerlas. Precisamente el motivo por el cual la reserva hubiera obstado todo posible derecho a dichas medio hermanas de la madre, hubiera sido *el de que no salieran los bienes de la familia*. Por lo cual, no cabe que éstas frente a unos medios hermanos del descendiente, aunque tampoco éstos sean de la línea de los bienes, *se consideren como familia no siéndolo*. Lo que sería tanto más inadmisibles cuanto que los medio hermanos y no las medio tías se hallarían amparados por las normas de la sucesión legítima, en contra de las cuales no es dable invocar el artículo 811, como precepto excepcional, para lograr una finalidad distinta de la que lo motivó.

γ) Que de lo contrario, al azar del fallecimiento anterior o posterior del ascendiente intermedio (el padre, v. gr.) con relación a aquél de quien mediatamente procedían los bienes (v. gr., el abuelo), traería que se consideraran de la línea de procedencia de los bienes o ajenos a ella a los hijastros de dicho abuelo. Y este azar no puede ser motivo suficiente para que los medio hermanos, que en un caso no tendrían derecho alguno a los bienes, en el otro pudieran incluso ampararse en el artículo 811.

δ) Que no hay razón para que unas medio hermanas del ascendiente de quien inmediatamente procedían los bienes, sólo llamadas a la sucesión legítima por el artículo 954, a falta de hermanos, hijos de hermanos y cónyuge supérstite del descendiente heredado, pudieran, sin embargo, ostentar un preferente derecho a la herencia, desplazando de ella a los medio hermanos del descendiente, cuando ese preferente derecho tendría razón de ser, según el artículo 811, *para que los bienes no salieran de la familia*; y, en el caso discutido, saldrían de todas suertes de ella, con perjuicio —en el caso de autos— de quienes quita

y pacíficamente llevaban más de doce años poseyendo los bienes discutidos.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1943 no rebatió estos argumentos, sino que se limitó a calificarlos de "posición en que hábilmente se sitúa la parte que recurre" y de "ingeniosas hipótesis".

5.º Que, "*por la excepcionalidad del precepto*" el Tribunal Supremo "*veda su interpretación extensiva y viene oponiéndose a que hábilmente se sustraigan a su rigor conceptual situaciones que claramente sean extrañas a él, y que, de ser amparadas, envolverían contradicción con su texto y tenor*" (S. 26 noviembre 1943).

Este argumento no sólo no apoya la tesis de la sentencia que lo invoca, sino que realmente arguye a favor de la tesis contraria. Precisamente en el recurso fué aducido por Cirilo Tornos, abogando por el recurrente. En efecto:

Si el artículo es una norma excepcional, sólo debe aplicarse según su *ratio* para que los bienes no salgan de la línea de donde los bienes proceden, no para que salgan de ella por otro eslabón.

Si con su aplicación no se logra aquel resultado querido, debe estimarse más correcto no aplicarlo por su carácter de *ius singulare*, que sólo por su finalidad excepcional excluye el derecho común.

Y, si su interpretación ha de ser restrictiva, en último caso de duda ha de excluirse su aplicación.

24. Para lograr la solución correcta de la cuestión, sin incurrir en peticiones de principio, se requiere la precisión de qué quiere expresar el artículo 811 al exigir que los reservatarios "*pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*".

Antes de descifrarlo, debemos observar que en la redacción propuesta a la Comisión codificadora por la Subcomisión encargada de formularla, el precepto, en lugar de las palabras discutidas, rezaba "*y que lo sean por la parte de donde proceden los bienes*" (199). La diferencia de expresión literal se concreta en que el parentesco debe ser "*por la parte de donde proceden los bienes*" o de por "*la línea de donde los bienes proceden*". La expresión "*por la parte de donde*" no es inequívoca y, además, es más genérica y menos jurídica que la dicción "*pertenezcan a la línea de donde*". En cualquier caso, la antigua redacción no nos aclara nada, sino que en último análisis nos reafirma el valor literal de la actual redacción, como más meditada y escogida por su mejor precisión (200).

Para la precisa interpretación de estas palabras, hemos de arrancar del sentido jurídico de la palabra *línea*. Y, una vez hallado, tendremos que ponerlo en relación con la determinación que le añade el artículo 811 con el inciso "*de donde los bienes proceden*".

(199) Ver ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., pág. 191.

(200) El artículo 796 del Proyecto de 1882, aunque en otros detalles se apartaba de la redacción del artículo 811, ya concluía diciendo "*y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan*" (el 811 sólo ha cambiado en "e" la última "a").

La línea la define el artículo 916, § 1 del Código civil: "*La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral*". Grado, según el artículo 915, equivale a *generación*: "*Cada generación forma un grado*" (dice el ap. 2.º).

Prosigue el artículo 916: "*Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra*" (§ 2.º). "*Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero proceden de un tronco común*" (§ 3.º).

Cierto que el artículo 810, § 2.º, y el artículo 937, § 2.º, hablan de línea paterna y línea materna en un sentido sintético que abarca, respectivamente, todas las líneas ascendentes paternas y todas las líneas ascendentes maternas. Pero estas expresiones elípticas no nos parecen suficientes para poder deducir de ellas que en el artículo 811 se prescinde del concepto de línea definido en el artículo 916. Notemos que el artículo 811 no limita su referencia a las líneas ascendentes, sino que por su generalidad alcanza a las descendentes y a las colaterales. Pero, aun esto aparte, no creemos lícito, sin una razón que lo justifique plenamente, que la generalización deformante hecha por alguna norma concreta del sentido estricto de un concepto, legalmente definido en otra, se quiera aplicar a todos los demás preceptos, o por lo menos a alguno de los que usen esa expresión definida, si éstos no ofrecen datos que justifiquen su interpretación en sentido distinto del estricto.

La determinación especificativa de línea, al decir el artículo 811 que ha de ser aquella "*de donde los bienes proceden*", hizo comentar a Sánchez Román (201) "que se trata de una línea *especial*, que se ha de formar o construir en cada caso de reserva del artículo 811, compuesta de elementos *personales y reales*". Distinción que en seguida nos hace pensar en aquella frase que ha sido referida a la aplicación del derecho de troncalidad, y que afirma que éste "exige el conocimiento de la genealogía de los bienes y de la genealogía de las personas" (202). Aunque el artículo 811 no sea un precepto rigurosamente troncal, creemos que su inciso final, del que ahora nos ocupamos, exige ese doble conocimiento.

La línea de donde los bienes proceden no puede reducirse simplistamente a significar en elipsis todas las líneas paternas o todas las líneas maternas (en el sentido de los artículos 810, § 2.º, y 937, § 2.º), ampliadas hasta integrar todas las líneas ascendentes y descendentes que arranquen del padre y de la madre e incluso a las colaterales que con ellas se unan. No es lícito hacerlo, por las razones antes expresadas, y además:

1.º Porque al hablar de la línea de donde los bienes proceden, no puede dársele esa acepción elíptica, pues los bienes no proceden a la

(201) Op. y vol., núm. 141, pág. 998.

(202) BRAGA DE CRUZ recoge la cita de esta afirmación hecha por Pedro Echevarría y Goiri que anota Luis Chalbaud y Errázquin, S. J. en su monografía *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (Bilbao. 1888), pág. 24.

vez de varias líneas, ni de una síntesis de ellas, sino que tienen dentro de la familia un curso determinado.

2.º Porque la finalidad de la reserva no solamente no exige ese simplismo, sino que lo repudia, como hemos visto anteriormente. Es inaceptable que las mismas personas, en una generación familiar, sean juzgadas como de línea distinta con relación a una persona, tanto que en su supuesto el artículo 811, actuaría en contra de ellas (caso de los medio hermanos del padre por parte de la abuela paterna, cuando los bienes proceden del abuelo paterno); mientras que a siguiente generación puedan considerarse de la misma línea.

Precisamente en el caso expuesto por Alonso Martínez a la contemplación de la Comisión codificadora, se examina un supuesto en el cual los bienes procedían inmediatamente del padre del "tierno vástago" e hijo mayor del magnate y mediatamente de éste (el abuelo magnate), y se juzgó *irritante espectáculo* que los tíos (vástagos directos del magnate) "vivan en la estrechez o tal vez en la miseria mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a su familia", precisamente con referencia al magnate (el abuelo) y atendiendo a que los bienes procedían de él, si bien sólo fuera mediatamente, ya que inmediatamente los hubo el nieto de su padre, el hijo mayor del magnate (203).

3.º Porque, aun cuando, conforme al artículo 811, sólo debe atenderse al origen inmediato de los bienes para decidir su carácter reservable; esto no obsta que para determinar quiénes son los reservatarios se examine la trayectoria familiar anterior de dichos bienes. Una cosa es que los bienes deban ser reservados y otra la determinación de los beneficiarios de la reserva (204). Para lo primero basta que el descendiente haya adquirido los bienes a título lucrativo de un ascendiente o de un hermano y que de aquél pasen a otro ascendiente por ministerio de la ley. Para lo segundo, la ley precisa que los parientes, además de hallarse en determinado grado de parentesco, deben *pertenecer* a la línea de donde proceden los bienes. Por lo tanto, la solución de la primera cuestión no puede prejuzgar la segunda, sino al contrario, la precisión de requisitos distintos ha de hacernos intuir soluciones diversas.

4.º Porque el carácter no rigurosamente troncal del artículo 811 tampoco puede alegarse para prejuzgar que la cuestión que discutimos deba resolverse con la solución más simple entre las tres de las formas troncales (simple, continuada y pura). Troncales son las tres, y la mayor imperfección de la forma simple no puede considerarse nunca como razón de preferencia. A lo que se debe atender es al carácter restrictivo de la interpretación que debe darse al artículo 811, mientras con ella no se salga de su *ratio*. Y, en este aspecto, no hay duda que aquella que mejor cumple esa función es la correlativa al tipo de troncalidad pura. En efecto: elimina a todos los parientes que, aun estando dentro del tercer grado de parentesco del descendiente y perteneciendo al lado

(203) Ver ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., págs. 185 in fine y 186.

(204) Así lo distinguió SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. cit., núm. 136, pág. 994.

paterno o al lado materno, no se hallen en la línea de procedencia genealógica de los bienes. Se hace así la aplicación del artículo 811 del modo más limitadamente contrapuesto al derecho común y no sólo no dejamos de cumplirlo, sino que incluso cumplimos mejor su *ratio* determinante.

Del mismo modo que rechazamos la simplista tesis de Manresa y de la Resolución de 12 julio 1933, debemos recusar la que afirma que *línea de donde* equivale a *línea de quien*, y la que asegura que los parientes así beneficiados son aquellos que lo son tanto del descendiente como del ascendiente o del hermano de quien proceden los bienes y se hallen dentro del tercer grado con respecto a aquél.

La primera de las dos últimas tesis, defendida por Cadabal, no puede resistir la breve crítica gramatical a que la sometió Sánchez Román: “*de quien*” y “*de donde*” no son expresiones equivalentes (205).

La otra tesis igualmente debemos rechazarla. Tampoco corresponde a lo que dice el artículo 811; cumple menos correctamente con su *ratio* y es menos concorde con el carácter restrictivo que debe presidir su interpretación. El artículo 811 no dice que los parientes han de serlo de las personas que se hallen en ambos extremos de la línea de procedencia inmediata de los bienes (ascendiente-descendiente o hermano-descendiente). No requiere que sean “*parientes por la línea*”, sino que “*pertenezcan a la línea*” y precisamente a aquella “*de donde los bienes proceden*”. Y en el terreno finalista, los argumentos que hemos opuesto a la tesis de Manresa, en los números 2.º, 3.º y 4.º, también son oponibles, aunque en grado algo menor, a estas otras dos tesis que discutimos. Especialmente si para juzgarlas enfocamos los casos en que el descendiente no herede directamente de sus abuelos sino de uno de sus padres o de un hermano.

La línea “*de donde los bienes proceden*” no hay duda que ha de marcarse por el trazo de la trayectoria recorrida por los bienes en una línea familiar. Su itinerario —el de los bienes— a través de la misma familia marca la línea de donde proceden. Como indicó Sánchez Román (206), pero sin sacar de ello sus últimas consecuencias, se trata de una línea “que pudiéramos decir *mixta* de *personal* y *real*” y “que no se conforma, ni puede confundirse, con la noción general de la *normal línea jurídica de parentesco*, en ninguna de sus variedades”.

Ahora bien: dentro de cada línea podemos incluir sus derivadas, así como en el tronco se comprenden las ramas que del mismo brotan. Es “tronco o estirpe común el jefe de muchos descendientes de diferentes líneas que traen su origen de él”, de modo que: “El padre, por ejemplo, es el tronco común respecto a los hermanos; por lo que mira al tío y al sobrino, lo es el padre del tío, que es abuelo del sobrino; con respecto a dos primos hermanos, lo es su abuelo y así los demás” (207). De este mismo modo, se pueden entender comprendi-

(205) Op. y vol. cit., núm. 141, pág. 999.

(206) Op. y vol. cit., núm. 141, pág. 1015.

(207) Ver ESCRICHE *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. T. II, voz “Tronco”. pág. 908, y JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS: *Diccionario*

das en toda línea las sublíneas que de ella nazcan. Y así, los descendientes de las personas incluídas en la línea de procedencia de los bienes, deben considerarse a su vez como incluídas en ella.

Del mismo modo que en la troncalidad de las cartas y fueros medievales tenían derecho a los bienes de abuelengo todos los descendientes del abuelo y a los bienes de parentela sólo los descendientes del padre, ocurre paralelamente en la reserva lineal que:

a) De los bienes que en su trayectoria familiar ininterrumpida procedan inmediata o mediatamente de un tatarabuelo, serán reservatarios todos los descendientes de este tatarabuelo que sean parientes de tercer grado del descendiente, es decir: bisabuelo o bisabuella, abuelo o abuela, padre o madre, tíos, hermanos y sobrinos de su rama.

b) De los bienes procedentes mediata o inmediatamente del bisabuelo, pero no de un tatarabuelo, serán reservatarios: el abuelo o la abuela, el padre o la madre, tíos, hermanos y sobrinos de su tronco.

c) De los procedentes tan sólo del abuelo: el padre o madre, tíos, hermanos y sobrinos de su rama.

d) De los de origen meramente paterno (es decir, los adquiridos por éste a título oneroso, o bien los que hubiere recibido gratuitamente de un no familiar o de un familiar que no sea de la línea de su padre o de su madre —los abuelos— ni de su abuelo o de su abuela —los bisabuelos—): serán reservatarios los hermanos y los sobrinos que lo sean por parte de dicho padre o madre, quedando excluidos los ascendientes y los tíos.

e) Y de los bienes procedentes originariamente de un hermano (por haberlos adquirido éste en una de las formas indicadas en el caso anterior), tan sólo serán posibles reservatarios los sobrinos del descendiente que sean hijos de este hermano.

Así seguimos fielmente el doble criterio exigido en el artículo 811. Para juzgar el carácter reservable de los bienes sólo debemos atender a su origen inmediato. Para determinar quienes son los reservatarios deberemos examinar quiénes pertenecen a la línea de donde proceden los bienes en su trayectoria familiar y se hallen en el grado de parentesco exigido (208).

General del Notariado de España y Ultramar, T. X. (Madrid, 1857), voz "Tronco", núm. 31.308, pág. 276.

(208) El parentesco que la reserva protege es el legítimo. La Sentencia de 10 de junio de 1918 negó la condición de reservataria a una sobrina natural de la descendiente, afirmando —en su segundo Considerando— que los hijos naturales sólo ostentan derechos sucesorios frente a los padres que los reconocieron, no con respecto a los ascendientes de éstos; y, en su cuarto Considerando, "que la reserva extraordinaria del artículo 811 del Código civil como la ordinaria del artículo 968 del mismo cuerpo legal vienen establecidas en favor de los parientes legítimos, y además, respecto a la primera la recurrente no puede invocar que pertenece a la línea de que proceden los bienes que reclama, por que esta línea es la formada de generaciones habidas de matrimonios válidamente celebrados".

Por estos argumentos tampoco el hijo natural del descendiente puede invocar a su favor la reserva. Así lo entendió, al contestar una consulta la Redacción de la Revista de los Tribunales (T. XLVIII, núm. 47 —21 noviembre 1914—.

B) *El punto de arranque para contar el grado de parentesco.*

25.—La interpretación del artículo 811 en su aspecto más o menos troncal o en su sentido lineal y familiar reclama la conexión del concepto de grado con la situación parental en la línea de donde los bienes proceden.

El artículo 915 del Código nos ofrece el concepto del grado como la medida del parentesco, como unidad equivalente a una generación. El artículo 918 explica el modo de computarlo: "*En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas descontando la del progenitor.—En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.—En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el*

página 715), afirmando "que la reserva del 811 no puede referirse a los hijos naturales de los descendientes a quienes heredan sus ascendientes dentro de las condiciones de dicho artículo". Acacio CHARRÍN, contestando a otra consulta (*Rev. Gral de Leg. y Jur.*, T. 92, 1.º semestre 1898, págs. 111 y sigs.), rechazó como reservataria a una hermana natural del descendiente heredado, e hija natural de la reservista, negándole derecho alguno.

Los principales tratadistas —como MANRESA ("Comentarios...", vol. VI, artículo cit., II, A, pág. 255); MUCIUS SCAEVOLA (Op. cit., vol. XIV, art. 811, C, págs. 259 y sigs.); SÁNCHEZ ROMÁN (Op. cit., VI-II, núms. 139 y 141, páginas 995 y sigs.); CLEMENTE DE DIEGO ("Instituciones...", vol. cit., pág. 194); VALVERDE VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 227); CASTÁN ("Derecho civil...", vol. cit., pág. 282)— han estimado que sólo los ascendientes legítimos pueden estar obligados a reservar y que sólo los parientes legítimos del descendiente pueden ser reservatarios.

Como principales argumentos aducen: a) Que dicho artículo está incluido a continuación de los que tratan de la legítima de los padres y ascendientes legítimos, b) Que cuando la ley habla genéricamente de parientes suele referirse sólo a los legítimos, c) Que la troncalidad, en su sentido tradicional, se ha referido siempre a la familia legítima, d) Que de las palabras de Alonso MARTÍNEZ se deduce que el legislador sólo se preocupó de proteger con la reserva a la familia legítima.

No obstante, tal vez sea más ajustado distinguir según se trate de la persona obligada a reservar o de las que tengan derecho a la reserva.

Esta distinción fué ya planteada por la Academia Matritense de Notariado en 1894. Así se observan entre las conclusiones a que llegó al interpretar el artículo 811 (Sesión de 30 de mayo 1894, ver el *Libro de actas*, fol. 134) las siguientes: "5.º Los ascendientes obligados a reservar son los legítimos y de los ilegítimos tan sólo los que hayan reconocido al hijo como natural. 6.º Sólo tienen derecho a la reserva los parientes legítimos". (Lo contrario, respecto a la 6.ª conclusión, opinó RUILOPEZ en la sesión de 4 abril 1894, ver fol. 129 vto. y 130.)

Más adelante, ENRIQUE PÉREZ ARDÁ ("Un caso de reserva", en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 109, —2.º semestre 1906— págs. 574 y sigs.) defendió resueltamente esa distinción. La reserva sólo se estableció a favor de la familiar legítima, pero por ello obliga no sólo a los ascendientes legítimos sino también a los naturales. "Porque el legislador al crearla pensó en impedir que el patrimonio de la familia legítima vaya a parar, por un simple azar de la vida, a personas extrañas a ella; por lo tanto y por aquello de quien quiere el fin, quiere los medios indispensables para lograrlo, pensó también irremisiblemente en que la reserva había de tener lugar siempre que se presentasen las circunstancias, mirando sólo para la familia legítima, y sin preocuparse de la legitimidad o ilegitimidad del ascendiente obligado a reservar".

hermano dista dos grados del hermano; tres del tío, hermano de su padre o madre; cuatro del primo hermano, y así en adelante".

El cómputo del tercer grado a que el artículo 811 se refiere, precisa de dos datos: el de su punto de arranque y el de su conexión con la línea de donde los bienes proceden.

La primera cuestión fué discutida en los años que siguieron a la promulgación del Código civil. La segunda se ha debatido muy recientemente, dos veces, ante el Tribunal Supremo y su solución, por la debilidad de los argumentos dados en ambas sentencias, sigue siendo muy discutida.

Como puntos iniciales hipotéticamente posibles para computar el grado de parentesco conforme al artículo 811, apuntó Firmat (209) las personas del descendiente del ascendiente reservista y del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes. Años después, Manresa (210) señaló las siguientes:

- a) El tronco común.
- b) El descendiente.
- c) El ascendiente o hermano de quien recibió gratuitamente los bienes del descendiente.
- d) El ascendiente reservista.

Maura rechazó la primera y la cuarta de esas hipótesis. La primera, porque —a su juicio— “pugna con el texto del artículo 811 y con las reglas que para contar los grados da el artículo 918”. La cuarta, porque no siendo el reservista de la línea de donde proceden los bienes, estima imposible la computación desde él y a través de aquélla del grado de parentesco (211).

No obstante, esta última tesis fué arduosamente defendida por Lozano Sicilia (212), que aduce hasta ocho argumentos a su favor:

1.º *Gramaticalmente*, que el ascendiente reservista es el único sujeto de todas las oraciones del artículo 811: “Empieza con el sustantivo *ascendiente* precedido del artículo correspondiente. Desde el primer momento, pues, se ocupa del ascendiente. Continúa hablando del mismo oponiéndole la obligación de reservar, obligación que no puede referirse al descendiente que heredó, y concluye refiriéndose a los pariente ¿de quién? ¿De quién ha de ser? ¿De quién pueden ser estos parientes? Estos parientes son y han de ser forzosamente de aquel de quien habla de aquel de quien se empieza, se continúa y se concluye hablando, del ascendiente que reserva...”.

En detenido análisis *gramatical* del precepto, lo divide en una oración principal y cuatro complementarias, iniciadas por la palabra *que*, usada la segunda y tercera vez como conjunción y en la primera y la

(209) JESÚS FIRMAT Y CABRERO: *Antinomias y oscuridades del Código civil X*, en *La Reforma Legislativa*, año XIX, núm. 684 (16 noviembre 1890), página 362.

(210) *Dictámenes*, cits., vol. IV, dict. 8 (Madrid. 12-XII-1910), págs. 109 y siguientes.

(211) Pág. 111.

(212) Op. cit. págs. 19 y sig.

cuarta como pronombre relativo, que en esta última equivale a *los cuales parientes*. Y razona: "si el legislador habla del ascendiente y ordena que éste reserve en favor de los parientes; si el sustantivo ascendiente mueve la acción del verbo reservar, acción que recae en el sustantivo parientes, a quienes favorece la obligación que se impone al ascendiente; si la expresión del sustantivo descendiente ha sido indispensable para decir de quién ha de heredar los bienes por ministerio de la ley el ascendiente, de quién han de proceder y por qué clase de título para que sean reservables, por lo que nombrar dicho sustantivo en el artículo no ha tenido otro objeto que expresar esos tres conceptos, es evidente que los parientes a quienes hay que reservar los bienes han de ser del ascendiente que reserva".

De ahí su conclusión fundamental: "Mas como parientes del ascendiente que pertenecían a la línea de donde los bienes proceden no pueden ser más que descendientes del mismo, de aquí que al decir que el ascendiente ha de reservar a sus parientes, decimos que esta obligación la tiene a favor de sus descendientes" (213).

2.º Por sus *antecedentes legislativos*, porque la Comisión de Códigos tenía que referirse a los parientes del ascendiente, a sus descendientes.

Se basa para ello en lo ordenado en las bases 18 y 16.

Con arreglo a aquélla, el Código, respecto las reservas, había de desenvolver con la mayor precisión posible, las doctrinas de la legislación entonces vigente, explicadas y complementadas por la jurisprudencia. Siendo así que en la reserva clásica sólo se reservaba a favor del pariente del descendiente heredado que lo era también del ascendiente reservista (reserva vidual de bienes procedentes de un hijo del primer matrimonio).

Y la base 16, al referirse a la legítima de los ascendientes—a su juicio—, sólo pudo aplicar la limitación de las reservas a favor de los descendientes de éstos (214).

3.º Por su *naturaleza*, por considerarla como una ampliación de la legítima. Razón que explica, a su juicio, por qué el artículo 811 no haya sido colocado entre los que regulan las reservas sino en la sección de las legítimas. "La ley, pues, sólo ha querido que la preferencia en la sucesión de la línea directa ascendente, respecto de los bienes reservables, no redunde en perjuicio de los hijos comunes, de los hijos a la vez del que falleció y del que tiene la obligación de reservar, de los descendientes comunes de éste y del ascendiente o ascendientes de quienes proceden los bienes, de los descendientes a la vez del ascendiente que reserva y de los ascendientes de quienes desciende el hermano de quien proceden". "La ley no ha querido conceder el derecho de reserva a los descendientes sólo del ascendiente o ascendientes de quienes los bienes proceden por título gratuito: ha querido tan sólo evitar el que puedan pasar tales bienes a otros descendientes del

(213) Págs. 29 y sig.

(214) Págs. 31 y sigs.

que reserva mientras subsistan descendientes a la vez de éste y de aquél o de aquellos de quienes los bienes proceden (215).

4.º Por razón de su armonización con las legítimas de los ascendientes: porque no puede interpretarse ampliamente lo que es odioso (216).

5.º Por ser reservables incluso los bienes que el ascendiente o el hermano haya adquirido de extraños.

He ahí alguno de sus razonamientos: “¿por qué razón se pretende que el padre reserve en favor de sus cuñados, tíos del hijo heredado, los bienes que éste adquirió por título lucrativo de su madre, cuando son reservables, procedan o no de los abuelos maternos, ascendientes en primer grado de aquéllos?...” (217).

6.º Por razón de su contraposición con las legítimas de los descendientes del reservista, que justifica así:

“Entendiendo que los parientes han de ser del descendiente, los bienes o parte de ellos, en la mayoría de los casos, han de pasar a otras personas que no son descendientes, herederos forzosos del que reserva, y en ocasiones aun teniendo éste tales herederos de la misma línea, se verán privados de los bienes o parte de ellos que constituyen su legítima, y esto es imposible. Esto no lo ha querido, no lo ha podido querer el legislador” (218).

7.º Por su correlación con los artículos generales que regulan la sucesión, en especial los artículos 949 y 950 C. c., que prefieren los medio hermanos a los tíos, incluso si los bienes heredados procedían de un ascendiente del heredado, no común al medio hermano que lo hereda. De lo que deduce que si por todos estos preceptos se ve claramente el espíritu del legislador, “su tendencia, su ningún interés en respetar la línea, toda vez que ordena lo contrario, ¿se ha de entender que el artículo se refiere a los parientes del descendiente, cuando tal inteligencia nos lleva en contra de lo dispuesto en la misma ley, y con ella le damos una interpretación amplia, debiendo interpretarlo estrictamente por ser odioso al limitar la libre facultad de disponer de los bienes?” (219).

8.º Por su correlación con los artículos 968 y 969 que regulan la reserva viudal. A su juicio: “si al reservar (el padre) en favor del único hijo del anterior matrimonio todos los bienes que por título lucrativo adquirió del otro hijo, están comprendidos los que heredó de éste por ministerio de la ley procedentes de la madre por título lucrativo. ¿cómo se explica el que mientras no contraiga nuevas nupcias, haya de reservar también a los hermanos uterinos de dicho hijo, que de igual modo son parientes de éste, si tan pronto como las contraiga, todos esos bienes los ha de reservar al hijo del anterior matrimonio? ¿Con tanta facilidad desaparece el derecho de esos parientes del des-

(215) Pág. 37.

(216) Págs. 40 y sigs.

(217) Págs. 45 y sigs.

(218) Págs. 49 y sigs.

(219) Págs. 60 y sigs.

cendiente heredado, de los hermanos uterinos del mismo, que sin ningún acto realizado por ellos pierden tal derecho, y lo pierden para siempre, para no adquirirlo jamás, toda vez que la obligación del viudo a reservar cesa si los hijos del anterior matrimonio renuncian o mueren:" (220).

Muy interesantes son estos argumentos de Lozano Sicilia. Pero no pueden resistir una interpretación finalista del artículo 811, basada precisamente en la contemplación del supuesto que fundamentalmente dió lugar a su redacción. Hemos visto en el primer epígrafe de este estudio el supuesto que, como determinante del 811, nos narran dos miembros significados de la Comisión codificadora: su presidente, Alonso Martínez, y uno de los vocales que formó parte de la Subcomisión encargada de redactar la norma, Manresa (221). El hecho, deslumbradoramente expuesto por Alonso Martínez y que tan sensacionalmente impresionó a la Comisión, hasta moverle a crear una norma nueva, "en pugna con la legislación española", planteaba la posible posposición de los hermanos del ascendiente de quien procedían los bienes, que eran tíos del descendiente y cuñados de la reservista. Además, el temperamento aceptado por indicación del propio Alonso Martínez, consistía en la extensión de las reservas a favor de los abuelos y los tíos (222).

Esta razón es suficiente. No sólo para contrarrestar el segundo argumento de Lozano Sicilia, sino todos los demás. Tiene el peso específico de responder a la finalidad del precepto (223) y no está en contradicción con su letra. Esta no es tan decisiva como le pareció a Lozano Sicilia.

Aun cuando el ascendiente reservista fuera el sujeto de todas las oraciones comprendidas en la elipsis del artículo 811, esto no es razón suficiente para deducir que los parientes a que alude deban ser los suyos. La relación gramatical entre aquél y éste es la que existe entre el sujeto y el dativo de la oración. Los parientes se refieren al ascendiente reservista como el dativo al nominativo. Pero esta relación gramatical no es suficiente para referir el parentesco a aquél. Para ello, en buena gramática, haría falta que la palabra *ascendiente* fuera empleada como genitivo de *los parientes* o que en la frase éstos se relacionaran con aquél mediante los adjetivos posesivos *sus* o *suyos* (224).

(220) Págs. 61 y sigs., especialmente 65 in fine y 66.

(221) Ver ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., págs. 85 y sig.; MANRESA, Consulta, cit., en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 78, págs. 357 y sigs.

(222) Ver ALONSO MARTÍNEZ, op. cit., págs. 188 y 191.

(223) En este sentido ver LA CUEVA, op. cit. pág. 57.

(224) FRANCISCO ACOSTA INGLOTT ("El artículo 811 del Código civil", en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.* T. 112 primer semestre 1908, págs. 67 y sig.) se enfrentó con la redacción ofrecida por LOZANO SICILIA, como equivalente a la del 811, por una alteración lícita del orden de las oraciones, que no variaba su sentido, pero más clara y reveladora de su verdadero significado. ACOSTA acepta su licitud, pero no admite que aclare nada: "Como se ve, la modificación se reduce a cambiar de sitio a las palabras, y comparadas, se nota que el sentido que se quiso dar no tuvo resultado, pues al decir que el ascendiente se halla obligado a reservar en favor de los parientes que estén dentro del ter-

La redacción propuesta por la Subcomisión encargada, añadía un genitivo a la palabra parientes, al decir *parientes del difunto*. Su supresión, según Manresa (225), se verificó en la corrección de estilo por considerarla redundante e innecesaria para expresar bien el concepto.

Según Acosta Inglott (226), no debieron haberse suprimido estas dos palabras, "que vendrían a hacer más fácil la interpretación, no originándose, por consiguiente, la discrepancia de opiniones de los comentaristas en este punto" (227). Ciertamente que en la hipótesis del 811 puede hablarse de haber varios difuntos, pero necesariamente sólo ha de haber uno, el descendiente heredado por el ascendiente. Del ascendiente reservista habla como de persona aún viva, pues dice que "se halla obligado a reservar". El otro ascendiente o el hermano de quienes proceden los bienes, puede vivir aún, pues el título lucrativo que causó la adquisición del descendiente pudo ser el de donación *inter vivos* (claro que procediendo los bienes de un ascendiente, si éste vive, no debe aplicarse el artículo 811 sino el 812; pero no así de proceder de un hermano). Además, el artículo 811, situado a continuación del artículo 810, como limitación de la legítima de los ascendientes en la sucesión de un descendiente, contempla precisamente a éste como *causante*, es decir, como difunto que origina la sucesión del artículo 810 y su limitación del artículo 811. Así como el artículo 938 (que aplica la reserva en la sucesión intestada) limita la sucesión intestada, reglada en los artículos 936 y 937 a favor de ascendientes y causada por descendientes.

cer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, no se puede entender que éstos sean del ascendiente, porque dice a favor de los parientes, y eso mismo dice el artículo 811, y si para demostrar su aserto hubiese dicho en favor de *sus*, en lugar de interpretar lo que hubiera hecho es alterar por completo el espíritu de la ley".

Añade, ACOSTA INGLOTT, otro argumento: "Si nos fijamos detenidamente, observaremos que de admitirse que los parientes son del ascendiente, el precepto que examinamos sobra, está de más, porque el ascendiente es heredero forzoso del descendiente y él, a su vez, tiene otros herederos, los que le sucederán, no en virtud de la reserva, sino con sujeción a la regla general de la sucesión". Pero este argumento no es válido, habida cuenta de que LOZANO SICILIA no se detenía en esta solución, que ACOSTA juzga sin sentido; pues, conforme la siguiente exigencia del artículo 811, limitaba esos parientes por la circunstancia de pertenecer a la línea de donde los bienes proceden, admitiendo sólo como reservatarios a los descendientes comunes de ambos ascendientes. Por lo mismo, falla el argumento, que alega ALCUBILLA ("Diccionario...", cit., —5.ª ed., Madrid, 1894— T. VII, voz Legítima, V. III, pág. 841), de que los bienes cambiarían de línea. Para evitarlo bastan las palabras finales del 811.

(225) "Consulta...", en *Rev. Grad. de Leg. y Jur.*, vol. cit., pág. 361.

(226) *Loc. cit.*, págs. 68 *in fine* y 69.

(227) SCAEVOLA (op. y *loc. cit.*, F. pág. 332) pregunta: "¿Por qué haber suplido las palabras *del difunto* que nada estorbaban al concepto del artículo? La única objeción que cabe formular es la que no eran necesarias por sobreentenderse que al hablar de parientes se refería implícitamente a los del difunto, puesto que éste determina el nacimiento de la reserva, pero tampoco conviene olvidar que el exceso de claridad legal no perjudica y que no habría tal exceso cuando ha sido preciso acudir a la interpretación doctrinal del Tribunal Supremo".

La verdad es que la supresión del genitivo *del difunto* hubiera dejado a los parientes en la mayor oscuridad gramatical, si la finalidad del precepto no nos ayudara a ver.

En cambio, no nos sirve el principal argumento esgrimido, contra la tesis de Lozano Sicilia, por Morell y Terry (228), Manresa (229), Scaevola (230) y Maura (231). Según estos autores, los *parientes* de que habla el 811 no pueden referirse, en cuanto al cómputo de su grado, al ascendiente reservista, porque debiendo pertenecer a la línea de donde los bienes proceden, resultaría que en los casos de más propia aplicación del artículo, el ascendiente reservista sólo se hallaría enlazado a la línea preferida por un lazo de afinidad, lo que impediría la computación del grado conforme al artículo 818. Lozano Sicilia opinó en otro sentido, que escapa a esa crítica, al limitar los beneficios de la reserva a los descendientes del reservista que a la vez pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes: hijos, nietos y biznietos comunes del reservista y del otro ascendiente del que procedían los bienes, o del que fué padre o madre del hermano de quien los recibió el descendiente.

Más discretamente observó Sánchez Román (232), que la reserva no resultaría posible, o sería casi innecesaria, si el reservista tuviera otros descendientes comunes al otro ascendiente, que fueran sus herederos forzosos, a cuyo derecho nada podría añadir dicha obligación de reservar, que carecería en tales casos de finalidad que la justificara.

Los otros argumentos, alegados por Lozano Sicilia, pecan de petición de principio o pueden ser evitados con otras soluciones, como luego veremos al tratar de las colisiones o correlaciones que plantean.

26. Rechazada la tesis de Lozano Sicilia, quedan en pie de discusión las que respectivamente pretenden iniciar el cómputo del grado en el descendiente o bien en el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes reservados.

Esta última opinión fué defendida por Urbano López de Haro (233), quien alegó que el descendiente es un mero intermediario a efectos de la reserva.

(228) "Reserva creada por el artículo 811 del Código civil en "Estudios...", cits., págs. 299 y sigs. y en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.* T. 82-1.º semestre 1893, páginas 523 y sigs.). Este autor reconoce que el argumento no es tan convincente como parece, porque el 811 no distingue la clase de parentesco. ¿Puede referirse al de afinidad, respecto al reservista, que son los que pertenecen a la línea de procedencia de los bienes? Pero él mismo rechaza la objeción, diciendo que el verdadero parentesco es el de consanguinidad. "y que cuando la ley habla de parientes, sin añadir más, esos parientes son los unidos por vínculos de sangre, los que proceden del mismo tronco".

(229) Op. y loc. cits., pág. 259.

(230) Op. y loc. cits., F. 1.º, págs. 326 y sig.

(231) Dict. ult. cit., pág. 110.

(232) Op. y vol. cits., núm. 142, pág. 1001.

(233) URBANO LÓPEZ DE HARO, "El artículo 811 del Código civil. ¿Cuál es el alcance de la metáfora por ministerio de la ley?", en *Revista de los Tribunales*. T. XXXVI, núm. 51 (20 diciembre 1902), pág. 807.

Maura (234) confesó que antes de la Sentencia de 1892 —que ataca— su criterio era favorable a que el cómputo del tercer grado se iniciara por el ascendiente o el hermano de quien procedieran los bienes. A su juicio, preferir la segunda mujer del reservista, o los hijos de este segundo enlace, a los primos carnales del descendiente, a quienes irían a parar los bienes de sobrevivir su padre, tío de aquél, le parece muy contrario al espíritu del Código civil. Apreciación puramente personal y muy relativa, que variará según se mire desde el punto de vista del ascendiente premuerto del que procedían los bienes o desde la posición del descendiente heredado, del que a la postre serán hermanos los hijos del segundo matrimonio del reservista.

Razones más objetivas ofrecen los defensores de la opinión de computar el grado desde el descendiente. Según nuestros datos, fué defendida por primera vez por Redondo Reinoso (235). Por ella se inclinó en su tercera conclusión la Academia Matritense del Notariado el año 1894 (236). Comparten este criterio: Manresa (237), Morell (238), Alcubilla (239), López R. Gómez (240), Ureña (241), Sánchez Román (242), Mucius Scaevola (243), Falcón (244), Burón (245), Acosta Inglott (246), Guillermo G. Valdecasas (247), Acacio Charrín (248), Díaz Cobeña (249), Barrachina (250), La Cueva (251), De Buen (252), Valverde (253), Castán (254), Bonet (255), Escobar de la

(234) Dict. ult. cit., págs. 112 y 113.

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

(236) Sesión de 30 mayo de 1894 de la Academia Matritense del Notariado, según consta en el folio 133 v.º del correspondiente libro de actas.

(237) Op. y loc. cits., D, pág. 259.

(238) "Reserva creada por el artículo 811..." de *"Estudios..."*, pág. 298 y en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 82 (1.º semestre 1893), págs. 523 a 526.

(239) "Diccionario..." cit., vol. VII, voz "Legítima" V-III, pág. 840.

(240) Op. y vol. cits., págs. 219 y sig.

(241) RAFAEL DE UREÑA, "Bienes reservables" (consulta), en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 89 (2.º sem. 1896), págs. 99 y sig.

(242) Op. y vol. cits., núm. 142, págs. 1001 y sig.

(243) Op. y loc. cits., F, págs. 323 y sigs.

(244) MODESTO FALCÓN, "Exposición Doctrinal del Derecho civil español, común y foral", T. III (Barcelona, 1897), pág. 236.

(245) Op. y vol. cits., núm. 969, pág. 800.

(246) Loc. cit., pág. 67.

(247) GUILLERMO G. VALDECASAS, Consulta formulada por él mismo a la Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 118 (1.º semestre 1911), pág. 255.

(248) A. CHARRÍN, contestación a la Consulta indicada en la nota anterior, loc cit., pág. 263.

(249) Op. cit., Dict. XV, F, pág. 255.

(250) Op. y vol. cits., pág. 639.

(251) Op. cit., pág. 56.

(252) Notas en Colin y Capitant, cits., vol. VIII, pág. 395.

(253) Op. y vol. cits., pág. 228, nota 1.

(254) Op. y vol. cits., pág. 282.

(255) FRANCISCO BONET RAMÓN, "Derecho Civil Común y Foral", T. II (Madrid 1940), pág. 593.

Riva (256) Gómez Morán (257), Royo Martínez (258), Borrell y Soler (259).

De los argumentos esgrimidos por estos autores, unos son negativos, es decir, llegan a la solución por eliminación de otras posibilidades, y otros son positivos.

Entre los primeros, aparte de los empleados para rechazar la tesis de Lozano Sicilia, podemos apuntar contra la opinión de computar el grado desde el ascendiente o el hermano de quien proceden los bienes, los siguientes:

1.º Que de este ascendiente o hermano sólo se habla incidentalmente en el artículo 811.

2.º Que sería retrotraer demasiado los efectos de la reserva.

3.º Que la sucesión de este ascendiente o hermano quedó ya terminada y firme, sin originar obligación alguna al descendiente o hermano que adquirió de ellos bienes a título lucrativo.

Como argumentos positivos a favor de que se inicie el cómputo del tercer grado en el descendiente, se señalan:

1.º Que las palabras "del difunto" del proyecto, que sólo se podían referir al descendiente heredado, fueron quitadas únicamente por la corrección de estilo, por considerarlas redundantes.

2.º Que la muerte del descendiente es la que origina la obligación de reservar.

3.º Que la desviación de los bienes troncales de la línea de donde proceden, es producida precisamente a la muerte del descendiente. Y que, si los bienes se separan del tronco a la muerte del hijo, al decir el precepto que el ascendiente, que le suceda por ministerio de la ley, ha de reservarlos para los que estén en el tercer grado, no ha podido tener otra intención que la de referir ese parentesco al mismo descendiente.

4.º Que, en último caso, la duda debe resolverse dando la menor extensión a la reserva, por ser esta materia de interpretación restrictiva, siendo así que el tercer grado queda menos alejado computándolo desde el descendiente, resulta menor el número de posibles reservatarios, que limitan el derecho del reservista.

5.º Algunos autores también arguyen que el descendiente es el causante de la sucesión de los reservatarios. Pero esta afirmación es muy discutible, según luego veremos, y debe ser demostrada antes de usarla como premisa.

El Tribunal Supremo proclamó por primera vez en la Sentencia de 16 diciembre 1892 que el grado de parentesco se computa con respecto "al que mediara entre la persona a cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden inmediatamente los bie-

(256) Op. cit., pág. 7.

(257) LUIS GÓMEZ MORÁN, "Las reservas en el Derecho español y en el comparado" (Oviedo 1949), pág. 79.

(258) Op. cit., pág. 213.

(259) Op. y vol. cit., § 350, pág. 335.

nes, toda vez que del fallecimiento de éste se derivan y arrancan precisamente el derecho y la obligación de reservar”.

La misma afirmación, con igual explicación, expresa en uno de sus considerandos la Sentencia de 8 noviembre 1906. También las Sentencias de 30 diciembre 1912, 24 mayo 1945 y 1 julio 1955 hacen declaración expresa de que el cómputo del grado de parentesco se hace entre el descendiente y los reservatarios.

Además, en bastantes otras, el Tribunal Supremo, sin declararlo, hace específica aplicación de esta doctrina al hacer el cómputo del tercer grado. Así se aprecia en las Sentencias de 10 enero 1901, 27 enero 1909, 11 marzo 1927, 2 enero 1929, 14 junio 1945 y 2 marzo 1956.

Ningún fallo de nuestro más alto Tribunal contradice esta doctrina.

C) *Unidad o diversidad de los requisitos de línea y grado.*

27. La cuestión de que ahora nos vamos a ocupar se concreta a la determinación de si las circunstancias de pertenecer a la línea de donde proceden los bienes y de hallarse en el tercer grado de parentesco, contado desde el descendiente, constituyen un solo requisito complejo o bien dos requisitos distintos. Es decir, se trata de determinar si se exige que los reservatarios se hallen dentro del tercer grado de la línea de donde proceden los bienes, o si independiente se reclama que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden y que sean parientes dentro del tercer grado del descendiente.

La cuestión tiene evidente interés práctico, como se ha demostrado por las sentencias a que ha dado lugar. Según cuál sea el criterio que se acepte, serán o no posibles reservatarios aquellos hermanos de vínculo sencillo que por la línea de donde proceden los bienes se computarían como parientes de cuarto grado, por serles común uno de sus respectivos padres, y siendo los respectivos padre o madre no comunes hermanos entre sí. Si basta con pertenecer a la línea de procedencia de los bienes y ser pariente dentro del tercer grado del descendiente, sin duda que estos hermanos de vínculo sencillo reunirán ambos requisitos. Si se estima necesario que el tercer grado se compute precisamente a través de la línea de donde proceden los bienes, no cumplirán esa condición.

Tres veces se ha planteado ante el Tribunal Supremo este problema.

La primera en el recurso que dió lugar a la Sentencia de 19 noviembre 1910. En sus resultandos aparece que S. P. S. (el padre) había contraído dos veces matrimonio, primero con Casimira C. P. y después con una hermana de ésta, Cipriana C. P. Cada hermana le dió una hija, respectivamente, María Josefa Amparo P. C. y María Pura Braulia P. C. El padre y sus dos esposas premurieron a las hijas. No así la abuela paterna, a quien premurió la nieta menor, que en su último y válido testamento había instituído herederos en su legítima a dicha abuela paterna y en la parte disponible a su medio hermana paterna. La abuela repudió la herencia y fué universal heredera

la medio hermana. Un hermano de ambas madres y tío materno de las dos medio hermanas consanguíneas, reclamó la reserva de la mitad del caudal relicto por su finada sobrina correspondiente a la legítima repudiada por la abuela paterna. Para ello, afirmó: que la repudiación hecha por el ascendiente no extingue la reserva y que el cómputo del tercer grado debe hacerse precisamente a través de la línea de procedencia de los bienes.

El Tribunal Supremo en esta ocasión revocó la sentencia de la Audiencia y no admitió la reserva reclamada. Fundamentalmente porque estimó que la repudiación del ascendiente impedía que se cumpliera un requisito esencial para el nacimiento de la reserva: el que un ascendiente heredara a un descendiente suyo. Pero, además, después de afirmar en su primer considerando el carácter restrictivo con que debe ser interpretado el artículo 811 —“porque produce una desviación en el derecho sucesorio moderno basado en el tipo de familia natural, haciendo seguir a ciertos bienes un curso anómalo”— y de recordar la finalidad para el cual fué creado —“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”—, en su cuarto considerando afirmó que:

“... siendo el fundamento racional de éste (el art. 811) la voluntad presunta del descendiente, que con su muerte inicia la reserva, de que los bienes a ella afectos vuelvan por el óbito de la herencia forzosa que se había interpuesto, a los parientes más próximos de aquélla y de cuya línea proceden, en este caso, contra la voluntad solemnemente manifestada de la descendiente, resultaría el absurdo de que, cuando se trata de un derecho de troncalidad, la única hermana y prima carnal por la línea materna, como la hoy recurrente (en la Jurisprudencia civil —T. 119— de la R. G. L. y J. se dice, sin duda por error, “como el hoy recurrido”), la heredera de la mitad de los bienes por el testamento y del resto por renuncia de la otra, sería pospuesta a un tío carnal de la descendiente de que se trata y al cual sólo menciona en el testamento para nombrar a uno de sus albaceas.”

En la Sentencia de 1 julio 1955 se volvió a contemplar un supuesto de concurrencia de un medio hermano, esta vez por parte del padre, y que era primo carnal del descendiente por ser hermanas entre sí sus respectivas madres, con un tío de ambos, hermano de sus respectivas madres. Eustaquio de la C. y G. D. casó, sucesivamente, con las hermanas Adoración y Damiana M.-M. y M.: de la primera tuvo un hijo, Francisco Ramón de la C. y M.-M., y de la segunda otro. Eustaquio de la C. y M.-M. La primera premurió a su hijo, Francisco Ramón de la C. y M.-M., que posteriormente heredó a sus abuelos maternos bienes que de él pasaron abintestato al padre, y de éste al hijo del segundo matrimonio, Eustaquio de la C. y M.-M., el medio hermano, que también era nieto materno de los mismos abuelos maternos que su hermano de padre y de los cuales procedían los bienes discutidos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia rechazaron los derechos alegados por el tío materno, que entabló recurso de

casación, al que dió lugar la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, por entender que:

"... por cuanto si bien es cierto que éste (Eustaquio de la C. y M.-M.) figura en el orden general familiar en el segundo grado, como hermano consanguíneo suyo, resulta también evidente que *procediendo los bienes que constituyen la reserva de la línea materna y debiendo realizarse el cómputo de grados dentro de ella*, carece de la prioridad que le concede la Sala sentenciadora (la de la Audiencia), ya que en cuanto a ella figura en cuarto grado, convergiendo, por el contrario, en aquél (el tío materno, Raimundo M.-M. y M.) las dos circunstancias exigidas en el inciso último del artículo que se analiza."

Menos de un año después, la Sentencia de 2 marzo 1956, juzgó de la prioridad entre la abuela materna y unos medio hermanos por parte de padre, que por parte de madre eran primos hermanos, por ser hijos de dos hermanas uterinas, hijas de la abuela antes mentada, las cuales, a su vez, por parte de padre eran hijas de dos hermanos. A María B. A. (la madre) la heredaron sus hijos, Carmen y Felipe T. B. A éstos les sucedió abintestato su padre, Angel T. P., que casó en segundas nupcias con una hermana de su primera mujer, Visitación B. A., de la que tuvo cinco hijos, Felipe, Anuncia, Amelia, Eduardo y Carmen T. B. Muerto el padre, los cinco hijos de sus segundas nupcias siguieron poseyendo durante varios años los bienes discutidos, de los que fueron arrendadores. Pero la arrendataria entregó más tarde la posesión al marido de otra hermana de ambas esposas, Manuela B. A., llamado Manuel A. A., que había comprado a su suegra, la abuela materna de todos los medio hermanos, los derechos que ésta tuviera en la herencia de sus nietos Carmen y Felipe T. B., hijos de su hija, María B. A. Los medio hermanos consanguíneos de éstos, nietos maternos de la propia abuela, Felipe, Anuncia, Amelia, Eduardo y Carmen T. B., demandaron sosteniendo su igualdad de grado con la abuela con respecto a sus medio hermanos por parte de padre. Pero los tres fallos del pleito les fueron desfavorables. En el suyo, el Tribunal Supremo afirmó que:

"... impera en este precepto (el art. 811), aunque limitado en su extensión, el principio de troncalidad, al corresponder los bienes reservables a la rama o línea de donde los bienes proceden y, por tanto, es perfectamente lógico el sostener que *el grado en que se encuentre el pariente hasta el que alcanza su derecho a los bienes como reservatario, se refiere exclusivamente a esa línea; sin que por ello la mera circunstancia de que en una persona concurren varios parentescos con el causante de la herencia, siendo pariente dentro del tercer grado en una de las líneas, pero no en aquella de la que los bienes proceden, en la que su grado de parentesco es más lejano, le confiere derecho a ser reservatario de la herencia, pues de lo contrario se iría abiertamente contra el principio de troncalidad en que principalmente se funda esta reserva y no se observaría el orden de preferencia que en esa línea existe.*"

Los razonamientos que el Tribunal Supremo expresó en las dos

últimas sentencias citadas resultan poco congruentes con el propio fallo, con la jurisprudencia anterior y con la analogía del Derecho foral navarro invocada. En efecto, se comprueba esto al analizar los argumentos esgrimidos en los considerandos de estas sentencias y que, en síntesis, son los siguientes:

1.º Que la innovación que introduce el artículo 811 fué consecuencia “del deseo de armonizar en cierto modo la legislación común con alguna de las forales, ..., y de conjugar los principios de troncalidad con el de proximidad de parentesco, bajo el propósito, como se dice en jurisprudencia reiterada, de «evitar que los bienes de procedencia familiar puedan, por el azar de la vida, pasar a personas extrañas, cuando existen otros miembros más íntimos a aquéllas»” (S. 1 julio 1955).

Argumento incongruente con el fallo, puesto que sin aplicar la reserva los bienes se conservaban en la misma familia y en la misma línea de donde procedían los bienes. Estos procedían de los abuelos maternos, de los que eran descendientes tanto el tío como el medio hermano. O sea, que aplicando la reserva se provocó un cambio de titularidad no exigida por la *ratio* del artículo 811.

2.º Que esta clase de reserva “ha de ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto, como dice la doctrina de esta Sala, el aludido precepto envuelve una modalidad limitativa del orden sucesorio moderno” (S. de 1 julio 1955).

La incongruencia del argumento con el fallo es aún mayor y aumenta la del anterior. Si la *ratio* del precepto, en el supuesto discutido, no reclamaba la aplicación del artículo 811 en perjuicio de los demandados, el criterio de su interpretación restrictiva abona mayormente su inaplicación. Y, por lo tanto, debía aplicarse “el orden sucesorio moderno”, es decir, el régimen común, excluido el artículo 811, en virtud del cual la preferencia de los medio hermanos respecto al tío es indiscutible, no sólo en la trayectoria directa, sino igualmente en la oblicua seguida por los bienes a través de su padre común.

3.º La analogía, por su carácter troncal, de la ley 6.ª, Tít. XIII, Lib. III de la Novísima Recopilación Navarra (S. 2 marzo 1956).

No entramos a discutir la posibilidad de aplicar por analogía o, mejor, como principios generales del Derecho español, determinados preceptos forales. Pero sí que creemos imprescindible recordar lo que ya hemos dicho anteriormente: que, conforme a la ley navarra, el fallo hubiese sido el contrario del pronunciado por la sentencia. Conforme al Derecho navarro los medio hermanos, en el supuesto litigado, serían preferidos a la abuela materna, porque los bienes procedían del abuelo materno, con quien su esposa, la abuela materna, no tenía más parentesco que el de afinidad, mientras que pertenecía a su línea consanguínea los medio hermanos del nieto, es decir, los hijos de la otra hija del referido abuelo materno, del que procedían los bienes.

4.º Que “imperera en este precepto, aunque limitado en extensión, el principio de troncalidad”, y que “de lo contrario, se iría abiertamen-

te contra el principio de troncalidad en que *principalmente* se funda esta reserva" (S. 2 marzo 1956).

Aparte de lo inoportuno de esta afirmación en la hipótesis contenida (por las razones expresadas al analizar el argumento anterior), hay que destacar su poca congruencia con el principio formulado, como criterio preponderante, en la jurisprudencia anterior de la misma Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SS. 30 diciembre 1897, 8 noviembre 1906, 29 octubre 1907, 8 octubre 1909, 19 noviembre 1910, 7 noviembre 1912, 2 enero 1929, 26 noviembre 1943), no contradicho por el eclecticismo de otras Sentencias (4 enero 1911, 24 mayo 1945, 12 diciembre 1945, 8 junio 1954 y 4 junio 1955) y sin que quepa invocar en contra la Sentencia de 1 febrero 1897, puesto que ésta no se ocupaba de supuesto alguno de reserva lineal, sino que tan sólo incidentalmente habló de ella en uno de sus considerandos.

28. Pocos han sido los autores que se han ocupado de esta cuestión.

Algunos, sin enfrentarse con ella ni plantearla siquiera, al exponer su criterio sobre la interpretación del artículo 811, han señalado una pauta que implicaría su solución en determinado sentido. Así, Sánchez Román (260), al afirmar "que este tercer grado ha de ser computado dentro de *una línea*, que no es la normal y general, recta u oblicua de ascendientes o colaterales, sino la *especial*, que para este solo efecto de la reserva del 811 se forma entre los parientes que pertenezcan a la *línea* de donde proceden los bienes". Es decir, decide que el *tercer grado ha de ser computado dentro de la línea de donde proceden los bienes* (261).

(260) Op. y vol. cits., núm. 142 págs. 1012 *in fine* y 1013.

(261) En cambio no creemos que puede deducirse la exacta posición ante este problema de MANRESA (op. y vol. cits., D. y E., págs. 259 a 261), SCAEVOLA (op. y vol. cits., F, pág. 354) y CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cits., página 195). En el escrito del recurso de casación que motivó la S. de 1 julio 1955, HERNÁNDEZ GIL los estimó inclinados a favor de la tesis de que el cómputo del tercer grado debía hacerse siguiendo la línea de procedencia de los bienes. Sin embargo, creemos que tal deducción no puede estimarse como dato cierto. Decir que la línea debe apreciarse con relación al padre o de la madre y que el parentesco de medio vínculo sólo es estimado cuando corresponde a la línea de procedencia de los bienes, no equivale a decir que el cómputo del tercer grado debe hacerse no sólo entre los parientes de la línea, sino específicamente siguiendo esa línea. Afirmar que el reservatario ha de ser pariente de tercer grado y ser pariente por la parte de donde procedan los bienes, no es afirmar que el tercer grado sólo ha de contarse por esa parte. Y asegurar que los medio hermanos sólo estarán comprendidos en la reserva si pertenecen a la línea paterna o materna, de donde proceden los bienes, tampoco equivale a declarar que sólo aquellos que sean hijos del padre o madre de quien inmediatamente procedían los bienes serán admitidos y que se excluiría a los demás, aunque también sean parientes de la misma línea paterna o materna de procedencia de los bienes por razón del parentesco existente entre los padres o madres no comunes de los medio hermanos reservista y presunto reservatario.

Cadabal (262), según nuestros datos, fué quien primero planteó de cara esta cuestión. A su juicio: "*El grado de parentesco se cuenta por la línea del ascendiente o hermano de quien proveyan los bienes.*" Y, descendiendo a la aplicación de ese principio, expuso: "En la práctica hemos visto una mujer dos veces viuda de dos hermanos, que tiene una hija del primer matrimonio y acaba de heredar de otra hija única de su segundo marido la fortuna de éste. La hija del primer marido es de la línea del padre de la descendiente, origen de la reserva y está con ésta en segundo grado, puesto que son hermanas hijas de la misma madre. Pero la sangre materna no es la que le da derecho a que se le reserve los bienes, sino la paterna; y, por consiguiente, hay que medir su parentesco por esta línea, no por aquélla. Hecho así, resulta que la hija viva y la hermana muerta son primas carnales, hijas de hermanos, y están en cuarto grado: fuera ya de los límites trazados por el Código a la reserva del ascendiente."

El mismo criterio fué sostenido por la "Revista General del Notariado" en 1910 (263) al contestar una consulta. La respuesta fué: que se deba atender a la línea de troncalidad. Por lo que estimó fuera de grado para la reserva al medio hermano de padre e hijo de una hermana de la madre del descendiente heredado por el reservista (de la que procedían los bienes).

Opiniones contrarias sostuvieron Guillermo G. Valdecasas (264), al formular una consulta, y A. Charrin (265), al contestarla, en la "Revista General de Jurisprudencia", en 1911. Valdecasas defendió que "no es lo mismo ser pariente dentro del tercer grado y pertenecer a la línea de donde los bienes proceden que ser pariente dentro del tercer grado por la línea de donde los bienes proceden". A su juicio, si la ley hubiese dicho lo primero, la letra sería contraria al pensamiento del artículo y a todo sentimiento de equidad y de justicia; pero le parece fuera de duda que la letra de la ley dispone lo segundo. Charrin opinó lo contrario, estimando que el grado ha de computarse precisamente a través de la línea de procedencia de los bienes.

También Fernández Serrano (266) planteó un caso semejante. Pero más complicado, porque la segunda esposa hermana de la primera, contrajo a su vez segundas nupcias de las que tuvo otro hijo. Mas, si bien este autor discurió sobre interesantes cuestiones relativas a la preferencia que pudiera haber entre la abuela materna y el último hermano uterino, en cambio, dió por sentado, sin mostrar la menor duda, que el hermano consanguíneo, que era hijo de una hermana de la madre del otro, no tenía derecho alguno a la reserva.

Díaz Cobeña (267), en cambio, examinó y dictaminó concienzuda-

(262) Loc. cit., § III, págs. 105 y sig.

(263) Tomo LIX, núm. 4 (22 enero 1910), pág. 38.

(264) Rev. Gral de Leg. y Jur., T. 118, págs. 250 y sig.

(265) Rev. Gral de Leg. y Jur., F. 118, págs. 257 y sig.

(266) Loc. cit., págs. 280 y 287.

(267) Op. cit. XV, G, págs. 254 y sigs.

mente el siguiente supuesto. Don R. P. A. estuvo sucesivamente casado con dos señoras, que eran hermanas y tenían, además, otros tres hermanos que las sobrevivieron. De su primer matrimonio don R. P. A. tuvo un hijo y una hija; del segundo, otro hijo, F., que había heredado a su madre y a quien abintestato correspondió heredar a su citado padre. La cuestión dictaminada se concretaba, en primer lugar, a determinar la preferencia en caso de reserva entre los tres tíos maternos y los dos medio hermanos. A juicio de este ilustre jurista, los medio hermanos debían ser preferidos como más próximos en grado por el lado paterno y como pertenecientes por parte de su madre a la línea de procedencia de los bienes.

En la consulta de G. Valdecasas y su contestación por Charrin, en el dictamen de Díaz Cobeña y en los escritos e informes esgrimidos al discutir los recursos de casación que causaron las recientes Sentencias de 1 julio 1955 y 2 marzo 1956, por los abogados que en ellas contendieron, Carmelo Díez González, Antonio Hernández Gil, Hipólito Jiménez y Jiménez Coronado, Julio Wais, José Illana, tenemos recogidas las más interesantes razones en pro de una y otra tesis. Los dos primeros letrados defendieron la tesis contraria a la de Díaz Cobeña y de los otros tres letrados citados. Y lo hicieron con tal brillantez que posiblemente deslumbraron a la Sala sentenciadora.

Los argumentos alegados en ese recurso en pro de que el cómputo del grado se haga exclusivamente por la línea de donde proceden los bienes, se concreta en los siguientes:

1.º La conjunción "y", que une la expresión "parientes que estén dentro del tercer grado" con la de "pertenecan a la línea de donde los bienes proceden", gramaticalmente no quiere significar otra cosa que reforzar la expresión e indicar que el tercer grado ha de contarse en la línea, dentro de la línea.

2.º La interpretación contraria daría lugar a unos resultados que a la dirección de la parte recurrente le parecieran inaceptables o en contradicción con otros preceptos. Así:

a) De concurrir un medio hermano y medio primo con un hermano de doble vínculo del que originó la reserva, habiendo nacido éste del primer matrimonio del ascendiente reservista, todos los bienes reservables corresponderían al de doble vínculo en virtud de la reserva clásica vidual. (Pero el argumento no puede extenderse más allá del supuesto normado por la reserva vidual que nunca alcanza a proteger a los tíos.)

β) Si dicho medio hermano concurriera a la reserva con su padre o madre, no común al descendiente que causó la reserva, pero de quien fué tío carnal, este padre o madre sería preferido al medio hermano sin discusión. Según este juicio, "sería absurdo admitir que por ser hijo de su madre (la tía del descendiente que causó la reserva) tenía derecho a los bienes y, en cambio, ella, aun viviendo, quedaba excluida porque era pariente de tercer grado y el hijo lo era de segundo (por parte del padre)". (Pero a nosotros ese resultado tampoco nos parece *a priori* absurdo. Nos parece normal que un medio hermano

sea preferido a la madrastra; aunque aquél pertenezca a la línea de procedencia de los bienes precisamente por ser hijo de esa madrastra de su hermano.)

7) Y si el medio hermano concurriera con otro medio hermano, que lo fuera del descendiente que causó la reserva precisamente por parte del padre o madre de quien éste recibió los bienes a título lucrativo, sería preferido ese otro medio hermano. (Creemos que este argumento peca, como el anterior, de petición de principio, y que la solución es tan discutible como la del supuesto cuestionado en el recurso.)

3.º Que si es cierto que el artículo 811 establece una reserva familiar, ello no quiere decir en modo alguno que queden derogados los demás preceptos que rigen la sucesión intestada, ni que no sean de plena aplicación a la sucesión especial regulada en ese artículo y en particular el principio de que el grado más próximo excluye al más remoto. (Argumento no probado, que más adelante deberemos discutir, y que, además, contradeciría la misma conclusión propugnada si no se demuestra que el grado sólo puede contarse sobre la línea de procedencia de los bienes.)

4.º Que con este criterio no se vulnerara la finalidad del 811 de evitar que los bienes vayan a parar a parientes más lejanos del tercer grado del descendiente para conservarlos en la familia. (Pero, siendo ello así, ocurre en estos casos que sin la reserva tampoco saldrían los bienes de la familia—en contra de lo que sostiene la opinión contraria— y no se descubre la razón para que se aplique el precepto, haciendo dar un curso anómalo a los bienes sin necesidad alguna que lo justifique.)

Además, A. Charrín alegó que la actual redacción del artículo 811 no es más que “una sencilla modificación de estilo” del primitivo proyecto de la Subcomisión de Codificación, que establecía la reserva “en favor de los parientes del difunto que se hallan comprendidos dentro del tercer grado y que lo sean por la parte de donde procedan los bienes”. (Argumento que prejuzga: 1.º, que la expresión de “que lo sean” se refería al tercer grado de parentesco y no meramente al hecho *de ser parientes del difunto*—que es lo que creemos—; y 2.º, que la modificación—como él estima— fué mera consecuencia de una corrección de estilo.) Y, también, que el artículo 811 crea una línea especial en la cual y únicamente en ella debe computarse el grado exigido. (Evidente petición de principio: pues precisamente lo que discutimos es que el cómputo del grado deba hacerse exclusivamente a través de dicha línea.)

Frente a los argumentos comentados, se ha aducido y racionalmente cabe admitir que:

1.º *Literalmente*, la conjunción copulativa y que enlaza la exigencia de las dos cualidades (estar dentro del tercer grado del descendiente y pertenecer a la línea de donde los bienes proceden), no autoriza para exigir que ambas cualidades se den interdependientemente: de modo que el cómputo del grado deba hacerse sobre la li-

nea de procedencia. Si tal hubiese sido el propósito del legislador no hubiera llamado "a los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde...", sino que hubiera exigido "que estuvieran dentro del tercer grado en la línea de procedencia".

2.º *Fácticamente*, que: "Hay que mirar la realidad entera, íntegra, total, y si realmente X es a la vez pariente por el padre y por la madre, y en virtud de ese doble parentesco es a un mismo tiempo pariente el más próximo dentro del tercer grado del descendiente heredado, y pertenece a la línea de donde los bienes proceden, no cabe en buena lógica, en sanos principios de estimación de los hechos, mutilar éstos para no ver sino la mitad en cada caso, y en cada caso..., negarle lo que por el otro se le reconoce y declara" (Guillermo G. Valdecasas).

3.º *Finalistamente*, el artículo 811 se dictó para evitar que los bienes heredados por un ascendiente de un descendiente o de un hermano, pasen a poder de personas extrañas y ajenas a la familia de donde los bienes proceden. Por eso, los beneficiarios han de pertenecer a la línea de procedencia. Mientras se cumpla esa finalidad debe ser respetado el régimen común en la sucesión de proximidad de grado de parentesco, sin que, por lo tanto, importe que se compute en una u otra línea. Siendo así, los medio hermanos, que eran sobrinos de la madre del descendiente que causó la reserva, de la cual éste recibió los bienes, y nietos de los padres de ésta, deben excluir a los tios, como los excluyen en la sucesión intestada conforme los artículos 950, 951 y 954.

4.º *Ad absurdum*, que de aceptarse el criterio contrario se haría posible la incongruencia de que muertos los reservatarios, recayera la propiedad de los tan repetidos bienes en sus hijos, primos del causante de la sucesión, con preferencia a sus medio hermanos. A pesar de que por la línea de los bienes, éstos eran tan primos como aquéllos, pertenecientes a la misma línea, y no obstante ser parientes de grado más próximo. Y, por un azar de la vida, los disfrutarían en perjuicio de los medio hermanos, que sin el azar (de la interposición del ascendiente) los hubieran heredado directamente del causante de la sucesión sin dar lugar a cambio de línea en la titularidad de los bienes (268).

5.º *Por computarse el grado a contar del descendiente*: El hecho de que el grado debe computarse desde el descendiente y no desde el tronco común indica que se quiere que el parentesco dentro de la línea quede lo más próximo posible al descendiente, aunque se aplique un criterio de troncalidad menos pura (argumento expuesto por Sancho Mendizábal, al tratarse esta cuestión en el Seminario de ANUARIO DE DERECHO CIVIL).

6.º *El criterio restrictivo de la interpretación del 811* exige que no sea aplicado más que para el logro del fin para el cual fué redactado. Y que si entre dos posibles interpretaciones existe duda de cuál es

la exacta, debe en último término decidirse por la que menos desvíe los bienes del curso que hubieran tenido normalmente.

Por todas estas razones creemos que el cómputo del grado debe hacerse: entre los parientes que pertenezcan a la línea de donde proceden los bienes y desde el descendiente, por mera proximidad de sangre, sin que deba restringirse dicho cómputo limitándolo —contra letra y la *ratio* del 811— por el decurso de dicha línea. Es decir, ha de hacerse por *grado natural* de parentesco con el descendiente, *entre* los parientes de la línea, pero no *por* la línea, si su cómputo fuera distinto del natural que medie con respecto a aquél.

§ 5.º LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 818 POR SU PROPIA *RATIO*: A) *Por ausencia de diversidad de línea y de estímulos normales que impulsen al descendiente a disponer de los bienes fuera de la línea de procedencia.*

29. Hasta ahora hemos examinado: la finalidad perseguida por el artículo 811; el criterio restrictivo que en cuanto exceda de su *ratio* debe imperar en la interpretación del precepto; la determinación de los bienes que pueden ser reservables; el concepto de la *línea de donde los bienes proceden*, clave de este precepto, y su relación con el requisito de la proximidad de grado.

Con esto disponemos de la pauta para la interpretación del artículo 811, que como norma elíptica necesita un cuidadoso desarrollo interpretativo.

Para lograrlo, debemos, en primer lugar, precisar sus límites y, luego, integrar lo que el precepto no diga.

Comenzaremos por examinar sus límites. Primero, los intrínsecos, es decir, los derivados de su propia *ratio*. Después, los extrínsecos, esto es, los que puedan derivar de su contraposición con otros preceptos imperativos.

Para delimitar en su esencia la norma del artículo 811 hay que encararla con su finalidad. En el primer epígrafe de este trabajo hemos visto que la *ratio* de su redacción fué corregir las desviaciones de los bienes de su línea de procedencia, producidas por una contingencia o azar imprevisto, que los llevara a un ascendiente de otra línea, de cuyos estímulos psicológicos sospecha fundadamente la ley, temiendo la no devolución voluntaria de tales bienes a la línea familiar de su procedencia.

Esa finalidad, según vimos, presupone dos requisitos para la aplicación del artículo 811:

1.º Que haya diversidad de líneas y que el tránsito gratuito de los bienes de un ascendiente al descendiente y su sucesiva transmisión por ministerio de la ley de este descendiente al reservista suponga tránsito de una línea a otra.

2.º Que ese tránsito sea fruto de un azar o contingencia de la vida, y, por lo tanto, independiente de la voluntad de las personas por las cuales discurren los bienes hasta dar lugar a la reserva, es decir, del

descendiente y del ascendiente o el hermano de quien proceden los bienes.

Cada uno de estos requisitos determinan negativamente las consiguientes limitaciones a la aplicación del precepto. De ellas vamos a ocuparnos.

30. Si el artículo 811 tiene por fin prevenir el cambio de línea de los bienes, parece que no debe actuar cuando el tránsito literalmente previsto en su texto no signifique un cambio de línea.

Ahora bien: la unidad de la línea puede examinarse en dos momentos. Primero, al fallecer el descendiente, cuando el ascendiente que le herede por ministerio de la ley sea de la misma línea de donde proceden los bienes. Segundo, al morir el ascendiente reservista, si la descendencia que éste deja coincide con la del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes, fundiéndose así todas las líneas ascendentes en esa descendencia común.

a) Supuesto de que el ascendiente, que adquiere por ministerio de la ley de un descendiente bienes que éste hubiera adquirido de otro ascendiente o un hermano, pertenezca a la misma línea de donde proceden los bienes.

Varias soluciones han sido propuestas por los autores:

a) Como hemos visto al comienzo de este trabajo, Manresa (269) y Sánchez Román (270) sostuvieron que hay reserva siempre y cuando un ascendiente herede de un descendiente bienes procedentes por título lucrativo de otro ascendiente o un hermano, sin distinguir la línea de éste porque el artículo no lo distingue.

Tres argumentos son los esgrimidos a favor de esta interpretación: 1.º La letra del precepto, que no distingue.

2.º La finalidad capital de la ley fué evitar que por mediación del ascendiente, sea o no de la línea de donde los bienes proceden, pasen los bienes a parientes de otras líneas o a personas extrañas (Sánchez Román); y aun en el caso de pertenecer a la misma línea, el ascendiente que herede y el ascendiente de quien los bienes proceden, es posible 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 protegidos por el artículo 811 (Manresa).

(Pero esto puede ocurrir no sólo cuando herede un ascendiente, sino cualquier otra persona de la misma línea. Circunstancia que nos confirma en que esa previsión se halla fuera de la *ratio* del artículo 811.)

3.º Que la reserva se impone también cuando los bienes proceden de un hermano, y siendo de presumir que deba de tener lugar cuando los hermanos sean de doble vínculo y, por tanto, no perteneciendo és-

(269) Op. y vol. cit. II, A, págs. 254 y sig., y en Rev. Gral de Leg. y Jur., T. 78, págs. 363 y sig. donde contesta que debe reservar el bisabuelo materno que heredó de un biznieto bienes que éste había heredado de su madre.

(270) Op. y vol. cit., núm. 134, pág. 991.

tos a línea distinta del ascendiente reservista, se deduce que para decidir si ha de haber reserva no es de tener en cuenta la línea a que pertenezca éste.

(Raciocinio que cae por su base con el concepto preciso de línea de donde proceden los bienes. Es decir, no deteniéndose para fijarla en la adquisición inmediata de los bienes por el descendiente.)

β) En contra de esta posición se declararon dos ilustres Registradores de la propiedad, Morell y Terry (271) y Calderón Neira (272), al comentar la Sentencia de 21 noviembre 1902 (en la cual, si bien no se trató de esta cuestión, por no haber sido objeto del pleito, se daba su supuesto, pues la abuela materna había heredado abintestato de su nieto un crédito dotal que éste, a su vez, había heredado de su madre).

Calderón Neira argumentó que:

1.º El propósito del legislador es: "que los bienes no salgan de la familia de 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 que es que el fin está cumplido sin necesidad de reserva alguna".

2.º Es absurdo que un pariente de la misma línea tenga que reservar a favor de otros que dentro de ella se hallen en un grado de parentesco más remoto con el descendiente. Así, estima inadmisibile que a la abuela (pariente de segundo grado del descendiente) se la haga reservar a favor de tías de la misma línea (que, en ella, son parientes de tercer grado).

3.º Los partidarios de aplicar literalmente el artículo, si no vacilan en aceptar esa consecuencia tan anómala, deben admitir otra interpretación aún más literal, "que es consecuencia de seguir la letra a todo trance": "El artículo dice que los bienes deben reservarse a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y línea de donde los bienes proceden, y como el ascendiente es de esa línea, y además está en un grado generalmente más próximo, debe reservar a favor de sí mismo. Con tal interpretación tienen dos ventajas: toman el artículo al pie de la letra y cumplen el propósito del legislador."

4.º La interpretación combatida llega más allá que los regímenes troncales más rigurosos. En ellos, si se trataba, y. gr., de la sucesión de bienes maternos y el padre era de esta línea, con parentesco más o menos remoto, si bien era excluido por los parientes maternos más cercanos en grado, concurría con ellos en igualdad de grado, y cuando resultaba el pariente más cercano los excluía a todos.

5.º Que cuando los bienes proceden de un hermano de doble vínculo del descendiente heredado, no puede tener el ascendiente obligación de reservarlos, "porque en éste caso no hay línea especial que haya traído los bienes a la familia y de la que salgan éstos", "limitado como está por el artículo 811 la troncalidad a los parientes de la línea de los bienes, es visto que la reserva no puede comprender el caso en que

(271) Rev. Gral. de Leg. y Jur. T. 107, trab. cit. págs. 142 y sigs.

(272) Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 107, trab. cit., págs. 473 y sigs.

los bienes no provengan *de una línea*, como exige el artículo, sino de *líneas*, y sabido es que en esta materia la interpretación estricta es de rigor”.

(Claro que, conforme hemos visto en el epígrafe anterior, debemos distinguir según dicho hermano hubiera heredado los bienes de un ascendiente de una u otra línea o los hubiera adquirido en otra forma.)

Por ello, concluye “que la reserva sólo es procedente cuando los bienes provienen de una línea y al pasar al ascendiente salen de ella”.

Carmelo de Motta (273) ha abundado en estas razones, “es ilógico que el ascendiente quedé siempre obligado a reservar con independencia del hecho de pertenecer o no a la línea de procedencia de los bienes. Si la reserva pretende evitar que los bienes salgan de la línea familiar de que proceden, hubiese sido lógico no imponerla al ascendiente que pertenece a esa misma línea”.

Narciso Riaza (274) igualmente criticó la opinión de estimar reservables los bienes que un nieto hubiera recibido por donación de su abuelo y que luego por ministerio de la ley heredara su padre (hijo de aquel abuelo). Transcribimos las siguientes observaciones: “Es decir, que al pariente de primer grado se le obliga a reservar para que los bienes guarden la línea, y a un pariente más lejano se le deja en liber-

(273) Carmelo de Motta Monreal (“La conveniente supresión de las reservas hereditarias”, en Curso de Conferencias 1949 del Iltr. Colegio Notarial de Valencia, pág. 100) señala que la aplicación del criterio contrario, significará un verdadero sarcasmo. “Supongamos que el abuelo hace donación de ciertos bienes a uno de sus hijos, que fallece posteriormente dejando, a su vez un hijo y heredero; si éste muere después abintestato y sin descendientes, siendo su más próximo ascendiente aquel abuelo paterno, éste será su único heredero, aunque resulte absurdo y de una patente injusticia, este abuelo paterno se verá obligado a reservar los mismos bienes que fueren suyos en beneficio de personas que nunca podrán invocar un mejor derecho sobre los mismos” (pág. 101).

(274) Op. cit., págs. 119 y sigs. Después del ejemplo al que nos referimos en el texto, expone otros de los cuales transcribimos el siguiente:

“Acontece... que A. donó a su hija política D. una finca patrimonial de verdadero aboñengo familiar. Muere A. y al fallecer después D. la sucede E. (hijo suyo) en la cosa donada y a su muerte, su padre C. (hijo de A.). A pesar de que el donante fué su padre A., que la finca o el objeto era verdaderamente familiar; que C. daría cuanto pudiera por rescatarla, el precepto absurdo del artículo 811. le convierte en custodio de un objeto tan querido para conservarlo, guardarlo y el día de mañana que pase a manos por completo extrañas. ¿Qué mejor derecho podrán presentar los parientes de tercer grado de C.? ¿Por qué razón de justicia si A. vive cuando D. fallece presenciará el paso del objeto de la totalidad patrimonial a B.?... ¿Qué consideraciones de equidad aconsejan que el heredero en primer grado de A. tenga que reservar? ¿Qué motivos de conveniencia aconsejan tan absurda solución? Porque, en el ejemplo, A. donante será extraño a la línea de procedencia del artículo 811. que es D. y su línea.”

(Según nuestro criterio en este caso no habría reserva, por esta razón: La línea de procedencia de los bienes dentro de la familia de D. comienza en esta misma, de quien no queda descendencia según el esquema dibujado por el autor. Faltarían, por lo tanto en la familia del descendiente causante parientes de la línea de procedencia de los bienes, ya que la trayectoria de éstos dentro de dicha familia sólo empieza en D.).

tad de hacer lo que bien quiera y dejárselo a quien mejor le parezca. Lo que se frena al hijo del ascendiente donante se le concede a un pariente de tercer grado. Si B. hubiera heredado directamente de A. no tendría obligación de reservar; pero como en lugar de heredar a su padre hereda a su hijo, está en el deber de guardar, de conservar lo que de su padre y luego de su hijo fué. Estupendo.”

7) Cadabal (275) representa una tercera posición que diverge de las anteriores por su distinto enfoque del tema.

Empieza con su exposición práctica: “Si supongo un padre con dos hijos y varios nietos, hijos de uno de éstos; que estos nietos han heredado a su padre y que uno de ellos fallece y le sucede el abuelo, no sé por qué este abuelo no ha de estar obligado a reservar a favor de sus nietos los bienes que fueron del padre de los mismos.”

Su explicación es ésta: “ambos ascendientes 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.”

Por eso cree que el planteamiento correcto es este otro: “¿Existe obligación de reservar cuando uno y otro ascendiente dejan, al fallecimiento del último, una descendencia común y nada más que una común descendencia? El tema es independiente de toda consideración de parentesco entre los dos ascendientes.”

Con éllo deriva la cuestión haciéndola desembocar en la que seguidamente vamos a tratar.

Pero, antes de llegar a esa confluencia, queremos apurar esa hipótesis de que siendo de la misma línea los dos ascendientes, o el ascendiente reservista y el hermano, al fallecer el último de ellos sólo deje descendencia común. Esta cuestión debemos despejarla antes de ocuparnos del caso en que este último sólo deje descendencia común, pero además sea él de línea diversa que el otro ascendiente.

El *quid* a precisar —ante la sugerencia de Cadabal— no es sino la matización del concepto de línea. La determinación de si dentro de la línea genérica de donde proceden los bienes cabe distinguir sublíneas y señalar un orden de preferencia entre ellas.

Frente a los extraños (en el sentido del precepto) el artículo 811 opone las personas que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden. Pero cabe preguntar si entre las personas que pertenecen a esta línea genérica, a través de la cual los bienes han discurrido, más o menos remotamente, ha de distinguirse y preferirse la línea inmediata por la que los bienes llegaron en su último desplazamiento al descendiente.

Enfrentémonos con el ejemplo propuesto por Cadabal y podremos aclarar la cuestión.

(275) Loc. cit., V. págs. 107 y sigs.

Tenemos un abuelo con dos hijos y varios nietos, hijos de uno de aquellos dos hijos, que había premuerto. Muere uno de estos nietos y el abuelo hereda los bienes que aquél heredó de su padre.

Ante todo, se impone una distinción que no planteó Cadabal, debido a su concepto de la línea de donde proceden los bienes. Es la siguiente: los bienes que el nieto heredó de su padre podían proceder del abuelo por donación, o de un ascendiente del mismo abuelo; o bien podían no tener esa procedencia por haberlos ganado el propio padre o haberlos recibido éste de su madre, o de otros parientes o extraños. En este segundo caso, según nuestro concepto de línea de donde proceden los bienes, resultará que el abuelo, por paterno que sea, no pertenece a la línea a que el artículo 811 se refiere y, por lo tanto, estará obligado a reservar. En el primer caso, en cambio, el abuelo pertenecerá a esta línea genérica que contempla el artículo 811 al contraponer los que pertenezcan a ella a los demás parientes. Pero, como observó Cadabal, la línea del padre no coincide con la del abuelo: porque del abuelo sale otra línea descendente que no es la del padre, sino la del otro hijo de aquél, el hermano del padre y tío del nieto.

Ahí está el meollo del problema. Entre los parientes que pertenecen a la línea genérica de donde proceden los bienes, ¿debemos distinguir los que pertenecen a la línea de procedencia más inmediata, cuando en aquélla haya parientes que no estén en ésta?

No podemos olvidar que la finalidad del artículo 811 es familiar, más que troncal, en el sentido arcaico de este término, y que el actual concepto de familia es hoy más restringido, concretándose más que en el tronco genérico en cada una de las ramas.

En este punto la cuestión enlaza con otro problema que debemos discutir más adelante: el de la preferencia entre los parientes que pertenecen a la línea general de donde proceden los bienes y lo sean del descendiente dentro del tercer grado. Si la inmediatitud de una sublínea hubiera de marcar preferencia dentro de la línea general con derecho a la reserva, sería lógico que el ascendiente que pertenezca a esa línea general (v. gr., el abuelo paterno), y de quien deriven diversas líneas comprendidas en la genérica, pero de las cuales no todas correspondan a la línea (o sublínea) de la más inmediata procedencia (v. gr., la línea descendente del padre o del hermano, de quien inmediatamente recibió los bienes el descendiente heredado), debiese reservar a favor de los parientes que perteneciendo a esta más inmediata reunieran los demás requisitos que el artículo 811 exige. Y, viceversa, la imposición en estos casos de la obligación de reservar significaría la preferencia lineal dentro del tronco general.

