

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO X
FASCICULO IV



OCTBRE-DICBRE.
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.—Réguez, San Pedro, 32, Madrid.

La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del Supremo

NICOLAS PEREZ SERRANO
Catedrático

SUMARIO: 1) Tesis.—2) Humilde confesión.—3) Postulados orientadores.—4) Breve síntesis de fallos recaídos.—5) El supuesto de hecho.—6) Las sentencias de instancia.—7) La Sentencia del Supremo: a), indicación preliminar; b), el Considerando 1.º; c), el Considerando 2.º; ch), el Considerando 3.º; d), el Considerando 4.º; e), el Considerando 6.º—8) Consecuencias que pueden temerse.—9) La unificación de interpretaciones legales.

1) Tesis.

1. La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo en materia de propiedad horizontal ha sido siempre algo fluctuante, y acaso no muy favorable para el desarrollo de esa institución.

2. Ultimamente (Sentencia 26 noviembre 1956) se advierte un criterio sumamente peligroso, tan peligroso que, de prosperar, retraería a todos de adquirir un piso, pues las injerencias abusivas de los demás «condueños» (?) harían desaparecer el carácter de auténtica propiedad privativa.

3. Por ello conviene, lealmente, con toda devoción y respeto, pero con claridad absoluta, poner de relieve el error de la construcción jurídica así iniciada, e impedir en lo posible que el grave daño se consume mediante la formación de una verdadera «doctrina legal» en tal sentido.

4. El examen objetivo y la discusión serena de los fallos dictados por el Tribunal Supremo representa, por lo demás, función inexcusable, que los juristas españoles venimos descuidando, y que, sin embargo, resulta mucho más útil que el empalagoso elogio insincero a que estamos habituados con daño para todos.

2) Humilde confesión.

Bien sabemos que contra un fallo del Tribunal Supremo no cabe recurso alguno. Tampoco ignoramos que resulta *falto de elegantia iuris* cualquier intento malhumorado de combatir una

sentencia que nos fué adversa. Pero, una vez consignados de antemano esos escrúpulos, séanos permitido razonar el fundamento de nuestra actitud. Que tiene en su abono un hecho notorio: el de haber rehuído casi siempre estas discusiones *a posteriori*, en las que normalmente hay mucha pasión y escasa doctrina. Aun habiendo sufrido no pocos reveses en la vida forense, tan sólo en una ocasión hubimos de reaccionar contra el fallo recaído (1). No se trata, pues, de ofuscación irritada, sino de noble convencimiento; y es más, pudiera alegarse que en estos casos existe, no sólo el derecho, sino la obligación, de airear el caso, para evitar los males que pudieran derivarse de un silencio resignado y conformista (más cómodo y prudente, desde luego), y para intentar remedio al daño causado; o al menos impedir su reiteración. Porque aun contra las sentencias de los Tribunales Supremos cabe una semi-apelación, ya que el pronunciamiento definitivo corresponde a la colectividad, y especialmente a los hombres de Derecho, que imparcialmente juzgan sobre la justicia intrínseca de la decisión y respecto a la solidez jurídica de la construcción expuesta por la Sala respectiva.

Sostuvo el malogrado Becuña (2) que en la Roma antigua y en la Francia contemporánea realizaron espléndida obra de progreso jurídico el *prudens*, por una parte, y el *arrétiste* por otra, ya que discurrían sobre el caso sin prejuicios y con autoridad personal, y estimulaban así el avance, o censuraban correctamente los desaciertos. Pues bien, «en interés de la Ley», y para que los doctos enjuicien con esas dotes obligadas, se formulan estas reflexiones. Que, además, van animadas de un ulterior propósito, a saber, impedir que se repita la resolución y que llegue así a formarse lo que llamamos «doctrina legal», pues honradamente estimamos que sería muy perturbadora para la institución de que se trata.

3) *Postulados orientadores.*

A los efectos útiles, y sin propósito de investigación que estaría fuera de lugar, interesa partir de los supuestos siguientes, que nos parecen notorios en nuestro Derecho:

1.º La propiedad horizontal constituye fenómeno moderno, aunque tenga remotos precedentes, y representa uno de los medios, que jurídicamente pueden emplearse para paliar, ya que no resolver, el problema pavoroso del alojamiento en los núcleos urbanos.

2.º Conviene, pues, fomentarla como solución satisfactoria.

(1) *Vide* en este ANUARIO, julio-septiembre, 1948, pág. 849 ss. mi trabajo *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos.*

(2) *Magistratura y Justicia.* Victoriano Suárez. Madrid, 1928. *passim.*

suprimiendo todo lo que pueda significar obstáculo para su nacimiento o dificultad para su ejercicio.

3.º La fórmula viable a tal efecto radica en subrayar al máximo el concepto y valor de lo privativo, y en reducir al mínimo los factores de tipo comunidad, pues de lo contrario nadie se sentirá tentado a entrar en un régimen donde todos van a mandar en su cosa.

4.º La reforma llevada a cabo en 26 de octubre de 1939, que otorga la primacía a los elementos privativos individualizantes, se frustrará por completo si los Tribunales continúan estimando que el centro de gravedad de institución tan compleja sigue estando en los elementos comunes (fracción residual que así, anómalamente, vuelve a subir a primer plano).

5.º Urge una fijación de criterio jurisprudencial definitivo, pues hasta ahora no hemos pasado de un cierto movimiento pendular en la materia.

4) Breve síntesis de fallos recaídos.

La jurisprudencia sobre propiedad horizontal no es abundante, pero sí contradictoria. Se explica lo primero, según Batlle (3), cuya especialización desde antaño le da gran autoridad siempre, «porque los propietarios de pisos son corrientemente personas ordenadas, con capitales reducidos, fruto del ahorro, y poco amigos del litigio e inclinados por esto a la transacción...». Se comprenderá lo segundo en cuanto hagamos un resumen de los principales fallos dictados y subrayemos cómo sigue el Tribunal Supremo fluctuando entre «lo privativo» y «lo común», sin pronunciarse en definitiva y resueltamente por una u otra solución.

Toda una primera etapa (antes de la reforma de 1939, naturalmente) se inclinó decididamente en el sentido de otorgar primacía a la Comunidad, agravándose así, según el mismo Batlle (4) la insuficiencia originaria del art. 396 con «interpretaciones jurisprudenciales no muy felices». En efecto, viendo en la propiedad horizontal una forma del *condominium iuris romani*, el Tribunal Supremo vino admitiendo en esos supuestos el retracto de comuneros con arreglo al artículo 1.522 del Código; en tal dirección se manifiestan, *ad ex.*, los fallos de 17 de abril de 1896 y 8 de enero de 1912. Y lo que es más: aceptó, asimismo, la aplicación de la *actio pro communi dividundo* en las sentencias de 18 de marzo de 1897 y 9 de noviembre de 1931 (con cierto remortimiento en esta última). Con razón apunta el citado Batlle (5) que la tendencia era francamente equivocada y que resultaba funesta en sus consecuencias.

(3) *La propiedad de casas por pisos*. 3.ª ed., Alcoy, 1956, pág. 25.

(4) *Ob. cit.*, pág. 37.

(5) *Ob. cit.*, págs. 57 y 59.

Pero es que después de llevada a cabo la reforma de 1939, y cuando parecía que ya se apuntaba un nuevo rumbo, los titubeos no desaparecen, e incluso la última sentencia importante dictada (la que motiva estos comentarios) abre insospechadamente una vía nueva y que reputamos altamente perturbadora. Por lo pronto, ya con fecha 6 de abril de 1946, vuelve a hablarse de que a las dos formas de condominio reguladas en el Código (arts. 392 y 396) es aplicable el derecho de retracto establecido en el artículo 1.522, y se añade que la modificación introducida por la Ley de 1939 «no sólo no obliga a la rectificación de tal doctrina, sino que ofrece nuevos argumentos para mantenerla», pues el derecho de tanteo ahora otorgado «viene a reconocer en cierta medida el carácter de comuneros que (los condueños) ostentan...».

En sentido diametralmente opuesto, la notable Sentencia de 9 de julio de 1951, justamente elogiada por el Profesor Bonet (6), se preocupa de buscar en la institución «los caracteres preponderantes o más importantes o esenciales», y los encuentra en la propiedad privativa de los pisos, siendo cosa accesoria lo relativo a elementos comunes que por constituir simple medio para el fin esencial de que las viviendas se disfruten, «no pueden privar a la propiedad de éstas, de su carácter de singular, individual y divisible»; por ello, los titulares actúan como dueños singulares, y no como condóminos, pueden ejercitar por sí (y no en nombre de la comunidad) acciones referentes a la cosa común, y si bien tienen ciertas limitaciones no nacen ellas de un estado de comunidad, sino «del respeto al derecho propio de todo vecino impuesto por la convivencia»...

En torno al tema de qué retracto es preferente, si el de arrendatario o el de condueño, ha habido diversos fallos que, al preferir el derecho de aquél, han sentado opinión contraria a la idea de comunidad. Así, verbigracia, las siguientes sentencias: a), la de 7 de julio de 1955, donde se sostiene que sobre la casa entera no hay comunidad, pues la hay sólo en cuanto a ciertos elementos anejos y accesorios, por lo que el dueño de un piso no tiene el carácter de comunero ni derecho al retracto del artículo 1.522; b), la de 12 de marzo de 1956, en la que se afirma que a partir de la reforma de 1939 pierde el carácter de condominio la propiedad de casas por pisos, y se reconoce a los dueños de éstos un derecho singular y exclusivo de propiedad; c), la dictada en 14 del mismo mes y año, que tiene análogo sentido, aunque allí el «condueño» era tan sólo nudo propietario; d), la proferida en 23 de abril de 1956, ciertamente espléndida y finísima de razonamiento, donde se demuestra que el tanteo otorgado por la Ley de 1939 no se basa en el condominio, «que no reconoce la Ley, sino en una concesión nueva, por primera vez instaurada, y con notas especiales» (que enumera a continuación), y d), la de 27 de octu-

bre de 1956, que, asimismo, restringe al *mínimum* el ámbito de la comunidad y niega el carácter de condueño al que no lo fuera del piso discutido.

Pero..., coronando toda esta obra, paciente y acertadamente construida, viene la sentencia de 26 de noviembre de 1956, y la comunidad revive esplendorosa, los propietarios de pisos quedan mediatizados por unos *intra ad rem* de los demás titulares, y el derecho de tanteo cobra rango de síntoma definidor, con grave quebranto de la institución y con nueva desorientación para los que intentar captar la esencia de su contenido. Ahora se comprenderá nuestra afirmación de que la jurisprudencia era contradictoria.

5) El supuesto de hecho.

El supuesto de hecho es el siguiente: una empresa constructora edifica una casa para ser vendida por pisos; un médico (el doctor X), que es padre de familia numerosa, adquiere de dicha entidad las dos plantas bajas, derecha e izquierda; en la escritura pública que se otorga (17 mayo 1945) hace constar que compra esos pisos para vivienda y para *despacho-consulta* de Radiología; se instala y atiende como médico a diversos propietarios de otros pisos y a sus deudos, pero desde un principio y por su comodidad, pone interiormente en comunicación las dos plantas, para no tener que salir por el portal a esos efectos; surgen después discrepancias con otros dueños de pisos a causa de una alfombra para la escalera (que él no ha de utilizar), y con motivo de las derramas de calefacción, en que le computan (como luego se prueba) mayor número de elementos que los que realmente tiene; surge la inevitable tensión, y aun cuando los «condueños» han transigido con que en uno de los pisos haya oficinas, y no vivienda, y han permitido que otro titular de dos pisos ampute uno para ensanchar otro, quedándose con éste, y vendiendo aquél, no perdonan al doctor X la transgresión que ha cometido, y en su virtud lo demandan en 16 de julio de 1949, amparándose en el artículo 4.º de los Estatutos (protocolizados en 25 de mayo de 1945, pero que el comprador dijo conocer) y que reputan infringido. Dicho artículo reza así: «Los pisos habrán de dedicarse exclusivamente a vivienda del condueño y de sus familiares, donde tan sólo podrá ejercerse la profesión de los mismos, prohibiéndose absoluta y terminantemente cualquier otra actividad cultural, benéfica, industrial, comercial o mercantil de cualquier clase que fuere...» (7).

(7) Conviene completar información transcribiendo otros preceptos de los Estatutos que son dignos de tenerse en cuenta. Así, por ejemplo, el artículo 2.º con arreglo al cual al propietario de cada habitación le corresponde la propiedad exclusiva de las obras interiores de las habitaciones..., las puertas, ventanas, tabiques, etc. Así también el 3.º, a cuyo tenor todo propietario podrá

La acusación consiste en sostener que el doctor X dedica la planta baja derecha exclusivamente a clínica-consulta, y la planta izquierda a vivienda. La súplica de la demanda solicita esta declaración: «que el doctor X tenía prohibido instalar en ninguno de dichos pisos una consulta y mucho menos una clínica, así como dedicar exclusiva o principalmente al ejercicio de su profesión cualquiera de dichos pisos; por ello, y al haber infringido tales prohibiciones, estaba obligado a poner término inmediatamente a la situación de hecho por él creada y que era contraria a los Estatutos y a los acuerdos sociales.»

Pero las vacilaciones de la parte actora quedan de relieve transcribiendo los términos de la conciliación y de la réplica.

En aquélla se solicita que el demandado se avenga a reconocer que no puede destinar ninguno de los pisos de su propiedad... al ejercicio exclusivo de su profesión, y que, como tiene dedicada la casi totalidad del bajo derecha, salvo alguna que otra habitación de servicio, a Clínica profesional suya, y puesto que allí no vive él ni ninguno de sus familiares..., debe poner término a dicha situación de hecho.

La réplica postula estas declaraciones: que tiene prohibido instalar exclusivamente en ninguno de los dos pisos su Consulta o Despacho-consulta... y que la situación de hecho creada es contraria al artículo 4.º de los Estatutos de la Comunidad y a los acuerdos de la Junta de propietarios...

En el fondo, se va siempre contra el hecho de haber comunicado los dos pisos, pero... no se ataca eso directamente, acaso porque en lo arquitectónico, en lo civil y en lo hipotecario la conducta del dueño era irreprochable.

6) *Las sentencias de instancia.*

El fallo de la primera instancia, aplicando el artículo 348 en consonancia con el 392 y el 396 del Código civil, y después de apreciar la prueba practicada, muy especialmente la de reconocimiento judicial, llevada a cabo con detenidísimo celo, entendió que el demandado ejercía en ambos pisos su profesión de médico radiólogo, no dedicando a ella la integridad exclusiva de uno de ellos, ni infringiendo por tanto los Estatutos. En su virtud, absolvió de la demanda, y por estimar que en la conducta de la parte actora había temeridad notoria y cierto sentido antisocial, en cuanto que «repele el ajeno dolor como intolerable molestia», le impuso todas las costas del procedimiento.

La Territorial revocó totalmente el fallo del inferior y estimó la demanda, aunque sin imposición de costas en ninguna instancia.

hacer a su costa, y dentro de su piso, las obras y modificaciones que le plazcan, siempre que no afecten a lo que sea común o exterior, ni dañen la propiedad de otro condeño.

Fundóse para ello en el precepto estatutario sobre destino y en la dualidad de pisos (de votos en Junta, puertas de entrada, etc.); además, entendió que *la configuración inicial o la distribución de pisos en cada planta resulta consubstancial a la Comunidad*; y como en la diligencia de reconocimiento se aprecia que el piso izquierdo está dedicado a vivienda y el de la derecha a ejercicio profesional, pues aun cuando en éste existen «un cuarto interior con dos camas y un vasar de madera conteniendo documentación y material médico... y una alcoba dotada de dos camas con ventana al patio interior», ello parece más bien una dependencia auxiliar, sin condición de dormitorio, *por faltarle el armario-ropero* que acompaña a los cuartos de esta clase descritos en el piso izquierdo. Llega a la conclusión apuntada de la diferencia de destino (8). Por ello, con invocación del artículo 397 del Código, entiende que no cabe hacer alteraciones en la cosa común, y como quiera que *«cosa común es la configuración del inmueble dividido por pisos»*, y el Dr. X ha unido interiormente sus dos pisos, etc., ha habido infracción y debe prosperar la pretensión de la parte actora.

Entablado recurso de casación por infracción de Ley, la Sala primera del Tribunal Supremo lo desestima en Sentencia de 26 de noviembre de 1956, fundándose en los razonamientos, amplios y llenos de buen propósito, pero equivocados, a nuestro juicio, que pasamos seguidamente a examinar.

7) La sentencia del Supremo: a) indicación preliminar.

La Sentencia de 26 de noviembre de 1956 propende, sin dudar lo y desde un principio, a subrayar lo que le parece típico y característico en esta moderna institución. Y por desgracia, coloca el centro de gravedad en lo que ha pasado a ser secundario, lo cual revela ya el error en la visión del caso. Así, el Considerando primero se inicia casi hablando de «una nueva figura de *propiedad colectiva*» y termina aludiendo a la cualidad característica de «esta *propiedad en común*». El Considerando segundo, de entrada, estampa la expresión de *copropiedad especial*, y para concluir vuelve a referirse a *esta peculiar especie de la propiedad colectiva*. El tercero, reproduce en cierto modo los términos del segundo, pues también hace sujeto de su primera oración esa *copropiedad colectiva*, y pone en su final un concepto más que equivoco y peligroso, pero en el fondo algo coincidente, ya que admite la existencia de *«entidad colectiva propietaria de tales inmuebles»*.

Pero conviene insistir, sobre todo, en el error de enfoque padecido por la Sala primera. Si para ir desde Madrid a Melilla empezamos por tomar la carretera de Francia, no llegaremos nunca a buen puerto: hemos errado desde el principio la ruta. Pero,

(8) Es de notar que obraba en autos la cédula de habitabilidad para cuatro personas en lo que respecta al piso bajo derecha.

además, si adoptamos como medio de locomoción el coche de mulas, nos será imposible salvar el pequeño obstáculo que supone la existencia del Mar Mediterráneo entre España y África. Pues bien, tememos mucho que en nuestro caso se ha equivocado el camino y se ha querido utilizar un medio de locomoción poco adecuado.

En efecto, el norte orientador lo encuentra la Sentencia en el derecho de tanteo, y no tiene en cuenta que éste constituye una secuela, una anomalía, un caso de inconsecuencia, lo que se quiera; todo... menos un rasgo esencial, un síntoma patognomónico para feliz diagnóstico.

En primer lugar, conviene no olvidar que la reforma de 1939 se inspiró precisamente, aunque en este punto del tanteo resbalara, en la idea de subrayar lo privativo y posponer lo colectivo o común. Más aún, en buena parte lo que quiso fué corregir los excesos a que había llegado la jurisprudencia patria que, acentuando la nota de lo común, admitía retractos improcedentes y perturbadores.

En otro aspecto, si se estudia el Derecho comparado, se advertirá que sólo nuestro Código civil y la legislación de Puerto Rico que en él se inspira, han aceptado ese injerto poco afortunado de los derechos de tanteo y subsiguiente retracto (9), pues en la mayoría de los países se ha estimado con razón que tales derechos desvirtúan la entraña de la institución porque vuelven a centrar como núcleo de condensación el de los elementos comunes, que hoy son lo residual (y así, por ejemplo, la Ley portuguesa de octubre de 1955 los rechaza expresamente, diciendo en su artículo 11 que «en caso de enajenación de las fracciones, los demás propietarios no gozan de preferencia alguna fundada en la copropiedad sobre las partes comunes del predio».)

Por otra parte, se ignora que la práctica española coincide en este punto con el Derecho comparado, pues en casi todos los Estatutos de Comunidad pactados para casas por pisos se elimina y

(9) El trabajo más reciente que acerca de la materia conocemos es la notable tesis doctoral aprobada *cum laude* a don William H. Preson Giusti en la Universidad de Madrid, y que versa sobre *Los derechos de tanteo y retracto en la propiedad horizontal*. El autor, que es portorriqueño, y que gentilmente defiende criterios españoles frente a la invasión de su Derecho por las instituciones norteamericanas, sostiene que su país y el nuestro son los únicos que consagran el tanteo y el retracto en esta esfera, por haberse copiado en Puerto Rico, casi literalmente, nuestra reforma del 26 de octubre de 1939. A ello agrega: «el único cambio que sufre el artículo (el 330 de aquel Código civil, correlativo de nuestro 396)..., fué motivado por prestarle atención a una sentencia del Tribunal Supremo de España que desgraciadamente en el punto en cuestión sostenía un criterio erróneo (pág. 6).

Por lo demás, el autor defiende la conveniencia del tanteo, y a ello dedica argumentación muy razonada, pero añade lo siguiente: «La mayoría de los autores que se han ocupado de esta materia consideran que ha sido un marcado

suprime ese derecho de tanteo y de retracto, o se establece la renuncia de los dueños de pisos a su ejercicio en el futuro (10).

Pero lo fundamental es que no se tiene en cuenta que hoy el retracto es institución de la que se usa, y aun se abusa, y que, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido la inadvertencia técnica de decir que, a su virtud, los respectivos titulares de ese derecho potestativo poseen un *ius ad rem* sobre la cosa que merced a su ejercicio pueden adquirir. Un arrendatario rústico o urbano, un colindante, un pariente, etc., etc., pueden tener derecho de retracto arrendaticio, de asurcanos, gentilicio, etc., etc., pero se incurriría en evidente yerro jurídico si sobre tan frágil base se edificara (para todos los posibles y acaso discrepantes retrayentes) nada menos que un *ius ad rem* que gravitara sobre el inmueble respectivo.

El retracto en nuestro Derecho, y está harto de decirlo el propio Tribunal Supremo, no pasa de ser un derecho de subrogación, que permite al titular autorizado colocarse en el lugar que ocupaba un adquirente de rango inferior o menos privilegiado (11). Y ello... cuando el anterior propietario se decide a enajenar, porque antes de eso no hay *ius ad rem*, ni nada, sino a lo sumo una expectativa, un ansia, un deseo, nunca un auténtico derecho que merezca este nombre. Y en el caso más cercano y similar, en el de un retracto de comuneros, el condómino que retrae no tenía con anterioridad *ius ad rem* sobre las cuotas de los demás condueños.

En el Considerando cuarto no se rehuyen locuciones como la de *cosa poseída en común* o la de *comuneros*. Y en el sexto, se vuelve a centrar la atención en «la Comunidad» (entendida ésta, por cierto, con una amplitud desorbitada e improcedente, como veremos). Fácil es, pues, inferir que hubo *ab initio* una ofuscación, un... daltonismo jurídico, una visión ingenuamente deformada de la realidad auténtica.

No es esto lo grave, sin embargo. Lo que importa es analizar la estructura en Derecho de esa nueva modalidad en materia de propiedad urbana edificada, y apreciar si la constfucción adolece, según ocurre a nuestro entender, de algún error fundamental y rico en posibles consecuencias desdichadas. Analicemos para ello la argumentación.

b) El Considerando primero.

El Considerando primero explica razonablemente la innova-

cesatilo legislativo la creación de estos derechos en la propiedad horizontal» (pág. 96).

(10) Por cierto que esto plantea dos problemas, a saber: 1.º ¿Cabe renunciar a lo que es de esencia en la institución, como el precio en la compraventa o la renta en el arrendamiento? Y 2.º ¿Qué haremos cuando nos falte ese punto seguro de orientación? Es decir, no habiendo tanteo, ¿a qué acudiremos en nuestra aflicción?

(11) En opinión de GRUÑI (tesis citada) los tanteos y retractos legales son «derechos subjetivos secundarios, con titular mediatamente determinado, de pre-

ción aportada por la reforma hecha en 1933: 1) *dividiendo lo edificado en pisos...*, surge un derecho de propiedad o dominio singular, exclusivo y concreto sobre esos locales; 2) y al mismo tiempo hay, un «derecho también de dominio, en común con los demás propietarios de partes concretas, sobre aquellos elementos del inmueble necesarios para su existencia como tal edificio habitable...»; 3) esto último determina la participación ideal mediante cuotas iguales o proporcionadas a la parte centesimal que presente en el inmueble la porción poseída en propiedad singular; 4) y es cualidad característica de esta propiedad en común la de ser indivisible materialmente, y la de ir esa cuota ideal, «como accesoria, unida de manera tan adhesiva a la porción de propiedad a que afecta, que no puede ser enajenada ni gravada, de cualquier modo que sea, sin que se enajene y grave conjuntamente la aludida propiedad singular y privativa a que corresponde».

Conformes en cuanto a la esencia y propósitos de la modificación hecha en 1939; y puesto que la Sentencia aspira a una perfecta pulcritud de notas diferenciales, formulemos algunas reservas: 1) y 2), lo que se divide no es sólo lo edificado; y los elementos comunes comprenden algo más que lo necesario para que el inmueble exista como edificio habitable; sin división en pisos no hay, desde luego, verdadera «propiedad horizontal», pero se dividen también, o pueden dividirse, espacios libres que no son propiamente «piso»; y en el inmueble entran, aun no siendo indispensables para que haya edificio, otros elementos, como terrazas, piscina, jardín, garajes, etc. 3) las cuotas ideales en elementos comunes no necesitan manifestarse en forma centesimal, e incluso es frecuente, cuando no se trata de rascacielos, que se expresen diciendo «una quinta», «una octava» parte, etc.; y 4) en buena lógica, no es que al vender la cuota en elementos comunes haya de venderse la propiedad privativa del piso, sino todo lo contrario: que al venderse éste, se ha de vender aquélla; porque lo accesorio sigue a lo principal, y no a la inversa. Todo ello (aparte de expresiones dudosas, como «porción poseída en propiedad») revela una cierta confusión, pues seguimos entendiendo, después de 1939, que el papel de protagonista corresponde a los elementos comunes.

c) *El Considerando segundo.*

El Considerando segundo contiene el alcaloide vital de la doctrina. Que consiste en esto: en distinguir unos *iura in re* y unos *iura ad rem*. El dueño exclusivo de un piso tiene un derecho real sobre él; pero, además, tiene unos derechos personales *ad rem* sobre los demás pisos y sus respectivas cuotas accesorias. Y todo ello se funda en la existencia de aquella facultad de tanteo que la

ferente adquisición onerosa, que se hacen valer mediante la subrogación de su titular en los derechos de que adquiriese con menor derecho, pagando el precio y cumpliendo las demás condiciones del contrato de compraventa».

Ley establece para los casos de enajenación de un piso, pues así surge una preferencia sobre los extraños. Además, el derecho de propiedad de cada piso no es absoluto en modo alguno, ya que pesan sobre él restricciones legales (civiles o administrativas), y también la prohibición contenida en el último párrafo del artículo 396, no sólo para incolumidad del inmueble, sino para conservar la cualidad con que se hizo la adquisición, en contemplación a la mutua y sosegada convivencia.

Son tan extraordinariamente graves estas afirmaciones que por fuerza hemos de detenernos en su comentario, con tanta mayor razón cuanto que el argumento Aquiles, el relativo al tanteo, y su corolario jurídico, el *ius ad rem*, se reiteran en Considerando posterior y vienen a constituir algo así como la justificación teórica, doctrinal, de la valiente tesis sugerida, tan nociva, a la larga, para la institución de la propiedad horizontal (12).

En la decadencia progresiva del viejo dominio quirritario van aumentando de día en día las restricciones legales al propietario, y nuestro Ordenamiento jurídico, tradicional y vigente, no se mostró remiso en el concepto. Lógico es, por tanto, que esa orientación trascienda a los pisos adquiridos en propiedad horizontal; pero no conviene agravar más la situación, dando a entender que, por ser «horizontal» esa propiedad, deben aumentar las restricciones legales para su ejercicio.

El párrafo último del artículo 396 se limita a expresar que ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los interesados. Como se ve, lo que exige es un acuerdo mayoritario de dueños (de pisos, etc.), aunque la expresión «interesados» sea algo imprecisa. Ahora bien, siendo esto un caso de excepción al poder dominical y dispositivo que cada propietario tiene en lo que es suyo privativo, ha de entenderse que cuando no exista variación *esencial* que afecte a *destino* o *estructura*, el respectivo titular no necesita contar con ajeno consentimiento. Comunicar dos pisos contiguos no altera en absoluto la estructura. Y en cuanto al destino, lo razonable y lógico es pensar en la adscripción a finalidad distinta de la inicial y autorizada (montar tienda en lo que era hogar, dedicar a vivienda lo que se construyó para oficina, instalar una academia en lo que era morada).

Si, pues, el tanteo no constituye rasgo esencial, ni frecuente, ni recomendable, el escogerlo para establecer la dogmática de la propiedad horizontal viene a ser tan peregrino como lo sería definir al hombre diciendo que es “un animal que usa gafas”.

Y vale la pena recordar que los *ius ad rem*, que la sentencia califica de “derecho personal”, constituyeron un *tertium genus*.

(12) Por cierto que estos *ius ad rem* hacen su aparición por vez primera en la sentencia, pues hasta aquel momento nadie había pensado en ellos. Ciertamente que *ius novit curia*, pero no es menos cierto que en casación deben evitarse las cuestiones nuevas, porque no parecen propias del recurso extraordinario.

algo singular y situado entre los puros derechos de obligación y los auténticos derechos reales; pero que el intento de acimatación, pese al esfuerzo sutilísimo de hipotecarista tan experto como Atard, tropezó con una repulsa poco menos que general entre nosotros, pues Valverde, Castán y la mayoría de los autores repudiaron el propósito, limitando si acaso las posibilidades de aplicación (en Foncillas, v. gr.) a hipótesis como la del tercero cómplice, y a casos como el del artículo 1473 del Código civil. Es más, al discutirse la naturaleza jurídica de tanteos y retractos legales, se llegó incluso (con inspiración germánica) a admitir unos «derechos reales de adquisición» (Pérez González y Alguer, Roca Sastre, etc.): mas nunca se acudió a la borrosa figura de los *ius ad rem* (*Rechte zur Sache*) para explicarnos la entraña íntima de la institución. En conclusión, pues, galvanizar el cadáver del *ius ad rem* para interpretar la propiedad horizontal, porque en ella previve un anómalo tanteo, representa a nuestro juicio equivocación poco feliz-(13).

ch) *El Considerando Tercero.*

El Considerando tercero afirma: que en la propiedad horizontal hay un conjunto de varios derechos y también varias recíprocas prestaciones que vinculan a todos los partícipes; que por ello existe lo que algún autor ha llamado «Comunidad de derechos»; que para su regulación no bastan las normas del Libro 3.º del título 2.º del Código civil; que se está, pues, en el caso de excepción previsto por el artículo 392, párrafo 2.º; y que habrá que pactar unos Estatutos para regir la administración y actividad total de la *entidad colectiva propietaria* de tales inmuebles, de tan diversos modos poseídos.

Hay tantas cuestiones en este Considerando, y algunas resoltan de tal manera sorprendentes, que será forzoso desmenuzar pacientemente ese abigarrado contenido. Parece cierto, indudablemente, que en toda propiedad horizontal, aun en la más humilde y sencilla, se dan complejidades que no existen en el caso de propietario individual de un hotelito; y resulta evidente asimismo que todos los partícipes están vinculados por las reglas a que se halla

(13) A fin de formar idea de la opinión que en nuestra Patria merecen los *ius ad rem*, consultemos a CASTÁN (*Derecho civil para Notarías*. Reus, Madrid, 1943, t. I, pág. 17)...: «En realidad la figura de que se trata es difícilmente incorporable al derecho patrio.» Y en términos similares se produce el *Diccionario de Derecho privado*, t. II, pág. 2048.

Los estudios de FONCILLAS, tan meritorios, concretan el tema mucho más de lo que su título expresa, pues abordan *El ius ad rem en el Derecho civil moderno*, pero se desenvuelven fundamentalmente en la órbita que el texto apunta (Cfr. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 100 ss.).

Respecto a los derechos reales de adquisición, vide las indicaciones que formula ESPIN CANOVAS, en su *Manual de Derecho civil español*, vol. II, t. I. Madrid, 1952, págs. 302 ss.

sometida la casa. Ya por lo que toca a la «comunidad de derechos», y si el autor a quien esbozadamente se alude es Batlle, basta consultar su obra para comprender que ese rótulo no resuelve el problema, pues salvo la catalogación en un cierto lugar de los Códigos (España, Bélgica, acaso Italia), queda en pie la cuestión esencial, que es la de construir juiciosamente esa copropiedad o condominio, porque la doctrina discrepa fundamentalmente al respecto. La insuficiencia del Código civil, a renglón seguido mencionada, no deja de implicar contradicción con la tesis de la Comunidad, recién expuesta, y viene a darnos la razón, que ya puso de relieve la reforma de 1939. La referencia al artículo 392, II del Código agrava la inconsecuencia, y además da quizá errónea interpretación al precepto, el cual manda aplicar las prescripciones del título III cuando no haya contratos o disposiciones especiales», es decir, que en el escalonamiento de normas prevenido el orden debe ser éste: 1.º acuerdos contractuales; 2.º disposiciones especiales (las del artículo 396, tan distintas de las que aparecieron en 1889); y 3.º Derecho supletorio constituido por las normas generales sobre comunidad de bienes. Pero como la Sala sigue encariñada con la idea de que el protagonista continúa siéndolo la «Comunidad», fácil es explicar el yerro en que finalmente se incurre al inventar nada menos que una «entidad colectiva» (¿de qué tipo?) a la que se asigna el carácter de «propietaria de tales inmuebles, de tan diversos modos poseídos»... ¿Verdad que produce amargura este esfuerzo tan poco logrado? Ni, ¿de dónde se saca esa personalidad colectiva que es la verdadera propietaria? (14).

d) *El Considerando cuarto.*

El Considerando cuarto persevera en el mismo rumbo de subrayar lo común, pues estima como práctica general la de redactar unos Estatutos para uso de la *cosa poseída en común*, vuelve morbosamente a señalar las restricciones en el uso de la propiedad privativa, y declara que esos Estatutos obligan a todos los adquirentes, produciéndose con efecto vinculante las resoluciones o acuerdos que se adopten por todos los comuneros mediante el régimen de mayoría y con arreglo a lo prevenido en el artículo 398 del Código.