El indicado sentido restringido de la familia, que predomina en nuestros tiempos, y la circunstancia de que esa interpretación no sólo cabe en la letra, sino en el espíritu del artículo 811, podrían inclinar a la aceptación de la obligación de reservar cuando el ascendiente, aun perteneciendo a la línea general de donde proceden los bienes, sea tronco de otras ramas por las que no haya discurrido de modo inmediato los bienes.

Así: el abuelo paterno debería reservar los bienes que adquiriera abintestato de su nieto y que éste hubiese heredado de su padre (aunque remotamente estos bienes procedan del propio abuelo o de descendientes suyos); pero dicha reserva únicamente jugaría a favor de los parientes dentro del tercer grado del nieto que fueran de la rama del padre (ya que respecto a los descendientes de las ramas de sus otros hijos, el abuelo ha de entenderse preferente).

Y el padre también debería reservar los bienes que por ministerio de la ley heredara de su hijo y que éste hubiera recibido por donación de un hermano, aunque procedieran remotamente del propio padre o de ascendientes paternos de ulterior grado, pero solamente sufriría la reserva a favor de parientes del hijo donatario que fueran de la rama (o sublínea) que arranque del hijo donante, es decir, del hermano del 811 (ya que respecto a los demás hijos y a los descendientes de éstos el abuelo debe estimarse preferente).

Claro que sí, por el contrario, estimamos que la sucesión del reservista por los reservatarios no se rige por sublíneas, sino cuando falte previsión por parte de aquél, ni la hubo por el descendiente ni del otro ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes, no parece que sea admisible la reserva cuando sólo se trate de evitar la salida de los bienes de la rama o sublínea y no del tronco o rama principal prevista en el precepto.

Como hemos visto, este problema latía en el supuesto que motivó la Sentencia de 21 noviembre 1902. Pero no fué planteado en el pleito. En cambio, nada tiene que ver con las Sentencias de 8 noviembre 1906 y 26 octubre 1907, alegadas por Manresa. Ambas trataron de otra cuestión, que también hemos examinado: la de si tienen o no derecho a la reserva los ascendientes de la persona de quien inmediatamente proceden los bienes (ascendiente o hermano), aunque no pertenezcan a la trayectoria o línea de la que mediatamente procedían los bienes (v. gr.: abuelo paterno, respecto a bienes que el descendiente recibió del padre y éste, a su vez, había heredado de la abuela paterna).

b) *Supuesto de que al fallecer el ascendiente reservista sus únicos descendientes sean a su vez descendientes del ascendiente o del hermano de quien procedían los bienes.*

31. Hemos visto que esta cuestión fué planteada por Cadabal. De su enfoque general hemos aislado el supuesto de que el ascendiente heredero pertenezca a línea y rama de donde proceden inmediatamente los bienes. Para este caso hemos rechazado la reserva. Para los demás queda en pie la cuestión de que ahora trataremos.

Si en cualquier caso, al morir el ascendiente reservista, sus descendientes son a la vez descendientes del ascendiente o del hermano de quien inmediatamente procedían los bienes, ¿queda extinguida la reserva?

Este problema se plantea con la mayor claridad cuando uno y otro ascendiente, siendo marido y mujer, sólo dejan descendientes comunes.

Pero existe también si son, v. gr., el abuelo paterno y la madre del descendiente y todos los demás descendientes de ésta lo son también de aquél, que tampoco deja hijos vivos ni más nietos que los de su dicha nuera. O cuando se trata de un hermano y del padre del descendiente, y al padre no le quedan hijos vivos (o sólo le resta precisamente el propio hermano donante del 811), ni más nietos que los hijos de aquel hermano donante del descendiente heredado. E, incluso, puede ser asimilado a éste, el caso de que el hermano del descendiente, de quien éste recibió los bienes gratuitamente, no haya dejado descendencia si el ascendiente reservista al fallecer no deja hijos que no sean hermanos de doble vínculo de aquel hermano, ni nietos que no sean descendientes de éstos.

En su caso más patente —en que son marido y mujer los dos ascendientes— ha sido examinado en varias sentencias por el Tribunal Supremo con criterio variable. En otras ocasiones se ha dado su supuesto de hecho, pero sin haber sido planteado como cuestión del litigio.

Más de sesenta pleitos han llegado hasta el Tribunal Supremo en materia del artículo 811. De ellos sólo hemos hallado trece de cuyos supuestos resultara que del ascendiente reservista y el ascendiente de quien inmediatamente procedían los bienes hubiera quedado descendencia común al fallecer aquél. Y aun en alguna de de estas sentencias no todos los descendientes del reservista lo eran del otro ascendiente.

Hasta el año 1911, es decir, hasta veintitrés años después de la publicación del Código civil, no llegó al Tribunal Supremo el primer caso en que se discutió si tenía lugar la reserva existiendo hijos comunes de ambos ascendientes.

En el pleito que originó la Sentencia de 4 enero 1911, se debatía si unos tíos del descendiente debían concurrir como reservatarios conjuntamente con un sobrino de éste, nieto del ascendiente reservista y de la esposa de éste, que era la ascendiente de quien procedían los bienes. El Tribunal Supremo resolvió que habiendo descendencia común no había reserva, y confirmó las sentencias del Juzgado del Oeste, de Santander, y de la Audiencia de Burgos, que con igual criterio habían desestimado la demanda.

La Sentencia de 20 abril 1917 se refirió al siguiente supuesto: Un matrimonio catalán tuvo cinco hijos. Premurió la madre, y uno de sus hijos, negociando con los bienes que de ella había heredado, aumentó su fortuna, que a su muerte pasó abintestato al padre. Este falleció bajo testamento en que instituía herederos a tres de sus cuatro restantes hijos. El tutor de la hija no instituida demandó para reclamar la cuarta parte de los bienes que el padre había heredado del hijo premuerto. El pleito discurrió acerca del Derecho aplicable (que se decidió era el Derecho común, pues en la sentencia se estimó que el descendiente heredado por el padre había perdido su vecindad foral) y del juego de la subrogación real en el patrimonio del descendiente (el Tribunal Supremo admitió dicha subrogación limitada al montante del haber efectivo y originario, sin aceptar su extensión al mayor producto

debido a negociaciones del descendiente). Pero no se discutió la existencia de la reserva.

A la Sentencia de 21 enero 1922 llegó el siguiente supuesto: El causante de una sucesión había manifestado en testamento que de su primer matrimonio tuvo cuatro hijos: A, B, C y D, de los cuales D había fallecido soltera y A casada, quedando del matrimonio de esta última cinco hijos, nietos del testador. Este, después de hacer varias disposiciones que no hacen al caso, advirtió a sus albaceas contadores que en las operaciones de su testamentaria no debían ser incluidos, bajo ningún concepto, los bienes que el testador heredó de su finada hija D y que ésta había recibido de su difunta madre, pues dichos bienes, reservables, a juicio del testador, en virtud del artículo 811 del Código civil, correspondían exclusivamente, según el mismo testador, a las hermanas B y C, y que, por tanto, ellas los dividirían entre sí como tuvieran por conveniente. El fallo en cuestión estimó que la declaración del testador (276) encarnaba una mejora tácita de las prohibidas por los artículos 825 y 828 del Código civil, aparte de decidir que era un caso de reserva vidual que excluía la lineal del artículo 811.

La de 9 febrero 1924 resolvió sobre la reclamación de una hija contra su padre, que había heredado bienes de otra hija que, a su vez, los había recibido de su madre. La hija demandó la nulidad de la venta que de aquellos bienes otorgó el padre. No se discutió en el pleito si realmente debía haber reserva, sino que se dió por supuesto que la había. La cuestión planteada fué la de dilucidar entre nulidad de la venta o su validez condicionada a que al fallecer el reservista sobreviviera persona con derecho a la reserva, como estimó la sentencia por aplicación de los artículos 974 a 976 C. c. y 109 L. H.

En la Sentencia de 8 octubre 1930, el Tribunal Supremo entró de lleno en la cuestión, resolviéndola de modo contrario que la de 4 enero 1911. Un matrimonio tuvo cuatro hijos (tres hijos y una hija). Muertos el padre y uno de los hijos, la madre heredó abintestato bienes que, a su vez, el hijo fallecido había heredado de su padre. La madre murió dejando mejorada a la hija, a quien demandaron los dos restantes hijos. Un Juzgado de Sevilla no dió lugar a la demanda. La Au-

(276) En realidad, como expusimos en otra ocasión ("La Mejora Tácita", Anales de la Ac. Matrit. del Not., VIII, pág. 10), la declaración del causante que dió lugar a ese pleito no era realmente una manifestación de voluntades, sino meramente una declaración de verdad viciada de doble error, según entonces apreciamos. El primero, por creer el testador que se hallaba ante un supuesto de reserva lineal cuando se encontraba, según resuelve en su primer considerando la sentencia comentada, ante un caso de reserva vidual. El segundo, porque, al parecer, el testador se hallaba en la creencia, equivocada, de que en la reserva lineal el pariente de grado más próximo excluía al más remoto sin posibilidad de que jugara el derecho de representación (que el Tribunal Supremo no reconoció hasta la Sentencia de 14 junio 1945). Ahora, observamos, además, que el testador pudo haber incurrido en otros dos errores previos consistentes en creer que cabía reserva lineal para los hijos comunes y que los bienes reservados no formaban parte de su propia herencia, sino la del descendiente de quien los heredó por ministerio de la ley.

diencia revocó la sentencia de primera instancia y declaró que los bienes heredados por la madre del hijo premuerto eran reservables y no debían ser incluidos en la herencia de aquélla. Y el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, insistiendo en que la madre no tenía dominio alguno sobre los bienes discutidos ni le era lícito disponer de ellos.

El supuesto del pleito que concluyó con la Sentencia de 8 abril 1931 fué el siguiente: Cinco hijos heredaron a su padre. Dos de ellos premueren a su madre, que hereda abintestato a uno y del otro recibe un legado de un tercio que le dejó creyendo que le correspondía como legítima. La madre falleció bajo testamento, en el cual dejó a sus tres hijos sobrevivientes su legítima estricta, mejoró en los dos tercios a dos de ellos y designó contador partidor. Este, en su día, verificó la partición incluyendo en ella los bienes que la madre había heredado de sus dos hijos premuertos y éstos de su padre. Demandó la hija no mejorada, y un Juzgado de 1.^a Instancia de Granada y la Audiencia de la misma ciudad admitieron la demanda. Los mejorados entablaron recurso de casación alegando que la disposición de los bienes reservables valía como legado de cosa ajena y que la reclamante había aceptado puramente la herencia de su madre. El Tribunal Supremo en el tercer considerando de su Sentencia, destacó que: “el artículo 811, que ya se acepta por la parte recurrente al no impugnarle, impide que en la partición de una herencia se adjudiquen los bienes reservables que no formen parte de ella; doctrina la expuesta que guarda relación con la ya sancionada en la Sentencia de este Tribunal de 8 de octubre del año próximo pasado”.

A la Sentencia de 3 noviembre 1931 llegó el siguiente caso: Murió abintestato una madre, heredándola sus siete hijos. Dos de éstos premurieron al padre, que los heredó también abintestato. El padre vendió una finca integrante de los bienes heredados de estos hijos y, por ello, dos de sus otros hijos le demandaron para que garantizara con hipoteca el precio obtenido con dicha venta, que estimaban reservable conforme al artículo 811. Las partes no discutieron la existencia de la reserva sino que la dieron por supuesta. El Tribunal Supremo, en su primer considerando, declaró que “tienen indudablemente el carácter de reservables..., según reconocen las mismas partes”. Pero rechazó que el padre debiera garantizar con hipoteca la reserva de dicho precio, por entender que esa garantía sólo es exigible al padre o madre que contraiga nuevas nupcias, y que no puede extenderse su exigencia al que se conserve en estado de viudez”.

La Sentencia de 25 marzo 1933 retornó al criterio de la Sentencia de 4 enero 1911, en otro de los casos en que se ha discutido a fondo la cuestión de que nos ocupamos. Fallecido el padre le heredan sus seis hijos. Dos premueren a la madre, que los hereda abintestato. Esta mejora a tres de sus cuatro hijos sobrevivientes. Y a los mejorados les demanda la hermana. El Juzgado de Bilbao y la Audiencia de Burgos rechazaron la demanda, y la Sala Primera del Tribunal Supremo, presidida por Jerónimo González, siendo ponente José Manuel Puente,

desestimó el recurso de casación. En su tercer considerando se afirma que "es requisito indispensable que al fallecimiento del ascendiente reservista existan, con relación al descendiente premuerto, a quien heredó, esas dos líneas singularísimas e independientes, relativas a las distintas familias, paterna y materna..., y siendo esto así, cuando al fallecer el último ascendiente queda sólo una descendencia común, la diversidad de líneas ha desaparecido, y con ello la razón de la reserva, puesto que no existe posibilidad de que los bienes vayan de la familia paterna a la materna o a la inversa".

En la Sentencia de 19 enero 1935 el Tribunal Supremo no resolvió esta cuestión por no estimarlo necesario a los efectos del recurso planteado. He ahí su supuesto. Una mujer viuda, con tres hijos del segundo matrimonio y uno del primero, falleció abintestato, heredándola por cuartas partes iguales sus cuatro hijos. Muere después un hijo del segundo matrimonio y le hereda abintestato su padre. Más tarde murieron los abuelos maternos y les heredaron los tres nietos sobrevivientes. Después falleció otra hija de las segundas nupcias y la heredó su padre abintestato. Demandó entonces el hijo de las primeras nupcias para que su padrastro le asegurara sus posibles derechos como reservatario a lo que replicó éste que viviendo otra hija habida del segundo matrimonio de la madre de aquél no había lugar a la reserva lineal. La Audiencia ordenó tomar las medidas solicitadas y, en uno de sus considerandos, señaló la igualdad de circunstancias del hijo del primer matrimonio y la del segundo de la finada madre. Recurrió el viudo de la viuda, invocando la Sentencia de 4 enero 1911 y la opinión de Cadabal y Sánchez Román. El Tribunal Supremo afirmó que el fallo recurrido no infringía la Sentencia de 4 enero 1911, ni los artículos 807 y 813 del Código civil, ya que "*el fallo o parte dispositiva de la Sentencia contra la cual únicamente se concede el recurso de casación, se contrae y limita a otorgar al actor las medidas de seguridad que pretende por sus derechos eventuales a los bienes que hoy, a tales fines, merecen el concepto de reservables, sin hacer declaración ni pronunciamiento alguno a sí, ocurrida la muerte del ascendiente reservista (momento en que la expectativa de derechos se convierten, en su caso, en derechos definitivos y concretos), el actor y recurrido, hermano uterino de los causantes de la reserva, podría aspirar en concurrencia con su hermana también uterina, doña C (o descendientes legítimas de ésta), a la propiedad y disfrute de parte de aquellos bienes, o si, por el contrario, en tal supuesto, se extinguía el derecho expectante que hoy ostenta el actor, recobrando su total imperio los artículos 807 y 813 del Código civil, y carecía de eficacia el 811".*

En el supuesto que determinó la Sentencia de 18 abril 1942 se discutía la validez y eficacia de la enajenación, hecha por el presunto reservatario, de una participación indivisa de un bien considerado como reservable, porque un hermano del vendedor lo había heredado del padre y abintestato de aquél la madre de ambos. Muerta la madre, se planteó el pleito, admitiendo la existencia de la reserva lineal tanto la parte vendedora como la compradora. El Tribunal Supremo no de-

ció más que la validez de la venta, así como su purificación y consumación al fallecer la madre, por estimar que no se trataba de un contrato sobre herencia futura, sino de la venta de "un derecho eventual con relación a bienes de una herencia diferida, cual es la del causante de la reserva".

El supuesto de hecho del pleito que dió lugar a la Sentencia de 10 noviembre 1953 fué el siguiente: El padre—aforado catalán— designó *hereu* al mayor de sus seis hijos. Murió primero el padre y después su heredero. A éste le heredó abintestato la madre, que vendió a una hija una de las fincas heredadas. La venta fué inscrita en el Registro de la Propiedad sin hacer constar que el bien vendido tuviera carácter reservable. Demandaron otra de las hijas y unos sobrinos, para que se declararan reservables los bienes que la madre heredó de su primogénito y que éste los había heredado del padre; que se declarase la referida venta sujeta a condición resolutoria; la nulidad de la inscripción y la extensión de otra nueva en la que se hiciera constar el carácter reservable de los bienes y la condición resolutoria a que la venta se hallaba sujeta, o que esto, por lo menos, se hiciera constar por nota marginal. El Juzgado de Mataró desestimó la demanda. La Audiencia de Barcelona con revocación parcial de dicha sentencia, declaró que los bienes eran reservables y la venta se hallaba sujeta a condición resolutoria. Ambas partes entablaron recurso de casación. Alegó la demandada, entre otras razones, que habiendo hijos comunes no había reserva; pero el Tribunal confirmó el fallo apelado.

La Sentencia de 8 junio 1954 es la antítesis de la Sentencia de 23 marzo 1933 y la vuelta al criterio de la Sentencia de 8 octubre 1930. El padre muere dejando tres hijas; una de éstas, después de haberle heredado, fallece sucediéndola abintestato su madre. Esta mejoró a una de sus dos restantes hijas con bienes procedentes de su hija premuerta, que ésta había heredado del padre. La hija no mejorada interpuso demanda que desestimaron el Juzgado y la Audiencia de Madrid (ésta después de declarar discordia). Pero el Tribunal Supremo casó este último fallo y admitió la reserva, rechazando que el reservista pudiera mejorar con los bienes a ella afectos.

Y la Sentencia de 30 mayo 1956 contempló este caso: Una madre fallece habiendo testado a favor de sus cuatro hijos. Dos de ellos premueren a su padre, que los hereda abintestato. Un hijo sobreviviente demanda para que el padre reconozca el carácter reservable de los bienes procedentes de la madre que heredó de sus hijas premuertas; y garantice con hipoteca su restitución. El Juzgado de Zamora aceptó la demanda; la Audiencia la confirmó, excepto en cuanto a la constitución de hipoteca, de lo que absolvió al demandado. Recurrió éste. El Tribunal Supremo rechazó la casación y declaró en su segundo considerando que no es exacto "que las líneas paterna y materna se confunden por el hecho de que los expresados reservatarios sean hijos comunes del reservista y del cónyuge premuerto".

En resumen, de las trece sentencias del Tribunal Supremo dictadas

en supuestos en que los dos ascendientes eran marido y mujer que dejaban descendencia común:

En seis no fué discutida la cuestión que nos ocupa; que se debatió en las siete restantes con criterio diverso.

De las primeras: En la de 21 enero 1922 no se admitió la reserva lineal, por estimar que la reserva vidual la excluía. En las otras fué indiscutida por las partes la existencia de la reserva, que por eso quedó fuera de la casación planteada y el Tribunal Supremo no debió entrar en ella. Igualmente, como los litigantes, la silenciaron totalmente las Sentencias de 20 abril 1917, 9 febrero 1924 y 18 abril 1942. En cambio, las Sentencias de 8 abril y 3 noviembre 1931, en sendos considerandos, afirmaron que la existencia de descendencia común no excluía la reserva.

Entre los casos en los cuales se planteó en el recurso de casación el tema que tratamos, debemos distinguir: de una parte, aquellos en que el pleito se refería a la reserva pendiente y, de otra, aquellos en que se discutió si la reserva fué consumada.

Tratándose de reserva pendiente ha estimado el Tribunal Supremo que no cesa para el ascendiente la obligación de reservar por el hecho de tener descendencia común con el otro ascendiente de quien procedían los bienes. Este ha sido el criterio de las Sentencias de 19 enero 1935, 18 abril 1942 y 30 mayo 1956. Ahora bien: mientras estas dos últimas no hicieron salvedad alguna, la de 19 enero 1935 dejó a salvo —como hemos visto— que no se hacía declaración ni pronunciamiento alguno sobre si desaparecería o no el derecho expectante a la reserva cuando al fallecer el ascendiente que había estado obligado a reservar dejaba descendencia común al otro ascendiente del que procedían los bienes.

En torno a este último tema, es decir, a la discusión planteada acerca de si desaparece la reserva cuando al fallecer el ascendiente obligado éste sólo deja descendencia común al otro ascendiente, las Sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1932 sostuvieron que la reserva se extingue, mientras que la solución contraria fué declarada en las de 8 octubre 1930, 10 noviembre 1953 y 8 junio 1954.

32. La disparidad de criterio observada en los fallos del Tribunal Supremo hace de más interés el análisis de las razones expresadas en justificación de una y otra solución.

Veremos primero lo considerado en pro de la posición afirmativa por la Sentencia de 8 octubre 1930; ya que las Sentencias de 10 noviembre 1953 y 8 junio 1954 nada argumentan al respecto. Podemos sintetizar las razones de aquella sentencia en las dos siguientes:

1.º El artículo 811 no distingue ni excepciona respecto a la obligación de reservar.

2.º La finalidad que persigue este precepto "es que no salgan los bienes, no de la familia, sino de la línea de donde proceden, adjudicándose a quienes legalmente corresponden y tienen derecho desde el momento de la muerte de quien debía guardarlos".

Mucho más abundantes y fundados son los argumentos que a favor de la solución contraria aparecen en los considerandos de las Sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933.

1.º Por razón de su fin, “el artículo 811 no tiene aplicación cuando los llamados a la herencia... son descendientes del matrimonio del supuesto reservista y de la persona de quien provienen los bienes” (S. 4-I-11, tercer Considerando).

Porque “es requisito indispensable que al fallecimiento del ascendiente reservista existan con relación al descendiente premuerto a quien heredó esas dos líneas singularísimas e independientes, relativas a las distintas familias paterna y materna, que teniendo su punto de arranque en el descendiente fallecido pasan por el padre y por la madre y terminan en el tercer grado, para evitar, en absoluto, de ese modo la transferencia de los bienes reservables de una a otra; y siendo esto así, cuando al fallecer el último ascendiente queda sólo una descendencia común, la diversidad de líneas ha desaparecido, y con ello la razón de la reserva, puesto que no existe posibilidad de que dichos bienes vayan de la familia paterna a la materna o a la inversa” (S. 25-III-33, tercer Considerando).

2.º Porque “no es racional presumir que en otro caso (respecto a lo dispuesto para el supuesto de reserva viudal) la misma ley dispusiera que los bienes pasaran a parientes del tercer grado, con perjuicio de la común posteridad, ni esto lo ha podido ordenar el artículo 811 del Código, porque implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los ascendientes, conservado por la tradición y consagrado en el vigente cuerpo legal, que hasta respetaron los Códigos antiguos y los Fueros municipales, en los que se establecía la sucesión troncal” (S. 4-I-11, tercer Considerando). La irracionalidad a que este fallo se refería era la de que la nieta del ascendiente reservista, que también lo era del otro ascendiente de quien procedían los bienes tuviera que compartir los bienes con un hermano del segundo ascendiente.

3.º Porque “mientras exista un solo descendiente al fallecimiento del último cónyuge, los bienes de la familia constituida por el matrimonio y su posteridad, estarán siempre regidos por el sistema de las legítimas y las mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre los padres y descendientes legítimos” (S. 4-I-11, segundo Considerando)... “siendo la reserva del artículo 811 una limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes, no puede tener lugar, según declaró esta Sala, cuando a la vez el ascendiente debe legítima a los descendientes de la persona de quien procedían los bienes, pues esta limitación del ascendiente a la libre disposición de sus bienes excluye aquella reserva, cuyos fines vienen a llenar cumplidamente el de la cuota hereditaria forzosa, mientras que la subsistencia de la indicada reserva produciría como resultado que la legítima de los descendientes quedaría reducida por la reserva contra el precepto del artículo 813 del Código civil, que prohíbe imponer a aquella todo gravamen, condición o sustitución” (S. 25-III-33, tercer Considerando).

4.º Que la Sentencia de 8 octubre 1930 "parte del supuesto, que no demuestra, de que la causante de ellos (la reservista de los bienes reservables) no tenía dominio alguno sobre dichos bienes, cuando del 976 respecto de los muebles se deduce lo contrario, así como también del 974, que estima válidas las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el cónyuge sobreviviente mientras se conserve viudo, siquiera le imponga la obligación de asegurar su valor a los hijos descendientes del primer matrimonio, y del contenido del 975 se deduce que han de ser válidas, aunque rescindibles en su caso, dichas enajenaciones de inmuebles" (S. 25-III-33, primer Considerando).

33. En nuestra doctrina, bastantes autores han prejuzgado, sin discusión ni duda, que el artículo 811 es aplicable siempre al ascendiente heredero, tanto si al fallecer deja descendencia común con él otro como si no (277).

Pero, como antítesis, observamos que poco tiempo después de promulgado el Código civil, sostuvo lo contrario la Redacción de *La Gaceta del Notariado* (278), y parece que también Modesto Falcón (279) y Redondo Reinoso (280) dieron por sentado esto mismo.

(277) Entre éstos podemos citar a Manresa (op. y vol. cit., II, E, pág. 263), Morell ("Estudios...", pág. 301, y Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 91, 2.º semestre 1897, págs. 429 y sigs.), SCAEVOLA (op. y vol. cit., F., d, pág. 341), VALVERDE VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 234), GÓMEZ MORÁN (op. cit. págs. 81 y sigs.).

(278) Contestación de la Redacción a una consulta, vol. XXX, núm. 29 (20 julio 1890), "Bienes reservables. Sí lo son los heredados por el padre o madre que pasan a segundas nupcias" (pág. 452).

La Redacción de la *Gaceta del Notariado* propugnó esta distinción: Si concurren hijos comunes y de las segundas nupcias del binubo, se aplica la reserva del artículo 968. Si existen hijos del segundo matrimonio sin haber hijos comunes, se aplica el artículo 971 y no hay reserva alguna. Si no hay hijos comunes ni de segundas nupcias se aplica el artículo 811. (Criterio que, por su interpretación del artículo 971, llega más allá que las SS. de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933 y se anticipa a la tesis que veremos defendida, con otros argumentos, por GAYOSO ARIAS y TOMÁS ALBI AGERO).

(279) "Los artículos 811 y 812...", Rev. Tr., loc. cit., pág. 18 *in fine* y sig. A juicio de FALCÓN, cuando los bienes procedan de un ascendiente o hermano paterno, la reserva sólo jugará si existen "algún otro ascendiente paterno, algún hermano, algún tío o algún sobrino paternos". Y viceversa: "Si el descendiente fallecido había heredado bienes de su madre o de un hermano paterno será preciso para que la reserva tenga lugar, que existan en el momento de la defunción abuelos o ascendientes maternos, hermanos por parte de madre, tíos o sobrinos de la misma procedencia. No existiendo pariente alguno de estas clases, la herencia será enteramente libre". (Claro que contra dicha interpretación de estos textos de FALCÓN, podría argumentarse que este autor posiblemente comprendía como hermanos de padre y como hermanos de madre no sólo a los de vínculo sencillo, sino también los que fueran de doble-vínculo).

(280) MANUEL REDONDO REINOSO, "Nueva Reserva establecida en el Código civil", en "La Reforma Legislativa", año XIX, núm. 593 (22 junio 1897). Transcribimos: "la reserva alcanza sólo a los tíos carnales del dicho hijo. En los cuales concluye el derecho" (pág. 195). Y en la página siguiente explica por qué "se hace de mejor condición a los parientes colaterales que a los

Lo cierto es que fué Cadabal (281) quien por primera vez planteó tal cuestión expresamente, en estos precisos términos: “¿Existe obligación de reservar cuando uno y otro ascendiente dejan al fallecimiento del último una descendencia común, y nada más que una común descendencia?”.

“¿Qué razones justifican la duda que envuelve la pregunta?” —interroga Cadabal—; y responde: “Una muy sencilla: que el texto da por supuesto que existen líneas diferentes, distintas familias; y en el caso de una común descendencia al tiempo de fallecer el ascendiente heredero —momento preciso de hacer aplicación de la ley—, ha desaparecido la diversidad requerida y, con ella, todo peligro de que los bienes pasen de una a otra sangre, y toda ocasión de que apliquemos con eficacia el precepto de la ley”.

Y aún halla otra razón el mismo Cadabal, deducida de considerar comprendido en el artículo 811 un caso (que calificó como *raro*, pero aseguró ocurrido), que a continuación relata: Al fallecer el marido, vivían su mujer, una hija, un hijo y un bisnieto, nieto de otra hija e hijo de una nieta, premuertas. Falleció después el hijo, y la madre heredó abintestato lo que el hijo había heredado del padre. “Muerta la madre, el biznieto no hubiese llevado participación en las líneas de que se trata si la hubiésemos considerado obligada a reservarlos a favor de los parientes del marido en tercer grado con el hijo de quien los heredara porque el hijo y el biznieto están en cuarto grado de parentesco: todos habríamos tenido que dárselos a la hija”.

Pero Cadabal vacila luego: “Si, con sentar el principio de la no aplicación del artículo 811 al caso de una común descendencia de ambos ascendientes, alejásemos para siempre y para todas las situaciones imaginables la posibilidad de anomalías como la citada, no titubearíamos en admitirlo como verdad demostrada; pero, desgraciadamente, no sucede así. Si la bisabuela tuviera hijos de anteriores matrimonios, sería evidente la obligación de reservar, y consecuencia inevitable la exclusión del biznieto”. (Pero ésta es otra cuestión que ya discutiremos. Anticipamos que no estimamos tan inevitable la exclusión que acepta el autor.)

Indeciso por ello, concluye: “Por mi parte, —confieso mi debilidad— siento impulsos de seguir la opinión negativa: débola gratitud y merece mis simpatías, aunque no estoy seguro, ni con mucho, de que deba merecer la defensa de los que se dedican a la ciencia del Derecho”.

Sánchez Román (282), después de referir la exposición de Cadabal, apostilla: “Suscribimos los recelos y atinados juicios de este ilustrado jurisconsulto en la hipótesis y consideraciones transcritas”.

Y dos párrafos más adelante, el mismo Sánchez Román insistió en que: “el fin de la reserva especial del 811 tiene por base principal

hijos” (como hemos visto en el § 1, núm. 9 en el texto correspondiente a nuestra nota 61).

(281) Loc. cit., V, págs. 107 a 109.

(282) Op. y vol. cit., núm. 142, pág. 1015.

mantener la separación más absoluta, en cuanto a los bienes que son objeto, entre las líneas *paterna* y *materna*, para que no pasen aquellos bienes de una a otra, o por intermedio de personas extrañas; así es que jamás podrá entenderse formada esta *línea especial* de donde los bienes proceden, de que habla dicho artículo, con parientes, aunque sean dentro del tercer grado, de ambas líneas *paterna* y *materna*, porque precisamente lo hace imposible la circunstancia definente de la misma, que es la procedencia de los bienes mandados reservar, que ha de ser de la una o de la otra, y el fin de la reserva de que se mantengan o conserven en la línea de que procedan”.

Gayoso Arias (283) llegó más allá. Negó la reserva no sólo cuando el ascendiente heredero deje descendencia común con el otro ascendiente, sino incluso cuando deja hijos no comunes con aquél, es decir, medio hermanos del descendiente. Su razonamiento fundamental se apoya en uno de los considerandos de la Sentencia de 4 enero 1911. Esta sentencia contemplaba un caso en que los descendientes eran comunes. Pero, según Gayoso, el argumento del aludido considerando es también aplicable cuando la descendencia del ascendiente heredero no sea común al otro ascendiente. “El padre debe legítima al hijo, medio hermano del descendiente; esa legítima no puede mermarse, deduciendo los bienes reservables para adjudicárselos a una tía carnal de aquél: el artículo 811 no llega a tanto como a restringir la legítima de los descendientes en aras de los colaterales” (esta cuestión luego deberemos discutirla). Ni siquiera la de los ascendientes, porque el más próximo, el padre “hizo suyos los bienes sin reserva ni limitación alguna (por tener descendencia), impuesta a favor de ascendientes más remotos, como los abuelos, y lógico es que pasen como legítima a los hijos de aquél”.

Tomás Albi Agero (284) aceptó la tesis de Gayoso, y sus consecuencias de excluir el juego del artículo 811 cuando el ascendiente heredero deje descendencia, aunque no sea común con el otro ascendiente, de modo que la existencia del medio hermano del descendiente excluya la reserva del artículo 811.

Bonet Ramón (285), al comentar la Sentencia de 25 marzo 1933 y compararla con la de 8 octubre 1930, afirma que aquélla—la de 1933—“descansa en potísimas razones de justicia—aunque no suscribimos por completo todas las del fallo—defendibles considerando que el referido artículo no se redactó con vista a esta hipótesis, pues sólo perseguía que los bienes de una familia no fueran a otra habiendo parientes próximos de la primera, y este fin queda también salvaguardado con la solución del fallo que anotamos”.

Fuenmayor (286) comprendió la doctrina de las Sentencias de 4 ene-

(283) Loc. cit., págs. 258 y sigs.

(284) Loc. cit., pág. 321.

(285) Comentario a la S. de 25 marzo 1933, en Rev. Dr. Priv., XX página 292.

(286) “Mejora ordenada por el reservista del artículo 811, del Código civil”, en Rev. Dr. Priv., XXX, págs. 352 y sig.

ro 1911, 25 marzo 1933 y 19 enero 1935 y comparándola con la correspondiente al régimen de troncalidad—que deja también de aplicarse cuando son llamados a suceder los descendientes, porque ellos representan simultáneamente las líneas paterna y materna del *de cuius*—concluye que: “la mejora ordenada por la reservista en favor de nieto José es perfectamente válida, tanto si se entiende que es de aplicación al caso de la consulta el artículo 811 del Código civil como si se estima que no existe reserva lineal”. “Siendo en este caso inaplicable el artículo 811, la facultad de mejorar queda plenamente expedita y encuentra su cauce en el artículo 823”.

En contra del criterio de la Sentencia de 25 marzo 1933 se alzó con toda su pasión polémica La Cueva (287), afirmando que en el artículo 811, “ni terminantemente, ni por deducción lógica comprensible racionalmente, se exige para el beneficio de reserva la pluralidad de líneas; lo único que precisa es que el reservatario pertenezca a la línea de donde los bienes proceden. Si pertenece, como en el caso de autos, no hay que dedicarse a otras investigaciones, pues nada importa haya o no otra clase de parientes”. A su juicio, hasta al que reclama ser reservatario, demostrar que es pariente del tercer grado del descendiente heredado y que pertenece a la línea que forman los dos con el ascendiente de quien el descendiente hubo los bienes. “Lo demás no interesa, pudiendo ser esa línea sólo la que exista o haber otra. Lo esencial y lo único es lo dicho; lo demás que a esto sea extraño es sólo un retorcimiento de juicio que conduce al error, a la injusticia”.

El apasionamiento—cuasi personal (288)—de La Cueva hace que dé por prejuzgado que su interpretación literal del artículo 811 no puede ser en este caso influida por la interpretación finalista y que estime que la justicia es inseparable de la igualdad.

Castán (289), al comentar el trabajo de La Cueva y concretamente las “acres censuras” que éste dedicó a la Sentencia de 25 marzo 1933, escribió: “sin que podamos, ni debamos entrar en una discusión a fondo, y sin que quepa predecir qué solución triunfará y constituirá jurisprudencia (ya que una sola sentencia no la forma), si hemos de observar que el fallo de 1933 se fundó en el espíritu y finalidad del artículo 811, que no parece fuese redactado para hipótesis como la del caso discutido y si sólo para evitar que los bienes de una familia fueran a otra habiendo parientes próximos de la primera. El Sr. Cueva Donoso, que tan excelente uso sabe hacer de los criterios de interpretación sistemática y finalista, anteponiéndolos si es preciso a los criterios de interpretación meramente gramatical, nos parece que se contradice, en cierto modo, cuando propugna, tratándose del caso concreto a que nos venimos refiriendo, que se aplique el artículo 811, como “un precepto rígido y escueto, de inexcusable observancia” y ata-

(287) Op. cit., pág. 236.

(288) Ver el prólogo del propio autor en la obra que citamos (pág. 17).

(289) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, “Bibliografía La verdad sobre el 811 (Contrastación de opiniones; jurisprudencia civil e hipotecaria)”, en Rev. Crit. de Dr. Inmob. XI (enero 1935), págs. 67 y sig.

ca duramente una solución de la Sala Primera, atenta, más que a la letra, al espíritu de dicho texto legal y basada, además, en la relación de dicho artículo con los que regulan la reserva ordinaria y en consideraciones de justicia y equidad”.

34. Con los suficientes elementos de juicio a la vista para emitir nuestra opinión, vamos a exponerla.

Entendemos que el problema no puede ser examinado ni con la generalidad con que lo han despachado algunos autores, ni examinándolo parcialmente en relación a determinadas hipótesis concretas. Hay que enfocar el panorama con la mayor amplitud; pero, sin perder de vista su totalidad, hay que distinguir los diversos momentos y circunstancias que nos presenta el curso vital de la norma del artículo 811 C. c.

Con este criterio debemos distinguir: de una parte, el período de reserva pendiente, con las medidas de seguridad que le acompañan; y de otra, el momento de consumación o extinción—según el criterio que se acepte—producida al fallecer el ascendiente heredero. Y en este segundo momento aún deberemos subdistinguir: según sólo quede descendencia común, o bien, además de dicha descendencia común haya otra descendencia no común de uno u otro de los ascendientes.

a) En el período de reserva pendiente.

Parece que no ofrece duda que la existencia de descendencia común del ascendiente heredero y el otro ascendiente no es suficiente para excluir en el período de pendencia la obligación de reservar, ni el correlativo derecho de los presuntos reservatarios a exigir las medidas de seguridad que acompañan a la institución.

Efectivamente, durante este período no se puede tener la seguridad de que al fallecer el ascendiente heredero sólo dejará descendencia común. Para el caso de que también la deje no común, o de que no deje común descendencia, deberá prevenirse la reserva.

Lo que no nos parece tan claro es quiénes deben estimarse legitimados para reclamar esas medidas.

Sobre este punto no parece concorde el criterio de las Sentencias de 18 abril 1942 y 30 mayo 1956, de una parte, y el que, de otra, insinúa la Sentencia de 19 enero 1935. Aquéllas dos admiten la legitimación activa de los hijos comunes. La de 1935 acepta la legitimación de un hijastro del presunto reservatario, dejando a salvo si ocurrida la muerte del reservista, al sobrevivirle el hijo común “se extingüía el derecho expectante que hoy ostenta el actor, recobrando su total imperio los artículos 807 y 813 del Código civil, y carecía de eficacia el 811”.

De entenderse eso así, parece que sólo debiera considerarse con legitimación activa, para pedir las medidas de seguridad legalmente previstas, a aquellos parientes de la línea de donde proceden los bienes, que lo sean dentro del tercer grado, pero no sean descendientes comunes del ascendiente heredero y del otro (o bien, en su caso, no sean descendientes de aquél y hermanos, a su vez, del hermano de quien procedían los bienes del descendiente heredado). Salvo el caso de que

haya hijos de otro matrimonio del reservista. La legitimación de dichos parientes de tercer grado y de la línea de procedencia de los bienes que no sean descendientes dimana en dichos casos de la posibilidad de que al ascendiente le premueran todos sus descendientes comunes y, por tanto, la reserva tuviere lugar.

β) Al fallecimiento del ascendiente heredero.

Subdistinguímos:

1.º Si sólo queda descendencia común.

Esta es la hipótesis que fué contemplada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933, así como por Cadabal y Sánchez Román.

Nuestro criterio interpretativo del artículo 811, apoyado fundamentalmente en su *ratio*, nos hace aceptar incondicionalmente la solución negativa para este caso.

El fin del artículo 811 es prevenir un cambio de línea motivado por la doble interposición del descendiente y del ascendiente, heredero de aquél. Previsión que tiene un evidente fundamento psicológico en la tendencia normal de todo ascendiente que carezca de descendencia que sea de la línea de donde proceden los bienes a disponer a favor de sus parientes consanguíneos, escamoteándolos a sus afines, aunque éstos sean los de la línea de procedencia de los bienes. E incluso para rectificar las reglas de la misma ley, para que no den lugar a un cambio de línea de los bienes, en virtud de las cuales, de no existir el artículo 811, y a falta de disposición expresa del ascendiente, la sucesión abintestato y en ciertos supuestos la legitimaria a favor de ciertos parientes consanguíneos, consagraría el cambio de línea de los bienes. Estos peligros dejan de ser normales cuando sólo queda al ascendiente una descendencia común, protegida por otras normas del mismo Código (arts. 808 y 813 y sigs.). Por eso el caso que discutimos se halla fuera de la *ratio* del artículo 811.

En el supuesto planteado por Alonso Martínez a la Comisión Codificadora faltaba precisamente la descendencia común; por eso era previsible temer aquel "irritante espectáculo" que se quiso impedir.

La letra del artículo 811 presupone la línea de donde los bienes proceden como diferente de la línea del ascendiente heredero. Luego —como sostuvieron Cadabal y Sánchez Román y el Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933— se halla fuera de dicha letra, racionalmente entendida, el supuesto de que al fallecer el ascendiente heredero sólo quede descendencia común que, como perteneciente a una y otra línea, borra toda diversidad de líneas.

El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación del artículo 811, en todo cuanto exceda de la finalidad para la cual fué dictado, nos lleva igualmente a la solución negativa.

Y específicamente, contrariaría la *ratio* del artículo 811, en el caso de que el artículo 811 fuera interpretado en el sentido, propugnado recientemente por Hernández Gil (290), de que la línea ascendente

(290) Trabajo cit., en Rev. de Dr. Español y Americano, I, 1, pág. 9 y sigs.

exciuya a la colateral —en cuyo supuesto los hijos del ascendiente de quien procedían los bienes serían preteridos a un ascendiente de ulterior grado, que podría tener otros descendientes de otra línea— o, si simplemente se admitiera la concurrencia de abuelos y hermanos del descendiente como parientes de igual grado. La interposición del ascendiente de ulterior grado como reservatario —único o concurrente con los hermanos, hijos comunes de los ascendientes más inmediatos— podría producir y produciría efectivamente, en muchos casos, un desvío con respecto a la línea específica del ascendiente de quien inmediatamente procedían los bienes. Desvío que algunos autores han querido corregir con una reserva de segundo grado, convirtiendo al ascendiente reservatario en un segundo reservista (291).

No sólo cabe en el supuesto planteado el caso de que sean marido y mujer los dos ascendientes del artículo 811. Al mismo debe equipararse el supuesto de que el hermano de quien gratuitamente hubo los bienes el descendiente lo fuera de doble vínculo y hubiera fallecido sin dejar descendencia no teniendo el ascendiente heredero otros hijos que no fueran hermanos de doble vínculo de aquéllos. O cuando, en caso de dejar descendencia aquel hermano, no tuviera el ascendiente heredero al fallecer otros descendientes que los descendientes de aquél.

Igualmente podemos aplicar la misma solución a todos los supuestos en que los dos ascendientes del 811 no sean marido y mujer, sino, v. gr., el abuelo o la abuela paterna y el padre, siendo uno de aquéllos el ascendiente de quien procedían los bienes y el último el presunto reservista, siempre y cuando los descendientes de uno y otro sean los mismos.

2.º *Si queda descendencia común y, además, descendencia de otro matrimonio del ascendiente de quien procedan los bienes.*

(291) DÍAZ COBEÑA (Op. cit., Dict. XV, F, págs. 251 y sigs.), ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO ("Un supuesto interesante del artículo 811 del C. c." en Rev. Gral. de Dr. IX, junio 1953; págs. 287 y sig.) y MANUEL VILLARES PICÓ ("Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil", en Rev. Gral. de Leg. y Jur. XXXII, enero-febrero 1956, págs. 66 y sigs.), han opinado que cuando como reservatario adquiere los bienes un ascendiente, éste, se convierte a su vez en reservista. El punto de vista de estos autores se basa en el entendimiento de que los reservatarios heredan al descendiente, y, siendo esta adquisición ordenada por la ley, les parece evidente que, si quedan otros parientes del tercer grado del descendiente y que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes, el ascendiente reservatario será reservista de estos otros parientes. Los dos primeros autores citados tratan de aplicar esa reserva repetida, para subsanar la evidente injusticia que supondría la aplicación a la primera reserva de las reglas de la sucesión abintestato del descendiente.

Pero esta tesis prejuzga: 1.º Que el reservatario no sucede al reservista, sino al descendiente (tema que debemos discutir en la parte II de este trabajo); y 2.º Que el ascendiente de la misma línea de procedencia de los bienes está sujeto igualmente a la reserva (cuestión que ya hemos examinado).

Además, la posible injusticia que DÍAZ COBEÑA y FERNÁNDEZ SERRANO tratan de corregir con la repetición de la reserva, creemos que no se dé: puesto que como ya hemos anticipado no admitimos la preferencia de los ascendientes del descendiente en cuestión con respecto a los hermanos de éste que sean hijos comunes del reservista y del otro ascendiente de quien procedían los bienes (ver *supra* 32.º, núm. 15).

Correspondería a esta hipótesis el supuesto contemplado en la Sentencia de 19 enero 1935, si hubiese sido planteado después de la muerte del ascendiente heredero y no antes, en el período de pendencia. Como hemos visto, este fallo dejó a salvo la posibilidad de que la reserva no tuviera lugar si al presunto reservista le sobreviviesen tanto el hijo común de éste y del otro ascendiente de quien procedían los bienes como el hijo de un anterior matrimonio de éste.

Creemos que las razones que hemos expuesto para el supuesto anterior también son aplicables a éste. No debemos olvidar que el fin de la reserva es evitar el cambio de línea. En cambio, no impone la distribución igualitaria entre todos los parientes de la línea de procedencia del mismo grado. Si ésta se deriva o no de otros preceptos, luego lo discutiremos. A reserva de ello, insistimos en que la finalidad del artículo 811 no la impone. Y no teniendo el presunto reservista otra descendencia que la común, desaparece el peligro prevenido por esta norma, aunque, a su vez, el otro ascendiente de quien procedían los bienes haya dejado descendencia de otro matrimonio anterior.

No olvidemos que en la reserva clásica del binubo, los hijos de un matrimonio anterior del cónyuge premuerto no tienen derecho alguno.

Tomás Albi (292) defendió la inaplicación de la reserva a este supuesto (292 bis).

Esta solución también podemos aplicarla a los supuestos en que los ascendientes no sean marido y mujer, sino, v. gr., el abuelo o la abuela paterna y el padre, siendo uno de ellos el ascendiente de quien procedían los bienes y el último el presunto reservista, siempre y cuando el segundo no tenga otros descendientes que no lo sean del primero, aunque éste tenga otros descendientes que no lo son de aquél.

E, igualmente, al supuesto de que siendo el ascendiente reservista padre del hermano de quien procedían los bienes heredados del descendiente, dicho ascendiente no tuviese otros descendientes que no fueran hermanos o sobrinos de doble vínculo del repetido hermano de quien procedían los bienes, pero éste tuviere hermanos uterinos o descendientes de éstos que no fueran hijos o descendientes de aquel ascendiente heredero.

3.º *Si queda descendencia común y, además, el presunto reservista tiene descendencia de un ulterior matrimonio o tiene en estado de viudez un hijo natural.*

En esta hipótesis se da el supuesto de la reserva clásica o vidual de los artículos 968 y sigs. del C.-c. De su coordinación con la del 811, después deberemos ocuparnos especialmente.

(292) Loc. cit. págs. 317 y 321.

(292 bis) ANTONIO MAURA, en cambio, en un dictamen fechado en Madrid, a 23 de mayo de 1923 (ver "Dictámenes", T. IV, ed. Madrid, 1930, núm. 5, págs. 63 y ss.), dió por sentada la actuación de la reserva, en un caso en que quedaban al morir el reservista dos hermanos del descendiente heredado: uno de doble vínculo, hijo común del reservista y del otro ascendiente del que procedían los bienes, y el otro hermano de vínculo sencillo, hijo del primer matrimonio del otro ascendiente, aceptando idéntico derecho a la reserva en ambos hermanos, por partes iguales.

4.º *Si queda descendencia común y, además, el presunto reservista tiene descendencia de un anterior matrimonio o algún hijo natural habido antes de casarse con el otro ascendiente.*

La posibilidad normal del cambio de línea y su dualidad por parte del presunto reservista es evidente, como lo es la probable existencia de estímulos que psicológicamente le impulsen a repartir los bienes entre los hijos de uno y otro matrimonio. E incluso, a falta de testamento, lo provocaría la mera aplicación de las reglas de la sucesión intestada. Por ello, creemos que la reserva deberá jugar a favor de los descendientes comunes.

A este caso hay que asimilar los supuestos en que no siendo marido y mujer los dos ascendientes, el ascendiente heredero tuviere descendientes que no lo fueran del otro de quien los bienes procedían. O en que el ascendiente tuviera otros descendientes que no fueran hermanos del descendiente heredado, o que sólo lo fueran de ese hermano por vínculo sencillo no correspondiente a la línea de procedencia mediata de los bienes.

5.º *Si no queda descendencia común, pero sí descendientes del presunto reservista, que sean medio hermanos del descendiente heredado, pero no sean hijos del otro ascendiente, ni, en su caso, hermanos del hermano de aquel de quien procedían los bienes.*

La redacción de la "Gaceta del Notariado" en 1890, Gayoso Arias y Tomás Albi, defendieron la no aplicación de la reserva. De algunos de sus razonamientos nos hemos ocupado en el primer epígrafe de este trabajo, de otros trataremos al examinar la colisión de la reserva del artículo 811 con lo preceptuado en el artículo 813 respecto la legítima de los descendientes.

El supuesto que decidió a la Comisión codificadora a redactar el artículo 811 era precisamente este que ahora contemplamos. Por ello nos parece evidente que este precepto debe jugar, ya que se dan sus dos requisitos. La duplicidad de líneas es evidente (293).

A este caso hay que asimilar la hipótesis de que el ascendiente premuerto sólo dejara hijos que fueren medio hermanos del descendiente heredado, pero que, a su vez, no lo sean del hermano de quien procedían los bienes, o siendo de vínculo sencillo de éste no lo fueran por la línea de procedencia mediata de los bienes.

(293) Ver lo que hemos dicho anteriormente en el § 1.º, núm. 5.

Naturaleza jurídica de la dación en pago

CARLOS R. FERNANDEZ RODRIGUEZ

Sumario: § 1. Introducción.—§ 2. Teorías que asimilan la dación en pago a la compraventa: I. Autores que consideran la dación en pago como una compraventa.—II. Tesis de Blumenthal.—III. Crítica de estas teorías.—§ 3. Teorías que consideran la *datio in solutum* como una novación: I. Autores que equiparan por completo la *in solutum datio* a la novación.—II. Autores que sólo en determinados supuestos identifican dación en pago y novación.—III. Crítica de estas teorías.—§ 4. Otras teorías acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*: I. Doctrina que defiende la asimilación de la *datio in solutum* a la modificación objetiva de la relación obligatoria.—II. Teoría que configura la dación en pago como simple modalidad del pago.—III. Doctrina que estima que la *datio in solutum* es una institución compleja.—§ 5. Nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago: I. Cuestión previa: ¿es la dación en pago un contrato real *quoad constitutionem*?—II. Momentos que deben distinguirse en la *datio in solutum*, su significado.

§. I. INTRODUCCIÓN

La *datio in solutum* es un modo de extinción de las obligaciones al igual que lo es el pago o cumplimiento. Pero mientras el pago o cumplimiento supone la realización de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la *in solutum datio* la obligación se extingue al ser ejecutado un *aliud*, una prestación distinta de la que constituye el objeto de la obligación. La realización de una prestación distinta de la debida, es la nota característica de la dación en pago, que permite diferenciar esta institución de otras figuras que pudieran considerarse afines, como la cesión de bienes para pago de deudas (*datio pro solvendo*). En la cesión de bienes para pago de deudas, el deudor cede a su acreedor (o acreedores) un determinado bien, una serie de bienes concretos o la totalidad de sus bienes, con el fin de que el acreedor (o acreedores) proceda a la realización del valor de los bienes cedidos, y haga efectivo su crédito con el importe de la realización ;

dentro de esta amplia noción de la *cessio bonorum* (1) cabe distinguir diversos tipos: convenios judiciales de cesión de bienes para pago de deudas, convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago que pueden llevarse a cabo cuando el activo es superior al pasivo, o cuando el pasivo es superior al activo (cesión de todos los bienes a todos los acreedores, o cesión de determinados bienes a determinados acreedores) (2); un supuesto especial es el de la *cessio pro solvendo* en la que el deudor cede a su acreedor un crédito para que lo cobre y haga efectivo a su vez su propio crédito con el importe de lo cobrado. La cesión de bienes para pago de deudas tiene por objeto preparar el cumplimiento de la obligación, o sea facilitar la realización de la prestación debida; por el contrario, la dación en pago se encamina a la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación diferente de la debida. La *datio in solutum* es un equivalente o sucedáneo del pago o cumplimiento *stricto sensu*, mientras que la *datio pro solvendo* lejos de sustituir al pago de lo debido, constituye precisamente un medio para el cumplimiento de la prestación debida. La dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones distinto del pago, la cesión para pago puede considerarse como un negocio preparatorio del cumplimiento de las obligaciones (3). Por otro lado, en la *datio in solutum* la relación obligatoria se extingue merced a la actividad del deudor (realización del *aliud*); en la *datio pro solvendo*, la actividad del deudor (cesión de bienes) debe ser continuada por la actuación del propio acreedor (realización del valor de los bienes cedidos) para que de este modo se extinga la relación obligatoria. En el primer caso el derecho de crédito es satisfecho por el deudor; en la segunda hipótesis, la realización del crédito se debe a la iniciativa o impulso del deudor, pero en realidad se verifica por obra del acreedor (4). Estas notas distintivas permiten separar la figura objeto de nuestro estudio, de la *cessio bonorum* (5).

El tema de este estudio es la *datio in solutum* voluntaria.

(1) Interesante institución cuyo examen sobrepasaría ampliamente los límites del tema estudiado. Con respecto a la misma pueden verse en el Derecho español, además de las obras generales, los recientes trabajos monográficos de COSSIO: *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas*, RDF, 1953, págs. 1-22, y BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, 1956), págs. 360-363 y 388 y sigs. La *cessio bonorum* ha sido detalladamente estudiada en la doctrina italiana; entre los estudios monográficos más completos y recientes figuran: SALVI: *La cessione dei beni ai creditori* (Milán, 1947); MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*; (Milán, 1953) y SORGIA: *La cessione dei beni ai creditori* (Turin, 1954).

(2) Vid. COSSIO: *Op. cit.*, págs. 7 y sigs.

(3) Cfr. BERTINI: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento* (Milán, 1940), págs. 65 y sigs.

(4) Vid. PUGLIATTI: *La «Cessione bonorum» e la realizzazione del diritto di credito*, en *Diritto civile, metodo-teoria-pratica* (Milán, 1951), págs. 587-95.

(5) Podrían señalarse otras características diferenciales como la de que en la cesión para pago no se transmite la propiedad de las cosas cedidas, mien-

No vamos a referirnos a todos los supuestos de extinción de una obligación por ejecución de una prestación diferente de la debida, sino tan sólo a aquellos casos en los que el acreedor y el deudor deciden libremente que la relación obligatoria deberá extinguirse mediante la realización de un *aliud*. Aun cuando en el moderno Derecho español ha desaparecido el beneficio de *datio in solutum* forzosa (6) que la Novela 4.ª capítulo III otorgaba al deudor en determinados supuestos (7), pueden, sin embargo, señalarse algunas hipótesis en las que la obligación se extingue mediante un *aliud* con independencia de un especial acuerdo de acreedor y deudor; ello sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 1.827 C. c., en algunos supuestos de ejecución forzosa, en las hipótesis de *facultas alternativa legal o convencional* (8), etc. Estos casos y otros semejantes que pudieran presentarse, quedan fuera del objeto de nuestra investigación; únicamente analizaremos la naturaleza de la singular situación que surge cuando acreedor y deudor, derogando el principio sentado en el artículo 1.166 C. c. (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), acuerdan que la obligación pendiente deberá extinguirse mediante la realización de una prestación distinta de la debida.

El *aliud*, la nueva prestación a la que acreedor y deudor otorgan efecto extintivo, puede consistir en la transmisión de una cosa, cesión de un derecho, un *facere*, un *non facere*, etc.; cualquier prestación puede ser objeto de la *in solutum datio* con tal que sea distinta de la prestación inicialmente debida. Por ello, la expresión *datio in solutum* (dación en pago) no ha de entenderse en el sentido de negocio cuyo objeto es, de acuerdo con

tras que en la dación en pago tiene lugar la transmisión de la propiedad de la cosa dada *in solutum*; en este sentido se manifiestan, por ejemplo, las sentencias del T. S. de 11 de mayo de 1912 y 9 de diciembre de 1943 en la que se dice que en la cesión para pago «se transmite la posesión a la que va aneja un mandato para proceder a la venta de los bienes que se entregan, en la adjudicación o dación en pago... la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario». Pero esta nota distintiva no tiene carácter general: tan sólo podría aplicarse cuando la nueva prestación convenida (el *aliud*) consista en la entrega de una cosa, no cuando estribe en un *facere* o un *non facere*. Por lo demás, son muy discutidas la naturaleza y efectos de la cesión de bienes para pago: mandato irrevocable, transmisión de la facultad de disponer, teoría de la propiedad fiduciaria, etc. Vid. por todos, COSSIO: *Op. cit.*, págs. 10 y sigs.

(6) Se discute si el beneficio de *insolutumdación* es aplicable en el Derecho foral catalán. PELLA (*Código civil vigente en Cataluña*, tomo IV, Barcelona, s. d., págs. 160-161) y PÉREZ y ALGUER (*Anotaciones al Derecho de obligaciones de ENNECCERUS-LEPMANN*, vol. I, Barcelona, 1947. § 65, pág. 317) defienden la vigencia de la dación en pago forzosa en Cataluña. BORRELL y SOLER (*Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1944, págs. 25-26) cree, por su parte, que el beneficio de *insolutumdación* es incompatible con el procedimiento de apremio establecido en la LEC.

(7) Para un examen de los presupuestos de aplicación de este beneficio vid. POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Verona, 1888, págs. 62 y sigs.

(8) Con respecto a la distinción entre *facultas alternativa* convencional y convenio de *datio in solutum*, vid. *infra* nota 150.

el significado técnico del término *dare* (dar), la transmisión de la propiedad o constitución de un derecho real limitado; antes bien, en la *datio in solutum* la palabra «dar» debe interpretarse en un amplio y desdibujado sentido, que comprende todo género de prestaciones. Sin duda alguna, sería más correcto hablar de prestación en lugar del pago o cumplimiento (al igual que lo hace el moderno Código civil italiano: *Prestazione in luogo dell'adempimento*, artículo 1.197); pero en el presente estudio se ha creído más conveniente utilizar la terminología usual en el Derecho español (*datio in solutum*, dación en pago), la cual, empero, deberá ser entendida en el amplio sentido señalado.

Mediante la dación en pago pueden extinguirse toda suerte de obligaciones, tanto las basadas en relaciones contractuales, como las procedentes de un hecho culposo, fundadas directamente en la Ley, etc. No compartimos la opinión de Wieacker quien niega que la *datio in solutum* encuentre aplicación con respecto a las obligaciones de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho culposo (9). La *datio in solutum* debe, por consiguiente, ser encuadrada en la Parte General de las Obligaciones, la cual conserva todavía, a pesar de los fuertes ataques a que se vió sometida (10), todo su valor e interés desde un punto de vista teórico, práctico y didáctico.

§ 2. TEORÍAS QUE ASIMILAN LA DATIO IN SOLUTUM A LA COMPRAVENTA

1. Ya en la época justinianea, y probablemente antes por influencia griega, la *datio in solutum* se configura como un *contractus* semejante a la *compraventa* (11). Esta doctrina justinianea es recogida por los juristas medievales quienes, repetidamente, asimilan la dación en pago a la compraventa. Así lo hacen Baldo, Cuya-

(9) *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, Leipzig, 1941, pág. 52.

(10) Durante algún tiempo (años 1933 a 1945) la doctrina alemana, basándose en que el Derecho de Obligaciones no constituía un todo unitario por no referirse a una esfera unitaria de la vida, abogó por la supresión de la Parte General de las Obligaciones y por la división del Derecho de Obligaciones en dos tratados independientes: *Vertrag und Unrecht*, que comprendían, respectivamente, las obligaciones contractuales y las obligaciones de indemnizar los daños causados (Cfr. WIEACKER: *Op. cit.*, págs. 50 y sigs.). Con posterioridad se ha vuelto en Alemania al antiguo sistema de la Parte General y de la Parte Especial de las Obligaciones; vid., sin embargo, las observaciones que hace todavía LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil* (München und Berlin, 1953), § 1, págs. 1-3.

(11) Cfr. SOLAZZI: *L'Estinzione dell' obbligazione nel Diritto romano*, tomo I (2.ª edición, Nápoles, 1935), págs. 189-190. También el antiguo Derecho hindú configuraba la dación en pago como una compraventa, según afirma KOHLER: *Indisches Obligationen- und Pfandrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tomo 3.º (1882), págs. 175-180.

cio y Donelo (12). Este último autor dice con respecto a la *datio in solutum*: *principaliter non contrahitur iure emptio... Sed ut principaliter perveniantur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando necesse est per consequentiam contrahi emptionem...* Su anotador Hiligerio afirma asimismo que *datio in solutum est emptio quae fit brevi manu* (13). La asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa tiene, por tanto, profundas raíces históricas, circunstancia que ha motivado su persistencia en la actual ciencia jurídica. Antes de proseguir el examen de esta doctrina conviene diferenciar dentro de la misma dos direcciones que configuran de distinta manera esta equiparación de *in solutum* dación y compraventa.

1) Un primer grupo de autores equiparan la dación en pago a la compraventa, afirmando que en aquélla la cosa dada en pago viene a ocupar el lugar de la cosa vendida y que el precio está representado por la cantidad debida. Es ésta la tesis preferentemente sustentada por las doctrinas francesa y española. Ya Domat decía que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida» (14). Pothier expuso con gran claridad esta doctrina. La dación en pago, dice, es un acto «muy parecido al contrato de compra y venta. La cosa que se entrega en pago, representa la cosa vendida; y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio» (15). A pesar de esta afirmación, Pothier se cuida de poner en claro las diferencias existentes entre ambas instituciones: 1.ª El contrato de compra y venta es de los consensuales; para la dación en pago es necesaria la tradición. 2.ª Si se vendiese una cosa y se compensase su precio con una cantidad que el vendedor creía erróneamente deber al comprador, tan sólo puede repetirse el precio equivocadamente compensado; si se da una cosa en pago de una cantidad que equivocadamente creía deberse, puede repetirse la cosa misma. 3.ª En la compra y venta no hay obligación de transmitir la propiedad; en la dación en pago es requisito esencial la transmisión de la propiedad. Después de publicado el Código de Napoleón, Troplong (16) y Laurent (17), han también mostrado, siguiendo a Pothier, las analogías y diferencias entre la dación en pago y la compraventa.

Esta postura ha sido mantenida por autores españoles anterior-

(12) Vid. Bussr: *La Formazione dei Dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937, pág. 330.

(13) *De Jure Civili*, Lib. XVI, caps. IX y XIV.

(14) *Las leyes civiles en su orden natural*, traducción de Vilarrubís y Sardá, tomo II (2.ª edición, Barcelona, 1884), pág. 262.

(15) *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción española de una Sociedad de Amigos colaboradores, Barcelona, 1841, págs. 303-306.

(16) *De la vente*, tomo I (5.ª edición, Paris, 1856), págs. 17-19.

(17) *Principes de Droit civil français* (4.ª edición, Paris-Bruselas, 1887), tomo XVII, pág. 545; tomo XXIV, págs. 153-155.

res y posteriores a la promulgación del Código civil. Entre los primeros figuran Escriche (18) y García Goyena (19). Entre los segundos, afirma Sánchez Román que la dación en pago «viene a constituir una enajenación parecida a la compraventa, en la cual dicho crédito (el extinguido) figura como precio» (20). En parecidos términos se expresan Manresa (21) y Valverde (22).

También nuestro Tribunal Supremo ha puesto de relieve, al fijar la naturaleza jurídica de la dación en pago, las analogías existentes entre ésta y el contrato de compraventa. En la primera de las sentencias en que fué abordada esta cuestión, el Tribunal Supremo se limitó a declarar que la dación en pago «importa una verdadera venta» (sentencia de 14 de noviembre 1881). Parecida afirmación se encuentra en la sentencia de 21 de diciembre de 1905: «desde el instante en que se convino esta forma de pago, fué con todos los efectos legales que producen los contratos de venta»; y en la de 11 de mayo de 1912: «la dación en pago, modo éste de extinguir las obligaciones y asimilado en sus efectos generales a la compraventa». La sentencia de 22 de octubre de 1914, en cambio, señala más concretamente las analogías de *datio in solutum* y compraventa, al decir que la «transmisión... en pago..., convenio en que ha existido consentimiento explícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta», doctrina que reitera la sentencia de 9 de enero de 1915 cuando afirma que «el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido, constituye un verdadero contrato de compraventa, sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes, ya que reúne los requisitos todos que para su existencia y validez exige el artículo 1.445 del Código civil». La importante sentencia de 9 de diciembre de 1943 recoge explícitamente la postura objeto de nuestra consideración, aunque, por otra parte, se refiera y hasta cierto punto acoja, como hemos de ver, otras teorías acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago. Declara esta interesante sentencia que «la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, según

(18) Define este autor la dación *in solutum* (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1786, pág. 596) como «un contrato equivalente a una verdadera venta, pues que se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio».

(19) Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III (Madrid, 1852), pág. 387.

(20) *Estudios de Derecho civil*, tomo IV (2.ª edición, Madrid, 1899), pág. 278.

(21) Manresa que, según veremos, incurre en varias contradicciones, manifiesta (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, 1.ª edición, Madrid, 1907, pág. 296) que la dación en pago «es una especie de compraventa en que el importe de la obligación primitiva hace las veces del precio, concurriendo, por tanto, los requisitos esenciales de aquel contrato».

(22) *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4.ª edición, Valladolid, 1937, pág. 174, nota 2.

la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil». Esta orientación aparece también en la sentencia de 7 de enero de 1944 que afirma que la «*cessio pro soluto* o dación en pago, opera como la compraventa, la traslación del dominio por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor». En análogo sentido se muestra asimismo la sentencia de 13 de marzo de 1953, que manifiesta que en «la *cessio in solutum*... por su similitud con la compraventa... el montante del crédito actúa en función de precio como requisito esencial del contrato». Vemos, por tanto, cómo el Tribunal Supremo ha ido aceptando gradualmente la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, hasta llegar a afirmar, como lo hacen los autores franceses y españoles citados, que la dación en pago reúne todos los requisitos del contrato de compraventa, ya que el crédito a satisfacer «adquiere la condición de precio».

2) Otros autores configuran la dación en pago como una compraventa cuyo precio se compensa, por voluntad de acreedor y deudor, con el crédito en pago del cual se realiza el *aliud*. Según indica Schliemann (23), la *datio in solutum* supone una compraventa de la cosa dada *in solutum*; en virtud de esta venta, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero su deuda se compensa con su anterior crédito, de modo tal que sólo subsiste el crédito que tiene por objeto la entrega de la cosa. En idéntico sentido señala Bekker (24) que la dación en pago es equiparable a una compraventa, en la que el que recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito. Para estos autores desaparece, por consiguiente, toda diferencia entre la dación en pago y la compraventa cuyo precio se compensa con el crédito que el comprador tiene frente al vendedor, mientras que Pothier, como hemos visto, diferenciaba claramente ambas hipótesis.

Esta opinión ha sido también mantenida en alguna de las resoluciones de la Dirección General de los Registros. Así, en la resolución de 20 de septiembre de 1933 se afirma que mediante la adjudicación en pago «se realiza una enajenación a título oneroso por precio debido y compensado». Por lo demás, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros evita toda afirmación tajante en torno a la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* limitándose a indicar que la misma constituye en todo caso una

(23) *Die Haftung des Cedenten (Ein Beitrag zur Lehre von der Cession)*, Rostock, 1848, págs. 48 y sigs.

(24) *Zur Lehre von der Evictionsleistung. Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, tomo 6.º (1893), pág. 241.

enajenación con causa onerosa. En este sentido se manifiestan, entre otras, las resoluciones de 1 de abril de 1899, 31 de mayo de 1909, 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919, 13 de diciembre de 1934 y 7 de febrero de 1941.

II. Dentro de la teoría que venimos examinando, merece especial consideración la postura de Blumenthal (25). Blumenthal se hace cargo de una objeción que a la equiparación de *in solutum datio* y compraventa puede hacerse: estas dos figuras tan sólo pueden asimilarse cuando se entregó una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. A ello contestaban ya los Glosadores diciendo que *in solutum dare* entraña una compraventa, si se entrega una cosa en lugar de dinero; una permuta, si se da una cosa en lugar de otra; y en los restantes casos un contrato innominado (26). También Laurent y Glück se hacen eco, aunque sólo sea parcialmente, de esta objeción al manifestar que la dación en pago se asemeja a veces a una venta, y otras a una permuta (27). Pero es Blumenthal quien, recogiendo esta objeción, lleva a sus últimas consecuencias la tesis de que la dación en pago equivale a un contrato bilateral de naturaleza variable según cual sea el objeto a que se refiere el *aliud*. Este autor, después de indicar que la *in solutum datio* equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa, afirma que si una deuda dineraria se extingue mediante un *factum quod locare solet*, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios; que si la antigua prestación se refería a un *dare* o un *facere* y se realiza *in solutum*, un *factum*, habrá tenido lugar un contrato innominado *facio ut facias*, y que lo mismo sucede si, en este caso, se da *in solutum* un *nomen iuris*. Para salvar la construcción del último supuesto, Blumenthal configura como un *facere* la prestación del acreedor (renuncia a su crédito originario). Realmente, resulta difícil avanzar más de lo que lo hizo Blumenthal, en un proceso disgregador de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

III. Las teorías que acabamos de exponer no resisten el más somero examen crítico que de ellas se haga, y no aciertan, por tanto, a resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago. A continuación expondremos las principales objeciones que pueden oponerse a estas teorías y que muestran su inutilidad para fijar la naturaleza jurídica de la institución que estamos estudiando.

1) El primer reproche que puede hacerse a la doctrina que asimila la *datio in solutum* a la compraventa, es el de que es una

(25) En su obra *Pauca de datione in solutum*, *Dissert. Iur.*, Gottingae, 1830, II a VII. La cita se hace a través de RÖMER: *Die Leistung am Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht* (Tübingen, 1886), págs. 12 y sigs.

(26) Cf. RÖMER: *Op. cit.*, pág. 4.

(27) LAURENT: *Loc. cit.*; GLÜCK: *Commentar oder Erläuterung der Pandekten*, tomo XX, Erlangen, 1819, pág. 190.

teoría incompleta en un doble sentido. En primer lugar, esta tesis, tal como ha sido expuesta por la mayoría de los autores, no determina de modo inequívoco cuál sea la naturaleza jurídica de la dación en pago, ya que tan sólo habla de cierta semejanza entre la *in solutum datio* y la compraventa. Pothier, como vimos, señalaba diferencias entre ambas figuras, mostrando, de este modo, que la identificación de ambas no es total; las mismas vacilaciones se observan en los restantes autores que equiparan compraventa y dación en pago. Al no resolver el problema que se había planteado, esta doctrina se destruye a sí misma y pone claramente de manifiesto su esterilidad.

Además, la asimilación de dación en pago y compraventa, aun siendo convincente, no comprendería todos los supuestos de aquélla, ya que tan sólo podría aplicarse cuando la *res debita* consistiese en dinero y el *aliud* en una cosa o viceversa. Sin embargo, la *in solutum datio* tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación. Cierto es que algunos de los partidarios de esta teoría (Laurent y Glück parcialmente, Blumenthal con más amplitud) se hicieron eco de esta objeción y se opusieron a ella. Pero también es cierto que estos autores al impugnar esta objeción, negaban la autonomía de la dación en pago haciendo depender su naturaleza jurídica de la que tengan el *aliud* y el *debitum* originario (28), y de este modo eliminaban esta figura embebiéndola, según los casos, en una compraventa, una permuta, un arrendamiento de servicios o un contrato innominado. Es éste un proceder absurdo que no satisface las más pequeñas exigencias científicas.

2) Las teorías que venimos examinando críticamente han acudido a una ficción al fundamentar la asimilación de *datio in solutum* y compraventa. La primera de las direcciones señaladas afirma, dejando a un lado las diferencias de detalle, que en la dación en pago se encuentran los elementos esenciales de en toda compraventa: la cosa y el precio. La cosa, dicen estos autores, es el *aliud* y el precio está representado por el crédito que se extingue. Sin embargo, salta a la vista que este precio no reúne los requisitos que exige el artículo 1.445 C. c. («dinero o signo que lo represente») y es, por tanto, un precio supuesto, imaginario, ya que el crédito a extinguir, aun en el caso de ser dinerario, no es dinero ni signo que lo represente. Vemos, pues, cómo estos autores para equiparar la dación en pago a la compraventa acuden a la ficción de que el crédito a extinguir hace las veces o representa el papel de precio de una compraventa. La finalidad que se persigue con esta supuesta asimilación de *datio in solutum* y compraventa, es principal-

(28) Vid. JEANIS-NALTET: *La dation en payement en droit français et anglais comparés*, París, 1934, pág. 40.

mente aplicar a quélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos establecida para la compraventa. Para alcanzar esta finalidad no es necesario acudir a una ficción; basta tener presente que el saneamiento por evicción es aplicable siempre que se enajene una cosa a título oneroso. De haber tenido en cuenta este principio, la doctrina no se hubiese visto obligada a recurrir al expediente constructivo de la ficción, cuya utilización por la ciencia jurídica debe excluirse en todo caso (29).

También la segunda de las direcciones apuntadas dentro de la teoría que asimila la dación en pago a la compraventa, recurre a la ficción como expediente constructivo al hablar de compraventa seguida de compensación del precio con el *debitum* originario. Esta compensación del precio con el primitivo crédito podría ser una compensación legal o una compensación convencional. Para que se verifique la primera, aun admitiendo que se realiza *ipso iure* (30), es necesario en todo caso que se den los requisitos señalados en el artículo 1.196 C. c. Ahora bien, ¿puede afirmarse que el *debitum* y el precio sean deudas de la misma especie y cantidad y, por tanto, compensables en su totalidad? La respuesta, al menos en relación con la *datio in solutum* en general, tiene que ser forzosamente negativa. Por consiguiente, sólo cabría hablar de una compensación convencional. Pero para admitir ésta, es necesario investigar la voluntad de las partes a fin de comprobar si realmente han querido vender una cosa y luego, con independencia de los requisitos consignados en el artículo 1.196 C. c., han compensado el precio con el crédito que el comprador tenía frente al vendedor. No obstante, estos supuestos no lo son propiamente de dación en pago, como en seguida vamos a ver, y fuera de los mismos el hablar de compensación supone una ficción constructiva que ha de recusarse.

3) Resulta imposible asimilar la dación en pago a la compraventa, debido a las diferentes finalidades que persiguen las partes mediante una y otra. Reiteradamente ha puesto de relieve la doctrina la diferente función que desempeñan la compraventa y la *datio in solutum*. El propio Manresa defensor de la identificación de dación en pago y compraventa, nos dice que «por la dación y adjudicación en pago se extinguen obligaciones y por la compra y venta se crean desde que el contrato se perfecciona entre comprador y vendedor: que la causa, respecto de cada una de las

(29) La ficción que constituye un necesario y útil instrumento de la técnica jurídica no puede ser nunca empleada con fines dogmáticos o de construcción jurídica. Cf. las acertadas afirmaciones que en este sentido hace ESSER: *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (Frankfurt, 1940), págs. 90, 98 y 200-201.

(30) Sobre este punto vid. *La compensación y su efecto*, conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Barcelona por GONZÁLEZ PALOMINO que, como es sabido, afirma que la denominada «compensación legal» no produce sus efectos automáticamente, sino tan sólo mediante la actuación de una de las partes. Véanse especialmente las págs. 89 y sigs. de la edición separada.

partes, es también distinta...» (31). En análogo sentido se muestra Bonet Ramón cuando habla del «diferente espíritu que informa a dichas operaciones. Mientras con la permuta y la compraventa se persigue una especulación, con la dación en pago se espera una liquidación» (32). También Berndorff, en la doctrina alemana, pone de relieve que las partes, al celebrar la *datio in solutum*, pretenden extinguir una obligación mediante una prestación distinta de la debida, mientras que al concluir una compraventa la intención de las partes se encamina al intercambio de bienes (33).

Puede, pues, afirmarse que la dación en pago y la compraventa no se identifican, debido a que tienen una diversa función económico-social, «causa» en el sentido de Betti (34), que las tipifica como figuras jurídicas independientes y distintas. Las partes, al celebrar la dación en pago, quieren extinguir una relación obligatoria entre ellas pendiente, y es a la luz de esta finalidad como deben resolverse todos los problemas y conflictos que surjan. Mediante la compraventa los contratantes quieren realizar un intercambio de elementos patrimoniales (cosa y dinero) y obtener una ganancia (en sentido amplio): el vendedor prefiere el dinero a la cosa vendida, el comprador antepone la cosa al dinero (35). Esta diferencia sustancial impide la asimilación de ambas instituciones (36).

Es posible que las partes concluyan una compraventa y com-
 pensen el precio con un crédito que el comprador tiene frente al vendedor. En este supuesto, los contratantes aprovechan la celebración de la compraventa para extinguir, por compensación con el precio, una deuda entre ellos pendiente, pero no realizan una dación en pago. Compraventa seguida de compensación de precio con crédito y *datio in solutum* son dos figuras distintas: la una es un negocio de cambio, mediante el que, como finalidad accesoria, se extingue una obligación; la otra es un negocio extintivo de una relación obligatoria. (37). Como consecuencia, ambas operaciones jurídicas producen efectos diversos, especialmente por lo

(31) *Comentarios al Código civil español*, tomo X (1.ª edición), págs. 16-17.

(32) *Comentario a la sentencia de 9 de diciembre de 1943*, RDP, 1944, pág. 149.

(33) *Die Annahme an Erfüllungsstatt*, Berlin, 1904, pág. 27. DERNBURG (*System des Römischen Rechts*, 8.ª edición, § 315, nota 2.ª) afirma que la dación en pago tendrá lugar tan sólo cuando resulte clara la intención de las partes de extinguir una obligación. Vid. también JEANNIN-NALTET: *Op. cit.*, página 38.

(34) *Teoría general del negocio jurídico* (traducción española de A. MARTÍN, Madrid, s. d.), págs. 141-145, entre otras.

(35) Vid. BERNDORFF: loc. últimamente citado.

(36) No estamos de acuerdo con PUIG PEÑA en que se trata de «puras sutilezas». La función económico-social de un negocio jurídico ejerce, como ha puesto de relieve BETTI (loc. cit.), una influencia decisiva en la determinación de su contenido. Por lo demás PUIG PEÑA, aun negando toda identificación absoluta de venta y dación en pago, estima que existen analogías entre ambas figuras. Vid. su *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. 1.º, pág. 188, nota 25-.

(37) Cf. BERNDORFF: *Op. cit.*, págs. 32-33.

que se refiere a la *condictio indebiti*: en un caso procede repetir el precio indelidamente compensado; en el otro la cosa dada en pago (38). En la práctica pueden presentarse casos dudosos, difíciles de encuadrar en uno u otro supuesto; para resolverlos habrá que atender a las declaraciones negociales de las partes y a otras circunstancias reveladoras de cuáles han sido sus propósitos (39).

4) Finalmente hay que examinar si la teoría que asimila dación en pago y compraventa, encuentra algún apoyo en los preceptos del Código civil español. Ello ha sido afirmado algunas veces por la jurisprudencia y la doctrina. La sentencia de 9 de diciembre de 1943 sostiene que la dación en pago se configura como un contrato de compraventa «tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil». La resolución de 10 de agosto de 1918 dice que la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa «ha encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536, 1.636 y otros más del Código civil». En la doctrina, De Diego, por ejemplo, declara que del artículo 1.521 del Código civil parece inferirse que éste aproxima la dación en pago a la compraventa (40). No obstante, creemos que de los preceptos del Código civil nada seguro puede inferirse acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*. El Código civil español no regula la dación en pago y alude a ella tan sólo de un modo incidental y sin tomar partido alguno en torno a la cuestión de su naturaleza jurídica (41). De probar algo el artículo 1.459 número 5.º párrafo 2.º, probaría que ambas instituciones son distintas, dado que exceptúa de la regla general contenida en el primer párrafo del referido número y artículo (prohibición de que determinadas personas celebren la compraventa) el supuesto de que se trate de una dación en pago; este mismo sentido tiene el artículo 1.536 en relación con el artículo 1.535. El artículo 1.521 se limita a equiparar compraventa y dación en pago, basándose en la común nota de la onerosidad (42), a efectos de aplicación del retracto legal.

(38) Estas diferencias eran ya puestas de relieve por PHOTIER: *Loc. cit.* Cfr. asimismo DERNBURG: *Loc. cit.*, y BERNDORFF: *Op. cit.*, págs. 29-30.

(39) Por ejemplo, considerar si las partes, caso de no mediar una obligación entre ellas, hubiesen o no llevado a cabo el negocio. En caso afirmativo se trata de una compraventa seguida de compensación del precio con el crédito; en caso negativo, de una dación en pago, cuya base desaparecería al resultar inexistente el crédito que pretende extinguirse. Vid. BERNDORFF: *Op. cit.*, pág. 27.

(40) *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II (Madrid, 1930), pág. 323.

(41) El BGB adopta, en cambio, una actitud negativa acerca de la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, según se desprende de los *Motive* al primer proyecto (tomo II, pág. 82), donde al fundamentar el artículo 265, I (que aplica a la dación en pago la garantía por evicción y vicios de la cosa), se dice que este precepto no se basa en que la dación en pago equivalga a una venta o haya de considerarse como tal.

(42) Sin embargo, la nota de la onerosidad no puede predicarse de la *datio in solutum* en todos los supuestos. Cfr. *infra* § 5.

pero no autoriza una identificación total de ambas figuras; lo mismo puede decirse del artículo 1.636.

Hemos visto que la teoría que equipara compraventa y dación en pago es insostenible, y no puede servir, por tanto, como punto de partida para la elaboración de una teoría jurídica de la *datio in solutum*. Para obtener los resultados que esta teoría propone (aplicación de ciertas reglas de la compraventa a la dación en pago), no es preciso acudir al expediente «cómodo, pero barroco» (43) de la identificación de ambas figuras. Consideremos ahora la bondad de la doctrina que configura a la *in solutum datio* como una novación.

§ 3. TEORÍAS QUE CONFIGURAN LA DATIO IN SOLUTUM COMO UNA NOVACIÓN

1 La teoría que afirma que la dación en pago supone una novación por cambio de objeto cuenta con ciertos precedentes en la doctrina jurídica europea. Ya Romussi decía que la *in solutum datio* constituye una novación en la que la antigua obligación es sustituida por una nueva cuyo objeto es la cosa que se da en pago (44). Esta opinión es luego mantenida por algunos tratadistas del Derecho territorial prusiano. Así, Rulo afirma que la dación en pago tienen igual naturaleza que la novación, con la única diferencia de que en aquella la nueva obligación se extingue en el preciso momento en que nace, mientras que en la novación objetiva subsiste una relación obligatoria entre acreedor y deudor (45). También Bornemann defiende la asimilación de la *datio in solutum* a la novación por cambio de objeto (46).

Pero es en la doctrina francesa posterior al Código de Napoleón, donde esta teoría ha alcanzado mayor difusión. Gran número de autores franceses configuran la dación en pago como una novación objetiva. Baudry-Lacantinerie expone detalladamente esta tesis (47). Afirma que la dación en pago es una novación, en

(43) Expresión de BARASSI: *La Teoria Generale delle Obligazioni*, volumen III (Milán, 1946), pág. 916.

(44) En su obra *Tractatus de datione in solutum* disc. I, n. 22, citada por AMBROSSETTI: *Datio in solutum, Digesto italiano*, volumen IX, 1.ª parte, página 126, nota 2.ª

(45) *Meber die Angabe an Zahlungsstatt nach dem allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten, von Kamptz: Jahrbücher für die Preussische Gegebung. Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*, tomo XXIII (1823) páginas 6-7, 11-12 y 19.

(46) *Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts*, tomo III (2.ª edición, Berlín, 1838), pág. 611.

(47) *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations*, tomo II, 3.ª edición al cuidado de BARDE (París, 1907), número 1685, págs. 788 y sigs. También se alude en el número 1686 (pág. 793) a las analogías que guarda la dación en pago con el contrato de compraventa.

la que aun cuando la nueva obligación es inmediatamente ejecutada, el análisis permite distinguir la convención novatoria de su ejecución, por lo cual es preciso reconocer que aunque tan sólo por un instante ha existido una nueva obligación. Funda su opinión este autor en el artículo 2.038 del Código civil francés (al que corresponde el artículo 1.849 C. c.), el cual sólo se explica, según Baudry Lacantinerie, en cuanto que la antigua obligación se haya extinguido a consecuencia de la novación, y es, por consiguiente, una aplicación concreta del principio general contenido en el artículo 1.281 número 2.º del *Code Napoléon* (art. 1.207 *fassim* del Código civil español (48). Parecida opinión sustentan Demolombe (49) y Aubry y Rau (50). Entre los modernos autores franceses señalan Bonnacase (51) y Josserand (52) que la *datio in solutum* es una novación por cambio de objeto seguida de la ejecución inmediata de la nueva obligación; igual postura se mantiene en el *Nouveau Répertoire* de Dalloz (53).

La equiparación de la *datio in solutum* a la novación es asimismo mantenida por algunos otros autores extranjeros. En la doctrina italiana, Ambrossetti sostiene que en la dación en pago tiene lugar una novación objetiva (54), tesis que sustentan también Pacifici y Mazzoni (55). En el Derecho austriaco, señala Stubenrauch que si el acreedor y deudor deciden entregar en pago algo distinto de lo debido, varía el objeto de la obligación y, como consecuencia, se lleva a cabo un contrato de novación (56). En la doctrina hispano-americana, De Gasperi dice que «supone la dación en pago que, tácita o expresamente, ha tenido lugar una novación objetiva» (57).

(48) BAUDRY-LACANTINERIE cita (págs. 791-792) los informes de CHABOT, TREILHARD y LAHARY al Cuerpo Legislativo de los que deduce que los autores del Código de Napoleón, al redactar el artículo 2.038 repudiaron la opinión de DOMAT y POTHIER y configuraron la dación en pago como una novación.

(49) *Traité des contrats*, tomo IV (Paris, 1861), pág. 204. DEMOLOMBE aúda asimismo a la idea de compraventa y de la permuta al señalar que la *datio in solutum* es una novación expresa o tácita que se realiza bajo la forma de una venta o de una permuta, según se entregue *pretium pro re* o *res pro re*.

(50) *Cours de Droit civil français*, tomo IV, 6.ª edición al cuidado de BARTIN (Paris, s. a.), pág. 231, nota 1.ª También apoyan AUBRY y RAU su tesis en el artículo 2.038 del Código civil francés.

(51) *Elementos de Derecho civil*, tomo II (traducción castellana, México, 1945), pág. 539.

(52) *Derecho civil*, tomo II, volumen I (traducción castellana, Buenos Aires, 1950), pág. 718. Indica JOSSERAND que la *datio in solutum* es además una novación tácita.

(53) Tomo II (Paris, 1948), pág. 1.

(54) *Loc. cit.*

(55) *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.ª edición al cuidado de VENZI, volumen IV (Turin, 1927), pág. 540.

(56) *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, tomo III (Wien, 1858), pág. 646.

(57) *Tratado de las Obligaciones en el Derecho civil paraguayo y argentino*, tomo III (Buenos Aires, 1946), págs. 40-41.

La tesis que venimos examinando ha sido acogida por algunos autores españoles. Manresa (58), después de asimilar, aunque no sin reparos, como hemos visto, la dación en pago a la compraventa, afirma que esta figura «constituye novación, puesto que crea una nueva relación jurídica». De Diego sostiene por su parte que la *in solutum datio* es hoy considerada «más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto» (59); este mismo autor al considerar el problema, al que luego hemos de referirnos, de si la dación en pago absorbe la novación, dice que es la *datio in solutum* «la que debe considerarse como una novación acompañada de realización inmediata» (60). En igual sentido, manifiesta De Buen (61) que la dación en pago «tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata, y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago».

La teoría objeto de nuestro examen cuenta asimismo con cierto apoyo en la jurisprudencia patria. Así, la interesante sentencia de 9 de diciembre de 1943, a pesar de acoger, como hemos tenido ocasión de ver, la tradicional tesis jurisprudencial que asimila la dación en pago a la compraventa, señala cómo en la *datio in solutum* a consecuencia «de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta», y habla más adelante «de la transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación ei pago», declarando asimismo esta sentencia que en la dación en pago tiene lugar «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago, en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica». La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que no mantiene, como ya sabemos, una postura terminante en torno a la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, señala como una de las posibles configuraciones la novación por cambio de objeto. En este sentido se expresan, entre otras, las resoluciones de 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1943.

II. Hasta aquí hemos reseñado la opinión de aquellos autores que equiparan por completo la *in solutum datio* con la novación. Fijemos ahora nuestra atención en un sector doctrinal para el que ambas figuras únicamente en determinados supuestos se identifican. Römer al considerar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, distingue entre *in solutum dare*, negocio o contrato real que extingue una obligación al ser realizada una prestación diferente de la debida, y el convenio de *in solutum dare* (62). Este convenio puede, según Römer, tener diversos sig-

(58) *Op. cit.*, pág. 396.

(59) *Op. cit.*, pág. 323.

(60) *Op. cit.*, pág. 329.

(61) *Notas al Curso elemental de Derecho civil* de COLIN-CAPITANT, tomo IV (Madrid, 1925), pág. 226.

(62) *Op. cit.*, § 1, pag. 3.

nificados: a) el deudor puede extinguir su obligación llevando a cabo la nueva prestación convenida, o bien la prestación inicial; b) el deudor está obligado a realizar la nueva prestación convenida a fin de extinguir la relación obligatoria. En este último supuesto surge la obligación de ejecutar la nueva prestación, obligación que se sitúa en el puesto que ocupaba la antigua, y tiene lugar por consiguiente la novación de la primitiva obligación (63). En parecidos términos se expresa Hasenöhrll quien diferencia la dación en pago de una cosa, del convenio de dar en pago una cosa. Este acuerdo puede significar: a) que el deudor deberá en lugar de la prestación inicial una nueva, la convenida, a la que tendrá derecho el acreedor; b) que el acreedor podrá elegir libremente la realización de la prestación inicial o de la posteriormente convenida; c) que el deudor podrá optar entre llevar a cabo la prestación originaria o la acordada con posterioridad. En el primero de estos casos, dice Hasenöhrll, ha tenido lugar una promesa de dar en pago que deberá ser caracterizada como novación, ya que una nueva obligación se ha introducido en el puesto que ocupaba la antigua (64). Al exponer nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, tendremos ocasión de referirnos de nuevo a la postura de Römer y Hasenöhrll; ahora tan sólo nos interesa consignar que para estos autores el convenio de dación en pago equivale en algunos supuestos a una novación.

Semejante es la opinión de Giorgi. Afirma este autor (65) que para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago, es preciso distinguir la *datio in solutum* en sentido lato y en sentido estricto. Indica Giorgi que «en ésta, que consiste en la tradición efectiva de una cosa corporal, el concepto de novación no puede, bien mirado, aparecer». En cambio, «si ampliamos el concepto de la *datio in solutum*, y suponemos que el deudor ha dado en pago un *nomen iuris*» nos encontraremos, según el citado autor, ante una novación subjetiva y objetiva al mismo tiempo o simplemente objetiva, según haya cambiado o no la persona del deudor en la obligación que sustituyó a la precedente. Lo mismo sucede cuando el objeto de la dación en pago es un *factum*, y el hecho haya sido prometido y no realizado, puesto que si el hecho ha sido ejecutado, no habrá novación. Vemos, por consiguiente, cómo con esta distinción llega Giorgi a la conclusión de aquellos autores que distinguen el convenio de dación en pago (al que equivale la *datio in solutum* en sentido lato) y la dación en pago como contrato real, dación en pago inmediateamente ejecutada (a la que

(63) *Op. cit.*, § 5, págs. 74-75.

(64) *Das Oesterreichische Obligationenrecht*, tomo II (Wien, 1890), § 95-pág. 506.

(65) *Teoría de las Obligaciones en el moderno Derecho italiano*, volumen VII (traducción española, Madrid, 1912), págs. 347-348.

equivale la *datio in solutum* en sentido estricto), y equiparan la primera de estas figuras a la novación. Pero hay que tener presente que Giorgi plantea el problema en sus términos generales tan sólo con respecto a la *in solutum datio* cuyo objeto es un *factum*, dado que gratuitamente hace coincidir la hipótesis de que se dé *in solutum* una cosa con la *datio in solutum* en sentido estricto, y el supuesto de que el objeto de la dación en pago sea un *nomen iuris* con la *datio in solutum* en sentido lato. A la opinión de Giorgi se adhiere, en definitiva, Venzi (66).

III. La tesis que asimila la *datio in solutum* a una novación por cambio de objeto es más admisible que la teoría anteriormente contemplada que la equiparaba a la compraventa. El reproche de ser una teoría incompleta por no resolver de modo inequívoco la cuestión planteada y no adaptarse a todos los supuestos de la misma, no es aplicable a la tesis que últimamente hemos venido exponiendo. La identificación de la *in solutum datio* con la novación explica a primera vista cuál sea la naturaleza jurídica de la institución objeto de nuestro estudio y supone, por tanto, un cierto progreso frente a la teoría anterior, ya que cabe pensar que cuando en pago de una obligación se realiza una prestación diversa de la debida, la obligación anterior desaparece para dejar paso a una distinta cuyo objeto es el *aliud*, lo que se da en pago, y de la que se deriva el deber que sobre el deudor pesa de realizar la nueva prestación, y ello con independencia de las características del objeto de la antigua y nueva obligación. No obstante, examinaremos con cierto detalle esta teoría para comprobar si sus conclusiones son exactas y, por consiguiente, si ha acertado a resolver el problema de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

En primer lugar hemos de advertir que el encuadramiento de la dación en pago dentro de la novación objetiva constituye una postura doctrinal muy cómoda y un tanto anacrónica. Cómoda, debido a que la *datio in solutum* concebida de este modo no presenta una difícil problemática, pues todas las dudas y complicadas cuestiones a que su estudio da lugar, se resuelven con la simple remisión a las reglas de la novación objetiva. Pero a consecuencia de ello, la dación en pago desaparece del campo de las instituciones jurídicas al subsumirse dentro de la novación por cambio de objeto. Ello nos obliga a mirar con recelo esta construcción, y nos lleva a un estudio más detenido de la misma, a fin de dilucidar si está realmente justificada una consecuencia tan perturbadora como es la supresión de una figura jurídica. Resulta anacrónico,

(66) *Notas a las Istituzioni di Diritto civile italiano* de PACIFICI-MAZZONI, volumen IV citado, pág. 616. VENZI diferencia la *datio in solutum* impropia (se da *in solutum* un crédito, sustituyendo una obligación a otra mediante novación), de la *datio in solutum* propia (el deudor entrega *in solutum* una cosa corporal, produciéndose novación alguna).

por otro lado, acudir a la novación objetiva para construir jurídicamente la *datio in solutum* en momentos en los que, como es sabido, la novación, debido a sus radicales efectos, no es una institución intensamente vivida (67). A diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano donde, como consecuencia de su riguroso sistema contractual, el único medio posible para modificar la estructura (sujetos, objeto y causa) de una obligación era el de extinguirla sustituyéndola con una nueva obligación a través de un contrato formal (*transcriptio, stipulatio*), hoy es posible modificar dentro de ciertos límites el contenido de una obligación sin necesidad de acudir a la novación. Por ello, la novación ha ido perdiendo terreno en las modernas codificaciones y en la nueva doctrina civilística. Así el B. G. B. no regula la novación de una manera especial (68), y el nuevo Código civil italiano, más moderadamente, admite la novación objetiva tan sólo cuando venga justificada por cambios importantes del objeto o del título de la obligación, y limita la novación subjetiva a los supuestos de sustitución del deudor (69). No muy distinta es la postura del Código civil español que, como señala De Diego (70), «representa una etapa avanzada en la crisis del concepto de novación». En nuestro derecho, puede decirse que la distinción, elaborada por la doctrina (71) con fuerte apoyo en el articulado del Código civil

(67) Frente a la tendencia general se alza CODACCI-PISANELLE: *Ampiezza del concetto di novazione*, Milán, 1950. Pretende este autor extender el concepto de la novación más allá del campo del Derecho de las obligaciones al Derecho privado en general e incluso al Derecho público. Según el mismo, la novación estriba en la transfusión de una entidad jurídica a otra nueva que ocupa el puesto de aquella y la extingue, dada la incompatibilidad subjetiva u objetiva entre ellas existente. La amplitud del ámbito de aplicación de esta figura se basa «en la innegable posibilidad de que cualquier relación jurídica se extinga al sobrevenir otra incompatible con ella a causa de una identidad total o parcial» (pág. 71). Para CODACCI-PISANELLI la novación es aplicable a toda entidad jurídica: al negocio jurídico (págs. 74-75), al acto jurídico (pág. 76), al simple hecho jurídico objetivo (pág. 78) e incluso a las normas jurídicas (derogación de una ley a consecuencia de haber sido regulada la materia que era su objeto por una ley nueva (!), cf. págs. 81-82). Sobrepasaría los límites de este trabajo una crítica, incluso somera, de un concepto tan desorbitado y deformador de la novación.

(68) Los autores del BGB justifican su postura diciendo que «las necesidades a que atendía la novación por cambio de acreedor o de deudor se satisfacen en lo esencial con los preceptos acerca de la cesión de créditos y asunción de deudas», y que la novación objetiva en la que no cambian las personas del acreedor y deudor «puede llevarse a cabo de acuerdo con los principios de la libertad contractual, siendo por ello innecesarios preceptos que regulen esta segunda clase de novación». Vid. *Motive*, tomo II, págs. 78-79.

(69) Cf. arts. 1.230 y 1.235. Vid. BARASSI: Op. cit., tomo I, pág. 232.

(70) *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid, 1912, pág. 276.

(71) Especialmente DE DIEGO, op. cit. últimamente, págs. 268 y sigs., y PÉREZ Y ALGUER, notas al *Derecho de Obligaciones* de ENNECERUS-LEHMANN, volumen I (Barcelona, 1947), § 42, págs. 218 y sigs., y § 85, págs. 410 y sigs.:

y consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (72), de la novación en dos especies la extintiva o propia y la modificativa o impropia ha reducido de manera considerable el ámbito de la genuina novación, puesto que la denominada novación modificativa o impropia que no es en realidad, como su mismo nombre indica, novación en sentido técnico, es la más usual y la que se presume en los supuestos en que no aparezca de un modo claro e inequívoco cuál ha sido la voluntad de las partes a este respecto (73). Por consiguiente, es un tanto anacrónico, como antes indicábamos, acudir a la novación para explicar la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, y ampliar de esta manera la órbita de una institución que sólo en contadas ocasiones ha de admitirse.

Para que la teoría objeto de nuestra atención fuese exacta sería preciso que la *datio in solutum* reuniese los requisitos que en orden a la existencia de la novación exige el Derecho objetivo. Ciertamente, cuando se conviene dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, surge la obligación de realizar la nueva prestación acordada; pero hay que examinar si la simple aparición de esta obligación da lugar a que la antigua obligación se extinga automáticamente al ser sustituida por aquélla. Para que así fuera sería necesario, conforme al artículo 1.204 del Código civil, que las partes hiciesen una declaración terminante en este sentido o bien que la antigua y nueva obligación fuesen de todo punto incompatibles (74). Pero las partes, cuando deciden dar en pago algo distinto de lo debido, no se refieren en modo alguno a la novación ni quieren extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un nuevo medio de extinción de la primitiva obligación. Tampoco es la *datio in solutum*

en la página 414 se dice expresamente que «el término novación, a la luz de los precedentes inmediatos de nuestro Código civil y del articulado del mismo, puede significar tanto la extinción de una obligación preexistente, mediante la creación de una obligación nueva como la modificación de una obligación que subsiste con la variación, sustitución o subrogación de algunos de sus elementos».

(72) Vid. entre otras sentencias las de 30 de diciembre de 1935, 28 de junio de 1940 y 24 de marzo, 29 de abril, 11 de julio y 5 de diciembre de 1947.

(73) La citada sentencia de 30 de diciembre de 1935 afirma que «en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación».

(74) Los autores del Código civil español al redactar el artículo 1.204 recogieron la fórmula establecida por el Derecho común para fijar los requisitos de la novación: *ad innovandam aliquam obligationem vel exigitur expressa revocatio, vel actuum incompatibilitas* (cf. sobre este punto ANDREOLI: *La novazione tacita obbligatoria*, Roma, 1929, pág. 22) en lugar de seguir literalmente al Código de Napoleón (art. 1.273: *la novation ne se presume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*) y al Código italiano de 1865 (artículo 1.269: *la novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla*) que en tantas otras ocasiones han sido sus modelos.

una novación tácita objetiva, tesis de Josserand, que resultaría de la absoluta incompatibilidad entre la antigua y nueva obligación. La obligación de dar en pago algo distinto de lo debido no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ella, creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación. La nueva obligación, lejos de ser de todo punto incompatible con la antigua, presupone la existencia y subsistencia de ésta (75).

Por otra parte, la equiparación de la dación en pago a la novación objetiva trae consigo la producción de consecuencias jurídicas difícilmente imputables a la voluntad de quienes llevan a cabo la *datio in solutum*. Si la dación en pago entrañase una novación mediante la cual la obligación inicial se extinguiese para dejar paso a una nueva, cuyo objeto fuese el *aliud*, lo que se da en pago, el simple acuerdo de dar en pago algo distinto de lo debido produciría la extinción de la obligación inicial y la consiguiente desaparición de las garantías personales o reales que la reforzaban, así como la pérdida, por parte del deudor, de las excepciones inherentes a la relación obligatoria primitiva. Ahora bien, las partes, al convenir dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, ¿quieren realmente que se produzcan estas consecuencias? No lo creemos así. Lo único que pretenden las partes es crear un nuevo medio de extinción de la relación obligatoria pendiente, pero no extinguir la obligación y con ella todas sus garantías. Tal extinción tendrá lugar en el momento en que efectivamente se realice la nueva prestación convenida, no en el instante en que ésta es convenida. Lo contrario supone violentar la voluntad de los que celebran la dación en pago. Ciertamente es que parte de la doctrina (Rubo, Baudry-Lacantinerie, Bonnetcase, Josserand, De Diego, De Buen) pretende evitar la producción de las indicadas consecuencias jurídicas, afirmando que la *datio in solutum* es una novación objetiva en la que la nueva obligación es inmediatamente ejecutada, de suerte que no cabe hablar de simple convenio de dación en pago, ni de las consecuencias jurídicas a que éste, concebido como novación objetiva, daría lugar. Según este sector doctrinal, la dación en pago habría de catalogarse dentro de los negocios o contratos reales *quoad constitutionem*. Pero no hay motivo alguno para que ello sea así. Como luego veremos, al lado de la *datio in solutum* en la que la nueva prestación es inmediatamente realizada, existen supuestos de dación en pago meramente convenida. En éstos precisamente tendrán lugar, de concebirse la *in solutum datio* como una novación objetiva, las perturbadoras consecuencias jurídicas a que antes nos referíamos

(75) A la equiparación de *datio in solutum* y novación se opone asimismo HERNÁNDEZ GIL: *Comentario* a la sentencia de 9 de diciembre de 1944. RGLJ. 1045 (1.º), págs. 237 y sigs.

y cuya producción no puede ser imputada a los que acuerdan dar en pago de su obligación algo distinto de lo debido.

Así como parte de la doctrina francesa (Baudry-Lacantinerie, Aubry y Rau) (76) fundamenta la identificación de la *in solutum datio* y la novación en el artículo 2.038 del Código de Napoleón: *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé*; también cabría aducir en favor de tal equiparación el artículo 1.849 del Código civil español que es traducción literal de aquel precepto: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Podría afirmarse que en el supuesto regulado por el artículo 1.849, la liberación del fiador tan sólo se explica teniendo en cuenta que la antigua obligación, y con ella la fianza, se han extinguido al ser sustituida aquélla por una nueva obligación mediante la novación, y que en consecuencia el artículo 1.849 no es más que una aplicación del principio general expresado en el artículo 1.207 C. c. Veamos si una acertada interpretación del artículo 1.849 autoriza tal afirmación.

Para comprender rectamente el significado del artículo 1.849, hay que preguntarse, ¿cuándo queda libre el fiador? A esta pregunta puede contestarse de dos maneras:

1.ª El fiador se libera en el momento en que el acreedor consienta que en pago de la deuda le sea entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos.

2.ª El fiador se ve libre de la fianza en el instante en que el acreedor reciba efectivamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda.

Si se entiende el artículo 1.849 en el primer sentido, habrá que reconocer que este precepto considera la *datio in solutum* como una novación mediante la que una nueva obligación (la de entregar el inmueble u otros cualesquiera efectos) sustituye a la inicial que se extingue junto con las obligaciones accesorias y garantías, entre las que figura la fianza. Por el contrario, si se comprende el artículo 1.849 en el segundo sentido, habrá que referir la extinción de la fianza a consecuencia de la *in solutum datio* no a una hipotética novación de la relación obligatoria, sino a la realización de la nueva prestación convenida, a la que previamente acreedor y deudor habían otorgado valor extintivo de la obligación. Pues bien, la lectura del artículo 1.849

(76) Vid. citas *supra* notas 48 y 50. En contra de esta interpretación del artículo 2.038 se han manifestado, entre otros, MOURLON, TROPLONG, LAURENT y JEANNIN-NALLET. Cf. por todos este último autor: *Op. cit.*, págs. 45-46.

nos obliga a interpretarlo en el segundo sentido: a) el artículo dice que el fiador queda libre cuando el acreedor acepta en pago un inmueble u otros cualesquiera efectos, o sea, cuando recibe el inmueble o los efectos, no cuando acepta simplemente que le será entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la obligación; b) el artículo se refiere a la pérdida por evicción, la cual tan solo podrá producirse en el supuesto de que efectivamente se haya entregado la cosa (el inmueble o los efectos). A esta interpretación se acercan algunos autores al examinar el artículo 1.849 C. c. García Goyena al comentar el artículo 1.763 del Proyecto de 1851, al que corresponde literalmente el actual artículo 1.849, dice que «en este caso la obligación queda extinguida por la novación, o, mejor dicho, por el pago que hizo el deudor principal» (77). En idéntico sentido se expresa Manresa al afirmar que «la obligación subsidiaria de la fianza quedó extinguida por novación, según unos, o por el pago, según otros, que es la opinión más admitida, y también la más conforme con los buenos principios de Derecho» (78). También Sánchez Román (79) y Puig Peña (80) confirman la interpretación sostenida.

Vemos, pues, cómo la teoría que asimila la dación en pago a la novación objetiva, no acierta a resolver el problema de la naturaleza jurídica de aquella figura; novación y *datio in solutum* son instituciones diferentes y dotadas, por tanto, de diverso régimen jurídico.

§. 4. OTRAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DATIO IN SOLUTUM

1. En primer lugar nos referiremos a la teoría que afirma que la dación en pago entraña una modificación del objeto de la relación obligatoria. La *insolutum datio*, así concebida, no motiva la extinción de la obligación para dar paso a una nueva cuyo objeto es lo que se da en pago, sino que, sin afectar a la existencia de la relación obligatoria, se limita a modificarla sustituyendo su inicial objeto por el que ha de darse en pago (el *aliud*). Entre los autores que defienden esta tesis figura en lugar des-

(77) *Op. cit.*, IV pág. 166.

(78) *Comentarios cit.*, tomo XII (Madrid, 1907), pág. 350.

(79) Señala SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo IV, 2.^a edición, Madrid, 1899, pág. 204) que debe considerarse extinguida la fianza cuando el deudor principal, por medio de la dación o adjudicación en pago, entregó una cosa de la que después se ve privado el acreedor.

(80) PUIG PEÑA indica (*Tratado citado*, tomo IV, volumen 2.º, Madrid, 1946, pág. 51) que «la obligación garantizada por la fianza se extingue en el momento mismo de aceptar el acreedor la cosa dada en pago, extinguiéndose también, a consecuencia de su carácter accesorio, la contraída por el fiador en garantía de aquella».

tacado Franz Leonhard (81). Leonhard fué el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica de la dación en pago. Hasta ahora, nos dice este autor (82), la ciencia del Derecho común y del Derecho civil alemán al estudiar la *datio in solutum* (prestación en lugar del cumplimiento, *Leistung an Erfüllungsstatt*, en su terminología) ha puesto de relieve tan sólo el momento real, la prestación, pero ha descuidado el aspecto contractual, la naturaleza jurídica del consentimiento que el acreedor otorga para que la nueva prestación valga como cumplimiento de la obligación. Se afirma de ordinario que es «naturalmente» necesario tal consentimiento, o que la dación en pago es, en conjunto, un acto de cumplimiento. Pero ello, continúa Leonhard, no acierta a explicar por qué una prestación que no implica cumplimiento de la obligación, actúa, sin embargo, como tal. El proceso total de la dación en pago se explica tan sólo del siguiente modo: la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago, o cumplimiento normal; de esta manera queda aclarado por qué una prestación distinta de la inicialmente debida extingue la obligación: la realización de la nueva prestación supone el pago o cumplimiento de la relación obligatoria modificada; la nueva prestación es el verdadero objeto de la obligación modificada (83). De este modo, concluye Leonhard (84), no cabe hablar de la *in solutum datio* como particular institución jurídica, sino que ha de considerarse esta figura como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria.

La teoría de Leonhard ha tenido cierto eco dentro de la moderna doctrina alemana. Lehmann sostiene, en la décimo tercera revisión del *Recht der Schuldverhältnisse* de Enneccerus (85), que la *datio in solutum* es un contrato real del que ha de distinguirse el *pactum de in solutum dando*, el cual consiste, a su parecer, en un contrato de modificación de la relación obligatoria a tenor del artículo 305 del B. G. B. Blomeyer, por su parte, configura la dación en pago, en todo caso, como un contrato modificativo de la obligación, en virtud del cual el deudor se obliga a pagar un objeto distinto del debido (86). También Larenz alude a esta concepción de la *datio in solutum* (87).

(81) *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B. München und Leipzig*, 1929.

(82) *Op. cit.*, págs. 593-594.

(83) *Op. cit.*, pág. 595.

(84) *Op. cit.*, pág. 596.

(85) Tübingen, 1950, pág. 252.

(86) Afirma BLOMEYER que este contrato tiene como consecuencia el que la realización de la nueva prestación extinga la relación obligatoria. Tal consecuencia ha sido puesta de relieve, innecesariamente según este autor, en el artículo 364, apartado I del B. G. B. Cfr. su *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, 1953, pág. 259.

(87) Indica LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München und Berlin, 1953,

En la doctrina italiana, Messineo parece aceptar la teoría que ve en la dación en pago una modificación del objeto de la relación obligatoria. Al estudiar la modificación objetiva de la obligación y examinar los supuestos en que se produce, cita este autor en primer término la dación en pago (88). por otra parte, señala Messineo la distinción entre *datio in solutum* y novación, diciendo que en la dación en pago es sustituido el objeto de la obligación, pero no la relación obligatoria íntegra, mientras que en la novación es sustituida la entera relación obligatoria y tan sólo mediatamente su objeto (89).

* * *

La teoría que ve en la dación en pago una modificación del objeto de la relación obligatoria, resuelve a primera vista el problema de la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa. Es admisible que cuando en pago de una obligación se da algo distinto de lo debido, se modifique la relación obligatoria en el sentido de que su objeto inicial sea sustituido por uno nuevo (lo que se da en pago), de tal manera que la realización de la nueva prestación suponga el pago o cumplimiento de la inicial relación obligatoria modificada. Por otro lado, en el actual Derecho civil español, como hemos tenido ocasión de ver (90), es posible modificar el objeto de la obligación sin que ésta se extinga, ya que al lado de la novación propia o extintiva existe la novación impropia o modificativa en la que tendría cabida la *datio in solutum* como simple modificación del objeto de la relación obligatoria. Pero también es cierto que esta construcción da lugar a que la *in solutum datio* deje de ser una figura jurídica independiente y pase a constituir un subcaso de la novación impropia, o modificación no extintiva de las obligaciones (91). Esta consecuencia nos impone

pág. 237) que a diferencia del cumplimiento la prestación en lugar del cumplimiento necesita ir acompañada de un contrato relativo a que la nueva prestación es realizada y aceptada en lugar del pago. Lo natural, afirma, sería configurar este contrato como una posterior modificación de la relación obligatoria, o sea, como un contrato de modificación en el sentido del artículo 305 del B. G. B.; la nueva prestación supondría el cumplimiento de la inicial relación obligatoria posteriormente modificada. No obstante, LARENZ cree que esta tesis es difícilmente sostenible a la vista del artículo 305 del B. G. B. y que, por consiguiente, no sirve para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago en el actual Derecho alemán.

(88) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, volumen II, 2.ª parte, 8.ª edición, Milán, 1950, § 111, pág. 202.

(89) *Op. cit.*, § 127, pág. 402.

(90) *Vid. supra*, notas 71 y 72.

(91) El propio LEONHARD, a quien puede considerarse creador de esta concepción, pone de manifiesto esta consecuencia cuando dice que según su teoría «*gib' es gar keine besondere Leistung oder Annahme an Erfüllungsttat, sondern der ganze Vorgang ist als Erfüllung einer abgeänderten Schuld zu erklären*» (*Op. cit.*, pág. 506).

una consideración más detenida de la teoría que identifica la dación en pago con la modificación del objeto de la relación obligatoria.

Para que la *datio in solutum* fuese una novación impropia por la que el inicial objeto de la obligación es sustituido por uno nuevo (lo que se da en pago), sería necesario que acreedor y deudor tuviesen intención de modificar el objeto de la relación obligatoria respecto de la cual convienen dar en pago algo distinto de lo debido. La doctrina, anteriormente expuesta, de que en los casos dudosos ha de suponerse que las partes quieren celebrar la novación modificativa y no la extintiva, no debe inducirnos a confusión a este propósito. Esta prudente doctrina ha de aplicarse cuando las partes quieren realmente variar alguno de los elementos de la obligación, y no puede precisarse si su intención era extinguir o simplemente modificar la relación obligatoria; si las partes no quieren variar alguno de los elementos de la obligación, no cabe aplicar esta regla y no puede, por tanto, presumirse la novación impropia. Pues bien, cuando las partes deciden dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, no pretenden introducir ninguna modificación fundamental en la estructura de la relación obligatoria, sino que atienden tan sólo al momento extintivo de la obligación, creando una nueva forma de llevar a cabo su cumplimiento. No puede imputarse a la voluntad de acreedor y deudor que celebran la *datio in solutum*, un efecto tan radical como el de modificar el objeto de la relación obligatoria, sino tan sólo el propósito de facilitar el cumplimiento de la obligación pendiente, creando un nuevo medio de extinguirla.

Si bien es verdad que la novación modificativa no trae consigo la extinción de las garantías personales o reales que refuerzan la obligación y la pérdida por parte del deudor de las excepciones inherentes a la relación obligatoria (consecuencias jurídicas que, según hemos visto, son difícilmente imputables a la voluntad de quienes llevan a cabo la dación en pago), no lo es menos también que toda modificación que implique ampliación de la obligación no surte efecto contra los fiadores y terceros propietarios de la cosa pignorada o hipotecada, si éstos no prestan su asentimiento. Esta regla no aparece formulada de manera explícita en el Código civil español (92), pero puede deducirse del principio general reflejado en los artículos 1.835 apartado segundo y 1.851 (93). Por consiguiente, si la celebración de la *datio in solutum* significase

(92) El BGB, en cambio, la establece expresamente en los §§ 767 y 1.210; cfr. SIBER: *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, § 22, II, pág. 82.

(93) En este sentido PÉREZ Y ALGUER *Op. cit.*, § 42, 4. Con respecto a la transmisión de deudas, señala JORDANO BAREA (*Asunción de deuda*, ADC, tomo III, fascículo 4.º, pág. 1.378) que del artículo 1.851 se deduce que «no puede agravarse la posición de los fiadores sin su consentimiento».

la sustitución del objeto de la obligación por otro distinto (el *aliud*, lo que se da en pago), motivaría en la mayoría de los casos una ampliación de la obligación que daría lugar a la extinción de las fianzas y de los derechos de prenda e hipoteca establecidos por los terceros, a menos que éstos y los fiadores prestasen su asentimiento al convenio de dación en pago. Pero el acreedor y deudor al convenir la dación en pago tan sólo pretenden crear un nuevo medio de extinguir la obligación, y no considerarán conveniente ni razonable requerir el asentimiento de los fiadores y terceros garantes en general. Esta omisión supondría, según la teoría objeto de nuestra atención, la pérdida para el acreedor de parte o de la totalidad de las garantías que refuerzan su crédito, resultado que sorprendería la buena fe del acreedor y es a todas luces injusto.

Lo expuesto nos impide considerar la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria, y nos lleva, por consiguiente, a rechazar la tesis de Leonhard y sus seguidores.

II. La *datio in solutum* ha sido también considerada como una simple modalidad del pago, como una forma especial del pago o cumplimiento normal de las obligaciones. Entre los juristas del Derecho común alemán del siglo XIX, defiende esta teoría Römer. Afirma Römer (94) que las notas que constituyen la esencia jurídica del *in solutum dare* son dos: 1) dirigirse a la extinción de una obligación; 2) verificarse esta extinción mediante la satisfacción material del acreedor, al realizarse la prestación. Por tanto, señala este autor, la *datio in solutum* tiene igual naturaleza jurídica que la *solutio* en sentido estricto, es una simple modificación de la misma (95). Esta opinión ha sido mantenida en la doctrina alemana posterior por Gierke (96) y Crome (97). En la moderna ciencia jurídica italiana, Ruggiero-Maroi (98) y Co-

(94) Ya hemos visto (*supra*, notas 62 y 63) que RÖMER distingue entre *in solutum dare* y convenio de *in solutum dare*, al que considera en algunos supuestos como novación objetiva.

(95) *Ob. cit.*, pág. 3.

(96) GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, tomo III *Schuldrecht* (Leipzig, 1917), pág. 153) concibe la dación en pago como modalidad o equivalente del pago, afirmando que en la *datio in solutum* la obligación se extingue mediante un contrato que se diferencia del contrato de cumplimiento en que «la prestación realizada en virtud de aquel contrato no tiene el valor de cumplimiento, sino de equivalente del cumplimiento».

(97) CROME (*System des deutschen bürgerlichen Rechts*, tomo II, Tübingen, 1902, pág. 262) indica que en la dación en pago el acreedor obtiene un sucedáneo de lo debido y que esta figura presupone un contrato entre deudor y acreedor, por el cual el acreedor se declara satisfecho con la realización del sucedáneo. Vid. también en este sentido CROME: *Teorie fondamentali delle Obligazioni nel Diritto francese* (traducción de ASCOLI-CAMMEO, Milán, 1908), página 331.

(98) Sostienen RUGGIERO-MAROI (*Istituzioni di Diritto Privato*, volumen II, 8.ª edición, Milán, 1952, pág. 68) que la *datio in solutum* no es más que un equi-

lagrosso (99) acogen, asimismo, la tesis que configura la dación en pago como una modalidad o equivalente del pago. También algunos autores franceses (Guimbaud, Escarè, De Segogne, Doublet) ven en la dación en pago un simple modo del pago, sin llegar a identificar por completo ambas instituciones (100).

En el Derecho español parece inclinarse por la teoría que estamos contemplando Sánchez Román. Afirma este autor que la adjudicación de bienes, derechos o acciones, o dación en pago es «una forma especial de realizarse el cumplimiento voluntario de las obligaciones» (101). De manera más explícita, señala Latour Brotons que «la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas son más aparentes que reales, ya que la institución posee ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago, que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas» (102).

* * *

La teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica de la figura que estamos estudiando. Es evidente que la *datio in solutum* no es pago en sentido técnico, ya que pago en una acepción estricta o técnico-jurídica significa «el cumplimiento efectivo de la prestación convenida» (103) (o, en términos generales, debida), y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el *aliud*). Es necesario, por tanto, determinar cuáles son las notas diferenciales que separan el pago en sentido estricto, de la dación en pago, especial modalidad, según esta teoría, del mismo. Pero los partidarios de esta tesis no aciertan a resolver un punto tan esencial para ella. En efecto, no son suficientes a este respecto expresiones tan ambiguas como «modificación del pago» (Römer), «equivalente o

valente de la *solutio* y posee sus características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

(99) COLAGROSSO (*Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.^a edición, Roma, 1948, pág. 69), afirma que la figura que deroga el principio *aliud pro alio creditore solvi non potest*, ha de configurarse como un equivalente del pago, de cuyos caracteres fundamentales y disciplina jurídica general participa.

(100) Cfr. las citas de JEANNIN-NALTET, *op. cit.*, págs. 58-59. No podemos exponer más ampliamente las opiniones de estos autores por no habernos sido posible consultar directamente sus obras.

(101) *Op. cit.*, pág. 278.

(102) *Notas sobre la dación en pago*, RDP, 1953, pág. 631.

(103) Vid. por todos CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, tomo III, 7.^a edición, Madrid, 1951, pág. 236.

sucedáneo del pago» (Gierke, Crome, Ruggiero-Maroi, Colagrosso), o «subrogado del pago» (Latour Brotóns). Decir que la dación en pago es una modalidad del pago sin precisar el matiz diferencial, equivale a dejar sin resolver el problema de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

Podría aducirse en favor de esta teoría que el artículo 1.166 C. c. que se refiere de modo implícito a la dación en pago, constituye, por estar situado en la sección referente al pago del capítulo que regula la extinción de las obligaciones, una prueba de que la dación en pago debe considerarse como una modalidad del pago (104). Pero, aparte de que en un Código tan poco sistemático como el español no ha de concederse gran autoridad a este tipo de argumentos, un examen detenido de este precepto no autoriza semejante conclusión. Es verdad que la dación en pago se funda, en nuestro ordenamiento civil, en el artículo 1.166 del Código, que recoge el antiguo brocardo *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*. Empero, hay que tener presente cómo se basa la *datio in solutum* en el artículo 1.166: la dación en pago supone la derogación, por voluntad de las partes, de este precepto, precepto que establece precisamente uno de los requisitos esenciales del pago (cumplimiento por parte del deudor de la prestación debida). Por consiguiente, si alguna conclusión hubiese que deducir del artículo 1.166 con respecto a la naturaleza jurídica de la dación en pago, sería la de que la *datio in solutum* no puede concebirse en modo alguno como pago o modalidad del pago por carecer de uno de los presupuestos indispensables de esta figura jurídica.

III. Finalmente, hay que referirse a la doctrina que estima que la dación en pago es una institución compleja por participar a la vez de los caracteres de diversas figuras jurídicas. Goza esta postura doctrinal de cierto favor entre los modernos autores franceses. Colin y Capitant opinan que la *datio in solutum* es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor), e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable bien a una compraventa, bien a una permuta. La dación en pago, concluyen estos autores, aun siendo comparable con el pago o con la compraventa, no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes (105). En términos

(104) Así lo hacen los autores franceses partidarios de esta teoría invocando el artículo 1.243 del Código de Napoleón (*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*) que coincide, en lo esencial, con el artículo 1.166 del Código civil patrio. Cf. JEANNIN-NALLET: *Op. cit.*, pág. 53.

(105) *Cours élémentaire de Droit civil français*, tomo II, 10.ª edición a cargo de JULLIOT DE LA MORANDIERE, París 1053, págs. 647-648.

muy parecidos se expresan Planiol y Ripert. Al plantearse el problema de la naturaleza jurídica de la *in solutum datio*, señalan estos autores diversas soluciones. En primer lugar, puede compararse con el pago; es una especie anormal del pago (por oponerse al principio del artículo 1.243 del Código civil francés), pero el consentimiento del acreedor da regularidad a la operación y la equipara a un verdadero pago. En segundo lugar puede compararse con la novación objetiva, ya que el acreedor accede a la extinción de su antiguo crédito mediante la creación de una nueva obligación, con objeto diverso. Puede, finalmente, admitirse que la dación en pago es una venta cuyo precio se extingue por compensación con la primitiva deuda. Todas estas soluciones son exactas, ya que la dación en pago, según Planiol y Ripert, combina diversas operaciones: «en primer lugar, la novación..., la nueva obligación consiste en una obligación de dar que, refiriéndose a un cuerpo cierto, va a ser objeto de cumplimiento inmediato. De ahí se deriva la analogía entre la dación en pago y la venta, y aun con el pago mismo, entendiéndose que lo que se paga es la segunda obligación y no la primera» (106).

La teoría que ve en la *datio in solutum* una figura compleja que reúne caracteres de diversas instituciones jurídicas, cuenta con algunos partidarios en la doctrina española. Mucius Scaevola al tratar de la naturaleza jurídica de esta figura, indica que «la dación de bienes en pago de un crédito es una forma híbrida del cambio, puesto que participa de la naturaleza de modo extintivo de una obligación preexistente, es decir, de una relación jurídica anterior y de los caracteres de la compra» (107). En la moderna doctrina civilística, parece inclinarse hacia una solución semejante Castán Tobeñas, quien afirma que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una *modalidad o variante del pago*, pero que implica, a la vez una *transmisión onerosa* y ofrece, desde este punto de vista, *analogías* con el contrato de compraventa» (108). También Espín Cánovas defiende la naturaleza mixta de la *in solutum datio* en el Derecho civil español. A juicio de este autor la dación en pago es un contrato extintivo mediante el cual la obligación se extingue al ser realizada una prestación distinta de la originaria: como la nueva prestación estriba en la transmisión de la propiedad de una cosa, este convenio presenta analogías con la compraventa, de la cual se diferencia por otra parte. En definitiva, señala Espín Cánovas, la *datio in solutum* supone, de una parte, «extinción de una obligación, y de otra, transmisión efectiva de la cosa entregada. Pero como se trata de un

(106) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción española de DÍAZ CRUZ, tomo VII, La Habana, 1945, págs. 588-589.

(107) *Código civil comentado y concordado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, pág. 424.

(108) *Op. cit.*, pág. 257.

solo contrato, de un todo unitario, no cabe hablar de pago simplemente, ni de compraventa aisladamente. Es un contrato mixto, al que se han de aplicar, en lo procedente, las reglas de una y otra materia» (109).

La citada sentencia de 9 de diciembre de 1943 configura la *in solutum datio* como una institución compleja que participa de los caracteres del pago, de la novación y de la compraventa. Esta sentencia comienza señalando que «la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, según la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto, como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil»; pero luego declara que en la adjudicación en pago «como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta». Afirmación ésta que reitera al hablar, en otro, considerando, de la «transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación en pago», y al referirse, más adelante, a que la *datio in solutum* supone «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago, en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica».

* * *

La apuntada dirección doctrinal (especialmente defendida por Planiol y Ripert) que conceptúa la *datio in solutum* como una compleja institución que supone a la vez una novación, un pago y una venta, es, como a primera vista puede observarse, extremadamente artificiosa. Si esta teoría fuese verdadera, dice Giorgi (110), «la *datio in solutum* sería un *monstrum iuris*: tendría al mismo tiempo tres aspectos y tres caras totalmente distintas». Sin embargo, la artificiosidad no sería causa suficiente para descartar la tesis de la naturaleza tripartita de la *in solutum datio*, siempre que esta tesis explicase de manera satisfactoria la naturaleza jurídica de esta institución. Veamos si ha conseguido tal propósito.

Señala esta doctrina que la dación en pago implica, de una parte, la sustitución de la antigua obligación por una nueva con objeto diverso, y entraña, por otro lado, la venta de la cosa que se da en pago. Esta venta habría de construirse bien en el sentido de que el precio se compensa con el antiguo crédito, o bien entendiendo que el antiguo crédito representa el precio de la compraventa (111); en ambos casos es evidentemente necesario que el

(109) *Manual de Derecho civil español*, volumen III. Madrid, 1954, pág. 145.

(110) *Op. cit.*, pág. 346.

(111) Aunque no hay que olvidar que ambas construcciones son inadmisibles por recurrir a una ficción. Vid *supra*, § 2, III, 2.

crédito inicial subsista. Ahora bien, según esta doctrina el antiguo crédito se ha extinguido en virtud de la novación para dejar paso a uno nuevo cuyo objeto es la cosa que se da en pago (112). Los propios Planiol y Ripert se hacen cargo de esta grave objeción cuando dicen que «las ideas de novación y venta se excluyen recíprocamente: la venta implica una liquidación por compensación subsiguiente y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio, sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva, que subsiste hasta ese momento» (113). Esta afirmación de Planiol y Ripert contradice su anterior pensamiento acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago, y destruye sin más la teoría que parecían sostener estos autores.

Aquellos otros autores que sostienen que la *datio in solutum* es un contrato mixto que reúne los caracteres del pago y de la compraventa y que a la misma ha de aplicarse en algunos puntos la disciplina del pago y en otros aspectos el régimen jurídico de la compraventa, aciertan a fijar, por lo menos parcialmente, cuáles son las normas que han de regular esta figura jurídica. Por consiguiente, las consecuencias prácticas que se obtienen con esta doctrina son, en principio, satisfactorias. No puede admitirse, en cambio, el expediente constructivo empleado para llegar a estas conclusiones: afirmar que la dación en pago equivale a una compraventa o presenta grandes analogías con ella, y que por otra parte, supone el pago o cumplimiento de la obligación a que se refiere. Como ya hemos visto (114), la *datio in solutum* y la compraventa son dos figuras completamente distintas por poseer una diferente estructura y perseguir diversas finalidades. Tampoco la *in solutum datio* puede equipararse sin más al pago o cumplimiento de la obligación a que hace referencia, ya que la dación en pago carece de uno de los presupuestos indispensables del pago (cumplimiento de la prestación debida) (115). Para alcanzar las consecuencias a que llega esta teoría, bastaría tener en cuenta, sin necesidad de acudir a forzadas construcciones, que la *datio in solutum* supone, al menos en algunos casos, la transmisión de una cosa a título oneroso, e implica, asimismo, el pago o cumplimiento de una obligación (la de dar una cosa en pago), pago que, como seguidamente exponremos, extingue a su vez la obligación inicial.

(112) En este sentido DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, tomo III, 2.ª edición. Bruselas, 1950, pág. 480, con respecto a la venta seguida de compensación. Afirma este autor que «si la antigua obligación se ha extinguido no se comprende cómo es posible hacerla revivir a fin de que actúe la compensación (entre el precio de la venta y el importe de la antigua deuda)».

(113) *Op. cit.*, pág. 589.

(114) Vid. *supra*, § 2, III.

(115) Vid. *supra*, apartado II de este parágrafo.

§ 5. NUESTRO PUNTO DE VISTA ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DE LA IN SOLUTUM

Una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando el pago del objeto debido: el acreedor puede obligar al deudor a realizar la prestación debida, acudiendo en su caso a la ejecución forzosa (específica o en forma de indemnización del interés); el deudor puede imponer al acreedor el pago, empleando si fuere preciso el expediente de la consignación judicial de lo debido. Dejando a un lado el controvertido tema de cuál sea la naturaleza jurídica del pago (116), es indudable que para realizar la prestación debida no se necesita inexorablemente un nuevo acuerdo de acreedor y deudor. No sucede lo mismo en la dación en pago. El deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida (*aliud pro alio invito debitore peti non potest*); para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida (*datio in solutum*), es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor. No puede llevarse a cabo la dación en pago, si no existe un acuerdo de acreedor y deudor a este respecto. Del valor y significación que se otorgue a este convenio, resultará la naturaleza jurídica de la *in solutum datio*. Ahora bien, cabe que el acuerdo de acreedor y deudor pueda ser anterior o simultáneo a la realización de la prestación distinta de la debida, o deba en todo caso ser simultáneo a tal realización. El significado de este acuerdo será muy diverso en una u otra hipótesis. Si el acuerdo de dar en pago algo distinto de lo debido es anterior a la realización de la nueva prestación convenida, habrá que establecer hasta qué punto se verá afectada la relación obligatoria tal y como originariamente había sido establecida (con un objeto determinado) por este posterior contrato. No se planteará, en cambio, este problema si el convenio de dar en pago una cosa distinta de la debida es necesariamente simultáneo a la entrega de esta cosa o, en términos generales, a la realización de la nueva prestación convenida, ya que en este supuesto la relación obligatoria se extinguirá en el preciso momento en que tenga lugar el contrato. Por consiguiente, la primera cuestión que hay que examinar es la de si la *datio in solutum* es un contrato real *quoad constitutionem* por ir inseparablemente unidos acuerdo y realización de la nueva prestación, o si

(116) Excedería del tema y límites del presente estudio abordar este tema, uno de los más debatidos por la doctrina. Para una acertada síntesis de las diversas teorías emitidas en torno de mismo cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, AAMN, tomo I, pág. 408, nota 2.^a

puede establecerse la dación en pago con anterioridad al momento en que se lleve a cabo la prestación distinta de la debida.

I. La dación en pago ha sido encuadrada repetidamente por la doctrina dentro de la categoría de los contratos reales, que está integrada por aquellos contratos en cuya constitución intervienen una manifestación de voluntad y un hecho real (transmisión de la propiedad, o de la posesión) (117), de tal manera que la entrega de la cosa, que de ordinario pertenece a la fase ejecutiva del contrato, forma parte del supuesto de hecho constitutivo del mismo (118). Pothier señala como nota distintiva de compraventa y *datio in solutum* la de que el contrato de compraventa es de los consensuales, mientras que para la dación en pago es necesaria la tradición (119). Con referencia al Derecho territorial prusiano, señalan Förster-Eccius que la dación en pago no supone un acuerdo de voluntades generador de futuras obligaciones, sino una modalidad del consentimiento necesario para la transmisión de la propiedad de la cosa que se da *in solutum* (120). Dentro de la pandectística, define Römer la *datio in solutum* como un negocio jurídico que se perfecciona *re*, en el momento en que se realiza la prestación, y que se dirige a la extinción de una obligación a través de la satisfacción del interés del acreedor (121).

Parte de la doctrina alemana posterior al B. G. B. ha sostenido que la dación en pago es un contrato real (*Realvertrag*) y extintivo de una relación obligatoria; entre los partidarios de esta construcción figuran Planck (122), Schollmeyer (123), Berndorff (124), Crome (125), Kuhlénbeck (126), y, más recientemente,

(117) Corresponde a ENNECCERUS (en su obra *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*) el mérito de haber sido el primero en elaborar científicamente el concepto del contrato real. Vid. ANDREOLI: *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padua, 1937, pág. 82.

(118) Cfr. FORCHTELLI: *I contratti reali*. Milán, 1952, pág. 24.

(119) *Loc cit.*

(120) *Preussisches Privatrecht*, tomo I (7.ª ed., Berlin, 1896), págs. 591-92.

(121) *Op. cit.*, pág. 3.

(122) Afirma PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, § 304, 1) que la dación en pago es un contrato real mediante el cual se extingue *ipso iure* la relación obligatoria.

(123) Para SCHOLLMAYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, tomo I, München, 1900, pág. 281) la dación en pago es un contrato real, solutorio y bilateral.

(124) BERNDORFF (*Op. cit.*, págs. 8-9 y 16-17) dice que la dación en pago es un contrato real (*Angabe und Annahmevertrag*) entre deudor y acreedor, en virtud del cual se extingue el crédito al ser realizada una prestación distinta de la debida.

(125) CROME (*Op. cit.*, págs. 262-263, nota 13) mantiene que la *datio in solutum* es un contrato real y extintivo del crédito, del que ha de diferenciarse el precontrato o promesa de dar una cosa en pago.

(126) Indica KUHLENBECK (*Staudingers Kommentar zum BGB*, tomo II, § 304, 1, a) que la dación en pago es un contrato real que se perfecciona al ser realizada la nueva prestación y es distinto del precontrato de dación en pago o *pactum de in solutum dando*.

Lehmann (127). También en el moderno Derecho italiano, ha sido caracterizada la *datio in solutum* como un contrato real; tal es la opinión de Barassi (128), Barbero (129), Colagrosso (130) y Mengoni (131). A la teoría que configura la dación en pago como un contrato real, se adhiere en el Derecho español González Palomino; afirma este autor que mientras la adjudicación para pago es un contrato consensual que no extingue la obligación, la adjudicación en pago es un contrato real que extingue una deuda (132).

El Código civil de la provincia canadiense de Quebec establece que la dación en pago es un contrato real, al disponer en el artículo 1.529, párrafo segundo que la *dation en payement n'est cependant parfaite que par la délivrance de la chose*. Sin embargo, la jurisprudencia canadiense ha declarado, interpretando el mencionado precepto, que si bien la deuda no se extingue hasta el momento en que entrega la cosa dada *in solutum*, la dación en pago es obligatoria entre las partes con anterioridad a la entrega (133).

A pesar de que la categoría de los contratos reales se ve en la actualidad sometida a numerosas y razonadas críticas por oponerse al principio espiritualista que informa el moderno Derecho contractual (134), el número y autoridad de los autores que sostienen que la *datio in solutum* es un contrato real, nos obliga a

(127) Sostiene LEHMANN (décimotercera revisión del *Recht der Schuldverhältnisse* de ENNECERUS ya citada, pág. 252) que el convenio por el que se otorga carácter de sucedáneo del pago a un objeto distinto del debido, es cumplido en el preciso momento de su conclusión y constituye, por consiguiente, un contrato real. Según hemos visto (*supra* nota 85), LEHMANN diferencia la *datio in solutum* del *factum de in solutum dando*, al que configura como contrato de modificación.

(128) BARASSI (*Op. cit.*, tomo III, pág. 914) señala que la *datio in solutum* es un contrato extintivo en el que la prestación distinta de la debida no se promete, sino que se realiza.

(129) BARBERO (*Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. II, 3.ª edición, Turín, 1951, págs. 32-33) configura la dación en pago como un contrato solutorio y real.

(130) Manifiesta COLAGROSSO (*Op. cit.*, pág. 70) que la *datio in solutum* es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa o con la ejecución de la prestación.

(131) MENGONI (*L'Acquisto a non Domino*, Milán, 1949, pág. 193) dice, al contraponer la *datio in solutum* al pago o *solutio* (que para este autor constituye no un negocio jurídico, sino un acto jurídico *stricto sensu*), que la dación en pago es un contrato real.

(132) *La adjudicación para pago de deudas*. AAMN, tomo I, págs. 256-257.

(133) Cfr. JEANNIN-NALLET: *Op. cit.*, págs. 314-315.

(134) En el Derecho alemán se opone LARENZ, siguiendo a VON TUHR, LEONHARD, HECK, ESSER y DULCKEIT, a la configuración de ciertos contratos como reales. Afirma este autor (*Op. cit.*, § 6. I, pág. 47), que por oponerse al principio hoy vigente de la obligatoriedad del simple consentimiento, debe rechazarse la opinión de que ciertos contratos exigen para su perfeccionamiento además de la concorde voluntad de las partes un acto real (por lo general, transmisión de la propiedad de una cosa).

considerar si está realmente justificada la inclusión de esta figura jurídica dentro de aquel género de contratos. Por otra parte, es evidente que la propia terminología (*datio in solutum*, dación en pago) al aludir al elemento real (entrega de una cosa) y no mencionar el consensual, induce a creer que en la *in solutum datio* la entrega de la cosa forma parte del supuesto constitutivo del negocio jurídico. Se hace preciso, por tanto, un detenido examen del problema.

Para determinar si la *datio in solutum* es un contrato real, hay que tener presente que, aunque es recogida por el Código civil que alude a ella implícitamente en algunos preceptos (art. 1.166 por ejemplo) y expresamente en otros (arts. 1.521, 1.636, etc.), la dación en pago carece por completo de regulación en el Derecho privado español. Es la *in solutum datio* en nuestro ordenamiento jurídico un contrato nominado, pero atípico (135). Al ser un contrato atípico, parece que serán aplicables a la dación en pago los artículos 1.258 y 1.278 situados entre las normas generales de carácter imperativo del título II, libro IV del Código civil (136), que instauran el principio de libertad de forma en la contratación. Ahora bien, los contratos reales suponen una excepción al principio de libertad de forma que establecen estos preceptos. En los contratos reales la entrega es parte integrante del supuesto constitutivo del negocio y adquiere de este modo el rango de forma necesaria o esencial del contrato: la entrega de la cosa exterioriza la voluntad negocial no de manera ocasional o accidental, sino de manera necesaria (137). Si la *datio in solutum* fuese un contrato real, dejarían lógicamente de aplicarse a la misma los mencionados artículos 1.258 y 1.278 que, al menos *prima facie*, forman parte de las normas generales de carácter imperativo del título II, libro IV del Código civil español a las que han de sujetarse en general los contratos atípicos. Vemos, por tanto, cómo el carácter de contrato atípico que tiene la dación en pago representa un fuerte obstáculo para su configuración como contrato real.

La *datio in solutum* es, además, un contrato atípico usual en el tráfico jurídico, no constituye una *res nova* sin precedente alguno en la vida del Derecho. La dación en pago es un contrato atípico provisto de cierta tipicidad social (138): la laguna que su-

(135) Sobre la distinción entre contratos innominados, nominados y atípicos, vid JORDANO BAREA: *Los contratos atípicos*, edición separada, Madrid, 1953, página 12. Señala este autor que en algunos supuestos la mención que de un contrato hace la ley en un determinado lugar, permite inducir por vía de remisión la disciplina jurídica aplicable al contrato. No creemos que sea este el caso de la *datio in solutum*, ya que la mención que el Código hace de esta figura es meramente ocasional y no permite establecer consecuencias generales acerca de su régimen jurídico.

(136) Cf. JORDANO BAREA: *Op. cit.* en la anterior nota, pág. 37.

(137) FORCIBELLI: *Op. cit.*, pág. 105 y pág. 119, nota 14.

(138) Vid. JORDANO BAREA, obra últimamente citada, págs. 34 y 38.

pone su falta de regulación en el Código civil, puede ser llenada con los usos o costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. La investigación de algunos supuestos concretos de dación en pago en la práctica jurídica podrá ayudarnos a determinar si esta figura contractual ha de constituirse necesariamente *re*, mediante la realización de la nueva prestación convenida, o si por el contrario puede la *datio in solutum* perfeccionarse por el simple consentimiento de acreedor y deudor.

En la realidad del tráfico nos encontramos con casos en los que la *in solutum datio* se constituye *mero consensu*. Tal sucede en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 1914. El causante de la demandada había reconocido en un documento privado adeudar al demandante 12.500 pesetas; en el mismo documento (que no tenía eficacia traslativa) habían convenido deudor y acreedor que aquél daba al demandante en pago de su crédito la mitad del quinto de Navalsordo, con cuya cesión se extinguía el crédito. La heredera del deudor se negó a entregar la mitad de la finca en cuestión. El juzgado rechazó la demanda que contra ella se entabló. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia condenó a la demandada a entregar la finca. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, declarando que «habiendo convenido los contratantes, después de practicar y aprobar la liquidación de las cuentas entre ellos pendientes y de reconocer y apreciar a la mitad del monte de que se trata un valor igual al representado por el saldo resultante de aquella liquidación, la cesión o transmisión de la referida mitad en pago de éste (el crédito), semejante convenio en que ha existido consentimiento explícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta que impone al vendedor la obligación ineludible de entregar al comprador la cosa vendida». Vemos cómo el Tribunal Supremo, aunque con técnica imperfecta al calificar de venta la dación en pago, resuelve justamente el caso planteado fundándose en que la dación de una cosa en pago de una deuda se perfecciona en el momento en que acreedor y deudor convienen la futura transmisión, y en que a partir de este momento el deudor viene obligado a entregar al acreedor la cosa adjudicada.

Ofrece también interés a este respecto el caso resuelto en la sentencia de 7 de enero de 1944. El deudor y un hermano suyo (demandados) celebraron en documento privado un acuerdo con el acreedor (demandante) por el que «como garantía de la deuda expresada (50.000 pesetas) y en pago condicional de la misma, ceden, traspasan y adjudican a favor del acreedor» determinadas máquinas y enseres, un derecho de superficie y un derecho de adquisición de una casa por un precio determinado; estas cesiones tenían el carácter de revocables siempre que el deudor pagase al acreedor

la cantidad adeudada; el deudor conservaba en su poder las máquinas y enseres en calidad de arrendatario; el acreedor se obligaba a vender a los demandados por una determinada cantidad los bienes y derechos cedidos. El acreedor alegó en su demanda que «ya se había consumado plenamente la cesión» que de las cosas muebles y derechos se había hecho mediante el mencionado contrato. La cuestión discutida por las partes era la de si el contrato hecho en documento privado se refería a una adjudicación en pago (tesis del demandante) o a una cesión en garantía (opinión de los demandados). La Audiencia declaró que se trataba de una cesión en garantía. El Tribunal Supremo estimó que a pesar de ciertas expresiones contradictorias que se observan en el contrato, su texto revela que lo que pactaron las partes fué una adjudicación en pago («Es por esto inconcebible legalmente la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda, porque el que paga no garantiza, sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho»). Este caso pone de relieve cómo un contrato de adjudicación en pago hecho en un documento privado (tal era, según la acertada interpretación del Tribunal Supremo, el carácter del contrato celebrado por las partes) tiene plena virtualidad aún antes de la realización de la nueva prestación convenida, ya que ésta (cesión de los bienes muebles y de los derechos) fué realizada, según declaró el demandante, como cumplimiento o consumación del contrato celebrado.

Puede también traerse a colación el caso a que se refiere la resolución de 13 de mayo de 1936. La deudora había confesado en una escritura notarial adeudar al acreedor 5.000 pesetas, obligándose a su devolución (con el interés del 4 por 100) en el plazo de un año; si la deudora no satisfacía su deuda en dicho plazo se entendería prorrogado el plazo indefinidamente hasta tanto que el acreedor requiriese notarialmente a la deudora, en cuyo supuesto debería concederle un plazo de tres meses para satisfacer el crédito; transcurridos estos tres meses sin haber sido pagada la deuda, se entenderían adjudicadas en pago las fincas descritas, debiendo dar el acreedor carta de pago de la totalidad de la deuda. El registrador se negó a inscribir alegando, entre otras razones, que la escritura contenía una obligación futura de transmitir el dominio que no era inscribible. El notario recurrió contra la nota del registrador, basándose en que en la escritura se había otorgado una adjudicación sujeta a condición suspensiva, una transmisión en pago actual, pero condicional, y que el acreedor adquiriría el dominio de las fincas adjudicadas tan sólo con acreditar el cumplimiento de la condición, sin necesidad de un nuevo otorgamiento por parte de la deudora. El presidente de la Audiencia revocó la nota del registrador. El registrador re-

currió alegando que el documento no podía ser inscrito por contener tan sólo un compromiso de adjudicar los bienes en su día. La Dirección General de los Registros y del Notariado revocó el auto apelado, declarando que «tanto con una interpretación gramatical y sistemática como del examen de la intención de los contratantes no se advierte la transcendencia real de la relación jurídica discutida y más bien se pone de relieve la existencia de un tipo de obligación facultativa—*una res in obligatione et altera in facultate solutionis*—en la que el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o adjudicando en pago determinadas fincas, y que, además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 18 del Reglamento hipotecario declara que no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble». El primero de los argumentos aducidos por la Dirección General no puede admitirse, ya que es evidente que el deudor antes de transcurrido el plazo señalado no podía extinguir la obligación mediante la transmisión del dominio de las fincas, sino tan sólo con la entrega de la *res debita* (cantidad adeudada y los intereses). Convence, en cambio, la afirmación de que no es inscribible la obligación de transmitir el dominio que contenía, según la interpretación sustentada por el registrador, el documento que se pretendía inscribir. Creemos que el registrador estaba en lo cierto al denegar la inscripción del documento: éste establecía una obligación condicional de transmitir en pago determinadas fincas, no una transmisión actual sujeta a condición suspensiva. Este caso nos muestra cómo la adjudicación en pago puede celebrarse en la vida jurídica *mero consensu* (con independencia de la entrega de la cosa) y someterse al juego propio de la condición suspensiva en los negocios obligacionales que no se han consumado todavía.

La *datio insolutum* se perfecciona, según acabamos de comprobar, en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación: la realización de la nueva prestación no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación en pago, sino que supone la ejecución o consumación de este contrato. Pero es posible que la *in solutum datio* se perfeccione y se consuma simultáneamente, de manera tal que no haya diferencia temporal alguna entre la constitución y la ejecución de la misma. En tales supuestos nos encontramos ante una dación en pago llevada a cabo como negocio o contrato manual. En el negocio manual la fase ejecutiva del contrato está eliminada por ir embebida en su proceso constitutivo (139); la conclusión del contrato coincide temporalmente con su consumación, y las obligaciones contractuales

(139) Vid. BARASSI: *Op. cit.*, vol. II, pág. 424.

son, por consiguiente, instantáneamente ejecutadas (140). No obstante, en el contrato manual la coincidencia temporal de perfección y ejecución del contrato es accidental, no esencial; no determina, como sucede en los contratos reales, una específica configuración del contrato, sino que supone una pura coincidencia material carente de consecuencias en cuanto a la estructura del negocio (141). El contrato manual supone más que una categoría independiente de contratos, una manera especial de llevar a cabo en algunas ocasiones determinados contratos. Dada la función extintiva de la relación obligatoria que desempeña la *datio in solutum*, será frecuente su celebración en forma manual (142). Sucederá a menudo que en el momento de proceder a cumplir la obligación el deudor realizará, con el simultáneo consentimiento del acreedor, una prestación distinta de la debida, o bien que el acreedor solicitará del deudor una prestación diversa de la que es objeto de la obligación, y el deudor la ejecutará inmediatamente. Por otro lado, en las adjudicaciones de inmuebles en pago de deudas el otorgamiento de la escritura pública de adjudicación supondrá, por aplicación análoga del artículo 1.462, apartado segundo del C. c. (143), la transmisión de la cosa adjudicada y, por ende, el cumplimiento del convenio de adjudicación, produciéndose la unión temporal de constitución y ejecución del contrato característica de los negocios manuales. El efecto transmisivo que tiene el otorgamiento de escritura en la adjudicación de inmuebles en pago de una deuda, ha sido puesto de relieve en la sentencia de 21 de diciembre de 1905. El demandante, a quien le había sido adjudicada mediante escritura pública una casa en pago de su crédito, exigió como dueño del inmueble el desahucio de los que lo ocupaban. El Tribunal Supremo decretó el desahucio declarando que la adjudicación en pago implica «todos los efectos legales que producen los contratos de

(140) Cfr. FORCHIELLI: *Op. cit.*, pág. 96.

(141) FORCHIELLI: *Op. cit.*, pág. 24.

(142) La posibilidad de efectuar la *datio in solutum* como contrato manual, ha sido entrevista por algunos autores alemanes. Afirma KOHLER (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, tomo II, Berlin, 1906, § 70, VII, pág. 190), con terminología un tanto imprecisa, que la dación en pago puede realizarse como contrato real, siempre que sin mediar un deber preexistente sea ofrecida y aceptada como cumplimiento de la obligación una prestación diferente de la debida. En términos parecidos indica HECK (*Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, § 58, 5. pág. 74) que los contratos extintivos, entre los que figura la *in solutum datio*, pueden llevarse a cabo como contratos reales.

(143) Señala LACRUZ BERDEJO (*Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1955, § 21, págs. 84 y sigs.) que el Código civil español, desarrollando la doctrina del Derecho común, desliga la tradición de toda relación posesoria en los artículos 1.462, apartado 2.º y 1.463, proposición 2.ª, y que consiguientemente a la tradición instrumental del artículo 1.462 perfecciona el acto transmisivo, en contra de lo que opina la doctrina dominante, en todo caso, sin necesidad de que el tradens posea la cosa. Esta tesis, que consideramos exacta, deberá también aplicarse a la *datio in solutum*.

venta», incluido el «valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura de venta a tenor de lo prescrito en el artículo 1.462 del Código civil». Si bien ha de rechazarse el medio técnico empleado (asimilación de la *in solutum datio* a la compraventa), es justo el resultado a que llega esta sentencia, y debe, por tanto, aplicarse a la dación en pago la doctrina de la *traditio per cartam* que establece el artículo 1.462 del Código civil español.

Hay que afirmar, en conclusión, que la dación en pago no es un contrato real. Podrá celebrarse en muchas ocasiones la *datio in solutum* como contrato manual; pero no influye ello en su estructura de contrato integrado por el acuerdo de extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida (momento constitutivo), y la efectiva realización de la nueva prestación (momento ejecutivo).

II. Para precisar la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, es preciso analizar separadamente el acuerdo por el que acreedor y deudor deciden que la relación obligatoria pendiente se extinguirá al ser realizada una prestación distinta de la debida, y la efectiva realización de la nueva prestación convenida.

1) En el Derecho civil español el convenio de dación en pago es, como hemos ya señalado, un contrato atípico; de esta característica habrá que deducir las oportunas consecuencias cuando se trate de fijar la disciplina jurídica de la *in solutum datio*. Este contrato no sustituye la obligación por una nueva (144), ni supone el cambio del objeto de la relación obligacional (145), sino que origina un nuevo medio de extinción de la relación obligatoria: la realización de la prestación convenida en lugar del pago (= *aliud*). El acuerdo de dar en pago de la obligación una cosa diversa de la debida abre un nuevo camino al «impulso a la extinción propio de las relaciones obligacionales» (146); ésta es la función económico-social (147) propia del convenio de dación en pago. Este convenio impone al deudor la obligación de realizar la prestación convenida en lugar del pago, y al acreedor la obligación de aceptar el *aliud* en lugar de la prestación debida; el acuerdo por el que se establece la *datio in solutum* es, por consiguiente, un contrato bilateral. La obligación del deudor de ejecutar el *aliud* no sustituye a la inicial relación obligatoria, ni pasa a ser parte integrante de la misma, sino que se añade a ella como un *novum* (referente a su momento extintivo). El convenio de dación en pago no altera la estructura de la relación obligatoria inicial; tan sólo otorga carácter extintivo a una prestación distinta de la debida, el *aliud*, que deberá ser realizada por el deudor

(144) Cfr. *supra*, § 3.

(145) Cfr. § 4 I.

(146) Expresión de LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 1.

(147) O «causa» en el sentido propugnado por BETTI, *loc. cit.*

y aceptada por el acreedor. Frente a los fiadores y terceros constituyentes de prenda o hipoteca en garantía de la obligación inicial, el contrato de *datio in solutum* será una *res inter alios acta*, y no afectará a su responsabilidad; fiadores y terceros garantes responden de la realización de la prestación debida, no de la ejecución del *aliud*, en cuya constitución no han intervenido.

Hemos dicho que el acuerdo de dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido creaba una nueva obligación (la de realizar el *aliud*) a cargo del deudor, y que esta nueva obligación lejos de sustituir a la obligación inicial, se agregaba a ella. La obligación de realizar el *aliud*, no reemplaza ni se identifica con la obligación inicial, pero, por dirigirse precisamente a su extinción, depende de ella. No puede concebirse la obligación de dar en pago una cosa diversa de la debida sin la existencia de la obligación en pago de la cual debe darse; si el deudor nada debiese al acreedor, no podría éste exigirle que en lugar de lo debido le entregue algo distinto (148). La obligación de realizar el *aliud* no es una obligación independiente; su existencia y subsistencia están subordinadas a la existencia y subsistencia de la obligación para cuya extinción fué establecida. La obligación de realizar el *aliud* se encuentra en relación de dependencia con respecto a la obligación inicial. La obligación de realizar el *aliud* correrá, por tanto, la suerte de la obligación inicial. Si ésta desaparece por devenir imposible la prestación debida, por condonación o por confusión, también dejará de pesar sobre el deudor el deber de llevar a cabo el *aliud*.

Aun cuando la obligación de dar en pago es accesoria de la relación obligatoria a que hace referencia, la extinción de ésta ha de hacerse, una vez convenida la *datio in solutum*, no mediante el cumplimiento de la prestación inicialmente debida, sino a través de la realización del *aliud*. La obligación de realizar el *aliud*, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a la ejecución se refiere. Mientras el acreedor y el deudor no resuelvan por mutuo disenso el convenio de dación en pago o éste no deje de surtir efecto (149), la realización del *aliud* será preferente a la de la prestación objeto de la obligación. Establecida la *in solutum datio*, el deudor está obligado a reali-

(148) En este sentido GERNSEIM (*Die Ersetzungsbefugnis*, en Eberings Studien, volumen XXXII, Berlin, 1906, pág. 55) quien indica que *wenn gar nichts geschuldet wird, kann auch nicht an Stelle des Geschuldeten etwas anderes verlangt werden. Wo kein rechtlicher Zwang zur Erfüllung besteht, kann auch kein Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt bestehen*. En términos muy parecidos se expresa PESCATORE (*Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880, pág. 270) que dice que *eine Hingabe an Erfüllungsstatt und folgeweise ein Zwang zu derselben ist doch nun so lange denkbar, als es eben etwas zu erfüllen gibt*.

(149) El contrato de *datio in solutum* podrá ser impugnado cuando en su constitución haya intervenido una voluntad viciada, etc.

zar el *aliud* y podrá ser condenado a ejecutarlo, y el acreedor se ve, por su parte, constreñido a recibir el *aliud*, el cual podrá ser consignado judicialmente si a ello hubiere lugar. El contrato de dación en pago impone al deudor el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la debida, no le concede la simple posibilidad de liberarse con la realización del *aliud*, y no se identifica, por tanto, con el pacto que establece una *facultas alternativa* a favor del deudor; por otro lado, este contrato no se limita a autorizar al acreedor para exigir del deudor la realización del *aliud*, sino que también le obliga a recibir el *aliud* en lugar de la prestación debida, y no introduce, por consiguiente, una *facultas alternativa* a favor del acreedor (150). El convenio de *datio in solutum* vincula por igual a acreedor y deudor: la extinción de la relación obligatoria pendiente deberá verificarse, mientras tenga vigencia el convenio concertado, mediante la realización de la nueva prestación. El mutuo disenso de acreedor y deudor que deja sin efecto el convenio de dación en pago, supone la desaparición de la obligación del deudor de realizar el *aliud* y del deber de aceptarlo que pesa sobre el acreedor, y representa la vuelta a la ejecución de la prestación debida, que subsiste inalterada con las garantías que la refuerzan, como medio extintivo de la obligación; no implica la resurrección de la extinguida obligación inicial o de la desaparecida prestación que constituía su objeto, artificiosas construcciones a que llevarían las teorías de la novación y de la modificación objetiva respectivamente. El convenio de dación en pago impone recíprocamente, según vimos, obligaciones a deudor y acreedor. De consiguiente, el acreedor podrá en su caso, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.124 C. c., exigir el retorno a la realización de la prestación objeto de la obligación inicial como medio de extinción de la misma; otro tanto podrá hacer el deudor cuando el acreedor se oponga a la extinción de la relación obligacional mediante el *aliud*.

2) La realización de la nueva prestación convenida supone:

1.º La consumación o ejecución del convenio de dar en pago, o

(150) Es inexacto afirmar, como hacen, con ligeras variantes, RÖMER (*Op. cit.*, § 5 págs. 68-76), HASENÖHRL (*loc. cit.*) y BERNDORFF (*Op. cit.*, § 2, páginas 16-17), que el convenio de *in solutum datio* establece en algunos supuestos (cuando el deudor puede extinguir la obligación con la realización del *aliud*) una *facultas alternativa* a favor del deudor, y en otros (cuando el deudor debe ejecutar el *aliud* para extinguir la relación obligatoria) una *facultas alternativa* a favor del acreedor. Esta tesis, basada en una reducida visión de la *datio in solutum* (RÖMER y BERNDORFF la configuran como contrato real, según hemos visto), desconoce el carácter unitario que debe tener la institución, niega su independencia dogmática e ignora los rasgos peculiares que claramente la diferencian de otras figuras jurídicas. Un contrato en el que se establece que el deudor puede realizar una prestación distinta de la debida o bien que el acreedor puede exigirla (sin venir obligado a recibirla), no podrá en modo alguno considerarse como un convenio de dación en pago.

sea, el cumplimiento de la obligación de ejecutar el *aliud* que el deudor asumió en este convenio; por consiguiente, la prestación en que el *aliud* consista, se realizará *solvendi causa*. 2.º La extinción de la relación obligatoria principal en pago de la cual se efectúa la nueva prestación convenida. La realización de esta nueva prestación satisface, como lo hace el pago, aunque en distinta forma, el interés que el derecho de crédito representa para el acreedor (151); por ello, algunos autores (Gierke, Crome, Ruggiero-Maroi, Colagrosso) llaman a la *datio in solutum* «equivalente o sucedáneo del pago». Al ser realizado el *aliud*, se extingue la obligación principal; el acreedor vendrá obligado a otorgar carta de pago de la misma al deudor, y se extinguirán todas las garantías que reforzaban la relación obligatoria. En el momento de ser realizada la nueva prestación quedarán libres los fiadores (art. 1.849 C. c., *cf. supra* § 3, III), el deudor o el tercero constituyente podrá pedir la restitución de la prenda (art. 1.871 C. c.) y deberán ser canceladas las hipotecas que aseguraban el crédito (*cf. art. 144 L. H.*).

La realización del *aliud* constituye una atribución patrimonial que el deudor hace al acreedor; esta atribución patrimonial puede consistir en la transmisión de una cosa o un derecho, constitución de un derecho, prestación personal de servicios por parte del deudor; etc. (152). Nos interesa destacar cuál es el carácter (oneroso o gratuito) de la transmisión patrimonial (entendida la expresión en un amplio sentido que comprende la constitución *ex novo* de un derecho, etc.), en que el *aliud* puede consistir. La determinación del carácter oneroso o gratuito de esta transmisión tiene gran trascendencia para fijar su régimen jurídico; de la solución de este problema dependen cuestiones tan interesantes como la posibilidad del saneamiento por evicción o vicios de la cosa, los presupuestos de la acción revocatoria o pauliana, la revocación de donaciones, reducción por inoficiosidad, colación, etc.

La transmisión en que puede consistir el *aliud* se realiza, según hemos visto, *solvendi causa* (con el fin de extinguir una obligación). Aunque algunos autores han sostenido que la transmisión *solvendi causa* es siempre una transmisión a título oneroso (153),

(151) Señala LARENZ (*Op. cit.*, § 2, pág. 17) que la relación obligatoria puede ser considerada como un «proceso» cuyo fin es la satisfacción del interés del acreedor. La satisfacción del interés de acreedor, añade, tiene lugar ordinariamente mediante la realización de la prestación debida, pero puede también producirse por otros medios entre los que figura la dación en pago.

(152) Acerca de las diversas formas en que puede realizarse una atribución patrimonial, vid. por todos VON TUHR: *Teoría general del Derecho civil alemán*, tomo V de la traducción castellana (Buenos Aires, 1948), § 71, págs. 58 y sigs.

(153) En este sentido se expresan, entre otros, LENEL, WINDSCHEID, COSACK y JAEGER (vid. citas en VON TUHR: *Op. cit.*, § 74, pág. 164, nota 54).

la doctrina actualmente mantiene que no toda transmisión *solvendi causa* tiene carácter oneroso; indica acertadamente Von Tuhr que «respecto de la cuestión de la onerosidad, la *causa solvendi* en que se funda el cumplimiento de las obligaciones... carece de significado; es necesario remontarse a la causa más profunda del acto de cumplimiento, es decir, a la causa del negocio que dió nacimiento a la obligación» (154). Para determinar el carácter de la transmisión es necesario, según esta doctrina que consideramos aceptable, remontarse al negocio que originó la obligación de realizar el *aliud*. Si bien es indudable que este negocio es el convenio de dación en pago, creemos, sin embargo, que la «causa más profunda» de la transmisión no debe burcarse en este convenio, sino en el contrato fuente de la obligación en pago de la cual se realiza el *aliud* (transmisión), y con vistas a cuya extinción se estableció el convenio de *datio in solutum*. El convenio de *datio in solutum* nada nos dice acerca del carácter oneroso o gratuito de la realización del *aliud* (155), ya que constituye un simple medio para la consumación del contrato fuente de la obligación inicial. Este será el contrato al que es necesario atender para determinar la onerosidad o gratuidad de la transmisión. De ordinario este contrato será un contrato con prestaciones recíprocas (cfr. art. 1.274 C. c.), y la transmisión en pago tendrá, por consiguiente, carácter oneroso; pero puede suceder que el *aliud* se ejecute en cumplimiento de una promesa de donación que haya sido aceptada (156), en cuyo caso la transmisión será hecha a título gratuito. Es posible que el convenio de *in solutum datio* se refiera a la extinción de una obligación que no se funda en un contrato, por ejemplo, una obliga-

(154) *Op. cit.*, pág. 166: en igual sentido OERTMANN, CHAMPEAUX, MOSCO y RUBINO, citados por OPPO: *Adempimento e Liberalità*, Milán, 1947, página 212, nota 2. Todavía puede hablarse de una tercera postura. OPPO (siguiendo a otros autores, cfr. la nota tercera de la página 212 de su obra) cree incluso que las categorías de onerosidad y gratuidad no pueden aplicarse a la *solutio*, sino tan sólo al negocio del que el pago es ejecución. Con todo, OPPO reconoce que gratuidad y onerosidad al caracterizar el contrato, se reflejan en su momento ejecutivo, aunque no lleguen a determinar un segundo acto oneroso o gratuito (*Op. cit.*, pág. 215). La opinión de OPPO es recogida en la doctrina española por MARTÍN BLANCO: *Onerosidad, gratuidad y causa*, RDP, 1952, págs. 494 y 504-505.

(155) Indica BARASSI (*Op. cit.*, III, pág. 916) que el contrato de dación en pago no es realmente un contrato a título oneroso, sino un contrato que contiene una subordinación recíproca de intereses opuestos, la cual se acentúa cuando la nueva prestación se refiere a la extinción de una obligación procedente de un contrato a título oneroso.

(156) Por ejemplo, si habiéndose donado en documento privado un bien mueble y constando por escrito la aceptación (cfr. art. 632 C. c.) se entrega en cumplimiento de la donación una cantidad de dinero a una cosa mueble distinta de la donada. Debido a los efectos de la *traditio per caritatem* (vid. *supra*, nota 143), difícilmente se presentará este supuesto cuando se haya donado un bien inmueble (cfr. art. 633 C. c.).

ción de indemnizar daños y perjuicios derivada de un hecho ilícito culposo (art. 1.902 C. c.). En tal supuesto no cabe hablar de onerosidad o gratitud del cumplimiento de la obligación (157), ni, por consiguiente, plantear esta cuestión con respecto a la realización del *aliud*.

(157) Vid. por todos MOSCO: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milán, 1942, pág. 36.

«El recurso de suplicación en la Ley de Arrendamientos Urbanos» (*)

FRANCISCO FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO Y AREVALO
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO (1).—1. Precedentes y tendencias.—2. Carácter excepcional del recurso de suplicación.—3. Naturaleza.—4. Motivación en general.—5. Primer motivo: infracción de Ley material.—6. Vicios de forma.—7. Defectos de actividad.—8. Condiciones de la norma infringida.—9. Expresión del concepto en que se estima cometida la infracción.—10. Segundo motivo: infracción de normas de derecho probatorio en el caso concreto de la aplicación del abuso del derecho.—11. El abuso del derecho en materia arrendaticia.—12. La doctrina del abuso del derecho (subjetivo).—13. El abuso del derecho y las figuras afines: fraude de la Ley, simulación, dolo.—14. Explicación del motivo.—15. Aplicación e inaplicación del abuso del derecho.—16. Conclusiones fundamentales.