Conformes en la existencia de Estatuto; y aun cabría sostener que el mismo debiera ser obligatorio, a modo de Constitución o Ley fundamental por la que hubiera de regirse la vida de los derechos y obligaciones engendrados por la propiedad horizontal; pero el Estatuto es algo más que un Código penal ideado contra

(14) Es el Derecho anglosajón el que ha propendido a veces *commoditatis causa* a esas personificaciones fictivas; pero lo ha hecho, más bien con fines doctrinales constructivos, para dar agilidad luego a la administración del inmueble.

los dueños de los pisos, pues representa norma orgánica para la convivencia y ofrece garantías a todos. Y aun siendo obligatorios los acuerdos adoptados en forma y con el *quorum* establecido, ni es feliz la alusión a *todos los comuneros*, ni el citado artículo 398 tiene aplicación más que subsidiariamente, según ya hemos razonado.

e) *El Considerando sexto.*

Prescindiendo del Considerando quinto, que se reduce a un planteamiento de hecho, el sexto, que es fundamental, examina los dos Motivos del recurso para desestimarlos, pues sostenían éstos que se había entendido mal el artículo 396; que se restringían con exceso las facultades dominicales atribuidas a la plena propiedad privativa correspondiente al dueño del piso; y que anómalamente se otorgaba indebida supremacía a las convenciones pactadas, infringiéndose además los artículos 392 y 397, que no pueden tener el alcance que la sentencia impugnada les otorgaba.

Refutando la tesis del recurso, la Sala entiende: que ya el párrafo 5.º del artículo 396, al establecer el derecho de tanteo, y el último, al prohibir la variación de destino o estructura sin acuerdo de los condueños, no sólo restringen el absoluto uso y disfrute de la propiedad, sino que «pone en juego el uso de una Comunidad, no ya en los elementos accesorios, sino en lo que el recurrente estima como fundamental, que es la propiedad plena y concreta del piso adquirido». Y razonándolo gallardamente, se añade: *es indiscutible* que no solamente hay comunidad en lo accesorio, sino en *algunos matices de lo esencial...*. Y con ello, y con una referencia al principio *pacta sunt servanda*, se eliminan los dos Motivos.

Aun siendo *indiscutible* la tesis así expuesta, séanos permitida la irreverencia de discutirla. Porque la afirmación básica y categórica que este Considerando sienta nos parece no sólo opinable, sino algo más: nos parece abiertamente en pugna con el espíritu y con la letra de la Ley dictada en 26 de octubre de 1939. Si todo había de seguir igual; si la nota de Comunidad iba a continuar prevaleciendo, para ser fieles al emplazamiento de la institución dentro del Código; si la propiedad de cada piso tendría que estar sometida a intromisiones o injerencias de los «comuneros», ¿qué bienes nos traía la modificación del Código, con sus repercusiones hipotecarias? La aplicación abusiva del artículo 392, la del 397, la del 398, bastaban ya a los fines de conservar aquellos rancios muros maestros, entre los que se ahogaban el artículo 396 y la propiedad horizontal por él insinuada. Por lo visto, y cuando creíamos que, en aras de ésta, y para estimularla, se habían reducido al *mínimum* los factores de condominio, y que sólo restaban unos posos residuales de elementos comunes, estábamos profundamente equivocados, pues por obra del bendito derecho de tanteo y de los redivivos

iura ad rem, se «pone en juego el uso de una Comunidad, no ya en los elementos accesorios, sino en... lo... fundamental, que es la propiedad plena y concreta del piso adquirido. ¡Qué desilusión! (15).

8) Consecuencias que pueden temerse.

Las consecuencias que puede acarrear esta última posición son incalculables. Sobre los derechos pseudo-dominicales del propietario de un piso proyectarán su sombra maléfica los *iura ad rem* correspondientes a los «condueños» de la casa. Una neblina de Comunidad vendrá a enrarecer el ambiente y a legitimar represalias o malos humores de vecinos descontentos. Y el mismo dueño nunca estará del todo tranquilo, porque al condenar una puerta o comunicar entre sí dos habitaciones se expondrá a que le demanden, por haber alterado la configuración inicial, que es consubstancial para la comunidad. O bien se multiplicarán las pesquisas indiscretas con el fin de comprobar si las alcobas tienen o no el consabido armario-ropero. Y de ahí a denunciar supuestas infracciones estatutarias, por recibir mayor o menor número de clientes, vestidos con mayor o menor elegancia, no hay más que un paso. En una palabra, el dueño del piso tendrá menos libertad de acción que si fuera arrendatario del local, y se sentirá cohibido en todo instante bajo la presión de un ambiente hosco, que es lo más contrario al clima de «sosegada convivencia» que con acierto se estima fundamental para el buen funcionamiento de la institución.

Pensemos en un supuesto harto fácil y nada infrecuente. Un propietario adquiere el piso que cae encima del que ya le pertenecía: tiene familia numerosa y necesita mayor holgura; además, ha hecho uso del derecho de preferencia que, bien o mal, le otorga el artículo 396 reformado, en sus párrafos 5.º y 6.º. Y una vez comprado ese nuevo piso, el dueño, para su comodidad y mejor aprovechamiento, establece una comunicación interior entre ambas plantas (una escalera de caracol, por ejemplo). ¿Ha cometido algún acto punible? ¿Ha infringido norma legal o precepto del correspondiente Estatuto de Comunidad? Parece que no: ha obrado dentro de su estricta esfera dominical privativa; no ha atentado contra ninguno de los elementos comunes, pues *ad extra* ninguna modificación se advierte: tampoco ha introducido variación esencial de destino, ni de la estructura de sus pisos. Y sin embargo, y después de la sentencia de 26 de noviembre último, ¿no cabe la posibilidad de que los demás dueños *se ofendan* por esa intrascendente alteración llevada a efecto? ¿No es legítimo el temor de que la Junta de condueños se agravie, invocando lesión de los preten-

(15) Con razón GIUSTI (Ob. cit., pág. 108) llama la atención sobre el reciente viraje. A su juicio, el fallo de 26-XI-56 «tiene una importancia evidente, ya que demuestra un cambio de criterio respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, destacando su aspecto comunitario y restándole importancia a la propiedad exclusiva e independiente sobre cada piso.

didos *iura al rem* que ese fallo anormalmente les reconoce? Pateente resulta, pues, el peligro que entraña el novísimo criterio del Tribunal Supremo al ensanchar inconsideradamente el ámbito de la Comunidad latente.

9) *La unificación de interpretaciones legales.*

Uno de los fines que la casación ha asumido, aun cuando no radicara ahí el impulso que la originó, consiste en unificar la interpretación de las leyes, pues con ello se contribuye poderosamente a la seguridad jurídica, que es de por sí un bien considerable para la colectividad (16). Y si esa función reviste siempre suma importancia habremos de reconocer que cuando mayor eficacia puede tener es al aplicar una ley nueva, porque no existe una tradición ya creada, y porque, siendo decisivos los primeros pasos que se den, interesa mucho que el organismo de máxima autoridad al efecto, oriente sabiamente desde un principio los negocios jurídicos afectados por la norma reciente. Acaso se diga que en ello radica, incluso para el Tribunal Supremo, la dificultad del caso; pero fuerza será contestar que la sabiduría de sus componentes, su prudencia avezada y su adiestramiento en esos menesteres constituyen garantía insuperable; y, además, si la tarea tiene alguna dificultad, servirán de guía para superar el escollo un conocimiento exacto de la institución respectiva y el estudio cuidadoso de los propósitos que animaron al legislador en su obra.

La institución de la propiedad horizontal, fecunda en sus aplicaciones, bien merece que no se le regateen simpatías. Y la Ley de 1939, que la reguló casi *ab imis fundamentis*, ofrece en su Exposición de Motivos y en su articulado fuente de inspiración bastante segura para que no surjan dudas respecto al propósito de la reforma, ni a la naturaleza intrínseca de la figura jurídica modelada. Por ello es sensible que todavía a los 17 años de promulgado el nuevo texto, y cuando la institución ha arraigado y se va difundiendo, tropecemos con vacilaciones en la interpretación de lo medular, no de lo episódico; y es aún más doloroso que, en la pugna de tendencias revelada por los fallos jurisprudenciales, pueda a la postre triunfar un criterio que ponga en riesgo de fracaso lo que con tan noble espíritu intentó la reforma efectuada.

Lo que sucede es que no se ha visto clara, aunque estaba perfectamente diáfana, la evolución legislativa en este orden. La propiedad horizontal era en 1889 una institución rara, excepcional (Amandi), de escasa aplicación en la práctica; y el Código civil se limitó a *tolerarla*, como si fuera una anomalía extraña, pero no rechazable, en el ámbito de las comunidades de bienes. Mas cam-

(16) «La seguridad jurídica—escribe GIUSTI (Ob. cit., pág. 145)—exigiría desde luego... que se decidiese firmemente la jurisprudencia por una de las dos posiciones».

biaron los tiempos y variaron profundamente las circunstancias : la propiedad horizontal se convirtió en institución frecuente, merecedora de amparo y de fomento ; ya, en lugar de transigir con ella, había que *estimularla* y protegerla, y de ahí la reforma, cuyos fines pone de relieve la misma Exposición de Motivos de la Ley de 1939. El centro de gravedad se había desplazado ; ya no era la Comunidad, sujeto protagonista en 1889, sino el propietario individual y privativo del piso, el que pasaba a ocupar el primer plano ; porque no en balde habían transcurrido cincuenta años muy ricos en substancia. Ahora bien, si nos aferramos a la concepción arcaica, y seguimos viendo en la propiedad horizontal algo morboso y deletéreo, se habrá frustrado por completo el noble impulso a que obedeció la modificación legislativa, y en lugar de favorecer la aplicación de la nueva fórmula, estaremos contribuyendo a hacerla aborrecible, estigmatizando un mecanismo que era sano en sí y que podía contribuir a aliviar, ya que no a resolver, el angustioso problema de la vivienda, que ha obligado nada menos que a organizar un Departamento ministerial para hacer frente a sus dificultades.

Invalidéz de la declaración de voluntad

MANUEL ALBALADEJO

Catedrático de Derecho Civil

PARTE PRIMERA: LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

I. LOS VICIOS, EN GENERAL

1. *Defectos de la declaración de voluntad.*

La declaración de voluntad puede ser defectuosa por diversas causas. Por ejemplo, como el declarante ha de ser capaz, el defecto de aquélla es posible que proceda de la incapacidad de éste; o también puede consistir en no haberse observado la forma *ad substantiam*. Mas en este trabajo hemos de ocuparnos de otros defectos, que son los siguientes:

1.º La voluntad puede estar viciada (por dolo, error, etc.).

2.º La declaración (voluntad declarada) puede discrepar de la voluntad (voluntad interna o real o verdadera).

3.º La aparente declaración puede no ser ni siquiera una verdadera declaración.

4.º La declaración puede no proceder del sujeto del negocio.

Ahora vamos a estudiar los vicios de la voluntad, dejando para después los demás defectos, salvo que—por las razones que se verán—el error obstativo—que es un supuesto de discrepancia (inconsciente) entre voluntad y declaración—lo estudiaremos también ahora, juntamente con el error vicio de la voluntad.

2. *Formación viciosa de la voluntad.*

Se dice que la voluntad se ha formado viciosamente cuando en tal formación intervino un elemento (vicio), cuya intervención considera el Derecho inadmisibles; cosa que ocurre si se llega a querer algo, porque se intimida al sujeto para que lo quiera, o porque se le engaña dolosamente con aquel fin, o porque quien quiere algo, lo quiere por padecer un error.

El vicio afecta a la formación de la voluntad interna, y luego, declarándose lo que se quiso, resulta también afectada por él, la voluntad declarada. Por ejemplo, *decido* (quiero internamente) comprar una joya por creerla—erróneamente—de oro, y *declaro* comprarla: el error alcanzó a ambas voluntades, interna y declarada.

El Derecho considera inválido el negocio con voluntad viciada, porque al poner a disposición del particular la figura que es el negocio jurídico, lo hace con el fin de que aquél regule sus relaciones según su voluntad *real*, pero según una voluntad real *libre* y *normalmente* formada.

Mientras que no se pruebe por quien corresponda, la Ley estima que la voluntad se formó sin vicio.

Las anteriores afirmaciones de tipo general, serán debidamente puntualizadas, mostrando sus consecuencias y límites, a través del examen, en concreto de los diversos vicios.

II. INTIMIDACIÓN

3. *Concepto.*

La declaración de voluntad es inválida cuando el sujeto la realiza intimidado por la amenaza injusta de un mal (que sufriría de no emitirla).

Se habla entonces de que existe un vicio de la voluntad, denominado intimidación o violencia moral (*vis compulsiva*), porque se ejercita sobre el ánimo y no sobre el cuerpo, como la violencia física: *est animo, non corpore, illata*.

«Hay intimidación—dice el artículo 1267, 2.º, refiriéndose a los contratos—cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.»

Es vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un *motivo determinante*—la intimidación—totalmente insólito; y aunque realmente *se quiere* lo que se hace (*quavis si liberum esset noluissem, tamen coactus voluit*), sin embargo, no se quiere con absoluta libertad.

Operando psicológicamente sobre el declarante, la intimidación le deja un margen de libertad—en cuanto puede escoger entre tres cosas: 1.ª, emitir la declaración que se le exige; 2.ª, soportar el mal con que se le amenaza, y 3.ª, reaccionar contra quien lo intimida, procurando, así, evitar tanto el emitir la declaración, como sufrir el mal—, pero no se le deja la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja, en cuanto que se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar, una declaración que jurídicamente tampoco se halla constreñido a realizar, bajo la amenaza de aquel mal, y un riesgo (si reacciona contra quien lo intimida) que no tiene por qué correr. Siendo así, que *libremente* no habría apetecido *ninguna de las tres cosas*.

Realmente hay *voluntad*; pero *voluntas coacta*; y, por ello, se permite impugnar el negocio (*quavis coactus tamen voluit, non intelligitur voluisse qui coactus est*).

En conclusión: hay una excepción a la irrelevancia jurídica de los motivos en que se apoya la voluntad; y por lo injusto del motivo (la intimidación) determinante de aquélla, se permite impugnar el negocio.

4. *¿Es vicio de la voluntad negocial o de la voluntad de declarar?*

Según la *communis opinio*, la intimidación es un vicio de la *voluntad negocial*, pero también se sostiene que es un vicio de la *voluntad de declarar*.

A tenor de aquella tesis el proceso sería el siguiente: a base de la intimidación, el sujeto se decide, forma su voluntad interna, y, luego, al manifestarla, coinciden declaración y voluntad. El vicio se inserta en el momento de formación de la voluntad interna. Una vez formada ésta (con vicio) lo demás es normal: se decide exteriorizarla (voluntad de declarar) y se exterioriza efectivamente (declaración).

Según la segunda tesis, realmente el vicio se insertaría no en la formación de la voluntad (negocial) interna, sino en la formación de la voluntad de declarar: se decide declarar algo que no se quiere. Por ejemplo, A no quiere vender, y, naturalmente, ni aun intimidándolo, se le puede constreñir a que interiormente lo quiera; ahora bien, la amenaza puede *decidirlo a declarar lo que no quiere*. Su voluntad (interna) discreparía de su declaración; y así como en otros casos, tal discrepancia procede de que el declarante lo quiere libremente (simulación, reserva mental, etc.), o bien, se produce sin que él lo sepa (error obstativo), en este caso dicha discrepancia tiene lugar *sabiéndolo* el declarante y queriéndola (quiere la declaración; tiene voluntad de declarar), pero queriéndola por el vicio—intimidación—a base del que se forma su voluntad de declarar.

Una tesis y otra admiten defensa. Y, por ejemplo, desde un punto de vista realista, no cabe negar que al intimidante poco le importa lo que quiera internamente el intimidado, y sólo necesita que declare, aunque sea distinta su voluntad interna. Esto indudablemente apoyaría la segunda tesis; pero igualmente apoya la primera la observación de que, habitualmente, quien declara bajo intimidación quiere lo que declara (quiere el negocio, la compraventa, por ejemplo, como una unidad, y no sólo la declaración: quiere no sólo declarar, sino también lo declarado), aunque lo quiere como mal menor, y no lo querría si fuese libre.

Cabe concluir que no en todos los casos concretos obrará uniformemente la intimidación, sino que *de facto* puede viciar, bien la voluntad interna, bien la de declarar (provocando así una divergencia entre declaración y voluntad).

De todas formas, admitir teóricamente una u otra tesis, no cambia las cosas en la práctica, ni altera las normas aplicables a tenor de nuestro Derecho positivo.

5. Análisis de los factores que intervienen en la intimidación.

Examinaremos los diversos aspectos y puntos que interesan en la declaración de voluntad viciada por intimidación.

A tenor de lo apuntado poco ha, se puede precisar:

El intimidante anuncia un *mal*, cuya producción aparece como dependiente de él, y, al objeto de obtener la declaración, *amenaza* con aquél (1); infunde al intimidado el *temor* de sufrirlo, y, *para evitarlo* (motivo determinante), éste emite la declaración.

Conviene agrupar la materia alrededor de las ideas centrales de: el mal, la amenaza, el temor y la evitación de aquél (como motivo determinante de la declaración).

A) El mal.

El mal, para nuestra Ley, ha de ser *inminente* y *grave*, y recaer sobre «la persona o bienes [del intimidado], o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes» (C. c., artículo 1267, 2.º).

Inminente, debe entenderse en el sentido no de que sea necesariamente de *inmediata* producción, en el caso de que el amenazado se negase a emitir la declaración, sino en el de que no sea remoto (2).

Grave no sólo ratifica la idea de que se trate verdaderamente de un mal (excluyendo, por ejemplo, las meras molestias o contrariedades), sino que requiere sea un mal de trascendencia. Mas, habida cuenta del perjuicio que supone la declaración para el intimidado, ¿deberá entenderse por suficientemente grave todo mal que sea mayor que el mal que ocasionará la emisión de la declaración? Parece que sí.

Que alcance a la persona o bienes (cuerpo, libertad, honor, etcétera) del intimidado o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Sin embargo, habida cuenta de que el fin de la norma es salvaguardar la libertad de decisión, debe afirmarse que procede la impugnación también, si el mal recaería sobre otras personas o bienes, siempre que la amenaza del mismo intimide al sujeto a quien se quiere arrancar la declaración. Conclusión que puede obtenerse, bien por no considerar taxativa la enumeración del artículo 1.267, 2.º, *in fine*, bien porque se tome como mal que sufre el *intimidado*, la repercusión en él de la acción realizada *directamente* sobre otro: por ejemplo, yo sufro un mal (dolor) si asesinan

(1) No sería amenaza el anuncio de un mal que no dependiese de quien intimida: así, un terremoto.

(2) Siéndolo, puede ocurrir: bien que, por lejano, no atemorice desde luego, aunque se sepa que llegará (en cuyo caso, no hay intimidación); o bien que, por lejano, sea racional confiar en que habrá tiempo de prevenirse contra él (en cuyo caso, tampoco hay intimidación, pues faltará, asimismo, el *temor racional* de sufrirlo en el futuro).

a un amigo íntimo. Ahora bien, en estos casos habrá de probarse— incluso por presunciones— que la amenaza intimidó.

El mal puede proceder de cualquiera, aunque no sea de la persona que amenaza con él.

B) *La amenaza.*

La amenaza debe encaminarse a obtener la declaración de voluntad. Esto, aunque el Código civil no lo exige explícitamente, se desprende no sólo de una consideración racional de la cuestión, sino también del argumento de analogía sobre el artículo 1267 1.º: «Hay violencia [intimidación] cuando *para arrancar el consentimiento* se emplea una fuerza irresistible [una amenaza].»

Hay que *amenazar* con la producción del mal, y como no hay *amenaza* no existe *intimidación* (aunque exista «el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave») en los casos en que la producción del mal no se utiliza como tal amenaza.

Se suelen poner ejemplos de temor producido por acontecimientos naturales (terremoto, tempestad), que al hacer prever al sujeto un peligro, le induzcan a evitarlo, celebrando un negocio que no habría celebrado normalmente. Por ejemplo, se ofrece una elevada suma a un miembro de las fuerzas de socorro por ser puesto a salvo. Igualmente, aun en casos de acontecimientos no naturales (la suma anterior se ofrece al verse asaltado por una cuadrilla de bandoleros).

Normalmente en estos casos no habrá intimidación, aunque ciertamente el negocio será atacable por inmoral. Sin embargo, cuando aprovechando un peligro para un sujeto, alguien que puede y debe evitárselo, *le amenaza con no hacerlo* (el mal con que se amenaza es la no evitación), salvo que emita determinada declaración, entonces hay también intimidación.

Por igual razón que la antes dicha (falta de amenaza); no hay intimidación en los supuestos denominados de temor *ab intrinseco incussus*. En ellos es el propio atemorizado quien para evitar la producción del mal que teme, celebra el negocio, sin ser constreñido por nadie. Por ejemplo, se contrae matrimonio por temer que se suicide la novia abandonada, sin que ésta anuncie tal propósito con el fin de forzar a la boda.

Evidentemente, aún importa menos el mal temido, cuando es ilusorio, y sólo existe en la mente de quien lo teme.

El llamado *metus reverentialis* no invalida la declaración. «El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato» (C. c., art. 1267, 4.º).

La Ley estima no ser suficiente mal para el intimidado el que representa el desagrado de aquellas personas. Mas, aparte de que no sea un mal *grave*, no cabe duda de que, aunque lo fuese no invalidaría por intimidación, ya que no hay *amenaza*. Otra cosa es que tales personas amenacen al intimidado con su *desagrado*;

o bien le amenacen con *otro mal*. En este caso, puede haber intimidación, pero en aquél no, pues, aunque se amenace con él, no es como decimos mal grave el desagrado.

La amenaza, ha de ser injusta; requisito que, aunque no explícito en el Código, señala la jurisprudencia: así las sentencias de 12 de febrero de 1915, 16 dediciembre de 1915, 25 de mayo de 1944, etc.; exigiendo la última de éstas que «la amenaza y el influjo que pueda ejercer sobre la voluntad revista matiz antijurídico, por cuanto no quepa reputarlos lícitos como consecuencia de una correcta y no abusiva utilización de los derechos».

Siempre será injusta la amenaza de un mal injusto (aunque se persiga, al intimidar, un *fin* lícito: por ejemplo, se amenaza de muerte al deudor, para que nos pague), pero puede ser también injusta la amenaza de un mal justo en sí (amenaza de denunciar un delito, si su autor no dona cierta suma).

Para juzgar, pues, de la justicia o injusticia de la amenaza hay que examinar el medio utilizado, el resultado perseguido, y la relación entre ambos, pues puede ocurrir que siendo ambos lícitos en sí, el Derecho considere injusta la utilización de uno para conseguir el otro.

Aparte de que, como ya dijimos, el mal puede proceder de cualquiera, también puede proceder de cualquiera la amenaza; sea o no parte en el negocio, sea destinatario de éste, o sea un tercero: «La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato» (C. c., art. 1.268).

C) *Temor.*

El temor que se inspire con la amenaza del mal debe ser *racional y fundado* (art. 1.267, 2.º), al menos *aparentemente*, cuando se tomo la decisión de emitir la declaración, pues, si no, no lo sería, por ejemplo, el provocado con una pistola que el amenazado ignoraba ser de palo.

D) *Evitación de aquél, como motivo determinante de la declaración.*

Para evitar, el mal con que se le amenazó, mal que teme sufrir, el intimidado emite la declaración (viciada). Hay un nexo causal entre intimidación y declaración, en cuanto que el sujeto se decide a ésta, ante la siguiente representación: falta de declaración es causa del mal: la declaración evita el mismo.

Esto se suele poner de relieve con distintas expresiones: se habla de que la intimidación es determinante de la declaración, de que la motiva, o de que es su causa, etc.

En el artículo 1.265 queda claro ese nexo de causalidad: «Será nulo el consentimiento prestado *por... intimidación...*»

Realmente ocurre que normalmente, para celebrar los diferentes negocios posibles, los sujetos adoptan diversos motivos determinantes: se compra porque se necesita la cosa o porque ésta apetece, o se da en mutuo una suma para obtener los intereses pactados, o se da en arrendamiento un piso, porque no se necesita habitarlo. Ahora bien, cuando media la intimidación, el motivo se unifica: se compra, se da en mutuo o se arrienda, *para* evitar el mal con que se es amenazado.

¿Quién habrá de probar el nexo causal entre intimidación y declaración?

La amenaza del mal habrá de probarla quien la alegue, pero, una vez probada, la prueba de que la declaración se emitió *por* la intimidación puede obtenerse a base de presunciones. Así, demostrando, por ejemplo, que A quería obtener determinada declaración de B, y que le amenazó de muerte, con ese fin, se presume que la declaración que B emitió, la emitió *por* la intimidación. No obstante, siempre cabe a A, la posibilidad de demostrar que—en contra de lo normal—a pesar de sus amenazas, B se decidió a declarar por otras causas.

E) Datos para juzgar de la intimidación.

Interesa destacar sólo que tanto el temor infundido, como que dicho temor sea suficiente para determinar a declarar, se juzgará a tenor de las circunstancias del intimidado: «Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona» C. c. art. 1.267, 3.º). Se trata no de un criterio *subjetivo* (según el cual se apreciaría incluso el *metus vani hominis*), sino de un criterio *objetivo relativo*, que permite apreciar las circunstancias, para tener en cuenta si el tipo medio de sujeto en cuyo caso se reuniesen, resultaría o no intimidado.

6. Impugnación.

Consecuencia de la intimidación es ser el negocio impugnabile, por haberse emitido la declaración bajo la influencia del temor, y proceder éste de la amenaza encaminada a obtener la declaración.

La impugnabilidad no la establece el Código, en general; pero es regla segura para todos los negocios y puede construirse sobre las disposiciones del mismo, referentes a ciertas figuras especiales: así artículos 101, 2.º (matrimonio), 1.265, 1.267, 1.268 (contratos), 673 (testamento), pues aunque literalmente no la mencione, la abarca su espíritu (T. S., sentencias de 22 de febrero de 1934), y 997 (aceptación y repudiación de la herencia). En efecto, de tales disposiciones se puede inducir la existencia de un principio general, del que las mismas son aplicación; y debe aplicarse también dicho principio, incluso en casos en que no existe una norma concreta que lo recoja para determinados negocios. La tesis que defendemos queda singularmente reforzada, no ya por

la propia naturaleza del vicio en cuestión (más brutal que dolo y más grave que el error), sino por las siguientes razones: 1.ª Todos los negocios cuya impugnación por vicios se regula en el Código, son impugnables por intimidación; sin que existan excepciones o límites, como en el caso de otros vicios (por ejemplo, disposiciones testamentarias no impugnables por error (3)). 2.ª Determinadas razones que abonan la validez excepcional del negocio con voluntad viciada, no alcanzan al supuesto de que el vicio sea la intimidación (por ejemplo, la estabilidad del matrimonio, que justifica su inimpugnabilidad por dolo [4]).

III. DOLO

8. Concepto.

Otro vicio de la voluntad es el dolo.

Hay dolo—se puede decir a tenor de nuestro artículo 1.269—cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no se hubiese emitido. Como «*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*», definió el dolo Labeon (D. 4, 3, 1, 2).

Se trata de *un error* provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquél.

Se precisan, pues: el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración—*animus decipiendi*—(elemento subjetivo), la producción del engaño o error, y, por último, que éste determine la declaración.

El error es causa inmediata de la declaración, y, a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración.

9. Dolo bueno y malo, causante e incidental.

Antes de entrar más a fondo en el estudio del dolo vicio de la voluntad, que invalida la declaración, que es el definido más arriba, conviene distinguirlo del *dolus bonus* y del *incidental*.

Sólo es dolo, propiamente hablando, el *dolus malus*; pero frente a él existe un denominado *dolus bonus*, consistente en aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto, etcétera (así cuando la propaganda asegura de un producto que es el *mejor* o el *más* fino o el *más* barato o el *único* útil), que, si ciertamente tomados literalmente son engañosos, sin embargo, por ser habitual su uso en el comercio jurídico y sobrentenderse su verdadero alcance, no dan habitualmente lugar a engaño, y aun si, por excepción, lo dan, no permiten impugnar la declaración emitida por haberlos tomado en sentido

(3) *Infra*, número 25. G.

(4) *Infra*, número 14.

riguroso, pues falta en ellos un verdadero comportamiento doloso, y, por otro lado, el destinatario no debe ignorar su verdadera significación en el mundo negocial.

Dentro del *dolus malus*, cabe distinguir el causante (*causam dans*) y el incidental (*incidens*). Es causante el dolo cuando determina la emisión de la declaración, que sin él no se hubiese realizado (cfr., art. 1.269, *in fine*); es incidental, cuando también sin él se hubiese emitido, pero en condiciones diversas y generalmente más favorables para el que lo sufre. Naturalmente, como aun sin dolo incidental se habría realizado la declaración, el mismo no permite impugnarla; pero sí fundamenta el resarcimiento de perjuicios (si los hubo) que debe indemnizar el que lo empleó (art. 1.270, 2.º: «El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios»). Entonces estamos simplemente ante un supuesto de hecho ilícito (art. 1.902: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado»); pero no ante un vicio de la voluntad, aunque se suele aludir a él, con ocasión de tratar del dolo vicio de la voluntad, que también es en sí un acto ilícito, pero que, además, *por* haber determinado la producción de la declaración, es fundamento para impugnar ésta.

Ocupándonos aquí de los vicios de la voluntad, es claro, que sólo nos importa (y a él entendemos referirnos en lo sucesivo) el dolo que a la vez sea *malus* y *causante*.

10. Comportamiento (elemento objetivo).

Con tal de que sean engañosos, cualquier comportamiento o conducta pueden constituir el elemento objetivo del dolo. Así, pues, astucias, argucias, mentiras, sugerencias, artificios; consistan en la invención de hechos falsos, en la ocultación de los existentes, o en suministrar referencias incompletas de éstos, etc. «Palabras o maquinaciones insidiosas» es la expresión que utiliza el artículo 1.269, dejando con ello el más amplio margen para englobar en la misma cualquier clase de comportamiento, sea por comisión (positivo), o por omisión (negativo). Ahora bien, el simple silencio, para constituir una conducta dolosa requiere que exista, por la razón que sea, un deber de informar (así, conforme a la buena fe o a las opiniones del tráfico). Además, según la clase de negocio, puede exigirse o no una mayor franqueza a los sujetos: mayor, por ejemplo, en contratos como mandato o sociedad; menor en otros, en que la contraposición de intereses justifica una superior reserva, y que el sujeto interesado en informarse investigue los datos que le importen: por ejemplo, en la compraventa o el arrendamiento.

Frente al declarante, si el negocio es unilateral, el comportamiento engañoso puede ser realizado por cualquiera, aunque no

sea el destinatario (cuando se trate de declaración recepticia), pero si el negocio es bilateral, debe de serlo por la otra parte.

«Será nulo—dice el artículo 673, para el caso de un típico negocio unilateral—el testamento otorgado con... dolo...». Lo que, sin precisar más, significa que basta el dolo en sí, provenga de quien provenga. Por el contrario, tratándose de negocio bilateral, se dispone: «Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas *de parte de uno de los contratantes*, es inducido el *otro*...» (artículo 1.267).

Nos parece más segura esta opinión que la de creer que tratándose de negocios bilaterales el dolo debe provenir de la otra parte; si de unilaterales, recepticios, del destinatario; y sólo cuando se trate de negocios unilaterales no recepticios es aceptable que el dolo proceda de cualquiera.

Sentado lo anterior, se obtiene la conclusión de que cuando se comporta dolosamente en los negocios bilaterales un tercero, en principio, no es impugnabile la declaración emitida como consecuencia del engaño doloso; y sólo tendrá derecho el que lo sufrió a que se le indemnicen daños y perjuicios, por acto ilícito (C. c. artículo 1.902), y a que si el error a que el engaño le indujo constituye *de por sí* vicio como tal error, se le permita impugnar la declaración *por error*, pero no por dolo.

Ahora bien, si el comportamiento doloso del tercero *es conocido* y *aprovechando* por la otra parte en el negocio (por ejemplo, el probable vendedor sabe que un tercero engaña el probable comprador sobre la cosa que él pretende venderle), *puede haber dolo* de esta parte, ya que pudiendo consistir éste en una conducta omisiva, sería posible que lo constituyese la ocultación por una parte a la otra del engaño de que el tercero hizo víctima a ésta. Por ese camino, el dolo inicialmente del tercero, no en sí, sino en cuanto provoca un dolo reflejo de una parte, daría lugar a impugnación de la declaración.

Cuando el tercero al engañar obra como instrumento de una parte (por ejemplo, el vendedor encarga a un extraño que embauque al comprador) hay que estimar que el comportamiento doloso procede de la parte, siendo el extraño mero ejecutor material. Aparte de otras razones, admitir lo contrario consagraría un fraude a la Ley, e incluso llevaría a consecuencias de mayor gravedad que el dolo normal, ya que normalmente menos se desconfiará de un extraño que de una parte interesada.

En los negocios plurilaterales, el comportamiento doloso puede observarse sólo por una parte o por varias, y engañar a todas las demás o sólo a algunas. Aplicando el espíritu del artículo 1.269, se llega a la conclusión de que quien o quienes sufrieron el dolo pueden impugnar sus declaraciones, con efecto sólo frente a quien obró con él, salvo que no pueda prescindirse de tal parte, en cuyo caso se anulará el negocio totalmente.