I. EL RECURSO DE SUPLICACIÓN Y SU FINALIDAD.

1. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 dispone en su artículo 132 que, contra las Sentencias dictadas en apelación por el Juez de primera instancia, se dará recurso denominado de suplicación ante la Audiencia Territorial respectiva. No se dará este recurso contra las Sentencias dictadas en juicios sobre resolución del contrato de arrendamiento o de subarriendo por falta de pago de la renta o de las cantidades que a ella se asimilan, las cuales, por tanto, quedan firmes.

Justo es volver la vista a las vicisitudes que ha sufrido la materia a través de las Leyes de 1946, 1949 y 1955. Quede claro que nos referimos únicamente a las Sentencias dictadas en apelación por el Juez de primera instancia.

La Ley de 1946 concedía distinto trato a las Sentencias dictadas en apelación por el Juez de primera instancia según se tratase de acción resolutoria por falta de pago o cualquiera distinta de ella.

Si la acción tenía por objeto el desahucio por falta de pago de

(*) Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Universidad de Barcelona el día 22 de marzo de 1957, dentro del Cursillo sobre Casación Civil.

(1) En este trabajo sólo se estudian la naturaleza y la motivación del recurso.

la renta, la Sentencia dictada en apelación por el Juez de primera instancia quedaba firme y no era susceptible de ulterior recurso.

Por el contrario, si la acción era distinta de la resolutoria por falta de pago, la Ley concedía (art. 166) el recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, bien en el fondo o sólo en la forma, según la cuantía de la renta.

La *Ley modificadora de 1949*, sin distinguir el tipo de acción ejercitada, consideró firmes y no susceptibles de recurso alguno, absolutamente todas las Sentencias dictadas en grado de apelación por los Jueces de primera instancia (art. 165). Solamente, como aplicación concreta del artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley permitía que el Ministerio Fiscal y la Delegación Nacional de Sindicatos interpusieran contra dichas Sentencias el recurso de casación en interés de la Ley, a los solos efectos de formar jurisprudencia y sin que la Sentencia de casación pudiese alterar el fallo del Juez de primera instancia, que quedaría firme a todos los efectos.

Esta Ley contenía numerosas y confusas reglas transitorias aplicables a los juicios en trámite. Como denominador común de todas ellas conviene recordar que para aquellos casos en que, al menos, se hubiera preparado el recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, conforme a la Ley de 1946, la Ley de 1949 establecía la posibilidad de convertirlo en una apelación ante la Audiencia Territorial correspondiente.

Por tanto, cuando se promulga la Ley de 22 de diciembre de 1955, nos encontramos con un desarrollo anterior del sistema de recursos del que pueden obtenerse estas líneas generales:

1.º En primer término, una acentuada tendencia a mantener en los litigios arrendaticios el sistema de las dos instancias. Si alguna vez (Ley de 1949) se han dado de hecho tres instancias (Juzgado Municipal o Comarcal—Juzgado de Primera Instancia—Audiencia Territorial) ello fué un fenómeno ocasional, absolutamente transitorio y derivado de la necesidad de acomodar las nuevas reglas a los litigios promovidos bajo la legislación de 1946.

2.º En segundo lugar, una cierta vacilación sobre el hecho de si un Tribunal superior debiera revisar exclusivamente la aplicación del Derecho realizada en apelación por el Juez de primera instancia, para dar una cierta uniformidad a la interpretación de la Ley. La tendencia afirmativa fué impuesta parcialmente por la Ley de 1946, y absolutamente excluída por la de 1949.

Esta es la situación anterior a la Ley de 1955, reducida a un esquema general.

Ahora podemos preguntarnos: ¿persiste el legislador en los mismos propósitos y tendencias, a pesar de haber implantado el llamado recurso de duplicación contra las Sentencias dictadas en

apelación por los Jueces de primera instancia? Estimo que, sustancialmente, la contestación ha de ser afirmativa.

1.º En primer lugar, se mantiene el propósito de limitar el régimen de recursos al sistema de las dos únicas instancias. Es esta una regla aceptada por nuestro procedimiento. Y en la Ley de 1955 no hay indicio alguno de que quiera ser modificada. El artículo 132 de la Ley configura el recurso de suplicación, según veremos, como un recurso de Derecho, limitado al control de la aplicación de las normas, cuya accidental, asignación a las Audiencias Territoriales no permite concebirlo, ni aun remotamente, como un recurso de apelación. Es más: innovación de tal trascendencia hubiera exigido una explicación auténtica por parte del legislador. Por el contrario, tanto el Ministro de Justicia como la Exposición de motivos de la propia Ley, se limitaron a afirmar que *el recurso de suplicación obedece únicamente a la necesidad de buscar la unificación del criterio judicial: tarea típica de los Tribunales de Derecho*. Ya volveremos más adelante sobre esta materia.

2.º Se modifica la tendencia anterior a excluir todo control, incluso jurídico, de los fallos de instancia (1949), y se vuelve al sistema de 1946, si bien encomendado dicha función a las Audiencias Territoriales y no al Tribunal Supremo.

2. Estas consideraciones previas pueden arrojar una luz extraordinaria sobre los límites del recurso de suplicación. El principio general que debemos establecer es *que el recurso de suplicación es eminentemente excepcional y que por ello, en todos sus aspectos, debe ser objeto de una aplicación restringida*. Su carácter excepcional deriva de su propia naturaleza, de su finalidad y de la novedad legislativa que supone. Las consecuencias de ello vamos a verlas seguidamente:

1.º *Es excepcional por su naturaleza*.—Se trata, en efecto, no de una tercera instancia, sino de un recurso de Derecho, cuyo único objeto es el control de la aplicación del Derecho efectuada por el Juez *a quo*. El hecho de haber atribuido su conocimiento a las Audiencias Territoriales comportará dificultades serias. En primer lugar, los recursos meramente jurídicos son extraños en sí mismos e incomprensibles para cualquier litigante. Pero, además, la práctica del recurso de suplicación será particularmente incómoda para los propios miembros de las Salas. Desgraciadamente, el legislador dispone un tanto a ciegas en muchas ocasiones, y con frecuencia olvida el factor hombre. En efecto: dada la actual mecánica arrendaticia, es perfectamente posible, que la Sala de lo civil de una Audiencia conozca en apelación de una resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio y en suplicación de la resolución de un contrato de vivienda. Y es pensable que en ambos casos se trate de la misma causa resolutoria (por ejemplo, obras

no consentidas), y que los mismos Magistrados, tal vez el mismo ponente y quizá por los propios días y respecto a los mismos litigantes, hayan de resolver, en el primer caso, de la totalidad del asunto debatido, y en el segundo sólo en función de control jurídico. Hoy que se habla de la especialización judicial, ¿puede concebirse que, al mismo tiempo y sobre la misma materia, pueda un hombre, o puedan unos hombres, producirse como jueces de hecho y como jueces en Derecho? Esta es una tremenda injusticia del legislador para con los administradores de la Justicia. Y debería arbitrarse una solución, que podría ser la misma de 1946 (deferir el conocimiento del recurso en derecho al Tribunal Supremo), crear Salas especiales para suplicación, o al menos instaurar un trámite de admisión del recurso que eliminaría gran parte de los inconvenientes. Mientras tanto, sólo cabe confiar en el buen sentido de las Audiencias, y en una severa tendencia a la imposición de costas cuando se trate de recursos interpuestos en forma inadmisibles y olvidando su exclusivo carácter jurídico.

2.º *También es excepcional por su fin.*—En este punto podemos apreciar una diferencia notable entre el recurso de suplicación y otros recursos de Derecho, entre ellos el de Casación. Sabido es que el recurso de Casación nace como una cautela mediante la cual se intenta defender a la Ley de los excesos del Poder Judicial. O sea, que su fin primordial es la defensa de la Ley. Y la labor del Supremo Tribunal en orden a esta defensa produce como *efecto accidental*, aunque importante, *la unificación* en el entendimiento e interpretación de las Leyes. El caso del recurso de Suplicación es totalmente inverso. *El fin de este recurso*, como resulta claramente de la propia Exposición de motivos, *es únicamente la uniformidad (territorial) de la Jurisprudencia*: y este fin se logra mediante el control de la aplicación del Derecho efectuada por el Tribunal de instancia. Es decir, que *lo que en Casación era accidente o consecuencia, pasa a ser en Suplicación finalidad primordial del recurso*, y *lo que en Casación era finalidad primordial pasa a ser en Suplicación simple medio o instrumento para lograr la unificación Jurisprudencial*.

Fácilmente puede colegirse que siendo tan distintos los fines perseguidos, las instituciones de la Casación y de la Suplicación tengan funciones diversas. Tengo interés en recalcarlo porque en otro caso estaríamos tentados de aplicar automáticamente el artículo 150 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, según el cual, la Ley de Enjuiciamiento Civil será subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento. Este principio, en cuanto al recurso de Suplicación, ha de emplearse con extraordinaria cautela. Uno de los ejemplos más claros puede residir en la motivación del recurso. Como el fin del recurso de Casación es el control en la aplicación de la Ley, dentro de ello el Tribunal de Casación puede moverse con ex-

traordinaria amplitud. En cambio, para el Tribunal de Suplicación, el control legal es sólo un medio, y como medio o instrumento, perfectamente delimitado y restringido. Esto nos llevará a la consecuencia de que el Tribunal de Suplicación no puede entrar en el examen de los defectos formales ni de los defectos de la actividad judicial.

Otra consecuencia de la finalidad especial del recurso de Suplicación puede estribar en la aplicación del artículo 16 del Código civil, según el cual, en las materias que se rijan por las Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código. El fin del recurso de Suplicación no es el control legal (medio o instrumento), sino la unificación de la Jurisprudencia. Pero, ¿de qué Jurisprudencia? Indudablemente, de la Jurisprudencia sobre Arrendamientos Urbanos, según la propia exposición de motivos de la Ley. Consiguientemente, *en principio*, el Tribunal de Suplicación sólo tiene por misión vigilar la aplicación por el Juez de instancia del Derecho especial de Arrendamientos Urbanos.

3. Cuando la Ley de Arrendamientos Rústicos y después la de Arrendamientos Urbanos establecieron el llamado recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, pudo creerse en el restablecimiento del recurso del mismo nombre de la Novísima Recopilación. Mas mientras éste presentaba un aspecto de recurso ordinario sobre el fondo y sobre los hechos, el recurso de injusticia notoria en materia arrendaticia tiene una semejanza notable con el viejo recurso de Casación. Sólo el deseo, por tanto, de resucitar viejas denominaciones, por lo que tienen de nacionales y de tradicionales, pudo llevar al legislador a adoptar el nombre de injusticia notoria para un verdadero recurso de Casación. Las consecuencias de ello ponen de relieve el divorcio entre el nombre y la institución, pues no sólo la doctrina ha estimado aquél imprecendente e inexplicable, sino que la disposición legal obliga a llamar recurso de injusticia notoria en materia arrendaticia a un recurso cuyo objeto está bien lejos de rozar el problema de la injusticia o la justicia de un fallo: es decir, el recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de las formas esenciales.

Todo ello demuestra con cuánta cautela hay que considerar en nuestra práctica legislativa la reinstauración de arcaicas denominaciones. Esta cautela deberá recordarse especialmente al estudiar el recurso de Suplicación.

Por primera vez en época reciente, se utiliza este apelativo en el Decreto de 11 de julio de 1941 (después modificado por la Ley de 22 de diciembre de 1949) por el cual se instaura un recurso de Suplicación en materia laboral. Parecía con ello recordarse el antiguo recurso, llamado de segunda Suplicación, que era en realidad una tercera instancia, un recurso con completo efecto devolutivo, y no un recurso de Derecho. Sin embargo, a pesar de la coincidencia en la denominación, el recurso laboral de Suplicación no abre paso

a una ulterior instancia. Por el contrario, encomienda al Tribunal Central de Trabajo el simple control de los errores de derecho cometidos por el inferior y su apreciación de la prueba. En definitiva, se trata de un recurso del mismo corte que el de Casación, aunque con menos rigor formal debido a no haber sido enumeradas de manera taxativa las causas en que puede fundarse. Por ello ha podido afirmarse con razón que el recurso laboral de Suplicación es una casación pequeña o de menor cuantía.

Algo semejante ocurre con el recurso de Suplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Parece recordar todavía el recurso histórico de segunda Suplicación. Mas no cabe duda de que, lo mismo que el recurso de Suplicación en lo laboral, no se trata de una tercera instancia, sino de un verdadero recurso en Derecho.

Como dijimos antes, no parece lícito, por un solo momento, entender que el legislador haya querido instaurar una tercera instancia. En primer lugar, porque no hay un solo texto que a ello dé pie. En segundo término, porque sería un caso extraño en nuestro sistema procesal, y su instauración debiera no dar lugar a duda alguna. En tercer término, es más probable que el legislador haya tenido presente el recurso de Suplicación en materia laboral (recurso en Derecho) que el antiguo recurso de segunda Suplicación (verdadera tercera instancia). Finalmente, el propio texto de la Ley no puede dejar lugar a dudas: el recurso procede precisamente por infracción de Ley o de doctrina legal y por errónea apreciación de las pruebas en un particular caso; es decir, motivos típicos del recurso de Derecho.

Queda, pues, argumentado, que el recurso de suplicación arrendaticio es un recurso de la clase del de casación, en cuanto no entrega al Tribunal Territorial el conocimiento total de las cuestiones debatidas, sino sólo de los errores de derecho cometidos por el Juez de primera instancia. Es más, en este sentido puede afirmarse que este recurso es aún de ámbito más restringido que el propio recurso de suplicación laboral, su análogo, pues contra lo que ocurre en éste, la Ley limita los motivos del recurso.

II. MOTIVACIÓN.

4. Uno de los problemas más delicados que puede ofrecer el recurso de que tratamos es el de su motivación. Ya hemos indicado que, dentro su naturaleza esencialmente limitada, el recurso de suplicación es particularmente excepcional, en el sentido de que el *Tribunal Territorial no tiene otra misión que vigilar la aplicación de la Ley por los inferiores de manera que, sirviendo a los principios*

generales que informan la legislación arrendaticia, pueda venir produciéndose una jurisprudencia uniforme en cada territorio.

Ello exige que al abordar el estudio de los motivos de suplicación sigamos pendientes de la idea de que es un recurso excepcional, hasta el punto de haberse afirmado que su ámbito es incluso más restringido que el laboral del mismo nombre, y su fin distinto del de casación. Por ello si encontramos deficiencias en la Ley arrendaticia con referencia a los motivos, no pensemos en colmar sus lagunas con las normas que sobre el recurso de casación nos ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil, las cuales podrán *auxiliarnos en la obtención de unas reglas* más o menos precisas, pero nunca imponerse a la decidida voluntad limitativa del legislador.

Dice textualmente el artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: «Habrà de fundarse el recurso de suplicación en infracciones de Ley, de doctrina legal o, en su caso, en la errónea aplicación del abuso del derecho; y sólo en este último supuesto podrá denunciar el recurso la equivocada valoración de la prueba, según las reglas legales para su estimación.»

Claramente se advierten dos grandes motivos: la infracción legal y el error en la aplicación del abuso del derecho. Esta dualidad no es totalmente cierta; de una parte, porque el segundo motivo supone, como el primero, también un error jurídico; y de otra, porque, según veremos, el error en la aplicación abuso del derecho puede consistir en la infracción de normas, tanto de derecho material como el derecho probatorio, y, por tanto, adjetivo. Mas sobre esto volveremos después.

5. *Primer motivo. Infracción de Ley o de doctrina legal.*

Después de la reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la infracción de doctrina legal equivale a la infracción de normas objetivas por aplicación del art. 6.º del Código civil, el art. 132, en este punto, no hace sino corregir la deficiente expresión de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya completada por la propia ley arrendaticia urbana al instaurar el recurso de injusticia notoria, y restaurar el concepto expresado por el art. 1.692 de la Ley procesal civil. En ello, pues, no hay problema.

Las cuestiones surgen cuando se trata de determinar cuándo nos encontramos ante una propia infracción de la norma. Su solución requiere volver la vista a la doctrina general sobre la casación, dado el valor auxiliar que le hemos asignado.

6. Sabido es que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.692, establece siete causas por las que habrá lugar el recurso de casación por infracción de ley, siendo la primera de ellas «la violación, interpretación errónea o aplicación de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito». Y que el art. 1.693 dispone

hasta ocho motivos de casación por quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio.

Esta distinción entre vicios de fondo y vicios de forma es mantenida, con ciertas alteraciones, por la propia Ley de Arrendamientos Urbanos cuando trata del recurso de injusticia notoria; mas la omite por completo al regular el recurso de suplicación. Ello induce ya a considerar que *en el recurso de suplicación no pueden combatirse los vicios estrictamente procesales*. La propia dicción legal y la doctrina general sobre infracción de ley nos bastarían para afirmarlo si no hubiera otras razones que abonaran mi opinión. En efecto: el Tribunal no puede entrar en el conocimiento del fondo del asunto más que en los límites expresamente permitidos: cuanto más tratándose de las formalidades del juicio. Y aun en cuanto a ellas, la interpretación ha sido siempre restrictiva con carácter general en la casación y con carácter particular en la injusticia notoria, respecto a la cual se ha dicho que, aunque la ley hable de recurso por quebrantamiento de formas procesales, al agregar que deben haber producido indefensión, no procede dicho recurso arrendaticio por todas las causas que establece el art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de las que deben excluirse las 2, 6, 7, 8, que nunca pueden ser supuesto de la indefensión mencionada. Lógico es, por tanto, que si este criterio limitativo se aplica al recurso de injusticia notoria, en que la ley ha previsto expresamente el ataque basado en el quebrantamiento de forma, deba trasladarse en cuanto sea posible al recurso de suplicación, todavía más restringido.

Pero hay una última y definitiva razón. Como se sabe, por su propia naturaleza, el recurso de casación por infracción de ley tiene carácter positivo; pero el que se basa en quebrantamiento de forma ostenta, por necesidad, carácter negativo; es decir, el Tribunal de casación, al tiempo que estimando el recurso, rescinde la resolución recurrida, devuelve la causa al inferior para que, repitiéndola al estado en que se hallara cuando se cometió la falta, reitere el procedimiento o haga que lo efectúe el que conoció en la primera instancia. Así lo dispone el art. 1.766 de la Ley procesal. Pues bien; la Ley de Arrendamientos Urbanos no concibe, para el recurso de suplicación, sino el primer efecto, es decir, el positivo. No sólo en ningún caso ordena la devolución de las actuaciones para reiterar el procedimiento, sino que de una manera expresa e incompatible con aquel efecto dispone en general (artículo 133, 5.º) que la Audiencia devolverá las actuaciones al Juzgado de origen *para notificación a las partes y ejecución*. Y esto es inconcebible en un recurso por quebrantamiento de forma. Por todas estas razones debemos concluir que no cabe en la suplicación ninguno de los motivos basados en el quebrantamiento de las formas del juicio.

7. ¿Qué se entiende, pues, por infracción de ley? Dentro del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina ha distinguido sutilmente tres grupos de motivos:

a) El primero, constituido por el primer número del mencionado precepto (violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la norma), y por el segundo apartado del núm. 7.º (error de derecho en la apreciación de las pruebas). En el primer caso se trata de infracción de normas sustantivas, y en el segundo, de contravención de normas de derecho probatorio.

b) Otro grupo viene integrado por los núms. 2, 3, 4, 5, 6 del mismo precepto: incongruencia, fallo que otorgue más o menos de lo pedido, fallo con disposiciones contradictorias, contravención a la cosa juzgada y abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

c) Finalmente, el tercer grupo comprende la última parte del núm. 7: error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

Pues bien; es sabido que nuestra casación tiene su origen y su inspiración más fundada en el análogo recurso del Derecho francés, que primitivamente se otorga de modo exclusivo contra la *violación expresa* del texto de la ley por los Tribunales de instancia. A juicio unánime de la doctrina, nuestra casación está a ello limitada por su función, si bien, de una parte, admite como motivo la interpretación errónea y la aplicación indebida (que no constituyen propias violaciones) y de otra utiliza el mismo esquema procesal del recurso por infracción de ley para hacer discurrir por su cauce otras impugnaciones de diferente naturaleza. Así, junto a la infracción propiamente legal (núm. 1 y primera parte del 7 del art. 1.692), se enderezan por la vía del recurso de aquel nombre la impugnación de los hechos y las infracciones consistentes (como la incongruencia, el fallo contradictorio, etc.) en una falta de la actividad judicial. Por ello se distinguen radicalmente la propiamente dicha infracción de normas y el defecto de actividad. Debe quedar bien claro, por tanto, que si los defectos de actividad son impugnables por la misma vía que la infracción normativa, ello es puramente adjetivo y no implica similitud de naturaleza entre las diversas causas. La única infracción de ley propiamente dicha es aquella a que se refiere el núm. 1 del art. 1.692.

Esta opinión se refuerza por el hecho de que la doctrina procesalista ha venido clamando para que las sentencias estimatorias de recursos basados en defecto de actividad tuvieran el mismo efecto negativo que las estimatorias de recursos formales, ya que en ambos casos el objeto del recurso no es entrar en el fondo, sino corregir un error «in procedendo». Y aunque hasta ahora la Ley

de Enjuiciamiento Civil continúa otorgando efecto positivo a dichas sentencias, obligando al Tribunal Supremo a entrar en el fondo cuando para ello no ha sido formalmente requerido, no parecería prudente que las nuevas leyes instauradoras de modernos recursos incidieran en idéntico error. Tal ocurriría en el recurso de suplicación de entender que el motivo por infracción de ley abarca los defectos de actividad.

Por todas estas razones estimo que el recurso de suplicación no es viable en su primer motivo, sino por causa de violación, interpretación errónea o aplicación indebida de ley o doctrina legal aplicables al caso del pleito, y no por defectos de actividad.

8. Cuestión distinta es la de determinar las *condiciones de la norma que se estime infringida*. Es evidente que ha de tratarse de una norma vigente de carácter general y, en principio, sustantiva. Mas una duda puede presentarse: ¿Podrá aducirse la infracción de cualquier norma civil o sólo las normas propias de los arrendamientos urbanos especiales? Parece que si hasta ahora quedaban firmes las sentencias dictadas en apelación por los Juzgados de Primera Instancia y la nueva ley viene a admitir contra ellas el recurso de suplicación con el único fin de unificar en lo posible la Jurisprudencia, la función de este recurso puede ser sólo la de unificar la interpretación y aplicación *de la legislación especial* de arrendamientos urbanos y no la de otros cuerpos legales y fundamentalmente del Código civil. De otra parte, el Tribunal de suplicación ha de limitarse a revisar la aplicación del derecho efectuada por el de instancia, y conforme al art. 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en la misma, el litigio se sustanciará conforme a la Ley procesal común. Lo que podría llevar a la consecuencia de que el Juez de instancia no ha podido infringir normas distintas de las contenidas en la ley arrendaticia, porque en otro caso el pleito se hubiera sustanciado por el procedimiento común. En consecuencia, el recurso de suplicación sólo podría versar sobre infracciones a la mencionada Ley.

Sin embargo, no estimamos acertada esta conclusión, por varias razones. La primera de ellas consiste en que la ley no distingue entre unas y otras normas, y por tanto, tampoco debemos nosotros distinguir. La segunda, basada en el hecho de que el Código civil, en virtud de su art. 16, debe ser aplicado por el Juez como complementario de la Ley de Arrendamientos Urbanos, incluso dentro de los procedimientos de la ley especial. Es decir, podemos concebir perfectamente un litigio tramitado conforme a la ley especial porque la acción se base en un derecho concedido por la misma y en el que, sin embargo, sea necesario aplicar normas no contenidas en ella, sino en otro cuerpo más general. En con-

clusión, estimo que la infracción base del recurso que consideramos puede referirse a cualquier norma sustantiva, vigente y de carácter civil, esté contenida en la ley especial de Arrendamientos Urbanos o en el Código civil, siempre que en este último caso *la norma infringida integre o complete* el Derecho aplicable a la relación arrendaticia por la vía del art. 16 del Código.

9. Ultimo problema. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado con reiteración machacona que el motivo basado en la infracción de ley debe expresar concretamente en qué *concepto* se entiende cometida la infracción; es decir, si lo es por violación directa, por errónea interpretación o por aplicación indebida de la norma, conforme dispone el art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. ¿Es aplicable esta doctrina al recurso de suplicación? A este respecto, la Ley de Arrendamientos Urbanos se limita a decir que «en el recurso, breve y sucintamente, señalará el recurrente las alegaciones y razones en que lo fundamenta» (artículo 133, 2.º). En el recurso de injusticia notoria, los motivos no están expresados (art. 136, 3.º) en forma tan concluyente como en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.692). Pero la ley arrendaticia dispone, a semejanza del art. 1.720 de aquélla, que en el recurso de injusticia notoria se expresará con precisión y claridad *el concepto* por el cual se estime cometida la infracción (artículo 136, in fine).

A primera vista, por tanto, en el recurso de suplicación, en que la ley calla, bastaría alegar la infracción, mas sin expresar el concepto preciso en que la infracción se estima cometida. Pero creo equivocada esta conclusión. No es necesario volver la vista al art. 150, según el cual la Ley de Enjuiciamiento Civil será subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento, pues ya he sostenido que en este punto sólo nos sirve de auxilio y no de norma complementaria. Por otro lado, nos bastaría con el principio de analogía dispuesto por el art. 8.º para estimar que, si en el recurso de injusticia notoria es necesario señalar el concepto en que se entiende cometida la infracción, también lo será en el de suplicación, que en ocasiones es su antecedente inmediato. Mas no hay que llegar siquiera a la aplicación analógica de los preceptos correspondientes, porque el carácter imprescindible de la indicación del concepto de la infracción resulta de la propia naturaleza de las cosas, ya que nos encontramos ante motivos radicalmente distintos, si bien todos ellos se refieren a la infracción legal. Es bien distinto contravenir expresamente al texto de la ley o respetarla aunque interpretándola contra su espíritu. Y esta violación o interpretación errónea que establece la premisa normativa de la sentencia nada tiene de común con la aplicación indebida de la norma a los hechos, que consiste en un error de técnica y parte ya del supuesto de que la norma no ha sido violada ni interpretada equi-

vocadamente. Por tanto, al atacar la sentencia de instancia ha de señalarse, por exigencias de la propia naturaleza de su función, no sólo qué norma infringió, sino por qué el recurrente estima que la infringió.

Lo que ocurre es que, faltando en cuanto al recurso de suplicación una regla expresa que lo disponga, no parece justo que deba exigirse al recurrente la *expresión concreta* de los términos rituales: violación, interpretación errónea o aplicación indebida. Bastando, a mi entender, que de los razonamientos expuestos por el mismo se puede deducir sin lugar a dudas el concepto en que estima cometida la infracción.

10. *Segundo motivo: El recurso podrá fundarse en la errónea aplicación del abuso del derecho, y sólo en este último supuesto podrá denunciar el recurso la equivocada valoración de la prueba, según las reglas legales para su estimación.*

Como antes hemos visto, la Ley de Enjuiciamiento Civil no se contentó con colocar junto a la infracción de ley propiamente dicha los defectos de actividad, sino que además agregó un apartado 7.º al art. 1.692, que dice así: «Procederá el recurso de casación cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.»

Al establecer el recurso de injusticia notoria y desarticular los motivos de casación, la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone en su artículo 136, 4.º, que el mismo procederá por manifiesto error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por la documental o pericial que obre en los autos.

Finalmente, cuando al Tribunal de suplicación se le faculta para resolver sobre la errónea aplicación del abuso del derecho, parece que, ante aquellos precedentes, pudiera pensarse que la Ley ha querido autorizarle el examen de los hechos probados, si bien limitándolo al caso concreto del abuso del derecho.

Sin embargo, ello no es así. Y los problemas exegéticos que plantea hacen muy interesante este motivo del recurso de aplicación. Para ello debemos comenzar por indicar brevemente el valor de la doctrina del abuso del derecho.

11. En general, la doctrina del abuso del derecho ha sido frecuentemente admitida por el Tribunal Supremo y por los autores como un límite específico al ejercicio de los derechos subjetivos. En cuanto a la legislación sobre arrendamientos urbanos, el artículo 5.º del Real Decreto de 13 de diciembre de 1923 dispuso que los Tribunales y autoridades desestimarían en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formularan con manifiesto abuso del derecho. Esta misma disposición continuó vigente a través del Real Decreto de 17 de diciembre de 1924 (art. 17) y

del de 29 de diciembre de 1931 (art. 18). La Ley de 1946 guardó silencio en este punto, aunque se ha afirmado y puede afirmarse sin género alguno de duda (como demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1950) que la doctrina del abuso del derecho, por su carácter general, era aplicable a los arrendamientos regidos por la Ley de 1946, a pesar de su silencio. La nueva ley vuelve a formular el principio en su artículo 9: «Los jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado, con manifiesto abuso del derecho.»

Destacan en el nuevo precepto las siguientes características: a) Reproduce el requisito de las anteriores disposiciones arrendaticias, y que éstas posiblemente tomaron del Código civil suizo, de que el abuso debe ser manifiesto. b) Encomienda su repulsa exclusivamente a los jueces y tribunales, y no a las autoridades administrativas, a las que expresamente se refirieron los Decretos anteriores: lo que indica que se le quiere dar un ámbito exclusivamente procesal, en el sentido de que, al mismo tiempo que se concede al Juez la apreciación del abuso, sea posible arbitrar un medio que censure su actividad en cuestión tan delicada y trascendente. c) En unas declaraciones (publicadas en «Información Jurídica»), el Ministro de Justicia afirmó que, con las debidas garantías, esta norma restablece el arbitrio judicial. Y en su discurso a las Cortes, confirma la misma idea, al exponer que «la incorporación del principio del abuso del derecho, permitirá la más flexible subsunción de los casos concretos en unas normas rígidas por su naturaleza, y hará posible que la justicia pueda triunfar sobre las egoístas apetencias que pretendan cobijarse bajo la superficie literal del texto de la Ley».

-Ante ello, no cabe la menor duda sobre dos cosas: que mediante la doctrina del abuso del derecho se concede al Juez un arbitrio para que, basándose en la equidad, pueda defender el destino económico y social de los derechos concedidos por la Ley contra quien los use, desnaturalizándolos. Y la segunda consecuencia es que, consciente de la delicadeza del instrumento creado, excepcionalmente ha querido el legislador que la apreciación del Juez de hecho sea revisada por un Tribunal superior. Es decir, que no sería concebible un recurso de suplicación para la defensa del Derecho, genéricamente hablando, si al mismo tiempo no se le habilitara para defenderlo de una errónea aplicación del abuso del derecho subjetivo contra los principios del mismo Derecho.

Pero el mayor interés estriba en determinar la naturaleza del abuso del Derecho, para centrar debidamente el sentido de error cometido al aplicar aquella doctrina.

12. A partir de la Sentencia de 14 de febrero de 1944, no puede dejarse de admitir, que, para que puedan los Tribunales apreciar la existencia del abuso son necesarios los requisitos siguientes:

uso de derecho concedido por la Ley y daño a un interés no específicamente protegido. Esto no es dudoso. La duda aparece cuando se trata de determinar el requisito teleológico. Para la antigua doctrina y para el propio Código civil alemán, es preciso que con el uso del derecho se tenga intención de dañar. Para la doctrina moderna, en realidad para la propia Sentencia citada y, desde luego, para los Códigos de corte socialista como el soviético, no es necesaria la intención de dañar, sino que *basta con que el uso del derecho contradiga a su propio destino o función social*. En cuanto al abuso de derecho reclamado por la Ley de Arrendamientos Urbanos, yo creo, sin género de dudas, que ha de ser enfocado desde el segundo punto de vista. Debemos prescindir de si al usarse del derecho se causa o no un daño de forma intencionada. Lo importante no es la intención de agente, sino *la anormalidad en el ejercicio del derecho subjetivo*, que la Ley—modesta todavía—persigue sólo cuando con ello se causa un perjuicio a tercero; pero independientemente de si ha habido intención de dañar. Y ello tanto porque las corrientes modernas en el Derecho así lo imponen, como porque resulta claro de la propia finalidad social de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En definitiva, y aunque sea repetir la misma idea, no nos encontramos con un problema de responsabilidad o de dolo, sino de simple limitación de los derechos. Esto se comprenderá si delimitamos el concepto del abuso del derecho en relación con otras figuras afines.

13. El primer término, el abuso del Derecho se distingue netamente del *fraude de la Ley*. En el fraude de la Ley, se trata de actos que producen un resultado prohibido por una norma jurídica, pero que vienen amparados en otra norma dictada con distinta finalidad. Es un ataque a la Ley amparado—insuficientemente—en la misma Ley. Nótese que hablamos de fraude en un sentido absolutamente técnico: porque no se requiere en el agente ni intención de engañar, ni siquiera de infringir la Ley. Se trata sólo de un resultado objetivamente fraudulento. Basta con que objetivamente se produzca un resultado ilícito, amparado insuficientemente por una norma jurídica. De todas formas, es claro que en el fraude de la Ley se produce un ataque, intencionado o no, contra la norma jurídica objetiva. Cosa absolutamente distinta ocurre en el abuso del derecho. Se ha dicho que en el fraude de la Ley hay también un abuso del derecho. Todo es cuestión de terminología. Claro que en el fraude se da un abuso del Derecho, pero del Derecho objetivo. En cambio, cuando hablamos del abuso del derecho en sentido técnico, nos referimos al abuso en el ejercicio de un derecho *subjetivo*. Antes que pensar que en el fraude se da un abuso del derecho, creo que es más cierta la proposición inversa: que en el abuso del Derecho subjetivo puede darse, indirectamente, un fraude al Derecho objetivo.

También debe distinguirse el abuso del derecho de la *simula-*

ción. La simulación comporta siempre un encubrimiento de la realidad, bajo una falsa apariencia jurídica. Mas precisamente en el abuso del derecho no se da ocultación. En la práctica, sin embargo, es posible que se haya utilizado la simulación para encubrir un verdadero abuso del derecho. Mas en este caso ha de atacarse primero la falsa apariencia, para dejar al descubierto la realidad jurídica y demostrar entonces que en ella se da el abuso del derecho subjetivo.

Finalmente se distingue el abuso del derecho del *dolo*. Pienso que en este punto se dan, en la práctica, las mayores confusiones. Todo el problema surge de lo siguiente: ¿es preciso que en el abuso del derecho el titular tenga intención de dañar, o basta con que el uso que de su derecho sea, objetivamente, antisocial? Por varias razones, entre las cuales ocupa un puesto preferente el carácter social y progresivo de la legislación de Arrendamientos Urbanos, me he inclinado por la segunda solución. Entiendo que, aparte de otros requisitos, basta con que el uso del derecho sea claramente antisocial. En otras palabras: el titular del derecho puede ocasionar con su abuso un perjuicio intencional o no al tercero; mas, para que podamos calificar su uso como abusivo, es indiferente que concorra la intención de dañar. La confusión surge de que, muy corrientemente, el abuso aparece calificado por el *dolo*. Mas debe, en todo caso, separarse el supuesto del *abuso del derecho* (que *impide la protección jurídica del acto*) y el supuesto del *dolo* concurrente que, a más de ello, *obligará al agente a indemnizar*.

Lo importante de todo ello es concluir que en el segundo motivo del recurso de suplicación sólo cabe atacar el error en la aplicación del abuso del derecho *en sentido estricto*, y no la aplicación del fraude de la Ley ni la apreciación de simulación o *dolo*. Cuestión distinta es la de determinar si, en base al motivo 1.º (infracción de Ley) puede en algún momento corresponder en suplicación el conocimiento de los otros temas. Mas ello puede resolverse mediante la aplicación de la doctrina general sobre la infracción de Ley, y no ofrece especiales problemas en cuanto al recurso de suplicación.

14. Suponemos, por tanto, que nos encontramos en presencia de una errónea aplicación del abuso del derecho en sus más estricto sentido. Veamos cuándo este error es *impugnabile* en suplicación.

Ante todo es preciso partir de unos presupuestos:

1.º *El abuso del derecho en sí mismo es una cuestión jurídica y no de hecho*. Para la Jurisprudencia antigua, la determinación de si existe un abuso del derecho sería una cuestión de hecho. Mas ello obedecería a una técnica imperfecta y a la desgraciada afirmación según la cual la sentencia supone un silogismo, una de cuyas premisas son los hechos, y la otra, el Derecho objetivo;

esto es totalmente incierto, porque la sentencia supone en realidad una cadena de silogismos en que, ciertamente, una premisa viene constituida por los hechos probados y todas las demás (no una sola, por tanto) constituyen aplicación del derecho. Fijémosnos por un momento en la negativa de prórroga del contrato por causa de necesidad. Para llegar a esta conclusión, al Juez no le basta con un silogismo. En primer lugar, es cierto, fija los hechos probados. Mas de ellos ha de inducir una consecuencia (la necesidad) que no es un simple hecho, sino un concepto jurídico, para obtener el cual el Juez ha de poner en juego normas jurídicas y máximas de experiencia. Solamente cuando tiene sentado este concepto jurídico de necesidad puede pasar a establecer la última premisa normativa: la norma según la cual la necesidad del propietario le faculta para negar la prórroga contractual, y en virtud de cuyo último razonamiento el Juez produce su fallo estimatorio. Una anticuada Jurisprudencia de casación, interpretando erróneamente el principio incuestionable de que el Tribunal del Derecho no puede entrar en la revisión de los hechos más que por el cauce del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hubiera afirmado que el concepto de necesidad es de puro hecho y hubiera negado su competencia para entrar en el examen de cualquier motivo basado en un error en su apreciación. Mas, por el contrario, una Jurisprudencia progresiva advertiría que esta cautela es cierta respecto a los hechos que el Juez de instancia declaró probados como base de su raciocinio, pero no en cuanto al concepto jurídico de necesidad, que ha sido extraído de aquéllos por el mismo mediante una operación de lógica jurídica. Y esta Jurisprudencia progresiva es la que permitió que la causalidad en la responsabilidad civil, concebida en un principio como cuestión de hecho, pasará a ser considerada como cuestión de derecho, y por tanto, sometida al control del Juez de casación.

Cosa semejante ocurre con el abuso del derecho. Los hechos en que se basa el Juez de instancia para obtener la conclusión de que existe abuso, en principio son inatacables en suplicación. El Tribunal de suplicación no puede entrar en los mismos, ni siquiera cuando el error de hecho sea demostrado mediante documentos auténticos que acrediten su evidencia, porque falta una norma que autorice tal posibilidad, que en sí misma es excepcional (lo que no ocurre, por ejemplo, en la casación y en la injusticia notoria). Pero sí puede el Tribunal entrar *en el examen de la aplicación del abuso del derecho* por el Tribunal de instancia, partiendo de los hechos inmutables que aquél sentó.

2.º La doctrina del abuso del derecho puede ser mal aplicada en sentidos absolutamente distintos. Es totalmente distinto que el Juez de hecho haya errado en la apreciación misma del concepto del abuso del derecho o en la aplicación del dicho concepto al caso concreto.

En efecto: el Juez puede, en primer lugar, equivocarse el propio concepto del abuso del derecho. Si, dados los hechos probados, estima que ha habido abuso del derecho cuando en realidad se trata de un supuesto de fraude de la Ley, estamos en presencia de una infracción de la material (art. 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Es decir, el recurrente puede impugnar el fallo por el primer motivo del art. 132: infracción de ley o doctrina legal.

Por otro lado, el error puede radicar en la infracción de normas no materiales, sino de derecho probatorio. Es a este caso al que se refiere el segundo motivo del mencionado art. 132. De tal manera, que para entenderlo bien y para que quede completamente claro que en ningún momento ha querido la ley otorgar a un Tribunal de suplicación facultades de revisión de los hechos probados, el precepto debería quedar redactado así: *el recurso podrá denunciar la infracción de las reglas legales para la estimación de la prueba cuando el error en aquélla haya llevado a la aplicación del abuso del derecho.*

Se trata, simplemente, del error de derecho a que se refiere el art. 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es sabido que, junto a la norma general de la libertad judicial en la apreciación de las pruebas, la Ley establece ciertas reglas particulares para la apreciación de la confesión en juicio, de los documentos públicos o privados reconocidos, etc. En estos casos, al aplicar estos preceptos, el Juez puede cometer un error. Este error es un error de derecho, porque supone la violación de normas de derecho probatorio. Pues bien: por lo que respecta al recurso de suplicación, sólo podrá alegarse la infracción de derecho probatorio cuando el error mencionado haya sido el determinante de que el Juez de instancia haya apreciado la existencia de abuso del derecho. Este y no otro es el sentido del art. 132.

Naturalmente, ello lleva consigo muchos problemas. El más importante deriva de que para que el Tribunal de suplicación pueda controlar el error de derecho es preciso que el Juez de instancia haya consignado el valor que a las pruebas concede, lo que se dificulta con la práctica de apreciación conjunta de las pruebas que ha admitido el Tribunal Supremo en cuanto al recurso de casación.

El proyecto de la Ley pareció comprender esta dificultad cuando (desde luego, insuficientemente) disponía en la base XII, párrafo 6 bis, que en las sentencias se consignase un resumen de los hechos probados. Esta norma ha desaparecido inexplicablemente, cuando en verdad debiera haber sido robustecida; y el segundo motivo de suplicación corre el riesgo de quedar completamente inútil. La única salvación puede radicar en la especialidad del procedimiento. En el recurso de casación, como el Tribunal Supremo (a menos que para mejor proveer pida antecedentes

o los autos completos) no tiene a la vista más que la sentencia impugnada y el apuntamiento, la falta de una declaración sobre los hechos probados y la apreciación de las pruebas es trascendental. En cambio, en el recurso de suplicación, el Tribunal puede obtener el alcance concreto dado a cada medio de prueba, ya que según el artículo 113-4.º recibe la totalidad de los autos y puede someterlos a examen.

15. Otro problema. El artículo 132 se refiere al caso de errónea aplicación del abuso del derecho. ¿Comprende también el supuesto de inaplicación cuando, desde luego, esta inaplicación proceda de error de derecho en la apreciación de las pruebas? Entiendo que sí. En primer lugar, ya he puesto de relieve que, en realidad, lo combatido en este segundo motivo es una infracción de normas de derecho probatorio; mas estimo indiferente que este error de derecho haya llevado al juez de instancia a estimar la existencia de abuso de derecho o a declarar su inexistencia. Por otra parte, la obligación impuesta por el artículo 9 de desestimar las pretensiones abusivas, va impuesta a todos los jueces y tribunales sin distinción de jerarquía o de procedimiento. Por lo cual el Tribunal de suplicación, como los jueces de instancia, viene constreñido a estudiar su concurrencia en el caso concreto cuando el juez le ha denegado.

CONCLUSIONES

1.ª El recurso de suplicación es un recurso de Derecho, mediante el cual la Audiencia Territorial vigila la aplicación del derecho objetivo por los jueces de instancia. Se excluye toda posibilidad de revisar los hechos.

2.ª El recurso de suplicación puede basarse en dos motivos: infracción de Ley o doctrina legal y error en la valoración de las pruebas con infracción de normas de derecho probatorio, cuando este error haya sido determinante de la aplicación o inaplicación del abuso del derecho. Ambos motivos están estrechamente emparentados, diferenciándose sólo en que el primero denuncia infracciones de derecho material y el segundo de derecho probatorio.

3.ª El primer motivo sólo se refiere a la infracción de Ley en sentido estricto. Quedan excluidos de su ámbito, tanto los vicios de forma como los defectos de actividad (incongruencia, exceso de poder, etc.).

4.ª En dicho motivo es necesario que del contexto del alegato resulte claro que el recurrente denuncia la infracción por uno de estos tres conceptos: violación, interpretación errónea o

aplicación indebida de un determinado precepto legal. En cambio, es indiferente que la norma que se reputa infringida corresponda a la legislación especial de arrendamientos urbanos o al Código civil, siempre que si corresponde a este último actúe como complementaria a través del artículo 16 del mismo.

5.* El segundo motivo comprende la infracción de normas de derecho probatorio para el único caso en que esta infracción haya determinado la aplicación o inaplicación del abuso del derecho.

6.* Ello no impide a que el abuso del derecho pueda ser atacado como infracción de ley material (primer motivo) cuando a su apreciación se haya llegado, no violando normas de derecho probatorio, sino las propias normas sustantivas que configuran el abuso del derecho.

La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas

GABRIEL GARCIA CANTERO
Istituto Giuridico Spagnuolo (Roma)

1. *La doctrina tradicional.*—¿Cabe simular, total o parcialmente, el consentimiento en el matrimonio civil? Y, supuesta la posibilidad de la simulación, ¿qué efectos produce? Parecidas preguntas se hacía recientemente BELTRÁN FUSTERO a propósito del artículo 58 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (1). Con el propósito de hacer luz sobre este problema y para elaborar ulteriormente la doctrina de la simulación del consentimiento en el matrimonio civil regulado en nuestro Código, hemos creído oportuno hacer un resumen de las recientes orientaciones de la doctrina y jurisprudencia italianas en la materia.

Hasta la aparición de los nuevos hechos (2), la doctrina y jurisprudencia italianas adoptaban respecto del matrimonio civil (3) la solución que se ha dado en llamar tradicional y que puede sintetizarse así:

La simulación no puede darse en el matrimonio civil; aun en el supuesto de ser posible, el ordenamiento jurídico no la reconoce ninguna relevancia, de suerte que el matrimonio produce todos sus efectos como si el consentimiento no hubiera sido simulado.

La fundamentación de esta tesis difiere según los autores.

CICU (4) considera que la declaración o pronunciamiento que hace el oficial del estado civil (5) es elemento constitutivo del matrimonio, de suerte que la simulación del consentimiento por

(1) BELTRÁN FUSTERO: *Un estimulante del matrimonio: el artículo 58 de La Ley de Arrendamientos Urbanos*, ADC. IX, 1956, pág. 1.305 es.

(2) Motivados fundamentalmente por la necesidad de liquidar situaciones nacidas en la última postguerra.

(3) La cuestión ha sido muy controvertida en la doctrina italiana cuando se trataba de transcribir sentencias eclesiásticas referentes a matrimonios pre-concordatarios.

(4) CICU: *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, pág. 237 es.

(5) Bajo el régimen del Código italiano de 1865 declaraba que los novios estaban unidos *en nombre la ley*. El nuevo Código ha modificado esta fórmula suprimiendo lo que hemos puesto en cursiva. Vid. una apreciación crítica en JEMOLO: *El matrimonio*, trad. esp. de Sentís Melendo y Ayerra. Buenos Aires, 1954, pág. 16c.

parte de los contrayentes no es posible. El acuerdo precedente celebrado entre los esposos no puede hacerse valer, porque versa sobre materia que no puede constituir objeto de contratación. Entra en aplicación no tanto el principio de responsabilidad, sino el de la certeza y estabilidad del vínculo, que impide permitir a los esposos la preconstitución del medio de eliminarlo.

Parecidos argumentos expone PESTALOZZA (6), el cual considera posible sólo la reserva mental, que no produce ningún efecto. El matrimonio civil es un acto plurilateral en cuya formación interviene la autoridad pública por medio del oficial del estado civil, permaneciendo extraña a la eventual simulación de los particulares. El acto está todo en la solemnidad de las formas, en el consentimiento solemnemente declarado. Quien de tales formas se sirve quiere el acto con todas sus consecuencias. La voluntad declarada que la autoridad pública consagra y conserva en los registros públicos es la que únicamente puede valer para el orden jurídico.

En una difundida obra que ha ejercido extraordinaria influencia en la doctrina civilista, FERRARA (7) niega la posibilidad de la simulación en la prestación del consentimiento matrimonial, porque el oficial del estado civil es extraño a ella e ignora las confabulaciones de las partes. El matrimonio no puede surgir sin el concurso del oficial público, el cual interviene en garantía de la ley, integrándole y dándole existencia jurídica. Aunque los contrayentes no tengan ninguna intención de realizar el acto y estén de acuerdo en producir sólo su apariencia, el matrimonio tiene plena eficacia. Existirá sólo una doble reserva mental.

El mismo autor, en una obra posterior, insiste en su anterior doctrina, sosteniendo que no puede argumentarse por vía de la lógica con el elemento del consentimiento como base del matrimonio para deducir su nulidad, porque debe tenerse en cuenta el carácter formal y solemne del contrato matrimonial. El contrato solemne está objetivizado y exteriorizado en la forma y en ella existe. Distinto del matrimonio simulado es el matrimonio fiduciario. Si las partes celebran el matrimonio, no con el propósito de constituir entre ellas un vínculo de familia, sino con diversa finalidad, como la de adquirir la nacionalidad o cumplir una condición, el matrimonio se producirá realmente con todas sus consecuencias jurídicas, aunque ése no era el propósito de las partes (8).

Apoyándose, en parte, en la doctrina de CICU, y en parte cri-

(6) Art. *Simulazione* en la *Enciclopedia Giuridica italiana*.

(7) FERRARA: *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, páginas 93 ss.

(8) FERRARA: *Diritto delle persone e di famiglia*, Nápoles, 1947, páginas 208 ss.

ticándola FEDELE (9), niega relevancia a la simulación en razón al fin e interés superior que preside el matrimonio y que se sobrepone al particular de los contrayentes. Todo se justifica fácilmente—dice este autor—desde el punto de vista de CICU. La reserva mental y la simulación bilateral son ineficaces, porque la voluntad de las partes debe valorarse en relación al fin y al interés superior, pero no en cuanto oculta intereses individuales, como en el caso en que el esposo o los esposos se preconstituyan, con la reserva mental o con el acuerdo simulatorio, el medio de liberarse del vínculo conyugal. Tal solución antitética de la que exigirían los principios comunes de los negocios jurídicos, absorbe y hace inútil la primera razón que CICU parece dar de la ineficacia de la simulación en el matrimonio; es decir, la de que es elemento constitutivo del matrimonio el acto unilateral de pronunciamiento por parte del oficial del estado civil. Tal razón no sólo es superflua, sino que tampoco es válida, dado que el desacuerdo entre voluntad y manifestación sería siempre idóneo para viciar el acto estatal.

SENISE (10), por su parte, sostiene asimismo que, a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio canónico, la simulación es irrelevante en el matrimonio civil.

SCHIAPPOLI (11) no aporta ningún argumento nuevo para sostener que el acuerdo simulatorio, la reserva mental y la condición son ineficaces para producir la nulidad del matrimonio civil, pues alude al carácter constitutivo del pronunciamiento del oficial del estado civil y a los principios de certeza, estabilidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial.

REBUTTATI (12) afirma que existe una presunción *iuris et de iure* de que el consentimiento prestado es conforme con el querer interno de los contrayentes, pero admite la posibilidad de que los terceros puedan impugnar un matrimonio simulado en fraude de la ley y de sus derechos. No puede admitirse—dice—que los esposos puedan sostener que no han reconocido ninguna eficacia al pronunciamiento hecho en nombre de la ley por el oficial público, que solemnemente reconoció y proclamó, frente a ellos, a los testigos y a la sociedad entera, sinceramente prestado el consentimiento de los esposos. De aquí que el Código civil, para las relaciones jurídicas y sociales que derivan del matrimonio, no puede menos de presumir *iuris et de iure* que el mutuo consentimiento de los esposos, expresado y recibido con las solemnidades prescritas, es plenamente conforme al querer interno de ellos. Pero

(9) FEDELE: *La simulazione nel matrimonio civile*. Riv. di Dir. Matrim. italiano, 1936, pág. 65 ss.

(10) SENISE: *Della simulazione civile e degli istituti interferenti, in particolare della simulazione nel matrimonio*. Riv. di Dir. Matrim. italiano, 1938, pág. 23.

(11) SCHIAPPOLI: *Sull'efficacia della sentenza ecclesiastica di annullamento di un matrimonio religioso preconcordatorio sul matrimonio civile* Foro italiano, 1937, I, pág. 1.212 ss.

(12) Art. *Matrimonio* en el *Nuovo Digesto Italiano*.

debe advertirse que, aun no admitiéndose que los esposos impugnen como simulado el consentimiento por ellos prestado, esto no impide que cualquiera que tenga interés en ello pueda impugnar como fingido y simulado un matrimonio celebrado con el único y exclusivo fin de obtener fraudulentamente beneficios concedidos por disposiciones de la ley o del hombre.

No sin cierta vacilación e inspirándose más bien en razones prácticas, BARASSI (13) se inclina por la irrelevancia de la simulación. Entre las dos opiniones extremas opuestas—dice—es probablemente preferible la que se decide por la existencia del matrimonio, aunque con esto se falte a norma tan elemental como es la necesidad de un acuerdo adhesivo de los esposos. Sería demasiado grave consentir el póstumo recurso a una simulación concordada o conocida para anular el matrimonio; demasiado cómodo, pero demasiado grave en sus efectos. En suma, debe considerarse que hasta cierto punto la solemnidad formal de la celebración se sobrepone a la seriedad real del acuerdo en homenaje a la urgente certeza de un estado personal como el creado entre los esposos. En este sentido debe recordarse que las causas de la nulidad matrimonial están determinadas taxativamente por la ley.

2. *Aisladas opiniones en contra.*—Frente a la doctrina tradicional, únicamente disienten JEMOLO, STOLFI y MACCHIA, sosteniendo la posibilidad y relevancia del acuerdo simulatorio en el matrimonio civil, si bien con algunas diferencias entre ellos. Como JEMOLO ha tenido ocasión de reiterar su doctrina después del cambio de orientación transitoriamente operado en la jurisprudencia, nos referiremos posteriormente a ella *in extenso*; ahora sólo expondremos la doctrina de los dos últimos autores citados.

Para STOLFI (14), la simulación consiste en manifestar, de acuerdo con la otra parte, una voluntad aparente: o porque no se quiere celebrar ningún acto, y entonces se dice absoluta, o porque se quiere concluir un acto diverso del ficticio, y entonces se dice relativa. Cualquiera que sea el fin perseguido por las partes, no influye ni sobre la estructura ni sobre los efectos del negocio simulado, el cual presupone únicamente el acuerdo entre dos personas de realizar un acto que sólo se hace en apariencia. El acto simulado no entra en los casos de discordancia entre voluntad y declaración, porque ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el querer interno, sino que ambas concuerdan en dar cierta apariencia a una voluntad diversa de la verdadera. El matrimonio se basa en la declaración de los esposos de querer aceptar como marido y mujer, a la que sigue la declaración—debida—del oficial del estado civil de que están unidas en matrimonio. Con tal pronunciamiento, el funcionario no contribuye

(13) BARASSI: *La famiglia legittima*, Milano, 1947, págs. 106 ss.

(14) STOLFI: *Teoría del negozio jurídico*, Padova, 1947, págs. 121 ss.

como parte a la formación del vínculo, sino que se limita a testimoniar que la celebración de las nupcias se ha efectuado regularmente, así que mira únicamente a dar el crisma de la legalidad al consentimiento de los esposos; con tal, se entiende, que exista. Si éste no existe por cualquier causa, falta el antecedente lógico del pronunciamiento, al cual debe negarse todo valor, porque de otro modo se daría por cierta la existencia de un consentimiento nunca prestado. Ni el interés público ni el privado aconsejan obligar a convivir a dos personas que no quisieron unirse.

MACCHIA (15), muy radicalmente, defiende la relevancia, tanto de la simulación total como de la parcial. La dificultad—dice este autor—consistirá en probar que el consentimiento ha faltado; pero cuando esta prueba se haya realizado, la declaración de nulidad del matrimonio no es otra cosa que una consecuencia lógica necesaria del principio de que el consentimiento es elemento constitutivo e insustituible del negocio jurídico matrimonial. Se dará simulación parcial cuando ambos cónyuges, o uno de ellos, excluyen alguna de las propiedades esenciales del matrimonio, como la indisolubilidad del vínculo, la obligación de fidelidad conyugal o la mutua *traditio-acceptatio* del *ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem*.

3. *El giro de la jurisprudencia.*—El giro de la jurisprudencia italiana está reflejado en sólo tres sentencias, dictadas no por la Corte de Casación, sino por Tribunales inferiores; la del Tribunal de Génova de 29 de mayo de 1946, la del Tribunal de Mondovì de 7 de julio de 1949 y la del Tribunal de Florencia de 17 de abril de 1950. Las tres han sido ampliamente comentadas por la doctrina (16).

Por su interés, pasamos a exponer los antecedentes y doctrina de las indicadas resoluciones judiciales:

La sentencia de 29 de mayo de 1946 declaró:

El matrimonio celebrado entre una alemana y un italiano al solo fin de hacer perder a la primera la ciudadanía alemana, en razón a la cual hubiera estado sometida al servicio obligatorio del trabajo en Alemania, debe considerarse nulo por falta de consentimiento.

(15) MACCHIA: *Studi di diritto matrimoniale*. Padova, 1947. págs. 156 ss.

(16) BIGIANI: Comentario en *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 2, c. 20; CARRESI: *Matrimonio contratto in stato di pericolo*, I. *Diritto Ecclesiastico*, 1950, páginas 372 ss.; DE LUCA: *Sull'invalidità del matrimonio civile per simulazione*. *Foro italiano*, 1950, I, págs. 1.393 ss.; BIANCO: *In torno a un caso di pretesa simulazione matrimoniale*. *Foro Padano*, 1949, I, 997. TOSETTO y MANESCALCZA: *In tema di impugnazione del matrimonio civile con speciale riguardo alla simulazione*. *Foro Padano*, 1950, I, pág. 349. *Idem*, id. nota a s. Trib. Florencia, 17 abril, 1950. *Foro Padano*, 1950, I, pág. 814; DEL BONO: *Simulazione del matrimonio civile*. *Riv. Trim. di Dir. e Procedura civile*, 1951, pág. 563. DE LUCA: *Sull'invalidità del matrimonio civile per simulazione*. *Foro italiano*, I, 1950, pág. 1.303 ss.

Con anterioridad a la celebración del matrimonio civil, los interesados habían depositado ante Notario, firmada por ambos, esta declaración: Supuesto que la señorita G., súbdita alemana, debe ir a Alemania para cumplir el servicio obligatorio del trabajo; que dada la actual situación quiere eximirse de tal obligación; que la única vía a tal fin es adquirir la ciudadanía italiana, lo cual sólo puede obtener de modo inmediato casándose con un ciudadano italiano; declaran que contraerán matrimonio civil..., pero que el consentimiento que darán formalmente al indicado matrimonio mira exclusivamente al objeto de hacer adquirir a la señorita G. la nacionalidad italiana para que quede exenta de la obligación del servicio del trabajo en Alemania; que, por tanto, el matrimonio que van a contraer es nulo y de ningún efecto por estar esencialmente viciado el consentimiento de los esposos, consentimiento que prestan no ya al fin del matrimonio mismo, sino para hacer adquirir aparentemente a la indicada señorita G. la ciudadanía italiana y con ello eximirse de la obligación de trabajo en Alemania; que en consecuencia se comprometen a ayudarse mutuamente para obtener la declaración de nulidad del mismo matrimonio tan pronto sea posible promover la relativa acción, sin oponer excepciones; que todos los gastos necesarios del presente documento y de la declaración de nulidad del matrimonio serán enteramente soportados por la señorita G., en cuyo exclusivo beneficio se celebra el matrimonio.

La sentencia de 7 de julio de 1949 estableció por su parte:

Es nulo por simulación el matrimonio civil en el que el consentimiento de los esposos ha sido prestado ficticiamente. Por tanto, el matrimonio contraído en el sector soviético de Berlín en 1945 por un prisionero italiano y por una alemana, con el fin de evitar el peligro de un nuevo internamiento y de violencias por parte de las tropas rusas ocupantes, es nulo por simulación.

El supuesto de hecho de esta sentencia se refleja con claridad de lo transcrito; sin embargo, lo que no aparece tan claro es que el matrimonio contraído por el ex prisionero italiano con una ciudadana alemana fuera idóneo para librarle de un nuevo internamiento por parte de las tropas de ocupación rusas.

Por último, la sentencia de 17 de abril de 1950 sentó la siguiente doctrina:

El matrimonio contraído por poder por una ciudadana checoslovaca con un ciudadano italiano en 1949, a fin de obtener, con la adquisición de la ciudadanía italiana, el pasaporte para Italia, es nulo por simulación, por defecto absoluto de consentimiento en cuanto que la voluntad de los esposos no estaba dirigida a la creación del vínculo matrimonial.

Los antecedentes del caso resuelto por esta sentencia son francamente novelescos. Los esposos Heidekmayer viven en Pilsen (Checoslovaquia) y con la llegada al poder de los comunistas temen violencias y persecuciones, por lo cual deciden expatriarse.

Ante las dificultades de lograr pasaporte, solicitan y obtienen en su país una sentencia de divorcio vincular; luego el marido logra pasar clandestinamente a Austria y la mujer contrae matrimonio por poder con un ciudadano italiano, lo cual le permite obtener pasaporte extranjero y salir de su país. En Italia solicita y obtiene la nulidad de este matrimonio por simulación del consentimiento, y reunida con su primer y único marido verdadero en Austria... vuelve a casarse con él civilmente.

4. *La doctrina italiana ante la nueva orientación jurisprudencial.*—¿Cómo reaccionó la doctrina ante el cambio de la jurisprudencia respecto de la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil? Una parte se mostró en clara oposición reafirmando la tesis tradicional; otros autores admitieron francamente la relevancia del acuerdo simulatorio; otros, por último, manteniéndose firmes en la antigua doctrina, comprendieron la necesidad de dar alguno solución jurídica a estos casos, e inspirándose en las soluciones de la jurisprudencia suiza, belga y francesa, trataron de justificar las decisiones de los Tribunales italianos a través de nuevos caminos (la violencia moral, el estado de peligro, el negocio fiduciario).

SALVI (17), ante el caso presentado a un tribunal belga de la joven hebrea que durante la ocupación alemana y para huir de la deportación contrajo matrimonio exclusivamente civil con un asilado de sesenta y cinco años, reafirma la doctrina tradicional. Allí donde falta—dice—la exigencia de adhesión integral al principio voluntarístico, allí donde la declaración como fenómeno objetivo prevalece sobre el hecho subjetivo de la voluntad interna, la solución no puede ser la de nulidad de este matrimonio. Esto no obstante, expresa alguna duda sobre la aplicabilidad de la doctrina clásica sobre la simulación a los casos en que la celebración del matrimonio—como sucedía en éste—es un simulacro o una caricatura.

DEL BONO (18) critica la sentencia de 17 de abril de 1950, rebatiendo todos los fundamentos alegados para justificar esta decisión (violencia, estado de peligro, negocio fiduciario, simulación absoluta o relativa, condición o término), concluyendo que en las hipótesis en que se celebra el matrimonio únicamente por razones de conveniencia y sin la seria intención de establecer un vínculo conyugal (por ejemplo, para adquirir una ciudadanía, o una afinidad, o el derecho a una herencia), el derecho civil considera pleno y válido el consentimiento prestado. En tales hipótesis no es admisible la impugnación por simulación ni por violencia sobre el consentimiento. Se trata de matrimonios plenamente válidos sobre bases fiduciarias no tomados en considera-

(17) Loc. cit., págs. 1.000 ss.

(18) Loc. cit., págs. 566 ss.

ción por el derecho como figuras negociales autónomas. El matrimonio se funda sobre el principio de la formalidad del consentimiento y por ello es irrelevante la simulación.

BETTI (19) critica la orientación individualista de esta jurisprudencia que considera decisivo ver solamente lo que las partes habían en realidad querido. La simulación absoluta es posible y en ella las partes quieren el negocio, pero no en sí, en su causa típica, sino como medio para actuar un *fin que no es el suyo*. Pero carece de relevancia en el matrimonio civil porque este negocio concierne a una relación jurídica en la cual la exigencia de la reconocibilidad del acto constitutivo va a la par con el interés social en la certeza y estabilidad del vínculo conyugal. El matrimonio no puede ser empleado por las partes como un simple medio para conseguir un cambio de ciudadanía.

En la reimpression corregida de la segunda edición de su *Teoria generale del negozio giuridico* reproduce y amplía estas ideas. Concediendo relevancia a la simulación, se desconoce el principio de la autorresponsabilidad privada y se ignora el aspecto social del problema. Se está en presencia no ya de un conflicto de intereses privados dominados por la libre disposición de las partes, sino de una relación orgánica destinada a la tutela del superior interés familiar al que deben subordinarse los intereses individuales de los participantes. En la jurisprudencia que hemos transcrito debe verse una decadencia social de la institución matrimonial más bien que la aplicación de un sano criterio jurídico. El tratamiento indulgente de la simulación y del *agere in fraudem legis* puede comprenderse bajo el aspecto del estado de necesidad por el cual aparecía indicado el recurso a la institución matrimonial, pero esto sólo hasta cierto punto y para quien se coloque en el punto de vista de los intereses individuales en juego. Para una visión más amplia y elevada que tenga en cuenta el orden social y la autorresponsabilidad individual, esto aparece desprovisto de una justificación adecuada. También es inadmisibles la doctrina del matrimonio fiduciario porque presupone una relación jurídica resoluble por iniciativa de las partes, como lo son, en general, las patrimoniales (20).

MESSINEO (21) dice que hay simulación total cuando precede un acuerdo simulatorio entre los contrayentes, pues si sólo se ha producido una declaración por separado de uno de ellos o de los dos, en el sentido de no querer contraer matrimonio, pero de participar en su celebración, se tendrá una reserva mental unilateral o bilateral. Debe negarse relevancia jurídica a la simulación total por ser el matrimonio civil un negocio jurídico de derecho fami-

(19) BETTI: *Rilevanza giuridica di una simulazione di matrimonio*. Giurisprudenza italiana, 1951, I, 2, c. 232 ss.

(20) BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*² (reimpression). Torino, 1952, pág. 413 ss. y nota 27.

(21) MESSINEO: *Manuale*⁸, Milano, 1952, II-1.º, pág. 65 ss.

liar en el que interviene el oficial del estado civil (para recoger las declaraciones y no para *participar* en ellas) imprimiendo el carácter de acto público a la celebración, lo cual anula el acuerdo simulatorio; además las declaraciones de voluntad de los esposos están *dirigidas* al oficial del estado civil, y éste no siendo parte, debe considerarse tercero; respecto de él, la ignorancia del acuerdo simulatorio lo hace irrelevante e inidóneo para neutralizar las declaraciones de los esposos de quererse tomar, respectivamente, por marido y mujer. La simulación parcial consiste en el hecho de que ambos esposos no quieren uno o varios de los caracteres esenciales del matrimonio, tanto en el supuesto de que esto se configure como una condición o constituya el contenido de un acuerdo simulatorio, el resultado es siempre la irrelevancia jurídica.

GANGI (22) cree que no existe falta de consentimiento en el caso de simulación, ya que la solemnidad de la forma en la celebración ha sido impuesta para la certeza y seguridad del matrimonio; si se admitiera tal recurso podría fácilmente burlarse el principio de la indisolubilidad. El matrimonio es un contrato en cuya formación domina el interés público. El consentimiento de los esposos, aun siendo un elemento constitutivo esencial, no es exclusivo; otro elemento constitutivo es la declaración del oficial. Los matrimonios declarados nulos por simulación lo han sido por razones de equidad y humanidad, pero la opinión preferible es la de considerarlos válidos con todos los efectos.

Otros autores, como dijimos, se adhirieron a la nueva tendencia. Así DE LUCA (22 bis), comentando las sentencias del Tribunal de Florencia y del Tribunal de Mondovì, observa, justamente, que el problema de la relevancia, o no, de la simulación en el matrimonio civil no se presenta directa e inseparablemente ligado al de la naturaleza del matrimonio, ya que a la misma conclusión negativa llegan autores que parten de concepciones diversas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio civil y de una diversa configuración de las relaciones entre la manifestación de voluntad de los esposos y la declaración del oficial del estado civil. Las decisiones comentadas significan una reafirmación de la concepción privatística del matrimonio respecto de la publicística y el reconocimiento del valor que en el matrimonio debe ser atribuido a la voluntad de las partes, al menos en el momento formativo del vínculo. En su opinión, deben aceptarse plenamente las sentencias comentadas. Solución contraria debe darse a la posibilidad de hacer valer en el ordenamiento italiano la reserva mental y lo que los canonistas suelen calificar de simulación parcial; mientras que los autores del matrimonio simulado quieren realizar solamente una apariencia de matrimonio, quienes simulan parcialmente el matri-

(22) GANGI: *Il matrimonio*³, Milano, 1953, págs. 75 ss.

(22 bis) Loc. cit., pág. 1.305.

monio quieren dar vida a un efectivo vínculo matrimonial, si bien con la intención de deformar la estructura típica del negocio matrimonial para adecuarlo a sus intereses e ideas.

JEMOLO había disentido siempre de la opinión tradicional en esta materia, y después del cambio de orientación de la jurisprudencia—que como luego veremos sólo ha sido transitorio—mantiene lógicamente su opinión. Podemos resumirla así: el matrimonio es un negocio jurídico bilateral *sui generis*; nadie puede ligarse con un vínculo matrimonial en el que no haya concurrido su voluntad; no hay consentimiento ni matrimonio cuando el consentimiento se ha manifestado *ludendi causa* o como medio para cometer una estafa o para consentir una expatriación, y tampoco cuando se ignoraba la esencia del instituto matrimonial; se trata de casos—a excepción del último—en los que la manifestación del consentimiento es una fase, un momento, incluido en otra serie de hechos que tienen su propia conexión lógica y su propia unidad (apuesta, burla, fraude). Estas soluciones no pueden tener en el terreno práctico ninguna consecuencia alarmante; la carga de la prueba pesará sobre quien quiera afirmar que no hubo consentimiento, lo cual sólo podrá sostenerse en un número exiguo y excepcional de casos; no será ésta la vía para escapar a la indisolubilidad del vínculo; la más rígida custodia del principio de la indisolubilidad, la Iglesia, no ha temido nunca debilitarlo concediendo todo su valor al elemento consentimiento. No parece admisible ver en el oficial del estado civil, ya sea un sujeto que tiene la misma importancia que los contrayentes, ya el sujeto preeminente de la relación. No parece admisible el recurso al instituto de la responsabilidad que sustituye al consentimiento, por tener un valor limitado al campo de las relaciones económicas y por ser absurdo hacer intervenir a dicho principio contra la voluntad de las dos partes. Desconocer la naturaleza contractual del matrimonio es ir contra la tradición milenaria de la institución. Aunque se invoque el interés público que sirve de base al matrimonio no es posible olvidar que, frente a él, el legislador usa el tratamiento que emplea frente a las instituciones de derecho privado. Mientras el Estado deje libres a los ciudadanos para contraer o no matrimonio y para contraerlo con quien prefieran, en la edad que les acomode, no responderá al derecho positivo el decir que se excluye todo reconocimiento del interés individual. Mientras se exija la voluntad de las partes para que se forme el matrimonio, será necesario que esa voluntad exista; y no se puede decir que no importa que no exista, que basta su apariencia, si no se encuentra la regla de derecho que establezca esa ficción (23).

BIGLAVI (24), comentando la sentencia de 29 de mayo de 1946, justifica la desviación de la doctrina tradicional, pero no ofrece nin-

(23) JEMOLO: *Obra cit.*, págs. 138 ss.

(24) *Loc. cit.*, págs. 360 ss.

gún fundamento de esa desviación; en otro lugar (25), en una breve nota titulada «Matrimonios ficticios y abuso de derecho», recoge algunos casos presentados ante los Tribunales suizos.

Entre los autores que manteniendo firme la irrelevancia de la simulación han tratado de encontrar otro fundamento a las citadas decisiones de los tribunales italianos, podemos mencionar a CARRESI (25 bis), TOSETTO y MANESCALCHI (26) y GRASSETTI (27).

Considera CARRESI que si se atribuye relevancia a un acuerdo simulatorio entre los cónyuges, se acaba prácticamente por destruir el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Reconocida tal eficacia al acuerdo simulatorio en los casos de estas sentencias, también hay que reconocérsela en el caso de una mujer que se decidiera a casarse con el propio seductor para eludir la reprobación social o por escrúpulo de conciencia; pero, en realidad sin proponerse considerarlo como marido. Así, de caso en caso, debería considerarse nulo cualquier matrimonio aun por los motivos más fútiles. Rechazada la admisibilidad de la simulación, cabe encontrar otro fundamento a las decisiones indicadas. Si las circunstancias objetivas son verdaderamente tales que crean para el individuo un estado de peligro para huir del cual el matrimonio aparece como la única vía de salvación, este matrimonio debe ser declarado nulo, aunque el otro cónyuge no haya participado del propósito del primero con tal que sea conocedor de la existencia del estado de peligro. Quien celebra un matrimonio para huir de una grave limitación de la libertad personal o de la muerte no simula nada—asi como nada simula el pasajero que durante un naufragio promete todos sus haberes al marinero para que le salve la vida—, sino que realiza simplemente un acto jurídico (aquí una donación, allí un matrimonio) dirigido a la propia conservación personal. Estos actos, cuando se conoce por el destinatario el estado de peligro en que se halla la otra parte, no engendran lógicamente ninguna expectativa; pero aunque tal expectativa surja, no pueden merecer tutela por parte del ordenamiento jurídico y debe sacrificarse a la exigencia del cónyuge que ha sido inducido al matrimonio por la previsión del grave peligro a su integridad física. El principio de la conservación del negocio y el de la indisolubilidad del matrimonio deben ceder ante un principio más alto: el de que en la duda prevalece siempre la libertad.

TOSETTO y MANESCALCHI apuntan la posibilidad de encuadrar estos casos bajo la figura de la violencia moral por la existencia de una amenaza implícita. En otro artículo posterior, comentando la sentencia del Tribunal de Florencia, expresan su temor de que

(25) BIGIARI: *Matrimoni fittizi e abuso di diritto*. Riv. Trim. di Dir. e Procedura civile, 1950, pág. 169.

(25 bis) Loc. cit., págs. 374 ss.

(26) Loc. cit., págs. 396 ss.

(27) GRASSETTI: *Il matrimonio fiduciario*. Temi, 1951, 325. Este trabajo figura también en *Studi in onore di A. Cicu*, vol. II. Milano, 1951, págs. 573 ss.

se haya abierto una brecha en el principio de la indisolubilidad matrimonial. «El matrimonio—escriben (28)—es institución de derecho privado, y en la base del mismo está el consentimiento; pero es preciso distinguir entre el consentimiento efectivo, es decir, la correspondencia de la declaración con el querer interno y la capacidad para el consentimiento válido; sólo la última se requiere para el matrimonio bajo pena de nulidad; hay presunción *iuris et de iure* de que la declaración emitida corresponde a la voluntad, y si hay divergencia, la *responsabilidad* del o de los declarantes suple a la voluntad que falta.»

El esfuerzo más serio de configurar dogmáticamente, fuera del ámbito de la simulación, los supuestos de hecho contemplados por la jurisprudencia italiana en las indicadas sentencias, corresponde a GRASSETTI. Este autor ha construido la doctrina del negocio fiduciario en general (29), admitida ya por la doctrina (30), y después la ha aplicado al negocio jurídico matrimonial. Su construcción ha sido aceptada por FINOCCHIARO (31).

Sostiene GRASSETTI la irrelevancia del acuerdo simulatorio en el matrimonio civil; la validez del matrimonio contraído en tales situaciones puede concebirse como un peculiar efecto sancionatorio de la violación del principio de la autorresponsabilidad privada que no se toma en consideración en el Derecho canónico (32). Pero hay un problema previo; los hechos sometidos a los Tribunales italianos no constituían casos de simulación, sino que se trataba de matrimonios fiduciarios. En estos matrimonios los interesados «quieren contraer el vínculo, pero como *medio a un fin no realizable de otro modo*, y al mismo tiempo como *vínculo temporal*. Se acuerda entre las partes que cada una de ellas no hará de la cualidad jurídica adquirida con el consentimiento de la otra—estado de cónyuge—un uso que esté en contraste con las limitadas finalidades de aquella atribución. Es cierto que el poder así conferido por el otro cónyuge, el *können*, es más amplio que el *dürfen*; pero del real comportamiento de la contraparte se espera que el uso de sus poderes corresponda al fin perseguido. Una vez cesado el peligro, conseguida la finalidad práctica, el medio deberá ser, en el propósito de las partes, abandonado como superfluo y gravoso».

En la primera fase del matrimonio fiduciario, el ordenamiento jurídico no reacciona ante la posible utilización abusiva de la potestad por el otro cónyuge, y ello es consecuencia de la natu-

(28) TOSETTO y MANESCALCHI: *Ancora della simulazione nel matrimonio*. Foro Padano, 1950, págs. 816 ss.

(29) GRASSETTI: *Del negozio fiduciario*. Riv. di Dir. Com. 1936, I, páginas 345 ss.

(30) MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*³. Milán, 1948, pág. 338 y nota 71.

(31) FINOCCHIARO: *In tema di validità del matrimonio civile e di ritecianza del matrimonio canonico* (Jurisprudenza del anno 1951). Il Diritto Ecclesiastico, 1952, II, pág. 94.

(32) Loc. cit. pág. 335.

raleza fiduciaria del negocio, ya que las partes se han confiado a la *fides* recíproca y no pueden esperar la tutela legal para la realización de sus propósitos. Pero en la segunda fase debe precederse a la anulación del matrimonio cuando se demuestren las circunstancias de hecho en que se concluyó el pacto y el efectivo y pleno cumplimiento del mismo por parte de los esposos (33).

Se impone una valoración del propósito fiduciario «caso por caso a la luz de la situación de hecho; dicho propósito aparecerá no indigno de tutela cuando represente la eliminación de situaciones injustas, la realización de un elevado fin de solidaridad humana y social» (34).

5. *Retorno de la jurisprudencia de la tesis clásica.*—Pero después de la sentencia del Tribunal de Florencia de 17 de abril de 1950 que antes hemos citado, la jurisprudencia italiana ha cambiado nuevamente de opinión en la materia; con alguna timidez—acaso porque la demanda no estaba planteada con claridad—en la sentencia del Tribunal de Milán de 4 de enero de 1951, y de modo decidido en las sentencias del Tribunal de Roma de 6 de febrero de 1951 y del Tribunal de Turín de 26 de abril de 1952.

El Tribunal de Milán declaró:

La reserva mental de uno de los esposos no constituye causa de nulidad del matrimonio.

Se trataba de un matrimonio entre un italiano y una rusa, y la mujer se negaba a cumplir los deberes conyugales; el marido invocó la simulación y el error, rechazando el Tribunal ambas causas de nulidad (35).

Según el Tribunal de Roma:

El matrimonio que una súbdita polaca contrajo con un italiano residente en Varsovia, al solo fin de sustraerse a las violencias y persecuciones amenazadas por el Gobierno comunista de aquel país, sin propósito serio de unirse compartido por la otra parte, no puede ser declarado nulo por simulación o ausencia de causa, ni anulado por violencia.

Los esposos se conocieron en Varsovia en el período de la gradual instauración del comunismo en Polonia; la esposa era hija de un oficial polaco deportado por sus sentimiento nacionalista a Siberia, en donde murió, y de una señora distinguida, muerta en los bombardeos. La Policía pretendió que suministrara informaciones secretas de los ambientes que frecuentaba. Ella, de acuerdo con el personal de la Embajada italiana, trató de burlarla. Disuelto el partido socialista, se inicia una nueva serie de persecuciones, y la situación de ella cada vez es más alarmante; así se acordó celebrar matrimonio—exclusivamente civil—el 18 de junio de 1949 en Milanovek, después de entregar al esposo

(33) Loc. cit. pág. 336.

(34) Loc. cit. pág. 337.

(35) Breve comentario de FINOCCHIARO, loc. cit., pág. 93

una declaración autenticada por la embajada italiana de que el matrimonio entre ambos tenía la única finalidad de permitirle expatriarse y, por tanto, no supondría ninguna obligación moral ni jurídica por parte de él, debiéndose declarar nulo una vez que estuviera en Italia; en efecto, los cónyuges no han vivido juntos ni en Polonia ni en Italia (36).

Por su parte, el Tribunal de Turin, en la mencionada sentencia, estableció:

El matrimonio civil no es impugnabile por simulación.

En los considerandos se dice: «El matrimonio civil por aquel espíritu publicístico de que está impregnada su disciplina no puede ser considerado como un contrato en el mismo plano que los de contenido patrimonial, y lo que mejor se adapta a la institución es la definición de negocio jurídico complejo en el que la voluntad de los cónyuges concurre con la del Estado; aparece, por tanto, como irrelevante el acuerdo simulatorio de los primeros cuando sin reservas han manifestado formalmente su consentimiento al oficial del estado civil, el cual no es partícipe de la simulación. El principio de la indisolubilidad del vínculo colocado en la base de la institución matrimonial en el ordenamiento patrio y la calidad de derechos indisponibles por su naturaleza que forman su objeto hacen que el vínculo mismo esté sustraído a la libre disponibilidad de los esposos, lo cual no podría verificarse cuando se admitiera la relevancia de elementos psicológicos en contraste con la voluntad aparente, como la reserva mental bilateral o la simulación absoluta o relativa, cómodamente reparadoras, mantenidas en el consentimiento formalmente manifestado.»

A la vista de esta jurisprudencia hay que reconocer que ha tenido mayor influjo la doctrina de los que sostenían la irrelevancia de la simulación en el matrimonio civil. Sin embargo, no nos parece totalmente inútil el esfuerzo doctrinal de quienes intentaron fundamentar las decisiones jurisprudenciales de la tendencia «desviacionista» que hubo de enfrentarse con supuestos de hecho ciertamente extraordinarios y anómalos, pero de cuya irrepetibilidad no podemos estar, desgraciadamente, seguros.

6. *A modo de conclusiones.* — Esta nota informativa debería, en realidad, cerrarse aquí sin adiciones por nuestra parte. Sin embargo, nos parece de algún provecho extraer conclusiones.

El paréntesis abierto en la orientación jurisprudencial con la sentencia de 1946 parece definitivamente cerrado, pues no hay posibilidad de que la Casación acoja la tesis favorable a la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil.

La casuística matrimonial civil se ha enriquecido con supuestos-límite realmente interesantes: matrimonios celebrados para

(36) Vid. el comentario de BETTI, cit. en *Giurisprudenza italiana*, 1951. I. 2. c., 231 ss.

eludir la ley del servicio obligatorio del trabajo para la mujer, para salvarse de una deportación, para eludir un nuevo internamiento en un campo de prisioneros, para expatriarse, para escapar de una persecución política o racial, para obtener un pasaporte o un visado de entrada en un país. En realidad, en la mayoría de los casos enumerados, los interesados, con la celebración del matrimonio, pretenden solamente la adquisición de una nacionalidad por parte de la mujer. Pero es obvio que la lista de finalidades específicas puede alargarse ilimitadamente: la obtención de un ascenso o un nombramiento (bajo el régimen fascista), la dispensa del servicio militar, el perdón en los delitos contra la honestidad, el cumplimiento de una condición impuesta a una herencia o a un legado, la exención de ciertos impuestos, la obtención de los beneficios que una determinada legislación laboral concede a los casados, la adquisición de un parentesco familiar al que esté vinculado el disfrute de ventajas en la legislación arrendaticia rústica o urbana, etc.

La terminología utilizada no resalta por su precisión, pues se habla de matrimonios simulados, en estado de peligro, ficticios, con abuso de derecho, en fraude de ley, indirectos, fiduciarios, aparentes, anormales, irregulares.

El esfuerzo de GRASSETTI por incluir a estos casos en la teoría del negocio fiduciario no parece que esté destinado a tener éxito dada la dificultad de admitir en el matrimonio civil esa figura. Queda siempre en pie la vieja cuestión de la admisibilidad y relevancia de la simulación en el matrimonio civil, íntimamente relacionada con la concepción que se tenga de la naturaleza jurídica del matrimonio y de la función del consentimiento en la formación del mismo. En Italia, la tesis de los antiguos y aislados defensores de la solución positiva han visto reforzada su postura con la disolución doctrinal que la jurisprudencia desviacionista ha provocado.

NOTICIAS

La interpretación del artículo 42 del Código civil

Se transcriben a continuación dos documentos de interés acerca de la interpretación del artículo 42 del Código civil. El primero de ellos indica cuál es la interpretación oficial que la Administración española da, después del Concordato, a los preceptos legales que determinan qué personas tienen abierta la posibilidad del matrimonio civil. El segundo texto expresa la actitud de las autoridades eclesiásticas ante las nuevas normas gubernativas.

I

El texto siguiente emana de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«Aunque la nueva redacción que da el Decreto de 26 de octubre de 1956 (B. O. de 13 de noviembre) a los artículos 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil termina con antiguas dudas interpretativas del artículo 42 del Código civil, ha parecido oportuno, en razón a la gravedad de la materia, instruir a los órganos que intervienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado artículo 42 en orden a la no profesión de la Religión Católica que constituye un presupuesto necesario para que estos actos puedan ser autorizados.

I.—Según dispone actualmente el artículo 37 del Reglamento del Registro Civil, «de conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica».

Basta que uno de los contrayentes profese esta Religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la unión civil sea posible. Requisito previo obligado de la celebración del matrimonio civil es, pues, la prueba de que ninguno de los dos profesa la Santa Religión Católica, Apostólica y Romana. En consecuencia, la circunstancia de profesar o no profesar la religión católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio civil.

La incorporación o adscripción a la Religión Católica se produce por el Bautismo en la Iglesia Católica o por la conversión a ella de la herejía o del cisma.

Así resulta claro que no profesan la Religión Católica los no bautizados y aquellos bautizados que lo fueron en la herejía o en el cisma.

Igualmente resultaba claro, conforme al recto sentido del artículo 42 del Código civil y a nuestra conciencia católica, de la que es expresión nuestro vigente Concordato con la Santa Sede, que la adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en toda persona que se incorporó a la Iglesia Católica por el Bautismo o la conversión. Mientras no se dé una actitud desvinculadora y apóstata, material y formalmente evidente, ha de entenderse que el bautizado en la Iglesia Católica o convertido a ella de la herejía o del cisma continúa en la Religión Católica. Lo que quiere decir (supuesto del párrafo 2.º del artículo 41, en relación con el 37, ambos del Reglamento del Registro civil, modificado por Decreto de 26 de octubre de 1956) que la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ambos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica o si una persona que se halla en tales condiciones, intenta contraer con una acatólica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil puede extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado, pero el carácter imperativo del artículo 42 del Código civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesan la Religión Católica, exige que se desconfíe de las apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, más que por un cambio de la fe, por el deseo de eludir la disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que al Estado impone su catolicidad declarada, y no acogido en el Derecho español vigente.

El supuesto de apostasia es excepcional y, por tanto, debe ser objeto, siempre, de interpretación y aplicación restrictiva.

II.—Quede bien entendido que continúa permaneciendo en pleno vigor lo dispuesto en el artículo 83, núm. 4 del Código civil, relativo a los que han recibido Ordenes Sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

III.—El artículo 37 del Reglamento del Registro civil, en su redacción actual, exige, para que el matrimonio civil pueda ser autorizado, que «ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica», y a esta prueba se refiere también el artículo 38, al requerir «la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio».

En congruencia con lo dicho sobre las condiciones que integran el concepto de «profesar la Religión Católica», se entenderá acreditada la no profesión cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho, la concurrencia de alguna de estas dos condiciones: 1.º No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. 2.º Haber apostatado formal y materialmente.

Para demostrar la falta de incorporación, en momento alguno, de la persona a la Religión Católica, la prueba ha de acomodarse a la naturaleza de un hecho negativo, cual es que no está bautizada en el seno de la Iglesia Católica, o que, estando bautizada en la herejía o en el cisma, no se convirtió. Normalmente podrá ser suficiente la propia declaración de los contrayentes.

raticada por testigos o por cualquier otro medio de prueba, de que no han sido bautizados ni se convirtieron de la herejía o del cisma, según los casos, o que nacieron en un ambiente acatólico en el que resultara anómalo bautizar al nacido. Sin embargo, es lógico que, en este último supuesto, no se admita con facilidad que en España puedan darse estos ambientes, dado que los españoles son católicos en su casi totalidad. Y en estos casos ha de ser sumamente conveniente exigir las certificaciones negativas de bautismo, expedidas por los Párrocos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

En cambio, cuando conste que el contrayente fué bautizado en la Iglesia Católica o converso, debe exigírsele prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo. Esta prueba ha de realizarse también por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez la convicción de una auténtica apostasia. El Juez, si la prueba presentada no fuere concluyente, exigirá que se complete con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del artículo 42 del Código civil, pero evitando, asimismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles.

IV.—En la declaración presentada por los contrayentes, al efecto de contraer matrimonio civil, éstos manifestarán siempre si están bautizados en el seno de la Iglesia Católica o fueron convertidos a ella de la herejía o del cisma. En caso de que por éste u otros medios le conste al Juez el Bautismo o la conversión de uno de los dos contrayentes, procederá a hacer la notificación a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en los términos establecidos en el artículo 41 del Reglamento, consignando los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según la declaración, respecto de la Religión Católica y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la Autoridad eclesiástica diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el Juez, si obraren en el expediente, deberá facilitar copia o nota suficiente.

Están obligados a hacer la notificación expresada los jueces que, conforme al Código, reciban las declaraciones de los contrayentes. Ahora bien, el juicio sobre si procede autorizar el acto civil, corresponde al Juez elegido para la celebración del matrimonio. Ha de advertirse que en caso de que los contrayentes figuren con domicilios distintos, pertenecientes a diferentes Diócesis, no procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haberse realizado la notificación a uno y a otro Ordinario diocesano.

No obstante, el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesan la Religión Católica; en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fueren compatibles con la urgencia del acto.

V.—Las dudas que, conforme al artículo 100 del Reglamento puedan ser consultadas, han de versar fundamentalmente sobre cuestiones de Derecho, entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente, el de profesar o no profesar la Religión Católica,

en relación con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección y de los Jueces de Primera Instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que los Jueces que les están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e incluso, imponer la superior apreciación de las presentadas.

En garantía del cumplimiento de las normas legales, queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede adoptar las pruebas oportunas, y si estimare, frente al Juez que habría de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración (párrafo 3.º del art. 41), actuará, en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los artículos 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento.

VI.—Dada la importancia de estas cuestiones, los Jueces de Primera Instancia velarán muy especialmente por el cumplimiento de cuanto se expone en esta Instrucción por parte de los Jueces competentes para autorizar los matrimonios civiles, celo que igualmente pondrán los Jueces municipales y comarcales, tanto para cumplir ellos mismos lo jurídicamente dispuesto como para hacerlo cumplir a los Jueces de paz.

Los Jueces municipales o comarcales exigirán de los de paz que les den cuenta inmediata de las solicitudes de matrimonio civil que reciban, para instruirles urgente y debidamente de sus obligaciones, a fin de que se atengan a lo que en cada caso proceda.

En atención a los altos fines pretendidos, esta Dirección General interesa de V. E. que haga llegar la anterior Instrucción a los Jueces de Primera Instancia y Jueces Municipales y Comarcales del territorio.

Madrid, 2 de abril de 1957.—El Director General, *José Alonso*.—Excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de

II

La revista *Ecclesia*, de 6 de abril de 1957 (año XVII, núm. 821), ha publicado la siguiente carta, dirigida a todas las diócesis españolas por la Nunciatura Apostólica en España. En dicha carta se contienen las «normas prácticas para los expedientes matrimoniales de los que han abandonado la fe católica»:

«Madrid, 25 de marzo de 1957

Excelencia reverendísima:

Con Decreto de 26 de octubre de 1956, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 318, pág. 7131, el Gobierno español ha dispuesto que aquellos que, habiendo sido bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la

herejía o del cisma, hayan después, por desgracia, apostatado o rehusen estar sujetos a las normas matrimoniales canónicas, puedan, bajo determinadas condiciones, ser admitidos a la estipulación del llamado «acto civil».

No preciso hacer resaltar ante vuestra excelencia reverendísima la importancia que revisten las disposiciones enunciadas en materia tan relevante y delicada; y resultaría totalmente superfluo que yo insistiese sobre el celo con que la autoridad eclesiástica, cuya pastoral solicitud por el bien de las almas es perfectamente conocida, debe proceder a precaver a los fieles contra posibles defecciones y hacer respetar las leyes de la Iglesia. Sin embargo, para evitar en la práctica confusiones o dudas, creo oportuno llamar la atención de vuestra excelencia sobre las siguientes normas, propuestas para que todos los excelentísimos ordinarios sigan, en los casos que se presentaren, una misma línea de conducta:

1. Con sujeción al texto del susodicho Decreto gubernativo se pueden fijar estos puntos:

a) La admisión a la estipulación del acto civil solamente puede tener lugar en el caso en que ambos interesados hayan apostatado de la fe católica o cuando una persona que se halle en tal desdichada condición intente unirse con una acatólica.

b) La norma no puede, por tanto, ser extendida a otras condiciones de personas, aun cuando sean indiferentes u hostiles a la práctica de los deberes religiosos.

c) Aquellos que, habiendo sido bautizados en la Iglesia católica o a ella convertidos de la herejía o del cisma, hayan apostatado con posterioridad, si pretendieren ser admitidos al «acto civil», deberán formular petición, por escrito, a la autoridad civil, especificando el motivo y aduciendo las pruebas de su defección.

d) La autoridad civil deberá esmerarse en informar cuanto antes, sobre la petición que le ha sido hecha, a la autoridad diocesana interesada.

e) Y no se podrá proceder a la estipulación del «acto civil» antes de que haya transcurrido por completo un mes, a partir de la fecha en la cual haya sido informada la autoridad diocesana.

f) Continuará manteniéndose en pleno vigor todo lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil respecto a la imposibilidad de contraer matrimonio cuando hayan recibido las órdenes sagradas o se hallen ligados por voto solemne de castidad.

2. Teniendo presente cuanto precede, al ocurrir los casos indicados las autoridades eclesiásticas procederán de la siguiente forma:

a) Tan pronto sea recibida la notificación de las autoridades civiles, el ordinario u ordinarios interesados tendrán esmerada diligencia en comprobar si resulta efectivo el abandono de la fe católica por parte de los desdichados de quienes se trate, y, sobre todo si ello había ocurrido *tempore non suspecto*, y en evitar que realmente alguno se lance a declararse «no católico» al exclusivo fin de sustraerse a la legislación canónica del matrimonio: lo que equivaldría a abrir un portillo a la multiplicación de uniones civiles, con las funestas consecuencias fácilmente adivinables.

b) Será bien que los reverendísimos ordinarios pidan siempre a las autori-

dades civiles— si no va adjunta ya al acto de la notificación—la documentación presentada por los interesados para probar el verificado abandono de la fe católica.

c) Cuando esto no resulte conforme a verdad, sino que se compruebe tan sólo el caso de indiferencia o incluso de hostilidad a la práctica de la fe, será de ello informada la autoridad civil. En caso de particular importancia, los ordinarios podrán dirigirse directamente al excelentísimo señor ministro de Justicia, exponiéndole el resultado de las propias indagaciones.

d) Al mismo tiempo, los excelentísimos señores Obispos, por medio de los párrocos u otras personas que consideren idóneas, procurarán disuadir, con toda caridad y prudencia, a los interesados de su deplorable propósito, haciéndoles comprender las consecuencias de orden espiritual y moral a que se encaminan, y conminándoles con las penas que se citan en el siguiente número 3.

e) Cuando tales gestiones resultasen infructuosas al fin deseado, no se hará notificación alguna a la autoridad civil. Esta, sin embargo, no podrá autorizar la estipulación sin que primeramente haya transcurrido un mes completo desde la fecha en que haya recibido el aviso la autoridad eclesiástica.

3. Cuando, por fin, haya tenido lugar la estipulación del acto civil, el ordinario competente procederá a la declaración de las penas canónicas incurridas, que serán las siguientes:

a) Para los contrayentes ya católicos que han abandonado la fe, las señaladas en el canon 2.314 del C. I. C. Tal declaración será hecha *per modum praecepti*, esto es: con un breve decreto razonado, dada la certeza del delito, a tenor de los cánones 2.223, párrafo 4, y 1.933, párrafo 4.

b) Para los fieles católicos que eventualmente tomaran parte en la estipulación del acto civil actuando de testigos, el entredicho *ab ingressu Ecclesiae* de que trata el canon 2.277, por el escándalo que su comportamiento produce entre los fieles en una nación católica como España. También esta declaración deberá ser hecha en la forma arriba indicada.

4. Tratándose de censuras, éstas no cesan sino con la absolución (cn. 2.248, párrafo 1), la cual supone como condición el *recessus a contumacia*, que para los contrayentes consistirá en retornar a la fe, y, por consiguiente, legalizar canónicamente su posición matrimonial, o separarse; y para los testigos, la retractación pública del mal causado.

El vigilante celo de los sagrados pastores y la estricta observancia de las normas que indicadas quedan, harán que no se multipliquen en esta nación, con motivo del citado decreto, las uniones civiles entre personas obligadas al respeto de las prescripciones canónicas.

Con estos votos, y rogándole tenga la bondad de acusarme recibo de esta circular, en comunión de oraciones, aprovecho gustoso esta nueva oportunidad para reiterarme de vuestra excelencia reverendísima, atento seguro servidor, firmado: *Hildebrando Antoninetti, N. A.*

J. A. P.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José M.^a AMUBATEGUI, Rafael IZQUIERDO y José Luis LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. **NORMAS JURÍDICAS ESTATALES:** *Se reitera el principio de supremacía de la Ley, estableciéndose el orden jerárquico de las demás normas estatales.*

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: *Se reconoce la personalidad jurídica de la Administración del Estado dotando a ésta de privilegios y estableciendo garantías en favor de los administrados.*

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS FUNCIONARIOS: *Se instaura un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por toda clase de lesiones que su actividad ocasione a los particulares. Los funcionarios responderán en el triple ámbito penal, administrativo y civil, tanto frente a la Administración como frente a los particulares.* (Presidencia del Gobierno. Decreto 26 julio 1957 que aprueba el «Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». Boletín Oficial, 31.) (1).

A) EXPOSICIÓN:

a) *Normas jurídicas estatales.*—Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que regulen materias reservadas a la ley, infrinjan la ordenación jerárquica de las normas o no adopten la forma prescrita en cada caso (art. 28 en relación con los artículos 23 al 27).

a') *Materia reservada a la Ley.*

1) «La Administración no podrá... regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes» (art. 26).

2) «Los reglamentos, Circulares, Instrucciones y demás disposiciones

(1) Se hace uso de la autorización concedida por la disposición final 2.^a de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957 («B. O.» 22) para publicar un texto refundido de la misma y del Decreto-Ley de 25 de febrero de 1957 (ver ADC, tomo X, fasc. 2, págs. 531-532) sobre reorganización de la Administración Central del Estado.

administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una Ley votada en Cortes (art. 27) (2).

b') Ordenación jerárquica de las normas estatales.

1) La Ley.—«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes...» (art. 26).

2) «Las disposiciones administrativas de carácter general (que), se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa:

1.º Decretos (3).

2.º Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno (4).

3.º Ordenes ministeriales (5).

4.º Disposiciones de Autoridades y Organos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía» (art. 23, 2).

«Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior» (art. 23, 1).

c') Publicidad y entrada en vigor.—«Para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º del Código civil» (artículo 29).

b) *La Administración Pública.*

a') Personalidad.—«La Administración del Estado constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad única» (art. 1.º).

b') Organización.—«Los órganos superiores de la Administración del Estado, son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros. Todos los demás... se hallan bajo la dependencia del Jefe del Estado, del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente» (art. 2.º).

c') Competencia.—Se sigue el sistema de consignar en listas las facultades de mayor trascendencia jurídica y administrativa de los altos órganos del Estado, terminando las enumeraciones en cláusulas generales de remisión a la legislación vigente (arts. 10 al 16 y 19) (6). Respecto a los órganos

(2) Art. 9.º del Fuero de los Españoles, en su segundo inciso dice: "Nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la Ley votada en Cortes".

(3) "Adoptarán la forma de Decreto las disposiciones generales no comprendidas en los arts. 10 y 12 de la Ley de Cortes... y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el Ministro a quien corresponda. Si afectare a varios Ministerios, el Decreto se dictará a propuesta de los Ministros interesados, y será refrendado por el Presidente del Gobierno o el Ministro Subsecretario de la Presidencia" (art. 24, 1 y 2)

(4) "Cuando la disposición... dimanare de una Comisión delegada del Gobierno... revestirá la forma de Orden del Ministro competente o de la Presidencia del Gobierno, dictada a propuesta de los Ministros interesados..." (art. 25, 2).

(5) "Las disposiciones de los Ministros adoptarán la forma de Ordenes e irán firmadas por el titular del Departamento" (art. 25, 1).

inferiores se hace remisión a los Reglamentos orgánicos de cada Ministerio (art. 20).

Se regula la delegación de facultades, estableciendo límites y prohibiendo la delegación de atribuciones que hayan sido, a su vez, delegadas (artículo 22).

d') Posición jurídica de la Administración.

a") Prerrogativas.

1) Ejecutoriedad.—«Los actos y acuerdos de las Autoridades y Organismos de la Administración serán inmediatamente ejecutivos...», salvo disposición en contrario o que requieran aprobación o autorización superior (artículo 33). «La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos que una disposición establezca lo contrario, no suspenderán la ejecución del acto impugnado; pero la Autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. El acuerdo de suspensión será motivado» (artículo 34).

2) Exención de interdictos.—«Contra las providencias dictadas por las Autoridades administrativas en materia de su competencia, y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no procede la acción interdictal» (art. 38).

b") Garantías.

1) Sometimiento al Derecho que la propia Administración se dicta.—«Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas» (art. 30).

2) Prohibición de anular sus propios actos.—«La Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derecho, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados. Podrán, sin embargo, dentro del mismo plazo, rectificarse los errores materiales y de hecho» (art. 37).

3) Garantía formal.—«Las resoluciones y acuerdos que dicte la Administración... no serán con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo» (art. 31).

4) Garantía jurisdiccional.—«Contra los actos o acuerdos de la Administración que pongan fin a la vía administrativa podrán ejercitar los interesados las acciones que procedan ante la jurisdicción competente...» (artículo 35) (7).

5) Responsabilidad.—Ver a continuación.

c) Responsabilidad de la Administración y de los funcionarios.

a') Responsabilidad patrimonial del Estado.

(6) «La Ley no dedica ningún precepto particular al Jefe del Estado, por entender que sus atribuciones y prerrogativas, respetadas en su integridad y atendida su naturaleza esencialmente política, deben ser objeto especial de una Ley» (de la Exposición de Motivos).

(7) El art. 36 especifica las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa.

a") Lesiones que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

1) **Ambito.**—«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor...» (art. 40, 1).

2) **Requisitos:** el daño.—Habrà de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización (art. 40, 2).

3) **Jurisdicción.**—Cuando se trate de actos impugnables en vía contenciosa, el perjudicado podrá optar por pedir la indemnización en vía administrativa. Tanto en este caso como cuando se trate de actos no impugnables en vía contenciosa, la resolución que recaiga en la vía administrativa será susceptible de recurso contencioso-administrativo en cuanto a la procedencia y cuantía de la indemnización (art. 40, 2 y 3).

4) **Prescripción.**—«... el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización» (art. 40, a. f.).

b") **Daños y perjuicios causados por el Estado actuando en relaciones de derecho privado.**—«... responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad... habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios» (artículo 41).

b') **Responsabilidad de las Autoridades y funcionarios del Estado.**

a") **Responsabilidad civil.**

1) **Frente a la Administración** (art. 42).

1') **Lesiones a particulares.**—Sin perjuicio de que los particulares sean indemnizados por la Administración, ésta podrá exigir responsabilidad por culpa o negligencia grave de sus funcionarios.

2') **Daños en los bienes y derechos del Estado.**—Es requisito la culpa o negligencia graves del funcionario.

3') **Garantías.**

1") **Administrativa.**—Expediente con audiencia del interesado.

2") **Jurisdiccional.**—Recurso contencioso-administrativo.

2) **Frente a los particulares.**

1') «Los particulares podrán... exigir a las Autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos» (art. 43).

2') **Competencia «ratione personae».**

1") Los Ministros ante el Tribunal Supremo en Pleno.

2") Los que tengan categoría igual o superior a Jefes Superiores de Administración ante la Sala primera del Tribunal Supremo.

3") Los demás ante la Audiencia Territorial respectiva.

b") **Responsabilidad penal.**

1) **En general.**—Se exigirá ante los Tribunales de Justicia competentes

sin que en ningún caso sea requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la Administración (art. 44).

2) Delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos.—Competencia «ratione personarum» (art. 46):

1') Los Ministros ante el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, quien se pronunciará previamente sobre la procedencia de la apertura del sumario.

2') Los Subsecretarios, Directores Generales, Gobernadores civiles y Autoridades y funcionarios con categoría de Jefes Superiores de Administración ante la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo.

3') Los demás ante las Audiencias provinciales.

c") Responsabilidad disciplinaria.—Será exigida de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Funcionarios y disposiciones especiales de cada Cuerpo (art. 48).

d") Régimen especial.—«La responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal, será exigida conforme a lo establecido en las disposiciones especiales por que se rigen» (art. 49).

B) OBSERVACIONES:

1) Es verdaderamente notable la producción en los últimos años de leyes reguladoras de la materia administrativa. Esta importante Ley de Régimen Jurídico de la Administración ha venido a culminar y casi a completar la obra legislativa encaminada a recoger los principios y normas de nuestro Derecho Administrativo, dotando, al mismo tiempo de bases seguras al desarrollo y exposición del mismo Derecho. Se consagran en su más amplia generalidad los principios cardinales de la Administración del Estado en sus aspectos orgánico y funcional.

2) En primer término hay que resaltar la declaración de la personalidad única de la Administración del Estado. Con éllo se pone definitivamente «fuera de la ley» la tesis, ya criticada por la doctrina, de la doble personalidad de la Administración. Asimismo, se distingue entre la Administración Pública, como abstracción doctrinal que hace referencia a todas las personas públicas y la Administración del Estado, como una de estas personas, la de mayor importancia e interés.

3) En los preceptos destinados a la organización se diferencian perfectamente las figuras del Jefe del Estado y del Presidente del Gobierno. Las atribuciones de aquél no se regulan, por entender que deben ser objeto de una ley especial.

4) En cuanto al régimen de la competencia, aparece regulado por primera vez, lo relativo a delegación de atribuciones, en términos de gran precisión.

5) Es de fundamental interés la ordenación jerárquica de las normas estatales. Se efectúa siguiendo la opinión unánime de la doctrina, respetándose los dos principios básicos de reserva legal y supremacía de la ley. Las disposiciones administrativas de carácter general se ordenan según la jerarquía del órgano que las dicta.

6) Es, en todo momento, preocupación del legislador velar por el sometimiento de la Administración del Derecho, incluso al que ella misma se dicta por medio de las disposiciones generales emanadas de sus órganos. En este sentido es de gran valor el precepto contenido en el artículo 30 prohibiendo que los actos particulares infrinjan disposiciones generales.

aunque aquéllos procedan de autoridad de igual o superior jerarquía respecto a la que dictó éstas.

7) Pero el sometimiento de la Administración al Derecho se efectúa dotándole de un régimen jurídico especial exorbitante del común: el llamado régimen administrativo, heredado del sistema francés y tradicional ya entre nosotros. Se basa en el equilibrio de dos ideas dialécticas: prerrogativa de la Administración y garantía de los administrados.

8) En materia de prerrogativas es de destacar la posibilidad de suspensión de la ejecución del acto administrativo cuando de ella pudieran seguirse perjuicios de imposible o *difícil* reparación. La exención de interdictos contra la Administración se regula en análogo sentido o lo dispuesto por el artículo 403 de la Ley de Régimen local estableciendo el doble requisito de que haya una providencia administrativa y que esté dictada dentro de la competencia del órgano del que emane.

9) Relativamente a las garantías es completo el cuadro que se presenta a nuestra consideración. El artículo 30 significa el sometimiento pleno de la Administración a las normas generales emanadas de sus propios órganos. Se regula con gran acierto la revocación de los actos administrativos, permitiendo que la Administración anule sus actos manifiestamente ilegales aun cuando sean declaratorios de derechos y equilibrando estas prerrogativas con la garantía de fondo que supone la intervención del Consejo de Estado y la preclusión temporal de los cuatro años, a fin de que las situaciones creadas por estos actos no queden indefinidamente inestables.

10) Por último, es de enorme importancia la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus funcionarios. En cuanto a aquélla alcance plenitud el propósito, ya ampliamente logrado por virtud de los artículos 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, de que la Administración indemnice la totalidad de los perjuicios que su actividad origine. El artículo 41 se enlaza con lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. Se consagra la doctrina del órgano, entendiendo que los actos del funcionario son actos propios de la Administración, por lo que se aplicará el artículo 1.902 y no el párrafo 5.º del artículo 1.903, cuya estrecha interpretación jurisprudencial había conducido a un estado de práctica irresponsabilidad administrativa (8).

Sobre responsabilidad civil de los funcionarios se mantiene el principio consagrado por la Ley de 5 abril 1904 de sujetarlos a responsabilidad cualquiera que sea su clase y jerarquía.

(J. A.)

2. DISPOSICIONES LEGALES: PUBLICACIÓN: *Deben insertarse en el «Boletín Oficial del Estado», todas las disposiciones de carácter general: Leyes, Decretos-leyes, Decretos, Reglamentos, etc., y, en general, todo aquello que concretamente disponga alguna norma jurídica.* (Decreto de 28 de marzo de 1957, aprobando el Reglamento del «Boletín Oficial del Estado: Boletín Oficial del 1.º de abril.)

A. EXPOSICIÓN.—Interesa destacar del nuevo Reglamento del «Boletín Oficial del Estado», los siguientes preceptos:

Artículo 1.º. El «Boletín Oficial del Estado» es el primer periódico oficial del Estado español, y en él se insertarán todas las disposiciones de carácter general y las resoluciones relacionadas en el artículo 5.º del presente Reglamento.

(8) Sobre esta cuestión puede verse el trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa*, en ADC. tomo VIII, fasc. IV, págs. 1104 y ss.

Art. 2.º El texto de las disposiciones legales que se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado» tendrá la consideración de auténtico. Los posibles errores en su publicación habrán de corregirse en la forma que previene el artículo 14, de este Reglamento (1).

Art. 5.º El texto del «Boletín Oficial del Estado», estará integrado por:

a) Leyes, Decretos-leyes, Decretos, Reglamentos, Instrucciones, Estatutos, Ordenes, Convenios, Tratados, Fueros, Circulares, Estadísticas y otras disposiciones y documentos que emanen de la Jefatura del Estado o de los Organismos de la Administración Central.

b) Y, en general, todo aquello que concretamente disponga alguna norma jurídica.

Art. 10. 2. Las disposiciones de carácter general, se publicarán íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado».

B. OBSERVACIONES.—1. Conforme a lo ordenado en el artículo 10 del Decreto-ley de 25 de febrero de 1957, el «Boletín Oficial del Estado», ha pasado a depender, a todos los efectos, de la Presidencia del Gobierno, lo cual, junto a razones de perfeccionamiento técnico, obliga a dictar nuevo Reglamento en sustitución del que regía de 1.º de septiembre de 1948, que ahora expresamente se deroga.

2. El mandato de inserción que establece el artículo 1.º, ha sido reiterado en forma más terminante en el artículo 29 del texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957: «Para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas, habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo primero del Código civil.» Parece innecesario aclarar que no se refiere a las Leyes, porque respecto de éstas la publicación viene ya ordenada en el citado artículo 1.º, del Código civil (2).

En relación con el artículo 1.º del Reglamento, es de señalar que no se hace en él la salvedad que contenía el correlativo del Reglamento de 1948, «salvo aquellas que por su índole sean reservadas», lo cual es encomiable, no siéndolo quizá tanto el que del artículo 5.º actual, se haya suprimido el apartado 1) del artículo 2.º, del Reglamento anterior, conforme al cual también estaría integrado el texto del Boletín Oficial, por «las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, las del Consejo Supremo de Justicia Militar, y las resoluciones de los demás Tribunales Superiores». Por lo que al Tribunal Supremo se refiere, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 1.793, ordena la publicación en la Gaceta de

(1) Art. 14, 1. Si alguna disposición oficial apareciere publicada con erratas que alteren o modifiquen su sentido, será reproducida inmediatamente en su totalidad, o en la parte necesaria con las debidas correcciones.

(2) La publicación de toda clase de disposiciones en el periódico oficial como requisito de obligatoriedad, independientemente del sistema que se siga para la entrada en vigor, fué ya exigida en la Ley de 28 de noviembre de 1837, y Real Decreto de 9 de marzo de 1851. En el C. c. viene determinado por el art. 1.º, que sustituye a la Ley y Real Decreto citados, y que por ello y por su colocación en el título preliminar, se refiere a todas las «disposiciones generales» y no sólo a las Leyes, como ya mantuvieron una R. O. de 22 de mayo de 1891, y las sentencias de 22 de junio de 1910, 28 de septiembre de 1918 y 17 de marzo de 1922. Actualmente ya no se plantea problema ante el texto arriba transcrito de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Sobre el requisito de la publicación de la Ley, puede verse, De Castro, «Derecho Civil de España», Parte General. Madrid, 1949, págs. 354 y 355.

Madrid, y la inserción en la Colección Legislativa de las sentencias en que se declare haber o no lugar al recurso, y aquellas en las que se resuelva la no admisión del mismo. Este precepto incumplido reiteradamente en lo que al Boletín Oficial del Estado se refiere, pese al apartado l) del artículo 2.º, del Reglamento de 1.948, sigue siendo de obligatoria observancia, no sólo por no haber sido derogado dado su rango legal, sino porque el apartado k) del artículo 5.º del actual Reglamento, dispone como ha quedado transcrito la publicación de «todo aquello que concretamente disponga alguna norma jurídica» (3).

(R. I. A.)

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954* (1). (Decreto de 26 de abril 1957; B. O. del 20 junio.)

Es de destacar que, con arreglo al párrafo 2.º del artículo 133 de esta disposición, «Las Corporaciones locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo» (se refiere a la indemnización por otros daños en los supuestos de los artículos 120 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa). De este modo se resuelve, en sentido afirmativo, el problema acerca de si la Ley de Expropiación Forzosa, que contenía una regulación más amplia y generosa para los administrados, había derogado en este punto la regulación específica de la Ley de Régimen Local (arts. 405 y sigs.) (2). La progresiva ampliación del ámbito de la responsabilidad administrativa realizada por la Ley de Expropiación Forzosa, es pues, aplicable a todas las esferas administrativas.

2. INSCRIPCIÓN DE BIENES DE LA IGLESIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *En los supuestos de nuevas Demarcaciones Diocesanas el documento canónico, que formalice la entrega de Actas y Documentos relativos a clérigos, fieles y bienes temporales a la respectiva Curia episcopal, sirve en principio para legitimar la actuación judicial y extrajudicial del Prelado con respecto a todos los bienes adscritos a su Diócesis por la nueva demarcación e incluidos en aquél (art. 1.º); los cambios de titularidad producidos por las nuevas Demarcaciones en bienes de la Iglesia inscritos en el Registro de la Propiedad se harán constar en éste por nota al margen del respectivo asiento, mediante la presentación del certificado suscrito por los dos Prelados interesados en el que se relacionen dichos bienes con referencia al mencionado documento de entrega (art. 2.º).* (Orden de 19 de junio 1957; B. O. del 21.)

(3) En la Ley de Enjuiciamiento Criminal la reforma que de la casación penal se hizo por Ley de 16 de julio de 1949, suprimió de los arts. 888 y 905, la necesidad de publicación de las Sentencias en la Gaceta de Madrid, entonces ya Boletín Oficial del Estado.

(1) V. Exposición y observaciones a la Ley de Expropiación Forzosa en ADC, tomo VIII, fasc. II, págs. 539 y sigs.

(2) En este sentido se había manifestado García de Enterría: «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa» en ADC, tomo VIII, fasc. IV, págs. 1137-1138.

Se dicta la presente orden ministerial para resolver los problemas planteados por las nuevas Demarcaciones Diocesanas con relación a los bienes inmuebles afectados por las mismas, y concretamente la forma en que se han de hacer constar en las inscripciones correspondientes las variaciones de titularidad y el modo como el Prelado, a cuya jurisdicción pasan los bienes, puede justificar su facultad dispositiva judicial y extrajudicialmente.

Hay que poner en relación esta disposición con los artículos IX (revisión de las circunscripciones diocesanas) y XXXVI (entrada en vigor y disposiciones para su ejecución), del Concordato de 27 de agosto de 1953, al que expresamente se refiere el preámbulo «apreciando el valor» con fuerza de Ley» que ostenta.

205. (R. I. A.)

DERECHO PROCESAL

1. **EMPLAZAMIENTO: PRELADOS: INMUNIDAD:** *Se interpreta el párrafo 1.º del artículo XVI del vigente Concordato.* (Canje de Notas entre la Nunciatura Apostólica y el Ministerio de Asuntos Exteriores de 4 de junio y 6 de julio 1957; B. O. del 12 de julio.)

A.—EXPOSICIÓN.—La interpretación aludida del párrafo 1.º del artículo XVI del vigente Concordato de 27 de agosto de 1953, dice así:

«No podrán ser emplazados ante un Tribunal laical, sin que se haya obtenido previamente la necesaria licencia de la Santa Sede, los Cardenales, los Legados de la Santa Sede, los Obispos aunque sólo sean titulares, los Abades y Prelados nullius, los Oficiales Mayores de la Curia Romana por asuntos pertenecientes a sus cargos, y los Superiores Supremos de las Ordenes y Congregaciones religiosas clericales exentas. La misma norma se aplicará también a los Moderadores Supremos de las demás Congregaciones e Institutos Religiosos de Derecho Pontificio, tanto de varones como de mujeres, aunque no gocen de exención, pero estos, sólo en el caso de que sean demandados por actos inherentes al ejercicio de las funciones privativas de sus cargos».

B. **OBSERVACIONES:** 1.—La interpretación anterior se ha hecho procediendo en conformidad a lo previsto en el artículo XXXV, número 1, del vigente Concordato, y se recoge en ella el párrafo 2, del canon 120 del Código de Derecho Canónico, agregando los Superiores Supremos de las Ordenes y Congregaciones religiosas clericales exentas sin ninguna limitación, y los Moderadores Supremos de las demás Congregaciones e Institutos religiosos de Derecho Pontificio, aunque no gocen de exención, pero, sólo en el caso de ser demandados por actos inherentes al ejercicio de las funciones privativas de sus cargos. También se dice «Tribunal laical» en lugar de «Juez laico», que es como se expresa el párrafo 1.º del artículo XVI.

2. El profesor Guasp (1) estima que por el texto y la colocación al principio del artículo 16, este párrafo 1.º, se refiere tanto al proceso civil

(1) Conferencia sobre «El Concordato y el Derecho Procesal del Estado» inserta en el volumen editado por la Facultad de Derecho de Madrid, «El Concordato de 1933». Madrid, 1956. Sobre este punto, págs. 254 a 256.

como al penal, aunque pudiera estimarse la inaplicación respecto al segundo, porque en él no hay emplazamiento en sentido técnico. Acaso, expone también, esta inmunidad no sea muy conveniente ni aún para aquellos a quienes se refiere.

(R. I. A.)

2. ACTOS PROCESALES: TIEMPO. DÍAS INHÁBILES: *Se declaran días inhábiles en su integridad a efectos judiciales y para protestos notariales de letras de cambio, los días jueves, viernes y sábado Santos.* (Orden de Justicia de 15 de abril 1957; B. O. del 16).

3. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: ÓRGANOS: *Se crea una sala de lo Contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo, que se denominará Sala 5.ª, pasando a llamarse Sala 6.ª la que en la actualidad ostenta aquél nombre.* (Justicia. Decreto de 14 de junio 1957; B. O. 29) (1).

Se dicta la presente disposición en virtud de autorización concedida al Gobierno por la disposición adicional 1.ª de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956.

(1) Por Orden del M. de Justicia de 6 de septiembre de 1957 ("B. O." 9) se regula provisionalmente la distribución de asuntos entre las Salas III, IV y V.

DECRETOS DE COMPETENCIA

A cargo de José M.^a AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE

1. INTERDICTO DE RECOBRAR FRENTE A LAS CORPORACIONES LOCALES: *Procede el ejercicio de la acción interdictal contra la Administración cuando no exista providencia de la Autoridad administrativa dictada dentro de su competencia sobre el objeto a que el interdicto se refiere.*

VÍA GUBERNATIVA: *La omisión de la reclamación previa en vía gubernativa no es suficiente para alterar la distribución de competencias, entre Autoridades de distinto orden, por tratarse de una excepción procesal que debe someterse al conocimiento de la Autoridad jurisdiccional (Decreto 31 enero 1957; B. O. 5 febrero).*

CONSIDERANDO: «Que... con arreglo al párrafo 2.º del artículo 403 de la Ley de Régimen Local, no procede la interposición de interdictos contra las providencias de los Alcaldes, dentro de su competencia, siendo además indispensable, en el caso de tratarse de lesión de derechos civiles, el haber agotado previamente la vía administrativa, conforme dispone el artículo 376 del propio texto legal.»

CONSIDERANDO: «Que... para que no proceda la interposición de un interdicto, según el expresado texto legal (se refiere al art. 403 L. R. L.), es preciso, en primer término, que mediante él se pretenda impugnar una providencia de la Autoridad local...».

CONSIDERANDO: «Que en el presente caso no ha existido providencia alguna del Ayuntamiento de C..., puesto que, según se acredita en los autos con certificación del Secretariado de la Corporación Local... la ocupación de las fincas... no es el resultado de providencia alguna de la Autoridad local, sino simplemente actuación de hecho de la misma...».

CONSIDERANDO: «Que la omisión de la reclamación previa en la vía administrativa, conforme se ha declarado reiteradamente en otros Decretos resolutorios de competencia, no tiene fuerza suficiente para alterar las normas que regulan la distribución de competencias entre Autoridades de distinto orden; habiendo de ser, a mayor abundamiento, examinado y resuelto por la propia Autoridad jurisdiccional, dado el carácter de excepción que tiene, según el número 7 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que es manifiesto que la omisión de este trámite, que de ningún modo pudo ser tenido en cuenta de oficio por la Autoridad judicial, no es suficiente para atribuir el conocimiento del asunto a la Autoridad gubernativa.»

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado se decide a favor del Juez de 1.^a Instancia.

2. INTERDICTO DE RECOBRAR FRENTE A LAS CORPORACIONES LOCALES: *No procede cuando un Ayuntamiento obra en el círculo de sus atribuciones, recuperando por sí un terreno usurpado por tiempo inferior a un año. Es en*

cambio, competencia de los Jueces y Tribunales ordinarios la protección de la propiedad de los particulares y sus estados posesorios por más de un año, con arreglo a las vías procesales que respectivamente correspondan. (Decreto 17 enero 1957; B. O. del 22.)

D.ª M. A. roturó un trozo de parcela que afirmó formar parte de una finca heredada de su padre, llamándole la atención el Ayuntamiento de M., que entendía que el trozo roturado pertenecía a un prado municipal, para que lo dejase a la libre disposición del Municipio. El propio Ayuntamiento procedió, además, a señalar en la indicada finca una franja de terreno que consideraba formar parte de un camino vecinal ocupado de antiguo por don M. A., quien, en vista de tales hechos y desestimada por el Ayuntamiento la reclamación previa interpuesta ante el mismo, entabló ante el Juzgado de primera Instancia correspondiente interdicto de recobrar la posesión.

El Gobernador civil de la provincia requirió de inhibición al Juzgado, entendiéndolo: 1.º Que respecto a la parte del prado municipal roturada por el actor, debía fuese recuperada por el Ayuntamiento por no haber transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 404 de la Ley de Régimen local. 2.º Que el acuerdo por el que se procedió al trazado de un camino vecinal en la finca del demandante fué tomado por el Ayuntamiento dentro del círculo de sus atribuciones, según lo establecido en el artículo 101 L. R. L., por lo que, a tenor del artículo 403 del mismo cuerpo legal, no debía interdicto contra la Administración.

El Juzgado se declaró competente por entender que había pasado más de un año desde que el actor se encontraba en posesión de la finca por la que el Ayuntamiento señaló el camino vecinal, siendo, por tanto, procedente el interdicto y en cuanto a la roturación practicada por el actor de un trozo de terreno porque venía también en posesión de dicho señor, al estarlo en la totalidad de finca, aunque la hubiese tenido en erial varios años.

Oído el dictamen emitido por la mayoría del Consejo de Estado, de conformidad con el voto particular formulado por la minoría de la misma y previa deliberación del Consejo de Ministros se decide la cuestión «a favor de la Administración en cuanto se refiere al trozo de terreno roturado por el actor» en el prado municipal de V. y «a favor de la Autoridad judicial en cuanto a la franja de terreno ocupada por el citado Ayuntamiento a través de la finca que el demandante posee de antiguo en el expresado término municipal». Se basó esta decisión en los siguientes considerandos:

Tercero: «Que tratándose en este conflicto de terrenos completamente distintos e independientes, sin otra conexión que la de su proximidad, cercanía y aun contigüidad, son perfectamente identificables por sus características de naturaleza, circunstancias y acacimientos y tiempos y deben aplicársele a cada uno las normas que legalmente procedan.»

Cuarto: «Que por lo que respecta al trozo roturado en el prado de V., tratándose de una usurpación reciente y de comprobación fácil, el Ayuntamiento de M. obró dentro del círculo de atribuciones que le encomienda la L. R. L. defendiendo y conservando bienes de su patrimonio, y pudo y ha podido y debido recuperar el trozo usurpado en tiempo inferior a un

año, no pudiendo el Juez de P. conocer en vía interdictal sobre este extremo con arreglo al artículo 404 de la L. R. L.»

Quinto: «Que al acotar, en cambio, el repetido Ayuntamiento una franja de terreno en la finca que el demandante viene poseyendo o detentando, ejerció el Ayuntamiento de M. funciones que no le corresponden, puesto que la propiedad de los particulares y sus estados posesorios por más de un año están protegidos por los Jueces y Tribunales ordinarios, con arreglo a las vías procesales que respectivamente correspondan.»

3. COMPETENCIA PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE POLICÍA SOBRE BIENES MUNICIPALES DE DOMINIO PÚBLICO: *Corresponde exclusivamente al Municipio, siendo inadmisibile toda discusión acerca de su validez ante la Jurisdicción ordinaria.* (D. 9 octubre 1956; B. O. del 14.)

Don Gaspar P. N. dedujo ante el Juzgado Comarcal de V. demanda de juicio verbal civil contra tres vecinos a los que imputaba haber pasado por un camino que atraviesa y corresponde a una finca rústica de la que aseguró ser dueño y cuya posesión estaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los causantes del actor. El Gobernador civil de la provincia requirió de inhibición al Juzgado por entender que el camino en litigio era de uso público desde tiempo inmemorial, correspondiendo al Municipio su defensa y conservación. El Juzgado insistió en su competencia por estimar que las atribuciones que el artículo 101 de la Ley de Régimen Local confiere a los Ayuntamientos para la defensa de los intereses municipales, han de ejercitarse ante el Tribunal competente, mediante la oportuna acción por tratarse de la defensa de un derecho civil privado y ser éste el espíritu que informa la Ley citada y lo que dispone el artículo 51 de la L. E. C.

De conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros se decide la competencia «a favor del Gobernador civil» según los siguientes Considerandos:

Segundo: «Que si los demandados han utilizado dicho camino ha sido porque el Ayuntamiento de S. que lo mantiene adscrito al conjunto de los bienes municipales... garantiza su uso público a pesar de los reiterados intentos del actor para impedir el libre tránsito, anteriores en su fecha a la de presentación de la demanda, que fueron reprimidos mediante el empleo de medidas de Policía adecuadas.»

Tercero: «Que, por consiguiente, la cuestión de la que pretende conocer el Juzgado... no cabe restringirla a los límites de una simple contienda entre particulares, puesto que su decisión depende del criterio que se forme respecto de la licitud de las medidas de Policía Rural adoptadas en relación con el hecho de mantenerse incorporado el bien controvertido al conjunto de bienes municipales.»

Cuarto: «Que el conocimiento del asunto por el Juzgado Comarcal entrañaría una evidente intromisión en el círculo de atribuciones del Ayuntamiento de S. por ser de la exclusiva competencia municipal a tenor de lo dispuesto en los artículos 101 y 116 de la L. R. L., el ejercicio de las funciones de Policía Urbana y Rural, para la conservación, defensa

y debida utilización de los bienes de dominio público, sitos en el término; ostentar carácter inmediatamente ejecutivo, conforme al artículo 361 de la L. R. L. los actos y medidas con este fin acordados y ser inadmisibles toda discusión acerca de su validez, en el caso actual, por no haber sido impugnados en la forma legal procedente.»

Quinto: «Que las funciones que la L. R. L. confiere a los Ayuntamientos para el cuidado y conservación de los bienes de dominio público que les pertenezcan, quedarían sin la debida eficacia, si fuese suficiente la interposición de una acción civil contra cualquier particular usuario que incluso pudiera estar en convivencia con el actor para allanarse a la demanda para que fuese factible la discusión ante la jurisdicción ordinaria, sin posible defensa de las entidades municipales, por no ser parte en el litigio del problema de la naturaleza de los bienes y de la licitud de las medidas de policía adoptadas.»

Sexto: «Que lo expuesto no es óbice para que si el demandante D. Gaspar P. N. estima lesionados sus derechos de carácter civil por los actos del Ayuntamiento de S. pueda ejercitar la acción que corresponda en la vía judicial ordinaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 403 de la I. R. L.»

4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS COMETIDOS EN UN MONTE PÚBLICO: *El conocimiento de un sumario criminal no puede corresponder en modo alguno a la Administración, ni la defensa de la posesión de un monte catalogado puede ser causa para interrumpir el curso de un procedimiento criminal.* (D. 26 julio 1956; B. O. 13 de agosto.)

En el Juzgado de Instrucción de T. comenzó a instruirse un sumario contra varios guardas forestales, por supuesto delito de hurto y daños en una finca propiedad de la denunciante, según acreditaba una Sentencia recaída en juicio verbal civil e incorporada al sumario. El Gobernador civil de la provincia requirió de inhibición al Juzgado, por estimar que el problema de que se trata debería ser sustanciado administrativamente y resuelto en esa vía, pues los hurtos y daños, materia del sumario, se produjeron como consecuencia del aprovechamiento ejecutado en el monte público lindante con la propiedad de la denunciante.

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, y de acuerdo con el Consejo de Ministros se decide la cuestión «en favor del Juez de Instrucción» sobre la base de los siguientes Considerandos:

Segundo: «Que no se trata... de la necesidad de deslindar un monte público, que pudiera operar como cuestión previa antes de proseguir el procedimiento criminal, como en el Decreto resolutorio de competencia invocado por el requirente» (D. c. 18 de enero de 1951).

Tercero: «Que tampoco se trata de la reclamación de la posesión de un terreno incluido en el «Catálogo de Montes de Utilidad Pública», contra la presunción posesoria que el catálogo establece y que, por otra parte, a los Agentes de la Administración se les notificó a tiempo una sentencia, ya firme, por la que se declaraba a efectos del mantenimiento de la posesión de la denunciante que el terreno en que el Juzgado ha apreciado que se cometieron los hechos estaba en posesión de la demandada, precisamente porque ésta tiene la propiedad del mismo.»

Cuarto: «Que el conocimiento de un sumario criminal en modo alguno puede corresponder a la Administración y que, en este caso, ni se ha invocado por ésta la existencia de una cuestión previa, ni dicha cuestión aparece como necesaria, y que la defensa de la posesión de un monte catalogado, que pudiera haber sido suficiente, si no existiese una sentencia sobre la propiedad del mismo, para impedir el progreso de un interdicto, no puede ser causa para interrumpir el curso de un procedimiento criminal.»

5. RECURSOS CONTRA LOS FALLOS DE TRIBUNALES DE RIEGOS: *Deben interponerse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, por agotar aquellos fallos la vía gubernativa.* (D. 17 de enero de 1957; B. O. del 22.)

El Tribunal Central de Riegos del Sindicato del Pantano de B. condenó a don Isidro C., don Francisco F. y don Miguel F. al pago de una multa y al abono de una indemnización en concepto de daños por irregularidades en el uso de aguas de la acequia, estancamiento culpable e inundación de determinados predios. Contra la Sentencia de dicho Tribunal interpuso recurso de alzada ante la Confederación Hidrográfica del Duero, por entender que tal era el recurso procedente, don Miguel F. en tanto que don Isidro C. y don Francisco F. impugnaron la misma sentencia ante el Tribunal provincial de lo Contencioso-administrativo, por entender ser ésta la vía utilizable. Al solicitar este último Tribunal le fuese remitido el expediente administrativo y conociendo que el mismo se encontraba en la Confederación Hidrográfica, requirió a ésta de inhibición por entender sustancialmente que, estando agotada la vía administrativa, por ser ejecutivas las resoluciones de los Jurados de Riego, sólo procedía utilizar contra aquella sentencia la vía contencioso-administrativa. La Confederación Hidrográfica, apartándose del informe del Abogado del Estado favorable a la inhibición, resolvió mantener su competencia sobre el asunto en cuestión, por entender, de acuerdo con lo dispuesto en la Real Orden de 15 de junio de 1899 y determinada jurisprudencia, que el recurso procedente es el administrativo.

De conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado, se resuelve la competencia en favor del Tribunal provincial de lo Contencioso-administrativo, considerando:

Segundo. «Que... la Sentencia dictada, al revestir el fallo carácter ejecutivo, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 245 de la Ley de 13 de junio de 1879, es incuestionable que pone término, de modo definitivo, a la vía gubernativa, sin que, en consecuencia, quepa fundamentar el recurso en las normas de procedimiento establecidas en la R. O., «no publicada» en la «Gaceta de Madrid» de 15 de junio de 1899, porque esta disposición, aun sin la falta de publicidad indicada, por su índole, carece de eficacia jurídica, a tenor del artículo 5.º del Derecho civil para derogar o modificar el antedicho texto de la Ley de Aguas.

Tercero: «Que precisamente por haber causado estado la Sentencia, su revisión incumbe, con arreglo al artículo 253 Ley de 15 de junio de 1879, a la Jurisdicción contencioso-administrativa, a la que terminantemente encomienda, respecto de las providencias definitivas de la Admi-

nistración en materia de aguas, la facultad de revisarlas, entre otros casos, en los de imposición a la propiedad privada, de servidumbres y demás limitaciones y gravámenes y en los resarcimientos de daños y perjuicios derivados de los anteriores, y a la que, asimismo, corresponde, como ratifica el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de enero de 1936 y 31 de octubre de 1951, la función de anular los fallos dictados por los Jurados de Riego que entrañen extralimitación de atribuciones.»

Cuarto: «Que, por consiguiente, la Confederación Hidrográfica, al admitir y tramitar el recurso examinado, ha invadido las funciones propias de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y, concretamente, las del Tribunal provincial perteneciente a dicha jurisdicción... al que, por razón del territorio, incumbe la revisión de la Sentencia.»

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BLOMEYER, Arwed: *Allgemeines Schuldrecht. 2. Auflage.* Verlag. Franz Vahlen G. m. b. H. Berlin und Frankfurt a. M. 1957. 362 págs.

Apenas transcurridos los tres años de aparecer este libro, y ya se publica su segunda edición. De la primera se dió cuenta «in extenso» en este ANUARIO (VII, fasc. 1.º, enero-marzo, 1954, págs. 239-240). La nueva redacción deja intacta la estructura de la obra y tampoco altera su extensión (aumenta sólo en dos páginas); su novedad consiste en recoger el desarrollo de la doctrina de los últimos años y en precisar algún extremo.

Nada fundamental hay que añadir a lo dicho en la nota bibliográfica de la primera edición (a lo que remitimos al lector); quizá sólo subrayar la buena acogida que ha tenido esta parte general del Derecho de obligaciones, que ha hecho necesario tan pronto una nueva edición. Buen éxito ciertamente merecido, por su acierto expositivo e interna solidez, por la simplicidad y claridad de la exposición y por la habilidad con la que se eligen los ejemplos, tomados de la práctica judicial y engarzados a lo largo del texto del modo más útil, para puntualizar y dar vida a las cuestiones tratadas.

R. E. D.

DE CAMPS Y ARBOIX, Joaquín: «Bibliografía del Derecho Catalán Moderno». Barcelona, Bosch, 1956, 120 págs.

Nada mejor que reproducir las palabras del autor para apreciar su propósito con la publicación del presente librito. «El Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716 —nos dice— es en la historia del Derecho Catalán la fecha divisoria de sus dos grandes periodos: el anterior, de nacimiento y desarrollo normal de un ordenamiento jurídico asistido por una soberanía plena en lo legislativo y judicial; el posterior, de existencia irregular, anormal, propia de una legislación que vive estagnada y a la deriva de la contingencia. El proceso histórico del Derecho catalán en su edad moderna, pues, corresponde por entero a este segundo periodo, y explica que este índice bibliográfico tome como punto de partida aquella disposición de Felipe V.»

«Esta etapa ha durado 240 años, al término de los cuales se vislumbra otro gran mojón en el camino: la promulgación de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, hecho que habrá de marcar una época distinta para nuestro ordenamiento legal.»

«El momento parece oportuno para hacer una recopilación de la literatura jurídica catalana; el intento se encamina a cumplir estos dos fines: ofrecer un instrumento práctico a los estudiosos de la legislación re-

gional y a los profesionales que hayan de invocarla, de una parte y, de la otra, hacer un inventario de una ingente labor que, si es relativamente densa en cantidad, es superior en calidad por la valía de gran parte de sus producciones.»

La doble meta que el autor ha perseguido, con el denominador común de la utilidad, merece sin reservas el más sincero aplauso. También lo merece por haber llevado a cabo un tipo de labor que, no obstante su ingratitud, no suele ser apreciada por los lectores en la proporción que su esfuerzo de realización impone.

El libro no sólo será de provecho para los juristas catalanes, más familiarizados con «su» Derecho, sino también y, sobre todo, para los juristas «castellanos» que, justo es consignarlo, adolecen en general de un desconocimiento a la vez improcedente y disculpable de todo lo que se refiere a los Derechos Forales. Con el librito de CAMPS y ARBOIX, cuya aparición casi viene a coincidir con la publicación del «Proyecto de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña» (1953, 1955, 1957), se nos ofrecen ahora dos instrumentos de consulta y de trabajo que necesariamente habrán de ser de una acusada utilidad.

El trabajo que reseñamos, sólo por las indicadas circunstancias, merece ya ser mirado con simpatía y ser bien acogido en nuestra doctrina jurídica, tan necesitada de publicaciones del tipo de la presente. Dada la enorme diversidad de materias a que se refieren las publicaciones recogidas, la clasificación que de éstas se adoptara había de ser convencional por necesidad. Lo es la escogida por el autor, pero podía haberlo sido menos de haber sido algo más pormenorizada. Esta pormenorización no hubiera exigido y apenas más trabajo al autor, y en cambio el libro sería de más cómodo y fácil manejo. He aquí la clasificación adoptada: A) Obras generales y anteproyectos; B) Estudios diversos relacionados con el Derecho catalán. C) Historia del Derecho catalán. D) Derechos reales. E) Derechos personal (sic) y de familia. F) Sucesiones. G) Obligaciones y contratos. H) Derecho notarial. I) Derechos locales. J) Derechos común y foral.

Es lástima que en los trabajos de revista no se indique el tomo y las páginas; mejor hubiera sido esto que no repetir siempre el lugar de publicación de la revista, dando su título completo o casi completo. El empleo de siglas, con una clave explicatoria de las mismas, es sin duda más acertado. No juzgamos correcto el traducir los títulos de obras extranjeras sin dar aquéllos en idioma original. Este sistema dificulta la consulta y a veces la hace imposible, puesto que obliga al lector a una traducción inversa en la que no siempre se *acierta* con la denominación exacta de la obra de que se trate.

Estos pequeños reparos, que pueden fácilmente corregirse y que con la mejor intención nos hemos permitido indicar, en nada aminoran el mérito y la paciencia del autor, que puede sentirse plenamente satisfecho de haber realizado una labor tan ingrata como útil.

CARLOS MELÓN INFANTE

Colaborador científico del C. S. I. C.

EHRENZWEIG, Armin: «System des österreichischen allgemeinen Privatrechts». Erster Band, Zweite Hälfte: «Das Sachenrecht», bearbeitet von professor Dr. EHRENZWEIG. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Wien, 1957. 538 páginas.

De la obra de Armin Ehrenzweig, reelaborando el viejo «Sistema» de Krahnz y Pfaff y de la historia de este célebre tratado del Derecho civil austriaco se habló en otro número de este ANUARIO (IV, 1.º 1951, páginas 209-210) (1). El «Derecho de cosas» del que se da cuenta fué publicado en primera edición por Armin Ehrenzweig, el año 1923 (murió en 1935). Ahora, su hijo Adolf Ehrenzweig lo presenta de nuevo considerando «la monstruosa masa de leyes, sentencias y escritos sobre materia de Derecho de cosas que han surgido desde la primera edición»; con lo que concluye la segunda edición de la obra paterna, como con piedad filial señala (2).

Esta segunda edición sigue el plan de la primera. Se desglosa de la «Parte general» el capítulo sobre «Las cosas» y se trae para encabezamiento del «Derecho de cosas»; tratándose en él del concepto y división de las cosas, de sus propiedades y conexiones.

El segundo capítulo está dedicado a la posesión, su naturaleza, adquisición, pérdida y protección. De muy sugestiva lectura. Especialmente pueden destacarse: La cuestión sobre la conveniencia de no separar radicalmente el procedimiento posesorio del petitorio (comp. art. 927, Código civil suizo y Derecho inglés y norteamericano). La distinción entre poseedor y tenedor de la cosa (art. 309, A. B. G. B.) que recuerda la del artículo 432 de nuestro Código y que está más cerca de éste que las figuras del poseedor inmediato y mediato (Derecho alemán) y poseedor dependiente e independiente (Derecho suizo). El estudio del artículo 323 A. B. G. B. («El poseedor de una cosa tiene en su favor la presunción jurídica de título válido»), que puede iluminar reflejamente algunos de los problemas que plantea el célebre artículo 464 del Código civil.

El capítulo tercero está consagrado al Registro de la propiedad, su organización y significado jurídico. Los hipotecaristas leerán con gusto un estudio de los «principios hipotecarios», que ofrece notables semejanzas, aunque también sugestivas diferencias, respecto a la doctrina de don Jerónimo González.

El Derecho de propiedad se examina en el capítulo cuarto: naturaleza jurídica de la propiedad, Derecho de vecindad (en donde se consideran relaciones que en el antiguo «Sistema» se encontraban en el libro sobre Derecho de obligaciones), clases de propiedad, adquisición, cambios, extinción y protección jurídica.

Después, los capítulos 5.º, 6.º y 7.º se refieren a las servidumbres, car-

(1) Con ocasión de publicarse la «Parte general». Entonces, como ahora, se hace la cita bibliográfica conforme a la portada del libro. Debe advertirse que en la anteportada se abrevia el título de este modo: «Ehrenzweig, Privatrecht, Sachenrecht» (en el tomo anterior, «Allgemeiner Teil»).

2) Armin Ehrenzweig comenzó la segunda edición del «System» por el Derecho de obligaciones («Das Recht des Schuldverhältnisse», 1928), único que llegó a publicar.

gas reales, enfiteusis (sobre ésta se trata también al distinguirse las clases de propiedad, como propiedad dividida) y el derecho de superficie (así ha de traducirse el término «Baurecht», aunque esta figura se distinga de las «superficies» del Derecho común).

El último capítulo, el octavo, «Derecho prendario», es el más extenso de la obra, refiriéndose a los bienes muebles, inmuebles y derechos. No se enumeran las muchas cuestiones allí examinadas de interés para el jurista español, para no extender excesivamente esta nota y porque ya se pueden suponer dada la materia de que se trata; en todo caso, puede destacarse la curiosa y complicada figura de la «hipoteca simultánea».

En resumen y para terminar, puede decirse que el «Derecho de cosas» de Ehrenzweig sigue siendo la obra básica de la doctrina austriaca sobre esta materia, y que, gracias al cuidado del profesor Adolf Ehrenzweig, ofrece una visión muy completa de la más reciente doctrina científica en lengua alemana. Todavía puede señalarse en su haber, la claridad del estilo, que facilita la lectura hasta hacerla accesible a los no muy versados en alemán. Obra de estudio imprescindible para quienes se ocupen del Derecho comparado, será también muy útil para los investigadores españoles y hasta para los juristas prácticos.

R. E. D.

ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONES. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954.

Un volumen de 688 páginas.

La finalidad de esta obra viene señalada en los siguientes párrafos de la dedicatoria:

«El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés dedica este libro en homenaje y memoria de su fundador y primer presidente, don Juan Moneva y Puyol.

Tradicionalmente se honra la memoria de un hombre de ciencia con la publicación de un libro que contenga trabajos inéditos de sus compañeros y discípulos escritos para él...»

La parte doctrinal viene precedida de una semblanza biográfica de don Juan Moneva y Puyol escrita por don Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, don Emilio LAGUNA AZORÍN, don Luis HORNO LIRIA y don José LORENTE SANZ.

Estudiaremos uno por uno los diversos trabajos contenidos en esta publicación.

SERRADIMA BOFILL, Mauricio.—*El concepto jurídico de l'entrada en l'enfiteusi catalana*; págs. 65-85.

Examina la doctrina de VIVES y CEBRIÁN sobre la naturaleza jurídica de la entrada para acabar rechazándola por juzgar que las consecuencias a las que de seguiría, se llegarían no se dan en la práctica.

Concibe la entrada como una cantidad en metálico pagada en virtud de un pacto no esencial al contrato de enfiteusis; tiene por razón funda-

mental la concesión del establecimiento, pero la voluntad de las partes pueden servirse de él para lograr diversas finalidades: para conocer éstas habrá que acudir a la interpretación de dicha voluntad.

PASCUAL SERRÉS, José María.—*Los límites de Aragón y Cataluña, en el siglo XII*; págs. 65-85.

Estudia la historia de la región de Batea-Algás durante los tiempos de la Reconquista hasta llegar a su definitiva adscripción a Cataluña con la sanción de las Costums de Miravet por las Cortes de Cervera el 1359.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel.—*El Derecho natural en el ordenamiento jurídico aragonés*; págs. 119-131.

Nos presenta el señor SANCHO IZQUIERDO la huella del derecho natural en nuestro sistema jurídico a través de tres facetas diferentes: inspirando las instrucciones jurídico-positivas, limitando el Derecho positivo y la libertad individual y supliendo las lagunas de nuestras leyes. De esta triple influencia son suficientes muestras la familia aragonesa, los sabios principios que inspiran el Proemio de la Compilación de Huesca y las resoluciones de la jurisprudencia aragonesa.

VALENZUELA LA ROSA, José.—*Los laudos de la Cámara del Comercio*; páginas 131-143.

Las resoluciones de la Cámara de Comercio de Zaragoza están inspiradas en la protección a la buena fe y en un ágil sentido práctico muy apropiado para las contiendas mercantiles. El procedimiento se distingue también por su simplicidad, consta de los siguientes trámites: aceptación del asunto por el pleno, nombramiento de un tribunal de tres miembros en el seno de la comisión de arbitrajes, fallo del tribunal y confirmación del fallo por el pleno.

La jurisprudencia ha venido incluyendo estos laudos en los llamados arbitrajes atípicos, sin que tengan que ajustarse a la ley de 22 de septiembre de 1953.

Todo ello ha creado en nuestra comarca la costumbre de consignar, en la contratación entre comerciantes, el pacto de someter los posibles conflictos al conocimiento y decisión de la Cámara de Comercio de Zaragoza.

ALONSO Y LAMBÁN, Mariano.—*Sobre la ausencia en el Derecho civil aragonés*; págs. 143-215.

Distingue el señor ALONSO Y LAMBÁN, dentro de nuestro Derecho histórico, dos tipos de ausencia: la normal, regulada en el Fuero *Ut fratres vel propinque absentis*, y otra extraordinaria, calificable más bien de «no presencia», contenida en el Fuero *De privilegio absentium causa Republicae*. El señor ALONSO examina detenidamente el concepto de ambas y las relaciones jurídicas a las que pueden dar lugar.

Viniendo al Derecho vigente nos encontramos con el problema de la aplicación de la Ley de 1939 en Aragón; para el autor, esta Ley no deroga los preceptos del Apéndice sobre la materia, se opone así a la doctrina del señor SERRANO recogida en varios tratados modernos.

Termina el trabajo con un proyecto de articulado en el cual se fijan los principios fundamentales a los cuales deberá atenerse toda nueva Ley.

CAMÓN AZNAR, Leonardo.—*Regulación de la sociedad conyugal continuada*; págs. 215-235.

Inicia el autor su trabajo señalando la importancia y actualidad del patrimonio familiar, que ha sido recogido en la legislación de numerosos Estados; así, encontramos el *Homestead*, norteamericano; *Bien de famille*, francés; el *Heimstätt*, suizo, y el *Homestead*, argentino. En nuestra legislación, la sociedad continuada supone la creación de este patrimonio familiar que pervive a la muerte de uno de los cónyuges.

Estudia el señor CAMÓN AZNAR las observancias 2.^a y 17.^a *De iure dotim*, el artículo 53 del Apéndice y, dentro de éste, la personalidad y contenido de dicha sociedad, su modificación, su naturaleza jurídica y su desarrollo.

ORLANDIS ROVIRA, José.—*Los orígenes del monaquismo dúplice en España*; págs. 235-249.

Vemos a través de este trabajo histórico, cómo la «tutitio» de los monasterios de Virgenes, la formación de monasterios familiares, y las audacisimas reformas de *San Fructuoso de Braga*, contribuyeron a la producción de este tipo de monaquismo tan característico de nuestra historia eclesiástica.

ALBALATE GIMÉNEZ, Germán.—*Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos*; págs. 249-303

La imprecisión de la terminología, que no cambia a la par de la evolución de las instituciones, hace que sea difícil el estudio de esta materia. Pese a estas imprecisiones terminológicas, podemos afirmar que la observancia 2.^a *Ne pater vel mater* no niega, en manera alguna, la existencia de la autoridad familiar. Nuestro Derecho ha tenido siempre un sentido avanzado de la patria potestad, y así se ve en la participación que a la mujer dan los artículos 2.^o y 3.^o del actual Apéndice.

Tras esta introducción, estudia el señor ALBALATE el problema de la coexistencia, en el Apéndice, de tutela y patria potestad y expone detalladamente las diversas relaciones patrimoniales originadas por la autoridad familiar.

Termina el trabajo con una detallada exégesis del proyecto de articulado elaborado por el Seminario dependiente de la Comisión de Jurisconsultos para la revisión del Derecho Aragonés.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor.—*El régimen de pastos de alera foral en la actualidad*; págs. 303-321.

Estudia las fuentes de la alera foral, la titularidad del derecho y su disfrute, tratando en este último apartado de los ganados que pueden pastar y la forma en que deben hacerlo.

Concéptúa la alera foral como una servidumbre predial, discontinua y de carácter positivo, negando que la reciprocidad sea esencial a esta institución.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis.—*Los Derechos forales en la primera mitad del siglo XX*; págs. 321-341.

Señala este trabajo la evolución sufrida por los derechos forales en el presente siglo; se compara la producción científica de las diversas regiones; producción que tiene su origen, en algunos casos, en las profundas trans-

formaciones producidas por nuevas Leyes; termina el señor MARTÍN-BALLESTERO haciendo ver la importancia del Congreso Nacional de Derecho civil, que marca nuevos rumbos para los derechos forales.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.—*La edad en Derecho Aragonés*; páginas 341-393.

Comienza el trabajo con una exposición del Derecho recogido en la Compilación oscense, los fueros *Ut viginti annorum, De liberationibus*; las observancias *De contractibus minorum* 4.^a *De privilegium absentium* y los fueros *Que los menores de veynte años* y *De las obligaciones de los menores de veynte años*.

A continuación estudia la capacidad jurídica en las cuatro divisiones que conforme a las diferentes edades y estados establece: menores de catorce años, mayores de catorce y menores de veinte, casados menores de veinte años, y mayores de veinte años; analiza con especial cuidado la capacidad del segundo grupo, por ser éste el que más problemas presenta, haciendo una exposición exhaustiva de la doctrina y jurisprudencia.

La segunda parte del trabajo se refiere a los proyectos de Apéndice y al Derecho vigente. En la tercera, titulada apreciaciones críticas y *de lege ferenda*, se muestra partidario de nuestro sistema histórico por presentar un razonado escalonamiento para el ascenso a la plena capacidad.

CASTÁN TOBEÑAS, José.—*Los problemas civiles de la llamada «inseminatio artificialis» en los seres humanos*; págs. 393-413.

De un acto inmoral e ilícito no pueden derivarse efectos civiles en beneficios de las partes; se impondrán, por el contrario, responsabilidades y sanciones de orden civil, penal y disciplinario.

A la luz de estos principios examina el señor CASTÁN la condición de los hijos artificialmente procreados, negando la posibilidad de reconocimiento en el caso de mujer soltera o viuda, y afirmando que el marido no podrá impugnar la paternidad si la mujer es casada y la concepción está incluida dentro de las presunciones señaladas por el Código civil.

Nuestro Derecho no se refiere concretamente a este problema, pero la introducción de nuevas reglas no es aconsejable por ser mayores los perjuicios que, con la consiguiente publicidad, se causarían que las posibles ventajas dimanantes de una prohibición explícita.

PALÁ MEDIANO, Francisco.—*La insinuación de donaciones en Aragón*; páginas 413-479.

Afirma el señor PALÁ que la insinuación se establece en Aragón como forma habilitante a fin de establecer de antemano el hecho de la solvencia del donante; es, por tanto, un medio de garantía para prevenir el fraude.

Para probar su tesis estudia el fraude en nuestro Derecho histórico, mostrando cómo en él se desconoce la acción Pauliana, y compara esta regulación con la de los Derechos coetáneos, llegando a la conclusión de que la insinuación, desconocida en Derecho aragonés hasta 1398, se introduce para la verificación previa del negocio.

Termina este trabajo con una detallada exposición del fuero 3.^o *De Donationibus* y un cuidadoso estudio del Derecho comparado.

IRIBARREN RODRÍGUEZ, José Luis.—*Las segundas nupcias en el Derecho navarro y en la costumbre*; págs. 479 a 493.

Estudia las segundas nupcias en relación con la patria potestad, la legítima, la colación de bienes, el usufructo y administración de los hijos, el régimen económico de segundo matrimonio, las reservas hereditarias y los pactos en capitulaciones autorizándolas.

LORENTE SANZ, José.—*La omisión del inventario en la viudedad*; páginas 493 a 517.

La obligación de hacer inventario y prestar caución, impuesta por la Ley al cónyuge supérstite, se introdujo, en nuestro ordenamiento jurídico, en fecha ya tardía; el Apéndice ha venido a agravarla exigiendo la formación de inventario para los inmuebles, caso no previsto en la anterior legislación, e influyendo la posibilidad de pérdida del usufructo si los deberes legales no fueran cumplidos.

¿Cabrá la relevación de esta obligación por voluntad del concedente? El señor LORENTE SANZ lo afirma, fundándose en: 1.º, la analogía con lo dispuesto para la fianza; 2.º, la dispensa no será contraria a los Derechos de los legitimarios si se refiere a bienes inmuebles; 3.º, el artículo 69 del Apéndice concede un margen de confianza al cónyuge viudo a pesar de los preceptos protectores de las legítimas; 4.º, en todo caso quedarían las salvaguardas contenidas en la LEC.

Seguidamente pasa a estudiar los diversos actos que determinan el incumplimiento, los requisitos del requerimiento, la posible dispensa por los herederos y los efectos de la omisión entre las partes y con relación a tercero. Termina señalando el desuso en que ha caído esta norma y pidiendo que desaparezca del Cuaderno Foral Aragonés que se encuentra en preparación.

BELLED HEREDIA, José María.—*Un problema en la adveración del testamento ante párroco, en Aragón*; págs. 517 a 651.

Estudia el señor BELLED la posible validez del testamento ante párroco cuando alguna de las personas necesarias para verificar la adveración no puede concurrir a ella.

En el Derecho vigente, podremos decir que el testamento será ineficaz si hubieran fallecido el párroco, uno de los testigos, o éste y aquéllos; sin embargo, en los dos primeros casos, el testamento puede tener efecto en virtud del artículo 27 del Apéndice y de los 700 y sigs. del Código civil. En caso de imposibilidad de concurrir, la herencia se atribuirá a aquellos a quienes correspondería si el testamento fuera ineficaz, pero sujeta a la condición resolutoria de la adveración.

VICENTE Y GELLA, Agustín.—*La doctrina de los vicios y el cumplimiento «aparente» de los contratos*; págs. 561 a 575.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1947 señalaba la equivalencia entre los defectos de gran importancia y la falta de entrega. El señor VICENTE Y GELLA comienza su trabajo oponiéndose a la doctrina sentada en dicha sentencia, por juzgar que es opuesta al espíritu de nuestras leyes.

Estudia a continuación la relación entre los artículos 1.266 del Código

civil y el 1.484 del mismo cuerpo legal, demostrando que el segundo supone una aplicación especial de la doctrina sobre el error.

LACRUZ BERDEJO, José Luis.—*La Cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho Aragonés*; págs. 575 a 633.

A. Naturaleza y contenido.—Siguiendo la opinión de GANGI, se trata de un fideicomiso sujeto a condición suspensiva. Solamente podremos hablar de sustitución fideicomisaria si del testamento se desprende que fué ésta la voluntad del testador.

B. Duración de las instituciones en el Derecho anterior al Apéndice.—Contiene un estudio del primitivo sistema legitimario aragonés, y de la ampliación de la libertad de disponer producida por las observancias *De rebus vincularis* y del fuero *De testamentis*.

C. La regla *positus in conditione, positus in substitutione* en el Derecho Histórico.—Según podemos ver en los decisionistas y mediante la comparación de nuestro Derecho con el común y el navarro, esta regla tiene un carácter relativo.

D. Los hijos puestos en condición, el Código civil y el Derecho aragonés vigente.—Examina las reglas contenidas en los artículos 784, 759 y 799 del Código civil y trata de las distintas maneras de acceder a la herencia.

RIVAS PÉREZ, José Enrique.—*Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias*; págs. 633-659.

Consta este trabajo de seis partes, en las cuales se estudia:

a) Nombre, naturaleza y fundamento. b) Cuándo continúa la comunidad y cuándo no. c) Activo de la comunidad mientras el sobreviviente no pasa a segundas nupcias, durante las segundas nupcias, después de disueltas éstas y caso de haber terceros o ulteriores nupcias. d) Administración de la comunidad y poderes del cónyuge. e) Disolución de la comunidad. f) División de la masa común: forma de realizarla, división antes de las segundas nupcias, división durante las segundas nupcias, después de las segundas nupcias, efectos de la división: la observancia 10.^a *De secundis nuptiis*.

GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José.—*El principio «Nullum crimen, nulla poena sine previa lege» en los Fueros de Aragón*; págs. 659-683.

Encontramos este principio en ULPIANO, en el Derecho canónico, en la Magna Carta, ha venido informando las constituciones de todos los pueblos occidentales, siendo, por último, recogido en la Declaración Universal de Derechos del hombre de la O. N. U., y en la Convención Europea de 1950.

En el Derecho Aragonés, se recoge por primera vez en el prólogo de la Compilación de Huesca de 1427, vuelve a aparecer en el Privilegio General, se garantiza con el Justiciazgo y la Manifestación, teniendo su mejor expresión en el principio *Standum est Chartae*, que informa la aplicación de nuestras Leyes. Clarísimo es, para terminar, el fuero dado por Carlos I en las Cortes de Zaragoza de 1528, *De la prohibición de cárceles*.

INNOCENTI, O.: «L'esclusione del socio», Paodva, Cedam.—Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956; 195 págs.

La monografía del profesor Innocenti se dedica al estudio de la exclusión del socio en la sociedad simple. Después de unas consideraciones generales sobre este tipo de sociedad —que no se identifica con la antigua sociedad civil, aunque sea su precedente, porque ésta carecía de la autonomía patrimonial que se otorga hoy a la sociedad simple—, comienza el estudio breve de la muerte de un socio y de la separación que, juntamente con la exclusión —objeto principal del libro—, constituyen el capítulo de la disolución de la relación social limitadamente a un socio, institución que se corresponde con la rúbrica de la sección V, capítulo II, título V, libro V de Código civil. El carácter instrumental de la sociedad explica así la agrupación de estas tres causas de cesación parcial de la sociedad, cuyo fin justamente se tutela con la limitación de la liquidación a la cuota del socio muerto, separado o excluido.

La muerte del socio, además de los problemas derivados de la inserción de cláusulas derogatorias en el negocio fundamental, ofrece al estudioso el tema fundamental de la liquidación —cuando, en defecto de cláusula estatutaria contraria, la unanimidad de los socios no determina la continuación de la sociedad con los herederos del socio difunto—, que se resuelve con los mismos criterios que veremos más adelante empleados en el caso de exclusión. La separación —cuando la sociedad se haya constituido por tiempo indeterminado o por toda la vida de un socio, o si existe una justa causa u otras previstas en el contrato fundacional— provoca la cuestión acerca del momento de la cesación de la relación social, que debe resolverse con distintos criterios de acuerdo con el fundamento de hecho del poder de separación ejercitado por el socio.

El estudio de la exclusión se limita a las sociedades de personas, porque el instituto carece de una disciplina orgánica y unitaria en las sociedades de capitales, que se inspira, además, en principios diversos; mientras en las cooperativas, con una profusión normativa que carece, como en el caso anterior, de organicidad, cumplen una función diversa, siendo sólo identificable el efecto inmediato que en la sociedad simple y en las cooperativas produce la exclusión del socio: la salida de éste.

Sistemáticamente, la exclusión del socio es el instituto simétricamente opuesto al de separación, en cuanto que si éste representa la encarnación de la voluntad individual del socio, aquél encarna justamente la prevalencia de la voluntad social.

Haciendo hincapié sobre el carácter innovador que el nuevo Código civil presenta en esta materia, realiza una breve reseña de las directrices que ofrece el Derecho comparado —sistema italiano, alemán y español—, subrayando la posición aislada del Derecho francés que desconoce el instituto.

La exclusión del socio es considerada por el autor como aquel complejo de normas que, para conservar el organismo social y tutelar su fin, «disciplinan la cesación de la compleja relación de sociedad relativamente a un socio, además de la conexa y simultánea constitución de una nueva e igualmente compleja, aunque temporal, relación entre éste y los otros so-

cios y las vicisitudes del mismo». Después de un estudio crítico de las opiniones mantenidas en la doctrina italiana sobre el tema de las diversas clases de exclusión, sostiene que puede diferenciarse una exclusión voluntaria de una necesaria y de una judicial.

La exclusión voluntaria es objeto de un estudio pormenorizado, tanto por lo que se refiere a las causas como al procedimiento que ha de seguirse para que aquélla aparezca.

La enumeración de las causas de exclusión constituye «*numerus clausus*», pues, aunque, a primera vista, los graves incumplimientos por parte del socio a las obligaciones sociales, pueden configurarse negocialmente Boffi, La società semplice), sin embargo, la gravedad del incumplimiento «*compete únicamente al ordenamiento jurídico y no a los particulares*».

Por otro lado, la disolución parcial no puede asimilarse a la disolución total —que admite esta configuración estatutaria—, porque ambos institutos se inspiran en fines diversos. Pero la indisponibilidad de las causas de exclusión no es absoluta, porque si bien en enumeración señala un número máximo, que las partes no pueden desbordar en los Estatutos, los socios pueden, sin embargo, excluir algunas en el momento fundacional.

La exclusión voluntaria tiene su origen en un acto jurídico: el acuerdo mayoritario de los socios, considerados pro capital, excluido el socio de cuya exclusión se trata, ya que, al producirse una «*especie de desmembración*» de la sociedad, se hace actual un conflicto de intereses entre socio a excluir y el resto de los consocios.

A continuación estudia detenidamente, una por una, las causas que constituyen el presupuesto del acuerdo mayoritario. La gravedad de los incumplimientos contractuales ha de ser «*valorada con relación a la concreta relación de que se trate*» y de una manera objetiva, por su relación negativa para la consecución del fin social, lo que es una cuestión fundamentalmente de hecho. La interdicción o inhabilitación del socio como presupuesto de la exclusión halla su fundamento en la imposibilidad de obligar a los socios a tolerar la intromisión de personas extrañas —el tutor del incapacitado o inhabilitado— en la gestión de la sociedad. La condena del socio a una pena que lleve consigo la interdicción temporal para cargos públicos se establece para la defensa del crédito y la reputación de la sociedad. La imposibilidad sobrevenida de desenvolver el socio la actividad a que se comprometió y la pérdida de la cosa aportada «*quod usum*» por causa no imputable a los administradores no presenta problemas de relieve. En el caso de que la cosa aportada en propiedad se pierda antes de que la sociedad adquiera su dominio, mantiene Innocenti, frente a la doctrina común, el derecho del socio a que se liquide su cuota.

Las causas de liquidación automática son la quiebra del socio y la liquidación de la cuota del socio por parte de un acreedor particular. Su inderogabilidad es plena y absoluta, sin que, en estos supuestos, se entregue a la configuración negocial la posibilidad de aumentarlas, disminuir las o modificarlas. A la quiebra del socio no pueden asimilarse otros procedimientos concursales afines. El momento en que se verifica esta causa tiene particular relevancia y no es ni el de la demanda por el acreedor ni el que coincide con la obtención, por parte del socio, de la liquidación so-

licitada, sino ha de fijarse en el momento en que la sociedad, con su acuerdo, concede la liquidación.

Cuando el procedimiento de liquidación no pueda tener lugar porque el acuerdo mayoritario —la sociedad está constituida por dos únicos socios— no puede aparecer, es necesario acudir a la decisión judicial, que, en los casos en que se pronuncie la exclusión, comporta simultáneamente la liquidación y cesación de la sociedad.

El procedimiento que para la exclusión ha de seguirse, se estudia separándose la exclusión voluntaria de la judicial. En el primer caso consta de dos momentos: el acuerdo mayoritario de exclusión y la notificación de este acuerdo al socio excluido. La adopción del principio mayoritario por el legislador de 1942 es digno de aprobación, desde el punto de vista de la política jurídica. En este momento el problema más arduo —que mantiene dividida a la jurisprudencia y, tras ella, a la doctrina— es el de decidir si el socio de cuya exclusión va a tratarse ha de ser convocado. Innocenti sostiene la necesidad —bajo pena de nulidad— de esta convocatoria y del consiguiente derecho a participar en la discusión —aunque no en la votación, de la que liberalmente es excluido por el artículo 2.887 del Código civil—, en cuanto que, tanto el procedimiento colegial exigido, como la no expresa derogación del principio contradictorio —una de las más grandes conquistas del progreso jurídico— y la igualdad de derechos de todos los socios, abonan esta solución, sin que sea obstáculo la posibilidad que el socio excluido tiene de discutir ante los órganos jurisdiccionales la exclusión ya realizada. El segundo momento, la comunicación al socio de la exclusión acordada —para la que el ordenamiento jurídico no establece ninguna forma especial— señala el día inicial del plazo de treinta días, dentro del cual el socio puede acudir a los Tribunales para pedir la anulación del acuerdo, cuya ejecución puede ser preventivamente suspendida por el propio Tribunal. Este poder de oposición puede someterse por el ordenamiento societario a la restricción de que no puede ejercerse sin que antes se hayan agotado los medios que estatutariamente se hayan establecido. Confiando en la autoridad de la jurisprudencia, admite el autor, de pasada, y sin distinción de hipótesis, el sometimiento de estas cuestiones al juicio de árbitros.

En cuanto a los efectos, el autor rechaza la tesis —mantenida por Brunetti— que considera la posición jurídica del socio excluido como la de un socio in partibus, ya que, en el complejo contenido de esta posición, no concurren los esenciales presupuestos que la configuran. La considera más bien como un status —«status de ex-social»— sin que la aparente amplitud de la formulación de este concepto pueda ofrecer grandes dificultades para su aplicación en este caso.

Los hechos que constituyen la causa de exclusión producen no sólo la extinción parcial del vínculo societario, sino, simultáneamente, el nacimiento de una nueva relación jurídica entre el conjunto de los socios que permanecen en sociedad, por un lado, y el excluido, por otro. El contenido de esta relación es un «facere» a cargo de la sociedad que se concreta en la realización de la liquidación de la cuota perteneciente al socio excluido. Esta obligación de liquidación no se identifica, según el autor y en contra de la opinión dominante, con la obligación a pagar la cuota, por lo que.

así como la primera ha de realizarse dentro de cierto plazo señalado por la misma ley, la segunda no tiene señalado para su cumplimiento un plazo determinado y, por tanto, es necesario el requerimiento del acreedor —socio saliente— para poner en mora a la sociedad, que, aun después de haber cumplido temporáneamente la primera obligación, no realiza lo mismo con la segunda.