11. *Animus (elemento subjetivo).*

Además del comportamiento engañoso (elemento objetivo), hemos visto que el dolo requiere el *animus decipiendi* (elemento subjetivo); de forma que aquél debe ir gobernado por éste.

El *animus decipiendi* consiste en el propósito de engañar (medio), para obtener así la declaración (fin); o, al menos, en la conciencia de que ésta no se emitiría sin el engaño que conscientemente se lleva a cabo.

A tenor de esto, queda claro que, en principio, no constituye dolo el engaño provocado por un error del presunto sujeto doloso. Por ejemplo, el vendedor da una información falsa al comprador, no maliciosamente, sino creyendo decir la verdad, y aquélla decide al comprador.

En estos casos, el engañado siempre tiene por lo menos a su disposición la impugnabilidad de la declaración por error (si concurren los requisitos debidos) y el derecho a ser indemnizado, si procede a tenor del artículo 1.902, mas puede dudarse si aplicando el principio de responsabilidad habría derecho a la impugnación por dolo, cuando la falta de voluntad (dolosa) de quien engaña sea sustituida por su responsabilidad.

El *animus decipiendi* se reduce sólo a lo dicho; y ni hace falta propósito de dañar, ni de obtener lucro doloso, e, incluso, puede no producirse perjuicio alguno (5). No obstante, habitualmente existirá la conciencia de producir un daño al declarante, y un beneficio para sí, y precisamente se engañará por esta consideración. Es insólito el caso de que el dolo se ejercite con propósito benévolo, pretendiendo engañar para que otro emita una declaración que le es beneficiosa, pero que por falta de clara visión o por obstinación no querría emitir si no se le engañara. También en este caso—habiendo, como hay, dolo—cabe impugnar la declaración, pues cada uno es dueño de sus actos y puede, si le place, dejar de obtener un beneficio; además de que, si rea mente prefiere el beneficio obtenido, le es posible abstenerse de impugnar; razón práctica por la que—aparte de las teóricas—el derecho a la impugnación debe concederse.

12. *Error.*

El comportamiento insidioso que observa el sujeto del dolo, con ánimo de engañar, provoca un error en el declarante, que cree en la realidad de la apariencia que el otro crea o mantiene.

Tal error puede ser de cualquier clase, y no es necesario en absoluto que sea de aquellos que permiten impugnar la declaración por error. Si es así, el engañado tiene dos armas en su mano para

(5) El *dolus incidens*, que sólo obliga a indemnizar daños y perjuicios (Código c. art. 1.270, 2.º), si lo requiere para hacer posible la acción.

atacar tal declaración: la impugnación por error y la impugnación por dolo. Pero precisamente se trata de que cuando por dolo se provoca un error, entonces se pueda impugnar por dolo la declaración, sin necesidad de que el error de los que permiten por sí impugnarlo.

Únicamente es necesario que el error, dolosamente provocado, sea determinante, cosa en la que después insistiremos.

A tenor de lo dicho, basta un error en los motivos, lo que, sin dolo, sería irrelevante. Así, A compra una casa en la montaña porque—con el fin de que la compre—el vendedor B (médico) le ha hecho creer que está enfermo y que allí sanará. El contrato es impugnabile por dolo.

A la provocación del error se equipara el mantenimiento en el que, desde antes, padecía el declarante o el mantenimiento en la ignorancia.

13. *Carácter determinante.*

El último requisito para que la declaración sea impugnabile por dolo es que el error en que se hizo incurrir al declarante haya determinado aquélla. Que se haya *inducido a celebrar* un contrato que sin las palabras o maquinaciones insidiosas *no se hubiera hecho*, dice el artículo 1.269. Y a su vez el 1.265 establece que es nulo el consentimiento (impugnabile la declaración) prestado *por* (relación de causalidad) dolo. Igual sentido debe atribuirse al calificativo *grave* usado en el artículo 1.270 («Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser *grave*»).

14. *Efectos.*

La declaración viciada por dolo, en principio, se dice, es impugnabile.

En nuestro Código la impugnabilidad para los contratos se recoge en el artículo 1.265, y para los testamentos en el 673. También en el 997, para la aceptación y repudiación de la herencia, pues, aunque este artículo no aluda concretamente al dolo, permite la impugnación «cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento».

En los casos en que la Ley no establezca de forma explícita o implícita la impugnabilidad por dolo, no se puede afirmar *a priori* y sin más, tal impugnabilidad, porque puede ocurrir que haya razones excepcionales que abonen la validez del negocio. Ello dependerá fundamentalmente de la naturaleza de éste y de otras circunstancias.

Cuando con referencia a un negocio o a una clase de negocios, la Ley no se ocupa en absoluto de los vicios de la voluntad, será menos dudosa admisibilidad del dolo; pero parece que generalmente habrá que excluir cuando la Ley regula para un negocio singular

otros vicios, sin aludir el dolo. Tal es el caso del matrimonio (cfr. C. c., art. 101), en el que, seguramente, el legislador rechaza la relevancia del dolo, tanto por la conveniencia de hacer lo más semejantes posibles las regulaciones canónica y civil del matrimonio, como porque el modelo de éste inspiró continuamente las normas dictadas para aquél e igualmente porque deben evitarse fáciles y frecuentes impugnaciones del matrimonio, habida cuenta de no ser excesivamente raros los casos en que la voluntad de uno de los contrayentes se capta dolosamente.

También nos parece seguro que el reconocimiento de la filiación natural no se debe admitir que sea impugnabile por dolo, aunque nuestra doctrina dominante, por inercia, lo admita sobre la base de una equivocada jurisprudencia que así lo declaró (T. S. sentencias de 12 de junio de 1885, 25 de junio de 1909 y 26 de octubre de 1927).

Podría pensarse que es improcedente el traer aquí a colación, como ejemplo de negocio no impugnabile por dolo, el reconocimiento de la filiación natural, del que precisamente creemos que no es negocio jurídico. Mas lo hacemos por dos razones: 1.ª, por que hay un amplio sector de doctrina y jurisprudencia que piensa que lo es, y 2.ª, porque aun partiendo de que no lo sea, sin embargo, por ser *acto semejante a los negocios*, podría defenderse, por analogía, su impugnabilidad por dolo, que es lo que deseamos evitar.

15. *Compensación.*

Aun en el supuesto de que un negocio pudiera ser impugnabile por dolo, en concreto, la impugnación no se concede cuando actuaron dolosamente las dos partes. A tenor del artículo 1.270, 1.º, se puede decir que cesa la impugnabilidad, de «haber sido empleado por las dos partes contratantes».

Se trata de la llamada compensación del dolo; compensación que requiere ser dolo determinante el de ambas partes.

Esa norma no es susceptible de aplicar en los negocios unilaterales, pero sí en los plurilaterales, siempre dejando a salvo la posición de las partes que no obraron dolosamente.

16. *Prueba.*

El dolo ha de ser probado por quien lo alegue. Mas, para que prospere la impugnación de la declaración emitida por dolo, ¿basta probar la conducta dolosa, hay que probar aparte el *animus decipiendi del sujeto* que lo ejercita, el engaño que provocó (el error en que se hizo caer) al sujeto que impugna, y que tal engaño le determinó a declarar?

Si no constan todos éstos extremos no se habrá demostrado realmente que se fué inducido a declarar por causa del dolo.

Ahora bien, probados los hechos externos en que consiste el comportamiento doloso, no parece que se requiera, además, una prueba directa, una demostración aparte, mediante la aportación de nuevos hechos, de la existencia del *animus decipiendi*, del engaño, y del nexo de causalidad. Estos podrán establecerse mediante presunciones edificadas sobre la base de la conducta exterior (dolosa) cuya existencia se demostró, habida cuenta de si normalmente la conducta observada encierra *animus decipiendi* y es suficiente para engañar, y de si, también normalmente, el engaño de que se trate determinaría la declaración que se emitió. Si normalmente es así, corresponde al autor de la conducta insidiosa, probar que tal conducta, por la causa que sea, no constituyó un supuesto de dolo que viciase la declaración; por ejemplo, porque el declarante, a pesar de las maquinaciones, tenía conocimiento de la realidad; o bien, porque habría emitido la declaración aun sin tales maquinaciones.

IV. ERROR

17. *Error obstativo.*

A) *Concepto.*

Provocan el error obstativo una discrepancia inconsciente entre declaración y voluntad. Diferenciándose del error vicio, en cuyo caso coinciden éstas, pero la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía a la realidad, y tal voluntad no se habría formado de haber conocido la verdad.

Por ejemplo, si queriendo vender por 100, se declara vender por 10, hay error obstativo; llamado también error en la declaración o error impropio. Si se quiere vender por 10 y se declara así, pero se quiso ese precio creyendo que lo vendido era de metal dorado, cuando realmente era de oro, entonces hay error vicio; llamado también error propio.

B) *Supuestos posibles.*

Son supuestos posibles de error obstativo:

1.º El sujeto emite una declaración no querida tal como resulta emitida.

No se quiere la declaración en su configuración exterior, pero por error (obstativo) se emite.

Por ejemplo, se dice o escribe una palabra diversa de la deseada (*lapsus linguae* o *calami*), se entrega una cosa en vez de otra, se firma un documento, confundiendo con otro, o, sin leerlo, se firma uno que se cree dice algo distinto de lo que verdaderamente dice, o se firma en blanco, siendo, después, rellenado el documento

de forma distinta a la que quiso el firmante (5 bis), o se mete en el sobre dirigido a A, la carta que se escribió a B.

En estos casos, por definición falta la voluntad de *esa* declaración, aunque hay voluntad de declaración (de *otra* declaración). Y, evidentemente, la no querer *esa* declaración no se quiere tampoco su contenido, sino que se quiere el de la que se deseaba emitir; hay, pues, discrepancia entre lo querido y lo que resulta declarado.

Si se tiene presente ahora lo que se dirá al hablar de cuándo no existe verdaderamente declaración, sino sólo una declaración aparente (6), se podrá apreciar que la diferencia entre los casos en que esto ocurre y los casos vistos, en que hay error obstativo, reside en que en aquéllos falta *absolutamente* la voluntad o conciencia del comportamiento (acto voluntario, en que consiste la declaración). (A alza el brazo—signo de aceptación—inconscientemente), o también *absolutamente* (aun siendo el comportamiento voluntario) falta la conciencia de su valor de declaración (A alza el brazo queriendo, pero no sabe que ello significa aceptación); mientras que en los casos vistos de error obstativo hay conciencia y voluntad de un *comportamiento* querido como *declaración*, pero inconscientemente no se ejecuta aquél tal como se deseó. Por eso la falta de voluntad de declarar no es *absoluta* sino *relativa* (en cuanto a la declaración que resulta emitida). Y así es posible decir que hay, no una falta de verdadera declaración (como la hay, en principio, en aquellos casos), sino una falta de la declaración querida, en cuyo lugar, por error (obstativo), resultó emitida otra; cosa por la cual ésta discrepa de la voluntad interna.

2.º El sujeto emite una declaración que es querida tal como resulta emitida, pero que es *inadecuada para manifestar la voluntad real*.

La declaración se quiere en su configuración exterior; pero, por error (obstativo), significa algo distinto de lo que se pretendió expresar.

Por ejemplo, se vende el fundo X creyendo que se llama así el fundo Y, o se compra tal fundo en 1.000 pesos creyendo tratarse de pesos argentinos, cuando realmente del contrato se deduce que son mejicanos, o queriendo arrendar se da en comodato, por creer que «comodar» significa «arrendar».

En estos casos hay voluntad de realizar la conducta declaratoria realizada; pero, por tener ésta un sentido distinto del creído, no hay voluntad del contenido volitivo declarado.

En definitiva, la declaración discrepa de la voluntad, porque la conducta que se observó (coincidente con la que se quiso observar) no expresa lo querido.

(5 bis) Cfr. Sentencia de 17 abril 1923

(6) *Infra*, número 48 y siguientes.

C) *Hay error obstativo sólo si la voluntad discrepa de la declaración después de interpretada ésta debidamente.*

Debe quedar bien claro que para que haya error obstativo debe existir discrepancia entre lo querido y el sentido que, después de interpretada debidamente, resulta atribuido a la declaración. Así, pues, si ésta, *prima facie*, dice algo que discrepa de la voluntad, pero realizando después una exégesis más profunda, se concluye que su sentido verdadero es otro, coincidente con la voluntad interna, entonces no hay error obstativo. Igualmente no lo hay cuando aunque de una parte de la declaración pueda deducirse cosa distinta de la querida; no obstante, interpretando aquélla en su conjunto, se logra restituir su verdadero sentido, incluso a aquella parte. Podrá haber, en tal caso, mera *equivocación*, o, si se quiere, *error* (en sentido vulgar), pero no en el sentido jurídico de *error* (obstativo). Por ejemplo, si se quiere instituir heredero a A, y al dar los datos para designarlo, aunque se le llama B, queda claro, por otras circunstancias y extremos de la declaración, que el instituido es A. Rige el principio de que *falsa demonstratio non nocet*, lo que supone que el dato equivocado, pero con equivocación salvable, no crea error obstativo.

D) *Diferencia entre error obstativo y vicio.*

Normalmente—al menos en teoría—la distinción entre error obstativo y error vicio es segura; pero, en ciertos casos, puede ser dudoso si se trata de uno o de otro. Ello acontece porque en ocasiones no queda claro si lo que se declara discrepa de lo que se quiere, o si lo que realmente hay es que, coincidiendo declaración y voluntad, se quiso aquello por error (vicio).

Sin embargo, a tenor de lo dicho para el segundo grupo de casos de error obstativo, debe resolverse que se trata de éste, siempre que la declaración sea inadecuada para expresar lo querido. Por ejemplo: yo quiero vender el objeto X, y, refiriéndose a él mi voluntad, digo que vendo el objeto que está en el almacén, porque creo que tal objeto X se encuentra allí; resultando, sin embargo, vendido el objeto Y, que es el que realmente está en tal lugar. Hay error obstativo porque discrepa lo querido (X) de lo declarado (Y), por ser inadecuada la declaración para referirse a X. Pero también puede ocurrir que se quiera vender el objeto que está en el almacén (la voluntad se refiere a éste) y, en efecto, se declare venderlo; mas el vendedor formó su voluntad de venderlo por la errónea creencia de que el objeto en cuestión era el X y no el Y, como realmente sucedía. Entonces hay error de vicio (7), porque no es que discrepe lo querido de lo declarado, sino que se formó por error la voluntad interna.

(7) Que sea jurídicamente relevante o no, es cosa que, a los efectos del ejemplo, no importa.

E) Regulación positiva.

Visto qué sea conceptualmente el error obstativo, cabe preguntarse qué efectos debe producir en teoría y cómo se regula en nuestro Derecho.

La ley no habla de él en particular, sino sólo de «error», en general. Ante ello caben dos posiciones: 1.º Entender aplicable la regulación legal al error obstativo, por considerarlo una clase de error. 2.º Entenderla no aplicable directamente por estimarla referida al error *vicio*. Bien que en este caso puede pensarse: A) Que para el error obstativo deben regir reglas propias de los supuestos de discrepancia entre voluntad y declaración. B) Que a tal error debe aplicarse, por analogía, lo dispuesto para el error *vicio*.

La jurisprudencia, contemplando un caso de error obstativo, ha dicho que, «no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad declarada, pues así se infiere no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los artículos 1.265 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios del consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675 a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien la afirme, ya que si no se prueba, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe por otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de hacerla producido.» (Sentencia de 23 de mayo de 1935.)

Parte de la doctrina se decide por la aplicación analógica de los preceptos relativos al error *vicio*, mientras que otra opina que esta aplicación no procede, de forma que será preciso acudir a los principios generales, a cuyo tenor la discrepancia entre declaración y voluntad produce la nulidad de la declaración (salvo

los principios de responsabilidad y confianza), consecuencia diferente de la producida por el error vicio que hace la declaración, no nula, sino meramente impugnabile.

En nuestra opinión, para resolver la cuestión debe tenerse en cuenta—como ya ha puesto también de relieve la doctrina—que aunque especulativamente el error obstativo y el vicio aparezcan como dos figuras perfectamente distintas, sin embargo, desde el punto de vista de las consecuencias que tengan respecto de la declaración, deben recibir el mismo trato, ya que, en definitiva, uno y otro desembocan en algo que *prácticamente* es lo mismo: que *por error* (8) se declaró algo que no se quiso (obstativo) o se declaró algo que sin el error no se habría querido (vicio).

Si *en lo que en la realidad social importa* son análogos, la regulación jurídica de uno y otro no debe ser diferente, aunque uno y otro sean ciertamente diferentes, porque lo son, pero sólo en algo cuya importancia es puramente especulativa.

Prueba de que la igualdad de trato que defendemos para nuestro Derecho positivo es conveniente, hallamos en el BGB (§ 119) y en el Código italiano de 1942 (art. 1.433), cuerpos en los que, con pleno conocimiento de la cuestión suscitada, se resolvió ésta a favor de la equiparación.

Y aún queda otro sólido argumento de Derecho positivo en pro de la tesis defendida. Es el siguiente:

Aunque nuestro Código habla sólo de *error*, sin especificar, y aunque se entienda que artículos como el 1.265 y siguientes se refieren al error vicio, no cabe duda de que en otros artículos—así 101 y 102—el error contemplado es obstativo (9), y también en este caso la ley sanciona no la nulidad, sino la impugnabilidad de la declaración, cosa que permite asegurar fundadamente que—como regla—, a tenor de nuestra ley, uno y otro merecen igual tratamiento.

En conclusión, creemos:

1.º No cabe duda de que en los casos de error obstativo contemplados por nuestro Derecho, éste sanciona la impugnabilidad de la declaración (igual tratamiento que da a los casos de error vicio).

2.º En cualesquiera otros en los que se hable simplemente de error, la regulación dictada debe, en principio, aplicarse al obstativo, bien por entender que lo abarcan, bien por entender que refiriéndose sólo al vicio tales normas son aplicables, por analogía, al obstativo.

3.º Por último, cuando falten, para un negocio singular, disposiciones relativas a los efectos que en él produciría el error,

(8) El equiparar la regulación de uno y otro, *por haber en ambos casos un error*, excluye la equiparabilidad (en cuanto a las consecuencias), a los vicios de la voluntad, de los supuestos de discrepancia consciente entre voluntad y declaración, que de equipararse, darían lugar no a nulidad, sino a impugnabilidad.

(9) No queremos entrar ahora en si también cabe el vicio.

en principio, y salvo las advertencias que después haremos, la eventual invalidez debe extenderse uniformemente al error, tanto vicio como obstativo.

18. *Error vicio*

Según lo ya apuntado, hay error vicio cuando se forma una determinada voluntad (interna) sobre la base de una creencia inexacta, cuya voluntad coincide con lo declarado (salvo en el caso de que además haya un error obstativo). Por ejemplo, se compra un cuadro por creerlo de un pintor famoso cuando realmente no lo es, o se vende un objeto creyendo que no es de oro cuando realmente lo es.

Hay una declaración que recoge la voluntad interna; pero como esta se formó viciosamente, aquélla es impugnabile.

Conceptualmente el error vicio funciona como *motivo* que determina la formación de la voluntad (si se compra una finca por creerla—erróneamente—rústica, o se compra un cuadro por creerlo—erróneamente—de un pintor famoso, el error *motiva* la decisión de comprarlo).

Para que haya error se requiere que la idea errónea sea suficientemente segura. Por eso, cuando sólo se estima probable o posible una cosa, no hay error en el caso de que la idea, insegura, que se tenía de ella no corresponda a la realidad. Así ocurre cuando el cuadro comprado no es de un pintor famoso y se compró pensando que podría serlo a que lo sería probablemente, pero sin estar convencido de que lo fuese.

Al error se equipara la ignorancia; hablándose también de error vicio cuando la voluntad se formó viciosamente no por un conocimiento equivocado, sino por una falta de conocimiento de la realidad (ignorancia).

19. *Estudio unitario*

Como creemos que en nuestro Derecho la regulación del error, sea vicio u obstativo, es, en principio, unitaria, una vez que hemos expuesto las diferencias conceptuales entre uno y otro, vamos a abordar conjuntamente el estudio de los mismos, sin perjuicio de que oportunamente se pongan de relieve cualesquiera particularidades que existan.

20. *El error ha de ser esencial*

El error, en los términos que después veremos, permite impugnar la declaración, pero para ello ha de ser *esencial* en el sentido de ser de tal índole que sin haberlo padecido no se hubiese emitido la declaración. Para expresar este concepto también se dice que ha de haber sido *determinante* de aquélla o que ha de haber constituido la *causa principal* de la misma.

La necesidad de que sea esencial se desprende del propio papel que está llamada a desempeñar la impugnación de la declaración por error, papel que consiste en invalidarla, pero solamente si no se hubiese emitido sin el error. Positivamente tal necesidad se apoya en el artículo 1.266 y en el espíritu que lo informa.

Si es obstativo, es esencial el error cuando la discrepancia entre voluntad y declaración recae en algo esencial (se declara donar a *A*, cuando se quería donar a *B*); si el error es vicio, es esencial cuando sin él no se habría formado la voluntad que se declaró.

El criterio para juzgar la esencialidad puede ser objetivo y subjetivo. Es objetivo cuando para formar tal juicio se tiene en cuenta la opinión del tráfico, o sea el sentir común ante un caso como el contemplado. Es subjetivo cuando sólo se atiende a si el sujeto concreto que padeció el error atribuyó carácter decisivo para emitir su declaración a la circunstancia sobre la que erró.

Siguiendo el criterio objetivo, la declaración puede ser impugnable aunque el sujeto la hubiese emitido incluso sin haber padecido el error. Por ejemplo, según la opinión del tráfico, es error esencial el consistente en creer un cuadro de un pintor famoso cuando realmente no lo es. Ahora bien, *A*, que creyendo ser el cuadro de un pintor famoso lo compra, pero que lo habría comprado igualmente aunque no lo fuese, puede impugnar su declaración a tenor de dicho criterio.

Siguiendo el criterio subjetivo podría impugnarse la declaración en casos en que el error verse sobre algo que sea decisivo para el sujeto concreto, pero que no importe, según la opinión común. Por ejemplo, siendo la calidad igual, no obstante *A* no habría comprado un objeto de hierro de haber sabido que era de la Fundación *X* en vez de la de Fundación *Y*. A tenor de dicho criterio, *A* podría impugnar la compra hecha a la Fundación *X*.

Naturalmente también cabe combinar ambos criterios y adoptar alguno ecléctico.

¿Cuál sigue nuestro Derecho?

En principio la doctrina y la jurisprudencia (10) más extendidas estiman que el subjetivo. Mas, aun pareciendo exacta tal tesis, se debe hacer una aclaración:

El criterio subjetivo seguramente inspira el artículo 1.266, párrafo 2.º, y la propia parte final del párrafo 1.º, pero la primera parte de éste—al menos en su sentido literal—se puede entender que se basa en un criterio objetivo, pero objetivo no porque dependa de la opinión común en vez de depender de la del sujeto declarante, sino porque depende de la materia de que sea el objeto sobre cuya materia se yerra: «Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato.» En efecto, cabe decir que el criterio es objetivo porque el error depende no de una opinión, sino de que la sustancia de

(10) Así Sentencia del T. S. de 14 junio 1943.

la cosa sea otra distinta de la que se creyó. Mas, sin embargo, incluso aquí debe aceptarse un criterio subjetivo, ya que se exige, para que haya error, que la sustancia sea distinta de la que se creyó; pero, presupuesto esto, el error tendrá relevancia no por este simple hecho, sino sólo en cuanto el creer distinta la sustancia haya determinado en el caso concreto al sujeto a emitir la declaración.

Ahora bien, como la prueba del error incumbe al que sostiene haberlo sufrido, cuando se acepte el criterio subjetivo, pero el error no sea esencial según el criterio objetivo, habrán de probarse por el declarante no sólo los hechos constitutivos del error (a base de cuya prueba se *presume* en el caso concreto la esencialidad del error, si éste es esencial según el criterio objetivo), sino también que ese error fué esencial según el criterio del declarante. La dificultad de esta prueba igualará *prácticamente* el criterio subjetivo al objetivo.

21. *Error parcial*

El error puede alcanzar a toda la declaración o sólo a una parte de ella. Se habla en este supuesto de error parcial. Y aunque sea parcial el error puede ser esencial, cosa que depende de si la declaración, en su conjunto, se habría emitido o no de haber conocido exactamente la parte de la realidad sobre la que se erró.

22. *Excusabilidad*

En nuestro Derecho no se exige que el error sea excusable.

Tal falta de exigencia es segura para el error vicio y nos parece que también para el obstativo, por aplicársele, en principio, iguales normas que a aquél.

Sin embargo, el T. S., resolviendo un caso de error obstativo, ha mantenido, en general, para los casos de discrepancia entre declaración y voluntad, que «cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia (tal ocurre si el error obstativo es inexcusable), existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico que se oponen a que pueda... ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido» (Sentencia de 23 de mayo de 1935).

Realmente esa doctrina, aunque no sentada con vistas a la excusabilidad del error, viene a exigirla para permitir impugnar la declaración cuando tal error es obstativo, pues ser inexcusable es tanto como deberse a negligencia del que lo sufre, no admitiéndose entonces la impugnación.

Nos parece que la *explicación* de la posición del T. S. se halla en haber querido abordar una materia, como lo es la discrepancia entre voluntad y declaración, como si tal discrepancia estuviese huérfana por completo de regulación en la ley, sin tener en cuenta que concretamente la discrepancia inconsciente (error obstativo) encaja—por las razones expuestas a su debido tiempo—en los moldes del error que el Código recoge.

Pensamos—en contra de tal jurisprudencia—que en el caso de error obstativo inexcusable, es también impugnabile la declaración sin que ésta —discrepante de la voluntad—se mantenga a base de la responsabilidad del declarante. Tal principio de responsabilidad resulta implícitamente rechazado en este caso en cuanto que la ley acoge el de voluntad en toda su amplitud al exigir simplemente, para dar paso a la impugnación, que haya error, omisión hecha de que proceda o no de culpa del declarante. No se trata, pues, de una laguna legal que pueda llenar la jurisprudencia aplicando los principios generales del Derecho como ocurre en otros casos de discrepancia (consciente) entre declaración y voluntad, sino que se trata de que exigir la excusabilidad es añadir, por esa jurisprudencia, un requisito más al error, requisito que la ley no establece.

También el T. S. (así sentencia de 14 de junio de 1943) se ha inclinado por requerir la excusabilidad del error vicio (11). Pero estimamos equivocada tal posición a tenor de nuestro Código civil.

Los inconvenientes prácticos que podrían seguirse de admitirse la impugnación por error inexcusable (inconvenientes que, admitidos, sólo justificarian la crítica de la ley, pero no el darle un sentido que no es el suyo) se obvian. 1.º Por la gran dificultad de probar el declarante que padeció error, cuando éste sea tal como para considerarlo inexcusable. 2.º Por el deber de indemnizar, a tenor del artículo 1.902, a quien habiendo confiado en la validez de la declaración sufre un daño al ser ésta impugnada, daño procedente de culpa o negligencia del declarante.

23. *Error de hecho y de Derecho*

El error puede ser de hecho o de Derecho, *error facti* o *error iuris*. Admitiéndose éste hoy comúnmente, a diferencia de otras veces en que se rechazaba por la creencia equivocada de que lo

(11) Dice dicha Sentencia que «aun cuando el C. c., patrio no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con una nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia, no puede ser invocado, por el que haya incurrido en él, para anular la declaración, o cuando menos que, según se expresó en la Sentencia de 15 enero 1910, es mucho menos admisible el error cuando quienes contratan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio».

Sin embargo, como puede verse, a tenor de la parte final del fallo transcrito, el propio T. S. atenúa la exigencia de la excusabilidad del error.

contrario suponía aceptar *de iure* que la ley pudiese incumplirse por ignorancia o error.

No cabe duda de que el error de Derecho no tiene que ver con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de la ley, pues una cosa es que la ignorancia o errónea noticia de ésta no excuse de cumplirla (C. c., art. 2) y otra que por ignorarla o interpretarla erróneamente se emita una declaración (que el sujeto era dueño de emitir o no) que, habiendo conocido o interpretado bien aquélla, no se hubiese emitido.

Por ejemplo, no porque se ignore que la ley ordena el pago de un impuesto, es posible excusarse de pagarlo, incumpliendo así aquélla. Mas, cosa diferente es que si se dona una cosa creyendo que el donatario adquiere sólo el derecho a usarla temporalmente, y después se llega a saber que la donación lo convierte en dueño, se pueda impugnar tal donación, porque realmente no se quiso donar, sino sólo dár un comodato.

Hay error de Derecho cuando la voluntad (si es vicio) o la discrepancia entre ésta y la declaración (si es obstativo) es determinada por ignorancia o inexacto conocimiento o interpretación de una *norma jurídica*. Lo hay de hecho cuando la ignorancia o inexacto conocimiento versan sobre algo que no sea una norma jurídica; por ejemplo, un hecho, una cosa, una persona.

El error sobre el derecho subjetivo no es error de Derecho, aunque recaiga sobre un *derecho*, ya que no recae necesariamente sobre una *norma*. Será error de Derecho o de hecho, según verse sobre un elemento de hecho o de Derecho. Por ejemplo se puede creer erróneamente que *A* es propietario del objeto *X*: el error será de hecho, si es que se ignora que lo había donado; pero el error será de Derecho si es que, sabiendo que lo había donado, se cree que el donante sólo pierde temporalmente el uso de lo donado.

24. Clases de error

La bipartición del error en de hecho y de Derecho es exhaustiva. Ahora agruparemos los distintos errores, según otros criterios, teniendo en cuenta los supuestos más usuales, trátense de errores vicios u obstativos.

A) «*In corpore.*»

Error *in corpore* es el que recae sobre la *identidad* del objeto: se vende el fundo *X* cuando se quería haber vendido el *Y*. Es siempre error obstativo (12) como todo error en la identidad, sea del objeto, del sujeto o del negocio.

(12) Algunos, sin embargo, creen que puede ser error vicio. En prueba de ello, se aduce el siguiente ejemplo: Se quiere comprar el caballo *X*, y se declara comprar el caballo *X*, que está presente, mas, la voluntad de comprarlo

B) *Error «in substantia» e «in qualitate».*

Por *error in substantia* se pueden entender diversas cosas. Con un criterio estricto sólo lo sería aquel error que recayese sobre la materia de que fuese el objeto (joya de oro en vez de cobre). Pero normalmente hoy la doctrina y la jurisprudencia, particularmente de los Derechos que como el nuestro utilizan todavía la expresión «error en la substantia» (art. 1.266, 1.º), dan a la misma un amplio sentido que alcanza a la materia, sustancia o esencia de la cosa, así como a aquellos atributos, cualidades o caracteres que siendo propios de aquéllas o incluso ajenos a las mismas, son tenidos en cuenta (por ejemplo, un terreno en su modo de ser no varía porque la ley prohíba edificar en él, pero su inedificabilidad puede provocar un error *in substantia* si, equivocadamente, el comprador lo cree edificable).

Así se llega incluso a englobar dentro del *error in substantia* al error en las cualidades—*in qualitate*—cuando éstas son sustanciales o esenciales, dejando entonces la expresión *error in qualitate* para referirse sólo a las cualidades secundarias o accidentales.

En nuestra opinión, a la vista de nuestro Derecho positivo, parece más acertado que hablar de *error in substantia* para referirse a todos los supuestos del artículo 1.266, 1.º («Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo»), y de *error in qualitate* para referirse a las cualidades secundarias, hablar del *error in substantia* para aludir al que recaiga «sobre la sustancia de la cosa (13) que fuere objeto del contrato [de la declaración]» (art. 1.266, 1.º, 1.ª parte), y de *error in qualitate* para expresar el que recae sobre las cualidades o condiciones de aquélla, entendiendo por tales cualesquiera circunstancias que influyen en la consideración que de la cosa se hace, pudiendo este error afectar a las «condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» (art. 1.266, 1.º, 2.ª parte) (en cuyo caso permitirá impugnar), o bien afectar sólo a condiciones o cualidades secundarias (en cuyo caso no será posible dicha impugnación).

se ha formado por creer, erróneamente, que se trata de otro caballo, también llamado X, que ganó una famosa carrera.

Nosotros pensamos que una de dos: O este ejemplo no es de error vicio, como se pretende, sino de error obstativo, ya que—independientemente de la coincidencia de nombres—la voluntad se dirige a un caballo—el X, ganador—y la declaración a otro—el X, presente—; luego discrepan. O, si este ejemplo es de error vicio (porque la voluntad y la declaración se dirigen ambas al caballo X, presente, pero aquélla se formó dirigida a este X, por creer que era el ganador), entonces, no se trata de un error *in corpore*, pues se quiere comprar el caballo X presente (es decir, no hay error en su individualidad), aunque se quiera por la creencia (errónea) de que es el ganador.

(13) El término «cosa» debe, naturalmente, entenderse en un sentido amplísimo que abarque cualquier objeto, en sentido jurídico.

Así, pues, a tenor de lo dicho más arriba (14), y como posteriormente se concretará, los errores *in substantia e in qualitate* (lo mismo que los *in corpore, in persona* y todos los demás) son errores relevantes o no, según que hayan sido o no determinantes de la declaración, y es desacertado considerar que hay un *error in substantia* que es el relevante (y bajo cuyo epígrafe se engloban todos los casos de errores que, siendo relevantes, atañen a la materia de la cosa o a sus cualidades, condiciones, etc.) y un *error in qualitate*, que es irrelevante, bajo el cual se arrinconan todos los supuestos de errores que, versando sobre las cualidades, no han determinado la emisión de la declaración.