La determinación de la cuota —contenido económico de la obligación de la sociedad— es una operación técnico-contable que requiere unos determinados conocimientos de esta índole, mientras que la liquidación hace referencia, según el autor, a un acto jurídico que exige, por tanto, en quien lo realiza una determinada cualidad jurídica, que es justamente la legitimación. Por lo tanto, cuando la persona legitimada para esta última operación reúne las cualidades técnicas necesarias, una misma persona puede encargarse de las dos tareas. La determinación de la cuota, tiene como uno de sus presupuestos la redacción del balance de liquidación, al que no son aplicables en bloque las normas que, para la formación del balance en la sociedad anónima, se dictan, que es un balance de ejercicio.

El balance de determinación de cuota —denominación especial que justifica Innocenti por su trascendencia— persigue, como todas las normas del instituto examinado, la tutela del interés de los socios. Más que a la forma de redactar el balance, ha de atenderse a su contenido: «todos los elementos patrimoniales, tanto del activo como del pasivo social, según su efectivo valor en el día de la cesación parcial de la relación societaria, así como la indicación de la ganancia de la pérdida en la misma fecha», han de constar en este documento. Innocenti, después de advertir que las opiniones de los autores adolecen del defecto de no determinar cuándo una operación debe entenderse concluida, entiende que, aplicado su concepto a este concreto tema de la liquidación del socio excluido, son aquellas que, ya iniciadas, no se han traducido, sin embargo, —o sólo se han traducido en parte— en variaciones patrimoniales, cuantitativas o cualitativas, cuando de ello sean susceptibles.

El libro termina con un capítulo, en el que después de la crítica de las opiniones mantenidas por los autores, expone el autor la suya sobre el fundamento de la institución: la conservación de los valores jurídicos encarnados en la organización societaria para hacer posible la consecución del fin social.

JUSTINO DUQUE

JAUFFRET, E.: «L'action en responsabilité dans le transport des marchandises par mer». París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, 96 págs.

La orientación actual —señala Jauffret— en los estudios de Derecho marítimo señala la preferencia hacia los «problemas menores», esto es, de carácter más acusadamente técnico que los «vastos problemas» sobre abandono, privilegios... Esta predilección actual por este género de cuestiones se explica, según el autor —abogado en Marsella—, por la influencia de

dos órdenes de consideraciones. En primer término, la obra de la jurisprudencia —que, a fuerza de tanteos, a veces contradictorios, ha unificado sus soluciones sobre aquellos puntos— y la del legislador —que, con la ley de 2 de abril de 1936 sobre el transporte por mar de mercaderías, ha sometido toda esta materia al orden público impidiendo en lo sucesivo cualquier derogación convencional— han inducido a las partes litigantes a someter sus controversias a los organismos paritarios de arbitraje (Comité Central de Armadores de Francia, Comité Central de Aseguradores marítimos...) tanto en un orden nacional como local. Por otra parte, al no ser ya posible la invocación —a consecuencia del carácter absoluto de este ordenamiento— de las cláusulas exoneradoras insertas en los conocimientos, han tenido que invocar los demandados por el incumplimiento de sus obligaciones la falta de legitimación para detener las demandas que los destinatarios proponían contra ellos. Ante esta situación la jurisprudencia —cuya evolución es seguida detalladamente en cada cuestión de las propuestas— ha acudido a los principios del derecho común para fundar la responsabilidad de ciertos auxiliares del transportista marítimo, asimilando de una manera más acusada que hasta ahora lo había sido, el contrato de transporte marítimo al de transporte terrestre.

El libro, pues, se dedica enteramente a fijar la legitimación —activa y pasiva— de las personas que intervienen en las distintas fases del transporte marítimo en el ejercicio de la acción de responsabilidad. La complejidad de la técnica del transporte marítimo deshace la aparente simplicidad de la cuestión, puesto que, junto al propietario de las mercancías transportadas y del transportista, aparecen otros personajes que, o bien les auxilian en sus operaciones, o bien les sustituyen totalmente. Al lado de estas razones —que pudiéramos llamar permanentes— existen otras ocasionales, que, al compás de la evolución del Derecho marítimo, han puesto la cuestión examinada por Jauffret en un primer plano. Son las ya mencionadas.

La primera parte de la exposición, arrancando del fundamento de los derechos que el destinatario tiene, se ocupa de las personas que pueden ejercer la acción de responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías transportadas. El fundamento de los derechos del destinatario —cuestión derivada de su ausencia en la fase constitutiva del contrato— no puede hallarse mediante la aplicación mecánica de la jurisprudencia que, basándose en la teoría del contrato a favor de tercero, ha establecido continuamente para el transporte terrestre la existencia de la legitimación tanto para el destinatario como para el cargador. En materia marítima, la solución no puede ser idéntica —señala Jauffret— porque la existencia del conocimiento provoca el nacimiento de un derecho propio a favor del destinatario, al que, según los artículos 3 y 6 de la ley de 1936, no pueden oponérsele las excepciones derivadas de la carta de porte y que configuran la relación cargador-transportista. Por tanto, el transportista debe, para eximirse de responsabilidad, examinar, en el momento de la recepción, el número, peso y calidad de los bultos entregados, porque, de otra manera, él responde frente al destinatario cuando las mercancías, al ser entregadas, no coinciden en aquellos puntos con la descripción del co-

nocimiento. Sólo podrá dirigirse contra el cargador. Este, por su parte, podrá, si tiene algún interés legítimo, ejercitar la acción de responsabilidad, mediante la subrogación de los derechos del destinatario convirtiéndose en endosatario del conocimiento o en apoderado del destinatario para litigar en su nombre.

Mayor interés presenta la determinación de la legitimación pasiva. Las relaciones de los terceros portadores del conocimiento frente al propietario-armador, en el tema de la responsabilidad, ha sido enfocado por la jurisprudencia en dos etapas. El estado de la primera puede sintetizarse, como hace Jauffret, en el sentido de que el portador del conocimiento puede dirigirse contra el propietario-armador cuando el daño sea la consecuencia de una falta, sin investigar si el capitán estaba sometido o no a la autoridad del armador. En la segunda fase, el armador es irresponsable, salvo que las pérdidas y averías sean consecuencia de una disposición defectuosa del navío o de una falta delictual o cuasi-delictual del propietario.

La responsabilidad de los auxiliares del transportista ha establecerse con distintos criterios, según se trate de auxiliares independientes o dependientes. Para aquéllos —partiendo del principio de que el Derecho siente repugnancia a dejar un daño sin el correspondiente responsable— es necesario establecer previamente cuándo la actividad del transportista cesa.

La legitimación pasiva del capitán para ser demandado por daños en las mercancías cargadas es una cuestión confusa, debido, en primer término, al hecho de que el capitán puede ser demandado en vez del naviero. y, además, al rigor de los textos del Código de comercio francés. El artículo 221 establece la responsabilidad del capitán por los daños que, interviniendo faltas incluso ligeras, se produzcan en las mercancías cargadas. Pero la jurisprudencia, desde un punto de vista general, se ha esforzado en mitigar las consecuencias rigurosas de este texto. El artículo 22 establece la responsabilidad del capitán por las mercancías cargadas. La jurisprudencia, en un primer período, admite esta responsabilidad, hasta el extremo de que, siendo presunta la falta, el naviero, si se había exonerado en el conocimiento de la responsabilidad por la falta del capitán, no tenía que probar esta falta ni su relación causal con el daño sufrido por las mercancías. Pero en una segunda fase, tanto desde un punto de vista equitativo como interpretativo —literal e histórico— la jurisprudencia declara exento de responsabilidad al capitán fuera del caso en que hubiera habido falta por su parte. Igualmente a este resultado contribuye la existencia de un uso al que, a falta de convención contraria, se entiende que las partes han querido referirse.

En cuanto a los consignatarios del naviero, la jurisprudencia ha realizado, en su evolución, un «ingenioso esfuerzo» para fundamentar la responsabilidad del consignatario, pues, una vez partido el naviero del puerto de descarga, el reclamante se encuentra frente a un responsable ilusorio. La casación, dirimiendo la discordia surgida entre los Tribunales del Havre y de Marsella, ha declarado, por fin, que, actuando el consignatario, en las operaciones de descarga, por cuenta del reclamante, lo es personalmente responsables por las averías sobrevenidas entre el momento en que la mercancía es descargada y el de la entrega. Por tanto, la diferencia, frente

a la anterior posición jurisprudencial, reside en que, actualmente, el consignatario no es responsable personalmente de las averías anteriores a la descarga si ha hecho la oportuna reserva.

La diferenciación de las figuras del transitario —mandatario del cargador que responde de su falta, pero no de la del transportista, salvo que le haya escogido notoriamente incapaz— y del comisionista de transportes —que, contrae, frente al remitente, la misma obligación que el transportista y responde de la buena llegada de la mercancía salvo caso fortuito o fuerza mayor— fuerza a realizar el correspondiente análisis que permita hallar el criterio que esta diferenciación —de tal importancia— permita hacer. Un indicio de la voluntad de las partes se encuentra generalmente, en la manera de pactar el precio.

Por fin, el caso de transportes sucesivos presenta los temas fundamentales no sólo de la posibilidad de excluir el primer transportista su responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías durante el transporte de los portadores sucesivos, sino también el de la admisibilidad de la acción frente al último transportista y el de la posible limitación de su responsabilidad al precio que recibe por el transporte —rechazada por la jurisprudencia.

JUSTINO DUQUE

KRAUSS, Günther: «*Staatsrecht des Bundes und der Länder*». Essen, 1956. Sozialwissenschaftlicher Verlag Essen. Un volumen de 85 págs.

La nueva colección de la «*Sozialwissenschaftliches Akademiestudium*» presenta su primer libro bajo el título fundamental «*Staatsrecht*». Se trata de una jugosa obra de Derecho político, útil para el civilista, realizada por el ilustre jurista doctor Krauss, profesor de la Escuela de Administración local de Bonn, el cual ha realizado un labor de síntesis en su manual verdaderamente ejemplar. No es un compendio más, dentro de la magnífica literatura pedagógica alemana, que los alumnos tienen a su disposición para adquirir un conocimiento elemental del campo que pretenden descubrir y aprender, sino que es una obra maestra en la que se ha vertido una inteligente y laboriosa experiencia, como la del doctor Krauss, a lo largo de su vida profesional y universitaria. Conceder magnífico de la literatura inglesa, francesa e italiana, a la par que gran hispanista, hay que añadir su preparación profesional que avalan los conocimientos de la especialidad a que se dedica.

Además de la importancia que para todo jurista tiene el conocimiento del Derecho público, y especialmente de los órganos de un Estado determinado, muchas más adquiere cuando se rozan y exponen materias comunes como las que se refieren a los derechos de la persona en la comunidad social, los cuales alcanzan una importancia en la sede general del Derecho privado. Y para el civilista, en esta época de crisis de los viejos moldes, es muy aleccionador, e incluso ejemplar, el contemplar la ecuanimidad y serenidad de juicio, al mismo tiempo que advertir una nueva estructuración de los derechos y deberes fundamentales del ciudadano. Tal

ocurre con lo ordenado en la nueva Constitución de la Bundesrepublik alemana de 1948, de corte liberal socializante. La persona, el patrimonio, la familia, la propiedad y la igualdad de derechos allí establecidos, dentro de la armonía social, son instituciones y derechos que adquieren una nueva estructura. Este nuevo rumbo, marcado en líneas fundamentales, tiene una gran trascendencia a la hora de acomodar y precisar los derechos y obligaciones que en el ámbito personal privado han de ser desarrollados.

Para el ámbito personal, el doctor Kraus contempla las siguientes garantías institucionales: 1.º Las de la vida personal. 2.º Las del ordenamiento suprapersonal. 3.º Las garantías del procedimiento judicial.

Dentro de la esfera de la vida personal se encuentran las garantías a la propiedad (art. 14 de la Constitución), unidas a las garantías del derecho sucesorio. El concepto de propiedad es aquí concebido de nuevo como en el Derecho civil (§ 903 del BGB). Los accionistas y los rentistas no son fundamentalmente los propietarios en el sentido del BGB, como lo son en el sentido ordinario de la vida o de la Constitución. Actualmente, según el artículo 14, se comprenden en la propiedad todos los derechos facultativos con la sola limitación respecto a las autorizaciones jurídico-públicas; por eso, no se abarcan nuevos intereses y expectativas. Este artículo 14 no sólo hace referencia a las limitaciones, sino también al contenido de la propiedad. El párrafo segundo de dicho artículo se dirige especialmente a señalar los deberes de la propiedad respecto de la utilidad pública. El propietario deberá cumplirla y vendrá gravado por limitaciones respecto de las relaciones de vecindad, reglamentos policiales, de la construcción, etcétera. La socialización de la propiedad se realiza a través de la expropiación en casos necesarios o beneficiosos, pero siempre previa indemnización, se estatuye en los artículos 15 y 144 de la Constitución, sin que haya la salvedad del artículo 153 de la de Weimer, en la que se admitía la posibilidad de que una ley acordase lo contrario.

La inviolabilidad del domicilio se estatuye en el artículo 13, aunque permanece bajo dos reservas: una jurídico-estatal (la de llevar a cabo un registro) y otra social-estatal (la realización del derecho sobre la vivienda como un derecho fundamental «latente»); para este último caso, puede compararse la Ley de la vivienda de 31 de marzo de 1953 respecto de la protección frente a los arrendamientos antisociales.

El artículo 10 garantiza el secreto de correspondencia y la comunicación telegráfica. Se mantienen, pues, los servicios de correos según fueron ya reglamentados en la Ley especial de 28 de octubre de 1817.

Las garantías constitucionales que corresponden al llamado ordenamiento suprapersonal, según el doctor Kraus, están las que se conceden a las relaciones de la persona con la sociedad, es decir, aquellas que proceden de un orden natural de la vida en la conformación estatal. Así, vienen particularizadas en el artículo 6 respecto del matrimonio y la familia; en el artículo 5, párrafo tercero, respecto del arte y la ciencia; en el artículo 28, párrafo segundo, en cuanto al Municipio; en el artículo 33, párrafo quinto, sobre los empleados, funcionarios y profesionales; y, en el art. 140, respecto de la Iglesia.

El matrimonio y la familia son especialmente protegidos por el orde-

namiento estatal, así como las obligaciones de los padres respecto de sus hijos e incluso, respecto de la enseñanza religiosa. Especial atención merece la protección que se ha prescrito referente a los hijos naturales. La igualdad de derechos del hombre y de la mujer plantea, según el artículo 3 y 117 de la Constitución, una amplia reforma del sistema tradicional alemán. El régimen legal de bienes del BGB, especialmente respecto de la administración y disfrute marital, ha quedado prácticamente derogado a partir del 1.º de abril de 1953, por ser contrario al precepto constitucional; no obstante, subsiste el principio de que los cónyuges pueden reglamentar por contrato matrimonial sus relaciones patrimoniales, pudiendo pactar un régimen de bienes contrario a esta norma, puesto que la libertad de pactos no queda afectada por este artículo 3 de la Constitución.

Sin haber pretendido más que destacar las aportaciones que puedan tener un interés directo para el civilista de la magnífica obra del doctor Krauss, tenemos que concluir y manifestar que se trata de una visión y estudio donde se revela la personalidad científica del autor, tanto por la acertada visión y enjuiciamiento de las instituciones y problemas que plantea, así como por la profundidad de conocimientos que en tan breve síntesis revela.

José BONER CORREA
Colaborador científico del INEJ

NICOLINI, U.: «Studi storici sul pagherò cambiario», Padova, Cedam, 1936 (ristampa), 106 páginas.

Los «Studi» que la Casa Cedam presenta hoy fueron ya editados en 1936 con el núm. 51 de la serie II («Scienze giuridiche») de las «Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore». No han perdido, sin embargo, su actualidad como estudio jurídico y, acaso, únicamente haya que señalar el cambio de orientación metodológica que, en este género de investigaciones, se ha abierto camino, en el sentido de atender con mayor cuidado al mundo económico —sin menospreciar otras circunstancias ideológicas ya tenidas debidamente en cuenta por el autor— en que las manifestaciones jurídicas aparecen.

La importancia que las investigaciones sobre el pagaré cambiario tiene para la historia del Derecho mercantil está fuera de duda. En primer lugar, representa el antecedente de la verdadera letra de cambio, en cuanto ésta es en una consecuencia de la privatización del documento notarial en que primitivamente se consignaban la «promissio» de devolución del dinero recibido y la «confessio» que era su antecedente. En segundo término, del estudio de los documentos de la época se deduce la extensión del empleo de la letra —o de su antecedente— por sectores que propiamente no podían calificarse de mercantiles, con las consiguientes consecuencias para la formación del concepto del Derecho Mercantil en la época considerada.

Pero, aparte de estas consideraciones generales, el trabajo de Nicolini

tiene una extraordinaria trascendencia para el estudio del Derecho mercantil español, porque, según las investigaciones de Sayous («Les débuts du commerce de l'Espagne avec l'Amérique», Rev. Historique, 174, 1934, páginas 213, doc. núm. 5, cit. por De Roover, L'évolution de la lettre de Change, XIVe-XVIIIe siècles, Paris, 1953, pág. 42, n. 86), en pleno siglo xvi los «instrumenta ex causa cambii» seguían usándose, a causa de la mayor seguridad que la autenticidad de la intervención notarial confería a unos documentos destinados a un tráfico rudimentario por su incipiencia, en el comercio entre España y América. Aunque haya de tenerse en cuenta, antes de decidir la aplicación de los resultados obtenidos por las investigaciones de otros países en esta materia, la peculiaridad de la terminología española en materia de cambios, debido a la organización «sensiblemente diferente» del mercado financiero español con relación al francés y al italiano (Lapeyre, H., Une famille de Marchans. Les Ruiz, Paris, 1956, páginas 243 y ss., especialmente, página 253).

La investigación de Nicolini se reduce a Bolonia. La documentación de la vida jurídica boloniese se conserva completa, a partir de 1205, año en que fué creado el «Ufficio dei Memoriali», en el Real Archivo de Estado. Sin embargo, el estudio del autor no se extiende a la totalidad del período abarcado por las actas conservadas —hasta 1450 aproximadamente—, sino únicamente hasta el año 1340 aproximadamente, fecha a partir de la cual pierde interés la ulterior investigación. De esta colección de documentos, las «promisiones» se hacen notar por su abundancia con relación a otras clases de documentos. La «promissio» —que las fuentes detrinales denominan «confessio extra iudicium»— contiene una doble declaración, hecha ante notario —la confesión de tener una cierta causa de débito de dinero hacia otra persona y la consiguiente promesa de satisfacerlo dentro de cierto término—. A lo largo de este lapso de tiempo es posible caracterizar la evolución por una progresiva sustitución de las «promisiones ex causa mutui» —que, al principio, sobrepasan en número a las «promisiones por otras causas («ex causa pretii», «ex causa dotis», «ex causa pretii» de tierras no pagadas, las rarisimas que no expresan la causa)— por las «promisiones ex causa cambii», que hacen su aparición antes de 1300. Contenía la «promissio ex causa cambii» la promesa de devolver una cierta cantidad en moneda diversa de la que se había recibido y, mediante una especie de novación, confería una mayor seguridad al crédito que se documentaba notarialmente de una manera abstracta.

El tránsito «brusco y precipitado» de una a otra fórmula puede encontrarse en la prohibición de la usura por la Iglesia. Tanto en el «cambium minutum» —de moneda presente por moneda ausente— como en la letra de cambio, se justificaba el beneficio del acreedor o por el servicio que prestaba el «campora», o por los riesgos que, en el transporte de moneda, sufría éste. Pero en el «cambium minutum» de moneda presente por dinero futuro, únicamente interviene un lapso de tiempo. Ahora bien, Nicolini niega que el interés correspondiente al tiempo transcurrido pueda encontrarse en la diferencia del cambio de monedas, sino que los intereses, en cantidad indeterminable para las investigaciones mo-

dernas, se calculaban anticipadamente y se apregaban a la suma que efectivamente se había recibido. Se apoya para mantener esta afirmación en el hecho de que la relación de las monedas se mantiene igual a lo largo de un gran número de años, a pesar del cambio de personas y circunstancias que intervienen en los contratos examinados. Por otro lado, ninguna alteración en la relación de cambio se observa entre los pagarés con vencimiento a pocos días o con vencimiento fijado a varios años de distancia, hecho que no es conciliable con la hipótesis de que el beneficio se encontraba en la diferencia de cambios, pues este beneficio hubiese variado con la variación del tiempo de vencimiento. Donde, a juicio de Nicolini, se esconde la usura es en la «*stipulatio poenae*», establecida para el caso de incumplimiento de la promesa.

Al «*Instrumentum*» en que se recogen las dos declaraciones ya descritas se le llama, no sólo por las fuentes doctrinales, sino también por las legislativas, «*cautio*». Pero, igualmente, se encuentra designado por los nombres de las dos declaraciones: «*confessio*» y «*promissio*». La «*confessio extrajus*» —a diferencia de la «*confessio in jus*»— requería para su validez la mención de la «*causa debendi*», aunque para el cumplimiento de este requisito fuese suficiente la mención genérica de una causa. Pero la circunstancia de que tales «*documenta*» incorporasen un negocio distinto del realmente celebrado produce la consecuencia de que, faltando la causa, la doctrina se esfuerce en fundamentar la «*confessio*» —que, a su vez, constituía la causa de la «*promissio*»— en una presunta «*causa donanti*». A su vez, los notarios autorizantes daban fe, no de la recepción del dinero por el confesante, sino sólo de la «*confessio*», esto es, de que éste había confesado recibir una cantidad. La promesa de devolución encuentra su antecedente en la «*stipulatio romana*», y la abstracción se logra, no mediante el empleo de fórmulas solemnes, sino merced a la influencia oriental que, con la documentación del contrato, buscaba la seguridad de la prueba, con la intervención notarial.

Pero la «*cautio*» no sólo contenía las dos manifestaciones fundamentales que han sido mencionadas ya, sino otras accesorias —pacto de prenda general y pacto de ejecución privada—, de frecuentísimo uso en los «*instrumenta*» medievales, bajo los nombres de «*obligatio omnium bonorum suorum*» y del «*pactum precarii*» y del «*pactum ingrediendi sua auctoritate*». A tales cláusulas, a su desenvolvimiento doctrinal y a su efectividad en la práctica del tiempo estudiado, se dedica el capítulo IV. La «*obligatio*» de todos los bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros, implicaba una cláusula de «*constitutum*», mediante la cesión por el deudor al acreedor de la posesión y de la cuasiposesión, tanto natural como civil, de aquellos bienes, seguida, a continuación, de un «*pactum precarii*», que devolvería, a título de precario, para evitar la «*usureceptio*», estos bienes al confesante. La complejidad técnica de estas cláusulas —que, al tiempo que satisfacían los intereses de las partes, eliminaban las sospechas eclesiásticas de que la percepción por parte del acreedor de los bienes de su deudor envolviese una usura— no eran captadas por los que frecuentemente las utilizaban convencidos de su extraordinario alcance práctico. El «*pactum ingrediendi propria auctoritate*» consistía en la «*convencional*» concesión al

acreedor del derecho de ocupar los bienes del deudor insolvente para pagarse con ellos» sin necesidad de acudir al Magistrado. La tarea de la doctrina consiste en conciliar la práctica que la usaba profusamente con las disposiciones que francamente le eran opuestas. Así *Accursio*, que ponía en el mismo plano la autorización judicial y la autorización del deudor concedida en el mismo acto de donde surgía el crédito insastifecho. Pero, otros, mezclando, como era corriente en la época, conceptos jurídicos y conceptos morales, aun reputando válido el «*pactum ingredientis*», aconsejan recurrir al juez, comportamiento más humano y cortés para con el deudor. Pero este procedimiento de acudir previamente al juez comportaba una serie de perjuicios económicos y de pérdida de tiempo, que justamente intentaba evitarse mediante la cláusula. La material ocupación del bien pignorado únicamente era posible, sin embargo, cuando el deudor no se opusiese —con las armas, añade Balbo—; aunque, según Bartolo, el previo «*pactum precarii*» dejaba sin valor alguno esta previsión. En cuanto a la eficacia de este pacto frente a los terceros, la doctrina medieval andaba dividida. Hasta que el legislador estableció —admitiendo, con ello, implícitamente el principio que fundamentaba la validez de la cláusula en el expreso consentimiento del deudor— que no fuese eficaz cuando los bienes no hubiesen pasado a manos de un tercer poseedor. Por último, se describe el procedimiento judicial en el que adquiría efectividad el «*pactum ingredientis*», tal como resulta de los documentos judiciales conservados, de los que, en apéndice, se incluye un ejemplar.

JUSTINO DUQUE

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: «Obrigações pecuniárias. Lisboa, 1956. Un volumen de 337 págs.

Presentamos hoy al lector español la interesante obra del ilustre civilista portugués y profesor de la Universidad de Coimbra, doctor PAES DA SILVA VAZ SERRA. El tema de las obligaciones pecuniarias no es de los más tratados por los civilistas, aunque sí tiene una gran actualidad. La ambivalencia jurídico-económica de su contenido plantea problemas que escapan de las manos a los especialistas de ambos campos. Sin embargo, en la tradición jurídica europea ya se cuenta, con estudios que, desde la visión privatista del tema, han marcado pasos decisivos y concluyentes; la literatura jurídica alemana, primero, la francesa e italiana, después, se llevan la palma en la interesante cuestión que plantea el dinero y sus alteraciones en la contratación privada. Iniciada esta trayectoria por la clásica obra de NUSSBAUM, continuada después por SCADUTO y ECKSTEIN, el profesor VAZ SERRA viene a meditar una vez más sobre el problema acuciante que la desvalorización monetaria presenta en nuestros días a través de la categoría obligacional llamada «deuda pecuniaria» o, más simplemente, «obligaciones dinerarias».

El ilustre profesor hace su estudio con motivo de la futura reforma del viejo Código civil portugués, el cual sirvió como ponencia, aparecida en el número 50 del «Boletín del Ministerio de Justicia», en la que se hacía una

revisión completa de la materia referente a las obligaciones pecuniarias. Después de hacer una introducción general a las cuestiones impuestas por el método bifronte del tema, debido a su carácter económico y jurídico, y hacer ver la urgencia de la resolución de los problemas que plantea, las obligaciones de dinero, se refiere a las modalidades que presenta, objeto, por lo demás, de su estudio.

En cuanto a la *sedes materiae* que ocupan las obligaciones pecuniarias observa cómo éstas vienen predeterminadas por la doble función que el dinero cumple como medio de pago, es decir, como objeto de la prestación obligatoria en la relación privada, y, en su función de medida de valor y medio de cambio, en cuanto a su aspecto económico y político. De aquí que se adhiera a la postura de KNAPP y nos presente al Estado como el autor y árbitro de la moneda, aunque para él tenga también trascendencia el fenómeno de la creación por particulares o entidades de la llamada moneda de urgencia (Notgeld).

En cuanto a las modalidades de las deudas pecuniarias, el autor hace referencia a su triple contenido: las de suma o cantidad, las de especie monetaria y las valutarias o de moneda extranjera. El examen amplio de cada una de estas tres modalidades componen el contenido de su obra. Ahora bien, el estudio de estas tres modalidades está en función de las alteraciones internas y externas del sistema monetario y de los fenómenos de devaluación e inflación.

El régimen monetario portugués actual toma como punto de partida : Ley de 29 de julio de 1854, modificada por la Ley de 1891. La reforma monetaria es acometida de nuevo en el año 1911 y señalan dos hitos interesantes los Decretos de 1931 y de 4 de mayo de 1933. Frente a las normas de carácter general establecidas por el régimen de Derecho público anterior contrastan las reglas especiales de las obligaciones monetarias del Derecho civil, concretamente respecto de la mora, del cumplimiento, de la imposibilidad sobrevenida, del lugar de la prestación y de la mora del acreedor.

En Portugal, el principio nominalista rige para el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Es interesante señalar las excepciones a dicho principio recogidas por el Código civil portugués para ciertas figuras como en las penas convencionales (art. 727, número 2), en el contrato de obra (artículo 1.461), en la colación (art. 2.107, números 5 y 6) y sobre la partición (Decr. número 19.126). La legislación especial excluye el principio nominalista para el derecho de superficie (art. 26, número 2 de la Ley número 2030 de 1948) y en las obligaciones alimenticias por razón de parentesco o de casamiento (arts. 172 a 177 del Decreto de 3 de noviembre de 1910). Otras excepciones se refieren a ciertas rentas, a los foros en dinero y a los predios rústicos y urbanos (Decretos de 8 de agosto de 1931 y 30 de marzo de 1928, respectivamente).

El núcleo más interesante de la obra es el que se refiere al epígrafe titulado «obligaciones de cantidad», en las que para su cumplimiento rige el principio nominalista aceptado por el artículo 727 del Código civil portugués. El profesor Vaz SERRA afirma la necesidad de mantener dicho principio, ya que con la actualización de las prestaciones pecuniarias se intro-

duciría un elemento que perturbaría la vida económica y jurídica. La estabilidad y seguridad de las relaciones vendrían afectadas de un modo considerable si tal ocurriera. A juicio del autor, la actualización de una prestación pecuniaria puede ocasionar al deudor un perjuicio injustificado si él, sin culpa, no dió al dinero una aplicación o empleo que estuviese al abrigo de la desvalorización, pues entonces estaría obligado a actualizar una prestación que en su patrimonio no se conservó actualizada. Cree que cuando el deudor se pudiese considerar obligado a dar al dinero una aplicación que impidiese el perjuicio de la desvalorización, y no lo hubiese dado por causa que se le pudiese imputar, podría quizá aceptarse la desvalorización. Pero entonces, para el profesor VAZ SERRA se trataría de un problema de indemnización que se resolvería de acuerdo con las reglas generales respectivas. Saber si el deudor está o no obligado a dar al dinero una aplicación al abrigo de la desvalorización, es un problema que hay que apreciar caso por caso, atendiendo a la ley, al negocio jurídico, a las circunstancias y a los usos. Esa obligación puede, incluso en ciertas hipótesis, derivar del principio de buena fe. Ahora bien, se pregunta este autor, en el caso de que la alteración del valor de la moneda sea muy grande y el principio nominalista da lugar a graves perjuicios para una de las partes ¿debe admitirse el principio de revalorización o de desvalorización de las prestaciones pecuniarias? Cree que no sería siempre aconsejable mientras que la alteración fuese muy grande, pues puede no ser equitativa la revalorización. Por otro lado, añade, no se sabe dónde y cómo la depreciación monetaria comienza a volverse incompatible con la buena fe de acuerdo con el principio nominalista. Y demanda el autor: ¿qué grado debe alcanzar para que se admita la revalorización? A su juicio es imposible trazar un límite y sería necesario encontrar, en interés de la seguridad de las relaciones, si se quisiese establecer una regla general de actualización, una distinción bastante rigurosa entre depreciación ordinaria y depreciación extraordinaria, único modo que legitimaría la revalorización.

El profesor VAZ SERRA opina que en caso de una depreciación extraordinaria, que produjese consecuencias inicuas por el mantenimiento del principio nominalista, la revalorización se debe aceptar en ciertos límites. Pero, ¿qué límites serían esos? A su entender serían los de la buena fe. La revalorización sólo se daría cuando la buena fe lo aconsejase decididamente según las circunstancias del caso y de la situación económica en su conjunto. Tratándose de contratos estaría sujeta a las propias reglas sobre resolución o modificación de los contratos por alteración de las circunstancias. Ahora bien, concluye, parece preferible no enunciar el principio de revalorización, ya que el legislador podrá intervenir cuando se le demande y si no interviniere no faltarían en la jurisprudencia y en la doctrina apoyos para admitirlo, en el caso en que la desvalorización del dinero sea tan grave que se vuelve insustituible en todo su rigor el principio nominalista al ocurrir acontecimientos imprevistos y extraordinarios que excedan de los puntos de partida de la ley que estableció dicho principio. El ilustre profesor concluye que todo esto parece mostrar que no es posible, o por lo menos que no es fácil, establecer una norma general que asegure a las deudas de dinero un valor constante. El problema del

saneamiento monetario es fundamentalmente económico y jurídico. Cree con la opinión común que «no es una ley la que puede estabilizar la vida económica y el valor del dinero, sino la propia vida económica».

El profesor VAZ SERRA hace ver cómo es el Decreto número 19.126 el que introduce en el Código civil portugués ciertas disposiciones que prevén la actualización de ciertas prestaciones pecuniarias. Así, respecto del párrafo segundo del artículo 727, en las prestaciones estipuladas en cualquier contrato como penas convencionales o a título de indemnización por no cumplimiento o rescisión de los mismos contratos, serán satisfechas en armonía con el coeficiente de valorización o desvalorización en el momento de su pago. Igualmente sucede en el artículo 1.401, relativo al contrato de obra, respecto del párrafo quinto del artículo 2.107 sobre entregas de dinero hechas por el donatario, o pago de deudas del donante, o encargos en favor de terceros; lo mismo se observa en lo que se refiere a la colación y a las donaciones; también, según el artículo 2.165, en el caso de partición judicial; igualmente en la actualización de ventas y foros. Por último, en el artículo 26 de la Ley número 2.030, de 22 de junio de 1948, se autoriza la actualización del valor del edificio a construir en el título constitutivo del derecho de superficie.

La existencia de estos casos en que la Ley permite su actualización, pero sin declarar cómo debe ser realizada, al profesor VAZ SERRA le parece que podrían aplicarse preceptos de carácter general. Cree que el mejor criterio es recurrir a los números índices que sean más apropiados y que reflejen la relación entre la moneda y las mercancías. El Instituto Nacional de Estadística portugués y el Banco de Portugal publican estos números índices que hacen referencia a los precios al por mayor en Lisboa, con base en el año 1948, de los precios al detall en el Continente, con base al año 1944, o, ya a los precios del consumidor en Lisboa, con base desde el 1 de julio de 1948 al 30 de junio de 1949, y, también, al índice del coste de la alimentación y otros productos del comercio doméstico en Lisboa, con base al 1 de julio de 1948 hasta el 30 de junio de 1939. Sin embargo, a juicio de este ilustre profesor ello no basta. La actualización de las prestaciones pecuniarias no parece que deba hacerse automáticamente mediante la aplicación de un coeficiente de valorización o desvalorización de la moneda; habría que atender a la situación en concreto, procurando entonces lo que la buena fe estima razonable. Así, en armonía con este criterio puede no tener que aplicarse simplemente el resultado de comparar entre el poder adquisitivo de la moneda en la fecha de constitución de la obligación y ese poder en el momento actual. Concluye, de acuerdo con el parecer del Tribunal Supremo alemán, que una fórmula aceptable será la de atender a la situación total de los intereses legítimos presentes de ambas partes.

El profesor VAZ SERRA dedica tres capítulos más referentes a las deudas en moneda específica, a las deudas de valor y a las deudas valutarias o en moneda extranjera.

La obra de este distinguido profesor contiene aportaciones ciertamente estimables. Su equilibrada y recta visión de los problemas, su ecuanimidad y ponderación en resolverlos, al mismo tiempo que un erudito y profundo conocimiento de la materia, hacen de la obra una contribución muy esti-

mable respecto del estudio de las obligaciones pecuniarias. Las referencias concretas a la literatura portuguesa y comparada, nos ponen sobre un camino seguro y definitivo en esta materia que, por su gran complejidad y ambivalencia, atiende necesariamente a las corrientes económicas en que el tema viene impuesto.

José BONET CORREA
Colaborador científico del INEJ

PALANDT, Otto: «Bürgerliches Gesetzbuch». Bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach y Bechenmacher. 16.ª edición reelaborada. Munich-Berlín, C. H. Beck, 1957, 2096 páginas. (Tomo 7 de la «Colección «Beck'sche Kurz-Kommentare»»).

En realidad, poco es lo que puede decirse de una obra que, con una infrecuente rapidez, ha logrado en menos de veinte años la cifra record de 16 ediciones, cada una de ellas superior en mérito y utilidad a la inmediata precedente. Aparte de que el libro ha sido ya reseñado en tres ocasiones en este Anuario (cfr. la nota del profesor Castro a la 10.ª edición en V, 3, 1952, 1092-1094, y las nuestras a las ediciones 11.ª y 13.ª en VI, 4, 1935, 963-965 y en VIII, 1, 1955, 204, respectivamente), la obra ha logrado tal difusión en el mundo del Derecho, dentro y fuera de Alemania, que en sus diecinueve años de vida se ha convertido en «clásica e imprescindible». No hay exageración alguna al afirmar que los Comentarios de PALANDT al BGB son hoy absolutamente necesarios si, a través de un libro *grande y pequeño* al mismo tiempo, se quiere conocer el estado actual del Derecho civil alemán.

A nuestro modo ver «el PALANDT» constituye un magnífico ejemplo de lo que debe ser en su género una obra lograda y perfecta, una obra que en sus sucesivas ediciones (algunas de ellas distanciadas sólo por unos meses) se ha ido puliendo y mejorando, en un continuo afán de superación, hasta llegar a su estado actual, modelo en todos los sentidos, breve pero profunda y certera doctrina; información detallada y selecta; consideración agotadora de la jurisprudencia y, por último (detalle nada despreciable), presentación tipográfica admirable. Sencillamente un alarde editorial. Para el lector no alemán tiene un inconveniente: el estilo telegráfico de su redacción y el continuo empleo de abreviaturas (cosas ambas necesarias para condensar en un solo volumen tan enorme cantidad de material) hacen difícil y penoso su manejo hasta que uno se familiariza con el libro.

Ante una publicación ya conocida por anteriores ediciones, no procede sino indicar las novedades que su última reelaboración presenta en relación con las anteriores. En su conjunto todo su contenido se ha puesto al día y revisado en cuanto a doctrina y jurisprudencia, lo cual se acompaña de la, a veces necesaria, revisión de las soluciones mantenidas por los redactores de sus distintas partes. Una profunda reelaboración se observa por ejemplo, en lo relativo al contrato de servicios, en función de las más recientes tendencias del Derecho laboral.

En materia de Derecho de familia, al no haberse dictado aún la Ley

que adapte el BGB al principio de equiparación jurídica de los sexos contenido en la Ley fundamental de Bonn, han de ser la doctrina y la jurisprudencia las que llenen ese vacío legislativo que hoy existe (a partir del 1 de abril de 1953 todas las normas que se opongan al referido principio de equiparación han quedado derogadas). Pues bien, en pocas obras, de las muchas que se ocupan de la cuestión, podrá encontrarse una consideración más completa y mesurada de la misma. Puede afirmarse que a partir de la 11.ª edición a la 16.ª lo que más ha preocupado a los redactores de los Comentarios de PALANDT ha sido la sucesiva y continua mejora que se observa en el tratamiento dado a los innumerables problemas que la «*Gleichberechtigung*» trae consigo y que todavía el legislador no se ha atrevido a resolver.

Las nuevas disposiciones que se comentan son las siguientes:

La Ley sobre indemnización de daños de ocupación por parte de la República Federal de 1-1-1955.

La Ley sobre prescripción de deudas ajenas en el extranjero de 19-12-1956.

La Primera Ley Federal sobre el arrendamiento de uso, que trae consigo importantes modificaciones en materia de protección al arrendatario y en materia de rentas. La Ley es de 27-7-1955.

Sólo diremos para terminar que esta 16.ª edición del BGB de PALANDT es, como las anteriores, pero en más acusada medida, de un valor práctico enorme y que, al mismo tiempo, constituye desde el punto de vista doctrinal una aportación de importancia considerable en el terreno de la Ciencia jurídica.

CARLOS MELÓN INFANTE

Del C. S. de I. C.

POLO, Antonio: «Leyes mercantiles y económicas, Tomos I-V. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956-1957.

Desde hace años se sabía que el catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Barcelona, don Antonio Polo, preparaba la publicación de unas «Leyes mercantiles y económicas» y el mundillo jurídico, abogados y universitarios especialmente, la aguardaba con impaciencia. La larga espera, acrecienta esperanzas y exigencias. En este caso nadie dudará y todos habrán de conceder que la dilación y la expectación estaban justificadas y que han sido ampliamente colmadas. Se nos ofrece el fruto de una larga, paciente, exhaustiva labor, en forma grata y en general de tan cómodo manejo que pecará de ingrato quien no agradezca al ilustre maestro sus desvelos y esta obra verdadero regalo a los juristas españoles.

El contenido de la publicación parece bien ceñido por su título. La fuerza arrolladora de lo económico, que mueve sin reposo la máquina legislativa y el impulso expansivo del Derecho mercantil, que atrae a su campo las más diversas materias, hacen que la obra tenga cinco tomos, que se pueden

calcular de, más o menos, dos mil páginas cada uno (1), cerca de diez mil páginas.

«¡Ingenti mole!». Sin embargo, no faltará quien eche de menos esta o aquella disposición. Lo que se explica fácilmente. La inclusión o exclusión de los preceptos legales requiere una previa discriminación entre lo mercantil y económico y el resto legal que no merece esta consideración. Si se atendiese a todo lo que algunos mercantilistas y especialistas del Derecho económico e industrial consideran dentro de lo mercantil y económico, la obra hubiera tenido que ser mucho más amplia, quizá la mayor parte del contenido de la colección legislativa. El autor ha tenido que delimitar la materia con prudencia, sorbando dificultades y cortando nudos gordianos. Unos ejemplos mostrarán mejor lo árduo de la tarea. Se ha creído necesario recoger disposiciones del Código civil, sobre las obligaciones y los contratos en general (arts. 1.088-1.314) y se puede preguntar: ¿porqué, entonces, no recoger las referentes a la compraventa, préstamo, mandato, fianza y prescripción? Se incluye la legislación sobre propiedad industrial y se dejan fuera la sobre propiedad intelectual, lo que dolerá a quienes consideran que la edición y el derecho del autor, especialmente de películas y discos, está dentro de los dominios del Derecho mercantil. La ley sobre arbitrajes de Derecho privado se inserta entre las «instituciones auxiliares del Comercio»; lo que, en cambio, parecerá excesivo a otros juristas.

El contenido de la obra se distribuye así: Tomo I, Código de Comercio (arts. 1-243), Código civil (arts. 1.088-1.314), Registro mercantil, Derecho de Sociedades mercantiles, Régimen jurídico de Sociedades Anónimas y de Sociedades de responsabilidad limitada. Tomo II, Código de comercio (arts. 244-955), Ley del 16 de diciembre de 1954 (art. 521 del C. de c. y artículo 1.429 LEC). Tomo III, Derecho industrial y de la empresa, Derecho de los agentes mediadores, Derecho bursátil, Derecho monetario y de divisas, Derecho bancario, Derecho cambiario y de cheque, Tomo IV, Derecho de transportes, Derecho de seguros, Derecho de suspensiones de pagos y quiebra, Derecho de navegación marítima, Derecho de navegación aérea, Derecho penal mercantil, Instituciones auxiliares del comercio. Tomo V, Índices y tablas de concordancias.

Al dar noticia de esta publicación hay que advertir muy especialmente al lector de que en ella, al contrario de lo que ocurre en otras, se le da mucha más de lo que anuncia su título. Se rotula «Leyes mercantiles y económicas» y se recogen no sólo las disposiciones legales, sino también la jurisprudencia y la bibliografía que a ellas corresponden. Sobre el Código de comercio y sobre las leyes mercantiles fundamentales, la jurisprudencia se cita y entraña, y se recoge la bibliografía de modo tan cuidadoso que parece imposible se haya olvidado algo de importancia. También se incluyen otros datos informativos, así las Exposiciones de Motivos de Códigos y leyes, algún proyecto legislativo y el Convenio de Ginebra sobre las Leyes uniformes en materia de letra de cambio y de cheque.

(1) Los tomos están divididos en apartados, apéndices y complementos, cada uno con paginación independiente.

La obra va precedida de un estudio preliminar denominado «El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y jurisprudencia españolas». (2). D. Antonio Polo, insiste, y aclara su doctrina sobre el concepto de Derecho mercantil. Nos dice que es, ha sido y seguirá siendo «el Derecho de la organización económica», «de la economía mercantil e industrial profesionalmente organizada», «Derecho regulador de las Empresas, del Estatuto profesional de éstas y de su actuación, utilizando unos instrumentos y unas formas contractuales que responden a las exigencias de la más moderna economía». Examina la vieja y nueva problemática en torno a la empresa, niega la inadaptación de su concepción al Derecho mercantil positivo español y afirma la presencia de la empresa en el Código de comercio, en las Leyes especiales y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Magistral trabajo, razonado y lleno de convicción que hará reflexionar a todos y hasta dudar a los que pensamos que la empresa todavía no es un concepto adecuado para base del estudio de nuestro Derecho mercantil. Ciertamente que no es una nota bibliográfica el lugar adecuado para discutir esta «magna quaestio»; pero aunque sea de pasada señalaremos que el mismo autor notablemente declara: «Todavía sigue siendo cierta aquella conocida lamentación de Oppikofer, cuando, en 1927, afirmaba que la doctrina económica y la ciencia jurídica carecen de un concepto firme y seguro de la empresa». Faltando firmeza y seguridad y con un concepto poliédrico de la empresa (Asquini), ¿cómo utilizarlo para definir el campo del Derecho mercantil? Antes de que se le pueda recibir como concepto técnico parece necesario exigir de la doctrina mayores precisiones. Distinguir la empresa comercial de la industrial, agraria, burocrática, profesional, personal (la del vivir de Stampe); la grande de la pequeña empresa. Aclarar el significado de la mecanización de la organización del utillaje y del personal, de la «automación» ya iniciada, señalar la valoración dada a la personalidad (p. ej., Casas de Modas, Galerías de Arte) y a la finalidad (p. ej., granjas del Cister). Contestar estas preguntas: ¿es la empresa sujeto u objeto? ¿estado de las personas o de las cosas? ¿tiene carácter de Derecho privado o de Derecho público? (3).

Los cinco tomos de «Leyes mercantiles y económicas» están editados con gusto, con severa elegancia y con loable cuidado por tipógrafos y corrector. Algún reparo podría oponerse a la distribución de la obra y a la redacción de los índices. Como obra de consulta, está destinada al manejo de hombres con prisa, de tiempo escaso y, en general, no especializados en la materia. En su beneficio serían aconsejables ciertos cambios para ediciones sucesivas. Que cada tomo tuviese una sola paginación; suprimiendo de ese modo las numeraciones parciales, algunas son de muy pocas páginas, distinguidas entre sí, a veces, sólo por una hoja de color verde. Ello ahorraría la complicada cita y la enfadada búsqueda a través de tomos, apartados, apéndices y complementos. También que las distintas secciones o subsecciones no queden sin mutua conexión, tan con-

(2) Publicado también en «Revista de Derecho Privado», diciembre de 1956, págs. 1175-1191, y enero 1957, págs. 3-28.

(3) Este último parece postularse al afirmar el interés, público de la empresa y su condición de fuente normativa.

veniente para evitar confusiones al lector. En el tomo I, Apartado II, páginas 849-872, se hace un cuidadoso estudio de la Sociedad de responsabilidad limitada, en base a su falta de regulación legal, insertándose incluso el Proyecto de Roig y Bergadá en 1918. El consultante apresurado puede pensar que ésta es la situación actual, si no busca o encuentra el Apéndice III, de dichos tomos y apartados, en el que se inserta la Ley de 17 de julio de 1953 (págs. 1-18). Lo mismo puede decirse, para poner otro ejemplo respecto al arrendamiento de locales de negocios. Se recogen las disposiciones de la ley de 1946 (tomo III, apartado VI, apéndice VI, págs. 50-171), sin mencionar la ley de 1957, reproducidas después separadamente (tomo III, apartado VI, adición al apéndice VI, págs. 103-140). Importaría, además, dar una mayor amplitud en los índices. Una muestra bastará. La ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, es generalmente conocida como Ley sobre el Transporte marítimo de mercancías (4). El índice general alfabético se refiere a ella en «conocimiento de embarque», bajo la rúbrica poco expresiva de «Unificación de reglas»; en cambio, no se encuentra mencionada en «Fletamentos», voz a la que remite la de «Transporte marítimo».

No quisiéramos que estas observaciones dieran una impresión equivocada. Nada significan frente a la general utilidad de la obra. Personalmente podemos decir que ella nos ha ahorrado ya muchas horas de trabajo. Sólo tienen por finalidad colaborar modestamente, en detalles secundarios, a la perfección de la obra benemérita del profesor Polo.

R. E. D.

RUIZ GALLARDON, José María: «Derecho civil», «Obligaciones». Estudios Jurídicos Gala, Madrid, 1957.

José María Ruiz Gallardón, profesor ayudante de Cátedra de la Universidad Central, en colaboración con Rafael Ruiz Gallardón, notario --redactor de tres capítulos--, nos brinda un libro muy sugestivo. Se trata de un manual de Derecho Civil, en la materia «Obligaciones», con la promesa de una segunda parte dedicada a «Contratos».

Para juzgar esta obra se requiere, ante todo, ver la finalidad que se ha propuesto su autor. La primera frase del prólogo no da la clave: «Iniciamos con el presente volumen la publicación de un manual de Derecho Civil cuyo destino primordial es facilitar el estudio de esta materia al universitario». No se trata, pues, de un tratado más. Estamos ante un libro de iniciación, y en este aspecto, la obra que comentamos cumple bien su cometido. A través de trescientas treinta y nueve páginas se expone, en forma muy completa, la materia relativa a «Obligaciones». El cuestionario es bastante extenso, y dentro de él, las subdivisiones y apartados de que se sirve el autor para contestarlo, consiguen que sean raro el punto que no se trate, aunque sea en forma sucinta.

(4) Así, p. ej., en el excelente libro de Sánchez Calero. "El contrato de transporte marítimo de mercancías", Roma-Madrid, 1957; págs. 20 y sig.

El estudiante encontrará en este libro la guía segura, que le llevará al conocimiento, difícil, de las «Obligaciones», siempre que no olvide el estudio simultáneo del derecho positivo, sin el cual todo tratado es inútil.

Lo más notable de este libro, a nuestro juicio, es su claridad de exposición. Una absoluta honradez científica ha presidido su redacción. Se emplea un estilo directo, preciso, sin galas literarias, que no se necesitan, y con total ausencia de pedantería e inútil cita farragosa.

Los defectos y las virtudes de esta obra van estrechamente unidos: brevedad y concisión, que pudieron ser mayores, dada su finalidad, si el autor hubiese podido un poco más; brevedad y concisión que son excesivos para un tratado general; síntesis y exposición, en lugar de análisis e interpretación. Se brindan, y con excelente calidad, las ajenas opiniones, pero pocas veces se adopta una posición personal que prescinda de lo que dijeron los maestros. Nosotros hubiéramos preferido un enfrentarse más directo con las dificultades, y un resolverlas, ajeno a toda influencia, pero reconocemos que esto hubiera desvirtuado la finalidad del empeño.

Resumiendo lo que queda dicho, estamos ante una obra de síntesis, de iniciación. En este aspecto, merece indudables alabanzas, siendo el principal reparo el no haberse conseguido una brevedad mayor. En cambio, completándola un poco más, con bibliografía, jurisprudencia, etc., se hubiese logrado un excelente libro de consulta.

Nos permitimos indicar, como posibilidad para futuras ediciones, la de separar, mediante el sistema de notas o de letra de diversos tipos, lo que es puramente esquema, línea expositiva, aportación original, y lo que es erudición, cita, jurisprudencia, argumentación a mayor abundamiento. No es que se debe convertir lo que es feliz síntesis en un fárrago, sino que la altura que el autor demuestra a lo largo de su obra, nos esfuerza a animarle a empresa de mayor envergadura, en el sentido de que mantenga, y aún agudice, lo que el libro tiene de breve, de sencillo, pero en el de que brinde, también una obra de consulta, un tratado general.

Insistimos, finalmente, en la virtud principal del libro: Su claridad. Se tratan los problemas más difíciles con una concisión y sencillez tan grandes, que creemos que hasta el estudiante que se enfrente con ellos por primera vez los comprenderá casi con una simple lectura.

Deseamos al autor, mejor dicho a los autores, que su obra alcance numerosas ediciones y que con el «Corregida y aumentada» obtenga un puesto entre las «clásicas» de nuestro Derecho.

F. ESCRIBÁ DE ROMANÍ

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BARBERO, Domenico: *Polemiche sulla sanzione*, RDCC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 901-922.

Consideraciones polémicas con Allorio en torno a la significación de la sanción en la norma en relación con la estructura de ésta, considerada por este autor como un juicio: «Todo juicio sobre comportamientos humanos es una norma jurídica.»

DE BUEN, Néstor: *La orientación patrimonial en el Derecho Fiscal*, BIM, año IX, núm. 27, septiembre-diciembre 1956; págs. 49-60.

Consideraciones sobre las repercusiones que en el Derecho fiscal tiene la tendencia del mundo actual que da predominio a lo económico y patrimonial sobre lo puramente personal. Previamente se revisa el concepto de relación jurídica, propugnando una despersonalización de la misma.

EHRENZWEIG, Albert A.: *Zum Handwerkszeug des amerikanischen internationalen Privatrechts*, OZOR, tomo VII, cuaderno 4, 1956; págs. 521-529.

Consideraciones críticas sobre la obra de Beale, autor del conocido *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, fuente principal por la que en el extranjero se conoce el Derecho internacional privado de USA.

GÓMEZ GALINDO, Gerardo: *Moral, Derecho y fuerza*, ED, vol. XVI, núm. 50, 1956; págs. 613-615.

Consideraciones elementales sobre la recíproca relación de los tres conceptos.

GUELLI, Vicenzo: *Concezioni dello Stato e del Diritto e tecnica giuridica nella teoria del procedimento legislativo*, RTDPO, año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 949-967.

La formación de la ley es diversa y se opera por caminos diversos, según

el concepto del Estado y del Derecho. Entre los órganos intervinientes es preciso siempre deslindar cuál sea el «verdadero legislador». Consideración del problema desde el punto de vista político y de la dogmática jurídica.

KRETSCHMER: *Das Recht im Saarland nach dem 1-1-1957*, NJW, año X, cuaderno 2, 11 enero 1957; págs. 50-51.

Como consecuencia de la vuelta a Alemania del territorio del Sarre se plantean interesantes problemas respecto al Derecho vigente en la zona a partir del 1 de enero de 1957, fecha en que entró en vigor en ella la Ley Fundamental de Bonn.

LÓPEZ BERENGER, José: *La colisión de derechos*, AUM, vol XIV, núms. 3-4, curso 1955-56; págs. 197-302.

Estudiada ya, en la primera parte del trabajo, la colisión de derechos en general, el autor ofrece ahora, en la segunda, un amplio y casuista examen de los supuestos más importantes de colisión que surgen en nuestra legislación civil y mercantil.

RUBINO, Domenico: *La pubblicità come fatto permanente*, RDC, año LV, números 1-2, enero-febrero 1957; págs. 10-18.

La publicidad, en cuanto a su estructura, se manifiesta en una doble fase: dinámica (es un «procedimiento») y estática (es un «hecho permanente»). La publicidad, como hecho, no sólo está constituida por los actos con que se consigue, sino también por el resultado material de estos actos, es decir, por la situación estable que de ellos se deriva: la presencia de la escritura en los registros.

SCHATLER Johann-Georg: *Sind schlechte Gesetze nichtig?* NJW, año X, cuaderno 4, 25 enero 1957; págs. 121-125.

En relación con las disposiciones sobre apertura de nuevas farmacias, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania occidental, en sentencia de 30 de mayo de 1956, ha declarado la nulidad de ciertas disposiciones en base a su falta de claridad e indeterminación. Comentarios en torno a si dicho Tribunal tiene facultades para lo indicado.

TEDESCHI, Guido: *Su alcune forme di interpretazione autoritativa della legge*, RDDC, año III, num. 2, marzo-abril 1957; págs. 133-149.

La interpretación se divide en privada y oficial; se estudian algunas formas de esta última: interpretación judicial, administrativa y «directiva». En todo caso la interpretación de la ley es materia de política jurídica.

TUMEDET, Cesare: *Vittorio Scialoja*, RDC, año LV, núms. 1-2, enero-febrero 1957; págs. 1-9.

Remembranza de la personalidad de Vittorio Scialoja en el plano científico y profesional (como abogado).

2. Derecho de la persona.

BURHENNE, Lothar: *Probleme zum Widerrufsanspruch*, MDR, año X, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 515-518.

La revocación o desmentida de manifestaciones que dañan el crédito o el honor no tiene una regulación expresa en el Derecho alemán y ha sido construida por la jurisprudencia sobre los §§ 249 y 1.004 BGB.

El autor estudia esta revocación: objeto, antijuridicidad de las manifestaciones, límites, cuestiones procesales.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán: *El amparo como derecho del hombre en la Declaración Universal*, BIM, año IX, núm. 27, septiembre-diciembre 1956; págs. 9-16.

Información divulgadora del «amparo» judicial en la legislación mejicana, institución que ha trascendido a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

HAMANN, Andreas: *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz*, NSW, año X, cuaderno 1, 4 enero 1957; páginas 2-5.

Consideraciones sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en relación con el principio de igualdad ante la ley sancionado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949: contenido del principio, hipótesis diversas, etcétera, etc.

HAMMER, Wilim: *Das Verhältnis der juristischen Personen zu den dahinterstehenden natürlichen Personen*, MDR, año X, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 656-657.

Aunque ha de reconocerse que se impone la no identificación de la persona jurídica con las personas naturales en ella subyacentes, existen hipótesis en que quiebra y no puede admitirse tal postulado general de no identificación.

KRÜGER, Hildegard: *Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht*, ACP, tomo CLVI, cuaderno 2-3, 1957; págs. 232-264.

Estudio histórico de Derecho extranjero y de Derecho alemán sobre la

reglamentación del nombre de la mujer. Referencias y propuestas en relación con la proyectada reforma. Se considera el derecho al nombre como un derecho de la personalidad.

ROMANO, Salvatore: *Autonomía Privada*, RTDPO, año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 801-922.

Dividido el trabajo en dos partes (la primera sobre «el poder»; la segunda sobre «el acto») se hace un estudio general y amplísimo de la autonomía privada, contrastada con la norma y tomando como punto de partida la doctrina de Santi Romano, según la cual la autonomía «subjetivamente indica la potestad de darse una ordenación jurídica y, objetivamente, el carácter propio de una ordenación jurídica que individuos o entes se constituyen por sí en contraposición al carácter de las ordenaciones que para ellos les son otorgadas por otros». La fórmula, emitida para el Derecho público, vale para el Derecho privado.

SCHUMACHER, Adolf: *Verfahrensunterbrechung durch Anbringung eines Güteantrages*, MDR, año X, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 590-591.

Comentario breve sobre el § 209 Nr. 1a del BGB que entre las causas que interrumpen la prescripción, señala el ejercicio de una pretensión por presentación de demanda de conciliación.

SILVING, Helen: *Nationality in Comparative Law*, AJCL, vol. V, núm. 3. 1956; páginas 410-442.

Como cuestión previa a una teoría general de la nacionalidad se entresacan los principios generales en torno a ella en las diversas legislaciones. Se estudia su significación, la relación de las normas que la regulan con las referentes a otras materias y con los Derechos extranjeros y la cuestión de la protección del interés individual y público.

TAPIA ARQUEROS, Hugo: *Las personas jurídicas en el Código Civil chileno*, RCH, año XXIV, núm. 98, octubre-diciembre 1956; págs. 465-487.

Consideraciones sobre la reglamentación de las personas jurídicas en el Código civil chileno, cuyo centenario se celebra. Fue el primero que reglamentó la cuestión de forma completa. Esbozo de una posible reforma.

2. Derechos reales.

ARELLANO ALARCÓN, Juan: *La Propiedad*, RCH, año XXIV, núm. 98, octubre-diciembre 1956; págs. 490-524.

Estudio histórico y actual del derecho de propiedad, con especial referencia al Código civil chileno: evolución histórica, corrientes adversas, defini-

ciones, caracteres de la propiedad, facultades, contenido, limitaciones, propiedad y Constitución:

COLL RODES, Ramón: *Sobre el derecho de laudemio con motivo de una transmisión de finca enfiteútica sita en Barcelona*. RJC, año LVI, volumen LXXIV, enero-febrero 1957; págs. 41-52.

Reproducción de un dictamen emitido en 1946 por el autor, ya fallecido.

DRITUS, Wilhelm: *Der Ausfall von Grundpfandrechten in der Enteignung nach dem Baulandbeschaffungsgesetz*, MDR, año XI, cuaderno 1, enero-1957; págs. 1-3.

Mecanismo y efectos de la extinción de los gravámenes inmobiliarios como consecuencia de la expropiación operada en base a la legislación alemana sobre terrenos para construcción de viviendas.

DONAU, Helmut: *Formlose Abtretung des Auflassungsanspruchs*, MDR, año X, cuaderno 9, septiembre 1956; págs. 532-533.

En el Derecho alemán no solo para la transmisión de la propiedad de las fincas (925 BGB), sino también para obligarse a ella (313 BGB) existen disposiciones estrictas sobre la forma. Lo mismo vale para la transmisión de los derechos reales de expectativa derivados de una «Auflassung» consumada. En cambio, suele entenderse que tanto la obligación a la transmisión de la expectativa de «Auflassung» como la propia transmisión son posibles sin forma.

GIANNINI, Amedeo: *Opere pseudonime ed anonime e diritto di rivelazione*. EDC, año LV, núms. 1-2, enero-febrero 1957; págs. 42-57.

Después de unas consideraciones generales sobre el uso del seudónimo y su configuración y límites en la legislación italiana, se refiere a las ediciones de obras seudónimas y al derecho de llevar a cabo la revelación del nombre verdadero del autor: formas de esta revelación.

GIANNINI, Amedeo: *La protezione delle opere musicali, coreografiche e pantomimiche*, RDDC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 975-1.012.

Amplias referencias sobre el derecho de autor en materia musical, coreográfica y pantomímica en la legislación italiana e internacional. Especial consideración de la ley italiana de 1941.

GLASER, Hugo: *Rechtsverhältnisse an einer gemeinschaftlichen Giebelmauer*, MDR, año X, cuaderno 8, agosto 1956; págs. 449-451.

Consideraciones sobre las relaciones jurídicas derivadas de la medianería, que cada vez es más frecuente en Alemania (§§ 921 y 922 del BGB). Concep-

to, pacto de construcción de la pared medianera, relaciones jurídicas antes y después de la construcción, supuesto de construcción extralimitada, desaparición de uno o de los edificios.

MASCAREÑAS, C. E.: *Las indicaciones de procedencia en los productos*, RDM, volumen XXIII, núm. 63, enero-marzo 1957; págs. 91-122.

Comparación con las denominaciones de origen. Consideraciones sobre bre geográfico sobre un producto, indicando simplemente el lugar de fabricación, elaboración, recolección o extracción del producto», se estudia su función y se conceptúa como un derecho del productor.

Comparación con las denominaciones de origen. Consideraciones sobre legislación española e internacional.

MONTEL, Alberto: *La donazione di cose mobile altrui e il principio «possessione vale titolo»*, DG, año 72, núm. 4, abril 1957; págs. 189-191.

Las adquisiciones a non domino en virtud del principio «posesión equivale al título» ¿deben operarse también en el supuesto de donación a tercero de buena fe por el no titular? Breves comentarios sobre el problema. El autor se inclina por la afirmativa, confirmando su opinión ya hace tiempo expresada.

VON PRITWITZ, Hans Georg: *Besitz und Eigentum am Grundschuldbrief bei Abtretung der Grundschuld*, NJW, año X, cuaderno 3, 18 enero 1957; páginas 85-88

Cuestiones de posesión y de propiedad sobre las cédulas de deudas inmobiliarias en relación con las supuestas de cesión de la deuda inmobiliaria.

VONNEUMANN, Nicholas A.: *Conditionally Exclusive Patent Rights and the Patent Clause of Constitution*, AJCL, vol. V, núm. 3, 1956; págs. 391-409.

Consideraciones sobre las patente de invención en los Estados Unidos en relación con ciertas prácticas monopolísticas y ciertos abusos a que la patente puede dar lugar. Historia y Derecho comparado.

4. Obligaciones y contratos.

BAUCKNECHT, *Kann der Vorbestellkäufer nach Verjährung des Kaufpreisanspruchs die Herausgabe der Sache verweigern?*, MDR, año 10, cuaderno 12, diciembre 1956; págs. 722-723.

Siempre ha sido discutido el problema de si el comprador con reserva de dominio, una vez prescrita la pretensión para exigirle el precio de compra, puede negarse a restituir la cosa. El Tribunal Territorial de Kiel contesta afirmativamente con argumentos que el autor examina y someté a crítica.

BÖHMER, Emil: *Strassenverkehrspflichten sind keine Verbindlichkeiten im Sinne der §§ 278, 254 BGB*, MDR, año X, cuaderno 7, julio 1957; páginas 401-402.

El autor se opone al intento de considerar como «obligaciones» en el sentido de los §§ 254 y 278 BGB los «deberes de tráfico», para de esta forma deducir una responsabilidad de terceros en los supuestos de desgracias de tráfico.

BÖHMER, Emil: *Unbeschränkte Eisenbahnübergänge und Prüfungsrecht des Gerichts*, MDR, año X, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 654-655.

En los accidentes que se producen con inusitada frecuencia en los pasos a nivel sin barreras, los Tribunales han de resolver con frecuencia, a efectos de determinar la responsabilidad, si la inexistencia de barreras entraña o no una omisión culpable por parte de la empresa ferroviaria.

BRANCA, Giuseppe: *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, RDDC, año III, núm. 2, marzo-abril 1957; págs. 150-162.

Las obligaciones con pluralidad de sujetos y unidad de objeto presentan, a juicio del autor, tres variantes: solidarias (varios sujetos y varios vínculos), correales (un solo vínculo) y colectivas (sujeto colectivo y un vínculo). Estudio de los tres tipos con referencia al Derecho italiano.

GRAMOIS, M. de: *Le crédit agricole mutuel*, RTC, año IX, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 393-406.

Reproducción de la ponencia presentada al IV Coloquio de Facultades de Derecho, celebrado en Rennes en mayo de 1956. El crédito agrícola mutuo ha sido objeto de vicisitudes diversas que se analizan por el autor. Se estudia su organización, estructura y operaciones que realizan las Cajas de Crédito Agrícola. Se propugna recordar la actividad del Estado con la actividad privada.

EHLERS, Ernst Boje: *Zur Fassung des Schmerzensgeldantrags*, NJW, año X, cuaderno 4, 25 enero 1957, págs. 130-133.

Comentarios en torno a los criterios para determinar la cuantía de la «equitativa compensación», consistente en el llamado «dinero del dolor» (indemnización de daños no patrimoniales).

EWALD, *Um die Einheit zwischen Darlehensvertrag und Kaufvertrag beim finanzierten Abzahlungskauf*, MDR, año X, cuaderno 10, octubre 1956; páginas 583-584.

Sobre reciente jurisprudencia y pensando en la proyectada reforma de la Ley alemana sobre negocios a plazos, el autor comenta la posibilidad de consi-

decepción unitaria del contrato de préstamo y del contrato de compraventa cuando el comprador a plazos emplea en el negocio el dinero prestado. Especial relevancia de una «unidad» de la operación en los supuestos de mora del comprador-prestatario.

GIANNINI, Amedeo: *Il contratto di edizione*, RDDC, año III, núm. 2, marzo-abril 1957; págs. 214-239.

Estudio del contrato de edición en la legislación italiana. Reseña histórica, naturaleza, forma, objeto y contenido. La regulación de la ley de 1941 es satisfactoria.

GORLA, Gino: *Il dogma del «consenso» o «acordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel Diritto continentale*, RDDC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 923-939.

El autor trata de demostrar que el clásico binomio «promesa-aceptación» como expresión del consentimiento de los contratos no resiste una crítica profunda, puesto que no se adapta a casi ningún contrato. Comienza aludiendo a los esquemas tradicionales sobre el «acuerdo» en el Derecho continental para aludir a continuación al «consentimiento» o «acuerdo» en el contrato gratuito.

En relación con el mandato de esta especie se destaca su inadecuación a la reglamentación legal en cuanto a su formación, en el cual el «acuerdo» se corresponde con la causa de la obligación del mandatario.

HARTUNG, Hansrudolf: *Halbpflichtversicherung und Schmerzensgeld*, NJW, año X, cuad. 4, 25 enero 1957; págs. 125-127.

El § 847 del BGB concede una pretensión de indemnización de daños no patrimoniales («dinero del dolor») en ciertas hipótesis de lesión en el cuerpo o en la salud. Como cuestión previa a si la obligación de pagar ese «dinero del dolor» puede quedar cubierto por un seguro de responsabilidad civil, se determina la naturaleza de la pretensión a la indemnización de daños no patrimoniales.

HENN, Günter: *Aufrechnung gegen Fremdwährungsforderungen*, MDR, año X, cuad. 10, octubre 1956; págs. 584-586.

Se analiza el mecanismo de la compensación de créditos expresados en moneda extranjera en la Legislación alemana. Deben concurrir estos presupuestos:

- a) El crédito debe ser una deuda dineraria expresada en moneda extranjera.
- b) La deuda tiene que pagarse en el territorio nacional.
- c) El pago no ha de estar expresamente estipulado en moneda extranjera.

KLEINHOFF, Johann: *Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, ACP*, tomo CLVI cuadernos 2-3, 1957: págs. 212-231.

Determinación del concepto de funcionario a efectos del § 839 del BGB; que impone obligaciones indemnizatorias frente a terceros a los funcionarios que lesionen derechos ajenos por intracción de sus deberes profesionales.

LANGE, Heinrich: *Herrschaft und Verfall der Lehre von adäquater Kausalzusammenhang, ACP*, tomo CLVI, cuad. 2-3, 1957; págs. 114-136.

Las normas sobre la indemnización de daños y perjuicios dependen de dos factores: la responsabilidad por culpa y la obligación a la indemnización de la totalidad del daño. Entre éste y el hecho que le origina ha de darse una relación de causa o efecto.

En relación con este problema, el autor estudia las vicisitudes, predominio y decadencia de la teoría de la «causalidad adecuada» como criterio valorador. De su rígida aplicación se ha pasado a su flexible adecuación al postulado del § 242, según el que el deudor debe cumplir de conformidad con la fidelidad y buena fe. De la fría interpretación de la teoría de la causalidad adecuada se ha pasado a la más ponderada consideración del caso concreto.

LEÓN HURTADO, Avelino: *Limitaciones a la autonomía de la voluntad, RCH*, año XXIV, núm. 98, octubre-diciembre 1956; págs. 525-540.

Estudio de algunos supuestos de limitación de la autonomía de la voluntad con relación al Código civil chileno. La voluntad individual podrá limitarse, nunca anularse.

MAJELLO, Ugo: *L'individuazione nella vendita di genere, RDDC*, año III, número 2, marzo-abril 1957; págs. 181-213.

De entre los negocios sobre cosa genérica destaca la compraventa por la función que desempeña en la vida comercial. La circunstancia de que la cosa sea genérica no incide en ninguno de los elementos constitutivos del negocio, pero la individualización de la cosa repercute en la posición de las partes.

PABST: *Bundesleistungsgesetz-Reichsleistungsgesetz, NJW*, año X, cuad. L, 4 enero 1957: págs. 5-7.

El 1-1-57 ha entrado en vigor en Alemania occidental la ley de «prestaciones» a la Federación de 10-10-56. Consideraciones sobre su ámbito y relación con la Ley de prestaciones al Reich de 1-9-1939.

REUSS, W.: *Der sogenannte «Käuferstreik», ACP*, tomo CLVI, cuad. 2-3, 1957, págs. 90-113.

La proyectada elevación del precio de la leche en Alemania dió lugar

por parte de sus habituales compradores, a un «huelga» en su adquisición. Con un criterio general el autor estudia, desde el punto de vista constitucional y jurídico, la «huelga de compradores» como medio de lucha por su parte. Se manifiesta partidario de la licitud de las indicadas «huelgas». Se relaciona el problema con los §§ 823 y 826 del BGB.

ROQUETTE, Hermann: *Mieterhöhung bei Werkwohnungen*, NJW, año X, cuaderno 2, 11 enero 1957; págs. 48-50.

La doctrina y la legislación alemanas apenas si se han ocupado de una cuestión interesante que el autor esboza: la procedencia o improcedencia de elevaciones de renta con relación a las «viviendas que se disfrutan en función del cargo o servicio que presta el arrendatario». Se pronuncia por la solución negativa.

ROSSEBURG, Hansjürgen: *Ansprüche des Vermieters gegen den Wohnungsmieter nach dessen Auszug unter Zurücklassung von Untermietern* (§ 557 BGB), MDR, año X, cuad. 8, agosto 1956; págs. 451-453.

En los §§ 556 y 557 del BGB se reglamentan las pretensiones del arrendador de uso contra el arrendatario a la restitución del objeto arrendado a la terminación del arriendo y los efectos de la no restitución en tiempo oportuno. Las normas plantean dificultades cuando el arrendatario lo es de vivienda y cae bajo las disposiciones de protección a los arrendatarios.

SCHLESINGER, Piero: *L'indebito soggettivo ex latere solventis e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, RDC, año LV, núm. 1-2, enero-febrero 1957; págs. 58-70.

La creencia de que se es deudor sin serlo («indebito subjetivo»), pero existiendo realmente la deuda a cargo de otro, ha dado lugar casi siempre al estudio en la doctrina del derecho de repetición. El autor se enfrenta con otra cuestión: la de determinar qué efectos produce semejante «indebito subjetivo» en la relación obligatoria como tal.

WANGEMANN Richard: *Handeln auf eigene Gefahr und Verschuldenhaftung*, MDR, año X, cuad. 7, julio 1956; págs. 385-387.

Consideraciones sobre la reciente jurisprudencia alemana en materia de actuación a propio riesgo y su influencia en la responsabilidad por culpa. La jurisprudencia parte de que la asunción del riesgo, como declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio, excluye la antijuridicidad de la causación del daño, siempre que sea suficiente el consentimiento del dañado y éste conozca el riesgo que le amenaza.

WEDMAR, Wilhelm: *Rechtsmangelhaftung ohne Rechtsmängel?* MDR, año X, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 591-592.

El vendedor ha de proporcionar al comprador la propiedad de la cosa, con forme al § 433 del BGB. Si no lo hace se produce un incumplimiento. Ahora bien, si el comprador la adquiere en base al § 932 (equivalente al 464 del Código civil español) por no ser dueño el transmitente, ¿puede aquí considerarse como incumplida la obligación de éste? El autor contesta afirmativamente.

WESTERMANN, Harry: *Der Inhalt des Ersatzanspruchs bei Gebäudezerstörung und Gebäudeschäden*, ACP, tomo CLVI, cuaderno 2-3, 1957; páginas 137-155.

Consideraciones en torno al contenido de la pretensión de indemnización en los supuestos de daños consistentes en el derribo o menoscabo de edificios. Se estudia separadamente la hipótesis de posibilidad o no de indemnización *in natura* en relación con los §§ 249 y 251 del BGB. El contenido de la prestación indemnizatoria, tanto si se trata de un «restablecimiento del estado anterior» como si de una indemnización dineraria, no puede someterse fácilmente a reglas generales.

5. Derecho de familia.

BETTERMANN, Karl August: *Wer kann die Anerkennung einer freien Ehe rassistisch oder politisch Verfolgter verwaltungsgerichtlich anfechten?*, EFP, año 4, cuad. 5, marzo 1957; págs. 151-154.

Según la sentencia del BGH (Tribunal Supremo de Alemania Occidental) de 24-10-1956 contra la resolución que reconozca un matrimonio de personas perseguidas por motivos políticos o de raza (reconocimiento conforme a la Ley de 23-6-1950) no procede la acción de nulidad del matrimonio por la vía ordinaria, sino la acción de impugnación por vía administrativa. Consideraciones sobre la legitimación activa para interponer dicha impugnación administrativa.

BRUNN, Walter: *Interzonale Zuständigkeit der Vormundschaftsgericht*, MDR, año X, cuad. 9, septiembre 1956; págs. 513-515.

Los §§ 36 y 43 de la Ley alemana de jurisdicción voluntaria atienden, para determinar la competencia territorial de los Tribunales de tutelas, al domicilio, y a falta de domicilio en el país, al paradero del menor. Cuando éste se encuentra en la zona soviética surge la cuestión de determinar si esta zona ha de considerarse como territorio nacional o extranjero.

FORCHIELLI, Paolo: *Gratuità e onerosità del negozio dotale*, RDDC, año II, número 4, octubre-diciembre 1956; págs. 940-956.

Pocas cuestiones se han discutido tanto como la relativa al carácter gratuito u oneroso del acto de constitución de la dote. Se consideran las doctrinas

diversas (acto gratuito, oneroso, neutro) y se ofrece su crítica. El autor entiende que por regla general el «negocio dotal» es gratuito, pero que excepcionalmente puede ser oneroso. De todas formas, el criterio más exacto viene dado por el examen de cada caso concreto.

GÖPFINGER, HANS: *Die geistige Störung im Sinne des § 44 Ehegesetz* año, X, cuad. 2, 11 enero 1957; págs. 44-48.

El § 44 de la Ley de Matrimonio alemana de 1946 establece que puede interponerse acción de divorcio cuando el matrimonio, a causa de perturbación mental del otro cónyuge, ha resultado tan profundamente afectado que ya no cabe esperar el restablecimiento de una comunidad de vida correspondiente a la esencia del matrimonio. El autor delimita jurídica y psiquiátricamente la «perturbación mental» de que habla el parágrafo en cuestión.

HABSCHIED, Walter J.: *Zur Problematik der gesetzlichen Vertretung*, EF, año X, cuad. 4, abril 1957; págs. 109-113.

La representación legal es institución que pertenece al Derecho de familia en la mayoría de las ocasiones. Con referencia a él, y sobre la base de la reciente monografía de MÜLLER-FREIENFELS (*Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, 1955), el autor ofrece unos comentarios dogmáticos sobre la posición jurídica del representante legal, sobre los negocios de éste y sobre la aprobación del Tribunal de Tutelas.

KLEINHEYER, G.: *Bemerkungen zu einer Neufassung des § 8 Kindergeldgesetz*, EF, año IV, cuad. 3 marzo 1957; págs. 79-80.

La «Ley sobre dinero de los hijos» (Ley de ayuda familiar) será reformada en algunos puntos. El autor ofrece algunas consideraciones en torno a la posible nueva redacción del § 8, que señala la intransmisibilidad de la ayuda como principio general; posibles atenuaciones.

MACHLEID, W.: *Nochmals: Zur Reform des Adoptionsrechtes*, EF, año 4, cuad. 3, marzo 1957; págs. 81-82.

Demuestra el autor lo deficientemente que en el vigente Derecho alemán se regula la materia relativa a la nulidad e impugnación del contrato de adopción. Consideraciones sobre la reforma prevista.

MARLOH, F.: *Zur noch tieferen Zerrüttung im Ehescheidungsrecht*, EF, año 4, cuad. 4, abril 1957; págs. 108-109.

En los parágrafos 42 y 43 de la Ley de Matrimonio alemana de 1946 se señalan como causas de divorcio ciertas faltas contra el matrimonio que causen una profunda perturbación en el mismo. Consideraciones sobre el carácter más o menos absoluto de esta perturbación.

MAY, Artur, y HABSCHIED, W. J.: *Der Anspruch des unehelichen Kindes auf Waisenrente bei Mehrverkehr seiner Mutter*, EF, año IV, cuad. 4, abril 1957; págs. 113-115.

Sobre la base de la sentencia de 7-6-1956 exponen los autores su respectiva opinión sobre si el hijo ilegítimo tiene o no pretensión a renta como huérfano, derivada de un seguro social, cuando no está determinado quién, de entre varios asegurados fallecidos que han cohabitado con la madre, es el padre. La sentencia niega el derecho a la renta.

MEYER, Klaus: *Das Kindergeld im Lichte von Rechtsprechung und Schrifttum*, EF, año IV, cuad. 3, marzo 1957; págs. 76-79.

La ley sobre dinero de los hijos de 13-II-1954 (Ley de ayuda familiar) ha dado lugar a importantes decisiones, jurisprudencias y a trabajos doctrinales numerosos. El autor examina las tendencias relativas al nacimiento de la pretensión de ayuda (a partir del tercer hijo), concurrencia de pretensiones, ejecución torzosa, ordenaciones de pago, procedimiento.

MIELE, Mário: *L'efficacia in Italia dei matrimoni confessionali fra cittadini italiani all'estero*, RIDD, año III, núm. 2 marzo-abril 1957; páginas 163-180.

Según la actual práctica de las oficinas del estado civil en ellas se anotan, en Italia, en los registros de matrimonios contraídos en el extranjero, los enlaces confesionales celebrados entre italianos en territorio de Estados extranjeros, cuyo ordenamiento atribuye efectos civiles al matrimonio religioso entre extranjeros.

El autor trata de fundamentar su postura de que estos matrimonios confesionales de italianos son ineficaces para el Derecho italiano.

MÜLLER-FREIENFELS, W.: *Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Abstammungsklage*, EF, año IV, cuad. 5, marzo 1957, págs. 147-151.

Comentario a la sentencia del Tribunal Territorial de Düsseldorf de 30-10-1956, sobre cuestiones de Derecho internacional privado en materia de acciones de filiación.

Se critica la fundamentación y solución adoptada.

OTTEN, Herbert: *Die Unterhaltspflicht gleichberechtigter Ehegatten im geltenden Recht*, EF, año IV, cuad. 3, marzo 1957; págs. 73-76.

El § 1360 BGB impone a los cónyuges un deber recíproco de alimentos. Consideración de los efectos que sobre esta norma puede ejercer el principio de equiparación de marido y mujer, en relación con el § 205 de la Ordenanza de Seguros del Reich, que determina que los cónyuges e hijos del asegurado,

titulares del derecho a alimentos, recibirán, como si del propio asegurado se tratase, asistencia médica durante trece semanas.

PAULICK, Heinz: *Ehegattenbesteuerung in veränderter Sicht*, EF, año IV, cuaderno 4, abril 1957; págs. 105-106.

Comentario sobre la decisión del Tribunal Federal Constitucional de Alemania occidental de 17-1-1957, que declara la incompatibilidad del artículo 6, párrafo 1.º de la Ley Fundamental de Bonn (protección estatal de la familia) con el aumento de impuestos vinculado al matrimonio.

RICHTER, Ilse: *Der Familienname des Adoptivkindes einer Frau* (§ 1758, I, 2, BGB), EF, año IV, cuad. 3, marzo 1957; pág. 81.

El § 1758, párrafo 1, inciso 2 del BGB determina que el hijo adoptivo de una mujer que cambia de nombre al casarse, conserva el nombre que su madre adoptiva tenía de soltera.

Consideraciones sobre la proyectada reforma de esta disposición, en el marco general de la reforma del Derecho de familia alemán.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio: *El Código Civil y la evolución del Derecho de familia*, RCH, año XXIV, núm. 98, octubre-diciembre 1956; págs. 541-560.

Evolución y tendencias del Derecho de Familia en Chile desde el Código civil de 1855 a los momentos actuales: emancipación de la mujer, divorcio vincular. Consideración de Derecho Comparado.

RÖHL, W.: *Das Familiengericht in Japan*, NJW, año X, cuad. 1, 4 enero 1957; págs. 12-13.

Breve exposición de la competencia y funciones del «Tribunal de Familia» en el Japón que se creó en 1949.

Esta jurisdicción especial entiende las cuestiones relativas a la juventud y de las «relaciones domésticas» en el más amplio sentido de la expresión (incapacitación, tutela, sucesiones, adopción, familia, esponsales, divorcio, etc.).

SCHNITZLER: *Zur Verfassungsmässigkeit der Kindergeldgesetzgebung*, MDR, año X, cuad. 12, diciembre 1956; págs. 712-715.

Comentarios sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad en Alemania occidental de la legislación de ayuda familiar.

SCHOLTHEIM, Frhr.: *Elterntum und Richteramt*, EF, año IV, cuad. 4 abril 1957; pág. 116.

Del artículo 6, II de la Ley Fundamental de Bonn se deduce que la po-

testad paterna de educar a los hijos se ejerce en interés de éstos. Delimitación de la misión de los padres y de los Tribunales.