C) *«In quantitate.»*

También puede el error ser *in quantitate*, es decir, versar sobre la cantidad, bien sea en cuanto a las dimensiones de la cosa o en cuanto al número de unidades que encierra, o en cuanto a la cifra por la que se adquiere, etc.

D) *De cuenta.*

El error de cuenta, que aparece recogido en el párrafo tercero del artículo 1.266, no debe confundirse con el de cantidad, pues consiste en un defecto de cálculo u operación aritmética cuyos factores o bases se hallan fijados sin error. Por ejemplo, se vende una finca de diez hectáreas en mil pesetas por haber padecido un error al multiplicar aquellas diez por diez mil pesetas, cifra en que cada una se valoró. Así no cabe confusión con el error de cantidad, consistente, por ejemplo, en comprar un solar porque se cree que tiene X metros cuadrados de extensión, que es la que se necesita para levantar determinado inmueble.

E) *Error «in persona».*

A diferencia del *error in corpore*—referente al objeto—el error *in persona*—referente al sujeto—(que para ser enfocado con un criterio igual al adoptado para aquél, habría de versar sólo sobre la *identitas* de la persona: dono a A, queriendo donar a B), puede recaer sobre la identidad—individualidad—o sobre las cualidades corporales o morales, jurídicas o de hecho de la persona.

Fácilmente se comprende que se trata de que en la terminología consagrada, así como para referirse al error sobre el objeto, se subdistingue entre *error in corpore*, atinente a su identidad, *error in substantia*, *error in qualitate*, etc., para referirse a la persona, todos estos errores se engloban bajo el epígrafe común de error *in persona*.

(14) Número 20.

El error en la identidad de la persona es siempre obstativo; el error en las cualidades puede ser también vicio: así, arriendo los servicios de A, porque creo que es un competente electricista, cuando realmente no sabe nada de electricidad.

F) *Error «in negotio».*

Bajo la denominación de *error in negotio* no siempre se alude a lo mismo, aunque, desde luego, se trate en todo caso, de error referente al negocio.

Principalmente, se entiende por tal el error sobre la indole, contenido principal o naturaleza del negocio: por ejemplo, se da en enfiteusis, creyendo que se llama así, a una case de arrendamiento.

No hay, sin embargo, *error in negotio*, cuando materialmente, por un *lapsus*, se dice enfiteusis, pero se sabe lo que es ésta, y lo que es el arrendamiento, y se quería arrendar y también se pretendió decir *arrendamiento*.

Error en las consecuencias del negocio o en los efectos de éste: se quiere, por ejemplo, dar algo en prenda, pero se quiere, por creer que el constituyente no pierde la posesión de lo pignorado (Código c. art. 1.863), o se quiere vender una cosa, pero creyendo que como vendedor no se responde de la evicción ni de los vicios ocultos (C. c. arts. 1.461 y 1474).

En muchas ocasiones este error es *error in negotio*, porque creer que tiene otros efectos de los que realmente tiene, cuando se trata de los fundamentales, va ligado a creer que tiene una naturaleza distinta de la real.

Existe *error en los requisitos o elementos del negocio* cuando el sujeto cree que la Ley exige requisitos que verdaderamente no son exigidos, o que no precisa alguno que realmente se requiere. Por ejemplo, ignorando el artículo 1.863, se cree válidamente celebrado un contrato de prenda, sólo por el acuerdo, sin *datio rei*.

G) *Error en los motivos.*

Ya se dijo (15) que el error vicio funciona como *motivo* que determina la formación de la voluntad. Ahora bien, como por *motivos*, en sentido técnico, se entienden las razones personales, ajenas en sí al negocio jurídico, que inducen a emitir la declaración (en este sentido es, por ejemplo, *motivo* de la compra el querer la finca para reposar en ella o el quererla porque se cree haber sido nombrado para desempeñar un cargo en la localidad donde aquélla radica, o el querer el cuadro para adornar un habitación), no son motivos, en tal sentido técnico, aquellas razones objetivas que fundamentan la voluntad (así, aunque la finca se compre *porque* sea rústica, o el cuadro se compre *porque* sea de un pintor

(15) Número 18.

famoso, no es *motivo*—en sentido técnico—de la compra de la finca el que ésta sea rústica, o de la compra del cuadro, el que éste sea de un pintor famoso). Por eso, al objeto de evitar confusiones provocadas por la terminología, conviene—aclarando lo anterior—no hablar de motivos para designar esas razones objetivas. De manera que al error en ellas lo llamaremos error vicio; y al error en las razones personales subjetivas y mudables de sujeto a sujeto, error en los motivos; error que, como veremos después, solo excepcionalmente permite impugnar la declaración.

25. *Efectos.*

A) *En general.*

La declaración emitida por error vicio u obstativo es generalmente impugnabile, salvo las limitaciones que a continuación expondremos:

El Código establece la impugnabilidad en una serie de supuestos (lo que no excluye, de por sí, que aquélla se admita para otros no mencionados): artículos 101, para el matrimonio, 1.265, para los contratos en general, 1.817, para la transacción. En otros no se habla explícitamente de error, pero está comprendido o presupuesto: artículos 767, 862 1.º, 997, 406 y 1.073.

Como decíamos con anterioridad, para dar lugar a la impugnación el error ha de ser esencial, dando igual que recaiga *in corpore* que *in substantia*, que *in qualitate*, que *in quantitate*, que *in persona*, que *in negotio*; pues aunque la letra de la Ley no aluda a todos ellos (cfr. art. 1.266), sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia (a veces, con confusas expresiones, pero debiéndose esta confusión al propósito de encajar dentro de la letra de la Ley casos no previstos en ella), captando su espíritu, admiten todo error que sea esencial.

Conviene precisar ahora una serie de puntos.

B) *Error «in quantitate».*

El error *in quantitate* se rige por el artículo 1.226, 1.º *in fine*, en cuanto que hubiese determinado principalmente la emisión de la declaración.

Ahora bien, con frecuencia se examinan por la doctrina supuestos de error (obstativo) *in quantitate*, admitiéndose en algunos de ellos la validez de la declaración por la cantidad menor. Por ejemplo, se quieren donar 1.000 pesetas, pero por error, se declara donar 2.000, y el donatario acepta. La donación vale por 1.000. En éste y otros casos, se debe advertir que el aforismo *in eo quod plus est minus inest*, no puede aplicarse, en general, y que realmente la única norma segura es la de que se debe tender a la

conservación,, al menos parcial, del negocio; siendo posible establecer las siguientes reglas: 1.ª El negocio unilateral es válido por la cantidad menor, puesto que ésta se quiso y se declaró (va comprendida en la voluntad y en la declaración de la mayor): por ejemplo, se legan 1.000 pesetas, habiendo querido legar 100; el legado es válido por 100, aun en un derecho positivo que admitiese la impugnación del legado en caso de error. 2.ª el negocio bilateral es, también, válido por la cantidad menor, si en la voluntad de la mayor va implícita la de menor y ésta se declara o va implícita en la cantidad declarada: por ejemplo, el caso visto antes de donación; o bien, en una compraventa el vendedor quiere vender por 500, pero por error declara 1.000, y el comprador está de acuerdo; o el comprador, que quiso ofrecer 1.000, declaró 500, por error, y el vendedor acepta: estas compraventas son válidas por 500. Ahora bien, si el querer la cantidad mayor no implica querer la menor, el negocio es impugnabile: por ejemplo, el comprador, queriendo comprar por 500, declara comprar por 1.000, y el vendedor acepta; en este caso la cifra menor, querida por el comprador, no lo fué, ni siquiera implícitamente, por el vendedor.

C) *Error de cuenta.*

El *error* de cuenta sólo dará lugar a su corrección, dispone el artículo 1.266, 3.ª; no procediendo, pues, nunca, la impugnación. Tal *error* no lo es realmente, sino que se trata de una simple *equivocación* o, si se quiere, error en sentido vulgar, pero no jurídico, pues presupone un mero fallo en una operación aritmética o en un cálculo, cuyos factores se conocen con exactitud. Así, pues, salvada la equivocación, cosa posible por la corrección de la operación, con elementos de la propia declaración, resulta que ésta ha recogido verdaderamente la voluntad, en cuyo caso *no hay error* (obstativo), razón por la que la impugnación no procede.

D) *Error «in persona».*

El *error in persona* sólo es esencial en los negocios celebrados *intuitu personae*, así el matrimonio (art. 101, 2.ª), o ciertos contratos—«El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo», dice el artículo 1.226, 2.ª—como la donación, o el arrendamiento de servicios de un sujeto por razón de sus conocimientos.

Al *error in persona* en materia testamentaria aludiremos después.

E) *Error en las consecuencias del negocio.*

El error en las consecuencias del negocio es, sin duda, causa de impugnación cuando es *error in negotio* (16), es decir, cuando

(16) Véase *supra*, número 24, F).

versa sobre las consecuencias o efectos fundamentales, ya que habiéndose creído *otros* efectos se creyó celebrar *otro* negocio. Por ejemplo, es impugnabile la *venta* si se creyó que el comprador sólo adquiriría derechos al uso temporal de la cosa: entonces, realmente, no se quiso *vender*.

El error sobre consecuencias secundarias o de Derecho supletorio (en general, los llamados *naturalia negotii*), no se considera como causa de impugnación. Por ejemplo, no es impugnabile la venta si el vendedor creyó que no estaba obligado al saneamiento de la cosa vendida, o ignoraba estarlo.

Sin embargo, ¿prácticamente es posible que, en el caso concreto, tal compraventa no se hubiese celebrado de no haber padecido el error el vendedor?, ¿puede decirse— a tenor del artículo 1.266 que tal error ha sido causa principal del negocio o que principalmente ha impelido a su celebración?

Parece segura la respuesta afirmativa a la primera pregunta. En cuanto a la segunda, se impone la negativa, no ya por la inseguridad jurídica a que daría lugar lo contrario, sino porque, queridas las consecuencias fundamentales, debe entenderse que la consecución de éstas, es la causa principal de la emisión de la declaración; con lo cual, el error en las consecuencias secundarias no puede estimarse ser él tal causa principal, como exige el artículo 1.266, para que dé lugar a la impugnación.

F) *Error en los elementos o requisitos.*

El error en los elementos o requisitos del negocio es irrelevante *como tal error*: no hay realmente error en sentido técnico. El negocio, sin embargo, es inválido, pero lo es por razón de la falta del requisito en sí. Por ejemplo en el caso de que se crea válidamente celebrado un contrato de prenda, sin haber entregado la cosa (C. c. art. 1.863), o se crea válidamente otorgado un testamento ológrafo en el que falte la fecha (C. c. art. 688, 2.º).

G) *Error en los motivos.*

El error en los motivos es irrelevante, en principio, aunque haya sido determinante de la declaración. Por ejemplo, no se habría comprado la finca de haber sabido que realmente no se había sido nombrado, como erróneamente se creyó, para desempeñar un cargo en el lugar en que ella radica.

Se suele decir, a veces, que es causa de impugnación cuando el motivo (erróneo) se ha elevado a condición, pero esto es inexacto porque entonces se trata de que opera la condición y no el error en el motivo.

Es realmente relevante, como error en el motivo, el error que determina la institución de heredero o el nombramiento de legatario, cuando el motivo (causa) se expresa en el testamento, y

siendo erróneo (falsa), resulta del propio testamento que es determinante, es decir, que no se habría hecho la institución o legado de haberse conocido la verdad (la falsedad de la causa) (C. c. artículo 767, 1.º).

En materia testamentaria, como regla, es irrelevante el error en cualquier otro caso (17); conclusión que se sigue del citado artículo 767, 1.º *a contrario*, del artículo 673, que no menciona al error como causa de invalidez del testamento, y del artículo 743, que lo declara inválido sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código.

Sin embargo, no de lo anterior no debe deducirse que en materia testamentaria no haya absolutamente lugar a invalidez por error, por ejemplo, *in corpore* o *in persona* o *in substantia*, sino sólo por error *en los motivos*, en sentido técnico; porque se trata de que aquellos errores hacen posible la invalidez en cuanto que constituyan un error en el motivo determinante, y éste y su carácter de determinante resulten del testamento.

Para las disposiciones testamentarias el error obstativo es irrelevante, ya que el error sólo es relevante en el caso del artículo 767, que se refiere a un supuesto del error (vicio) en el motivo. Pero si esto no fuera obstáculo suficiente, hay que advertir que el error obstativo habría de ser probado (a tenor del art. 767) intrínsecamente, lo cual es imposible, ya que, por definición, el error obstativo, es discrepancia entre lo *querido* y lo *declarado* (en el testamento), y la supuesta prueba del error no sería prueba del mismo, sino prueba de que el sentido verdadero de la *declaración* no coincidía con el *aparente*. O sea, siempre que se pueda probar, con el propio *testamento*, que lo realmente querido es diferente de lo querido aparentemente, *no habrá error obstativo*, sino que se habrá salvado una mera *equivocación*, dando a la declaración su sentido verdadero, coincidente con la voluntad interna. Este es el caso del artículo 773, 1.º, en su sentido directo (17 bis). Y siempre que la prueba *no resulte del testamento*, no será intrínseca, y será inatacable, por tanto, la disposición, por error, la prueba del cual, a tenor del artículo 767, ha de ser intrínseca.

26. Silencio de la Ley en casos de error.

Cuando la Ley calle respecto a los vicios de la voluntad en un negocio concreto o en una clase de negocios, el problema de si procede o no la impugnación por error, se resolverá por analogía sobre hipótesis previstas en aquélla. Cuando—diferentemente—

(17) Salvo que tiene, sin duda, por base una presunción de error el artículo 862.

(17 bis) En el caso del artículo 773, 1.º *a contrario sensu* («El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero *vicia* la institución, cuando de otra manera *no puede saberse* ciertamente cuál sea la persona nombrada»), tampoco hay error obstativo, sino nulidad de la declaración por ininteligible.

para un negocio se regule la impugnación por *otros vicios de la voluntad*, o sólo por *algún o algunos* tipos de error, parece seguro que, en principio, *a contrario*, habrá que excluir, respectivamente, la posibilidad de impugnar tal negocio por error, o la posibilidad de impugnarlo por errores distintos de los contemplados en la Ley. Tal ocurre, como hemos visto, para los testamentos, e igual afirmación es factible respecto del matrimonio, ya que artículo 101, 2.º, sólo acoge el *error in persona* (18). Sin embargo, en ciertos casos extremos, incluso, habiendo acogido explícitamente la Ley, como causa de impugnación para un negocio, *solo algún error concreto*, parece excesivo excluir *cualquier otro*, argumentando *a contrario*: por ejemplo, relativamente al artículo 101, 2.º, últimamente citado, excluir a base de él, el *error in negotio*: los contrayentes ignoran lo que es el matrimonio (19).

27. Cesación de la impugnabilidad.

Por el propio fin que persigue la impugnabilidad por error, consideramos indudable que, aun emitida la declaración por error vicio u obstativo, sería inimpugnable—sobre la base del principio de conservación del negocio, y de la buena fe: Código civil, artículo 1.258—cuando se accede por quien corresponda (la otra parte, por ejemplo), a mantenerla como si no hubiese habido error. Por ejemplo: A compró un objeto en 100 pesos argentinos, según su voluntad, mejicanos, según su declaración; el negocio es inatacable si (presupuesta la inexistencia de otros obstáculos) el vendedor accede a recibir en pago 100 pesos argentinos. O bien, A ordenó se le enviase una pieza de seda de las que vio anunciadas a un precio que consideró barato, mas al recibirla comprueba que es artificial, en vez de natural, error por el que se decidió a adquirirla: la compraventa es inimpugnable por error, si el vendedor está dispuesto a mantenerla a base de pieza de seda natural.

(18) También es «error en la persona», a tenor de la letra y del espíritu de nuestro artículo 101, 2.º, el tradicionalmente denominado *error qualitatis redundans in errorem personae*. Error (obstativo) que existe cuando la cualidad—sobre la que se yerra—de la persona ha sido utilizada como *medio de individualización* y no como *motivo* de la voluntad. Por ejemplo, hay *error qualitatis redundans in errorem personae* al querer casarse con el hijo del rey, por esta cualidad, si la voluntad va encaminada a contraer matrimonio con él; pero se otorga el sí, erróneamente, frente a otra persona. Habría por el contrario error irrelevante si creyéndose (erróneamente) a una persona hijo del rey, se contrae matrimonio con ella. Entonces, encaminada la voluntad a contraer con la persona concreta allí presente, el que la decisión la haya determinado la creencia errónea, es intrascendente.

(19) Habría ciertamente *error in negotio* si—cosa prácticamente casi imposible—se desconociese la más elemental noción del matrimonio. Y a pesar de no existir error en la persona, cabría sostener la impugnabilidad, por ejemplo, afirmando que la Ley al hablar, con referencia a un negocio, de los vicios de aquélla, da por supuesto que realmente exista voluntad de ese negocio, siendo obvio que cuando lo no querido por error (obstativo) es el negocio mismo, es impugnable la declaración.

28. *Prueba.*

El error debe ser probado por quien lo alega. La prueba versará bien sobre los hechos externos que hayan inducido a él, bien sobre determinada conducta del sujeto, la cual implique que quien la observa padece el error que se alegue. Tales datos permitirán deducir si hubo o no error.

Asimismo, habrá de probarse que fué *esencial*, pero el que lo sea podrá presumirse si—según la opinión común—el tipo de error padecido es esencial. Ahora bien, como según hemos dicho, en nuestro Derecho se adopta el criterio subjetivo para valorar la esencialidad, puede ocurrir que un error objetivamente esencial (por ejemplo, error *in substantia*) no lo sea, para el sujeto que lo padece en un caso singular: entonces, presumiéndose esencial a tenor del *id quod plerumque accedit*, habrá de probarse por quien tenga interés en mantener la validez de la declaración, que el error en el caso contemplado no fué esencial para el sujeto declarante.

En principio se admite cualquier prueba, salvo que otra cosa se deduzca de normas especiales, como, por ejemplo, ocurre en materia testamentaria, donde se exige la prueba *intrínseca* (basada en el mismo testamento): (C. c. art. 767, 1.º, 2.ª parte.)

PARTE SEGUNDA: DISCREPANCIAS ENTRE DECLARACION Y VOLUNTAD

I. TEORÍA GENERAL

29. *Discrepancia entre declaración y voluntad.*

Hay discrepancia entre declaración (voluntad declarada) y voluntad (voluntad interna) cuando el contenido volitivo asignado a la declaración, después de ser debidamente interpretada, es distinto de lo que el declarante quiso internamente, bien porque se quiso otra cosa, bien porque no se quiso nada. Por ejemplo, *A quiere legar el fundo X, y por error (obstativo) declara legar el fundo Y; o B, de acuerdo con C, y para defraudar al Fisco, celebra con aquél una compraventa (simulada) que ninguno de los dos quiere.*

Por voluntad *declarada*—conviene insistir en ello—se entiende, no la que se deduzca de una interpretación exclusivamente *literal* de la declaración, sino aquella que constituye el *espíritu* de esta declaración.

Por voluntad *interna* se entiende, no la que es *exclusivamente* interna (pues entonces no la conocería, sino el sujeto que la tiene), sino la que es *externa* respecto del negocio de que se trate: es interna (del sujeto), porque no ha trascendido al negocio, aunque

haya trascendido al exterior, aparte del negocio. Por ejemplo, en la simulación, los simulantes se manifiestan—al margen del negocio simulado—sus voluntades internas.

La declaración discrepa de la voluntad en los casos siguientes: error obstativo, simulación, reserva mental y declaración no hecha en serio. En el primero, la discrepancia no es querida, sino que se da *a pesar* del declarante; en los otros tres, es precisamente éste quien *voluntariamente* declara algo que no quiere.

La discrepancia no se presume, sino que, en principio, mientras que no sea probada por quien la afirme, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la real (19 bis).

Y ¿qué debe ocurrir cuando declaración y voluntad discrepan?

Varias teorías se han formado:

30. Teorías de la voluntad y de la declaración.

Según una teoría, llamada de la voluntad, cuando la declaración está en desacuerdo con la voluntad, el negocio es inválido. Esta opinión se apoya en la creencia de que el negocio se basa esencialmente en la voluntad, mientras que la declaración carece de valor por sí, pues no es sino un simple *medio exteriorizador* de aquélla.

Conviene advertir aquí que, discrepando voluntad y declaración, sería un craso error mantener que el negocio es válido *según la voluntad*, y no *según la declaración*, porque aquélla prevalece sobre ésta.

Tal teoría *voluntarista* olvidaría que, por definición, la voluntad que discrepa de la declaración no aparece en el negocio, y olvidaría también que sería pretensión absurda la de mantener el negocio a base de una voluntad distinta de la que aparece en él.

Por eso cuando, hablando de las discrepancias entre declaración y voluntad, se dice que «prevalece ésta», hay que entender tal expresión en el sentido de que «no prevalece la declaración», invalidándose el negocio.

Según otra teoría, llamada de la declaración, debe prevalecer ésta; apoyándose tal solución en la afirmación de que el Derecho no toma en consideración el querer meramente interno. La sustancia del negocio no lo es la voluntad, sino la declaración (de voluntad) en su forma exterior u objetiva. La declaración no es la *servidora* o el *medio* exteriorizador de la voluntad, sino que es lo fundamental, porque la voluntad mientras que permanece interna sólo es algo *preparatorio* de la formación del acto volitivo que se objetiva en la declaración, objetivación del querer, el cual fuera de ésta es como si no existiese. Además de que únicamente es susceptible de ser conocida la voluntad contenida en la declaración—voluntad declarada—, y la seguridad del tráfico

(19 bis) Cfr. T. S. Sentencias de 23 mayo 1935 y 27 octubre 1951.

y el respeto a la buena fe que debe presidir los negocios, exigen que sea inoperante una voluntad (interna) que los demás no han conocido ni podido conocer.

31. *Teorías intermedias.*

Ambas teorías comenzaron pronto a hacerse concesiones recíprocas, ante las inadmisibles consecuencias prácticas que acarrearba lo mismo la aplicación de la una que la de la otra.

Sin entrar en los detalles de las numerosas formulaciones en que han plasmado las posiciones intermedias a que las moderaciones de ambas teorías extremas dieron lugar, cabe, sin embargo, precisar lo siguiente:

La teoría de la voluntad se suaviza mediante la admisión de la responsabilidad del declarante; de tal forma que, aun discrepando la voluntad de la declaración, hay que atenerse a ésta cuando de la discrepancia sea culpable el declarante, por no haberse comportado con la necesaria diligencia.

En hipótesis, la responsabilidad se podría hacer efectiva de dos maneras: bien manteniendo el negocio, en el que falta la voluntad, bien haciendo que su invalidez diese lugar el resarcimiento de daños. Ahora bien, prácticamente parece preferible lo primero.

La teoría de la declaración se suaviza mediante la admisión del principio de que la declaración discrepante de la voluntad, sólo prevalece cuando razonablemente haya confiado en ella el destinatario, es decir, cuando de buena fe y obrando con la diligencia debida haya creído que coincidía con la voluntad.

Responsabilidad (del declarante) y confianza (de los demás) pueden a su vez coordinarse, de guisa que la declaración que discrepe de la voluntad deba mantenerse a base de la responsabilidad, pero sólo en tanto en cuanto se haya confiado razonablemente en la concordancia de ambas. Pudiendo, pues, ocurrir que, aun siendo responsable de la discrepancia el declarante, el negocio sea inválido si el destinatario de la declaración se percató o debió percatarse de tal discrepancia.

32. *Teoría adoptada.*

En nuestra opinión, la solución acertada de los problemas que plantea la discrepancia entre declaración (de voluntad) y voluntad (real o verdadera), se halla siguiendo la pauta marcada por la última opinión expuesta, donde se combinan el valor de la declaración que se apoya en la voluntad, con el mantenimiento de aquélla, en otros casos, a base de la responsabilidad y la confianza. Y tal solución requiere partir de los siguientes presupuestos:

1.º La razón última del negocio, como instrumento puesto

por la ley a disposición del sujeto, es el que éste regule sus relaciones e intereses, *según su voluntad real*.

2.º *Elemento del negocio lo es la declaración de voluntad* (voluntad declarada), porque la voluntad real, en tanto que sea puramente interna, no puede ser reconocida en el negocio, luego no puede ser elemento de éste, y si se declara, es ya voluntad declarada. Ahora bien; no cabe duda de que al acoger la voluntad declarada, se tiende a acoger la voluntad real, pensando que normalmente coincidirán una y otra, y que el sujeto tiene, normalmente también, en su mano la posibilidad de exteriorizar lo realmente querido.

3.º La seguridad del tráfico exige que, aunque discrepe de la voluntad, se mantenga la validez de la declaración, por lo menos cuando sea el declarante responsable de la discrepancia, y los demás que hayan confiado justificadamente en que—como es normal—tal discrepancia no exista, resultarían perjudicados por su existencia.

Admitidos los dos primeros presupuestos—y recordando que sólo hay discrepancia entre la voluntad real y la declarada cuando no coincida con aquélla el contenido volitivo de la declaración, después de haber sido ésta debidamente interpretada—, para sentar la regla general, no cabe sino aceptar que, en principio, el negocio sólo es válido en tanto que ambas voluntades—declarada y real—coincidan.

Y si no hay coincidencia (no coincidencia que habrá de conocerse a base de datos extranegociales, de los que se siga una voluntad real distinta a la declarada en el negocio; ya que, en otro caso, el dato negocial, revelador de la voluntad real, formaría parte de la declaración, pasando, así, a ser voluntad declarada la voluntad real), no triunfa ni la voluntad declarada ni la real, sino que ambas devienen inoperantes: ésta porque no está en el negocio (y el negocio no puede ser eficaz, a base de una voluntad que no está en él, es decir, con un contenido volitivo que le es ajeno: por ejemplo, *queriendo* legar la cosa X, se reserva mentalmente esa voluntad, y se declara legar la cosa Y; de forma que, si prevaleciese la voluntad real, el legado sería válido respecto a la cosa X), y aquélla porque, aunque esté en él, no coincide con la real. Pues si se despreciase—en beneficio de la declarada—la real, se frustraría el fin y razón última del negocio; y si se despreciase—en beneficio de la real—la declarada, se despreciaría el propio negocio (lo que sería contradictorio), haciendo caso omiso de su elemento «declaración de voluntad».

El principio de validez del negocio, sólo en tanto que la voluntad declarada coincida con la real (principio que puede llamarse «de voluntad»), no carece de límites, que vienen exigidos por obvias razones teóricas y prácticas. Se trata de que ahora entre en juego el tercero de los presupuestos de que hemos partido:

la responsabilidad del declarante (principio de responsabilidad) y la justificada confianza de los demás (principio de confianza), para evitar los inconvenientes que podría producir en el tráfico jurídico la aplicación exclusiva de la tesis expuesta. Por virtud de la responsabilidad del declarante, vale la voluntad declarada, aunque la real sea distinta, cuando la discrepancia proceda de culpa de aquél. Mas tal excepción sólo está justificada cuando los demás hayan confiado explícitamente en que ambas voluntades coincidían, y de la falta de coincidencia les derive un perjuicio (20): en otro caso, se aplica la regla general.

En cuanto a la voluntad real—por las razones ya vistas—queda claro que nunca, ni siquiera excepcionalmente, producirá los efectos queridos, prevaleciendo sobre la declarada, cuando discrepe de ésta, sino que sólo dará base para—salvo la excepcional aplicación expuesta de la responsabilidad del declarante y de la confianza de los demás—invalidar el negocio: con lo cual no habrá efectos ni según la voluntad declarada ni según la real.

33. *Posición de nuestro Derecho positivo.*

Aparte de la opinión que teóricamente se considere más adecuada para solucionar los problemas que planteen las discrepancias entre voluntad y declaración, la cuestión hay que enfocarla desde el punto de vista del Derecho positivo, respondiendo a la pregunta: ¿qué posición adopta al respecto el Derecho español?

Nuestro Código no mantiene normas generales ni tampoco particulares sobre los supuestos de discrepancia, habiendo de recurrirse a los principios generales de Derecho.

Nosotros creemos que, a tenor de éstos, se puede defender para nuestro Derecho positivo la teoría que hemos acogido desde un punto de vista doctrinal, salvo que, excepcionalmente, en ciertos negocios singulares, por razones concretas, se deba adoptar alguna solución especial.

Fundamentamos la afirmación de que los principios generales de nuestro Derecho acogen la teoría que hemos defendido, en que:

1.º Los artículos del Código, de los que se pueden inducir aquéllos, no la contradicen, mientras que, en algunos de ellos, halla apoyo.

2.º Aun presupuesta la total ausencia de apoyo en textos legales concretos, pero presupuesta también—como efectivamente ocurre—la inexistencia de textos de los que inducir otros principios distintos, hemos de admitir aquéllos, por ser, sin duda, más justos, más adaptados a la conjugación de los intereses en juego

(20) La *confianza* justificada de los demás, para ser protegida, supone que, de no serlo, habría *perjuicio* para el *confiado*. O sea, no se protege—porque no tiene objeto tal protección, y entonces prevalece el principio de *voluntad*, que, en tal caso, es inofensivo—la *confianza* que, aun sin protección, no perjudica al *confiado*.

y más acordes con la lógica jurídica y figura técnica del negocio (donde, no se olvide, la voluntad no puede ser conocida sino a través de la declaración).

A) *Textos legales en que se apoya la regla general.*

Textos legales en cuyos principios inspiradores se apoya la *regla general*, de que para la validez del negocio es precisa la *concordancia* de declaración y voluntad, son todos aquellos, como los arts. 675, 1.281, 1.261, 1.265 y siguientes, de los que se sigue la protección *a una y a otra*; y lo son porque no se puede proteger a las dos si no concuerdan, y, por otro lado, la protección a una sola, frente a la otra, no se halla establecida, como regla, en la ley.

Se sigue la protección a la declaración, incluso de los artículos que, según una equivocada opinión, hacen prevalecer la voluntad sobre aquélla. Tales son los 675 y 1.281. Para demostrar que a tenor de ellos ha de protegerse a la *voluntad declarada*, basta recordar que se refieren a la *interpretación*. Lo que se sigue de dichos artículos no es que—presupuesta la discrepancia—prevalezca la voluntad (voluntad real) sobre la declaración (voluntad declarada), sino que, *partiendo de la declaración* (voluntad declarada), triunfa el *espíritu* sobre la letra. En los arts. 675 y 1.281 no están frente a frente la voluntad y la declaración, porque no pueden estarlo, ya que tratándose de interpretación—interpretación que tiene por objeto la declaración—lo que está frente a frente—*dentro de la declaración*—son las palabras y el espíritu, y se da el triunfo a éste, pero, naturalmente, en cuanto sea espíritu *declarado*. Y, como en los arts. 675 y 1.281, también aflora la protección a la declaración, por ejemplo, en el art. 1.261, 1.º, del que se sigue que no hay contrato sin concordancia de *declaraciones*, en cuanto que no hay contrato sin «consentimiento de los contratantes», y el *consentimiento* se manifiesta (consiste) «en el concurso de la oferta (declaración) y de la aceptación (declaración)» (artículo 1.262, 1.º).

Pero este triunfo no puede servir de apoyo para afirmar, como hace el T. S., que nuestra ley concede prevalencia a la voluntad real (que discrepando de la declarada, no aparece en la declaración) sobre la voluntad declarada. Este triunfo sólo puede servir para afirmar—y eso no lo negamos—que en las declaraciones no hay que pararse en las palabras: de forma que se debe buscar el sentido que quiso darles el declarante. Con ello se pretende que, después de la interpretación, lo que se obtenga como voluntad declarada, sea lo que realmente quiso el declarante, pero no se pretende que lo que después de la interpretación se obtenga como voluntad declarada sea para arrumbarlo ante una voluntad real que, por definición—si es discrepante de aquélla—no puede averiguarse a través de la declaración.

Se sigue la protección a la voluntad, de los propios artículos 675 y 1.281, en cuanto que en ellos la interpretación se hace en busca de la voluntad *real*, así como de otros, por ejemplo 1.265 y siguientes, referentes a los vicios de la voluntad: puesto que si importase solamente la declaración, no empecería que la voluntad estuviese viciada; luego la impugnabilidad por vicios demuestra la protección a la voluntad, ya que se concede por haberse perturbado el normal proceso formativo de dicha voluntad (*real*).

B) *Textos legales en que se apoya la excepción.*

Textos legales en cuyos principios inspiradores se apoya la excepción—de que prevalece la declaración cuando de la discrepancia es responsable el declarante, y los demás confiaron justificadamente en la concordancia—son, por ejemplo, los artículos 1.256, 1.258, 1.288 y 1.902.

Es innegable que *prácticamente* la validez y el cumplimiento de los negocios queda al arbitrio del declarante, cuya voluntad discrepa de su declaración, si se admite que, como en la reserva mental, por ejemplo, siendo él responsable de tal discrepancia, el negocio pueda invalidarse. Es obvio que, entonces, si se preconstituye una prueba de la discrepancia, la validez del negocio queda al arbitrio del sujeto, que podrá decidirse por conservar oculta o no tal discrepancia, según le convenga, y así hacer que el negocio se mantenga o caiga. Todo ello, evidentemente, es inadmisibles a tenor del principio inspirador del art. 1.256.

Igualmente es innegable que, en la mayor parte de los casos, irá contra la buena fe, recogida en el art. 1.258, la alegación por el responsable de la discrepancia, de ésta como causa de invalidez; por lo que, en definitiva, la buena fe exigirá el mantenimiento del negocio *como si la discrepancia no existiese*.

Asimismo, en la misma línea de pensamiento que preside el art. 1.288—«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»—está la idea de que se mantenga el negocio en perjuicio de quien *ocasionó culpablemente* la discrepancia (que es aún peor que la oscuridad, porque hace creer *claramente en lo contrario*). Y hay que advertir que no habrá perjuicio procedente de hacer caso omiso de la discrepancia—mantenimiento del negocio—, para los demás—otra parte, destinatario—, que creyendo en la concordancia, reciben los efectos del negocio como si ésta existiese.

Por último, a base del art. 1.902 es posible afirmar que, en ciertos casos, habiendo de reparar el daño del que se es responsable—daño que surgiría si el negocio se invalida por discrepancia—, el camino más corto es el de evitar tal daño, manteniendo—por razón de la responsabilidad—la validez del negocio. Se podría objetar que el art. 1.902, puesto que presupone el daño, tam-

bién presupone la invalidez del negocio; pero se puede responder que todo artículo que obliga a reparar el daño, no presupone el daño, porque lo quiere para luego repararlo, sino porque parte de que se haya producido (como así es en el caso del 1.902, al proceder de hecho ilícito); mas, que el principio—que es lo que nos importa ahora—que inspira tal artículo, sin duda que justifica la evitación del daño—mediante el mantenimiento del negocio, a pesar de la discrepancia—cuando ésta es posible, siendo tal evitación camino más corto para llegar al fin apetecido, que es el de que, en definitiva, no haya perjuicio.

C) Conclusión.

Nos parece que si estos argumentos *positivos* se agregan a los *teóricos* expuestos más arriba (21), queda, sin duda, demostrado que nuestro Derecho acoge la tesis que propugnamos.

34. Posición de la jurisprudencia.

Nuestro T. S. ha declarado sobre la cuestión que acabamos de tratar que «no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el C. c. patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los arts. 1.256 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios del consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675 a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de dicho principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien lo afirme, ya que si no se prueba, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia

(21) *Supra*. número 32.

del negocio por la parte misma que es culpable de haberla producido» (Sent. de 23 de mayo de 1935, referente a un caso de error obstativo). Y el propio Tribunal ha dicho después (Sent. de 27 de octubre de 1951 referente a un caso de simulación): «Que si bien en el caso de discordancia consciente entre la voluntad de los contratantes y sus declaraciones no existen en nuestro Código civil normas que determinen si habrá de darse prioridad a la voluntad real o a la declarada, puede admitirse, como regla general, y así lo estableció la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1935, que en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema debe estimarse preferente la voluntad real». Alegándose en pro de esta tesis, al igual que en la sentencia de 23 de mayo de 1935, los artículos 1.265, 673, 1.281 y 675.

A la vista de la posición que hemos mantenido y de los argumentos que hemos alegado, se colige el juicio que nos ha de merecer esta doctrina jurisprudencial:

Dos errores creemos que encierra. Uno, el de estimar que como regla general la voluntad real es preferente a la voluntad declarada; cuando, por el contrario, como regla, no hay preferencia de ninguna, siendo precisa para la validez del negocio la concordancia de las dos. Otro, el de apoyar la anterior preferencia en artículos como los 675 y 1.281, que se inspiran no en el triunfo de la voluntad interna sobre la declarada, sino en el triunfo de la *voluntad declarada* sobre las *palabras de la declaración*.

35. *Examen de los casos de discrepancia: referencia al error obstativo.*

Pasamos ahora a examinar singularmente cada uno de los casos de discrepancia entre voluntad y declaración. Pero excluimos al error obstativo, ya estudiado, y al que, por las razones expuestas (22), creemos que, acertadamente, nuestro Derecho positivo da un trato común con el del error vicio. Debemos, pues, examinar la reserva mental, la declaración no hecha en serio y la simulación.

II. RESERVA MENTAL

36. *Concepto.*

La divergencia entre voluntad y declaración puede producirse por el hecho de que el declarante reserve para sí su verdadera voluntad, declarando otra, de forma que *ante la declaración* ni siquiera el destinatario—si lo hay—tiene motivo para pensar que no coincide con la voluntad.

Se dice entonces, con expresión procedente de la Teología,

(22) *Supra*, número 17.

que existe reserva mental (*reservatio mentalis*) o, mejor, declaración con reserva mental.

El declarante quiere la declaración, pero no el negocio; tiene voluntad de declarar, pero carece de voluntad negocial.

La reserva mental es posible en toda clase de negocios, sean o no recepticios.

El fin perseguido mediante la declaración hecha con reserva es el de engañar al destinatario o, en general, a quienes tengan conocimiento de aquélla; mas el engaño no es preciso que se realice con propósito inmoral.

37. Efectos.

En cualquier caso, salvo lo que después indicaremos, prevalece la declaración, siendo inoperante la voluntad (interna) *reservada*.

Esta conclusión parece evidente, pues si se hubiese de invalidar la declaración faltaría toda seguridad en el campo negocial, ya que cualquiera podría alegar, después, que no quiso lo que manifestó, y ni siquiera el exigir pruebas rigurosas solucionaría el problema, porque la seguridad negocial pasaría a depender no de la palabra dada (declaración emitida), sino de la habilidad en obtener o preconstituir las pruebas para no hacer honor a la misma.

Se dice que en el propio fundamento en que se basa la ineficacia de la reserva frente a la declaración halla apoyo la excepción de que cuando la reserva sea conocida (conocida, claro está, a través de un medio que no es la declaración) y en tanto en cuanto lo sea, la declaración es inválida frente al que conoce aquélla. Cosa posible, ya que la reserva no deja de serlo porque, *aparte de la declaración negocial*, el sujeto exprese su verdadera voluntad o ponga de relieve que no quiso lo que declaró. Se trataría entonces de una reserva *manifestada*.

Ahora bien, lo mismo entendiendo que la declaración pierde su fuerza cuando la reserva se conoce, que entendiendo que al ser conocida no hay verdadera reserva, se llega a la conclusión de la invalidez de la declaración; porque lo mismo adoptando un punto de vista que adoptando el otro, no puede negarse la invalidez de aquella declaración cuya discrepancia con la voluntad interna no permanece escondida.

Aplicando el principio de responsabilidad del declarante, vale la declaración mientras que la voluntad (interna) divergente de ésta se halla oculta; y limitando el principio de responsabilidad por el de confianza, deviene inválida la declaración, en cuanto que—por conocerse la reserva—no suscita aquélla tal confianza.

La prueba de ser conocida la reserva pesa sobre el que alega tal conocimiento como causa de invalidez de la declaración.

El negocio celebrado con reserva mental conocida es nulo frente al que la conoce; mas, por excepción, la doctrina generalmente

excluye—por razones morales y sociales procedentes del interés supraindividual que encarnan—ciertos negocios de tal nulidad, así el matrimonio o la adopción.

III. DECLARACIÓN NO HECHA EN SERIO

38. *Concepto.*

En una serie de supuestos la declaración de voluntad se emite sin seriedad. Por ejemplo, por broma—declaración *jocandi causa* (23)—. Pero no nos referimos sólo a este caso, sino incluso a aquellos en que la falta de seriedad no proceda de broma, como lo son la declaración hecha en escena durante una representación teatral, o hecha por jactancia, o por cortesía, o a modo de ejemplo o con fin didáctico, etc.

Evidentemente en los casos vistos falta la voluntad negocial; pero se discute si hay o no voluntad de declarar y declaración (de lo no querido) o si realmente no hay ni siquiera ni declaración ni voluntad de declarar, pues se entiende que para que se pueda hablar de éstas es preciso que la declaración se haga *sub specie negotii*, cosa que no ocurre ni cuando se hace por broma o como ejemplo o en escena, en cuyos casos falta a la declaración *toda realidad negocial* y no hay ni siquiera declaración *aparente*, sino una mera *farsa de declaración*, no siendo tampoco voluntad de declaración (negocial) la que se encamina a realizarla. Quienes así piensan concluyen que en el supuesto en estudio no hay discrepancia entre declaración y voluntad (interna), ya que *realmente* falta una *verdadera* declaración. Frente a esto, otros entienden que la declaración, como actuación exterior, existe y es querida (por lo que hay declaración y voluntad de declarar) pero que, por no corresponder lo declarado con la voluntad interna, hay un caso de discrepancia consciente entre declaración y voluntad.

39. *Efectos.*

De cualquier manera que se resuelva la anterior disputa, es nula la declaración no emitida seriamente, que no se toma en serio; independientemente de que, a tenor de las circunstancias, hubiese fundamento para creerla seria.

Es nula también la declaración no emitida seriamente, cuando

(23) En el sentido del texto no es declaración en broma aquella con la que se persigue engañar, haciendo creer en la seriedad; consistiendo la broma en provocar el engaño. En tal caso, se trata realmente de declaración con reserva mental. Hay declaración en broma, únicamente cuando se emite para que no sea tomada en serio, o, a lo más, para que siendo tomada en serio, en un principio, en un primer momento, el destinatario se percate de la broma antes de que se sigan consecuencias de su error.

se la emite en la confianza de que se advertirá su falta de seriedad y, a tenor de las circunstancias, está fundada esa confianza.

No obstante, puede ocurrir que en este caso se tome en serio la declaración; mas ello no sólo no la hace válida, sino que ni siquiera da lugar a ningún deber de indemnizar a cargo del declarante.

En ambos casos la nulidad se basaría, según una opinión, en que falta verdaderamente una declaración negocial; según la otra, en que, aun existiendo, discrepa de la voluntad y ni siquiera puede ser mantenida a base del principio de responsabilidad del declarante, porque de las circunstancias se deducía la falta de seriedad, cosa por la que es la negligencia del destinatario, y no la culpa del declarante, la que, en todo caso, pudo llevar a aquél a confiar en la declaración.

Queda el problema de que en algún supuesto rarísimo la declaración se tome en serio confiando en ella y, además, esa confianza esté justificada, a tenor de las circunstancias.

Para unos (y en esto nuestra doctrina recibe la influencia de la solución que el B. G. B. § 118, adopta), incluso en este caso, la declaración es nula, pero surge para el declarante el deber de indemnizar. Para otros, la declaración es válida sobre la base de los principios de responsabilidad y confianza, tesis que juzgamos preferible.

IV. SIMULACIÓN

40. *Concepto.*

Hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí —o, si aquél es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario—emiten una declaración (o declaraciones) no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros.

Se *persigue*, pues, con el negocio simulado un *fin de engaño*, utilizando como *medio* una *declaración divergente de la voluntad*, divergencia que se *fija* a través de un *acuerdo simulatorio*.

Examinemos separadamente esos tres puntos:

41. *Fin perseguido, medio empleado y acuerdo simulatorio.*

En cuanto al fin perseguido es el de engañar a terceros, pues existiendo *acuerdo* entre las partes o con el destinatario de la declaración no pueden resultar engañados ni aquéllas ni éste.

Fin de engaño no implica ni intención de dañar ni siquiera ilicitud. Se puede querer engañar, por ejemplo, a un pariente pedigrifeño, a cuyo efecto se simula un acto que disminuya nuestro patrimonio; o se puede querer engañar, por jactancia, para dar la

impresión de riqueza, a cuyo efecto se simula, por ejemplo, la compra de un predio. En ambos casos hay simulación con fin lícito. Pero éste es ilícito, pongamos por caso, cuando se simulan actos de enajenación para defraudar a los acreedores o para evitar un impuesto que nos alcanzaría si el Fisco averiguase que lo enajenado simuladamente nos pertenece.

El medio utilizado es la declaración divergente de la voluntad. Divergencia *consciente*. En esto la simulación se diferencia del error obstativo, en el que la discrepancia entre declaración y voluntad se produce inconscientemente.

Hay, pues, también en la simulación voluntad de declarar: es querida la declaración, aunque no lo es lo declarado.

La antedicha divergencia se admite por la doctrina dominante. Sin embargo, según otros, no se trata realmente de que lo querido discrepe de lo declarado, sino de que discrepan entre sí una declaración (externa) que se quiere aparezca ante los terceros, y otra declaración (interna, mantenida oculta por las partes) llamada también contradecларación, que, reflejando la voluntad real, se quiere produzca los efectos *verdaderos*, aunque *ocultos*.

Realmente, según nuestra opinión, la divergencia existe entre declaración y voluntad; porque en el negocio simulado la declaración *externa*, que es la declaración propia del negocio (simulado), discrepa de la voluntad; y el hecho de que ésta coincida con otra declaración—declaración interna o contradecларación—no modifica las cosas, pues lo que acontece es que, además de discrepar de la voluntad, la declaración discrepa también de la contradecларación (en la que se recoge esa voluntad). Lo importante es aquella discrepancia y no ésta, aunque es cierto que es a través de ésta como aquella se hace patente.

En cuanto al *acuerdo* entre los simulantes (también llamado acuerdo simulatorio, contradecларación (24) o declaración interna (como vimos) por contraposición al acuerdo simulado, declaración o declaración externa, hay lo siguiente:

El acuerdo simulatorio es aquel acuerdo por el que se determina que lo declarado no es realmente querido; en él se establece a qué parte de la declaración alcanza la falta de voluntad o si ésta es total.

Hay quien opina que se trata de un prenegocio (precontrato) encaminado a concluir la declaración simulada. Pero realmente el acuerdo no es fuente del deber de emitir la declaración simulada, sino—como decimos—simplemente algo enderezado a hacer nula la declaración que se emitirá.

No es acuerdo simulatorio, sino declaración disimulada (cosa que estudiaremos después) aquella en que se manifiesta un contenido volitivo no invalidador total o parcialmente, sino *distinto* de

(24) También se llama, por algunos, *contradecларación* a lo que nosotros, más adelante, denominamos *declaración disimulada*.

la declaración simulada. A veces, en la práctica, declaración disimulada y acuerdo simulatorio se hallan unidos (e incluso la declaración disimulada muchas veces supone implícitamente un acuerdo simulatorio que quite vigor a la parte de la declaración simulada que contradice la disimulada), pero son separables; así si simuladamente se vende una cosa por 100, pero realmente se establece ocultamente que será permutada por otra, hay acuerdo simulatorio en cuanto se declara (ocultamente) no vender, y hay declaración disimulada en cuanto se declara (ocultamente) permutar.

El acuerdo simulatorio es acuerdo con la otra (u otras) partes, y si el negocio simulado es unilateral, con el destinatario. No es acuerdo el que se celebra entre el declarante y un tercero; en tal caso habría reserva mental de aquél comunicada a éste, aunque para reservarse la voluntad hubiese seguido las indicaciones del tercero. Por eso la simulación no es posible en los negocios unilaterales con declaración no recepticia (25) (por ejemplo: testamento, aceptación o repudiación de la herencia, derrelicción, etc.), en los que sólo es posible la reserva mental, aunque ésta pueda comunicarse o ser conocida por los terceros interesados o por alguno de éstos en particular. Pero es que, como ahora veremos, una cosa es el acuerdo simulatorio y otra la reserva conocida.

Simulación y reserva mental se diferencian por el acuerdo simulatorio. Cuando la discrepancia entre voluntad (real) y declaración (simulada) se establece de conformidad entre los sujetos (partes, o declarante y destinatario) hay simulación. Cuando la discrepancia se establece por el declarante—aunque éste la haga saber antes o después a los demás, aun incluida la otra parte, si la hay—existe la reserva mental, reserva que puede ser desconocida (conocida sólo por el declarante) o conocida (por otras personas) (26).

Tal conocimiento no importa ahora (aunque puede determinar, como vimos (27), la nulidad del negocio con reserva mental) e incluso puede ser recíproco (cada parte sabe que la otra declara con reserva mental, pero ignora que ésta conoce su reserva) y hasta puede ser recíproco el conocimiento que las partes tienen del conocimiento de su reserva por la otra (se sabe, por ambos, que la otra declara con reserva y que conoce, además, que también nosotros declaramos con reserva).

Todos estos supuestos y más son posibles, y que nos halle-

(25) A base de lo dicho, queda claro que no puede haber simulación cuando la declaración, aun debiendo emitirse ante alguien (por ejemplo, una autoridad o funcionario), no sea recepticia, es decir, ese alguien no sea su destinatario.

(26) Lo general es que en la reserva se quiera engañar, en primera línea a la otra parte (o al destinatario, si el negocio es unilateral recepticio), y a los terceros, de forma secundaria; mientras que en la simulación se persigue fundamentalmente el engaño del tercero.

(27) Cfr. *supra*, número 37.

mos ante un acuerdo simulatorio o ante una reserva conocida, en un caso concreto que pueda ser dudoso, es cuestión de hecho.

El acuerdo simulatorio debe no ser posterior a la declaración simulada, pues si lo fuese no habría realmente simulación de ésta, sino posterior anulación de la misma por voluntad contraria. Ahora bien, si se mantiene oculto el acuerdo posterior derogatorio resulta realmente simulada la vigencia de la declaración derogada; por ello el trato jurídico que debe darse a este supuesto es el mismo que al de la simulación típica. *Prácticamente*, en la generalidad de los casos, no habrá diferencia entre acordar previamente que será simulado el negocio que va a celebrarse y acordar oculta-mente, a raíz de celebrarlo, que carezca de valor (28), pues, *prácticamente* también, el acuerdo simulatorio puede concebirse como una anulación anticipada de la declaración a la que se refiere.

42. *Diferencias con figuras afines.*

El negocio simulado se distingue:

Del negocio indirecto, en que éste es un negocio verdadero y querido por las partes, aunque con él se persiga un fin distinto al que normalmente realiza el tipo de negocio utilizado; mientras que el negocio simulado no es sino un negocio aparente y no querido. Por ejemplo, la compraventa simulada no es realmente una compraventa, sino sólo una compraventa ficticia, mientras que la compraventa (fiduciria) con el fin de garantía para el comprador (acreedor, por ejemplo, del vendedor por razón de mutuo) es una compraventa querida por las partes, aunque con un fin distinto del normal. (Por lo menos esto debe afirmarse si se admite el negocio fiduciario.)

Del negocio fraudulento, en que—como el indirecto—también éste, a diferencia del simulado, es un negocio verdadero y querido, aunque con él se persiga verificar el fraude. Lo que ocurre es que éste se puede realizar, bien mediante un negocio real (por ejemplo, venta de bienes con objeto de defraudar a los propios acreedores), bien mediante un negocio simulado (por ejemplo, venta ficticia de bienes para que *aparentemente* éstos hayan salido del patrimonio del deudor). Por eso el negocio simulado no es en sí un negocio fraudulento, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro negocio verdadero, para defraudar.

43. *Clases de simulación.*

A) *Absoluta y relativa.*

Aparte de que por el fin perseguido la simulación pueda ser, como vimos, lícita o ilícita, puede también ser absoluta o relativa, según que detrás del negocio simulado falte todo otro negocio

(28) Véase lo dicho sobre escritura contradictoria, C. c. artículo 1.230.

(*colorem habet, substantiam vero nullam*) o, por el contrario, se oculte uno, total o parcialmente distinto, verdaderamente querido, pero *disimulado* (*colorem habet, substantiam vero alteram*).

Siempre tras el negocio simulado se oculta algo, aunque sólo sea la voluntad verdadera, que las partes (o la parte y el destinatario) se manifiestan en el acuerdo simulatorio como discrepante de la declaración emitida ante los terceros. Pero a veces el negocio simulado, además del acuerdo simulatorio (que siempre existe en la simulación), encubre otro negocio (o una parte de aquél) *disimulado*, pero verdaderamente querido, que no hay que confundir con dicho acuerdo.

En la simulación absoluta no hay, pues, ningún negocio, sino sólo la apariencia; en la relativa hay uno, que no es el aparente, al que éste sirve de pantalla, o que lo es sólo en parte.

En la simulación absoluta el papel del negocio simulado no es el de ocultar el acuerdo simulatorio (ya que éste no es el objetivo perseguido, sino precisamente el medio necesario para conseguir la simulación); mientras que en la simulación relativa el fin del negocio simulado si es el de ocultar al disimulado o a los elementos disimulados, para que los *efectos* que aparezcan al *exterior* se crean precedentes de un negocio que no es aquel del que realmente proceden (por ejemplo, para ocultar que la adquisición de la cosa de B por A procede de donación, aquél simula haberla *vendido* a éste).

B) *Clases de simulación relativa.*

La simulación relativa puede recaer sobre el propio negocio o bien sobre el objeto, sujetos o contenido del mismo.

En aquel caso, el negocio que aparece como querido es distinto del querido realmente. Por ejemplo, se esconde una donación bajo la máscara de una compraventa. En estos casos se quiere el negocio que aparece al exterior, pero no se le quiere tal como aparece. Por ejemplo: se vende la misma cosa, pero por un precio superior al simulado, o se vende puramente, en vez de bajo condición, como se fingió.

En la simulación referente al sujeto se trata de que uno *aparece* como celebrante del negocio o destinatario del mismo (cuando el negocio sea unilateral recepticio), mientras que verdaderamente lo es otro. Aquél se llama testafarro u hombre de paja, siendo un sujeto *interpuesto ficticiamente*, ya que el negocio *realmente* se celebra con otra persona y sólo *aparentemente* se celebra con el testafarro.

La simulación referente al sujeto, llamada también *interposición ficticia* de persona, debe ser distinguida de la *interposición real*, que existe cuando verdaderamente el negocio se quiere celebrar con el sujeto interpuesto; pero se habla de *interposición* porque, en definitiva, los efectos del negocio sólo se producirán

transitoriamente en cabeza de la persona interpuesta, la cual los transmitirá después a otra (a aquella que si la interposición fuera ficticia habría de recibir *directamente* los efectos del negocio *disimulado*); tal es, por ejemplo, el caso del mandatario sin representación que contrata con otra persona en su propio nombre, pero por cuenta del mandante; en el negocio celebrado entre aquella persona y el mandatario hay una interposición real (del mandatario).

44. Regulación legal.

Falta en nuestra ley una regulación general de la simulación y de sus efectos. Aunque con vistas a casos concretos (especialmente a los atinentes al sujeto) contiene el C. c. algunas disposiciones singulares, así artículos 628, 755, 1.459 (29). No obstante, la jurisprudencia en sus fallos ha sentado una serie de afirmaciones en las que se contiene la construcción esencial de la figura en nuestro Derecho positivo.

El negocio simulado es nulo (inexistente, dice el T. S.; así en sentencias de 30 de noviembre de 1909, de 25 de abril de 1924, de 24 de mayo de 1929, etc.), pues en él falta la voluntad interna, ya que no se quiere lo declarado, y, además, aunque la discrepancia entre voluntad y declaración es imputable al declarante (o a los declarantes), sin embargo, la validez del negocio no se mantiene a base del principio de responsabilidad, ya que no habiendo confiado en tal validez ninguna de las partes ni el destinatario (si era negocio unilateral recepticio) se impone la invalidez, a tenor del principio de confianza, que limita al de responsabilidad.

Así, pues, lo *simulado* es nulo; de forma que si la simulación es *absoluta* no hay nada válido, y si es *relativa* será nulo el negocio simulado y válido el disimulado, cuando se ha querido un negocio *distinto* del simulado, o bien —cuando no se simula un negocio distinto del querido, sino que la simulación sólo alcanza a algún elemento o aspecto de aquél— será válido el único negocio que hay, pero lo será tal como fué querido y no de la manera que se le simuló.

Naturalmente, la validez que afirmamos del negocio disimulado o del negocio disimulado en parte, debe juzgarse a tenor de las reglas generales, y hemos hablado de tal validez presuponiendo que el negocio reúna los necesarios requisitos. Por ejemplo, si se simuló la venta de un inmueble para encubrir su donación, ésta sólo será válida si está hecha en escritura pública (C. c. art. 633).

Nuestras jurisprudencia (entre otras, cfr. especialmente la sentencia de 12 de julio de 1941) y nuestra doctrina, siguiendo a aqué-

(29) Sin embargo, no sólo abarcan supuestos de simulación, y, además, cuando se refieren a casos en que ésta se presupone, realmente no se encaminan a regularla, sino que persiguen reglamentar lo relativo al negocio *disimulado* (ordenando su invalidez).

lla, suelen afirmar que la simulación relativa encuentra términos de regulación en el artículo 1.276, que sienta el principio de nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, si bien deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita» (Sent. de 12 de julio de 1941). Deduciendo de ello que el negocio simulado es nulo por falta de causa, pero que el disimulado será válido si es lícito y reúne, además, los requisitos que correspondan a su naturaleza especial, y entre ellos otra causa verdadera y lícita» (art. 1.276 *in fine*), distinta de la simulada (*expresada, pero falsa, art. 1.276 in principio*).

Que el negocio simulado sea nulo, y válido el disimulado, es cosa de la que más arriba hemos hablado; ahora bien, lo que nos parece equivocado es el traer a colación, sin más salvedad, al artículo 1.276 como apoyo positivo *directo* de la validez de tal negocio disimulado, porque dicho artículo sería directamente aplicable al mantenimiento de la validez del negocio querido (pero en el que se simula un elemento, la causa) a base de una causa distinta de la *expresada* (esto, naturalmente, sólo en tanto en cuanto se entienda que *otra* causa pueda sostener *el mismo* negocio), pero no abarca en su letra a la validez de *otro* negocio—*el disimulado*—cuando éste sea *distinguido* del simulado; una cosa es mantener un negocio cuando siendo verdadero hay en él un elemento simulado, elemento que se sustituye por el elemento disimulado, y otra cosa es la validez de un negocio diferente: el disimulado.

La nulidad en los términos vistos, del negocio simulado, puede, desde luego, invocarse frente a los simulantes (30), pero los terceros interesados, ajenos a la simulación, que hayan confiado en la *apariencia* de negocio creada por la misma (terceros de buena fe) no deben ser perjudicados por tal nulidad. Esta, por tanto, no puede invocarse u oponerse por los simulantes a dichos terceros (argumento art. 1.230), y éstas sí la pueden alegar frente a aquéllos. Así lo afirma una reiterada jurisprudencia (cfr., por ejemplo, las sentencias de 12 de noviembre de 1920, 20 de noviembre de 1926, 11 de enero de 1928, 30 de junio de 1944, 3 de enero de 1947, 27 de octubre de 1951, etc.).

Puede, además, surgir conflicto de intereses, por razón del negocio simulado, entre terceros de buena fe (que hayan confiado en su validez). Por ejemplo, entre acreedores del vendedor simulado y acreedores del simulado comprador. Entónces, cuando otra cosa no se siga de la naturaleza o particular protección, o clase de los derechos de los terceros, o de alguna disposición especial, el conflicto se debe resolver, en principio, a tenor de la regla de que el negocio simulado es nulo y por ello carece de efectos.

(30) Y, por ejemplo, el enajenante simulado, puede reivindicar la cosa del simulado adquirente, salvo que pueda invocarse el principio de que en igualdad de causa torpe es mejor la condición del que posee: C. c. artículos 1.305 y 1306.

45. *Cuestiones particulares.*

Antes de finalizar el estudio de la simulación conviene examinar algunas cuestiones particulares. Tales son:

A) *Simulación entre sólo algunas partes.*

Simulación por acuerdo en el que no intervienen todos los sujetos que son partes en el negocio o en el que no intervienen todos los destinatarios del mismo. Por ejemplo, contrato de sociedad en el que contrayéndolo cuatro contratantes sólo dos acuerdan entre sí que sea simulado.

La solución que parece más correcta es la de pensar que, en principio, no hay verdadera simulación (sino sólo reserva mental de los supuestos simulantes) mientras que no intervengan en el acuerdo todas las partes o el declarante y todos los destinatarios. Ahora bien, si es separable del resto del negocio lo simulado, hay nulidad de esto.

B) *Simulación en negocio en el que interviene autoridad o funcionario.*

En el caso de simulación en negocio en el que interviene una autoridad o funcionario es preciso distinguir la función que tal intervención desempeña, y el negocio es válido, por regla general, cuando ésta tiene carácter constitutivo.

C) *Simulación en el matrimonio.*

Aparte del carácter constitutivo o no (art. 100) de la intervención de la autoridad, la doctrina dominante se inclina por la tesis de la validez, a pesar de la simulación, argumentando principalmente sobre la base de las graves consecuencias de orden social y moral que traería la admisión de la nulidad.

PARTE TERCERA: DECLARACION NO PROCEDENTE DEL SUJETO

47. *Casos en que se da.*

No hay declaración procedente del sujeto del negocio en dos casos: 1.º Cuando no hay declaración, sino una apariencia de la misma. 2.º Cuando habiéndola no procede del sujeto del negocio.

Aunque haya una apariencia de declaración ésta no es verdadera: 1.º Si no hubo voluntad del comportamiento o conducta en que la declaración consiste. 2.º Si aun realizándolo voluntariamente no se tenía conocimiento o conciencia de su valor de declaración.

48. *Falta de comportamiento voluntario.*

Falta un comportamiento voluntario siempre que por cualquier causa no es imputable al sujeto el acto externo en el que la declaración consiste, o no lo es una parte del mismo sin la que—aun siéndole imputable el resto—no puede decirse que haya conducta declaratoria.

Nos encontramos en este último supuesto de inimputabilidad parcial cuando, por ejemplo, se escribe la carta aceptando una oferta de contrato pero se guarda en el cajón del escritorio para meditar sobre la conveniencia de enviarla, y el secretario, creyéndolo un olvido, la remite al oferente.

Cabe decir aquí que falta la voluntad de declarar (de *enviar*, sin cuyo envío no hay declaración *emitida*, sino mera *preparación* de la misma), pero que si el destinatario justificadamente confió de buena fe en la declaración y el declarante no observó la diligencia debida, habida cuenta de las circunstancias, para evitar el envío de la declaración, ésta es válida; en caso contrario es nula.

Hay inimputabilidad total, por ejemplo, si el sujeto por un tic nervioso alza o baja la cabeza (signo afirmativo) sin percatarse de ello, o habla o escribe en estado de demencia o de embriaguez o sonambulismo, o forzado por violencia física.

Aquí vamos a examinar a continuación el supuesto de violencia; en los otros hay nulidad (31), faltando la voluntad de declarar y, consiguientemente, la declaración de voluntad.

49. *Violencia.*

Hay *declaración* obtenida mediante violencia física, *vis absoluta*, *vis phisica* o *vis corpore illata*, cuando el acto en que aquélla consiste se arranca *materialmente* por la fuerza al violentado.

El Código, con ocasión del contrato, dice: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible» (art. 1.267, 1.º).

Realmente no estamos en el caso presente frente a una verdadera declaración de voluntad, sino meramente ante una *aparición* de la misma, pues ni siquiera existe un *acto* del sujeto violentado (al que, por ejemplo, se le mueve a la fuerza la cabeza para que parezca que hace un signo afirmativo), sino un acto del que violenta, que, utilizando al otro como *simple instrumento*, es quien produce el resultado exterior. El que violenta sofoca la declaración del violentado (si es que éste pensaba emitir alguna: Cfr., por ejemplo, art. 674), es decir, le impide obrar y a la vez obra él, sin que en la *aparente declaración* de dicho violentado tenga éste un papel superior al que, por ejemplo, tiene la pluma en la redacción de una declaración escrita: *non agit, sed agitur*.

A tenor de lo dicho, se trata de un supuesto en el que, en pu-

(31) Pero no procede ahora el estudio de los mismos, porque corresponde hacerlo al tratar del *sujeto* que declara.

riedad de principios, falta no sólo la voluntad interna, voluntad que discrepase de la declaración, sino que, faltando también ésta, no existe ni siquiera la voluntad de declarar.

Ahora bien, en nuestro Derecho positivo, los efectos de la violencia se equiparan a los de la intimidación (*vis relativa*); de forma que, como hemos dicho, al tratar de ésta, el negocio afectado por aquélla no es nulo como se puede pensar lógicamente debería, sino anulable. Mas esta solución, desde el punto de vista práctico, es quizá más conveniente y, desde luego, no cabe atribuirle a que el legislador iguale violencia e intimidación, sino a que, aun percatado de sus diferencias (como lo prueba no sólo el hecho de definir a ambas marcando sus fronteras—art. 1.267—, sino el de que generalmente, aunque hable de ellas juntamente, las diferencia; así, arts. 101, 102, 1.265, 1.268, 1.301, 756, 6.º), no quiso reflejar éstas en el terreno de las consecuencias. Por eso, cuando, respecto de un tipo concreto de negocio, la ley no hable de su invalidez por causa de la violencia, hay que entender, aplicando el principio de equiparación de sus efectos a los de la intimidación, que es anulable, pero no nulo como la doctrina ha pretendido a veces (especialmente para legislaciones extranjeras iguales en este punto a la nuestra), basándose en *existir* declaración del *intimidado*, en un caso, y *faltar* realmente declaración del *violento* en el otro.

Es anulable todo negocio viciado por violencia, aunque el Código sólo hable de ella con ocasión de algunos (matrimonio—artículos 101, 2.º y 102, 2.º—, testamento—673—, contratos—artículos 1.265, 1.267, 1.º; 1.268, 1.301, 3.º—), pues, evidentemente, a tenor de lo dicho al hablar de la intimidación, a los demás se aplicarán esas reglas por analogía. Prácticamente, sin embargo, no se dará ocasión de utilizar la violencia en todos aquellos negocios en que la intervención de funcionarios públicos o de terceras personas la evita (así, matrimonio, celebración de contrato en escritura pública, etc.), ni será usual que se emplee para obtener el otorgamiento de documentos privados, ya que aparte de ser extremadamente difícil hacer firmar a otro llevándole la mano a la fuerza, no cabe duda de que a primera vista se percibiría la falta de identidad con la firma del interesado o la diferencia de grafía si se le forzó a redactar el cuerpo del escrito. Por eso, campo más apropiado para la violencia lo parecen aquellas declaraciones que se emiten mediante signos, ademanes, silencio, etc.