SCHWARZHAUPT, Elisabeth: *Anderungen im Verwandtschaftsrecht: Unterhaltspflicht, Rechtliche Stellung der heiligen Kinder, Adoption*, EF, año IV, cuad. 3, marzo 1957; págs. 65-69.

Comentarios sobre las propuestas de la Subcomisión de Derecho de Familia del Bundestag en relación con la proyectada reforma de las normas relativas a alimentos, posición de los hijos legítimos y adopción.

SCHWOERER, Julius: *Grundlegender Wandel im französischen Unehelichen-rech?*, EF, año IV, cuad. 5, marzo 1957; págs 145-147.

Como es sabido, las Leyes francesas de 15-7-1955 y 5-7-1956 han modificado algunos aspectos referentes a la reglamentación y derechos de la filiación ilegítima. Se comenta una importantísima sentencia de la Corte de apelación de París de 15-6-1956 que, en base a la nueva regulación, establece que la acción de alimentos introducida en favor de los hijos *adulterinos* debe también poder utilizarse por los hijos ilegítimos *en general*.

STEIN, J.: *Anderungsvorschlag zu § 48 Ehegesetz (Zur Reform des Ehescheidungsrechts)* EF, año IV, cuad. 4, abril 1957, págs. 107-108.

El § 48 de la Ley de Matrimonio alemana de 1946 prevé, como causa de divorcio, la circunstancia de que la comunidad doméstica entre los cónyuges esté suprimida desde hace tres años, dándose ciertos presupuestos. El Primer Proyecto de Reforma del Derecho de Familia (1952) introducía modificaciones en esta norma. Consideración crítica de las mismas.

6. Derecho de sucesiones.

CONTURSI LISI, Lylia Gardoni: *Il legato modale*, RDDC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 957-974.

Examinada la doctrina elaborada bajo el silencio del Código de 1865 y las tendencias surgidas al amparo del Código de 1942, la autora entiende, como base para un estudio del legado *cum onere*, que el modo testamentario ha de configurarse de una forma autónoma y que todas las cuestiones que surjan en torno a la «carga», a su naturaleza y a su contenido más bien deben considerarse desde un punto de vista subjetivo que objetivo.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón: *Introducción al Derecho sucesorio en el Código Civil*, RCH, año XXIV, núm. 98, octubre-diciembre 1956; páginas 561-596.

Estudio general sobre el sistema sucesorio en el Código civil chileno.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Tres problemas de Derecho sucesorio español*, AUM, volumen XIV, núms. 3-4, curso 1955-56; págs. 174-196.

Como muestra de las dispares opiniones que ciertos problemas de nuestro Derecho Sucesorio plantean, el autor, reservando para otra ocasión sus puntos de vista, esboza las posiciones doctrinales en torno a estas tres «figuras»: legatario de parte alicuota, coheredero, legitimario.

FERID, M.: *Zwei Gesichtspunkte zur «erbrechtlichen Lösung» des Zugewinnungsgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, EF, año IV, cuad. 3, marzo 1957; págs. 70-73.

La Subcomisión de Derecho de Familia del Bundestag entiende que, en el caso de haberse regido el matrimonio por la «comunidad de ganancias» (Zugewinnngemeinschaft), debe atribuirse al cónyuge superviviente una cuota adicional de una cuarta parte para liquidar así las «ganancias». El autor se muestra contrario a este aumento del derecho hereditario del cónyuge, en supuesto de concurrencia con descendientes y desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

LEVI, Augusto J.: *Il Progetto di legge sulle successioni per lo Stato d'Israël*, RDDC, año II, núm. 4, octubre-diciembre 1956; págs. 1026-1035.

Indicanse los rasgos fundamentales de la proyectada Ley Sucesoria de Israel.

El proyecto ha de armonizar la tradición hebrea con las exigencias de la sociedad contemporánea. Se considera la sucesión como un simple «paso de bienes», que no trae consigo una subrogación en el puesto del difunto. Se examinan brevemente los principios relativos a pactos sucesorios (prohibición relativa), herederos legítimos (coincidencia con la mayoría de las legislaciones), testamentarios (no se define el testamento), legatarios, ausencia de legítima pago de deudas, etc.

OGAYAR-AYLLÓN, Tomás: *Naturaleza jurídica de la partición hereditaria*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, enero-febrero 1957; págs. 17-31

Fijado el concepto y delimitada la naturaleza de las especies diversas de partición, entiéndese que ésta es un título traslativo de la propiedad, o atributivo del dominio.

II. DERECHO HIPOTECARIO

MOLINA PASCUAL, Enrique: *El precario convencional y el art. 41 de la Ley Hipotecaria*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, enero-febrero 1957; págs. 32-40.

Cuando requerido solemnemente el precarista se mantiene en la posesión del inmueble cedido y el titular dominical acciona al amparo del artículo 41 de

la Ley Hipotecaria, tal acción persigue se declare la resolución de la relación jurídica entre ellos y que el poseedor restituya la cosa disfrutada y poseída.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

OLIVENCIA, M.: *Reseña de Legislación mercantil (año 1956)*, RDM, vol. XXIII, número 63, enero-marzo 1957; págs. 135-153.

Legislación mercantil española de 1956 en materia de arrendamiento de local de negocio, Banca, contabilidad, Derecho aéreo, Derecho marítimo, empresas, ejercicio del comercio, propiedad industrial y transportes.

ROTONDI, Mario: *Aviamento y concurrencia desleal*, RJC, año LVI, volumen LXXIV, núm. 2, marzo-abril 1957; págs. 123-129.

Como contribución al estudio de la naturaleza de la acción de concurrencia desleal, manifiesta el autor que ésta presupone la concurrencia. Debe existir una igualdad en ésta. Las limitaciones que el Ordenamiento jurídico impone a la concurrencia son precisamente para mantener esa igualdad. El derecho lesionado en la acción de concurrencia desleal es el aviamento.

SANTINI, G.: *Panorama del Derecho Mercantil italiano (1956)*, RDM, volumen XXIII, núm. 63, enero-marzo 1957; págs. 123-133.

Reseña de legislación, doctrina y jurisprudencia italiana, referente al Derecho mercantil y circunscrita al año 1956.

2. Comerciantes y sociedades.

BARMANN, Johannes: *Supranationale Aktiengesellschaften?*, ACP, tomo 156, cuaderno 2-3, 1957; págs. 157-211.

Con motivo de la vuelta a Alemania de los territorios del Sarre, se prevé para la explotación del carbón, la conversión de una sociedad francesa por acciones en una sociedad franco-alemana del mismo tipo. Estudio del mecanismo de esta sociedad supranacional y de los problemas que su aparición lleva ajenos.

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Los auxiliares del comerciante en el Derecho español*, RDM, vol. XXIII, núm. 63, enero-marzo 1957; págs. 7-46.

Estudio completo de los auxiliares del comerciante en nuestro Derecho. Después de referirse a los auxiliares en el Código de Comercio, se analiza la relación que les une con el principal (causa y contenido de ella). Se estudian sus funciones histórica, doctrinal y críticamente consideradas y según el tipo

de auxiliar de que se trate. El trabajo no finaliza en el presente número de RDM.

MÜCKE, Herbert. *Ist § 89 b HGB auf Vertragshändler anwendbar?*, MDR, año X, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 641-643.

A la figura del «Vertragshändler» o representante general o exclusivo (que compra y vende después en nombre propio y a propio riesgo) no pueden aplicarse la mayoría de las normas que para el representante mercantil ofrece el Código de Comercio alemán, y por tanto tampoco las disposiciones contenidas en el § 89 b. en su redacción de 6-8-1953, relativas a la pretensión de «compensación del representante».

ROSSI, Guido: *Verità di bilancio e costituzione di reserve occulte*, RDC, año LV, núm. 1-2, enero-febrero 1957; págs. 19-41.

Sobre el Derecho italiano y con referencias de Derecho extranjero, examina el autor el problema de la constitución de reservas ocultas en las Sociedades en relación con los requisitos de veracidad y claridad que al balance impone el artículo 2432 del Código civil.

3. Cosas mercantiles.

FELLISÉ PRATS, Buenaventura: *La irreivindicabilidad de los títulos al portador y su denuncia como sustraídos o extraviados*, RDM, vol. XXIII, número 63, enero-marzo 1957; págs. 47-88.

Evolución legislativa y estado actual de la irreivindicabilidad de los títulos al portador en el Derecho español.

A continuación se hace referencia a la denuncia de sustracción o extravío de los mismos y a la posición del adquirente del título anulado al expedirse el duplicado.

4. Obligaciones y contratos.

DUROUDIER, Roger; KULHEWEIN, Robert: *La garantie des défauts de la chose vendue en droit commercial allemand*, RTC, año IX, núm. 3, julio-septiembre 1956; págs. 407-411.

Con indicaciones de Derecho internacional privado, se considera desde un punto de vista crítico la reglamentación que el Código de Comercio alemán ofrece de la garantía por defectos de la cosa vendida.

La norma al efecto se trata de defectuosa.

FLOPES MICHÉO, Rafael: *El contrato de agencia*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, número 2, marzo-abril 1957; págs. 99-122.

Definido el concepto agencia y las clases de agentes comerciales, se defi-

ne el contrato de agencia como aquel por el que un comerciante se obliga, mediante retribución, a prestar duraderamente a una o varias empresas su actividad profesional y habitual dirigida a promover o concertar, en nombre y por cuenta de aquéllas, otros contratos mercantiles. Se estudia su naturaleza, fuentes legales y contenido.

G. L. P.: *Un decreto francese sull'assicurazione di gruppo*, RDDC, año II, número 4, octubre-diciembre 1956; pág. 1035.

El Decreto francés de 24 de enero de 1956 se dicta para limitar la abusiva competencia desatada en materia de «seguros en grupo» (seguros estipulados por un empresario o una persona jurídica a favor de un conjunto de asegurados pertenecientes a una categoría homogénea).

LANGLE, Emilio: *En torno al concepto de la compraventa mercantil*, RJC año LVI, vol. LXXIV, enero-febrero 1957; págs. 2-16.

Estudio de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio y crítica de su contenido, que tan difícil hace la «calificación» de la compraventa mercantil. Son normas incompletas, confusas e injustificadas.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

PRAUSE: *Schiffsregisterprobleme*, MDR, año XI, cuaderno 1, enero 1957, páginas 6-9.

Problemas de jurisdicción voluntaria en torno a cuestiones de inscripción de buques en el Derecho alemán.

SIEG, Karl: *Aktuelle Fragen des Seerachtrechts*, MDR, año X, cuaderno 12, diciembre 1956; págs. 708-711.

Breves comentarios del autor en torno a las más recientes tendencias de la jurisprudencia francesa a los distintos supuestos y efectos de responsabilidad emanada del transporte marítimo: responsabilidad por no cuidar debidamente las mercancías, responsabilidad derivada de normas especiales.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *A propósito de una planeada ley procesal civil hispano-americana*, BIM, año IX, núm. 21, septiembre-diciembre 1956; páginas 17-48.

Examen crítico del trabajo del profesor Guasp titulado «Sistema de una ley procesal civil hispano-americana», que, a juicio del autor, no es sino una exteriorización del «sistema» del profesor de Madrid.

ALLORIO, Enrico: *Nuove riflessioni critiche in tema de giurisdizione e giudicato*, RDDC, año III, núm. 1, enero-febrero 1957; págs. 1-87.

Análisis de las diversas doctrinas y legislaciones en materia de confines entre jurisdicción y cosa juzgada. Consideración separada de la jurisdicción voluntaria.

CATTANEO, Giovanni: *La responsabilità civile del legale*, RDDC, año III, número 1, enero-febrero 1957; págs. 78-105.

Estudio de la responsabilidad civil del abogado y procurador en la legislación italiana: responsabilidad hacia el cliente, violación de deberes, pacto de quita litis.

FLORES GARCÍA, Fernando: *La administración de justicia en México en la época precolonial*, BIM, año IX, núm. 27, septiembre-diciembre 1956; páginas 61-70.

Se examina la organización jurisdiccional de algunos pueblos indígenas de México, antes de la colonización española.

KUCHEROV, Samuel: *The legal profession in Pre-and Postrevolutionary Russia*. AJOL, vol. V, núm. 3, 1956; págs. 443-470.

Antes de la revolución de 1917 el régimen judicial ruso se basaba en la ley de noviembre de 1864 que asimilaba los principios de las naciones europeas más progresivas. El advenimiento del régimen comunista crea una situación sin precedentes, en la que los jueces y abogados soviéticos nada tienen de común con los occidentales.

SATTA, Salvatore: *Il concetto di parte*, RDDC, año III, núm. 1, enero-febrero 1957; págs. 68-77.

Atrancando del concepto tradicional de parte y examinado éste en su aspecto negativo, el autor considera la figura de la parte como algo no sólo referente al mundo del proceso, y contrastado con los conceptos de acción y legitimación.

2. Parte general.

BOITARD, Michel: *La nouvelle saisie conservatoire commerciale*, RTC, año IX, número 3, julio-septiembre 1956; págs. 385-392.

Examen breve de la Ley francesa de 12 de noviembre de 1955 que delinea y configura un «embargo mercantil conservatorio», como medida de salvaguarda de los derechos de los acreedores. Antes, la institución se extraía imprecisamente del texto del artículo 417 del Code de Procedure Civile. Sólo puede utilizarse el embargo en cuestión en casos de urgencia cualificada.

DE VEGA RUIZ, Augusto: *La validez del pacto contractual sobre pago de costas*, BI, año XI, núm. 375, 25 mayo 1957; págs. 3-8.

Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al pacto contractual sobre pago de costas.

DONAU, Helmut: *Erhöhung von Unterhaltsrenten und Feststellungswiderklage*, MDR, año X, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 655-656.

Sobre reciente doctrina y jurisprudencia, en relación con el problema de si han de darse o no los presupuestos del § 323 de la ZPO para elevar la pensión alimenticia, el autor entiende que la solución afirmativa es la correcta.

DUNZ, Walter: *Zum Streitwert des Zukunftsschadens*, MDR, año X, cuaderno 10, octubre 1956; págs. 580-582.

Armonización del abundante casuismo existente en la práctica en relación con la difícil cuestión de determinar la cuantía litigiosa en demandar de indemnización de daños futuros.

MERKEL, Kurt: *Konkurrenz zwischen dem Erstattungsanspruch der armen Partei und dem Betreibungsrecht des Armenanwalts nach § 124 ZPO*, MDR, año X, cuaderno 9, septiembre 1956; pág. 533.

Consideraciones sobre las costas en relación con el beneficio de pobreza en la legislación alemana: derecho del abogado de la parte pobre a exigir sus honorarios del contrario condenado en costas y posibles excepciones contra esta exigencia.

TALON MARTÍNEZ, Francisco: *La sumisión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RJC, año LVI, vol. LXXIV, núm. 2, marzo-abril 1957; páginas 139-152.

Después de unas consideraciones generales en torno al encuadre doctrinal de la figura y al órgano jurisdiccional, sujetos, objeto y efectos, se analizan por separado la sumisión expresa y la tácita.

VON GAMM: *Die Erledigung der Hauptsache*, MDR, año X, cuaderno 12, diciembre 1956; págs. 715-717.

Examen de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la relación entre el fallo sobre el fondo y la decisión sobre las costas, en el estado actual de la legislación procesal alemana.

3. Procesos especiales.

AGUILAR ZULOAGA, Hernando: *La jurisdicción constitucional*, ED, vol. XVI, número 60, 1956; págs. 616-642.

Estudio de la jurisdicción encargada de velar por la constitucionalidad en Colombia.

Comienza destacando la superioridad de la Constitución sobre la ley, para señalar después los sistemas de defensa de la constitucionalidad. Especial indicación y crítica del sistema colombiano.

DAHLINGER, Erich: *Die Beweislast im Verwaltungsprozess*, NJW, año X, cuaderno 1, 4 febrero 1957; págs. 7-8.

Examen de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de Alemania occidental, de 18-4-1956, relacionada con el problema de la carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo.

GÖTTLICH, Walter: *Die Zwangsvollstreckung in Schutzrechte*, MDR, año XI, cuaderno 1, enero 1957; págs. 11-13.

Examen de ciertas dificultades que presenta la ejecución forzosa en relación con los derechos emanados de patentes, muestras, licencias, derechos de autor en materia comercial y artística.

HAUCK: *Die Bestimmung der Zuständigkeit im sozialgerichtlichen Verfahren*, NJW, año X, cuaderno 4, 25 enero 1957; págs. 127-129.

Consideraciones sobre la determinación de la competencia en el ámbito de la jurisdicción social, en Alemania.

LEYERSEDER, Friedrich: *Zur Frage der Anwendbarkeit des § 765 a ZPO gegenüber der Zuschlagsentscheidung im Zwangsversteigerungsverfahren*, MDR, año X, cuaderno 11, noviembre 1956; págs. 644-645.

Consideraciones sobre si procederá o no la aplicación del § 765 a de la Ordenanza Procesal Civil frente a la sentencia de remate en el procedimiento de subasta forzosa. La norma en cuestión permite al Tribunal suspender ciertas medidas ejecutivas cuando en algún caso son contrarias a las buenas costumbres y siempre que no haya en ello perjuicio para el acreedor.

MEYER, Karl E.: *Die Zuwiderhandlungstrafe aus § 890 ZPO und de Wegfall des Rechtsschutzinteresses*, MDR, año X, cuaderno 10, octubre 1956; páginas 571-578.

El § 890 de la Ordenanza Procesal Civil alemana, en materia de ejecución forzosa, impone sanciones al deudor que contraviene su obligación de abstenerse de realizar un acto o de permitir que se realice.

Consideraciones sobre si tales sanciones deben seguir imponiéndose cuando haya desaparecido el interés en esta protección jurídica al acreedor. Reciente jurisprudencia.

NOBILI, R.: *L'arbitrato in America e l'American Arbitration Association*
 HDC, año LV, núms. 1-2, enero-febrero 1957; págs. 71-73.

Consideraciones sobre la forma de ejercerse en USA el arbitraje organizado, por medio de asociaciones arbitrales, con referencia especial a «American Arbitration Association» (AAA).

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.
 BMI = Boletim do Ministerio da justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).

- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 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).
 RFDDBA = 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 (Paris).
 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 (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 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 (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svenska Juristtidning (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

A cargo de A. de L.

DERECHO CIVIL

Parte general.

1. PERSONALIDAD JURÍDICA DE ÓRDENES RELIGIOSAS: *Al apreciar la capacidad de órdenes religiosas, es necesario tener en cuenta, además de las normas del Concordato, las disposiciones aplicables del Derecho Canónico y las reglas propias del Instituto religioso de que se trata.*

2. FORMA DE ACREDITARSE: *Aprobadas las Constituciones de una Orden Religiosa por la Sede Apostólica, debe ser reputada persona jurídica según la legislación canónica. Esta cualidad ha de reconocérsela también en el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que el artículo 4.º del Concordato declara que tendrán personalidad todas las Instituciones existentes en España a su entrada en vigor. "extremo—el de esta existencia—acreditado por la certificación de la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos".*

3. CAPACIDAD PARA ADQUIRIR Y POSEER BIENES TEMPORALES LAS RELIGIONES, PROVINCIAS Y CASAS: *Se halla expresamente reconocida en el canon 531 cuando no resulta limitada o excluida por las respectivas reglas y Constituciones. Esta circunstancia aparece justificada con certificación de la Nunciatura Apostólica (Res. de 11 de mayo de 1957. B. O. de 12 de junio.)*

DERECHO MERCANTIL

1. OBJETO SOCIAL: PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: *No pueden incluirse como actividades de una Sociedad aquellas que estén comprendidas, de hecho, en el radio de acción de la Organización Sindical, o que consagren una situación de riesgo constante de interferencia con ella, con mengua de la exclusividad defendida por la Ley.*

CALIFICACIÓN REGISTRAL: *No puede el Registrador, sin extralimitarse en sus funciones, una vez apreciada la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones contraídas, pasar a otras consideraciones de simulación o disimulación de actividades encubiertas, no denunciadas por el propio título (Res. de 1 de julio de 1957. Boletín Oficial del 19 de agosto.)*

2. TRANSMISIÓN DE BUQUE EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: *Otorgada escritura de venta de buque por el Juez, en rebeldía del deudor y a*

favor del acreedor hipotecario, no es necesaria la presentación de la certificación literal de las inscripciones anteriores, que fué expedida a los efectos del artículo 612 del Código de Comercio y 159 del anterior Reglamento del Registro Mercantil. Esta presentación ha de estimarse sólo como una obligación legal, sancionada en su caso como una responsabilidad personal del sujeto a la misma.
(Res. de 15 de julio de 1957. B. O. del 28 de agosto.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Los interdictos de retener y recobrar la posesión

Competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las acciones interdictales y ámbito de la tutela interdictal.

VICTOR SERVAN MUR
Magistrado

Sabido es, que contra las sentencias dictadas en los procesos interdictales de retener o recobrar la posesión, no procede el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal; por esta circunstancia es muy escasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este tipo de proceso, que con tanta frecuencia se plantea ante los organismos jurisdiccionales, ya que el Alto Tribunal únicamente conoce de ellos a través de la casación por quebrantamiento de forma y por tanto, sólo incidentalmente al resolver ésta, ha podido pronunciarse sobre alguno de los problemas que el interdicto suscita.

Es de gran interés, por tanto, para los profesionales del derecho, el conocimiento de la doctrina que sobre esta materia se mantiene por las Audiencias Territoriales, que conocen en segunda y última instancia, en cuanto al fondo, de los procesos interdictales y por ello ofrecemos hoy a nuestros lectores, con un breve comentario, dos Sentencias firmes de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos de 17 de marzo y 11 de mayo de 1954, que resuelven los interesantes problemas relativos a la competencia de la jurisdicción ordinaria y al ámbito de la tutela interdictal.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1954

Sus antecedentes de hecho son los siguientes:

El Ayuntamiento de Z. y don J. J. M., concertaron el arrendamiento a favor del segundo del Bañeario de Z., propiedad de la corporación municipal, llevándolo a efecto mediante escritura pública otorgada con fecha 20 de marzo de 1947; de cuyo documento destacamos, por su interés a los fines del proceso, los datos de titularidad dominical y cláusulas siguientes:

Por compra a don ... y según escritura otorgada ante notario, el Ayuntamiento de Z. adquirió el inmueble radicante en dicha anteiglesia: "Un terreno ... Con objeto de explotar un manantial de aguas sulfurosas, llamado U., que es propio de la Diputación, el Ayuntamiento citado construyó un edificio en el interior del fundo antes referido. Como consecuencia de dicha edificación se transformó la finca, la cual para todos los efectos, incluso su inscripción en el Registro de la Propiedad, de ahora en adelante se describirá así: "Nuevo es-

tablecimiento de los Baños de Z., situado en jurisdicción de esta anteiglesia. paraje T-A, compuesto de edificio balneario y terrenos descubiertos”...

Por ser conveniente para la corporación municipal ha concertado con don J. J. M. el arrendamiento de la finca antes citada, y sujetan su contrato a las siguientes condiciones:

Primera.—El Ayuntamiento de Z. arrienda a don J. J. M. el manantial de aguas sulfurosas llamado U. y el inmueble llamado Nuevo Balneario de Z., con sus instalaciones, anexos y utensilios y cosas que se relacionan en el inventario que ambas partes firmaron el 11 de febrero último, para la explotación de todo ello con arreglo a sus fines; venta, consumo y utilización de dichas aguas, comprendiéndose en el arrendamiento todos los derechos del Ayuntamiento sobre las aguas y el Balneario citados que componen su explotación actual.

Segunda.—La duración de este arriendo es de veinte años a contar desde el 11 de febrero del año en curso, prorrogable por cinco años más a simple petición previa por el arrendamiento, con un año de antelación a la expiración del presente contrato.

Tercera.—El Ayuntamiento de Z. percibirá del arrendatario, en concepto de renta o alquiler anual, la suma de tres mil pesetas, más la suma de mil pesetas, anualmente también, siendo destinada esta última suma a la amortización o desgaste que puedan sufrir las instalaciones, edificios y demás elementos y bienes anexos que forman hoy el conjunto de la explotación.

Cuarto.—El arrendatario se obliga a pagar anualmente a la Excm. Diputación de V. el canon que pesa sobre la citada explotación consistente en el diez por ciento sobre los ingresos brutos logrados en la misma, pero por su parte el Ayuntamiento de Z. se compromete también a que el canon citado no sea aumentado, mientras la duración del presente contrato, o bien a hacerse cargo del aumento si éste tuviera lugar.

Octava.—En caso de enfermedad, ausencia o fallecimiento del arrendatario don J. J., el Ayuntamiento de Z. reconoce automáticamente como arrendatario y subrogado, por tanto, en el presente contrato a su hijo don J. B. J. L.

Novena.—Este contrato se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

En virtud de este contrato, don J. J. entró en el uso y disfrute del Balneario objeto de la locación, y en año 1949, por fallecimiento de aquél y al amparo de la cláusula octava del mismo, se subrogó su hijo don J. B. en los derechos dimanantes del arrendamiento, continuando su explotación.

El Ayuntamiento de Z., en sesión celebrada el día 19 de abril de 1952, adoptó el siguiente acuerdo:

“Dada cuenta de un escrito de la Excm. Diputación Provincial de V. por el que se traslada acuerdo de 2 del actual resolviendo: “Comunicar al Ayuntamiento de Z. que, no habiendo liquidado, a pesar de los numerosos requerimientos efectuados por don J. B. J., la participación del diez por ciento de los ingresos brutos de la explotación del manantial de aguas sulfurosas U. y Balneario de Z. correspondientes a los ejercicios 1947-48-49 y 51 la Corporación provincial retira desde este momento la autorización que fué concedida a ese Municipio el 16 de enero de 1940 para arrendar dicho manantial, debiendo esa Corporación rendir, y liquidar, dentro de los quince días siguientes al re-

cibo de la presente, la repetida participación, sin perjuicio de que dicho Ayuntamiento pueda ejercitar en su día, contra el arrendatario, las acciones que puedan corresponder”.

Deliberado y analizadas las causas y efectos y consecuencias del proveído anterior, se acuerda por unanimidad:

1.º Reconocer la espera paciente e indulgente de la Excma. Diputación en este asunto y amparada en esta su benevolencia, solicitar una moratoria de un mes a partir de la fecha, dada la perentoriedad del plazo que se subraya y por carecer de liquidaciones oficiales de los ingresos del Balneario durante los años indicados.

3.º Reconvenir a don J. B. J. L., para que formule en el plazo máximo de diez días naturales las liquidaciones predichas e ingrese las sumas que provengan, en consonancia con las cláusulas octava y cuarta del contrato de arrendamiento.

Don J. B. J., por su parte, contestó a la Corporación Municipal alegando que, por haber existido un administrador judicial de la testamentaria de su padre, correspondía a él solamente el pago del canon del año 1951, el que estaba dispuesto a abonar.

El Ayuntamiento de Z., en sesión del 10 de mayo de 1952, acordó lo siguiente: 1.º Dar por rescindido el contrato de arrendamiento arriba referido y comunicarlo así al arrendatario. 2.º Incoar el oportuno expediente para la liquidación y reintegro de las cantidades adeudadas. Acuerdo que fué recurrido en reposición por don J. B., sin que la Corporación municipal tomara resolución alguna, por lo que el recurrente lo estimó denegado en aplicación de la doctrina del silencio administrativo.

Asimismo, el Gobierno civil de la provincia de V., libró al Ayuntamiento de Z., con fecha 25 de junio de 1952, la siguiente orden:

“Vista la instancia que eleva a este Gobierno esa Alcaldía, en la que se hace constar que en el año 1947 la Corporación municipal de Z. por contrato administrativo arrendó a don J. J. M. el Balneario de aguas sulfurosas existente en dicho municipio.—Resultando: Que habiendo infringido el arrendatario las condiciones económicas del contrato, el Ayuntamiento de Z. haciendo uso de las facultades que le confiere el vigente Reglamento de contratación municipal acordó la rescisión del contrato, sin que contra dicho acuerdo interpusiera en su día recurso alguno.—Considerando: Que según estatuye el artículo 30 del Reglamento de 2 de julio de 1924, las corporaciones locales podrán acordar la rescisión de los contratos administrativos que hayan otorgado siempre y cuando que, como ocurre en el presente caso se hayan infringido por el contratista las condiciones económicas que sirvieron de base para concertar el contrato, contra cuya resolución solamente procede el recurso contencioso-administrativo, que el señor J. no ha ejercitado, por lo que consintió y se conformó con el acuerdo municipal resolutivo.—Considerando: Que el señor J. carece en esta fecha de derecho alguno que le autorice para permanecer en dicho establecimiento, estando ocupándolo con manifiesto abuso de derecho, situación que no puede permitirse ni tolerarse, por cuanto la misma redundaría en perjuicio de los fines de la sanidad nacional que está por encima de los intereses particulares.—Este Gobierno ha acordado conceder un plazo de ocho días a don J. J. para que des-

aloje y ponga a disposición del Ayuntamiento de Z, el Balneario, que contra toda razón y derecho, viene en la actualidad ocupando, significándole al propio tiempo que transcurrido el plazo indicado sin haberlo desocupado, se procederá a su lanzamiento por la fuerza pública".

Con estos antecedentes, don J. B. J., dedujo demanda de interdicto de recobrar la posesión contra el Ayuntamiento de Z, y su Alcalde Presidente señalando como hecho básico de la perturbación posesoria que el día 18 de julio de 1952 el referido Alcalde, acompañado de notario y una pareja de la Guardia Civil se constituyó en el Balneario requiriendo a su encargada para que le entregara las llaves del mismo, y que al negarse a hacerlo reclamó la intervención de la referida fuerza pública, ante cuya intervención se vió obligada a hacer entrega de las llaves, quedando privado el demandante de la posesión arrendaticia del repetido Balneario.

Los demandados, al contestar a la demanda, opusieron la excepción de incompetencia de jurisdicción, basándola en el carácter administrativo del contrato que les vinculaba con el demandante, y el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarándose incompetente, sin entrar, por tanto, en el fondo de la cuestión debatida en el proceso interdictal.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de B. dictó Sentencia que, revocando la apelada, declaró haber lugar a la demanda interdictal formulada por don J. B. J., condenando a los demandados a que repongan a aquél en la posesión del Balneario de Z., instalaciones y utensilios, en el estado en que se hallaban el día en que el señor J. fué privado de su posesión arrendaticia, así como que le indemnice de los daños y perjuicios. Todo ello sin perjuicio de tercero, con reserva a las partes del derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán ejercitar en el juicio correspondiente, con imposición de las costas de la anterior instancia a la parte demandada, y sin expresa declaración en cuanto a las del recurso, en méritos de la doctrina que establece en los considerandos siguientes:

Considerando: Que dados los fundamentos de la impugnación de la sentencia aducidos por el Letrado de la parte apelante, en el acto de la vista del recurso y las alegaciones que asimismo se hicieron por la dirección técnica de la parte apelada, dos son las cuestiones que han de merecer la consideración de la Sala antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida en este proceso interdictal, cuales son los referentes a la incompetencia de jurisdicción, y así, en el presente caso, se ha cumplido por la parte actora la exigencia previa al ejercicio de acciones civiles que previene el artículo 376 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

Considerando: Que en cuanto a la competencia de esta jurisdicción, suscita a su vez dos problemas que hacen relación a la prohibición, que en términos generales establece el párrafo segundo del artículo 403 de la propia Ley, de admitir interdictos contra las providencias administrativas de las Autoridades y Corporaciones Locales, y a definir si concretamente procede estimar la excepción de incompetencia alegada por la representación del Ayuntamiento de Z. y aceptada por el juzgador de instancia en la sentencia impugnada.

Considerando: Que en cuanto al primero de los problemas enunciados, si bien es cierto que el citado texto de la ordenación legal normativa del régimen

local establece la referida prohibición de admitir interdictos contra las providencias administrativas de las Autoridades y Corporaciones locales, es de tener en cuenta que dicha prohibición ha de entenderse referida exclusivamente a los asuntos comprendidos en el ámbito de las atribuciones de las mismas, pues así claramente se deduce de la propia redacción del precepto legal que dice: "en materia de su competencia", y esta interpretación se mantiene en diversas disposiciones resolutivas de cuestiones de competencia, así en los Reales Decretos de 17 de diciembre de 1907 y 3 de julio de 1908 se establece, que las providencias dictadas por las Autoridades administrativas que vulneren la propiedad privada no están dictadas dentro del círculo de sus atribuciones y no pueden servir de fundamento para oponerse a un interdicto; los de 18 de abril de 1892, 18 de junio de 1898 y 25 de mayo de 1901 sostienen la doctrina de que aun cuando la Administración puede recobrar por sí, y sin necesidad de acudir al interdicto, la posesión de sus bienes, ha de hacerlo en el término de un año a contar desde el acto de la usurpación, pero pasado éste debe acudir a los Tribunales ejercitando la acción correspondiente; pues creado un estado posesorio por mayor tiempo que un año y un día —dice el Real Decreto de 9 de enero de 1901—, la contienda tiene carácter civil; y, en fin, el de 29 de marzo de 1904 resolutorio, como los antes citados, de cuestiones de competencia declara que del interdicto de recobrar contra un Ayuntamiento que desaloja a un particular, en virtud de acuerdo de la Corporación, de tierras y casa que le tenía arrendados como persona jurídica, corresponde conocer a los Tribunales.

Considerando: Que aplicando al presente caso la doctrina que en la anterior motivación se consigna, es obvio que la prohibición legal de admisión de interdictos que establece el citado artículo 403 de la Ley de Régimen local no puede operar en el presente caso, pues es patente la imposibilidad de encuadrar dentro de la competencia de la corporación municipal, ni del Alcalde-Presidente de la misma, el acuerdo que con fecha 11 de julio de 1952 se tomó por el Ayuntamiento de Z. de "Rescindir el contrato de arrendamiento del Balneario de Z., existente con don J. J. M., y por fallecimiento de éste, de acuerdo con la cláusula contractual octava, hoy con don J. B. J. L. por incumplimiento por parte del arrendatario de las condiciones estipuladas", y, menos aún, que el Alcalde-Presidente de la Corporación se constituyese el día 18 del propio mes en el Balneario Z. y procediese a la ocupación del mismo, privando al hoy demandante y recurrente de la posesión arrendaticia que le correspondía a virtud del contrato de arrendamiento otorgado en escritura pública el día 20 de marzo de 1947 e inscrito en el Registro de la Propiedad; actuaciones las referidas que no sólo no pueden estimarse comprendidas en la competencia propia de quienes las ejecutaron, sino que contradicen los propios preceptos de la ordenación legal reguladora del régimen de las entidades locales —Ley de 16 de diciembre de 1950—, pues al disponer en su artículo 404 que "las Entidades locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares durante plazo que no exceda de un año", es bien clara la ausencia absoluta de legitimación de dichos actos realizados fuera de la competencia del Ayuntamiento de Z. y de su Alcalde, pues conforme al mencionado texto legal, para que los actos ejecutados pudieran encuadrarse dentro de sus atribuciones, son presupuestos necesarios la pose-

sión "indebida" y que la misma haya durado "menos de un año y día", supuestos que no se dan en el evento de autos, pues la posesión que el señor J. ostentaba sobre el Balneario de Z. no puede calificarse de "indebida", pues se halla amparada en la relación jurídica de arrendamiento y además databa de fecha muy anterior al año, por lo que es patente lo inaplicable del repetido texto pues como establece el Real Decreto de 23 de mayo de 1903. la Administración sólo puede rechazar intrusiones recientes.

Considerando: Que entrando concretamente en el examen de la excepción de incompetencia de la jurisdicción ordinaria propuesta por la representación de la parte demandada, se hace preciso, para resolver sobre ella, definir la naturaleza del contrato otorgado con fecha 20 de marzo de 1947 entre el Ayuntamiento de Z y don J. J. M., pues de su calificación de administrativo o civil, depende la estimación o desestimación de la excepción propuesta.

Considerando: Que aun cuando indudablemente suscita dificultades prácticas la delimitación de los contornos y la fijación de las notas diferenciales de los contratos administrativos y los civiles celebrados por la Administración, sin embargo, han de establecerse como notas características de una y otra forma contractual las siguientes: a) En el aspecto subjetivo, la Administración —Central, provincial o local—, actúa en los contratos administrativos como Poder, y consecuencia de ello es la sumisión del particular contratante a régimen o normas especiales matizadas por el interés público, generalmente preestablecidas por la Administración, por lo cual la prestación del consentimiento se hace en forma de adhesión, destacándose la facultad de imperio con que actúa la Administración y la subordinación en que se coloca al particular, tanto que el contrato civil se caracteriza por la igualdad jurídica de los contratantes; b) En el aspecto formal, en los contratos administrativos —a diferencia de los de carácter civil—, no rige el principio de libertad formal, sino que se hallan sujetos a requisitos y solemnidades especiales, tales como subasta o concurso, que son indispensables para su validez y que se establecen en garantía de los intereses colectivos; y c) Respecto a su contenido, caracteriza a los contratos administrativos la realización de una obra o de servicio público, mientras que en las de carácter civil su contenido se refiere a derechos subjetivos privados.

Considerando: Que conforme a las meritadas notas diferenciales —que consagra la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias citadas por el juzgador de instancia y en la de 10 de noviembre de 1942—, es forzoso calificar de civil al contrato que vincula al Ayuntamiento de Z., y al demandante don J. B. J. L., pues en el aspecto subjetivo, la Corporación municipal intervino como persona jurídica, pues así claramente se refiere de su actuación, compareciendo ante Notario y concertando el contrato sin destacar su facultad de imperio, ni actuar como Poder los representantes de la corporación municipal, y sin consignar en el documento estipulación especial disiunta a la que es usual en los contratos privados de locación; en el orden forman, tampoco se empleó ninguna de las solemnidades de subasta, concurso, ni pliego de condiciones, exigidas en los contratos administrativos, sino que, por el contrario, la manifestación concorde de voluntades, que caracteriza todo vínculo contractual conforme al artículo 1.254 del Código Civil, se llevó a efecto en la forma usual.

en la contratación privada; y, finalmente, en cuanto a su contenido y finalidad, lo fué, según claramente se consigna en la repetida escritura, el arrendamiento del Balneario de Z., propiedad del Ayuntamiento demandado, y la única especialidad que pudiera ofrecer, cual es la explotación del manantial de aguas sulfurosas propiedad de la Diputación de V., no puede afectar a la calificación del contrato para tipificarle de administrativo, porque el señor J. no contrato con la Diputación Provincial, y si bien es cierto que aquél se obligó a pagar a ésta el canon correspondiente, el obligado a satisfacer éste y el directamente vinculado con la Diputación de V. en el pago del canon lo es el Ayuntamiento de Z., según se deduce de las comunicaciones de aquella Corporación unidas a los folios 17 y 18 de autos, en la última de las cuales se reclama por la Diputación el pago del canon, no al señor J., sino al Ayuntamiento, sin perjuicio de que éste “pueda ejercitar en su día contra el arrendatario, las acciones que le puedan corresponder”.

Considerando: Que por todo ello, es procedente desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción y entrar en el examen de la segunda cuestión enunciada en el primer considerando de esta sentencia, planteada por el Letrado de la parte apelada en el acto de la vista del recurso, solicitando la desestimación de la demanda por no haber cumplido la parte actora la exigencia del artículo 376 de la Ley de Régimen local, por haberse interpuesto fuera de plazo el recurso de reposición, ya que—alegó dicha parte—, la notificación del acuerdo del Ayuntamiento de Z. se hizo el día 12 de Julio de 1952, según consta al folio 38 vuelto de los autos, y no el 14 que se consigna por el señor J. en el escrito de interposición del recurso.

Considerando: Que si bien, en efecto, el citado precepto de la ordenación legal reguladora del régimen de las entidades locales previene que: “No se podrán ejercitar acciones civiles contra las Autoridades y Corporaciones locales sin previa reclamación ante los mismos”, no aparece acreditado en autos que el recurso de reposición que produjo el actor señor J., contra el acuerdo de la Corporación municipal de Z. fuera interpuesto fuera del plazo de quince días que la Ley establece, pues aun cuando al dorso de la comunicación de dicho Ayuntamiento expedida al de E., para la notificación al señor J. figura la siguiente diligencia: “Recibí el original de la presente comunicación.—E. 12 de julio de 1952 a las once y media horas.—P. O. F. de J.”, es de tener en cuenta que al folio 38 de los mismos autos obra oficio del Ayuntamiento de E. al de Z. en la que se manifiesta que constituido un agente de su Autoridad en la referida hora del día 12 de julio para hacer entrega del original del escrito al señor J., no pudo llevarla a efecto por haberse negado a recibirla, alegando que tenía su residencia oficial en S. S., donde, por tanto, había de hacerse la notificación, y como al folio 39 obra otro oficio, fecha 14 de julio, del Ayuntamiento de S. S. devolviendo la notificación diligenciada, hay base para presumir que la repetida notificación se hizo en la capital de G. el referido día 14, utilizando la diligencia extendida en E. dos días antes y cuya firma se denegó, pero sobre todo lo que no ofrece duda alguna es que la notificación no se hizo el día 12 en que apoya su pretensión la parte apelada.

Considerando: Que, en consecuencia, procede denegar dicha petición deducida por el letrado del Ayuntamiento de Z., ya que el señor J. cumplió la exi-

gencia del artículo 376 de la Ley de Régimen local, produciendo el recurso de reposición, y no se ha acreditado la interposición del mismo fuera de plazo, por lo que ha de considerarse formulado en tiempo, ya que, por otra parte y a mayor abundamiento, el recurso no fué rechazado de plano, como pudo hacerse si se produjo extemporáneamente, sino que la Corporación municipal—según consta acreditado por diligencia al folio 44 vuelto—se limitó a darse por enterada del recurso, y sin resolver el mismo, hubo de entenderse desestimado por aplicación de la doctrina del silencio administrativo.

Considerando: Que, desestimadas las excepciones previas planteadas en el recurso y entrando en el fondo de la cuestión debatida en el juicio, es preciso examinar si concurren en el presente caso los requisitos necesarios para que pueda operar la tutela interdictal que la Ley de Enjuiciamiento civil otorga al poseedor—conforme al principio general que consagra el Código civil diciendo en su artículo 446 que: “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en la posesión, y si fuere inquietado en ella deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”—y con el designio de evitar la violencia, eliminando la defensa privada, y cuyos requisitos en el interdicto de recobrar, y según se deduce del artículo 1.651 de la Ley Procesal civil, son los siguientes: a) Que el demandante—legitimación activa—se halle en la posesión de la cosa, la que ha de entenderse en un sentido amplio que comprende no sólo la posesión, sino la simple tenencia, y alcanza lo mismo al que posee en nombre propio que al poseedor “alieno nomine”; b) Que haya sido despojado de la misma por la persona contra quien dirija la demanda—legitimación pasiva—o por otra por orden de ella.

Considerando: Que no puede ofrecer duda alguna la concurrencia en el presente caso de los dos requisitos enunciados, pues don J. B. J. se hallaba en posesión del balneario de Z., que a título arrendaticio le fué conferido por el Ayuntamiento de dicha anteiglesia, y la privación de dicha posesión se hizo en la forma bien patente y ostensible que acredita el acta notarial—folio 5—y en contra de la voluntad de la administradora del balneario y de la que, en las órdenes transmitidas a ésta, expresó el arrendatario demandante, señor J., y sin que dichos actos—conforme a las razones de que se ha hecho mérito en anteriores consideraciones—puedan estimarse legitimados y sin que tampoco y a mayor abundamiento puedan justificarse, como la parte demandada pretende por razones de interés público, pues el motivo determinante de la rescisión del contrato de arrendamiento unilateralmente decretada por el Ayuntamiento y los actos ulteriores fué el incumplimiento de la cláusula cuarta, de índole puramente económica y ajena, por tanto, a los fines de sanidad nacional, que pudo cumplir el balneario en la posesión arrendaticia del señor J., poniéndolo aquél en explotación, como al parecer se proponía, ya que, aparte de la razón económica, ninguna otra se alega obstativa a que el balneario pudiera funcionar cumpliendo los fines de sanidad nacional con que pretende justificar el acuerdo del Ayuntamiento de Z.

Considerando: Que, por todo ello, es procedente otorgar a don J. B. J. la tutela interdictal, estimando su demanda y acordando—según previene el artículo 1.658 de la Ley Procesal civil—que se le reponga en la posesión de

todos los bienes objeto del arrendamiento, con indemnización de daños y perjuicios.

Considerando: Que, al decretarse haber lugar al interdicto, han de imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada por disposición expresa del artículo 1.657 de la Ley Procesal civil, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a las de este recurso.

* * *

La sentencia de la Sala de lo Civil, antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida en el proceso interdictal, examina las dos cuestiones siguientes: a) La de incompetencia de jurisdicción, opuesta ya por la parte demandada en la anterior instancia y estimada por el juzgador "a quo"; y b) la referente a si se cumplió por la parte actora la exigencia previa al ejercicio de acciones civiles que previene el artículo 376 de la Ley de Régimen local; cuestión suscitada por la dirección letrada de la parte apelada en el acto de la vista del recurso.

a) Sobre competencia de jurisdicción, se plantean y resuelven en los considerandos de la sentencia dos problemas, que hacen relación a la prohibición, que en términos generales establece el párrafo segundo del artículo 403 de la citada Ley, de admitir interdictos contra las providencias administrativas de las autoridades y corporaciones locales, y a definir si concretamente procede estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la parte demandada.

En cuanto al primero de dichos problemas, partiendo la Sala de la base de que la prohibición de admisión de interdictos ha de entenderse referida, exclusivamente, a las providencias dictadas por las autoridades y corporaciones locales "en materia de su competencia", llega a la conclusión de que el citado párrafo segundo del artículo 403 resulta inoperante en el evento de autos, ya que es patente—dice el considerando cuarto—la imposibilidad de encuadrar dentro de la competencia de la Corporación municipal, ni del alcalde-presidente de la misma, el acuerdo de rescindir el contrato de arrendamiento y privar al arrendatario de la posesión del balneario de Z.; y robusteciendo el argumento, afirma que la referida actuación no sólo no puede estimarse comprendida en la competencia propia de quienes los ejecutaron, sino que contradice el artículo 404 de la propia Ley de Régimen local, pues el señor J. no se hallaba indebidamente en la posesión del balneario, sino que la ostentaba como titular del contrato de locación, y la posesión databa de fecha muy anterior a un año.

A continuación entra la Sala, en sus considerandos quinto al séptimo, en el examen de la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la parte demandada, definiendo en primer término la naturaleza jurídica de la relación contractual que vincula a ambas partes contendientes, que, después de un estudio de las notas diferencia entre los contratos administrativos y los civiles, lo encuadra en éstos, de acuerdo con la jurisprudencia que invoca la Sala.

b) Se ocupa después—considerandos noveno y décimo—de la cuestión planteada por el Letrado de la parte apelada en el acto de la vista del recurso, rechazándola por estimar que no aparece comprobado en autos que el recurso de reposición producido por el señor J. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Z. se interpusiera fuera de plazo.

Finalmente, entrando en el fondo del pleito, otorga al demandante don

J. B. J. la tutela interdictal, al estimar concurren los dos requisitos precisos para el éxito de la acción, cuales son: a) Que el señor J. se hallaba—legitimación activa—en la posesión arrendaticia del balneario de Z.; y b) Que por aquellos contra quien se dirigió la demanda—legitimación pasiva—se había producido el acto perturbador de despojo de dicha posesión.

SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1954

Los antecedentes de hecho de esta resolución son los siguientes:

Don F. y don E. D., don J. C. y don F. A., contratistas de una carretera de la Diputación de A., celebraron contrato con don V. A. G., en el cual éste se comprometía a ejecutar, como destajista, la construcción de dicha vía de comunicación, mediante un precio a pagar por los primeros a razón del metro de carretera construída, sujetándose al plazo y pliego de condiciones redactados por la mencionada Diputación. Entre las diversas estipulaciones contractuales, establecía la décima que: "El incumplimiento, por cualquiera de las dos partes, de todas o algunas de las cláusulas referidas, podrá ser causa de anulación de este contrato, sin perjuicio de la acción que a la parte a quien no fuera imputable su incumplimiento, pudiera corresponder para pedir indemnización por daños y perjuicios".

Don V. G. no atendió puntualmente al pago de los salarios de sus obreros, dando lugar a que varios de ellos formularan reclamación ante la Magistratura de Trabajo, y para solventar esta cuestión los señores D., C. y A. anticiparon al señor G. A., a cuenta de sus trabajos en la carretera, la cantidad de 15.500 pesetas, añadiendo algunas cláusulas adicionales al contrato primitivo, entre ellas la siguiente: "Don V. G. se compromete por esta cláusula a pagar puntualmente los jornales del personal obrero que tenga a su cargo. Tan pronto como los señores D. y compañía tengan quejas por parte de dicho personal de no haber percibido sus salarios en el momento debido, se reserva la facultad de rescindir automáticamente el contrato con don V. G., y en consecuencia, este señor considerará totalmente perdidas cuantas cantidades le hubiesen sido retenidas en concepto de garantía por los señores D. y compañía, así como la leña que está a pie de obra".

Con estos antecedentes, don V. G. A. formuló ante el Juzgado demanda de interdicto de recobrar la posesión contra los señores D., C. y A., alegando como hechos básicos de la tutela interdictal que impetraba, que aquéllos y en especial el señor C. se habían presentado en la carretera, obligando a los obreros de don V. G. que se encontraban trabajando en ella, a cesar en sus faenas y alejarse del lugar, teniendo que abandonar sus útiles y herramientas. Los demandados basaron su oposición en que el señor G. adeudaba nuevamente una quincena de jornal a sus obreros, por lo cual, en uso del derecho que les concedía la cláusula cuarta del anexo del contrato, habían dado éste por terminado: decisión que comunicaron a don V. G. y dieron a conocer a los obreros, que abandonaron el trabajo. El Juzgado dictó sentencia declarando no haber lugar a la demanda interdictal.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, con imposición de las costas

de ambas instancias a la parte actora y recurrente, en méritos de la doctrina que consignan los siguientes:

Considerando: Que para decidir la principal cuestión discutida en el presente interdicto, conviene considerar que en Roma la idea de la posesión, por implicar la de poder físico sobre una cosa, sólo se aplicó rigurosamente a los objetos materiales; pero considerada en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesión se manifestó también como el ejercicio de los poderes comprendidos en tal derecho, pareciendo susceptible extender la idea de posesión a otros derechos reales, especialmente a los derechos de servidumbre, desmembraciones del derecho de propiedad; considerándose como poseedor de una servidumbre a aquel que ejerce las facultades contenidas en el derecho de servidumbre; precisándose para la existencia de la "quasi possessio" la reunión también del ejercicio de poder contenido en el derecho en cuestión y el "animus possidendi"; y, si bien a primera vista pudiera creerse que la idea de la "iuris possessio" era susceptible de ser aplicada a todos los derechos romanos, con razón, la restringieron a las servidumbres, y no a los demás "iura in re", y menos aún a los derechos personales y a los derechos de obligaciones, respecto de los cuales la idea del ejercicio de un poder físico no es admisible (es indiscutible que los pasajes que tratan de la "possessio servitutis o libertatis", etc., no emplean la palabra "possessio" en sentido técnico, no implicando tal posesión ninguna ventaja, ni el "animus habendi"); y la protección "quasi posesoria" interdictal, no sólo se limitó a las servidumbres, sino que ni siquiera comprendió a todas. Ciertamente el derecho común y la mayor parte de los derechos particulares desarrollaron, bajo la influencia del derecho alemán y la mediación del derecho canónico, una posesión de todos los derechos susceptibles de ejercicio duradero; y, así, al mezclarse el concepto de la posesión romana con el de "expolio", procedente de los canonistas, y hacer la "exceptio expolii" concedida no solamente al poseedor dominical o poseedor jurídico del derecho romano, sino también al detentador que reconoce un poder ajeno sobre la cosa, principalmente al arrendatario, se pasa del sello aristocrático que tenía el régimen posesorio romano, a un régimen democrático y burgués; mas a pesar de todo, conviene no olvidar que el Código alemán, que entró en vigor el 1 de enero de 1900, no reconoció más posesión de derechos que la de servidumbres.

Considerando: Que de nuestro derecho histórico y concretamente, de la Ley segunda, Título I, Libro VIII del Fuero Juzgo; Ley cuarta, Título IV, Libro IV del Fuero Real; Ley treinta, Título II de la Partida tercera y Ley primera, Título XXXIV, Libro XI de la Novísima Recopilación, ha de entenderse referida la protección interdictal a la desposesión de cosas.

Considerando: Que por lo que se refiere a nuestro derecho vigente parece la postura doctrinal más autorizada, aquella que sostiene que la posesión de derechos sólo se refiere a los de naturaleza real, tanto por una razón dogmática —la de que supone una relación estable, característica de los que tienen esa condición y que se refleja en los modos de adquisición, ocupación material y sujeción a la voluntad— como por un argumento derivado de la sistemática del propio Código, que regula la posesión en el libro dedicado al régimen de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; pareciendo además la jurisprudencia favorable a este punto de vista, según doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus

sentencias de 31 de diciembre de 1879 y 11 de julio de 1881; no habiéndose establecido por el Tribunal Supremo doctrina sobre la procedencia del interdicto para reintegrarse en la posesión de derechos de naturaleza no real; si bien a través de las sentencias de 3 de enero de 1893 y 12 de diciembre de 1952 se ve que los tribunales a él inferiores estimaron adecuado el interdicto para la protección referida al derecho a ostentar la cualidad de socio y para la protección de un subarrendatario; parece prudente moderar el ejercicio de estas acciones privilegiadas, limitando su uso y admisión a los casos que sean procedentes según ley interpretada conforme a la doctrina. (También en España, como en Roma, cuando el Código civil habla de posesión de estado y de posesión de créditos alude a situaciones que no producen los mismos efectos ni gozan de la tutela posesoria como la posesión en sentido técnico.)

Considerando: Que si bien, aceptando un criterio amplísimo, pudiera parecer adecuado admitir la protección interdictal para proteger algunos derechos personales, cuya esencia consiste en el goce o uso de una cosa, como el de arrendatario y subarrendatario; es indudable que no puede admitirse el uso de la protección interdictal cuando se invoca la perturbación por parte de un arrendador de servicios o de obras, en los que el derecho fundamental del arrendador es el cobro del salario o retribución, o del precio alzado; no dándose en ellos posesión en sentido técnico al no ser admisible la idea del ejercicio de un poder físico con trascendencia jurídica; máxime en el caso de autos en que se trata de un camino provincial, o bien de uso público (artículo 344 del Código civil) que se halla fuera del comercio, siendo, por tanto, inalienable e imprescriptible, y no susceptible de posesión por un particular.

Considerando: Que, por otra parte (y más teniendo en cuenta que ninguna relación mantiene la Diputación de A. poseedora del camino vecinal o provincial, con el actor), sí es indudable que debe prosperar, como sentó en cierta ocasión determinada Audiencia y se lee en el tercer resultado de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1911, el interdicto planteado contra un contratista que negaba la entrada en la obra al dueño; y, como, según el artículo 445 del Código civil, la posesión como hecho, fuera de los casos de indivisión, no puede ser reconocida en dos personas a la vez, es forzado concluir que el contratista carece de posesión y por tanto, él no puede ser perturbado en ella.

Considerando: Que lo dicho hace innecesario entrar en toda otra consideración para la desestimación del interdicto y confirmación de la sentencia apelada.

Considerando: Que procediendo por precepto legal (artículo 1.657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) condenar en las costas de la primera instancia al demandante; procede también condenarle el pago de las de este recurso al estimarse temeridad en él al apelar.

* * *

Se enfrenta esta sentencia con el problema referente al ámbito o extensión de la protección o tutela posesoria, y más concretamente si ésta alcanza a los derechos subjetivos de naturaleza no real o personal.

Sabido es que los interdictos —que constituyen, como dice Enneccerus, “sendas pretensiones de protección posesoria”—, responden al indudable designio de evitar la violencia, eliminando la defensa privada, principio que en nuestra ordenación legal sustantiva consagra el Código civil en su artículo 441 diciendo que

“en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga a ello”. Por tal razón, la tutela interdictal se otorga, y está activamente legitimado para ejercitar las acciones de retener o recobrar la posesión, lo mismo el que posea a título de dueño, que —como dice el artículo 432 del mismo Cuerpo legal— quien posee “la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona”, o posesión “alieno nomine”, y lo mismo ha de merecer la tutela interdictal la posesión civil que la natural o la simple tenencia.

Pero el problema surge cuando se trata de decidir si la protección interdictal alcanza a los derechos y más concretamente, si únicamente han de merecer su tutela los de naturaleza real; problema interesante que ha sido ampliamente discutido por los autores y cuya solución presenta dificultades en nuestra patria por la falta de precisión técnica de los preceptos del Código civil y por la carencia de jurisprudencia ya que, como es sabido, los interdictos sólo llegan a conocimiento del Tribunal Supremo de una manera incidental o indirecta.

Y este problema lo resuelve la sentencia en el sentido de denegar la tutela interdictal al derecho invocado por el demandante, de acuerdo con la opinión dominante entre la doctrina científica, con la propia orientación del Código y con la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, en la doctrina científica —aun cuando son diversas las opiniones sustentadas por los autores, que alcanzan desde los que, como Chironi, sostienen que son susceptibles de posesión todos los derechos, hasta los que, cual Barasi y Ruggiero, limitan aquélla a los de naturaleza real—, en nuestra patria los más destacados tratadistas siguen la orientación de no admitir la tutela interdictal sino para la posesión de derechos de naturaleza real. Así se deduce de la definición de don Felipe Clemente de Diego: “la posesión —dice—, es el ejercicio intencional y en nombre propio de un derecho real, abstracción hecha de si el que lo verifica tiene o no facultades para ello”. Pérez y Alguer, en el comentario que con referencia al Código civil español hacen en la traducción del alemán del “Tratado de Derecho civil” de Enneccerus. Kipp y Wolff, toman por base dos criterios, aptos a su juicio, para resolver la cuestión que plantea la falta de rigorismo técnico del Código civil español, cuales son, uno, la consideración del concepto mismo de la posesión y otro, el criterio sistemático del propio Código al ocuparse de la posesión. Partiendo del primero de dichos criterios, sostienen Pérez y Alguer, que el concepto de la posesión, no obstante la contraposición de tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, supone una relación estable o de hecho. Lo revelan los modos de adquisición de la posesión y principalmente los más concretos y prácticos de la ocupación material y sujeción a la voluntad. La ocupación material del derecho poseído de que habla el artículo 438 no es posible en otro sentido que en el de ocupación material de la cosa objeto del derecho en las relaciones o aspectos a que alcance tal derecho. Si se puede decir de alguien que posee el usufructo será en el sentido de que le está sometida la cosa objeto del usufructo. De un crédito, en cambio, no puede decirse que esté sometido a la voluntad o la ocupación material, sino cuando se trata de un crédito incorporado a un documento, pero entonces lo poseído no es sino el documento al portador, una cosa corporal, de la cual se deriva la posibilidad de obtener una prestación. Pero si no se trata de un documento al portador, sino de

documento de cualquier otro carácter jurídico, la tenencia del mismo documento no implica posesión del crédito, ya que no existe incorporación alguna del crédito al título; se podría ciertamente detentar un documento como cosa material, pero no tendría sentido que, deteniéndose un documento en el que se establece o reconoce un crédito a favor de un tercero, se dijera que éste no posee, y que posee, en cambio, el que lo tiene en su potestad de hecho. Lo más correcto y ajustado a la lógica del concepto de la posesión es entender que no es susceptible de ella un derecho que no tiene por objeto una cosa material. Además, por su naturaleza, el crédito, que se agota en la exigencia de una prestación, de hacer o de no hacer, con cargo a otro, no es apto para la idea de posesión, como poder de hecho sobre el objeto, ya que en una concepción más profunda el acto del deudor no es algo que esté en el poder del acreedor, no es algo que él domine de hecho y en la forma directa en que el poseedor inmediato de una cosa domina ésta.

En cuanto al segundo criterio que siguen Pérez y Alguer, opinan que el enclavamiento sistemático de la posesión dentro del libro segundo, que trata de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, es argumento en pro de la tesis de que sólo cabe posesión de derechos reales. Ciertamente que la expresión posesión se emplea en el Código civil en otros preceptos que ninguna relación guardan con la propiedad y sus modificaciones: posesión de estado (arts. 54, 116, 117 y 135) y posesión de crédito (art. 1.164). Pero estas situaciones no tienen en el orden positivo consecuencia alguna comparable a las múltiples que engendra la posesión de los artículos 430 y siguientes, pues no dan fundamento a la prescripción adquisitiva, y es indudable que no se les puede aplicar casi ninguno de los preceptos que precisan los efectos múltiples de la posesión, ni se adquieren esas posiciones por ocupación material, ni por representante legal o voluntario, ni se pueden destruir violentamente, ni rezan con ellas los actos de tolerancia o clandestinos, ni se pierden por cesión o por la posesión de otro etc., etc. La posesión de estado o de la cualidad de heredero son sólo situaciones que no gozan de tutela como la posesión en sentido técnico.

Finalmente, el Tribunal Supremo mantiene en su escasa jurisprudencia referente a los interdictos el criterio de comprender en la tutela de éstos solamente la posesión referida a cosas corporales. En sentencia de 31 de diciembre de 1879 declara la procedencia del interdicto de recobrar para obtener el reintegro en una servidumbre de carro, "pues no puede privarse—dice en uno de sus considerandos—por mano propia de la cosa corporal que se posee, ni de un derecho de servidumbre que se ejercita y cuasi posee"; confirmando esta doctrina, con relación a una servidumbre en materia de aguas, en la sentencia de 11 de julio de 1881. Pero no existe resolución alguna del Alto Tribunal que se concrete a acciones interdictales referentes a derechos que no sean de naturaleza real, pues en la sentencia de 3 de enero de 1893, en la que la pretensión del actor se refería a recuperar la cualidad de socio de determinada sociedad, se limitó el Tribunal Supremo a declarar la nulidad de la sentencia estimatoria del interdicto, pero no porque estimase la improcedencia de la acción interdictal en aquel supuesto, sino porque, en juicio plenario, se había decretado la inexistencia de la sociedad y, por tanto, quedó privado el actor del carácter que se atribuía y en que basaba la acción interdictal.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Ramón GARCIA DE HARO, Domingo IRURZUN, José Luis MORO, José M.ª PEÑA, José Antonio PRIETO GOMEZ y Enrique SECO, con la revisión de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. ENTRADA EN VIGOR DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL: *Tratándose de una disposición no meramente permisiva o facultativa, sino imperativa, su entrada en vigor no se produce, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º del Código civil, sino a los veinte días de su promulgación.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REDUCCIÓN DE RENTAS: DECRETO-LEY DE 23 DE DICIEMBRE 1954: *Las declaraciones de rentas presentadas a la Hacienda al amparo del Decreto citado y las presentadas antes de su publicación, aun fuera del plazo señalado en el D. de 21 de mayo de 1943, surten todos sus efectos, siempre que el inquilino o arrendatario no hubiere iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la promulgación de la respectiva declaración. [Sentencia 29 marzo 1957.]*

OBSERVACIONES: Respecto al problema de la entrada en vigor de las disposiciones legales, se mantiene la distinción, tradicional en nuestra jurisprudencia (vid. ss. de 1 de mayo y 21 de noviembre de 1881 y 18 de mayo de 1907), entre las leyes imperativas o preceptivas y leyes facultativas o permisivas, excluyendo a estas últimas del plazo establecido en el artículo 1.º del Código civil, sobre la base de que el vocablo «obligación» del mencionado artículo implica institución de preceptos y no concesión de facultades, doctrina esta que, aunque de justificación dudosa, es reiterada en nuestra jurisprudencia. Sobre ello, vid. CASTRO, Derecho civil de España, I. pág. 626 (L. D. P.).

2. MUERTE: PRUEBA: *No puede probarse la muerte por un recordatorio ni por un funeral, cuando no se alega, ni menos demuestra la imposibilidad de aportar la certificación de defunción, según resulta del artículo 371 del Código civil.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *Para que proceda la casación por denegación de prueba se requiere: a) que se trate de una prueba admisible (lo que, según el artículo 862 en relación con los 565 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no ocurre cuando la prueba pedida se refiere a hechos que no fueron los fijados en los escritos de las partes); b) que su falta pueda provocar la indefensión (lo que tampoco ocurre en el caso resuelto, pues la nulidad por incapacidad del otorgante nada tiene*

que ver con la prueba de la muerte de otra persona, que se solicitó y fué denegada). [Sentencia 11 abril 1957: Desestimatoria.]

3. INCAPACIDADES RELATIVAS DE OBRAR: INCOMPATIBILIDAD CON CARGOS PÚBLICOS: *Las disposiciones de los artículos 1.459 del Código civil, 14 del Código de Comercio, así como el Decreto de 7 de octubre 1941, este último sobre incompatibilidades de los inspectores de buques, por su carácter de excepción no permiten extender sus efectos a casos y persona que en los mismos no figuran, por no autorizarlo su naturaleza prohibitiva.*

INTIMIDACIÓN: REQUISITOS: *Para que se dé la intimidación se requiere: primero, que exista la amenaza de un mal inminente y grave; segundo, que dicha coacción sea la que determine la voluntad; y tercero, que aquélla revista matiz antijurídico.*

PRÉSTAMO: PRUEBA POR PRESUNCIONES DE SU INEXISTENCIA: *La carencia de bienes según el Registro, así como no tener el prestamista cuenta corriente en ningún Banco, nada significa como prueba de la imposibilidad de realizarse el préstamo, cuando la buena posición económica del prestamista hace posible el desembolso objeto del préstamo.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *A los efectos de la casación no son documentos auténticos los informes, aun oficiales, de los Bancos.* [Sentencia 28 marzo 1957: Desestimatoria.]

4. NEGOCIOS CONEXOS: INTERDEPENDENCIA: CONVENCION ORGÁNICA: *Cuando las cláusulas de diversas convenciones, que aunque aparecen como negocios separados, se hallan tan en función unas de otras que lo convenido en cada uno de ellos no tiene independencia de lo establecido en los otros, es forzoso reconocer que lo que los otorgantes quisieron fué una convención orgánica e independiente.*

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: NOVACIÓN: *Hay novación cuando se constituyen unos derechos y obligaciones que dejan sin vigor, ni eficacia por incompatibilidad de su cumplimiento, los consignados en un contrato anterior.* [Sentencia 19 febrero 1957.]

OBSERVACIONES: Los hechos fundamentales, en torno a los cuales había girado el litigio, eran, como afirma el primer considerando de la sentencia anotada, los siguientes:

1.º Que, existentes con anterioridad relaciones contractuales entre ambos litigantes, decidieron determinarlas de modo fehaciente, conforme a su situación en 31 de diciembre de 1928, y, a tal fin, otorgaron tres documentos privados: a) uno, por el que don M. P. S. reconoce deber a don A. S. de T. la cantidad de 190.000 pesetas que aquél se compromete a pagar en nueve anualidades de 9.500 pesetas cada una más los intereses correspondientes al 5 por 100 anual; b) otro, que contiene un contrato de arrendamiento del edificio, fábrica con salto de agua, presa y canal y derechos de explotación de maderas de haya derivados de convenios con los Ayuntamientos que cita, durante un plazo de veinte años, que terminará el 31 de diciembre de 1948, y precio de dieciocho mil pesetas anuales pagaderas por años vencidos; c) otro, por el que don A. S. de T., dueño del edificio, fábrica, salto, presa y canal, a que antes se hace referencia, concede el de-

recho de opción de compra de tales bienes al otro contratante don M. S. P., derecho de opción que está sujeto a condición suspensiva de que el señor P. S. haya satisfecho al señor S. de T. las 190.000 pesetas con sus intereses que reconoce adeudarle por el documento a) firmado el mismo día, como igualmente sus obligaciones como arrendatario durante veinte años, conforme al contrato de arrendamiento b) de igual fecha, siendo el precio fijado de la compra el de 225.000 pesetas pagaderas en los plazos anuales que se consignan, estableciéndose que, hasta que no hayan sido satisfechos todos los plazos, el señor P. S. no adquirirá derecho de naturaleza real sobre los bienes objeto de la opción de compra, la que quedará rescindida por la falta de pago de cualquier anualidad, cediendo en beneficio del señor S. de T., en concepto de indemnización, el importe del plazo o plazos entregados.

2.º Que, reconociéndose por ambas partes no haberse cumplido las obligaciones convenidas en los documentos anteriormente indicados, en 1.º de enero de 1936 se otorgó entre los mismos contratantes otro documento privado en el que se hace constar que la deuda anterior del señor P. S. a don A. S. de T., en lugar de disminuir, ha aumentado hasta llegar a la cantidad de 224.512 pesetas, y se conviene entre ambos otorgantes una nueva forma de pago en diez anualidades, una rebaja del alquiler anual, la extinción de la deuda en 1945, estableciéndose que la falta de pago de cualquier anualidad, que no sea ocasionada por casos de fuerza mayor que se señalan, dará lugar a la rescisión del contrato y, en tal caso, a la pérdida por el señor P. S. del 25 por 100 de las cantidades que hubiere entregado, que se estimarían como pago de intereses y del otro 75 por 100 que se aplicaría a los alquileres vencidos.

La cuestión fundamental, que da lugar al litigio, es si, pese al convenio de 1936, quedó subsistente la opción de compra del edificio-fábrica, salto de agua y presa, establecida a favor del actor señor P. S. en 31 de diciembre de 1928, como sostuvo éste en su demanda, fundándose en el silencio que sobre tal punto guardaba el documento de 1936 y como admitió en su sentencia la Audiencia Territorial o si, por el contrario, tal derecho de opción quedó caducado al acordarse la novación, que fué la tesis mantenida por los demandados y recurrentes.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y casa la sentencia recurrida. Parte, para ello, de la afirmación de que los convenios de 1928 guardaban entre sí una «sustancial correlación» que hacía que cada uno de ellos no fuera un «documento independiente con virtualidad propia» y que cada uno de estos negocios —reconocimiento de deuda, arrendamiento y opción de compra— se hallaran en tan íntima interdependencia que era forzoso considerarlos como una «única convención orgánica». De esta primera premisa, se deduce que la «novación esencial» de lo convenido en los documentos de 1928, operada por el documento de 1936, «cambió por completo todo el entramado jurídico-económico que en los primeros documentos integraba el contenido de la condición suspensiva que sustancialmente afectaba al ejercicio del derecho del opción de compra aludido, el cual, falto de aquella base, hubo de perder su vigor».

OBSERVACIONES: La sentencia aludida, aunque dictada en contemplación de un supuesto particular y, por tanto, de muy difícil generalización —la casación se produce por estimarse infringidos fundamentalmente los artículos 1.281, 1.282 y 1.825 del Código civil sobre interpretación de los contratos—, es en extremo interesante en lo que se refiere al carácter complejo de determinadas convenciones, a las relaciones de conexión entre negocios jurídicos realizados con una sola finalidad o función económica

y a sus lazos de interdependencia. No parece aventurado deducir de la sentencia que anotamos que diversos negocios jurídicos, aun poseyendo cada uno por sí tipicidad, forman una sola unidad cuando responden a una identidad de intención y de causa y que esta identidad funcional y causal —que, en última síntesis, se traduce su conexidad— les afecten tan sustancialmente que las diversas incidencias de cada uno de los negocios son incidencias del negocio total. (L. D. P.)

5. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Es desestimable el recurso que se acoge a un supuesto enriquecimiento injusto del demandante recurrido cuando a simple vista se aprecia la falta de empobrecimiento del demandado y recurrente, y que éste es ajeno al enriquecimiento, caso de haberlo.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Alegada la excepción de cosa juzgada sin invocar como infringido el artículo 1.252 del Código civil, esta omisión es por sí sola bastante para la caída del motivo, ya que no es suficiente la cita del 1.251 que determina simplemente los efectos de la cosa juzgada, pero no sus condiciones y cuando ésta concurre, que es lo fundamental.* [Sentencia 9 marzo 1957: No ha lugar.]

6. ACTA NOTARIAL: *Es desvirtuable en el documento público la veracidad del dicho de las personas que hacen la manifestación ante el Notario.* [Sentencia 20 marzo 1957: No ha lugar.]

7. PRUEBA TESTIFICAL: *Los preceptos de los artículos 1.248 del Código civil y 659 del de la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre apreciación de la prueba testifical, que advierten a los jueces que cuiden de evitar que por la simple coincidencia de varios testigos queden definitivamente resueltos negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, constituyen una recomendación de carácter admonitivo, no preceptivo, que por su índole queda extraña al recurso de casación.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: *Es doctrina reiterada que cuando el Tribunal «a quo» estima la prueba de confesión en combinación con otra no es lícito combatir en casación el resultado de la estimación global, aislando uno de sus elementos integrantes.* [Sentencia 28 marzo 1957: Desestimatoria.]

8. PRUEBA DE PRESUNCIONES: CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *Puede formularse recurso al amparo del artículo 1.692, 1 LEC, cuando se trata de acreditar que entre el hecho demostrado y el deducido por la sentencia falta el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.* [Sentencia 15 marzo 1957.]

9. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: ACCIONES PERSONALES. [Sentencia 28 febrero 1957 (III. 54).]

II. Derechos reales.

1. TRADICIÓN INSTRUMENTAL: REQUISITOS: NATURALEZA DE LA ESTIPULACIÓN: *Estipulado en la escritura que, por su mero otorgamiento entraba el comprador en posesión de lo vendido (estipulación que, como reconoce el recu-*

rente, no es de carácter confesorio o testimonial, sino puramente dispositivo), es indudable que no puede bastar por sí sola para dar lugar a la tradición, sino que ha de requerirse, además, que resulte debidamente comprobado que la cosa vendida se hallaba en la posesión del vendedor y a su disposición en el momento de la venta.

TRADICIÓN INSTRUMENTAL: POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA: Para que pueda tener lugar la tradición instrumental cuando la posesión alegada sea la mediata, es necesario que al tiempo de la venta la posesión inmediata por un tercero se halle justificada por una relación de derecho entre el vendedor y ese tercero que posee inmediatamente la cosa, dejando a salvo la posesión mediata del primero.

CONFESIÓN: La infracción de los artículos 1.232 y 1.234 del Código civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede estimarse en el caso de autos porque tales preceptos sólo podrían regir en orden al propio confesante, pero carecen de toda virtualidad para valorarla en cuanto a los restantes demandados, y no pueden ser útiles para la decisión de la cuestión.

BIENES MUEBLES: PÉRDIDA DEL DOMINIO: Ha de considerarse muy dudoso, por lo menos, que, aun supuesta la tradición, dada su actitud pasiva por él mismo reconocida, conservara su condición de dueño de los bienes el tercerista para legitimar su acción contra unos acreedores que, a la vista de los sucesivos actos de dominio realizados por el codemandado G.; poseedor de dichos bienes, contrataron con éste bajo la lógica y natural creencia de que era el verdadero propietario de ellos. [Sentencia 2 abril 1957: No ha lugar.]

2. EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE SEGURIDAD NACIONAL: VALORACIÓN: ACTO ADMINISTRATIVO: Encargado a un funcionario público un servicio propio de su cargo, ha realizado un acto administrativo cuyo carácter autoritario no se puede negar, tanto porque el funcionario lo ha llevado a efecto en virtud de mandato de su jefe, como por la finalidad que con la tasación se perseguía.

INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN LAS MATERIAS ADMINISTRATIVAS: Al estimarse el acto como puramente administrativo y declararse la incompetencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer del asunto, la sentencia recurrida no ha cometido las infracciones legales que se la atribuyen.

ERROR DE HECHO: Se trata de justificar con determinados documentos que se citan, los cuales no están copiados en su integridad en el apuntamiento en el que sólo se hace referencia más o menos extensa a su contenido, lo que implica que esta Sala pueda formar juicio exacto de ellos, cuando además el Tribunal en quien ha valorado en conjunto la prueba practicada. [Sentencia 11 marzo 1957: No ha lugar.]

3. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: NOVEDAD: No pueden ser objeto de patentes las ideas, productos, procedimientos e inventos en que se den las circunstancias de la sola aplicación de métodos de una industria a otra. [Sentencia 25 febrero 1957.]

4. PRESUNCIONES POSEORIAS: ARTÍCULO 449 DEL CODIGO CIVIL; TERCERÍA DE DOMINIO: *Procede desestimar la acción de tercería, por falta de título de dominio, en cuanto a los bienes muebles anteriormente reseñados. toda vez que por prueba en contrario de la presunción establecida en el citado artículo cuatrocientos cuarenta y nueve, se demuestra evidentemente que al ser nuevamente embargados los poseía el depositario nombrado en el primer embargo a nombre del acreedor ejecutante en aquel procedimiento.* [Sentencia 23 febrero 1957: Ha lugar.]

III. Derecho de obligaciones.

1. MORA: CONSTITUCIÓN: *No está comprendido en ninguno de los medios que nuestra legislación y la jurisprudencia estiman que den lugar a incurrir en mora, el que el deudor reúna o esté reuniendo el dinero a entregar, ni el que satisfaga parte de la deuda.*

TRANSACCIÓN: EFECTOS: *Realizada una transacción, ésta, y no el negocio original de que deriva, será el título de pedir entre los interesados.*

TRANSACCIÓN: INTERESES DE UNA DEUDA: ALCANCE: *Cuando en una transacción se fije el pago de un tanto por ciento en concepto de intereses correspondiente a un periodo, dentro del tiempo de duración de la deuda, que expresamente se marca, y cuyo término coincide con la fecha de la transacción, se da a entender que no se fijan intereses —al menos que otra cosa consie— para el tiempo que se tarde en efectuar la ejecución de la transacción, salvo que se incurra en mora.* [Sentencia 12 abril 1957: Desestimatoria.]

2. OFRECIMIENTO DE PAGO: LUGAR: *Para ser válido ha de hacerse el ofrecimiento de pago —salvo pacto en contrario— en el lugar donde hubiera debido verificarse el pago, no bastando, por tanto, el que se requiera notarialmente al acreedor en dicho lugar, pero para acudir ante un notario que tiene el dinero a disposición del mismo en un sitio distinto, pues ya no hay un ofrecimiento efectivo en el lugar donde debía hacerse el pago.*

LUGAR DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: DOMICILIO DEL ACREEDOR: *Cuando sea señalado como lugar del cumplimiento el domicilio del acreedor, no cabe sustituirlo contra su voluntad por otro sitio distinto, aun que fuere dentro de la misma ciudad y domicilio de un notario, cuando el domicilio del acreedor subsiste en la misma y es conocido del deudor, ya que no se puede entender que la expresión domicilio del acreedor quiera referirse no a la casa habitada por el acreedor sino al término municipal en que ésta radica, entendiéndose que dicha expresión tiene fines puramente jurisdiccionales.* [Sentencia 11 marzo 1957: Desestimatoria.]

3. INTERPRETACIÓN: *No se puede pretnder que ciertos términos de un convenio necesiten, para su acertada comprensión, de razonamientos o reglas interpretativas, cuando son por sí mismos suficientemente claros como para no dar lugar a dudas.*

COMPENSACIÓN: *Cuando en el pacto de disolución uno de los antiguos*

socios asumió todo el activo y todo el pasivo de la Sociedad extinguida, dicho socio, frente al crédito reconocido a otro de ellos contra el patrimonio de la Sociedad, no puede oponer la compensación con obligaciones a cargo de aquélla, en la proporción que correspondería según el contrato de constitución, porque rige el convenio posterior de extinción. [Sentencia 10 noviembre 1956: No ha lugar.]

4. NOVACIÓN: *La novación no abroga el contrato novado.*

PROMESA DE ARRENDAR: *Es un contrato innominado por no regularlo nuestra legislación.*

ARRENDAMIENTO DE COSA FUTURA: *Es un contrato típico de arrendamiento de cosas, definitivo, perfecto y puro.*

REVISIÓN DE LA RENTA EN EL ARRENDAMIENTO URBANO: CONCEPTO DE LOCAL CONSTRUÍDO POR PRIMERA VEZ ANTES DE 18 DE JULIO DE 1956: *El término construcción debe entenderse legalmente limitado, al menos en lo que atañe a la regulación de la renta, a la edificación en espacio no ocupado anteriormente por ninguna edificación.* [Sentencia 10 noviembre 1957: Ha lugar.]

OBSERVACIONES: *Concepto de local construido por primera vez antes de 18 de julio de 1936.*—Trata de este tema la sentencia con gran profusión, a los efectos de fijar la renta que se ha de pagar por dichos locales (artículo 118 de la LAU derogada). Se encontraba el Tribunal Supremo ante dos posibilidades: a) entender que «construir» un edificio es edificarlo por vez primera, en terrenos hasta entonces sin edificar; b) entender que el concepto de «construcción» incluye también la reconstrucción de edificios. El Tribunal Supremo ha preferido la primera interpretación, en contra de lo que es probablemente el uso más habitual del idioma; hay en la actitud del Tribunal Supremo un caso de interpretación finalista de la Ley: se ha entendido que una de las finalidades a que tiende la legislación es ganar nuevos terrenos a los espacios hasta ahora nunca edificados por el hombre, y que ello exige una interpretación muy restrictiva del vocablo «construcción». J. P. G.

5. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: NOVACIÓN. [Sentencia 19 febrero 1957. (V. I, 4).]

6. CONTRATOS DE ADHESIÓN: SU NATURALEZA JURÍDICA: *Es evidente que se trata de verdaderos contratos en los que concurren, en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa exigidos por el artículo 1.261 del Código civil.*

CONTRATOS DE ADHESIÓN: INTERPRETACIÓN: *Afirmado su carácter contractual, forzadamente las normas generales de interpretación han de ser las contenidas en los artículos 1.281 al 1.288 del C. c.*

CONTRATOS DE ADHESIÓN: INTERPRETACIÓN: NORMAS ESPECIALES: *La mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento puede motivar normas especiales y más cuidadosas de interpretación que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a esrimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales.*

CONTRATOS DE ADHESIÓN: CLÁUSULAS OSCURAS: PÓLIZA DE SEGURO: *En caso*

de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza —redactadas por las Compañías sin intervención alguna de los clientes— se ha de adoptar la interpretación más favorable al asegurado. [Sentencia 12 marzo 1957.]

La Sentencia que anotamos es especialmente interesante por recoger en sus primeros considerandos, de que a continuación damos noticia, el problema conceptual de los contratos de adhesión.

«Para abordar, dice el T. S., el problema fundamental y casi único que plantean los llamados contratos de adhesión, es decir, el de la interpretación de sus cláusulas, hay que partir de su calificación, pues si se estiman como actos de carácter unilateral y reglamentario, las normas interpretativas deben ser similares a las que presiden la interpretación de la ley, jugando una importancia decisiva después de—lo que éste dice— la voluntad de quien formó el esquema —lo que éste quiso decir—, mientras que calificados como contratos habrá de estarse a la intención y voluntad de los contratantes, haciéndose preciso distinguir entre cláusulas esenciales y accesorias, impresas y manuscritas, claras y oscuras, etc., para aplicar las normas generales de la interpretación contractual» (Considerando 1.º).

«La mayor parte de los autores afirma terminantemente la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión, si bien entre ellos pueden establecerse gradaciones, desde los que piensan que la forma contractual es pura apariencia a aquellos otros que los configuran como contratos colectivos en su conclusión, discutiéndose a su vez si constituyen una categoría propia, con autonomía dogmática en el sistema contractual, o si son una forma de manifestación común a todos los contratos que sólo aporta variaciones de matiz en punto a las normas que presiden su interpretación, siendo evidente que se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el artículo 1.261 del Código civil, pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento normas específicas y más cuidadosas de interpretación que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales» (Consid. 2.º).

«Afirmado su carácter contractual, forzosamente las normas generales de interpretación han de ser las contenidas en los artículos 1.281 y 1.289 del Código civil, reclamadas para los negocios mercantiles por el artículo 50 del C. de C., e informando todas esas normas aquella del artículo 57 del Código de Comercio, correspondiente al artículo 1.258 del C. c., a cuyo tenor: los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras, dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» (Consid. 3.º).