50. *Falta de conciencia del valor de declaración.*

Como decíamos, tampoco hay declaración verdadera cuando, el sujeto, aun observando voluntariamente la conducta externa, no tiene conciencia de que ésta valga como declaración. Por ejemplo, se hace un ademán que significa normalmente asentimiento, ignorándolo el que lo ejecuta.

Así como en el caso de violencia, normalmente hay *conciencia* del valor de declaración del comportamiento exterior que, *no queriéndolo*, se realiza como instrumento del que violenta, en el caso presente *falta aquella conciencia*, pero *se quiere el comportamiento*.

Hay voluntad del acto (en sí), pero no voluntad de declarar, porque aquél no se quiere *como declaración* (se quiere el ademán en el ejemplo puesto, pero no se quiere asentir mediante él).

Mas ocurre que la apariencia de declaración, cuando suscita la confianza de los demás, que la toman razonablemente por verdadera declaración, y procede, además de culpa del sujeto que obrando con la debida diligencia debió percatarse del significado que se le daría, vale como declaración, no siendo invocable frente a ella la falta de voluntad interna ni la de voluntad de declarar.

Sobre la base, pues, del principio de responsabilidad, la declaración es válida, y solo cabe que sea nula, cuando aun siendo culpable el sujeto, a su conducta no se le atribuyó de buena fe por los demás valor declaratorio, o no debió atribuírsele.

51. *Declaración no procedente del sujeto del negocio.*

La hay cuando procede de otro, o cuando, habiendo una declaración del sujeto del negocio, ésta llega desfigurada al destinatario, de forma que la que éste recibe no es atribuible a aquél.

Cuando la aparente declaración de uno, procede de otro que celebra el negocio fingiendo ser aquél o atribuyéndole la declaración—por ejemplo, *A*, diciendo ser *B*, celebra un contrato como si fuera *B*, o falsifica la firma de éste, haciendo a *C* una oferta que éste acepta—, no hay, desde luego, declaración del sujeto suplantado, e, independientemente de otras consecuencias de la falsificación o suplantación, la declaración no puede producir efectos como si proviniese de quien aparece provenir.

No hay negocio ni del sujeto que actúa—por no actuar como quien es—ni de aquel como quien se actúa—por no ser él quien actúa—.

Cabe, sin embargo, pensar que en alguna hipótesis, cuando aquel a quien se atribuye la declaración sea culpable de que ésta pase por suya (por ejemplo: *B* facilita a *A* los medios para que celebre con *C* un contrato aparentando ser *B*, y, posteriormente contribuye a que *C* crea haber contratado realmente con él), el negocio sea válido a base de los principios de responsabilidad y confianza.

Por último, cuando al transmitirse la declaración está resulta desfigurada, la que recibe el destinatario no es la verdadera declaración del sujeto del negocio; por eso, éste es nulo, salvo que, aplicando los principios de responsabilidad y confianza, sea, excepcionalmente, válido por haberlo creído justificadamente el destinatario, y ser el declarante culpable de la inexacta transmisión de la declaración.

Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Abogado Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO: 1. Los problemas diferenciales en el ámbito general: culpa civil y culpa criminal.—2. Las afinidades entre ambos conceptos: la tesis de la indiferenciación.—3. Las diferencias cualitativas: la solución normativa.—4. Las consecuencias procesales de la diferenciación.—5. El criterio de la Jurisprudencia.

1.—Uno de los temas más sugestivos a la vez que de los más arduos de la teoría general del Derecho, pero interesando específicamente a las dogmáticas civil y penal, es el de la diferenciación o identidad de ilicitudes en ambos ordenamientos. Tema que no tardó en adquirir tonos polémicos en lo penal a partir de una monografía de von Liszt, que en 1889 lo suscitara (1); pero, sobre todo, con propósitos más políticos que doctrinales, desde que en dicho terreno lo enconara Bruns en 1938 (2). En torno al apasionante problema del que tantas consecuencias teóricas y prácticas dependen han sido adoptadas todas las posiciones posibles, desde la de total identidad hasta las de independencia más absoluta, sin que sea esta ocasión de exponerlas en abstracto, y sí tan sólo en lo que haga referencia al concreto aspecto de la culpa. Esto no obstante, y comoquiera que es imposible desprenderlo totalmente de la cuestión básica de ilicitudes, he de adoptar, si quiera en lo metodológico expositivo, el criterio que parece más ajustado a la mejor doctrina y que, a la vez, permite una mayor libertad de movimientos en el manejo de los conceptos. Es el propugnado en España, por uno de los más sagaces cultivadores del tema, Silva Melero (3), consistente en admitir una visión fundamental unitaria del Derecho (y, por ende de la ilicitud), con sus-

(1) v. LISTZ: *Die Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht*, Leipzig: Berlin, 1889; ulteriormente en el opúsculo *Die Deliktobligationen*, de 1898.

(2) BRUNS: *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilist. Denken*, Berlín, 1938. El propósito íntimo de tal «liberación» no era otro que el de situar lo penal fuera de los cauces jurídicos, caprichosamente calificados de «civilísticos», tales como la antijuridicidad y, sobre todo, la tipicidad, para de este modo dar libre paso al arbitrio del pragmatismo a ultranza y a la desmedida represión propia del régimen nazi.

(3) SILVA: *Tecnicismo civilista en el Derecho penal*, Oviedo, 1950, pág. 2; antes en «Anuario de D. penal», I, II, pág. 246, y en *Ilícitud civil y penal*, 1946, pág. 6.

tantitud de estructura y función en sus diversas ramas, lo que no excusa frecuentes conexiones e interferencias. A las que nacen en torno a la culpa, que no son ciertamente las menos frecuentes y difíciles, ha de circunscribirse este tema.

2.—Conocida la gestación histórica de la culpa, que como es bien sabido, es institución procedente del Derecho privado, al contrario del dolo, que fué hallazgo indiscutible del penal, el proceso evolutivo y de adaptación no puede decirse que se haya aún logrado de un modo absolutamente satisfactorio. Prueba de ello es que se suscite todavía tal tema diferencial y que admita tan diversas apreciaciones, así como que exista siempre un sector de doctrina penal, minoritario, pero constante, de Almendigen a Germann, que rechace la condición criminal de la culpa, solicitando su reversión al campo de lo privado, de donde, según ellos, jamás debiera haber salido.

Lo que sí ha conseguido el Derecho penal moderno, al menos, desde la Carolina quizá y desde las codificaciones seguramente, es la clara y decisiva incriminación de la culpa, de ciertas «culpas» más bien, lo que en los ordenamientos romano, germánico y medieval fué por lo menos problemático, dada la ambigüedad de las terminologías al uso. De tal realidad dogmática inconcusa se infiere una precisa tarea de discriminación, puesto que al lado de las incriminaciones penales subsisten siempre en los ordenamientos civiles las referencias constantes a la culpa, en doble estimativa abocada a perniciosos confusionismos. No poco contribuye a éstos, por añadidura, la evolución sufrida en los últimos tiempos, dentro de las dogmáticas civil y penal; primero, por el bien conocido fenómeno de la publicitación de la primera, y, en seguida, por el predominio de la dirección técnico-jurídica en la segunda. El Derecho civil se humaniza y personaliza a ojos vistas, dando entrada en su tecnicismo a concepciones éticas y de motivación personal que clásicamente le fueron ajenas (Josserand, Savatier), en tanto que el Derecho penal pretende liberarse de la hojarasca sociológica en que le sumiera la primera generación positiva, retornando con afán al solar de lo estrictamente jurídico. Con lo cual es evidente que las ocasiones de conexión y aun de continuidad, para emplear el término consagrado por Castejón, son actualmente más frecuentes que nunca. No lo son tanto, sin embargo, o no debieran de serlo, como para vulnerar las esencias de la culpabilidad y dar entrada en lo penal a institutos ya de por sí tan poco firmes y defendibles en lo civil como el de la responsabilidad sin culpa, ante lo que ciertos autores, como el propio Castejón y el italiano Cavallo, osan no retroceder (4). En el sentir del Magistrado y Profesor español, la responsabilidad sin culpa ha de valer como un «lazo de unión entre

(4) CASTEJÓN: *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*. Barc.

el Derecho civil nuevo y Derecho penal del futuro», es decir, en el fondo más bien un *desideratum* que una realidad vigente, sólo sostenible desde puntos de vista pragmáticos o pretendidamente tales, que difícilmente pueden ser valorados como un progreso. Pienso que no lo son, porque históricamente el confusionismo fue la norma y la lenta progresión consistió en ir separando ambos cauces, respondiendo a un proceso no menos progresivo: el de la espiritualización del Derecho en general y del penal en particular. De otra parte, lo que significa progreso en un determinado orden de cosas puede ser regresión en otro; lo que acontece precisamente en la responsabilidad objetiva, que vale como avance en ciertos aspectos del Derecho privado, como lo social y laboral, pero que en lo penal es una vuelta atrás a lo que Löffler y M. E. Mayer estigmatizaran como signo de barbarie y baldón de nuestro tiempo. Pues en él subsisten, en efecto, sobradas ocasiones de responsabilidad objetiva criminal, difícilmente calificables de progresivos. Constituyen más bien persistencias de arcaísmo o defectos de técnica legislativa que la ciencia y las mejores leyes modernas tratan por todos los medios de superar. Valga como ejemplo la de reforma del Código penal alemán de 4 de agosto de 1953, modificando su parágrafo 56, en el sentido de que siempre que un delito se castigue con mayor pena en consideración a su resultado, tal agravación sólo será computable si hubiera mediado culpa por parte del agente (5). Se trata con ello (antes en el art. 29 del Código penal griego, de 1950) de poner fin a una secular controversia sobre la injusticia de los delitos calificados por el resultado, que no son otra cosa que concesiones y al *versari in re illicita*, en suma, a la responsabilidad sin culpa.

La tesis de la unidad conceptual de lo culposo es predominante civilista, correspondiendo a la creciente tendencia de indiferenciación que se hace notar en determinados sectores del Derecho privado, hasta borrar las clásicas distinciones de lo contractual y extracontractual como abstractas y artificiosas (De Cupis, De Buen, Pérez y Alger). Si a ello se añade la correlativa inclinación a introducir en la noción de culpa civil los elementos subjetivos de antijuricidad e imputación psicológica, de progeñe criminal, como hace De Cupis (6), resulta todavía más insensible la ruta hacia el confusionismo.

El subjetivismo, y muy singularmente la teoría tan rica en posibilidades de todo orden, del Derecho subjetivo, tan brillante-

ción. 1949, págs. 66 y sigs. CAVALLO: *La responsabilità oggettiva nel diritto penale*, 1937.

(5) OEHLER: *Das erfolgsqualifizierte Delikt*, en «Goldammer Archiv.», 1954, pág. 33. y SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Kommentar*, 1954, pág. 241. La innovación ha sido íntegramente mantenida por la Comisión de Reforma del Código alemán; v. sobre esta cuestión y su alcance ideológico mi artículo *Filosofía y tecnicismo en el Derecho penal*, en «Rev. de Derecho Español y Americano», Madrid, 1956, pág. 27.

(6) DE CUPIS: *Il danno*, Milán, 1946, pág. 63.

mente iniciada por Savigny y los grandes pandectistas del pasado siglo, tuvo su inmediato reflejo en la doctrina unitaria de la culpa, pues, al ser declarado el Derecho como «un poder del sujeto y su voluntad» (Savigny), la culpa hubo de contempiarse como una consecuencia de ese poder personalista. Fue Zitelmann, apóstol en su día del unitarismo pancivilista, quien aprovechó en dicha dirección subjetiva y «conductista» la culpa única, definiéndola de la manera siguiente: «La dejación (*ausser Acht lassen*) del cuidado exigible equivalente a un insuficiente dominio de las fuerzas anímicas que determina una conducta causante de daño» (7). Y aun más lapidariamente, el pandectista Regelsberger, como el «incumplimiento negligente de un determinado deber de cautela o *Sorgepflicht*» (8). Conforme a semejantes postulados personalistas llegóse a la fórmula definidora del párrafo 276 del Código civil alemán: «Obra imprudentemente quien deja de observar la cautela exigible en el tráfico». La doctrina científica y jurisprudencial acentuaron constantemente en Alemania este signo de la culpa, interpretando el *erfordeliche Sorgfalt* o «cautela exigible» como la real que se *debe* observar y no meramente como la *usual* (*üblich*), rechazándose así la consideración objetivista (9).

En las condiciones dichas se explica suficientemente, en lo científico, una teoría unitaria, posible por un doble camino: el de *subjetivizar* la culpa civil o el de *objetivizar* la criminal. El primero es el que siguieron generalmente los unitaristas alemanes del Derecho privado, con lo que un tanto paradójicamente el pancivilismo de un Zitelmann vino a apoyarse en concepciones más afines, en definitiva, a lo penal que a lo civil, dado que tradicionalmente en aquél predominaron las concepciones subjetivas y en éste las objetivas.

El hecho de que legislativamente se optase en Alemania por la definición de la culpa en el Código civil (de 1896), mientras que anteriormente se eludiese en el penal (de 1871), explica que la corriente unitaria se iniciase en dicho país por el lado de los privatistas. Los penalistas, en cambio, carentes de una imposición dogmática, incidieron en la mayor diversidad de conceptos, unos propincuos al consagrado por el Código civil, pero otros totalmente alejados de él, sin respetar a veces tradiciones anteriores o disciplinas de escuela. Así vemos que el propio Binding, pese a su bien conocida posición civilista, rehusa en lo penal un concepto de culpa con carácter sustantivo y sí meramente con el adjetivo. «Es inadmisibles—dice—hablar de culpa, existiendo tan sólo en forma adjetiva de delito culposo (*fahrlässiges Delikt*)» (10). Insiste en tal

(7) ZITELMANN: *Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs*, pág. 157.

(8) REGELSBERGER: *Pandekten*, I, pág. 648.

(9) ACHILES-GREIFF: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 14 ed., pág. 109, nota 3 al párrafo 276.

(10) BINDING: *Die Normen*, part. 274, IV, pág. 353; más categóricamente aún, en *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, pág. 117.

punto de vista al otorgar a lo culposo una caracterización meramente negativa, de ausencia de dolo (11). En cambio, un autor tan cercano al positivismo como Von Liszt, no tuvo inconveniente alguno en aceptar el unitarismo civilista de Zitelmann (12), quizá por el desinterés de todo positivista hacia los valores de culpabilidad, que es lo que indujo a Binding a apartarse en este extremo del tecnicismo civil, entendiendo con harta razón que, pese a todas las apariencias, le era extraña la verdadera noción de culpabilidad (13).

En Italia, donde al contrario que en Alemania, la culpa es definida en el Código penal (art. 43) y no en el civil (14); los partidarios de la identificación conceptual de ambas han preferido, por regla general, el campo de lo objetivo, prescindiendo en uno y otro supuesto del elemento subjetivo de la culpabilidad. Razón por la cual, llevado el argumento a su extremidad, la identificación vale tanto como la expulsión de la culpa fuera del ámbito de lo criminal, por lo que es unánimemente defendido por los penalistas partidarios de su no incriminación (Puglia, Parigi-Giardina, Gramatica). Esto no obstante, también se ha defendido, aunque minoritariamente, la tesis de paridad por el lado de lo subjetivo; lo que hizo Stoppato al buscar el rodeo de los *mezzi antigiuridici* y de la *volontaria causalità efficiente*, que pretendidamente objetivos dejaban amplia margen al elemento personal (15). Un criterio ciertamente objetivo, pero de matiz procesal, es el empleado por Romano di Falco para defender la noción unitaria de culpa, encuadrándole en el de unidad de jurisdicción, con argumentos que inciden en clara tacha de *petitio principii* (16).

Pero el penalista más decididamente partidario del unitarismo en materia de culpa es el neopositivista Ranieri, para quien la misma, aunque se manifieste en terrenos diversos, posee una esencia única que permite la reducción a consideraciones unitarias todas las normas que a ella se refieren. Por lo mismo, estima baldíos todos los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales en torno a pretendidas diferenciaciones cualitativas, sólo explicables por tradi-

(11) BINDING: *Die Schuld*, cit., pág. 129. Ve la fundamentación histórica y filológica en la denominación germánica de *Väre-losigkeit-ohne Väre-o*, «sin dolo».

(12) v. LISZT: *Die Deliktobligationen*, cit. pág. 155.

(13) BINDING: *Die Normen*, IV, pág. 525, nota 34, donde da esta explicación a su apartamiento de la técnica civilista de la culpa, que en un principio le sedujera.

(14) Aunque en el art. 1.225 del *Codice civile* se hace referencia indirecta a la obligación de resarcimiento, en ausencia de dolo, limitado al daño *che poteva prevedersi*.

(15) STOPPATO: *Evento punibile*, Padua, 1898, págs. 206 y 237; su voluntad es de clara caracterización objetiva, aunque el argumento no lo sea tanto.

(16) ROMANO DI FALCO: *Processo penale e azioni civili e amministrative*, Milán, 1943, pág. 89. Sólo admite entre delito penal y civil diferencias meramente cuantitativas.

ciones históricas ya sobrepasadas (17). La razón de la unidad la justifica el Profesor de Bolonia por ser de idéntica naturaleza en la culpa civil y penal los dos elementos sustanciales básicos de su exigencia: un único acto jurídico y un único daño resarcible, siendo, en cambio, irrelevantes en lo morfológico y de mera dimensión política la diversidad de consecuencias.

Es en el terreno del Derecho privado, también en Italia, donde la doctrina unitaria logra prevalecer, defendiéndola con argumentos no muy diversos de los alemanes, los dos grandes especialistas Chironi (18) y Gabba (19), para quienes las nociones de dolo y culpa ostentan igual valor en todos los ordenamientos jurídicos.

En España, donde en ausencia de verdaderas definiciones legales de la culpa en los Códigos civil y penal pudiera haber inducido a posturas indiferenciadas, el unitarismo extremo se halla en franca minoría, al menos, en el caso concreto que aquí se contempla. A reserva de insistir, más adelante, en los puntos de vista sustentados diferencialmente por la doctrina y la Jurisprudencia, puede afirmarse que el tema no ha sido planteado entre nosotros en tonos polémicos, en lo que a la culpa se refiere, si en cuanto al dolo, en la notable monografía de Cossío, «El dolo en el Derecho civil». Es, como ya se dijo, el Profesor Castejón quien en tono más franco y decidido sostiene la bandera del unitarismo, en nombre de la prevalencia de la responsabilidad objetiva, que ha ganado el campo del Derecho civil y se adentra cada vez más en el del penal, sustituyendo los viejos criterios de culpabilidad personal por los de peligrosidad y defensa social (20).

3.—Radicando la responsabilidad culposa, como toda responsabilidad en un acto ilícito, pero pudiendo tal acto obedecer a ilicitud penal o meramente civil, es claro que la cuestión de diferenciación tiende a remontar a los orígenes de ambas ilicitudes. De esta vinculación, indubitada *ab origine*, no se precisa deducir lo que a primera vista parece una consecuencia necesaria, esto es, que sostenida la identidad esencial de ilicitudes habría que mantener de modo fatal la de las correlativas formas de culpabilidad (dolo o culpa), en que se manifiestan al exterior por la conducta humana antijurídica. Y es que, a mi modo de ver, lo ilícito es un concepto formal, de «contrario al derecho», mientras que las formas de culpabilidad en que ello se valora, presupone, por eso mismo, operaciones axiológicas y normativas de conductas humanas que, aunque con un origen común, permiten y hasta imponen estimaciones distintas. En realidad se trata de perspectivas diversas

(17) RANIERI: *Sulla distinzione della colpa in civile e penale*, en «Riv. ital. de D. penale», 1931, pág. 183.

(18) CHIRONI: *Danno contrattuale*, 2.ª ed., pág. 23.

(19) GABBA: *Nuove questioni di Diritto civile*, I, pág. 212.

(20) CASTEJÓN: ob. cit. *passim* y párrafo 110.

de un punto común, que va ensanchando los horizontes diferenciales a medida que se alejan del epicentro. Pues, ese «derecho» al que lo ilícito es contrario, de origen a pesar de su unidad, a las más variadas consecuencias. Puede, en efecto, ser subjetivo u objetivo, con lo que se esboza una primera posible diferenciación ya apuntada por Hegel, posibilitando incluir en el ámbito de la ilicitud civil todo lo que vulnera o arriesga un derecho subjetivo, y en el de lo penal, lo que viola un derecho objetivo. Es tesis diferencial de civilistas (Unger y Zucker), reiteradamente rechazada por los penalistas (Merkel, en Alemania, Maggiore, en Italia, y Silva, en España), que estiman imposible la lesión de un derecho subjetivo sin violentar por ello otro objetivo previo. Es totalmente inadmisibile en un sistema legalista como el nuestro penal, donde los derechos subjetivos son fruto jurídico de un determinado derecho objetivo (*norma agendi* determinante de la *facultas agendi*). Concretamente en el caso de la culpa y en estricta dogmática española, la teoría diferencial en base al derecho subjetivo es todavía más inaceptable, por ser la caracterización criminal de la imprudencia de tipología abierta y no vulnerar, por tanto, de modo inmediato una *norma agendi* específica. Esta es, asimismo, la razón de que no se pueda acudir en el caso de la culpa al criterio discriminatorio de la tipicidad tan sólo, como con tanta fortuna y buen criterio hace Alfonso de Cossío, en el dolo (21). Lo que no quiere decir, en modo alguno, que en la culpa del Derecho penal español se minimice el papel de lo típico, sino que la tipicidad opera indirectamente, a modo del reenvío que el artículo 565 del Código penal impone; labor que simplifican los sistemas de *numerus clausus*, con tipologías culposas predeterminadas.

Una variedad de la anterior teoría ofrece, a los mismos efectos diferenciales, el punto de vista subjetivo puro, según el cual la culpa civil vulneraría un derecho subjetivo personal y la penal uno subjetivo del Estado. Pero tanto en su formulación voluntarista de la *Willenstheorie* como en la pragmática de la *Interessentheorie*, que derivan respectivamente de Savigny y de Ihering, adolecen de la grave dificultad de suscitar la inagotable discusión en torno al Derecho privado y público, pletórica de riesgos y horra de consecuencias prácticas. Pierde todavía valor en una época como la nuestra, de crisis de privativismo, pese a que la mejor doctrina (Gierke, en Alemania, y Federico de Castro, en España) opte por un criterio de integración y coordinación, en lugar de insistir en vanas pretensiones de primacía. En todo caso, forzoso es reconocer que la situación reinante más bien abona por el confusionismo que por la diferenciación.

No mayor fundamento brinda a los propósitos diferenciales el criterio, tan grato a los positivistas, de la peligrosidad, aduciéndose que en el caso de la culpa civil no existe otra perturbación que la

(21) A. DE COSSÍO: *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955. pág. 31.

del sujeto pasivo de la infracción, mientras que en la penal, el ámbito de la peligrosidad es netamente social, interesando al orden jurídico como un todo. Expuso von Liszt, con más claras razones que ningún otro (22), las presuntas ventajas de esta teoría, todas ellas en el plano *de lege ferenda*, por lo que su valor dogmático es nulo. Tampoco pueden superar la relatividad de un criterio que la experiencia de cada día se encarga de desmentir, dado que son frecuentes las culpas meramente civiles, con consecuencias de perturbación social más honda y trascendental que la imprudencia criminal mejor caracterizada; por ejemplo, accidente laboral fortuito en una mina, con pérdida de vidas y paralización de trabajo en una región.

En el terreno de las consecuencias fácticas del acto, y también en el campo *de lege ferenda*, pudiera ser más convincente un signo diferencial en el sentido de que en la culpa civil es exigible siempre un daño real efectivamente valorable, en tanto que en la culpa penal caben posibilidades de exigibilidad en eventos de puro riesgo; por ejemplo, en la conducción de vehículos a excesiva velocidad o sin la autorización debida. Claro es que en estas modalidades la afinidad con lo culposo es harto discutible, tratándose más bien de infracciones dolosas de eventual proyección culposa, naturaleza mixta que las hace poco aptas para servir de paradigma.

Una distinción, en fin, muy generalizada y sin duda verdadera, aunque sea conceptualmente superflua y encierre en sí un vulgarísimo truismo, es la de atenerse a las consecuencias jurídicas del hecho. La culpa civil da origen a una indemnización de daños y perjuicios y la criminal, además, a una pena; de donde Garraud, que es uno de los autores más ilusionados en esta vana distinción, se permite los discutibles neologismos de una doble función de justicia «indemnizante» y represiva. Trátase aquí, como salta a la vista, de una discriminación *a posteriori*, que no sirve para elegir a quien la elección se impone, y sí, por ende, ha de optar por indemnizar o penar. Mera variedad, por otra parte, en sus consecuencias, de la solución apriorística y normativa que va a exponerse a continuación y que es, a mi juicio, la sola susceptible de aclarar el problema diferencial, en lo que éste puede ser en abstracto aclarado, que anticipo no será mucho.

La solución normativa de la diferencia entre culpa civil y penal presenta un doble aspecto, en cuanto que pueda referirse a la norma como génesis de la acción o a la norma como valoración ulterior de la misma; en otras palabras, a la función de la tipicidad legal o a la axiológica judicial de culpabilidad.

En el sentido diferencial genético resulta decisivo el campo del derecho a que la norma definidora pertenece, lo que de rechazo sitúa el problema en el de la infracción del deber jurídico exigible.

(22) v. LISZT: *Die Deliktobligationen*. cit. pág. 102.

Es evidente, en efecto, que no cualquier infracción de deber implica necesariamente una estimativa jurídica, ya que para que así sea ha de tratarse de una concreta infracción de deber jurídico. Si ese deber está amparado por una norma civil, la infracción será de este orden, constituyendo lo que se ha llamado un poco metafóricamente «delito civil» (23), mientras que si lo consagra una norma penal, será «delito criminal». Bastaría para ello compulsar los índices de los respectivos códigos para salir inmediatamente de dudas. Desgraciadamente, la operación no es tan sencilla y se complica en grado sumo, sobre todo en materia de culpa, al coexistir con tanta frecuencia una doble normatividad, visto que el ordenamiento civil como el penal estipulan el instituto de la culpa de modo equivalente, cuando no idéntico. ¿Cuál ha de ser en este caso, que es el verdaderamente problemático, el sistema a seguir?

En la disyuntiva apuntada hay un procedimiento suficientemente acreditado como práctico, aunque no satisfaga enteramente las exigencias de la pura teoría. Es el que pudiera denominarse de *extensión normativa*—creo es innominado—, consistente en la mayor extensión de la culpa en lo civil y de su restricción y excepcionalidad en lo criminal, considerando este terreno como extraordinario y específico. Pudiera pensarse y así parece a simple vista, que este sistema habría de servir únicamente para los ordenamientos penales extranjeros de riguroso *numérus clausus* con tipificaciones específicas, no para el español de incriminación genérica y abierta, del art. 565 del Código penal. Sin embargo, bien considerada la cuestión, creo que también en él es factible el criterio de la mínima extensión de la culpa criminal respecto a la civil, aun dando al precitado artículo un alcance genérico que sería vano regatear. Baste para convencerse de ello comparar dicho artículo 565 del Código penal con el 1.902 y concordantes del Código civil, cuya coordinación es esencial para plantear el problema discriminatorio y, desde luego, para resolverle. Al decirse en el último de estos preceptos que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo *culpa o negligencia*, está obligado a reparar el daño causado», establece el legislador civil una obligación, con su correspondiente sanción, que se corresponde con la norma iusnaturalista del *noeminem laedere*, bajo el presupuesto ideal subjetivo de la *culpa o negligencia* y el real objetivo del *daño*. Su generalidad, dentro de tan amplias condiciones, es ilimitada, bien que por la primera se excluya la hipótesis del caso fortuito, de antiguo repudiado por la Jurisprudencia (24). Incluso en este supuesto de fortuitidad, no son escasos los sectores del derecho civil moderno,

(23) BRUNETTI: *El delito civil*, 1906, pág. 404.

(24) Este artículo no es aplicable cuando el hecho se declare fortuito, según la S. (civil) de 2-III-1897; desde entonces, en jurisprudencia constante, al menos hasta la famosa de 10-VII-1943, dejando a salvo los supuestos legales concretos de responsabilidad objetiva, notablemente en materia de seguros y de derecho social.

singularmente en su dirección social, en los que va abriéndose brecha cada vez más profunda la tesis moderna de la responsabilidad objetiva, debelándose la clásica dogmática de la culpabilidad subjetiva, siquiera sea hoy por hoy en casos excepcionales previstos por la ley a título de presunción (25).

En contraste con ese claro criterio de ilimitada amplitud de la culpa civil, que puede llegar hasta la exigencia objetiva total, el artículo 565 del Código penal resulta incomparablemente más limitativo, aun en su forma abierta a la española. Requiere, no ya un inexorable factor subjetivo ideal de conducta imprudente, sino una tipicidad concreta referida a la hipótesis intencional, la de que el hecho «constituiría delito», que el texto del artículo impone. El condicional de «constituiría», obliga pues a insertar la culpa criminal en un espacio ya reducido de acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley, lo que no sucede en la culpa del artículo 1.902 del Código civil, desconocedor de tipologías explícitas o implícitas. Hay que tener muy en cuenta, de otra parte, que la culpa criminal no basta que encarne formalmente en una tipicidad concreta, debiendo estar indisolublemente vinculada a la exigencia suprema de la culpabilidad, lo que no siempre acontece en la civil (26). Requiere, además, que el delito base sea de naturaleza susceptible de exigencia culposa, lo que está muy lejos de suceder en teoría y práctica. Baste un ejemplo bien significativo: quien distraidamente se lleva un abrigo ajeno de un guardarropa no perpetra el delito de hurto por imprudencia ni le es exigible responsabilidad criminal por los artículos *formalmente* aplicables, 565 y 514 del Código penal, pero sí estará obligado civilmente a devolver la prenda y aun a reparar el daño en virtud del artículo 1.902 del Código civil. La culpabilidad es por ello elemento de mínima y aun superflua presencia en la culpa civil, en tanto que debe seguir siéndolo imprescindiblemente en la criminal.

Prueba aún más conveniente de la certeza de lo dicho es la de la concreción de la culpa penal a actos humanos concretamente personales, desconociéndose en el Derecho moderno, salvo bárbaras aberrantes excepciones, la responsabilidad penal por actos ajenos, lo que en la vía civil es frecuente y normal.

Las diferencias apuntadas, con ser ciertas, no son lo bastante tajantes para inducir a las afirmaciones absolutas de los Bruns, Manzini y Guarneri, para quienes el concepto de culpa penal es

(25) Es el camino de la presunción de culpa objetivamente considerada, según la importante sentencia civil de 10-V-I-1943, tan revolucionaria en materia de responsabilidad extracontractual, al menos en lo probatorio.

(26) Sobre el alcance de la responsabilidad en lo civil, v. PACCHIONI: *Libro de las obligaciones en el C. civil italiano*, trad. de HERNÁNDEZ-GIL, y en doctrina española, sobre su perspectiva objetiva, las monografías de A. DE MIGUEL: *Responsabilidad sin culpa*, Barcelona, 1931, y de BORRELL MACIÀ: *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual*, Barcelona, 1942.

del todo independiente de la civil (27). No hay que perder de vista que, en fin de cuentas, ambas responden a conductas voluntarias no maliciosas, implicando sendas infracciones de deberes jurídicamente exigibles. Lo cual arguye por una plataforma básica comunitaria, tan cierta en lo morfológico como lo fué en lo histórico. No es tanto la esencia de lo culposo lo que difiere, en ambas esferas, como su modo de manifestarse el exterior y, sobre todo, de ser valorado jurídicamente. Por eso me parece sumamente acertada la opinión de un moderno civilista, Lehmann, para quien el módulo de estimar la imprudencia en lo civil es *objetivo y abstracto*, en vistas a las exigencias del tráfico, mientras que en la imprudencia criminal es ineludiblemente personal y concreto, un reproche al autor (28). Que es la razón por la cual es utilizable con éxito en la técnica civilista la abstracción del *diligens pater familias* que en lo penal no basta, aunque cierta jurisprudencia lo utilice por su comodidad, a trueque «de medir un hombre de carne y hueso con un fantasma», en frase bella y certera de Antón Oneca (29).

A los efectos de aproximación, respondiendo a ciertos criterios humanizantes del Derecho civil, hay que observar asimismo cómo un importante sector de la doctrina moderna española se inclina a reclamar para la culpa de dicha naturaleza la presencia de factores subjetivos, a valorar por el arbitrio judicial en cada caso concreto; lo que Castán considera evidente progreso y lo es, seguramente, en el camino de la espiritualización del derecho (30). Aunque con ello se acerquen notablemente los linderos de ambas nociones de culpa, pues progreso ha de ser el de aproximar la culpa civil a la penal, no lo contrario, en la vertiente de lo objetivo, que como ya dije, constituiría la más torpe de las regresiones y una recaída en el materialismo más abyecto. Al mismo interesante proceso de aproximación de la culpa civil a la penal—y no viceversa—pienso que obedece la corriente doctrinal, minoritaria sin duda en el Derecho privado, pero sostenida por civilistas del prestigio de Scialoja, de negar eficacia en sede civil a la culpa *levissima* de los romanos, que en lo criminal hace tanto tiempo dejó de ostentar relevancia (31). Sea de ello lo que quiera en el campo del Derecho privado, lo que queda fuera de discusión es que en el del penal debe resultar incommovible el dogma de la culpabilidad personal, mejor salvaguardado en la doctrina

(27) GUARNERI: *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milán, 1947, página 147.

(28) LEHMANN: *Tratado de Derecho civil. Parte General*. Madrid, 1956, I, pág. 497.

(29) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Madrid, 1949, I, pág. 219.

(30) CASTÁN: *Derecho civil español*, 7.ª ed. 1951, t. II, pág. 126; antes, en el mismo sentido, DE DIEGO, en *Instituciones*, 1930, t. II, pág. 25. Responde a este criterio subjetivo el parág. 254 del C. civil alemán, pese a lo cual LEHMANN persiste en su estimativa abstracta.

(31) SCIALOJA: *Segozi giuridici*, Roma, 1930, pág. 354.

normativa que en ninguna otra, por lo que su adopción en materia de culpa parece la más adecuada y correcta (32).

4. La tan debatida cuestión de la identidad o diferenciación de la culpa civil y penal dista mucho de ser meramente académica, ni afecta tan sólo al derecho material. Por el contrario, tiene inmediato reflejo y a veces trascendencia decisiva en el ejercicio de la acciones en lo procesal, donde a diario se plantea en toda su crudeza, reclamando soluciones concretas.

En el terreno de los puros principios, y cuando se afirma la identidad entre ambas culpas, la consecuencia debiera ser que el ejercicio de la vía civil o criminal resultare indiferente, pero lo cierto es que, elegida una u otra especie de proceso, su curso ulterior queda personalmente predeterminado y, en ciertas ocasiones, opera precluyendo al otro. Es esta última consecuencia la que impone, por ejemplo, el artículo 25 del Código de procedimiento penal de Italia, tal como lo interpreta la jurisprudencia de dicho país, denegando el ejercicio de la acción civil cuando se haya declarado en el criminal la inexistencia de culpa (33).

En cambio, cuando se reconoce materialmente la diferencia sustancial entre las dos clases de culpa, nada se opone, en principio, al ejercicio de la exigencia de una u otra en la respectiva vía civil o criminal y aun a su duplicidad, que no vulneraría la lógica jurídica. Que es lo que hasta cierto punto acontece en el sistema español.

En la práctica más corriente de todos los países, la cuestión no se resuelve, sin embargo, con arreglo a uno de los anteriores principios de rigidez logística, admitiéndose temperamentos a ambas posiciones con harta mayor flexibilidad, aun a trueque de sacrificar la pura teoría. Sin entrar de lleno en el fondo de la cuestión, que afectaría naturalmente a la tan incierta y debatida del valor de la cosa juzgada formal y material en procesos heterogéneos, procuraré circunscribirme al caso concreto de la culpa, bien que en él sea donde el problema adquiere de ordinario su mayor agudeza, precisamente por la siquiera aparente identidad de conceptos.

La sistemática de mutua vinculación triunfante en la ley italiana y en la austríaca, contradice con toda evidencia la tesis diferencial de ilicitudes, añadiendo el peso de la identidad formal

(32) La acentúa RÜMELIN, sobre todo en lo de «reprochabilidad», en *Das Verschulden in Straf. und Zivilrecht*, 1909, pág. 33. En el plano normativista son decisivas las monografías de W. GOLDSCHMIDT: *Die Schuld im Straf- und Zivilrecht*, Breslau, 1934 (en «Studien zur Erlaut. der bürgerl. Rechts»), y de TORLER: *Fahrlässigkeit im Zivil und Strafrecht*, Zurich, 1931.

(33) Así, en sentencia de la Cassazione, de 23-VII-1938, comentada desfavorablemente por GUARNERI (ob. cit. pág. 152), campeón de la diferenciación a ultranza y enemigo de lo que denomina *férreo principio de preclusión*. En el terreno de los puros principios, otras sentencias, según él, admiten la no coincidencia de los conceptos de culpa penal y civil que el texto de la ley parece incorrectamente imponer.

procesal al de la material. En cambio, la negación del efecto vinculatorio en heterogeneidad de procesos al modo como lo estipula el parágrafo 262 de la Ordenación procesal penal alemana, permite (aunque no imponga, pues su tenor es más bien ambiguo, y así Kuttner lo niega) la admisión de ilicitudes diferenciadas. La original doctrina carneltuttiana de los «ciclos» procesales, nacida de la identidad de función propugnada por Chiovenda, haría posible, siquiera en teoría, un ilimitado ejercicio de acciones en diversos procesos, aun agotado el inicial (34). Responde, en lo sustantivo, a la diferenciación de ilicitudes predominantemente normativa del propio Carlenutti, en base a ser la civil aquella que se sanciona con algo que no sea pena, y la penal, la que *también* aplica en ella la pena (35). El empleo del adverbio «también» delata claramente, por su valor cuantitativo, un reconocimiento implícito de una realidad diferencial, aunque, como ya dije, el argumento sea viciado por una petición de principio. En la ilicitud penal hay un *plus* en relación con la civil, el *además* de la pena.

Aplicado lo dicho al terreno de la culpa es banal la afirmación de que la estimada en vía criminal resulta de una gravedad mayor que la que lo fuere por la civil. En cambio, siguiendo la elemental regla lógica de que a mayor concreción corresponde menor extensión, la culpa civil resulta de latitud máxima comparada con la criminal, es decir, aparece con límites mucho más difusos que ésta, abarcando posibilidades que en ella resultan inaprehensibles. Lo cual puede ser una explicación de la primacía jurisdiccional de lo criminal sobre lo civil—de menos a más y de lo particular a lo general—conforme al viejo brocardo francés de *le criminel tient le civil en état*. Se reconoce positivamente en nuestra legislación en las denominadas «cuestiones prejudiciales» reguladas en los artículos 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la suspensión de procedimiento en las hipótesis de los artículos 362 y 514 de la de Enjuiciamiento Civil. Con la sabia excepción de los asuntos versando sobre el estado civil de las personas o validez de vínculos matrimoniales del artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que es válido el aforismo contrario de *le civil tient le criminel en état*.

Resumiendo Plaza la doctrina jurisprudencial (civil) sobre los efectos de la cosa juzgada en procesos heterogéneos (con especial referencia a las sentencias de 13 de noviembre de 1934, 2 de febrero de 1940 y 22 de noviembre de 1940) dice que «los pronunciamientos de la jurisdicción punitiva no pueden tener otro alcance que el de declarar la responsabilidad criminal y la civil inherente a un hecho delictivo, sin prejuzgar en ningún caso, y mucho menos en el de la absolución, si tienen o no otras varia-

(34) CHIOVENDA: *Principios de D. procesal civil*, ed. esp., 1938, I. párrafo 15; y GUASP: *Comentario a la ley de Enj. civil*, 1943, t. I, págs. 3-41.

(35) CARNELUCCI: *Teoría general del delito*, ed. esp., 1941, pág. 28.

ciones jurídicas cuya calificación y efectos hayan de ser apreciados por los Tribunales de otro orden». Con lo que—añade—«se distinguen los *delitos penales*, actos antijurídicos que violan el derecho subjetivo público del Estado, a los que se impone una sanción privativa, además de la sanción civil, de los *delitos civiles*, actos antijurídicos también, pero que lesionan tan sólo derechos subjetivos privados a los que se impone únicamente sanción civil de indemnización de daños y perjuicios». Sin decidir, por su parte, la procedencia o improcedencia de este principio jurisprudencial—cuyo fundamento en lo sustantivo ya se vió es harto frágil—, el ilustre Magistrado no parece plenamente convencido por su argumentación, ya que añade que «parece razonable que, cuando la sentencia sea condenatoria, obligue al Juez civil, en cuanto afirma la existencia inequívoca de un hecho y califica su antijuridicidad» (36). Dicha solución es correctísima y responde a lo ya dicho en torno a la diferenciación e identidad de ambas culpas, pues siendo la penal concreta y específica y la civil abstracta y genérica, lo menos se halla insito en lo más, pero no lo más en lo menos, según la más obvia operación lógica.

La sentencia condenatoria en lo criminal, que afirma el hecho, la culpa y aun la exigencia de responsabilidad civil *ex delicto*, tiene en el orden civil y en todo el jurisdiccional un neto valor de cosa juzgada, de verdad *erga omnes*, vinculando y precluyendo todo ejercicio de acción ulterior en vía propia y extraña, siempre que verse sobre *eadem res, persona et actio*. Más claro todavía resulta lo racional de esta solución en el procedimiento español, donde, como es sabido, el Ministerio fiscal ejerce conjuntamente con la acción criminal *ex delicto* la civil de igual procedencia. El *plus* de responsabilidad que la condena criminal entraña impide su reconsideración en otra vía, porque, como hace ver justamente Jiménez Asenjo, una apreciación más rigurosa equivaldría a una revisión civil *in peris*—cosa inadmisibile—, como lo sería otra modificación penal *in mitius*, en cuanto afectare a sus intereses (37).

¿*Quid*, sin embargo, en los supuestos de absolución en vía criminal? Se acaba de ver cómo nuestra jurisprudencia acostumbra pronunciarse en tales hipótesis por la independencia jurisdiccional y el aislamiento de las acciones. «Mucho menos (prejuzga) en el caso de absolución», reza el texto más arriba citado, y en su glosa se refiere Plaza expresamente a los casos de «sentencias condenatorias. En esta materia existe, sin embargo, como hace ver Jiménez Asenjo, un supuesto de nueva preclusión por cosa juzgada: la de absolución por no haber existido el hecho, a tenor del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que produce excepción al existir «prejuzgado», esto es, en juicio previo negativo y rotundo, la inexistencia de un hecho. En cambio, al

(36) M. DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, I ed., I, pág. 144.

(37) JIMÉNEZ ASEÑO: *Derecho procesal penal*, t. I, pág. 600.

decirse en la sentencia que se absuelve «por no estar probados los hechos», es claro que tal declaración no hace más que afirmar una insuficiencia actual, susceptible de ser ulteriormente completada en vía extraña. A este segundo supuesto creo que hay que asimilar una tercera hipótesis: la de no haberse probado o estimado la culpabilidad del reo, ya fuere a título de dolo o de culpa, pues ello es asimismo una declaración de insuficiencia, a completarse también posteriormente con arreglo a otros principios procesales de certidumbre. Con sobrado mayor motivo en los del proceso civil, por cuanto que, como ya vimos, la culpa de este tipo no queda encerrada en determinadas tipologías como la penal y, por añadidura, admite matices de levedad que en ésta son improcedentes.

En las dos últimas hipótesis de absoluciones penales, por no probarse los hechos o por no valorarse la culpabilidad, cabría perfectamente aplicarse la doctrina «cíclica» de Carnelutti, que adecuada a la culpa nos llevaría a las sucesivas estimativas procesales, de menos a más, en la proyección siguiente. En el clásico ejemplo de accidente automovilístico por un conductor asalariado puede intentarse una exigencia de responsabilidad criminal; al rechazarse por absolución, por no probarse la temeridad o la simplicidad con infracción de reglamentos, es posible reproducirla en lo civil; y aun al absolverse nuevamente en dicha vía, por ausencia de culpa, exigir una tercera vez la mínima responsabilidad laboral, ya de naturaleza objetiva y sin culpa. Esquema suficientemente gráfico para representar las múltiples perspectivas de lo culposo en su dinámica procesal en que el normativismo resulta tan concluyente como en lo material.

Mucho más simple y clara aparece la desvinculación de jurisdicciones y, por tanto, la diversidad de estimativas, cuando se contempla el supuesto contrario de eficacia de una sentencia civil en un proceso criminal ulterior. Es opinión constante, desde Aguilera de Paz (38) a Orbaneja (39), la de que el fallo civil carece de efectos vinculatorios para lo criminal, y ello tanto en las cuestiones de derecho como en las de mero hecho, salvo en las reservadas de estatuto personal ya aludidas del artículo 5 de la Ley procesal penal. En el caso concreto de la culpa, sin embargo, tengo tan elemental principio por escasamente satisfactorio, no hallándose muy acorde con la ya mencionada magnitud diversa de ambas nociones. Pues si, como creo incontrovertible, la culpa civil es de estimativa muchó más amplia que la criminal hasta el punto de ser relevante la levísima, la declaración de no apreciarse por el Juez civil, aun en estas mínimas dimensiones, debería llevar como consecuencia la imposibilidad de querer luego va-

(38) AGUILERA DE PAZ: *Comentarios a la Ley de Enj. crim.*, 2.^a ed., I, pág. 92.

(39) ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enj. crim.*, Barcelona, 1947, tomo I, pág. 149.

lorarse como temeraria o simple con infracción de reglamentos.

La grave anomalía lógica denunciada se disculpa por Orbaneja en términos generales y no en el caso concreto de lo culposo, acudiendo al argumento de la diversidad de principios que gobiernan la averiguación y fijación de los hechos en los dos procesos, dominando en el civil exclusivamente el de *secundum allegata et probata partium*, y en el criminal el de la libre investigación *ex officio*, sin tasa de pruebas. De ahí que pueda no haberse alegado en vía civil un elemento de máxima temeridad y luego averiguarse y hacerse valer de oficio en la criminal por trabajar su procedimiento con instrumental diverso, persiguiendo un objetivo de «verdad material» extraño al procedimiento civil. Es ésta, empero, una argumentación exclusivamente procesalista, válida tan sólo en los sistemas tradicionales que, como el nuestro civil, desconocen el de investigación inquisitiva, nó para los modernos de tipo austro-italiano, que quizá por ello insisten en sus propósitos vinculatorios y preclusivos.

5. Siguiendo la opinión más común en la doctrina, la jurisprudencia española, al contrario que las extranjeras, aun las más afines a nuestra sistemática, como la francesa (40), acostumbra afirmar la diferencia sustancial entre las formas de responsabilidad culposa civiles y criminales. Y ello tanto en la jurisprudencia civil como la penal, si bien es de notar en esta última una mayor preocupación y finura por fundamentar los signos diferenciales. Lo cual es bien comprensible por las razones procesales a que se acaba de hacer referencia, así como por la mayor extensión y correlativa menor concreción que en el ámbito del Derecho privado alcanza la culpa, aunque sin llegar a los desmesurados cauces de lo laboral, donde la problemática es fundamentalmente diversa (41).

Del lado penal, en efecto, basta hacer referencia a la tipicidad dolosa básica para, en presencia de la conducta imprudente, declarar la correspondiente responsabilidad, radicando el problema judicial en la mera evaluación cuantitativa, de temeridad o simplicidad, que es de otro orden. En lo civil, en cambio, en ausencia de tipologías concretas que sirvan de punto objetivo de referencia, la tarea es en este sentido más ardua, provocando concreciones más laboriosas. Tales son las razones de por qué suelen resultar de mayor interés general las sentencias civiles que las criminales a los efectos de diferenciación de culpas. Entre ellas deben citarse como más explícitas las de 2 de enero y 12 de febrero de 1932, de 13 de noviembre de 1934 y de 2 de febrero de 1940, principalmente estas dos últimas, que por su importancia merecen especial mención.

(40) La Casación francesa suele afirmar la identidad sustancial de la *faute* civil y penal; así, en SS. de 11-XII-1930, 10-V-1932 y 14-XI-1933.

(41) Sobre el papel de la culpa en lo laboral, v. MENÉNDEZ PIDAL, en «Rev. de Derecho privado», 1947, pág. 553.

La sentencia de 13 de noviembre de 1934, de la que fué ponente Castán acepta un doble criterio discriminante: el hegeliano de Unger y Zucker de la cualidad del derecho vulnerado, a la vez que el excluyente de la tipicidad. Se afirma en ella que los «delitos civiles» son actos jurídicos como los criminales, pero que lesionan únicamente los derechos subjetivos privados, acarreando por ello sólo sanciones civiles de daños y perjuicios, en tanto que los penales violan, por su mayor gravedad antisocial, el derecho subjetivo público del Estado, razón de la sanción punitiva. Ya quedó hecha la crítica de este punto de vista, forzosamente anticuado conforme a los nuevos postulados de la subjetivo y objetivo de los derechos y de su privatividad o publicidad. Mucho más convincente es, por lo tanto, el otro argumento de la misma sentencia al centrar el asunto en la tipicidad y decir que mientras todo acto doloso o culposo, aun el no previsto por la ley, pueda dar lugar a responsabilidades civiles, es menester que los delictivos criminales se hallen previstos y penados en la ley penal. Queda así asentada la cualidad abstracta de la culpa civil, la del artículo 1.092, que tan sólo requiere las categorías de antijuridicidad y culpabilidad, mientras que la penal exige, además, las otras dos de tipicidad y punibilidad.

En cuanto a la sentencia de 2 de febrero de 1940 (ponente Márquez Caballero) es a su vez interesante por recoger aspectos procesales de la duplicidad de acciones. Se refiere, en efecto al posible ejercicio de la civil después de una sentencia criminal absoluta por accidente ferroviario. Se afirma, como es corriente en nuestra práctica, según quedó dicho, la supervivencia de la acción civil derivada de culpa propia, denegada en lo criminal, razonándose por considerar que, a pesar de las analogías entre las culpas de los Códigos civil y penal, ambas son susceptibles de regirse por preceptos diferentes y de someterse al conocimiento de jurisdicciones distintas (42).

La jurisprudencia criminal, por su parte, niega expresamente toda trascendencia y aplicación penal, tanto en fondo como en forma, al artículo 1.092 del Código civil (Sentencias de 18 de enero de 1949 y 2 de octubre de 1950).

Concuerdan las decisiones jurisprudenciales con las enseñanzas extranjeras popularizadas por Mazeaud, de que el círculo de las responsabilidades civiles en la culpa sobrepasa en dimensiones al de las criminales, aun con un centro común (43). Por lo que la función del penalista ha de ser la de restricción del concepto, bajo el signo primario de lo típico, y la del civilista de extensión, creciente cada día de ese prurito de nuestro tiempo, denunciado por Ripert, de la *recherche de responsabilité à tout prix*, hasta reducir el cam-

(42) Comentario a dicha S., por BONET, en «Rev. D. privado», 1940, página 118.

(43) H. y L. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la resp. delictuelle et contractuelle*, París, 3.ª ed., 1938, págs. 5-10 del t. I.

po de lo fatal en aras de una máxima seguridad jurídica. Lícito este proceder por estas pragmáticas razones y otras que no son del caso, conviene, empero, no ampliar esa rebusca de responsabilidades «a todo trance», al campo de lo criminal y mantenerla tan sólo en el de lo civil, puesto que de otro modo se vulnerarían otros valores no menos sagrados que el de la seguridad jurídica, como es el de la Justicia, cuya salvaguarda y razón de ser en lo penal es la culpabilidad. Lo que de por sí es motivo suficiente para que el signo diferencial entre la imprudencia civil y la criminal sea lo más neto posible.

En el sentido que queda dicho, y con las salvedades apuntadas, es altamente plausible la actitud de nuestra jurisprudencia, que no se deja cegar como otras extrañas, notablemente la francesa, por la mítica santidad de la cosa juzgada, pese a su fuerza formal y logística, que en materia de culpa tiene escasa razón de ser teórica y práctica. Tal proceder de independencia conceptual y procesal ha trascendido a gran parte del mundo hispánico, singularmente a la Argentina, donde asimismo es pacífica doctrina y práctica jurisprudencial constante el que una persona absuelta en un proceso criminal por culpa sea condenada en sede civil por el mismo hecho, bien que sobre ello haga algunas restricciones, ciertamente atinadas, en su dogmática Sebastián Soler (44).

(44) S. SOLER: *Derecho penal argentino*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1953, tomo II, pág. 155.

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

I

El artículo 811 del Código civil como norma a interpretar

(Conclusión)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

§ 6.º *Límites intrínsecos de la aplicación del artículo 811 por su propia ratio: B) Por ausencia de azar imprevisto.*

35. En el primer epígrafe de este trabajo hemos comprobado que el artículo 811 se concretó a prevenir el cambio de línea familiar de los bienes, producido por el *azar o contingencia* de los enlaces y muertes prematuras. Las explicaciones de Alonso Martínez y en sendos considerandos las Ss. de 30 diciembre 1897, 19 noviembre 1910, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943 y 1 febrero 1957 repetidamente lo han venido advirtiéndolo. Se trata de corregir el resultado imprevisto de un azar o contingencia de la vida. Por esto el artículo 811 concreta la reserva a los bienes adquiridos por *ministerio de la ley*, como subraya la S. de 29 octubre 1907.

La S. de 19 noviembre 1910 declara que el fundamento racional del artículo 811 es la *voluntad presunta del descendiente*. Aunque, realmente —como antes expusimos—, nos parece más exacto decir que su fundamento, más que en el intento de reconstruir esa hipotética voluntad, se halla en la conveniencia legalmente estimada de corregir la falta de previsión formalmente válida del descendiente y de la persona (ascendiente o hermano) de quien aquél recibió gratuitamente los bienes.

Por eso, parece que racionalmente queda fuera de la disposición del artículo 811 C. c. todo supuesto en que el descendiente, o previamente el otro ascendiente o el hermano de quien procedían los bienes, hubieran excluido la reserva. Así como en los casos de que uno de ellos previniera el destino de dichos bienes y su reparto entre los posibles reservatarios, veremos que su disposición deberá entenderse complementaria de la del artículo 811, conforme a su dicha *ratio*, y aplicarse con preferencia a cualquier otro criterio, en cuanto no afecte a derecho legitimario alguno.

Pero estas deducciones racionales requieren su comprobación

más concreta. Ante todo, es necesario obtener la certeza de lo que significa el artículo 811 al referir la reserva a «los (bienes) que hubiere adquirido por ministerio de la ley».

Sin dar por decidida—por ahora—la aplicación analógica de las reglas de la reserva viudal a la lineal, en cuanto no sean incompatibles, nos parece una interesante introducción a nuestro tema el previo examen de dos cuestiones históricamente discutidas al tratar de la reserva clásica. Son: la relativa a la posibilidad de su dispensa por el ascendiente premuerto, y la referente a si era o no reservable la porción estimada como legítima del ascendiente en la sucesión del descendiente que le instituyó heredero.

La primera puede ofrecernos alguna orientación al trasladarla a la hipótesis de que el ascendiente o el hermano de quienes gratuitamente procedían los bienes, preveyendo este supuesto del artículo 811, hubieran dispensado de esta obligación al ascendiente presunto reservista que del descendiente los hubiera adquirido por ministerio de la ley.

La segunda carece hoy día de interés para la reserva viudal, porque la redacción del artículo 969, en relación con el 868 C. c., incluye en esta reserva aquellos bienes que el binubo hubiera adquirido de los hijos de su primer matrimonio, sea por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo. La ley XV de Toro rezaba genéricamente «e heredare de los fijos del *primero matrimonio*». Pero estas palabras fueron interpretadas restrictivamente por los autores castellanos, a tono con el Derecho común, limitando la reserva viudal de los bienes procedentes de los hijos de un matrimonio anterior, a los *bienes adventicios heredados por ministerio de la ley*. Por eso, la cuestión ofrece un marcado paralelismo con la que nos plantea el artículo 811. En una y otra interpretación, el tema culminante se refiere a la posibilidad de que la reserva alcance a la cuota legitimaria del ascendiente instituido heredero por su descendiente.

36. *La dispensa por el ascendiente premuerto de la reserva del binubo en el Derecho anterior al Código Civil.*

Entre las excepciones a la reserva viudal señaladas por los juristas castellanos, siguiendo el criterio de los autores de Derecho común, se hallaba la dispensa del ascendiente premuerto.

Esta dispensa fué examinada en las dos modalidades de su expresión. La del legado dispuesto en contemplación de tales nuevas bodas y la expresa dispensa para contraérlas.

a) Se había puesto en duda si el *quinto* que un cónyuge legase a otro era o no reservable en caso de que el legatario contrajera segundas nupcias (294). La tesis afirmativa fué la acepta-

(294) MIGUEL DE CIBUENTES: (*Glossa sobre las leyes de Toro*. Medina del

da (295). Pero, al sumarse a ella, Acevedo (296) recogió la salvedad de que no habría reserva si el legado se hubiese dispuesto en previsión de estas nuevas nupcias: «vt quotiescunque maritus centum reliquit uxori si vidualiter vixerit, et quinquaginta si nupserit, nam tunc cum cesset dicta praesumptio, et constet de voluntate contraria testatoris volentis quinquaginta habere si nupserit: illa 50 haberit, si nuptias secundas contraxerit».

b) Pero el tema fué principalmente tratado al enfocar la autorización concedida en testamento o en otra forma al cónyuge superstite para contraer nuevas nupcias.

La eficacia de dicha licencia para excluir la reserva fué aceptada por Diego Castillo (297), Cifuentes (298), Antonio Gómez (299), Matienzo (300), Acevedo (301), el padre Tomás Sánchez (302), Juan Castillo Sotomayor (303).

Contra esta común opinión se mostraron Francisco Sarmiento (304) y Antonio Pérez (305)

Campo, 1555, Ley XV, núm. 2, vers. *In secundo casu principali*, fol. 18) expuso los argumentos en favor y en contra. Entre los primeros: que si del quinto el padre podía excluir a los hijos en favor de un extraño, no había razón para considerar al cónyuge viudo de peor condición que al extraño. Pero se decidió por la común opinión, a causa de su *ratio*, de que se trata de un caso especial en el cual el cónyuge es de peor condición que cualquier extraño.

(295) DIEGO CASTILLO: (*Utilis et aurca glosa... super legis Tauri*. Metimnae Campi, 1553, núm. 8, fol. 82); ANTONIO GÓMEZ: Op. y luc. cit., núm. 2, fol. 60 vto.); JUAN GUTIÉRREZ: (*Practicarum Quaestionum Leges Regias*. Salamanticae, 1589, lib. II, *Quaest.* XCV, núm. 4.º, fol. 221 vto.); ALFONSO DE ACEVEDO: (*Comentaria juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, t. III, ed. Lugduni, 1737, lib. IV, tit. I, lex IV, Tauri, 15, núms. 21 y 22, pág. 15) y el PADRE TOMÁS SÁNCHEZ, S. J.: (*De Sancto Matrimonio Sacramento Disputatio*. Cordubae, 1604, l. VII, disp. LXXXIX, núm. 14, pág. 308), así lo entendieron.

(296) Op. y loc. cit., núm. 26, pág. 15. FONTENELLA (*Tractatus de Pactis Nuptialibus*, t. II, Lugduni, 1667. Cl. V, flos. VIII, Pars. XI, núm. 37, pág. 175) recoge esta misma solución de FRANCISCI STEPHANI, para llevarla del Derecho común a Cataluña.

(297) Op. y loc. cit., núm. 5, vol. 81 vto.

(298) Op. y loc. cit., núm. 2, vers. *Secundo limita*, fol. 17 vto.

(299) Op. y loc. cit., núm. 6, fol. 61 vto.

(300) JUAN MATIENZO: *Comentaria... in librum quintum recollectionem legum Hispaniae* (Mantuae Carpetaniae, 1957), lib. V, tit. I, l. 3, glos. 2, número 43, fol. 33.

(301) Op. y lex. cit., núm. 36, vers. *et haec prima limitatio ampliatur*, página 17.

(302) Loc. cit., núm. 49, pág. 314.

(303) Op. y loc. cit., núms. 83 y 85 y ss., pág. 18 y ss.

(304) FRANCISCO SARMIENTO: *Interpretationum Selectarum*. (Antuerpiae, 1616.) lib. I, cap. IV, núm. 3, pág. 19.

(305) ANTONII PEREZII... *Praelectionones in duodecim libros Codicis Justiniani* (ed. Nevisina Venetiis, 1773), lib. V, tit. IX, núms. 19 y 20 (t. I, pág. 198). «Sed verius, poenas illas adhuc vim suam retinuisse, cum non tam advindictam punitionem que terdant, quam ad utilitatem liberorum, ex prioribus nuptiis suceptorum, quibus leges maxime prospicere voluerant, ne propter secundas nuptias defrauderetur» (núm. 19). «Quid ergo si superstes coniux ex voluntate defuncti contraxerit secundas nuptias. Sane praedicas poenas non effugiet, quandoquidem per posteriorem nuptias non tam defuncto, quem ejus liberis iterans injuriam faciat».

El *quid* de la cuestión se buscó naturalmente en la *ratio* de la reserva. Sarmiento y Antonio Pérez señalaron que no siendo el fin perseguido por la reserva el castigo de la injuria inferida al marido por las segundas bodas (306), sino la defensa de los hijos del primer matrimonio (307), no puede estimarse excusada ésta por la licencia del cónyuge premuerto.

Sin tratar de la eficacia de esta licencia, Diego Pérez de Salamanca (308) afirmó como *ratio* de la reserva «quod videatur fratribus superstibus ex primo matrimonio injuria facta» (309). Pero parece que el criterio respaldado por la común opinión no se apoyó en esa contraposición excesivamente elemental. Los hijos están protegidos por la institución de las legítimas y los del primer matrimonio en Derecho común lo estaban, además, por la ley *Hac edictali*. La verdadera *ratio* de las reservas—como observaron Acevedo (310) y Castillo Sotomayor (311)—reside en la presunta voluntad del cónyuge premuerto, de cuya falta de previsión expresa se preocupa la ley, que la suple estimando lo que normalmente hubiera ordenado el difunto si hubiera previsto las segundas nupcias de su cónyuge supérstite.

(306) Esta *ratio* fué la aceptada, v. gr.: por DIEGO CASTILLO (loc. cit., número 5, fol. 81 vto.); CIFUENTES (loc. cit., núm. 2, vers. *Un secundo casu principali*, fol. 18); PALACIOS RUVIOS (*Glossmata...*, lex XV, núm. 6, fol. 16 vuelto); MELCHOR PELÁEZ DE MIERES (*Tractatus maiotatum et meliorationum Hispaniae*. Granatae, 1557. Quæst LIV, fol. 200 vto.).

(307) Ver, v. gr.: COVARRUBIAS: *In Librum Quartum Decretalium Epitome*, Pars. I, cap. III, § 9.º, núm. 5 (ver, Opera Omnia c. Lugduni, 1584, página 149); LUIS DE MOLINA, S. J.: *De Justitia* (Corchae, 1597), t. II, trac. II, disp. 431, col. 1.162 B, y HIERONYMO DE CAEVALLOS: *Speculum aureum opiorum comunium contra communes* (Venetis, 1604), Quæst 742, núms. 4 a 7, fol. 115.

(308) DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA: *Comentario in quator posteriores libros Ordinationem Regni Castellae*, lib. V, tit. III, ley 1.ª b, vers. *Tertia: Mater plurens habens filios*, pág. 100.

(309) El PADRE TOMÁS SÁNCHEZ: (Op. y disp. cita., núm. 2, pág. 304) señala que *duplex est ratio* de la reserva viudal: «Prior, de injuriam priori viro et filiis illatam, per transitum ad secunda vota... posterior ratio est... Quod aequitati naturali et rationi consonat, ut bona prioris viri laboribus quaesita, non cedant in vitrici aut ejus filiorum utilitatem, sed reserventur filiis conjugis, quid illa adquisivit.» Pero añade que esta segunda *ratio*, por sí sola, no sería suficiente. Los bienes procedentes de su segundo cónyuge no tiene que reservarlos la viuda, si no contrae nupcias, a favor de los hijos del segundo matrimonio, sino que puede disponer de ellos favoreciendo a los hijos del primero. Y, sin embargo, esa segunda razón debería jugar tanto en este caso como en el contrario. No es, pues, según el razonamiento del Padre Sánchez, sólo la razón de equidad, invocada por Sarmiento, la razón fundamental de la reserva, sino la injuria de las ulteriores bodas.

(310) Loc. cit., núm. 22, pág. 15: «Quorum respectu maritus legatum aliud uxori fuit, putans cum ipsis primis liberis ipsam vivituram, et secundas non appetituram nuptias, et ut in memoriam legati ei relictis affectionem primi mariti, et recordationem habere quae si sciret in vita maritus uxorem suam non habituram, non ei relinqueret legatum.»

(311) Loc. cit. núm. 92, pág. 19: «Aut quae iniquitas considerari poterit in hoc, quod bene prioris viri laboribus quaesita, plena iure uxori reserventur, vel ab illa in alios voluntatem acquirant, sed ex voluntate potius illius contingit.»

Esta verdadera razón de la reserva clásica no la precisan en su justo punto todos los autores de finales del siglo XVIII y del siglo XIX anteriores al Código civil.

De una parte, excluyen la reserva por estimar perdonada la injuria de las segundas nupcias en caso de autorización para contraerlas: Febrero (312)—criterio que respetan en sus versiones Marcos Gutiérrez (313) y Tapia (314)—Alvarez Posadilla (315), Llamas y Molina (316) y Escriche (317). Entre los autores que excluyen la reserva en ese caso, únicamente Sala (318) deja de considerarla a través de la idea de exclusión de la injuria.

Febrero estimó equivalente a este supuesto el caso de que el marido al tiempo de hacer la donación a la mujer «expresa que en ningún caso quiere que quede obligada a reservarla, ni su importe, sino que la haga suya como si fuera patrimonial».

La opinión contraria la observamos en Vicente y Caravantes (319), Aguirre y Montalbán (320), García Goyena (321), el mismo con Gómez de la Serna y Montalbán (322), Benito Gutiérrez (323), Cárdenas (324), Domingo de Morató (325) y Navarro Amandi (326).

(312) JOSEF FEBRERO: *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Theorico Practica de Principiantes*. Madrid, 1781, parte segunda, lib. II, cap. V, § II, núm. 20, vol. II, 2.º, pág. 348).

(313) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*. Madrid, 1805, p. II, l. II, cap. V, § II, núm. 19, t. IV, página 148.

(314) EUGENIO DE TAPIA: *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas* (Nueva ed. Valencia, 1837), t. I, lib. II, lit. II, cap. XXVI, núm. 17, pág. 580.

(315) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las Leyes de Toro*. Madrid, 1796, ley XV, pág. 125.