«Con especial referencia al contrato de seguro, esta Sala ha declarado

en su sentencia de 13 de diciembre de 1934 que ante una cláusula oscura ha de tenerse en cuenta que el seguro es prácticamente un contrato de los llamados de adhesión y, por consiguiente, en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza —redactadas por las Compañías, sin intervención alguna de sus clientes—, se ha de adoptar, de acuerdo con la regla del artículo 1.288 del C. c., la interpretación más favorable para el asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora que debió haberse expresado más claramente, y en su sentencia de 27 de febrero de 1942, que en caso de duda u oscuridad, ni la presunción puede caer del lado de los casos excepcionales, si no existen razones para ello, en la oscuridad, según el artículo 1.288 del C. c., debe favorecer a la parte que la ocasionó, que en este caso es la entidad aseguradora» (Considerando 4.º).

«En aplicación de esta doctrina legal, como acertadamente declara la sentencia recurrida, la evidente oscuridad y contradicción que en el caso de autos proyecta la redacción de los apartados a), f) y g) del artículo 5.º de la Póliza sobre los términos claros y justos del artículo 14, ha de ser contemplada por el Tribunal a la luz de la dogmática general de este tipo de contrato, llamado de adhesión porque las condiciones de la reglamentación no son obra conjunta de ambas partes, sino de una sola de ellas, la aseguradora o económicamente más fuerte, que «impone» las condiciones que le son más ventajosas al otro contratante, el cual, siendo económicamente más débil, no tiene libertad de escoger más que entre la firma lisa y llana o la renuncia al seguro. Y, si bien la doctrina sigue atribuyéndoles naturaleza jurídica de contrato, porque la adhesión implica consentimiento, las legislaciones modernas van limitando la eficacia de las cláusulas preestablecidas unilateralmente, aparte la fiscalización administrativa, sosteniéndose también la existencia de un poder excepcional de interpretación en el Juez e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación, y concretamente, en casos como el de autos de aseguramiento del riesgo patronal por accidentes de trabajo, de carácter obligatorio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del D. L. de 8 de octubre de 1932 y artículo 87 del Reglamento de 31 de enero de 1933, a fin de que los productores no puedan en ningún caso quedar desamparados en los accidentes que produzcan incapacidad permanente o muerte—con lo que la opción por no firmar queda también descartada— y que tiene amparo en nuestro Derecho positivo en la regla especial de interpretación consagrada en el artículo 1.288 del C. c., a tenor del cual la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad, debiendo adoptarse por tanto la más favorable al asegurado» (Consid. 5.º).

OBSERVACIONES: Después de pasar revista a las más importantes tendencias doctrinales en punto a esta figura, la sentencia que anotamos, a nuestro juicio acertadamente, afirma la naturaleza contractual de los llamados contratos de adhesión. Reitera la doctrina de las Sentencias de 13 de diciembre de 1934 y 27 de febrero de 1942, sobre el poder excepcional de interpretación y la aplicación del artículo 1.288 del C. c., y apunta, aunque

sin el necesario desarrollo, las ideas de un poder jurisdiccional de revisión y un poder administrativo de control como sistemas de corrección de los abusos a que la confección unilateral de condiciones generales, etc., puede dar lugar. Sobre todo ello, más ampliamente, Royo Martínez, A. D. C., II. 1. 1949, págs. 54 y sigs. (L. D. P.)

7. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CALIFICACIÓN. [Sentencia 8 marzo 1957.] (24)

7 bis. COMPRAVENTA EN PÚBLICA SUBASTA: CARGAS Y GRAVÁMENES: SERVIDUMBRE AÉREA: *Al expresarse en la descripción del terreno dicuido su situación topográfica, que radica en las inmediaciones del Aeropuerto de Barajas, delimitándolo, para individualizarlo, con los predios que están a sus lados, era obligado deducir que aquellos que en la subasta tuvieron intervención debían conocer aquella descripción y que por el carácter transoceánico del Aeropuerto era posible que algunas restricciones pudieran influir en su aprovechamiento.*

COMPRAVENTA EN PÚBLICA SUBASTA: SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS: *Es rechazable la alegada infracción de los preceptos relativos al saneamiento de los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida cuando las medidas restrictivas fueron impuestas después sin posible conocimiento del propietario.*

VICIOS DE LA VOLUNTAD: ERROR: *El error es necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato y no sobre el derecho que a las partes asiste para su utilización, móvil éste que muchas veces no se expresa.* [Sentencia 7 diciembre 1956: No ha lugar.]

8. ARRENDAMIENTO DE USUFRUCTO: DERECHO DEROGADO: *Cuando el arrendador es usufructuario y no dueño del local arrendado, lo que arrienda es el derecho de usufructo, único que tiene y de que puede disponer.* [Sentencia 31 mayo 1957: No ha lugar.]

La usufructuaria vitalicia de varias viviendas las dió en arrendamiento. Fallecida dicha señora, la propietaria de las mencionadas viviendas logró que la Audiencia diera por concluidos dichos arriendos. El T. S. confirma la sentencia recurrida, según la cual extinguido el usufructo se extingue también el arrendamiento estipulado por el usufructuario.

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, con base en el también número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, va dirigido a combatir la aplicación hecha por el Tribunal en quos del artículo 480 de Código civil, que entiende indebidamente aplicado, violando así el artículo 70 de a la sazón vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, y el 473 de aquel Código, motivo que ha de ser desestimado. toda vez que como con reiteración tiene declarado este Tribunal Supremo, entre otras muchas, en las Sentencias de 14 de mayo y 24 de junio de 1952 y 20 de enero de 1955, el artículo 480 del Código civil habría de estimarse aplicable, no obstante lo dispuesto por el invocado artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no lo derogó, y ello porque si bien el repetido artículo 70 de dicha Ley establece la prórroga

forzosa para el arrendador del contrato de arrendamiento, añadiendo que el derecho subsiste, «aunque cambie el dueño o titular arrendador», cuando éste es usufructuario y no dueño del local arrendado, lo que arrienda es el derecho de usufructo, único que tiene y de que puede disponer, a tenor del artículo 480 del Código civil, que le atribuye esta facultad de arrendador, pero al extinguirse no se opera cambio alguno de dueño, pues el nudo propietario lo es desde que el usufructo se constituyó, manteniendo su personalidad jurídica independiente de la del usufructuario y tampoco se efectúa cambio de titular arrendador, ya que el nudo propietario no trae causa, en sentido jurídico, del usufructuario en ningún concepto, que le obligue a subrogarse en las obligaciones por éste contraídas, sin que tampoco tenga eficacia alguna la argumentación del recurrente respecto a que el nudo propietario recibe el inmueble con el mismo gravamen que tenía al fallecer el causante, pues los contratos de arrendamiento con personas distintas de los que en aquella fecha eran arrendatarios y los actuales contrataron con la usufructuaria, supuesto distinto, ya que si permanecieran los mismos titulares arrendatarios entonces sí tendría lugar la sucesión en la obligación contraída por el causante de la herencia, ni, por último, puede ser acogido el razonamiento de que la usufructuaria no consignó en el contrato que lo era, sino que expresó que actuaba con el carácter de dueña, pues aparte de que en el Registro de la Propiedad constaba lo contrario, es evidente que cualquiera que fueran sus manifestaciones, no podían afectar al derecho de tercero y su condición no variaba porque se atribuyera una distinta de la que tenía.

Considerando: Que para justificar la indebida aplicación del artículo 480 del Código civil y la falta de aplicación del 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el acto de la vista, el recurrente invocó el artículo 57 de la en la actualidad vigente Ley, aprobado en su texto articulado por Decreto de 13 de abril de 1956, alegando que aquel artículo fué erróneamente interpretado, pero es lo cierto que la nueva Ley no es interpretativa sino modificativa de la anterior, y así se observa con respecto al caso concreto de la extinción del contrato de arrendamiento al extinguirse el usufructo que en el preámbulo de su Ley de Bases se dice que el derecho a la prórroga es también objeto de matizaciones, haciéndola *extensiva* a los casos de extinción de usufructo, es decir, que le amplía, lo que acredita que antes no existía; en el artículo primero de la misma Ley se expresa: «*Quedan modificadas*» las Leyes que cita; en la regla tercera transitoria de la Ley de 1955 y en el número primero del apartado segundo de la disposición general A) de las transitorias de la Ley de 1956, se establece que el ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación precedente, cuando se hubiese iniciado judicial o extrajudicialmente antes de la vigencia de esta Ley, se regirá en todos sus aspectos y consecuencias por aquella legislación todo lo que demuestra, de un lado, que la prórroga del contrato de arrendamiento concertado por el usufructuario del local arrendado no estaba comprendida en la Ley anterior y de otro, que la vigente es modificativa y no interpretativa de aquélla, y como consecuencia, que la sentencia recurrida aplicó acertadamente los preceptos que la fundamentan.

OBSERVACIONES: La sentencia ahora comentada reviste extraordinario interés, por aludir a la modificación que la nueva LAU introduce en el régimen de los arrendamientos otorgados por el usufructuario.

La situación del Derecho anterior a la LAU de 1955 era la que sigue, según se desprende de la jurisprudencia:

a) Existe la figura jurídica del arrendamiento de derechos. Es de notar que este criterio no parece acorde con la letra del Código, según la cual lo que se arrienda son las cosas (art. 1.452 C. c.); además el Código dice textualmente que el usufructuario arrienda la finca usufructuada y no el derecho a usar y disfrutar de ella (art. 480 C. c.). El criterio de la jurisprudencia coincide con el de la doctrina, que alude al arrendamiento de derechos y lo da por posible en el Derecho español (Castán: *Derecho civil*, IV, 8.ª ed., págs. 240-241 y 243).

b) Respecto de fincas urbanas, el usufructuario puede disponer de su derecho, pero no aménorar las facultades dominicales. Como quiera que arrendar la finca es una facultad que corresponde normalmente al dueño, el Tribunal Supremo entiende (pese a la letra del art. 480 C. c.) que el usufructuario da en arrendamiento su derecho de usufructo cuando arrienda la finca. Y este arrendamiento ha de cesar al concluir el usufructo, porque de otro modo quedarían limitadas por un acto del usufructuario las facultades que corresponden al propietario.

La nueva legislación de Arrendamientos urbanos introduce una innovación fundamental en el régimen jurídico del arrendamiento otorgado por el usufructuario: dicho arrendamiento pasa a ser regido por las reglas de Derecho especial, en determinados supuestos. La construcción de la jurisprudencia queda modificada en la forma siguiente:

a) El usufructuario puede dar en arrendamiento la finca. Así se desprende del nuevo artículo 114, apartado 12, de la LAU: el usufructuario, según el texto de dicho precepto, puede pactar un verdadero «contrato de arrendamiento urbano».

b) Las facultades del nudo propietario están limitadas por la Ley, incluso para cuando adquiere el pleno dominio; la finca está normalmente sujeta al arrendamiento urbano establecido por el usufructuario, aun después de fallecido éste.

c) Si el usufructuario cede, mediante precio, el uso de una finca urbana, ha de entenderse necesariamente—por lo normal—que celebra un contrato de arrendamiento urbano; en otros términos, no es posible actualmente arrendar el usufructo cuando el resultado práctico conseguido por este contrato sería idéntico al de un arrendamiento urbano. Esta es la finalidad del artículo 114, apartado 12 de la LAU actual.

d) Es posible el arrendamiento del derecho de usufructo, pero no (en sentido propio) el arrendamiento de la finca u objeto usufructuado, cuando siga siendo aplicable el Derecho común, que excluye las reglas de la LAU (casos del arrendamiento de temporada y del arrendamiento de industria). En efecto, la LAU solamente deroga el régimen del C. c. en las materias en las que ella pretende aplicarse, y no le priva del carácter de ley común. (J. P. G.)

9. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: En la cláusula del contrato acuantas obras hayan de realizarse al efecto serán de cuenta de la entidad arrendataria y bajo su responsabilidad, se entiende comprendida la autorización para todas las necesarias durante la vida del contrato, teniendo además en cuenta el fin económico (industria de cinematógrafo) del contrato.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ERROR EN LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA: Cuando un documento es objeto de debate, no se puede invocar, para justificar el error de hecho atribuido a la sentencia, sino que ha de hacerse mediante

otras probanzas documentales o periciales extrañas a él. [Sentencia 7 marzo 1957: No ha lugar.]

10. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLURALIDAD DE CONTRATOS: *Siendo distintos los locales arrendados, distintas las rentas convenidas y distinto el destino pactado para cada uno de ellos, debe rechazarse la unidad del arrendamiento, puesto que lo que existe es una pluralidad de contratos.* [Sentencia 26 marzo 1957.]

11. LOCALES DE NEGOCIO: TALLER DE PINTURAS: *El taller de pintura admite lógicamente contacto o relación con el público que al mismo acuda para encargar o retirar sus pedidos, y constituye por ello un local de negocio.* [Sentencia 13 marzo 1957.]

12. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: TÁCITA RECONDUCCIÓN: *La tácita reconducción constituye un nuevo contrato que se perfecciona por el consentimiento tácito de los contratantes manifestado por lo que hace al arrendatario por la permanencia en el disfrute de la cosa arrendada por el término de quince días, y por lo que se refiere al arrendador por su aquiescencia a tal permanencia deducida de la falta de requerimiento previo contrario a la misma.*

RESOLUCIÓN: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Ocurridas varias sustituciones en la persona del arrendatario, como se deduce de que a éste le siguieron en el disfrute: en primer lugar, sus herederos; después, una sociedad limitada formada por sus hijos, y por último, a la disolución de la misma uno de ellos que continuó el negocio, procede entender que ha habido introducción de tercera persona en el uso y disfrute de la cosa arrendada sin darse cumplimiento a los requisitos que exige la legislación aplicable al caso en el momento de tal sustitución, esto es, antes de la LAU según lo dispuesto en el artículo noveno del Decreto de 21 de enero de 1936 y después por lo prevenido en la causa tercera del artículo 149 de dicha ley.* [Sentencia 25 marzo 1957: Ha lugar.]

13. ARRENDAMIENTO URBANO: PRÓRROGA: *No cabe extender por analogía el derecho a derogar la prórroga reconocido en el apartado b) del artículo 17 de la LAU para las personas naturales por aumento de sus necesidades familiares, a las personas morales o jurídicas.* [Sentencia 8 mayo 1957: No ha lugar.]

14. ARRENDAMIENTO URBANO: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: *La renta real debe estar adaptada a la fiscal, de tal forma que si el arrendador no declara a la Hacienda la renta establecida en el plano señalado por las leyes fiscales, surge para el arrendatario el derecho a pedir la reducción de la renta en correlación con la declarada, sin que enerva esta potestad la declaración posterior por tratarse ya de un derecho adquirido.* [Sentencia 12 abril 1957: No ha lugar.]

15. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: DECLARACIÓN FISCAL: *Justificando que el actual propietario no hizo la declaración fiscal de la*

renta que venia percibiendo, dentro del plazo legalmente señalado a partir de la adquisición del inmueble, es indudable la procedencia del derecho de revisión por cuanto la renta percibida era superior a la fiscal sin que obste al derecho de novar que tiene el inquilino la adaptación posterior a virtud de inspección practicada por la Hacienda. [Sentencia 9 marzo 1957: No ha lugar].

16. ARRENDAMIENTO URBANO: DENEGACIÓN DE LA PRÓRROGA: SELECCIÓN: El propietario arrendador de varios edificios en una misma localidad, puede elegir el que más le plazca para satisfacer su necesidad de vivienda o de local de negocio, estando obligado sí, a hacer la selección legal entre los arrendatarios de la casa escogida. [Sentencia 8 mayo 1957: No ha lugar.]

17. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO: CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO: Durante la vigencia de la LAU derogada, no necesitaban estas Corporaciones cumplir el requisito del apartado b) del artículo 90 de dicha LAU. [Sentencia 4 abril 1957: Ha lugar.]

OBSERVACIONES: La Sentencia del Tribunal Supremo plantea el problema de interpretar el artículo 100 de la LAU derogada, en relación con el artículo 90, apartado b) del mismo texto legal.

En el Derecho derogado, la regla general, establecida en el artículo 90, b) de la LAU de 1946, exige, para que proceda la excepción a la prórroga del arrendamiento por necesidad del arrendador, que éste o la persona que haya de ocupar el local se haya visto obligado —durante un determinado período— a ocupar locales a título de arrendatario, para desarrollar sus actividades de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo. El Tribunal Supremo entiende que esta regla no ha de aplicarse a las Corporaciones de Derecho público. Estas (como el Estado, la Provincia o el Municipio) no han de justificar la necesidad de reocupar sus locales (artículo 100 de la LAU de 1949); ello significa que están exentas del requisito b) del artículo 90 de dicha LAU.

Podría pensarse —contra la doctrina comentada— que la obligación del arrendador de justificar la necesidad de reocupar sus locales es una regla de índole procesal, relativa a la carga de la prueba; el concepto de la «necesidad de arrendador» vendría precisado por los requisitos de índole jurídico-material contenidos en el artículo 90 de la LAU de 1949. Si se aceptara este criterio, las Corporaciones de Derecho público, al ser eximidas de justificar la necesidad de reocupar sus locales, no estarían exentas del requisito establecido por el artículo 90, b) de la LAU de 1946, sino de la obligación de probar en cada caso la concurrencia de dicho requisito. En favor de esta interpretación, puede alegarse que el artículo 100 de la LAU de 1946 está comprendido bajo el epígrafe «De la causa primera de excepción a la prórroga», o lo que es lo mismo, forma parte de la reglamentación de una excepción a la prórroga del arrendamiento urbano por «necesidad del arrendador». Podría pensarse que no puede dejar de aplicarse a las Corporaciones de Derecho público el artículo 90, b), por ser el único precepto legal que establece en qué consiste la «necesidad del arrendador».

A pesar de lo que acaba de indicarse, es preciso pensar que la interpretación del Tribunal Supremo en la sentencia comentada de una aplicación adecuada de la LAU de 1946. En favor de este criterio ha de tenerse en cuenta:

a) Que el artículo 100 de la LAU no obliga expresamente a las Corporaciones de Derecho público a respetar en esta materia otras reglas que las relativas a «preaviso, indemnización y plazo para desalojar».

b) Que cuando una Corporación de Derecho público desea reocupar un local que la pertenece y que arrendó, estamos en presencia de una necesidad de tipo público, diferente de la prevista en el artículo 90, b) de la LAU de 1946, pero tan real como ella. (J. P. G.)

18. IRRETROACTIVIDAD DEL ARTÍCULO 149 DE LA LAU DE 1946: *La irretroactividad del artículo 149 de la LAU de 1946 impide su aplicación a hechos ocurridos en el año 1945, los cuales se rigen por el Decreto de 21 de enero de 1936.*

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: *Si el traspaso es «tolerado» por el propietario, pero no «consentido de manera expresa», el artículo 9 de dicho Decreto no concede al arrendatario derecho al traspaso. [Sentencia 23 abril 1957: Ha lugar.]*

19. TRASPASO Y SUBARRIENDO: DIFERENCIAS: *A diferencia del traspaso, en el subarriendo permanece y subsiste el vínculo contraído con el arrendador, aunque haya declinado el uso de la cosa.*

TRASPASO ILEGAL: ALCANCE JURÍDICO DEL CONOCIMIENTO DEL TRASPASO POR EL ARRENDADOR: *El conocimiento no es bastante para estimar asentimiento a un acto. El consentimiento, como declaración de voluntad, exige para que sea eficiente en Derecho, que se exteriorice y corresponda a un sentimiento real y deseado.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE LA LAU DE 1946: INAPLICABILIDAD AL TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: *La disposición transitoria 2.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1946 rige sólo para el subarriendo, por así decirlo la literalidad de su texto y porque tratándose de norma de excepción ha de entenderse en sentido restringido. [Sentencia 8 abril 1957: Ha lugar.]*

ANTECEDENTES: El arrendatario de un local de negocio lo traspasó a una sociedad, sin intervención ninguna del arrendador en el traspaso. Los propietarios del local instan ante los Tribunales la resolución del arrendamiento por traspaso ilegal, siendo desestimada esta petición. Se discute si es lícita la aplicación por analogía de la disposición transitoria 2.ª de la LAU de 1946, la cual protegería (de admitirse esta interpretación analógica) los traspasos ilegales concertados con anterioridad al 1 de octubre de 1946. El Tribunal Supremo resuelve la cuestión con criterio distinto al de los juzgadores de instancia y estima el recurso ante él interpuesto.

Considerando: Que reiteradamente viene sosteniendo este Tribunal, que la disposición transitoria segunda de la Ley de treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis rige sólo para el subarriendo, por así decirlo la literalidad de su texto, «cuando una vivienda o local de negocio se hallase total o parcialmente subarrendado en primero de octubre del año mil novecientos cuarenta y seis»; y, además, porque tratándose de norma de excepción ha de entenderse en sentido restringido, doctrina jurisprudencial constante como lo acreditan entre otras muchas sentencias las de diez de marzo y treinta de octubre del año mil novecientos cincuenta y uno, doce de enero, veintitrés de febrero y catorce de noviembre del año mil novecientos cincuenta y dos, y la de veinte de enero de mil novecientos cincuenta y seis, que dice textualmente «que la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos urbanos se refiere al subarriendo.

pero no al traspaso» por lo que se hace innecesario nuevas argumentaciones para establecer que la sentencia recurrida ha infringido dicho precepto al haberlo extendido al caso de autos referido a un traspaso formalizado mediante la aportación del negocio y local por el comerciante individual arrendatario a la nueva sociedad, aunque forme parte de la misma, porque con tal negocio desaparece su titularidad como persona física sustituida por otra jurídica en cuyo patrimonio entran todos los derechos y acciones con que el socio contribuye, desligándose de todo nexo directo con la cosa transmitida, a diferencia del subarriendo que permanece y subsiste el vínculo contraído con el arrendador aunque haya declinado el uso de la cosa, por lo que no es dable aquí pasar la situación del caso de autos al subarriendo y por ende está mal aplicado el susodicho precepto legal.

Considerando: Que descartada como de aplicación indebida al caso de autos la disposición transitoria segunda de la Ley del año mil novecientos cuarenta y seis, una de las razones en que se sienta la sentencia impugnada y reconocido, además, que el traspaso se efectuó sin cumplir ninguno de los requisitos que el artículo cuarenta y cinco exige, se ha de añadir a la anterior razón de ierro de índole jurídica en que la sentencia de instancia incurre, que tales omisiones no las subsana el supuesto conocimiento que atribuye al actor del acto antilegal, porque prescindiendo de la inscripción registral de la sociedad y efectos jurídicos del asiento, inoperante en este caso, es lo cierto, que el conocimiento no es bastante para estimar asentimiento a un acto como cuando aquí ocurre no estaba obligado a responder a un estado de hecho para el que no había sido requerido, y por que, además, el consentimiento como declaración de voluntad exige para que sea eficiente en derecho, que se exteriorice y corresponda a un sentimiento real y deseado, y no concurriendo esta circunstancia queda fuera de toda duda que el negocio de traspaso efectuado se ha hecho contraviniendo los artículos cuarenta y cinco y siguientes de la Ley, por lo que incurre en la sanción prevista en el número tercero del artículo ciento cuarenta y nueve, por lo que se ha de estimar el recurso dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia, revocándola del Juzgado con cargo al demandado de las costas de primera instancia y sin expresa imposición de las de segunda y de las de este recurso.

OBSERVACIONES: La presente sentencia formula una doctrina de gran interés, estableciendo que la declaración de voluntad debe estar exteriorizada, si se quiere que produzca efectos jurídicos. Según esto, está excluida del campo del Derecho civil la posibilidad de declaraciones de voluntad presunta, por la ley a diferencia de lo que ocurre en el Derecho público, donde es fundamental la figura del silencio administrativo. Pero el Tribunal Supremo no ha rechazado la posibilidad de que el silencio valga en ciertos casos como declaración de voluntad; v. gr., cuando así se estipuló en un contrato. Véase sobre la cuestión CASTRÁN, *Derecho civil* I, 6.ª ed., página 304. (J. P. G.)

20. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: ASOCIACIÓN DE NUEVOS SOCIOS: *La asociación de nuevos socios a los hijos de un arrendatario de local de negocio (faltado) supone un traspaso de dicho local, según el artículo 55 de la LAU derogada. [Sentencia 27 febrero 1957: No ha lugar.]*

ANTECEDENTES: Una Sociedad mercantil de responsabilidad limitada sucedió a otra, constituida por los hijos y la viuda del arrendatario (fallecido) de un local de negocio. Comprendía la Sociedad nuevamente constituida, como socios, a varios de los hijos de dicho arrendatario, y junto a éstos, a varias personas, de las cuales unas sucedían a otros causahabientes del arrendatario, y otras entraban en la Sociedad merced a nuevas aportaciones a la misma. Se plantea así el problema de si existe traspaso del local de negocio por desenvolver en él su actividad mercantil la Sociedad nuevamente constituida, sucediendo a la que primeramente se estableció en él. (Si existía traspaso, procedía la resolución del arrendamiento, por no haberse hecho dicho traspaso en la forma legal.) El Tribunal Supremo formula la siguiente doctrina:

Considerando: Que si bien el artículo 55 de la anterior LAU no reputa traspaso la asociación que, *exclusivamente* entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario fallecido, desde el momento en que los de don X, en la que entre sí habían realizado, admitieron mediante la escritura de 17 de mayo de 1952, a nuevos socios, la aplicación, en sentido contrario, de la disposición legal citada, obliga reputar traspaso a esa admisión de nuevos socios como, *sin infracción legal alguna*, se estimó en la sentencia recurrida, contra la cual, por tanto, es improcedente el recurso.

OBSERVACIONES: La situación de hecho regulada por el artículo 55 de la LAU (actualmente derogada) no coincide exactamente con los hechos que dan origen a la sentencia ahora comentada. Cabe hacer dos observaciones, relativas a puntos de considerable importancia.

En primer término, es preciso hacer notar que el artículo 55 de la LAU excluye del concepto legal del traspaso la asociación entre «hijos del titular arrendatario de local de negocio», pero no hacía referencia ninguna al viudo o a la viuda de dicho arrendatario. Esta podía suceder a su marido en el arrendamiento (art. 73 de la LAU derogada), en cuanto goza de la cualidad de heredera, y en este caso, si en el local arrendado por cuenta propia por el marido difunto se asociaba a sus hijos o a algunos de ellos para la explotación de una industria propia de ella (tal vez heredada del cónyuge fallecido, o de origen ganancial), incurría en una causa de resolución del arrendamiento, por subarriendo, si pretendía escapar a la utilización de la figura del traspaso y no contar con el dueño del local. Traspaso (y por lo tanto, derechos de tanteo, de retracto y de aumento de la renta por el arrendador) existe también, en el sistema de la LAU derogada, si a los hijos herederos del arrendatario de un local de negocio —que suceden a dicho arrendatario en el arrendamiento— se asocia (sin subarriendo) el cónyuge viudo del causante (aunque sea coheredero del negocio). Es decir, en otros términos: la protección de una industria familiar (finalidad del artículo 55 de la LAU derogada) no alcanza más que a los hijos sin el cónyuge superviviente, pero no a la viuda de los arrendatarios de locales de negocio (o al viudo en su caso); se excluye así en esta materia la aplicación de la analogía.

La observación que precede se relaciona con el problema que resuelve la sentencia comentada. En efecto, en los autos aparecen la viuda y los hijos del arrendatario de un local de negocio asociados entre sí, y esta Sociedad sucede a dicho arrendatario en la titularidad del arrendamiento. No se discutió ante los Tribunales si la indicada Sociedad pudo legítimamente suceder al causante en el arrendamiento del local de negocio; pero es de notar que la Sociedad de referencia se constituyó antes de la redac-

ción de la ya derogada LAU, por lo que no se plantea en este punto la interpretación del artículo 55 de dicho cuerpo legal.

Una segunda observación es preciso hacer en relación con el presente caso. El artículo 55 de la LAU anterior a la actual protege la asociación entre los hijos del arrendatario fallecido de un local de negocio, pero no impide que alguno de ellos ceda su parte en la Sociedad así creada, una vez constituida ésta. No habrá traspaso en este supuesto, ni las consecuencias de esta figura jurídica favorables a los propietarios de locales de negocio. Pero el Tribunal Supremo no se enfrenta en el caso actual con este problema, puesto que no podía menos de haber traspaso, sucediendo una Sociedad a otra. (J. P. G.)

21. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN POR INDUSTRIA INCÓMODA: *La instalación de maquinaria de una industria metalúrgica, cuyo funcionamiento causa ruidos de intensidad variable, resultando desagradable y perturbadora para el resto de los inquilinos, es causa suficiente para la resolución del arrendamiento, aunque sea soportable y posible la permanencia en la finca.* [Sentencia 6 abril 1957: No ha lugar.]

22. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: RUINA DE LA FINCA: *Declarada la ruina de una finca urbana por la autoridad administrativa, a los efectos de resolución del contrato de arrendamiento es indiferente que las obras de consolidación exijan o no que el arrendatario desaloje efectivamente el local, pues el artículo 149 de la LAU considera como causa de resolución, sin más requisitos, la mera declaración administrativa, sin distinguir entre los casos en que sea preciso el lanzamiento de aquel y los supuestos en que no lo sea.*

CAMBIO DEL SEÑALAMIENTO PARA LA VISTA: *La facultad de hacer los señalamientos le corresponde plenamente al presidente de la Sala, por lo que no quebranta las formalidades esenciales del juicio el hecho de que la fecha de tal señalamiento fuese adelantada si las partes fueron citadas de nuevo en la forma procesal exigida.* [Sentencia 5 marzo 1957: No ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRESUNCIÓN DE CESIÓN DEL LOCAL: *El haberse confiado a un sujeto la dirección de una empresa ajena y publicar luego aquel anuncio en el periódico dando como domicilio de dicha empresa un local que él mismo tenía arrendado para otro negocio, es base para presumir la existencia de una oficina de persona distinta del arrendatario, en el local arrendado, evidenciando la realidad de una cesión, traspaso o subarriendo del mencionado local.*

PRESUNCIONES: Apreciación: *Es doctrina reiterada que la estimación de la prueba de presunciones corresponde por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar el recurso de injusticia notoria cuando se impugne con éxito la existencia y realidad del hecho base en que se apoye la presunción o cuando la deducción no se sujete a las reglas determinadas de criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.* [Sentencia 17 noviembre 1957: Desestimatoria.]

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: *La constitución de una sociedad entre el arrendatario y un*

tercero a la cual se aporta el negocio establecido en el local arrendado es hecho constitutivo de traspaso.

SOCIEDAD Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: DIFERENCIA: *En el contrato de ventas en participación no se pone en común cosa alguna para formar un patrimonio independiente, como ocurre en la sociedad, sino que solamente se hace una aportación al gestor para incrementar su patrimonio.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CALIFICACIÓN: *Los contratos son lo que realmente resulta de la naturaleza jurídica de los pactos de las partes con independencia de la denominación que éstas les asignen. [Sentencia 8 marzo 1957.]*

OBSERVACIONES: El arrendatario y una tercera persona habían celebrado un contrato que denominaron «asociación de cuentas en participación». Reclamada por el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento por entender que aquel hecho entrañaba un traspaso ilegal, el Tribunal de instancia primero y el Tribunal Supremo después califican el negocio como de contrato de Sociedad y dan lugar al traspaso.

El problema fundamental en este punto, a saber, si había existido creación de una nueva persona que sucediera al arrendatario en el disfrute del local, queda eludido, pues si bien la sociedad mercantil nacida no había sido inscrita en el Registro y no había, por tanto, adquirido personalidad jurídica, el tema se considera, a efectos de casación, cuestión nueva.

En estos términos, la solución parece excesiva. El puro hecho de que el arrendatario se asocie con un tercero para la explotación de un negocio, no puede significar por sí traspaso del local arrendado, al menos en tanto esta sociedad no alcance la densidad suficiente para considerarse formada una persona jurídica que sustituya al arrendatario en su situación jurídica. El puro hecho de entrar en sociedad no puede ser causa de traspaso. La propia Ley de Arrendamientos Urbanos permite considerarlo así. El artículo 73 de la Ley de 1946 establece que a la muerte del arrendatario del local de negocio, y a falta de heredero o de su deseo de continuar el arrendamiento, puede advenir arrendatario el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil, con lo cual da a entender que el hecho de que el arrendatario se encuentre en sociedad con otra persona no sólo no es, por sí, causa de resolución del contrato, sino que, esta otra persona —el socio— adquiere una especie de derecho de sucesión en el arrendamiento.

Sin embargo, el artículo 55, solamente excluye del traspaso «la asociación que exclusivamente entre sí realicen los hijos del titular arrendatario de local de negocio que hubiese fallecido». Parece, por ello, necesario hacer una revisión profunda del sentido de la Ley en este aspecto —importante comercial y económicamente— y decidir de manera terminante si el traspaso requiere transmisión del derecho arrendaticio a la persona jurídica que se crea —por vía de aportación social— o basta, como parece deducirse de los términos de la sentencia anotada, la simple coparticipación de un tercero —por cualquier título— en el disfrute del local arrendado. (L. D. P.)

25. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO O TRASPASO:
INTERPRETACIÓN: *La Sala sentenciadora llega a la conclusión de que el convenio entre arrendatario y cesionario es, en realidad, una figura jurídica de coparticipación en el disfrute de la cosa arrendada, a pesar de la denominación que se le asignó de apoderamiento mercantil y mandato representativo, valorando correctamente la totalidad de la cláusula. [Sentencia 5 abril 1957: No ha lugar.]*

26. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO ILEGAL: PRESUNCIÓN: *No se puede admitir el carácter legal del traspaso sin la justificación de que la cesión fué autorizada, no siendo aplicable al presente caso la presunción que establece el artículo 38 de la LAU que se refiere a la cesión de viviendas, pero no a la de los locales de negocios que tiene una especial regulación en la ley.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El recurso plantea un problema de apreciación de las pruebas practicadas con referencia a las de confesión y testifical obrantes en el pleito, cuyo solo enunciado manifiesta su improcedencia, ya que únicamente se admite el recurso para tratar del error citado cuando se acredite por prueba documental y pericial practicada en el procedimiento. [Sentencia 23 marzo 1957: No ha lugar.]*

27. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN: COPARTICIPACIÓN EN EL DISFRUTE: *La introducción de una tercera persona en el uso de la cosa arrendada, a título oneroso o gratuito, y a espaldas del propietario es causa determinante de la resolución cualquiera que sea la figura jurídica bajo la que se encubra la coparticipación.*

INTERPRETACIÓN: *El fallo recurrido entiende que existe la citada coparticipación en el uso y disfrute, después de examinar el convenio entre el arrendatario y el cesionario, pues, aunque es calificado de arrendamiento de servicios, contiene estipulaciones contradictorias que han de ser interpretadas de forma que se atribuya a las dudosas el sentido que resulte de la totalidad de las cláusulas.*

NATURALEZA DEL MANDATO: *Tampoco puede admitirse la calificación del contrato como mandato, porque es incompatible su naturaleza con la obligación estipulada de entregar al mandante cierta cantidad de dinero, como asimismo, es contrario a la esencia del mandato que el mandatario ponga límites a la facultad «dominical» de traspaso y recabe para sí, caso de efectuarse, una indemnización. [Sentencia 21 marzo 1957: No ha lugar.]*

28. SUBARRIENDO: PRECIO: *Cierta participación del arrendatario en los beneficios, no en las pérdidas, es equivalente al precio del subarriendo [Sentencia 15 abril 1957: Ha lugar.]*

En primera y segunda instancia fué desestimada la petición del actor, consistente en exigir la resolución de un arrendamiento de local de negocio, por subarriendo no consentido o traspaso ilegal. El Tribunal Supremo revoca la sentencia recurrida, y acuerda la resolución del contrato de arrendamiento.

Considerando: *Que el convenio contenido en el documento de veinte de abril de mil novecientos cincuenta y tres, revela claramente que la responsabilidad de los resultados en la explotación del negocio a que se refiere el convenio, se atribuyó a don Juan F., si bien con cierta participación en los beneficios, no en las pérdidas, del arrendatario del local equivalente al precio del subarriendo.*

Considerando: *Que en tal supuesto, don Juan F. entró a usar y gozar la parte del local en que la explotación de su responsabilidad, se desarro-*

llaba sin que las cláusulas del convenio referente a la intervención del señor P. en los «trabajos administrativos» que la explotación requiera, prive al señor F. de su carácter de responsable directo de ellas, porque esa intervención administrativa, indudablemente, está relacionada con la garantía impuesta por el señor P. para la determinación y efectividad de su participación en los beneficios que, según el convenio, le correspondían en los obtenidos por F. en la explotación.

Considerando: Que tampoco desvirtúan las respectivas posiciones de P. y de F. en el uso del local el pago del fluido eléctrico y contribución industrial, en cuanto no sean superiores a los corrientes y habituales en el taller en cuya explotación entró F., en el suministro de talonarios y papel de cartas y sobres por P., porque en el mismo local éste conservaba la explotación de otros negocios relacionados con el transmitido temporalmente, a la conservación de la unidad con aquél, al terminar la explotación de F., tendían dichas condiciones.

Considerando: Que por lo expuesto el convenio de veinte de abril de mil novecientos cincuenta y tres no es un contrato de trabajo, ni es tampoco de sociedad, porque por virtud del mismo, no se constituye ninguna entidad de personalidad distinta a las de P. y a la de F., sino que éste en la explotación asume, como se ha dicho, su responsabilidad personal y directa en dicha explotación.

Considerando: Que la interpretación dada en la sentencia recurrida, el convenio de veinte de abril de mil novecientos cincuenta y tres, contraría a la establecida en los párrafos anteriores, lleva en dicha sentencia a la infracción del artículo ciento cuarenta y nueve de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos por no haberse aplicado al caso del pleito, infracción que como causa del recurso, obliga a su estimación.

OBSERVACIONES: La presente sentencia ofrece interés porque contribuye a delimitar con claridad la figura jurídica del subarriendo.

El Código civil no contiene una definición legal del subarriendo (artículos 1.550 y sigs., Código civil), pero no parece admisible que pueda existir dicho contrato si no hay «precio» (art. 1.552 Código civil). Este principio se encuentra igualmente establecido por la LAU de 1946, o por lo menos, en ella se ignora la posibilidad de un subarriendo gratuito (artículos 14 y sigs.). Véase en el mismo sentido la LAU vigente, artículos 10 y siguientes.

El subarriendo aparece configurado legalmente, según esto, como la cesión de un local por el arrendatario del mismo a título oneroso y por tiempo limitado. La jurisprudencia ha venido precisando los requisitos del precio. Este puede no consistir en dinero (Castán, Derecho civil, IV, con el concurso de Calvillo, 8 ed., p. 429), y, según la sentencia ahora anotada, puede consistir también en una participación del subarrendador en los beneficios obtenidos por el subarrendatario en su negocio (desarrollado en el local subarrendado). Es de subrayar esta posibilidad, porque se está con ella en un caso limitrofe tanto de la sociedad como de la cesión gratuita de la cosa arrendada: el subarrendatario no obtendrá necesariamente beneficios, y puede que la prestación debida por él en concepto de precio sea de valor nulo más de una vez. (J. P. G.)

29. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: La utilización

de un Sanatorio, por médicos no arrendatarios del mismo, para el ejercicio de actividades profesionales con carácter permanente, sin el consentimiento del arrendador, constituye un supuesto de subarriendo inconsentido, que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento según causa 2.ª del artículo 149 de la LAU. [Sentencia 23 abril 1957: No ha lugar.]

30. ARRIENDO URBANO: SUBARRIENDO PARCIAL: *El almacenar materiales de construcción pertenecientes a un tercero en un local arrendado para garaje, encubre una ocupación parcial y consiguientemente un subarriendo del mismo carácter.*

PRUEBA: *El principio «Incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat» recogido en el artículo 1.214 del Código civil ha de entenderse, como que al actor le basta con probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, y al demandado los hechos extintivos e impeditivos del mismo.* [Sentencia 10 mayo 1957: No ha lugar.]

31. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *Cualquiera que sea el título por el que una persona extraña a la relación arrendaticia, ocupe el cuarto arrendado sin consentimiento del arrendador, tendrá este derecho a hacerle desalojar.* [Sentencia 1 marzo 1957: No ha lugar.]

32. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: *La extinción del contrato de arrendamiento por confusión de las personas del arrendador y del arrendatario, que lleva consigo la adquisición del dominio por éste de la finca arrendada, no afecta a la relación subarrendaticia.* [Sentencia 1 marzo 1957: No ha lugar.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *Si el arrendatario da por terminado el arrendamiento puede el arrendador lanzar al subarrendatario, dado el carácter derivado el subarriendo.* [Sentencia 15 octubre 1957: No ha lugar.]

34. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *El hecho de haber cerrado la puerta que unía la cocina con la despensa y dar a esta comunicación en el pasillo por la apertura de una puerta que antes no existía, altera la configuración, dando lugar a la resolución por la causa quinta del artículo 149 de la LAU.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA CANTIDAD A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO 2.º DEL NÚMERO 5.º DEL ARTÍCULO 149: *La entrega, puesta a disposición u ofrecimiento de dicha cantidad realizada al contestar la demanda carece de eficacia por extemporánea y tardía, como todas las que no precedan a la iniciación de las obras.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA: *No debe admitirse prueba encaminada a acreditar un hecho confesado en el escrito de contestación por la parte a quien perjudica.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: FORMULACIÓN DEL RECURSO: *Cuando se formule recurso por entender que una obra determinada altera o no la configura-*

ción ha de hacerse apoyándolo en la causa 3.ª del artículo 173 de la LAU y no en la 4.ª. [Sentencia 31 enero 1957: No ha lugar.]

COMENTARIO. 1. Hechos: Cerrar una puerta que comunicaba la cocina con la despensa, dando a esta comunicación con el pasillo por la apertura de una nueva puerta.

2. La sentencia recurrida entiende que se ha alterado la configuración. Se formula recurso basado en la causa 4.ª del artículo 173 («manifiesto error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por lo documental o pericial que obre en autos»).

Pretende el defensor de la parte recurrente, basándose en las pruebas documental y pericial que obran en autos, demostrar el error en la apreciación de la prueba y, por tanto, la procedencia del recurso. Pero esta Sentencia declara que «la equivocación, de existir, al calificar la trascendencia de las obras, no sería de la prueba de las concretamente realizadas, sino de la interpretación de la hipótesis de una norma jurídica que ésta concreta al concepto «modificación de la configuración», sólo eficazmente denunciabile con la cita omitida de la causa 3.ª del artículo 173».

La doctrina que sienta esta Sentencia es correcta. Nunca o casi nunca se discute la obra realizada (cuestión de hecho; atacable en virtud de la causa 4.ª del 173), sino si ésta modifica o no la configuración (cuestión de derecho; en este caso el recurso ha de hacerse apoyándolo en el número 3.º del repetido artículo por infracción del número 5.º del artículo 149).

La cosa es clara; a pesar de ello la mayoría de los letrados se empeñan en interponer el recurso tratando de demostrar, a base de la prueba pericial, que una obra determinada no altera la configuración, siendo que, como declara la Sentencia de 30 de enero de 1957, la apreciación de si unas obras alteran o no la configuración es tarea del juzgador y extraña a la técnica de la edificación.

Diremos, por último, que el Tribunal Supremo en esta Sentencia y en la de 30 de enero de 1957 cambia la doctrina sentada en otras (v. gr., 10 de octubre de 1956; 16 de octubre de 1956), entendiéndolo que el concepto «configuración» es cuestión de derecho, no de hecho, y, por tanto, su apreciación corresponde al juzgador. (J. M. P.)

35. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: OBRAS NO TERMINADAS: *El artículo 149, 5.º, LAU, sólo exige que se lleven a cabo, esto es, que se estén ejecutando las obras que alteren la configuración, siquiera no estén terminadas.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Basta que se produzca el hecho que da lugar a la resolución para que ésta sea viable, aunque sus efectos no perduren al tiempo de decretarse.* [Sentencia 11 febrero 1957: Ha lugar.]

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *El derribar un tabique de pandero que no llegaba al techo y separaba dos habitaciones altera la configuración.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: COSTAS: *Conforme al artículo 176 LAU, las cos-*

tas se impondrán a la parte cuyos pedimentos hubieran sido totalmente rechazados; esta discrepancia entre la petición y la decisión ha de hallarse poniendo en relación la petición con el fallo, sin que valgan al efecto las razones o causas de pedir. [Sentencia 26 marzo 1957: No ha lugar.]

37. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *Las obras que entrañan cambio en la configuración de los patios o jardines anexos al local arrendado, si se efectúan sin, permiso del arrendador son causa de resolución.*

Igual doctrina sientan las Sentencias de 16 de diciembre de 1951, 22 de marzo, 22 de febrero y 30 de junio de 1956.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CONSENTIMIENTO TÁCITO: PRESUNCIONES: *El error de hecho no puede justificarse con meras presunciones, sino por la documental o pericial obrante en autos. La inclusión por el propietario al hipotecarse la finca de la obra realizada, no implica el consentimiento tácito de tales obras.* [Sentencia 29 mayo 1957: No ha lugar.]

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de un cobertizo en el patio de la finca arrendada de 2,80 metros de largo por 2,05 metros de ancho, formado por tabiques de rasiña, altera la configuración de la cosa arrendada.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA: PRESUNCIONES: *La convivencia en el local arrendado del arrendatario con un tercero y el ejercicio por éste de una industria independiente de la que el arrendatario tiene, permite sentar la presunción de subarriendo por existir entre esos hechos y el que se trata de deducir (subarriendo) enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que son los requisitos exigidos por el artículo 1.253 del C. c., sin que sea obstáculo la no demostración de la existencia de un precio cierto conocido.* [Sentencia 11 diciembre 1956: Ha lugar.]

39. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *El hacer desaparecer el tabique que separaba la tienda de la trastienda, quitar el marco de una ventana del tabique del fondo de aquella, tapiando el hueco, y el dejar más bajo el cielo raso de todo el local son obras todas ellas que alteran la configuración del local arrendado.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIOS: PRUEBA DEL VALOR A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 155 DE LA LAU: *La prueba del valor de la cosa ha de hacerse con la oportuna certificación de la Administración de Propiedades, sin que basten las certificaciones acreditativas del líquido imponible de la finca a fines tributarios.* [Sentencia 20 diciembre 1956: No ha lugar.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *No importa que las obras se lleven a cabo en el patio, pues el número 5.º del artículo 149 no distingue, y el patio forma parte integrante de la cosa arrendada.* [Sentencia 20 noviembre 1956: No ha lugar.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El levantar un tabique que divide en dos el portal altera la configuración.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRESUNCIONES: *En la autorización de obras para instalar un negocio no pueden entenderse comprendidas las realizadas pasado el momento inicial de su instalación. Se infringe el 1.253 del Código civil cuando el hecho base es presunto.* [Sentencia 8 mayo 1957.]

Hace esta declaración el T. S. sin que en la Sentencia de instancia se entrara en si esa obra alteraba o no la configuración, pues se entendía que había consentimiento presunto del arrendador.

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *El variar la altura de la edificación trasera y de la cerca, modificando el tejado de aquélla, altera la configuración.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRUEBA: *El error en la apreciación de la prueba a que se refiere el número 4.º del artículo 173 de la LAU ha de acreditarse con la documental o pericial obrante en autos, sin que baste ni la declaración de testigos, ni los considerandos de la sentencia de primera instancia, ni el resultado del reconocimiento judicial.* [Sentencia 28 noviembre 1956: No ha lugar.]

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El alterar la distribución, abriendo huecos y corriendo tabiques, son hechos que modifican la configuración de la cosa arrendada* [Sentencia 20 marzo 1957: No ha lugar.]

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El informe pericial es ineficaz para contradecir el juicio de valor emitido por el juzgador de instancia respecto a si unas obras terminadas alteran o no la configuración.* (Vide en este ANUARIO, Sentencias de 30 y 31 de enero de 1957.)

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La autorización de la Dirección General de Seguridad no puede suplir el consentimiento del arrendador.* [Sentencia 9 febrero 1957: No ha lugar.]

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS INCONSENTIDAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: PRUEBA: *Del hecho de que viviendo el propietario en el mismo edificio donde las obras se realizaron y estando, por lo tanto, presente a su ejecución dejara transcurrir cierto tiempo sin oponerse a las mismas no puede derivarse la prestación de un consentimiento tácito.* [Sentencia 4 diciembre 1956: Ha lugar.]

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS QUE DEBILITAN LA RESISTENCIA DE LOS MATERIALES EMPLEADOS EN LA CONSTRUCCIÓN: PRUEBA: *El acta notarial sólo puede demostrar un hecho (la reducción de la base de la pilastra); pero no que tal reducción haya producido el efecto de debilitar su resistencia; lo que tampoco puede probarse por la certificación del arquitecto acompañada a la demanda, pues no reviste los caracteres de prueba pericial por no haberse practicado en el curso del proceso en la forma legal correspondiente.* [Sentencia 30 noviembre 1956: No ha lugar.]

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DAÑOS: INTENCIÓN DOLOSA: *Para que proceda la resolución de contrato es preciso que los daños sean causados, no por culpa, sino dolosamente, es decir, con la voluntad consciente de producir un acto contrario a derecho, pues así lo exige el 149. 5.º de la LAU. [Sentencia 15 diciembre 1956: No ha lugar.]*

48. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *El transformar la distribución particular del jardín, haciendo desaparecer los andenes que lo convertían en cuatro departamentos para convertirlo en uno solo, dedicado al cultivo de patatas, construyendo, además, dos pocilgas, una pila para lavar platos y otras obras de menor importancia, altera la configuración del local arrendado, sin que sea obstáculo que las obras se realizaran en el jardín, por ser éste parte integrante de la cosa arrendada. [Sentencia 22 mayo 1957: No ha lugar.]*

49. PRÉSTAMO: INTERPRETACIÓN: OBLIGACIÓN FACULTATIVA: *El recurrente desfigura el concepto doctrinal de obligación facultativa que tiene un solo objeto con facultad concedida al deudor de cumplir la obligación realizando una prestación elegida entre varias, mientras en el caso actual el objeto de la obligación permanece único e invariable aunque se añade, como complemento de la principal, una obligación accesoria de garantía hipotecaria y pago de intereses que debe prestarse a partir de la fecha de vencimiento de la obligación principal sin que quepa la sustitución.*

CASACIÓN POR INCONGRUENCIA: *No se señala como infringido, al articular la impugnación, el artículo 359 de la L. E. C. que es requisito formal exigido por la Jurisprudencia para la viabilidad del recurso. [Sentencia 23 enero 1957: No ha lugar.]*

50. PRÉSTAMO USUARIO DISIMULADO: *La sentencia recurrida califica el contrato base de este proceso de préstamo usurario y decreta su nulidad, ya que en la Ley de Usura se halla incluida toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero cualquiera que sea la forma que revista y la garantía que para su cumplimiento se haya exigido, aunque los intereses se encubran por medio de comisiones o descuentos en facturas de mercancías si son notoriamente superiores a los normales, y esta apreciación de la Sala no puede ser sustituida por la del recurrente suplantando el criterio del sentenciador al amparo de cláusulas aisladas del contrato y de una arbitraria desintegración de la prueba. [Sentencia 30 enero 1957: No ha lugar.]*

51. PRÉSTAMO USUARIO: OPERACIONES MERCANTILES: *En las operaciones mercantiles, al estar presididas por el ánimo de lucro, debe estimarse una mayor libertad en la contratación y aplicárseles las normas especiales de la Ley de represión de la usura sólo cuando circunstancias muy calificadas revelen su carácter usurario.*

PRÉSTAMO USUARIO: CONTRATO COMPLEJO DE PRÉSTAMO Y COMISIÓN: *Para apreciar la usura no basta tener en cuenta el importe del capital prestado y lo que se acuerda como retribución del prestamista, cuando lo que se com-*

certó fué un contrato complejo de carácter esencialmente mercantil —préstamo por una parte y comisión por otra— en que los contratantes pactaron libremente lo que a su juicio convenía, no como mero interés del dinero, sino teniendo en cuenta la colaboración y trabajo del prestamista y el riesgo de pérdida o recuperación del dinero prestado y sobre todo el gran lucro que proporcionan los negocios de transporte y sus riesgos.

PRÉSTAMO USURARIO: CONDICIÓN ANGUSTIOSA DEL PRESTATARIO: *No es suficiente para admitir la concurrencia de una situación angustiosa la necesidad de pagar los derechos de aduana de dos vehículos depositados en puerto franco, máxime teniendo en cuenta que tal situación le permitió sucesivos y considerables aplazamientos, con margen sobrado para gestionar el préstamo con entidades o particulares de solvencia económica y moral suficiente.*

PRÉSTAMO USURARIO: LIMITACIÓN DE FACULTADES MENTALES: *No puede hablarse de limitación de facultades mentales del prestatario por el solo hecho de que no domine el idioma español.*

PRÉSTAMO USURARIO: VALOR DEL CONTENIDO DEL CONVENIO Y DE SU EJECUCIÓN: *Es lo estipulado realmente y no su cumplimiento más o menos ajustado al pacto lo que puede ser objeto de impugnación por usura.*

PRÉSTAMO USURARIO: PRUEBA: *Lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908, que obliga a los Tribunales a resolver en cada caso formando su convicción en vista de las alegaciones de las partes, no puede entenderse en el sentido de que sea posible declarar usurario un préstamo fundándose exclusivamente en las meras referencias del prestatario, pues no cabe resolver el pleito sin un fundamento probatorio que permita declarar la realidad de la usura.*

PRÉSTAMO USURARIO: APRECIACIONES DE HECHO DEL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Es jurisprudencia reiterada que en los juicios regulados por la Ley de operaciones usurarias, las apreciaciones de hechos de los Tribunales de Instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que el artículo 2.º de dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador, incluso en este Tribunal, no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia que pueda resolver desentendiéndose de las apreciaciones, criterio y convicción del inferior, que deben de ser tenidos en cuenta y aceptados cuando no estén claramente en disconformidad con las resultancias procesales estimadas con arreglo al citado precepto, o sea, cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una pretendida equivocación del juzgador de instancia. [Sentencia 28 enero 1957: Desestimatoria.]*

La doctrina recogida en el penúltimo apartado coincide con la de las sentencias de 8 marzo 1924 y 3 abril 1951, y la recogida en el último había sido ya expuesta en las sentencias de 9 y 21 abril y 18 junio 1941, 29 mayo 1952 y 4 julio 1956 (R. G. H.).

. 52. ARRENDAMIENTO DE OBRA: INTERPRETACIÓN: *Para saber si el contrato celebrado entre las partes se efectuó por piezas o medida, o por precio alzado, hay que atender a las circunstancias del caso que se debate con sus*

características específicas y propias, como hace el Tribunal estimando la prueba en su conjunto.

INCONGRUENCIA: *Procede rechazar su alegación porque no se cita como infringido el artículo 359 de la L. E. C., que era preciso invocar taxativamente, y aunque en su momento fuera admitida el recurso en el oportuno trámite, ello no obsta a que sea ahora rechazado porque esta Sala tiene reiteradamente declarado que las causas de inadmisión constituyen motivos de desestimación. [Sentencia 25 marzo 1957: No ha lugar.]*

53. **MANDATO: RENDICIÓN DE CUENTAS: JUSTIFICACIÓN DE PARTIDAS:** *No habiendo conformidad de las partes sobre las cuentas y surgiendo cuestión sobre la realidad, cuantía y valor de las partidas integrantes de aquéllas, tiene el mandante obligación de justificarlas y sobre él recae el peso de la prueba determinado en el artículo 1.214 del Código civil. [Sentencia 22 enero 1957.]*

54. **CONTRATO DE CORRETAJE O DE MEDIACIÓN: CARÁCTER:** *En el llamado contrato de corretaje o mediación, una de las partes —el corredor— se compromete a indicar a la otra —la comitente— la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución llamada también comisión o premio, sin contratar el corredor en nombre propio ni en el del comitente.*

CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: CAUSA: *Aun cuando tiene analogías con los contratos de mandato y comisión mercantil y con los arrendamientos de obras y servicios, debe considerarse como un contrato atípico «facio ut des», principal, consensual y bilateral, que impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas y cuya causa es la propia prestación de los indicados servicios.*

CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO: *Al no tener normas especiales en la ley que lo regulen, se rige por las disposiciones de carácter general contenidas en los títulos 1.º y 2.º del libro IV del Código civil, aplicando los usos y costumbres propios de su naturaleza, como se previene en los artículos 1.258 y 1.287 del mismo Código.*

CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL CORREDOR: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.694 del Código civil y tratándose de una acción personal, no prescribe hasta los quince años. [Sentencia 28 febrero 1957.]*

55. **CONTRATO DE MEDIACIÓN: CONTRATO EN CONCURSO OFICIAL: MANDATO:** *Existiendo entre las partes un contrato de mediación mercantil en virtud del cual el actor, a cambio de un premio o comisión, prestaba sus servicios al demandado para proporcionarle nuevos clientes, no puede entenderse contenido en el mismo el contrato de suministro celebrado con una entidad oficial en virtud de concurso público, pues en él no era el mediador quien debía llevar al cliente, sino, al contrario, era la empresa la que tenía que ir directamente al cliente, revistiendo las gestiones que en punto al mencionado concurso pudiera el actor realizar, a lo sumo, naturaleza de mandato, pero nunca la de una auténtica mediación. [Sentencia 7 enero 1957.]*

56. **DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES: DIVISIÓN DE BIENES: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO:** *El que el contrato de disolución de una sociedad establezca la posibilidad de uso exclusivo por uno de los socios del remanente de los bienes sociales, permaneciendo a pesar de todo el estado de indivisión de los mismos entre los consocios, no implica necesariamente que se incurra en error en la interpretación de dicho contrato al estimar realizada la división por el hecho de emplearlos en la puesta en marcha de una nueva industria uno de los socios y retirarlos el otro del local social.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO A LOS EFECTOS DE CASACIÓN: ACTAS NOTARIALES: *Las actas notariales, según la jurisprudencia, no revisten por modo general el carácter de documentos auténticos a los efectos de casación. [Sentencia 20 diciembre 1957: Desestimatoria.]*

OBSERVACIONES: La doctrina de la Sentencia sobre existencia de la división de bienes —que la declara admitida por la simple concurrencia de la división de hecho unilateral por cada una de las partes, con oposición de una de ellas a que tales actos se estimaran como división, pues el contrato autorizaba dicho uso exclusivo— y sobre error en la interpretación del contrato —desconociendo o no dando valor a dicha cláusula que autorizaba el uso exclusivo permaneciendo la indivisión— es inexacta y en modo alguno puede constituir doctrina general.

En efecto, hay que negar que actos unilaterales, y más con oposición de uno de los condueños, sean suficientes para efectuar la división, por más que, como en el presente caso, el reparto se hiciera, de un modo prácticamente equitativo, y una de las partes empezase a usar de los bienes así previamente distribuidos, puesto que a ello le autorizaba el contrato en que se fijaban las bases para la división. Para que haya división se requiere acuerdo. La división de hecho, esto es, el uso exclusivo de parte de los bienes por uno de los comuneros, sólo puede tener pleno valor cuando sea índice inequívoco de una voluntad de dividir, nunca cuando se funde en otro título. De otro modo el uso exclusivo de uno de los copropietarios en virtud de acuerdo de los condueños implicaría, si era sobre porción análoga a su parte, sin más, la división de la comunidad.

Está claro, pues, que, para que exista división, se requiere acuerdo expreso o tácito, y que no siendo incompatible el uso individual y exclusivo de la totalidad o una parte de la cosa común (vide, en este mismo sentido, STS. de 8 noviembre 1956) con la permanencia de la indivisión, tal uso exclusivo no puede estimarse como acuerdo tácito de división si lo autoriza el contrato, al margen de ella. Empero, en el caso de autos —y esto fué seguramente lo que decidió al Tribunal— la división de hechos realizada, perfectamente con arreglo a justicia, no era objetivamente disconforme al recurrente quien, si se había opuesto, era para coaccionar al otro consocio, retrasando la división, a que le pagase determinadas deudas de existencia no claramente justificada, y que reclamadas en la reconvencción fueron denegadas. El Tribunal, teniendo en cuenta que éstas eran las verdaderas razones del pleite y que el estado de hecho obtenido era justo (esto pesa muchísimo, basta leer los considerandos), para evitar volver a llegar a una misma situación, pero después de un juego de indemnizaciones y de una pérdida de tiempo, opta por confirmar el estado de cosas. Quizá lo mejor hubiera sido casar la sentencia, pero dictar la nueva declarando hecha la división de conformidad con el actual estado de hecho, y sin que procedieran más indemnizaciones. Con ello se evitaba forzar la doctrina. (R. G. H.)

57. **COMPROMISO: INCUMPLIMIENTO DE LOS AMIGABLES COMPOREDORES:** *Cuando en la escritura se somete a la decisión de los amigos componedores*

la fijación del saldo resultante de las relaciones que existieron entre las partes comprometentes, los amigables componedores no cumplen su encargo ordenando que las partes procedan a la liquidación de la industria, adjudicándose el saldo a una de ellas, y declarando que no existirá entre las mismas más relación que el saldo que así resulte, puesto que eran ellos quienes tenían que hacer la fijación, de este saldo.

COMPROMISO: EXCESO DE PODER: No habiéndose autorizado a los amigables componedores el fijar normas para la liquidación, sino simplemente ordenándoseles hacer esta, no pueden someter la resolución de las divergencias que surjan en la liquidación —que encargan a las partes— a amigable composición, de los propios árbitros.

COMPROMISO: ÁMBITO DE COMPETENCIA: Es doctrina reiterada que las cláusulas en que se señale el ámbito de la amigable composición son de interpretación restrictiva. [Sentencia 21 marzo 1957: Estimatoria.]

OBSERVACIONES: Es de notar que aun habiéndose autorizado a los amigables componedores el fijar normas sobre la liquidación, nunca hubieran podido establecer una cláusula compromisoria, para resolver las diferencias que surgieran en la práctica de la liquidación que ordena hacer a las partes, sin una autorización expresa para ello (ya que el poder para comprometer ha de ser siempre expreso: cfr. artículos 1.713, apartado 3.º, 1.714 y 1.713 apartado 1.º del Código civil y ROBERT, Jean, *Traité de l'arbitrage Civil et commercial en Droit interne*, Paris 1955, pág. 25) y nunca, desde luego, hubieran podido nombrarse amigables componedores a sí mismos, puesto que sólo las partes pueden designar a los amigables componedores (art. 22 de la Ley de arbitraje de 22 diciembre 1953 y art. 791 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). (R. G. H.)

58. AMIGABLE COMPOSICIÓN: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO: Cuando en la escritura se consigna que el plazo para dictar sentencia es «prorrogable», se demuestra que no se ha querido establecer una prórroga automática, sino una posibilidad de prórroga, que para que tenga lugar es necesario hacerla efectiva por cualquiera de los medios que arbitra el artículo 803 de la Ley ritualaria civil, siendo en otro caso nulo el laudo dictado durante el tiempo que hubiera sido hábil por la prórroga. [Sentencia 25 marzo 1957: Estimatoria.]

OBSERVACIONES: Admitiendo el segundo motivo —laudo dictado fuera de plazo— deja el Tribunal de entrar en una interesante cuestión planteada en el primer motivo del recurso. A saber, si, habiéndose consignado en el compromiso que la amigable composición se establecía para resolver las diferencias entre ellos surgidas en cuanto al cumplimiento del aludido contrato privado, había base para decretar la resolución del mismo (entendiendo que la resolución no era más que una consecuencia del incumplimiento y, por tanto, materia comprendida dentro de dicha cláusula) como hacían los árbitros en el laudo, o ello implicaba un exceso de poder (pues sólo se les habían sometido las cuestiones sobre el «cumplimiento» no sobre la resolución del contrato, cuestión que permanecería fuera de competencia igual que, v. gr., la cuestión sobre la validez del contrato). También se planteaba en dicho motivo primero si, al haber establecido como única cláusula delimitadora del objeto de compromiso el que habían de resolverse las diferencias surgidas entre las partes «en cuanto al cumplimiento de un contrato» se incurría en nulidad por indeterminación del ob-

jeto (ya que no se designaban los puntos concretos controvertidos con expresión de sus circunstancias) o es suficiente dicha determinación. Sin entrar a fondo en la resolución de ninguna de dichas cuestiones, en nuestra opinión dentro de la sumisión a los árbitros para resolver sobre el cumplimiento hay que entender normalmente, salvo pacto en contrario, la resolución del contrato por incumplimiento (puesto que, v. gr., en los contratos bilaterales es el problema más frecuente y grave del cumplimiento); asimismo, creemos que la determinación de la controversia por el contrato en que se creó la relación jurídica que se discute, señalando que se someten todas las cuestiones relativas al cumplimiento, es suficiente y no se puede decir que haya indeterminación del objeto.

Diremos, por último, que la nueva Ley de 22 de diciembre de 1953 nada prevé sobre los medios de hacer la prórroga, a diferencia de los preceptos derogados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que se estará a las normas generales. (R. G. H.)

59. CLÁUSULA COMPROMISORIA: ÁMBITO QUE ABARCA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: NUEVOS CONTRATOS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO QUE CONTIENE LA CLÁUSULA: *Para que prospere la excepción de incompetencia de jurisdicción en virtud de cláusula compromisoria es necesario probar que la cuestión planteada versa sobre un negocio jurídico derivado o que está en estrecha conexión con el negocio donde consta dicha cláusula compromisoria, no procediendo si la cuestión versa sobre un contrato nuevo e independiente de dicho negocio originario que contenía la cláusula compromisoria.* [Sentencia 19 febrero 1957: Desestimatoria.]

60. GESTIÓN DE NEGOCIOS: TERCEROS CONTRATANTES CON EL GESTOR: *El artículo 1.893 del Código civil no puede servir de fundamento para que los terceros que contrataron con el gestor puedan exigir del dueño del negocio responsabilidad alguna.*

CHEQUE: PAGO INDEBIDO: RESPONSABILIDAD: *El Banco que, mediante un cheque suscrito por quien no era titular de la cuenta corriente, ni presentaba autorización o apoderamiento de quien efectivamente lo era, consintió la extracción de los fondos, es responsable del pago indebido.* [Sentencia 9 febrero 1957.]

61. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS: *La estimación de la culpa o negligencia en el caso del artículo 1.902 del Código civil es de la competencia del Tribunal de instancia comprendiéndose genéricamente en dicha frase tanto los Juzgados como las Salas de las Audiencias, y nunca facultad exclusiva del Juez de 1.ª Instancia como cree por error el recurrente.*

SENTENCIA CRIMINAL ABSOLUTORIA: *Por sí sola no imposibilita el ejercicio de la acción civil, pues, salvo el caso de inexistencia del hecho de que dimana la responsabilidad (art. 117 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), el perjudicado puede siempre ejercitar su reclamación ante la Jurisdicción y por la vía civil que sea procedente.*

ACTOS PROPIOS: *Alega esta cuestión el recurrente al considerar que, habiendo sido consentida por el actor y recurrido una sentencia dictada en procedimiento anterior que versó sobre la misma reclamación y por la*

cual el Juzgado se declaró incompetente por estimar que la responsabilidad nacia de un contrato de transporte, no puede ahora renovar su petición basado en el artículo 1.902 del Código civil, pero en realidad el acatamiento de aquella sentencia solamente supone aceptar la incompetencia, pero nunca el fondo de la cuestión en el cual no entró ni pudo entrar aquel fallo.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: Personado el demandado en el periodo de prueba y, por tanto, no planteada a su debido tiempo esta cuestión que no pudo discutirse, hay que rechazarla forzosamente. [Sentencia 8 febrero 1957: No ha lugar.]

62. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS CAUSADOS AL CÓNYUGE DE TENCIA DE CULPA:** En ningún supuesto puede reputarse objetivamente lícita la de buena fe tiene derecho a que le sean indemnizados los daños derivados de la nulidad del matrimonio por la persona causante del vicio de nulidad.

DAÑOS CAUSADOS POR LA NULIDAD DEL MATRIMONIO: MIEDO REVERENCIAL: EXISTENCIA DE CULPA: En ningún supuesto puede reputarse objetivamente lícita la conducta de la madre que forzó la voluntad del hijo empleando todas las formas de coacción para obligarle a contraer matrimonio.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: RELACIÓN DE CAUSALIDAD: Para establecer la relación de causalidad, más que de tesis abstractas, hay que partir de la singularidad de cada caso y del juego combinado de cuantos factores pueden ligar la ilicitud de la conducción con el resultado producido.

DAÑOS CAUSADOS POR NULIDAD DE MATRIMONIO: REALIDAD DEL DAÑO: Lo son el ver rotos los lazos matrimoniales en sazón y circunstancias que normalmente no permiten rehacer la vida: verse privado del auxilio que antes era facilitado e incluso haber sufrido los comentarios equívocos sobre ciertas causas de disenso matrimonial.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑO MORAL: En esta materia, el Tribunal se ha pronunciado abiertamente, en una aleccionadora jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, que, con apoyo de la ley vigésimoprimerá, título noveno, Partida séptima, abrió paso a una rectificación de la antigua doctrina. [Sentencia 21 enero 1957.]

63. **RESPONSABILIDAD POR RUINA DE EDIFICIO: CONTRATISTA DE OBRAS:** El contratista es responsable de los vicios de construcción, pero no de la ruina debida a vicios del suelo o de la dirección, que deben imputarse al arquitecto, como sucede en el caso de autos según los hechos declarados por el Tribunal «a quo».

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS DEL FALLO: No es de estimar este motivo de impugnación porque la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo entre sí, no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo. [Sentencia 16 febrero 1957: No ha lugar.]

64. **DAÑOS: LESIÓN FÍSICA: RESPONSABLE:** En el caso de uso conjunto de un local almacén por el cedente y el cesionario del mismo, almacenando los empleados de primero, siguiendo sus instrucciones, en forma deficiente las mer-

cancias cuya caída causó la lesión objeto del pleito, el cedente es responsable de la lesión aunque las mercancías fueren del cesionario. [Sentencia 4 marzo 1957: Desestimatoria.]

65. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES: Basta que un animal cause perjuicios para que nazca la responsabilidad objetiva de su poseedor. [Sentencia 3 abril 1957: No ha lugar.]

66. INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE: RESPONSABLE DIRECTO Y RESPONSABLE SUBSIDIARIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: El artículo 1.903 del Código civil establece una responsabilidad directa entre el dueño o director del establecimiento o empresa, a que pertenecía el causante material del daño, y el perjudicado, sin que sea por ello preciso demandar a ambos conjuntamente, pues no se trata de un supuesto de litisconsorcio necesario.

INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE: CULPA: PRUEBA DE PRESUNCIONES: La atribución a unos determinados hechos del carácter de culposos no es una deducción lógica que pueda impugnarse como resultado de una prueba de presunciones, sino una calificación jurídica que, por lo mismo, escapa al cauce indicado.

INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE: EXISTENCIA DEL DAÑO: VALORACIÓN: La realidad del daño producido a una huérfana por el acto culposo de un tercero que mata a su madre viuda y la deja desvalida, es incuestionable, siendo facultad de la Sala su libre determinación sobre la base de tal realidad. [Sentencia 9 marzo 1957.]

IV. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO: NULIDAD DE MATRIMONIO: MIEDO REVERENCIAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. [Sentencia 21 enero 1957 (III, 62).]

2. LITISEXPENSAS DE LA MUJER CASADA: La doctrina jurisprudencial, llenando una laguna legal en esta materia, viene estableciendo respecto del marido, no pobre, la obligación de abonar a la esposa litisexpensas cuando con él hubiere ésta de litigar, si careciere de bienes propios para sufragar los aludidos gastos. [Sentencia 16 febrero 1957: No ha lugar.]

OBSERVACIONES: 1. La doctrina del Tribunal Supremo que acaba de reseñarse constituye doctrina legal desde antiguo. Véase la Sentencia de 8 de marzo de 1949 (ANUARIO, II-II (1949), pág. 817), y la jurisprudencia allí citada.

2. Es de notar que en la presente sentencia se planteó por el recurrente la interesante cuestión del abuso procesal de la mujer casada. ¿Deberá el marido abonar litisexpensas por aquellas actuaciones procesales de la mujer que sean manifiestamente inútiles o carentes de base jurídica? El Tribunal Supremo se ha negado en esta sentencia a enunciar expresamente una regla de solución del problema, pero ha de advertirse que con mucho detenimiento, y sin prejuzgar las cuestiones de fondo planteadas, ha analizado si en el caso de autos eran o no procedentes en Derecho los actos procesales discutidos de la mujer, concluyendo en favor de la oportunidad de los mismos. Parece, pues, que el Tribunal Supremo no excluye la

posibilidad de eximir al marido del pago de litisexpensas a su mujer cuando ésta pleitee con manifiesto dolo o impericia. En este sentido, la jurisprudencia anterior (véase la sentencia citada en el número 1 de esta nota), ha declarado que los Tribunales habrán de apreciar la necesidad, naturales, y extensión de las litisexpensas de la mujer, para autorizarlas y graduarlas. (J. P. G.)

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD Y CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: DIFERENCIA. [Sentencia 8 marzo 1957. (D. c., III, 24).]

•2. SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE VOTO: *Establecido en los Estatutos (vigentes desde la constitución de la Sociedad en 1915 y adoptados a la nueva Ley) que los «acuerdos de las Juntas generales se adoptarán por la mayoría de los votos correspondientes a los accionistas presentes o representados que sean poseedores de acción o acciones, computándose un voto por cada accionista», al computarse en esa forma los votos de los accionistas en la Junta general ordinaria de 30 de mayo de 1954, se estuvieron a lo establecido legalmente en sus Estatutos sin infringir disposición legal alguna* [Sentencia 1 febrero 1957: No ha lugar.]

3. LETRA DE CAMBIO: ACCIÓN EJECUTIVA Y ACCIÓN ORDINARIA: *La negativa del librador a reconocer su firma y admitir la certeza de la deuda en las diligencias preliminares produce la pérdida del valor ejecutivo de la letra, pero no impide que su importe pueda ser reclamado en juicio ordinario.*

LETRA DE CAMBIO: NOVACIÓN, COMPENSACIÓN Y CONFUSIÓN DE DERECHOS: *No concurre ninguna de estas figuras cuando el aceptante lo que hizo no fué transmitir el negocio al tenedor de la letra, sino conferir un simple poder de administración.* [Sentencia 13 febrero 1957.]

4. CHEQUE: PAGO INDEBIDO. [Sentencia 9 febrero 1957 (D. c., III, 60).]

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: VICIOS DE LAS MERCANCÍAS ENTREGADAS: FRAUDE: *La existencia o inexistencia de fraude, como causa del defecto de las mercancías entregadas, es cuestión de hecho de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora y, no siendo acreditado, procede aplicar el plazo de caducidad de la acción a que se refiere el artículo 336 el Código civil.* [Sentencia 11 marzo 1957.]

6. CONTRATO DE TRANSPORTE: CONSUMACIÓN DEL CONTRATO: RECLAMACIONES POSTERIORES: *Conforme el artículo 353 del Código civil, cumplido el contrato y devuelta la carta de porte, quedan canceladas las obligaciones y acciones derivadas del contrato, salvo las que las partes se hubieren reservado por escrito y las relativas a averías o daños descubiertos, realizadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo, según los términos del artículo 366, siendo por ello improcedente la reclamación del porteador que impugna «a posteriori» la declaración del valor de la mercancía remitida,*

después de consumado el contrato, sin haberse reservado el derecho a formular dicha reclamación. [Sentencia 24 enero 1957.]

7. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: No debe ofrecer duda que la cuenta en participación, como asociación de capital y trabajo para una empresa netamente mercantil, es una sociedad, por imperfecta o irregular que resulte, muy semejante a la comanditaria tácita en su vida «ad intra», siquiera se diferencie de la sociedad perfecta, en su manifestación «ad extra» por su carencia de personalidad jurídica propia y de patrimonio independiente.

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: PACTO DE CONTINUACIÓN CON LOS HEREDEROS: Condicionada la continuación del negocio, en el supuesto de muerte del gestor, al hecho de que sus herederos expresasen su voluntad de situarse en el puesto de su causante, no hay posibilidad legal de declarar la supervivencia del contrato, cuando los herederos omiten aquella declaración, pues el silencio en este respecto no es determinante de la continuación.

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN CONTRA EL GESTOR: Considerada la cuenta como sociedad mercantil, cabe la posibilidad, al menos analógica, de aplicar el artículo 949 del Código civil, con exclusión de la legislación común, máxime si no se pierde de vista la mayor valoración e influencia que el legislador ha querido imprimir al factor tiempo en el tráfico comercial. [Sentencia 5 febrero 1957.]

8. CONTRATO DE SEGURO: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS OSCURAS. [Sentencia 12 marzo 1957 (D. c., III, 6).]

9. QUIEBRA: NATURALEZA JURÍDICA: El juicio de quiebra está presidido por dos notas que le tipifican; la de universalidad, al afectar al derecho de todos los acreedores del quebrado, por tener un interés común en la masa de bienes del deudor, y la de nulidad, que impide que invididualmente puedan esos acreedores perseguir tales bienes colocándose en situación distinta de la que legalmente les corresponde.

QUIEBRA: ACREEDORES POR SENTENCIA FIRME: El que ha obtenido una sentencia firme a su favor debe acudir al juicio de quiebra con testimonio de la misma, no para el reconocimiento de su crédito, que ya lo está, sino para su graduación y pago en el lugar que le corresponda.

QUIEBRA: COMPETENCIA: Si bien es cierto que el artículo 76 de la L. E. C. prefiere que no podrán promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto o sentencia firme, este precepto carece de aplicación cuando se trata no del conocimiento del asunto, sino de la ejecución de la Sentencia ya dictada.

QUIEBRA: COMPETENCIA: El Juez de la quiebra puede requerir de inhibición al otro Juez que conoció del asunto, pues se trata de un verdadero conflicto jurisdiccional, donde es preciso determinar a quién compete ordenar y practicar la venta de los bienes embargados. [Sentencia 27 febrero 1957.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. CUESTIÓN DE COMPETENCIA EN VIRTUD DE INHIBITORIA: OPCION DE COMPRA: *Originada la presente cuestion en litigio sobre cumplimiento de una cláusula de opción de compraventa de finca rústica inserta en el contrato de arrendamiento de la misma, no puede considerarse a estos efectos dicha cláusula de opción desligada del contrato de que forma parte, y en consecuencia debe estimarse competente el Juzgado del lugar donde comenzó a cumplirse el contrato o alguna de sus obligaciones, porque es el que debe conocer de los litigios sobre el cumplimiento de las demás cláusulas del mismo, solución que se refuerza si se considera que la acción ejercitada es mixta por virtud de la discutida naturaleza de la opción como «ius ad rem», porque sería competente el Juez del territorio en que radica el inmueble.*

RENUNCIA DEL FUERO PROPIO: *No cabe estimar la renunciar por el hecho de ofrecerse a otorgar la escritura en cualquier lugar a comodidad de los demandados, puesto que la renuncia ha de ser clara y terminante y designando con toda precisión el Juez a que se somete el renunciante.* [Sentencia 16 enero 1957.]

2. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: ACUMULACIÓN DE AUTOS: QUIEBRA Y JUICIO EJECUTIVO: *Procede acumular al juicio universal de quiebra el ejecutivo pendiente en otro Juzgado por no haberse hecho completo pago al acreedor ejecutante, a tenor de lo dispuesto en los artículos 161, causa 3.ª y 167 y demás relacionados de la L. E. C., aunque el juzgado que ahora pide la acumulación hubiese dictado con anterioridad auto declarando su improcedencia, porque ello fué debido a un defecto de procedimiento consistente en la falta de firmeza de la declaración de quiebra, ya que no hay precepto legal que impida se declare la acumulación, cuando proceda, por el solo hecho de que anteriormente se dictase auto manifestando que no era procedente.* [Sentencia 20 junio 1956.]

3. EXCEPCIONES DILATORIAS: VÍA GUBERNATIVA: LEY ESPECIAL DE 9 DE FEBRERO DE 1939: *El párrafo último del artículo 64 de la Ley de 9 de febrero de 1939, en todos los casos en que ésta sea aplicable, deroga la norma procesal general de la previa reclamación en vía gubernativa en las demandas que se dirijan contra el Estado.* [Sentencia 18 febrero 1957: No ha lugar.]

4. PERÍODO EXTRAORDINARIO DE PRUEBA: *Uno de los requisitos esenciales para que pueda otorgarse el término extraordinario de prueba es, que en el caso de ser documental la que se quiere practicar, sean conducentes al pleito los testimonios que se piden, es decir, que guarden indiscutible relación con los hechos en que se fundan las peticiones formuladas en el juicio por los litigantes.* [Sentencia 27 abril 1957: No ha lugar.]

INCONGRUENCIA: *No se da incongruencia porque se considere también la tesis de la contestación de tratarse, no de cesión, sino de subarriendo, porque la congruencia exigida en el artículo 359 de la L. E. C. es la de la sentencia, no sólo con las demandas, sino también con las demás pretensiones*

deducidas oportunamente en el pleito, como lo son las contenidas en la contestación. [Sentencia 22 diciembre 1956: No ha lugar.]

6. POBREZA: SIGNOS EXTERIORES DE RIQUEZA: APRECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *Los signos exteriores de riqueza son de apreciación discrecional del Tribunal «a quon», según reiterada jurisprudencia.*

Puede intentarse enervar en casación la realidad de los hechos en que descansa la apreciación de la Sala sentenciadora, pero no la valoración que ésta les otorga como constitutivos de signos de riqueza. [Sentencia 23 febrero 1957: No ha lugar.]

7. BENEFICIO DE POBREZA: OCULTACIÓN DE BIENES: *La ocultación de bienes en que incurre el solicitante de la concesión del beneficio legal de pobreza no es obstáculo para concederlo, cuando la cuantía de los bienes ocultados no influya en su situación económica, pero en este caso debe el demandante probar la importancia de estos bienes, sin que ésta prueba pueda ser atribuida al demandado.* [Sentencia 17 enero 1957.]

III. Recursos.

1. CASACIÓN: INCIDENTES (POBREZA) DERIVADOS DE JUICIOS EN LOS QUE NO SE DA CASACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PRINCIPAL: *Interpretando con una extensión lógica el alcance de la norma contenida en el artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es jurisprudencia reiterada que no ostentan la calidad de definitivas a efectos de casación las sentencias dictadas en incidentes, aun de aquellos que normalmente se resuelven por sentencia recurrible en casación, que deriven de juicios o procedimientos, como el del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en que contra la sentencia pronunciada en la cuestión principal no se admite recurso de casación.*

CASACIÓN: CAUSAS DE INADMISIÓN Y DE DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: *Es doctrina reiterada que la admisión del recurso que no era en realidad admisible, no constituye óbice para que al resolver en definitiva sea estimada dicha causa de inadmisión como desestimatoria del recurso.* [Sentencia 9 marzo 1957: Desestimatoria.]

OBSERVACIONES: Rechazándose el recurso por este motivo de carácter formal, el Tribunal no pasó a tratar de los problemas de fondo planteados, uno de los cuales era de verdadero interés. A saber, si la denegación de la pobreza por concurrir signos exteriores de riqueza, discrecional para el Juez, puede éste hacerla sin más, en uso de dicho poder discrecional, o es necesario que fije por lo menos expresamente cuáles son los signos que dentro de su libre apreciación ha estimado ser contrarios a la pobreza. (R. G. H.)

2. QUEBRANTAMIENTO DE LA FORMA: *Para que pueda prosperar el recurso fundado en quebrantamiento de forma, por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes, es indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se comitió* (1.696

Ley de Enjuiciamiento civil) y que la falta haya podido producir indefensión: (1.693, 5.º L. E. C.). [Sentencia 28 enero 1957: No ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS PELIGROSAS: FORMULACIÓN DEL RECURSO: *El manifiesto error en la apreciación de la prueba ha de acreditarse con la documental o pericial que obre en autos, y no con declaraciones de testigos como se pretende.* [Sentencia 4 marzo 1957: No ha lugar.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Sobre la recepción en España del recurso de casación francés.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte II.*

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R.: *Naturaleza jurídica de la dación en pago.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco: *“El recurso de suplicación en la Ley de Arrendamientos Urbanos”.*

3. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas.*

4. VIDA JURÍDICA

5. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

6. DECRETOS DE COMPETENCIA

7. BIBLIOGRAFÍA

8. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

9. JURISPRUDENCIA.

SERVAN MUR, Víctor: *Los interdictos de retener y recobrar la posesión. Competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las acciones interdictales y ámbito de la tutela interdictal.*