(316) SANCHO LLAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, t. I, 3.ª ed. Madrid, 1853, ley 15, núm. 48, página 293.

(317) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847), voz «Bienes reservables», pág. 449.

(318) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho real de España* (2.ª ed. Madrid, 1820), lib. II, tit. VIII, núm. 16, pág. 232.

(319) Nota 2.ª en la página 293, al núm. 48 del Comentario de LLAMAS Y MOLINA a la Ley 15 de Toro.

(320) FLORENCIO GARCÍA GOYENA Y JOAQUÍN AGUIRRE: Fátafo adicionado al número 1.994 de su revista del *Febrero o Librería de Jueces, Escribanos, Abogados*, t. I, 4.ª ed. Madrid, 1852, pág. 583.

(321) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, t. I, apéndice núm. 10. Bienes reservados, número 12, pág. 367.

(322) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos del Derecho civil y penal de España*. t. II, Madrid, 1881, núm. 198, pág. 133.

(323) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1863, lib. III, cap. V, sección IV, § V, art. 5, pág. 657.

(324) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España*. Madrid, 1852, pág. 107.

(325) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1868, núm. 1.486, nota 1, página 251.

Todos ellos afirman que la finalidad de la reserva clásica no es la de castigar injuria alguna, sino la de proteger a los hijos del primer matrimonio.

No obstante, Benito Gutiérrez (337), Aguirre y Montalbán en sus adiciones al Febrero (328), Gómez de la Serna y Montalbán (329) y Domingo de Morató (330) reconocieron también como fundamento de la reserva la presunción de que el padre no quería que sus hijos tuviesen que dividir su patrimonio con otros hijos extraños.

Pacheco (331) se situó en una tercera postura posiblemente más acorde con la verdadera finalidad de la reserva viudal. La licencia dada por el cónyuge premuerto al supérstite para contraer nuevas bodas—innesecaria para contraerías—no la estimó suficiente para excluir la reserva. Pero juzgó posible su dispensa expresa, disponiendo de un modo implícito «que queda exenta y relevada de tal resolución». A su juicio: «Si de hecho el marido premuriendo lo dispuso así; si declaró de este modo que lo dado a su mujer había sido plenamente a ella por ella misma y no por consideración a sus hijos, por ser la madre de sus hijos, parecemos que en tal caso no podría la ley llevar su acción a donde de ordinario la lleva, y que no podría presumirse un motivo para interpretar la voluntad, explícitamente rechazado y denegado por esta voluntad propia.»

37. *La reserva por el cónyuge binubo de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio en el Derecho castellano anterior al Código.*

La Ley 15 de Toro dispuso expresamente la extensión al marido binubo de las reservas impuestas a la mujer binuba. Esta fué la finalidad de esa ley. Palacios Rubios (332), Antonio Gó-

(320) MARIO NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, t. I, Madrid, 1880, artículo 1118, pág. 582.

(327) Op y loc. cit., art. 2, pág. 645, *in fine* y ss. «Se presume que el donante no habría hecho (la liberalidad) hija exclusiva de cariño y que se presume que el donante no habría hecho, si *hubiese podido* prever que iba a convertirse en perjuicio de su propia sangre, que habría de enriquecer a los hijos de un segundo matrimonio.» Por eso... «tienen razón los que opinan que la Ley la ha establecido en beneficio de ellos con la presunción de que nunca debió ser el ánimo del donante privar de los bienes a que el nacimiento les daba irresistible derecho y que sin su liberalidad debía constituir y aumentar su patrimonio».

(328) Vers. de GARCÍA GOYENA Y AGUIRRE: vol. cit., núm. 1977, pág. 580

(329) Op. y vol. cit., núm. 188, pág. 126.

(330) Op. y vol. cit., núm. 1482, pág. 248.

(331) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO: *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, t. I, Madrid, 1862, ley XV, núms. 32 a 35, págs. 224 y ss.

(332) *Glossemata*, lex XV, núm. II, fol 41.

mez (333), Covarrubias (334), Velázquez de Avendaño (335), Tello Fernández (336), Matienzo (337), Spino (338), observaron que la general opinión de los autores de Derecho común había consagrado dicha extensión, conforme a la glosa de la ley *Generaliter* del Tit. *De secundis nuptiis* del Córigo, pero lo cierto es que ninguna norma legal lo disponía expresamente. Por eso se estimó oportuna la ley XV de Toro que «voluit exprese hoc decidere et determinare».

Esa finalidad determinante del único sentido normativo de esta ley ha de ser la base para su interpretación.

Los juristas clásicos de Castilla la tuvieron muy presente. Ello explica la significación que dieron a la referencia hecha en dicha ley a la obligación del binubo de reservar lo que «hererare de los hijos del primer matrimonio». La ley de Toro no intentó reformar el Derecho común que en este punto prevalecía en el foro y tenía fuerza de ley en la práctica desde la Pragmática de los Reyes Católicos de 1509. Sólo trató de aclarar la extensión de la reserva viudal al marido.

Los casos en que ésta tenía lugar no pretendió variarlos, y al referirse a lo heredado de los hijos del primer matrimonio se remitió a aquello que conforme al Derecho debía ser reservado. Esa interpretación no ofreció duda alguna a los autores contemporáneos e inmediatos a la promulgación de las leyes de Toro. Bien claramente lo expone uno de sus principales artífices, Juan López de Palacios Ruvios (339). Como sintetizó Castille Sotomayor (340), «quod praedictae leges regia in nihilo alterarunt seu mutarunt ius commune, solum enim determinat id quod erat dubium, an pater transiens ad secundas nuptias, deberet reservare filiis, quod ex successione alicuius acquirerat sicut mater tenebatur».

Por lo tanto, no es de extrañar que para determinar qué bienes debían ser reservados de los heredados por el binubo de un hijo del anterior matrimonio acudieran a la Novela 22, Cap. 46 y a la *Authentica ex testamento*.

Antes de las leyes de Toro Gregorio López (341), al glosar

(333) Loc. cit., núm. 4, fol. 61.

(334) DIEGO COVARRUBIAS A LEYVA: *Intitulum: De testamentis interpretatio*, II parte, cap. III, § X, núm. 7 en *Opera Omnia* (ed. Lugduni, 1584), t. II, pág. 1150.

(335) LUODOVICO VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Fernando et Joana Hispanorum régibus faelicis recordationis utilissima glossa sequitur*. Toledo, 1588, Ad lex XV, n.º 1, fol. 37.

(336) *Prima pars comentariorum in Constitutionem Taurinas* (Granatae, 1566, lex XV, núm. 1, fol. 118).

(337) Op. cit. y lex IV, golss. I I, núm. 1, fol. 34 vto.

(338) DIEGO SPINO: *Speculum Testamentorum* (Francfortae, 1.600), golss. prima principalis, núm. 33, pág. 194.

(339) *Glossenata...*, lex cit., núm. 1, fol. 41.

(340) Loc. cit., núm. 66, pág. 17.

(341) Glosa 4.ª a la ley 26, tit. XIII, pág. 5.ª

la ley 26, Tit. XIII de la 5.^a Partida y dictaminar—siguiendo a Aretino—que la reserva vidual era asimismo aplicable a la abuela binuba, aclaró «que así como la madre que pasa a segundo matrimonio queda únicamente privada de la propiedad de los bienes que adquirió de su padre el hijo al cual ella sucedió *abintestato*, y no de los que dicho hijo adquirió de su abuela (342), como lo nota Bartolo en dicha *authentica ex testamento*; de la misma suerte, a la abuela materna en igual caso deberá privársele únicamente de la propiedad de aquello que al nieto provino de los bienes de su abuelo» (343).

Esta doctrina, que delimita el carácter reservable de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio a aquellos que reúnan la doble condición de ser procedentes del cónyuge premuerto (344) y de ser heredados abintestato por el binubo (345), es aceptada e indiscutida por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

(342) Fue común opinión que la madre binuba no debía reservar los bienes heredados de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiera recibido del abuelo paterno. Así lo recogieron ANTONIO GÓMEZ (núm. 2, fol. 60 vto.), el P. SÁNCHEZ (loc. cit., núm. 23, pág. 391) y FARRADORIO (*Diff. CXXI, § II*, pág. núm. 5). Lo contrario opinaron MATIENZO (loc. cit., núm. 15, fol. 31) y LUIS DE MOLINA. S. J. (op. cit., vol. II, Disp. 163, *Tertio observatur*, col. 918 B).

(343) La aplicación de la reserva clásica al abuelo o abuela binubos, respecto los bienes heredados abintestato por el binubo de un nieto y que éste hubiera recibido gratuitamente de la abuela o abuelo premuertos—pero no, en este supuesto, los habidos del padre o madre—la vemos discutida por DIEGO CASTILLO (lex. cit., núm. 1.^o fol. 80 vto.) y aceptada por MATIENZO (gl. cit., número 15, fol. 33). La S. de 11 marzo 1861 rechazó la reserva en este caso. Criterio criticado por A. CHARRIN al contestar una consulta en la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (t. 84, primer semestre 1894, *Reserva de bienes con sujeción a la legislación anterior y al vigente Código civil*, pág. 291 y sig.)

(344) Ni siquiera se estimaron reservables los bienes de procedencia del cónyuge premuerto que un hermano hubiera recibido de otro por legado de tercio y que del hermano legatario hubiera heredado la madre abintestato, pues, según CASTILLO SOTOMAYOR (núms. 60 y 61, pág. 16): «quod cum haec tertia pars, non proveniret ex substantia patris, sed ex patrimonio fratris dimanaverit, reservari non debet tametsi mater ad secundas convaleserit nuptias. «Quod autem ex paterna substantia non videatur provenire, suadet natura dictionis, ex qua causam proximam immediatam.» Y, por ende, aquellos bienes discutidos «non tam ex paterna substantia quae ex fraterna dicatur provenire».

En parecidos términos se expresó el P. TOMÁS SÁNCHEZ (loc. cit., núm. 22, pág. 309).

(345) La opinión expuesta por BALDO al glosar la ley *Mater*, que distinguía según el hijo hubiere fallecido antes o después de las segundas nupcias de su padre o madre, se desestimó por la común opinión, que a la ley *Mater* contrapuso la auténtica *Ex testamento* como derogatoria de aquella. (Ver DIEGO CASTILLO, núm. 3, fol. 81; CIFUENTES, núm. 2, vers. *in segundo casu*, fol. 17 vto.; ANTONIO GÓMEZ, núm. 2, fol. 10 vto.; TELLO FERNÁNDEZ, núm. 217, fol. 65 vto.; ACEVEDO, núm. 39, pág. 17; P. SÁNCHEZ, Disp. LXXXIX, núm. 42, pág. 313).

Palacios Ruvios (346), Diego Castillo (347), Diego Pérez de Salamanca (348), Cifuentes (349), Antonio Gómez (350), Matienzo (351), Tello Fernández (352), Juan Gutiérrez (353), Ayerve de Ayora (354), Luis de Molina, S. J. (355), Spino (356), Acevedo (357), el padre Tomás Sánchez, S. J. (358), Castillo Sotomayor (359), Parladorio (360), estuvieron plenamente concordes en concretar la reserva a los bienes procedentes del cónyuge premuerto, que el binubo hubiere heredado abintestato de un hijo del primer matrimonio y en no admitirla con respecto de los que hubiere heredado testamentariamente del hijo.

El problema de si debía ser reservada la legítima heredada por el ascendiente binubo apenas fué planteada por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

Para ellos la legítima no era un *tertius genus* de delación, ni necesariamente se recibía abintestato; su montante podía ser atribuido por institución testamentaria y sólo se defería *abintestato* a falta de testamento válido en todo o en la parte debida (361).

Por eso el problema de si la reserva abarcaba la legítima del ascendiente binubo quedaba comprendido en la más genérica distinción establecida según la recibiera testamentariamente o *abintestato*. En este caso, tanto por falta de testamento o de testamento que dispusiera de ella, como por preterición o desheredación injusta, la legítima la recibía *abintestato* (totalmente o en parte) (362). Matienzo (363) admitió la reserva en este último

(346) PALACIOS RUVIOS: *Repetitio rubricae et capituli Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem* (Lugduni, 1538), § 50, núm. 35, vers. *Adde quod ista.*, fol. 49 vto., y *Glossemata*..., lex XV, núm. IX, fol. 41 vto.

(347) Loc. cit., núm. 3, fol. 81.

(348) Loc. últ. cit.

(349) Op. y lex cit., núm. 2, fol. 17.

(350) Loc. cit., núm. 2.º, fol. 60 vto.

(351) Loc. últ. cit., lex III, gloss. II, núms. 15, 17 y 18, fols. 30 vto. y 31.

(352) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima pars comentariorum in constitutionem Taurinas* (Granatae, 1566), lex sexta, núm. 51, fol. 64 vto.

(353) JUAN GUTIÉRREZ: *Practicorum Quaestionum circa Leges Regiae Primae partem Novae Collectionis Regiae* (Salmanticae, 1589), Lib. II. Quaest. XCV, núm. 4, fol. 211 vto.

(354) ANTONIO AYERVE DE AYORA: *Tractatus de Partitionibus bonorum* (ed. Valercia, 1766). Pars. III, Quaest. XV, núm. 52 (pág. 251).

(355) Op. cit., vol. I, Tract. II, Disp. 163, *Tertio observa.*, col. 918 B.

(356) Op. cit., gl. *prima principalis*, núm. 53, pág. 194.

(357) Loc. cit., núm. 39, pág. 17.

(358) Op. cit. Disp. XXXIX, núm. 18, pág. 309, y núm. 41, pág. 313.

(359) Loc. cit., núm. 9, pág. 11.

(360) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianarum Differentiarum* (Nuove ed. Coloniae Allobrogum, 1761). Diff. CXXI, § 1, núm. 10, pág. 356.

(361) Ver nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, § 2, pág. 18, y § 5, pág. 50, y en «A. Dr. Civ.», IV-II, págs. 435 y ss. y 458 y ss.

(362) Véase en los mismos *Apuntes*, I, 5.º, págs. 45 y ss. («A. Dr. Civ.», IV-II, págs. 463 y ss.) esa hipótesis excepcional de sucesión *pro parte testato et pro parte intestato*.

(363) Loc. cit., lex III, glosa II, núm. 41, fol. 33.

supuesto. Asimismo Sarmiento (364), Acevedo (365) y el padre Sánchez (366), que aclararon que también era reservable la legítima obtenida *abintestato* (es decir, sea *extra* o *contra tabulas*) por el bínubo de un hijo del primer matrimonio si comprendía bienes del cónyuge premuerto (367).

A partir del siglo XVIII comienzan las confusiones en ésta como en otras materias (368). Para nuestro actual tema sólo nos interesa constatar el porqué de aquéllas que al mismo se refieren. 1.º Por una parte, se sufre la influencia de la escuela exegética; su totalitarismo legal de influjo napoleónico todo lo quiere extraer del texto literal de las leyes. 2.º De otro lado, la finura jurídica romana no es comprendida por bastantes autores, que toman por delación legal lo que sólo es una limitación dispositiva que puede ser respetada por la voluntad del causante y entonces es plenamente eficaz, o bien que puede ser desobedecida, y entonces anula o restringe la disposición desobediente y la suple corrigiéndola con la sucesión intestada en todo o *ex parte*.

a) El primer defecto dió lugar a que se leyera la ley 15 de Toro con olvido de su *ratio* y de su sentido dispositivo y que de ella se quisiera deducir más de lo que quiso disponer. Es decir, deteniéndose en su texto como si en él se hallara la plenitud de la ordenación castellana de la reserva clásica, con olvido de que sólo trató de complementar el régimen de Derecho común, disipando toda posible duda acerca de su aplicación al padre bínubo. En ese error incurrió paradójicamente un historiador del Derecho como Cárdenas (369). «Comprende también dicha ley—escri-

(364) Op. cit., Lib. VIII, cap. XII, núm. 2, pág. 401: «quod ad hoc onere imposto matri (la reserva) in bonis sui filii ab intestato delatis quae patris sui fuerunt non eximitur legitima ipsius matris, nam neque legitiman suam extero poterit relinquere».

(365) Loc. cit. núm. 54: «Quid tamen, si mater... heredavit ab intestato legitiman unius ex filii primi matrimonii...».

(366) Loc. cit. Disp. LXXXIX, núm. 19: «ut etiam procedit, in legitima jure debita parenti superstite, ex illis bonis paternis, in quibus filio ab intestato succedit, eam enim tenetur reservare filiis prioris matrimonium».

(367) Esta opinión es la que, deduciéndola de VOET, PÉREZ y ZOESIO, estima aplicable JOSÉ PELLA y FORGAS (*Código civil de Cataluña*, tomo IV, Barcelona, s. f., art. 969, págs. 87 y sig.), que claramente distingue al efecto la legítima recibida *ab intestato* de la recibida testamentariamente. (BORRELL i SOLER—*Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V-II, Barcelona, 1825, § 514, núm. 5, pág. 460—no interpreta exactamente al criticarla la afirmación de PELLA y FORGAS, porque no observa la distinción que presupone entre la legítima habida *extra* o *contra tabulas* de la habida *secundum tabulas*.)

(368) Así lo vemos en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II, § 1.º B. b., págs. 132 y sig., y § 2.º D. a., págs. 163 y sig. (o en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-IV, págs. 1360 y sig., y 1394 y sig.), y en *Fideicomisos a término y condicionales y en la cláusula así sine liberis decesserit* en el *Derecho Histórico de Castilla y en el Código civil*, II, § 1.º F. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-III, págs. 803 y sig.

(369) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen* (Madrid, 1852), pág. 106.

bió refiriéndose a la Ley 15 de Toro—entre los bienes reservables los heredados por el cónyuge superviviente de sus hijos del primer matrimonio, y como no distingue entre heredados por testamento y heredados *abintestato* y tan heredados son los unos como los otros, ambos deben comprenderse en la calificación de reservables» (370).

b) Al segundo defecto se dió lugar por contemplar la legítima como una institución positiva y no meramente negativa o de freno. Retroceso respecto al Derecho romano, que como toda regresión jurídica supuso una aproximación al Derecho germánico, más burdo y pobre en matices, y que en este caso correspondía al modelo francés a la sazón de moda. Gran parte de los autores estimaron que el cónyuge viudo debía reservar no sólo los bienes procedentes del premuerto (371) que hubiera heredado *abintestato* de algún hijo del primer matrimonio (372), sino también, en todo caso, los integrantes de los dos tercios de legítima que incluso en la sucesión testada correspondían a los padres por ministerio de la ley. Esa opinión la inició—no sin dudar—Febrero (373) y la siguieron Alvarez Posadilla (374), Llamas y Molina (375), Escriche (376), Benito Gutiérrez (377)—este

(370) En cambio, otros autores, como LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., ley XV, núm. 41, pág. 291), GARCÍA-GOYENA (*Concordancias...*, vol. y apéndice cit., págs. 564 *in fine* y sig.), recordaron y reconocieron expresamente que la ley XV de Toro sólo trató de aclarar que la reserva viudal alcanza al padre igual que a la madre.

(371) ALVAREZ POSADILLA (loc. ult. cit.) no hizo distinción alguna por razón del carácter profecticio o adventicio de los bienes que el viudo heredara de sus hijos del primer matrimonio por ministerio de la ley. En cambio, FEBRERO (op. vol. cit., Parte 2.ª, Lib. II, Cap. V, § 1, núm. 33, págs. 355 y sig.) mantiene la opinión clásica de que la madre viuda no debe reservar los bienes que hubiere heredado *abintestato* de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiese recibido por legado de un hermano, aunque procedieran, a través de éste, del premuerto padre.

(372) La S. de 11 noviembre 1861 estima que no eran reservables los bienes que el abuelo viudo hubiere heredado de un nieto descendiente de su primer matrimonio.

(373) JOSEPH FEBRERO (op. vol. cit. Parte 2.ª, Lib. I, Cap. V, § II, núm. 17, pág. 346) dice: «Bier, que no obstante la disposición de las Auténticas, dudo que atenta la ley 6 de Toro, haga suya (la madre viuda) más que la tercera parte, de la que el hijo puede disponer libremente, y en la que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto *ex testamento* como *abintestato* sin diferencia, ya quiera, o no el hijo dexárselas, por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad como en la tercera, sino *ex necessitate juris*; y así me parece que estarán sujetas a reservación.»

Ver igualmente las versiones de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, P. I, T. I., Cap. V, § único, núm. 2 (T. I., pág. 220) y P. II, Lib. II, Cap. V, § 2, núm. 15 (T. IV, págs. 146 y sig.); de TAPIA, Lib. II, T. II, Cap. II, núm. 12 (T. I., págs. 385 y sig.) y de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE MONTALBÁN y de VICENTA Y CERVANTES, núm. 1981 (T. I, pág. 581).

(374) Op. cit., ley XV, pág. 126.

(375) Op. cit., ley XV, núms. 37 a 40, págs. 120 y sig.

(376) Op. cit. vol. I, loc. *Bienes reservables*, pág. 449.

(377) Op. cit., vol. III, Lib. I I, Cap. VI, Sec. IV, § final, art. 3.º, pá-

con vacilaciones—, La Serna y Montalbán (378), Pacheco (379), Sánchez de Molina (380) y Navarro Amandi (381).

El criterio clásico lo vemos conservado por Sala (382), Martí de Eixalá (383), García Goyena en sus *Concordancias* (384), Domingo de Morató (385) y Vico (386).

Morató invocaba a favor de esta tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1856. A ella cabe añadir la sentencia de 26 de enero de 1874.

38. El proyecto de 1851 en su artículo 801 reglamentaba la reserva de los bienes que el binubo hubiese habido de un hijo de su anterior matrimonio en virtud de alguno de los títulos expresados en el artículo 800. Es decir, «por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo incluso el de legítima». El artículo 804 excusaba la reserva de las cosas dadas y dejadas por los hijos a su padre o madre, sabiendo que estaban segunda vez casados. El Proyecto de 1882, en sus artículos 978 y 979 siguió el mismo criterio, que ha sido recogido en el Código civil en sus artículos ap. 969, § 1.º y 970, ap. 2.º, respectivamente.

Dice el artículo 969: «*La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer*

gina 653, concluye que: «es la opinión más aceptable en la práctica, no obstante que lo contrario parece inferirse de la ley de Toro, pues su cláusula para que guarde armonía con otras leyes debe interpretarse con esta limitación.»

(378) Op. cit., vol. II, núm. 194, pág. 130.

(379) Op. y vol. cit., ley 15, núms. 38 y 39, págs. 226 y sig.

(380) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil Español en forma de Código* (2.ª ed., Madrid, 1873), núm. 1.052, pág. 244.

(381) Op. y vol. cit., art. 1.118, pág. 580 y sig.

(382) Op. y vol. cit., Lib. II, tit. VIII, núm. 15, pág. 231.

(383) RAMÓN MARTÍ Y DE EIXALÁ: *Tratado elemental del Derecho civil Romano y Español* (Barcelona, 1838). T. I, Lib. II, P. I., Cap. VII, Secc. III, pág. 379.

(384) Vol. IV, Ap. 10, *Bienes reservados*, pág. 366: «La ley de Toro, de paso, y dando por supuesta esta reserva, usa de la palabra «heredados», que así puede cuadrar a la sucesión testamentaria como a la intestada; yo creo, sin embargo, que quiso significar la segunda, porque se refería a la práctica introducida por los comentaristas del Derecho Romano.»

(385) Op. y vol. cit., n.º 483, 2.º, pág. 249. A su juicio: «siendo esta materia tomada de las leyes romanas a ellas debemos acudir para completarla en los detalles y vacíos que han dejado nuestros legisladores; y en el Derecho romano así estaba expresamente prevenido. A más de que, si lo que los hijos dan por testamento a personas extrañas no está sujeto a gravamen de reservación, no parece regular que lo que dejan a su padre o madre tenga menor beneficio.»

(386) JUAN DE DIOS VICO Y BRAVO: *Manual Teórico del Notariado* (Madrid, 1883). Tit. VII, Cap. III, XX, págs. 108 al final y sig. Afirma que las leyes españolas no determinan cuáles bienes heredados de los hijos debe reservar el binubo, pero que «la costumbre tiene establecido que sólo los bienes perfectos del hijo, adquiridos por sucesión intestada, y no los demás, pues si el padre o la madre los adquieren por virtud del testamento, se entienden para el efecto de las reservas que suceden como extraños.»

matrimonio y ...) El aludido artículo anterior ordena la reserva de lo recibido por el binubo de su cónyuge premuerto «por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo».

Y el artículo 970 prevé que: «Cesará la obligación de reservar cuando ... o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre sabiendo que estaban segunda vez casados.»

La redacción transcrita y el hecho de que el texto del Código no aluda a la autorización por el cónyuge premuerto o por los hijos comunes a las segundas nupcias del supérstite, ni a la expresa exclusión de la reserva por disposición del premuerto esposo, exige un replanteamiento de las dos cuestiones que hemos venido contemplando en la reserva clásica.

a) A pesar de la opinión contraria de Cadabal (387) parece evidente que es reservable lo heredado testamentariamente o recibido a título de donación por el binubo de un hijo de matrimonio anterior. Y no sólo los bienes que hubieran sido profecticios, sino también los que el hijo hubiese obtenido con el carácter de adventicios (388).

De ese modo, tratándose de los bienes integrantes del montante de la legítima del binubo en la herencia de un hijo del primer matrimonio, tanto si los hubiese recibido a través de donación, legado o comprendidos en la institución de heredero, sólo es discutible su carácter reservable cuando su atribución la hubiera dispuesto dicho hijo sabiendo las segundas bodas de su ascendiente (389). Fuera de ese supuesto, todo el interés de la matización del concepto de *bienes habidos por ministerio de la ley* ha sido trasladado a nuestro artículo 811.

b) La otra cuestión, relativa a la permisón de las segundas bodas, sigue manteniendo mayor interés en la reserva viudal.

(387). DR. MANUEL R. CADABAL: *Reservas. Artículo 909 del Código Civil*, en «Rev. Dr. Priv.», X (diciembre 1923), págs. 361 y sigs. Apoya su tesis en los precedentes históricos; en la Base 18, que ordenó que en materia de reservas se desenvolvesen con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente; en el comentario de GARCÍA GOYENA al art. 861 del Proyecto de 1851, precedente del vigente 970, y en la *ratio* del precepto.

(388) No obstante, según CADABAL (loc. últ. cit., págs. 364 y sig.), el criterio clásico debe entenderse vigente con una racional interpretación del artículo 969 C. c.

(389) REDONDO REINOSO (*Bienes reservables*, en «La Reforma Legislativa», XIX, núm. 983—noviembre 1890—, pag. 354); SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-III, núm. 25, pag. 1887); MANRESA (*Comentarios...* cits. Vol. VII—6.ª ed., revisada por BONET RAMÓN, Madrid, 1943—, arts. 968 a 980, II, página 268), estiman que la legítima, por ser adquirida *ex necessitate iuris* y no por obra de la libre voluntad, no puede entenderse incluida en el supuesto excepcional del ap. 2.º del art. 970 C. c. Criterio que olvida que la legítima sólo se atribuye *ex lege* cuando el causante no la dispone *ex voluntate*. La dificultad sólo estribará, en algún caso (donación, institución o legado de la legítima exclusivamente), en determinar cuándo la voluntad es libérrima o cuándo solamente existe mero acatamiento de la ley.

Habíamos visto que el cónyuge premuerto—según la opinión dominante entre los autores de los siglos XVI, XVII y XVIII—podía excluir la reserva *expresamente*, v. gr., disponiendo de un legado o haciendo donación con previsión de su eficacia aunque contrajera nuevas nupcias el cónyuge legatario o donatario, o *tácitamente*, autorizándole las ulteriores nupcias.

(Tratándose de bienes procedentes de un hijo del matrimonio anterior, no había lugar a duda respecto a la exclusión de la reserva por voluntad expresa o tácita de los hijos heredados, toda vez que limitada la reserva a los bienes habidos abintestato, esa voluntad liberatoria evidentemente debía faltar.)

La dispensa de la reserva por todos los hijos supérstites, bien sea expresa (por renuncia) o tácita (por consentimiento de las nuevas nupcias), cuando se trataba de bienes procedentes del cónyuge u otro hijo premuertos, constituyó un tema distinto. Del mismo modo, eran cuestiones diversas: la referente a la exclusión de la reserva de bienes procedentes del cónyuge premuerto dispuesta por este mismo a favor de su supérstite esposo, de una parte, y la relativa a la dispensa de la reserva, tanto de bienes de la propia procedencia del cónyuge premuerto como de los habidos de hijos comunes, tácitamente deducida por la autorización concedida al supérstite por su premuerto esposo para contraer nuevo matrimonio.

Nos parece certera la crítica que los autores que más influyeron en la labor codificadora, desde la redacción del Proyecto de 1851 a la del propio Código, hicieron con respecto a la eficacia concedida al consentimiento de las ulteriores nupcias. Si éstas no constituyeron una injuria para el cónyuge premuerto ni para los hijos comunes, aquel consentimiento—innesesario para traerlas—no podía borrar una injuria no cometida ni cancelar una pena inexistente.

Pero, nos parece excesivo pretender que la *ratio* de la reserva vidual es puramente la de proteger a los hijos comunes, incluso contra la voluntad del cónyuge o de los hijos comunes premuertos de quienes procedían los bienes. Si estos bienes pudieron ser dejados a un extraño, no parece que exista razón suficiente para entender que no hayan podido transmitirse libres de reserva al cónyuge, o padre o madre, binubo.

La reserva vidual, por lo tanto, sólo puede justificarse a través de la presunción legal de que el cónyuge premuerto si hubiese previsto las ulteriores nupcias de su supérstite no le hubiese donado, legado, ni instituido heredero, en posible perjuicio de sus hijos comunes. Criterio que la ley extiende a sus propias disposiciones, es decir, a la sucesión intestada.

El artículo 970 C. c., confirma esta *ratio*. Lo legado o dejado *mortis causa* por un hijo del primer matrimonio al binubo no es reservable cuando se dejó conociendo las segundas nupcias. Cri-

terio muy semejante al ya sostenido por Baldo, al glosar la ley *Si mater*.

Logicamente, si no debe estimarse sujeto a reserva lo dejado al binubo por los hijos comunes cuando éstos conocen las nuevas bodas, tampoco deberá juzgarse reservable lo dejado al superviviente por el cónyuge premuerto preveyendo la posibilidad de esas ulteriores bodas e incluyendo este supuesto en la eficacia de su disposición u ordenándola precisamente en atención al mismo.

Esa exclusión de la reserva por disposición comprensiva del supuesto de las nuevas nupcias, no puede tener, racional y lógicamente, menor valor que la exclusión tácita prevista en el artículo 970.

El Código civil no previene estos supuestos. Por eso deben resolverse a tono con la *ratio* de la reserva, en concordancia con las disposiciones del propio Código (art. 970, en este caso), y, en último análisis de acuerdo con el carácter restrictivo que tradicionalmente se ha asignado a la interpretación en materia catalogada de odiosa, como la de las reservas.

Navarro Amandi (390), muy poco después de la entrada en vigor del Código civil, replanteó el viejo problema de la repercusión de la licencia para contraer nuevas nupcias, en estos términos:

«Si el cónyuge premuerto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, ¿existirá la obligación de reservar? El proyecto de 1851 resolvía especial y afirmativamente esta cuestión ¿Por qué se ha borrado del Código aquel precepto? ¿Por qué no se admite su doctrina? ¿Por qué admitiéndola no se juzga necesaria la declaración? Nuestro antiguo Derecho guardaba silencio, como el Código, acerca de este punto, y los intérpretes se dividieron...»

No lo resolvió éste autor (391) y tampoco distinguió entre ese supuesto y el que ahora nos interesa de la disposición hecha con previsión expresa de las segundas nupcias.

En cambio Manresa (392) y Scaevola (393) la plantearon y la resolvieron negativamente.

Según el primero: «La misma solución expresada en el artículo 970 parece que debía adoptarse, por existir idéntica razón, cuando el cónyuge premuerto consignase en su testamento que no se reservasen los bienes o determinados bienes a sus hijos aun-

(390) NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil*. T. II (Madrid, 1890), art. 970, Cuestión 2.ª, pág. 418.

(391) Respondieron negativamente a la primera pregunta FALCÓN (op. y vol. cit., pág. 403), y BURÓN (op. y vol. cit., núm. 1.105, pág. 181). Ninguno de los dos trató de la expresa exclusión de la reserva ni de la provisión de la eficacia de la disposición, no obstante las ulteriores nupcias.

(392) *Comentarios...* Vol. VIII cit., arts. 968 a 980, II, pág. 269.

(393) Op. cit., vol. XVI I (5.ª ed., revisada por PUIG PEÑA, Madrid, 1944) art. 969, 3.º, págs. 236 y sig., y art. 97, 3.º, pág. 203.

que el sobreviviente contrajere segundo matrimonio; pero refiriéndose la ley solamente a las cosas dadas o dejadas *por los hijos*, no cabe esta interpretación extensiva, porque al fin el derecho se establece en favor de los descendientes y de ese derecho no puede privarles su padre o madre, no declarándolo la ley de un modo expreso. Lo que sí ocurrirá en tal caso es que los descendientes, si aceptan la herencia del cónyuge premuerto como sucesores en sus obligaciones, deberán respetar cuanto ordenó en su testamento y no podrán reclamar la constitución de la reserva».

Scaevola es más rotundo. A su juicio: «Todas las disposiciones legales en la materia de sucesiones son de interés público. No hay condición ni pacto ni evasiva que pueda borrar ni amenazar los derechos concedidos en ella a determinadas personas. La obligación de reservar que se impone al cónyuge viudo es también uno de estos asuntos de interés social que no pueden quedar al arbitrio de los testadores. Habría pues, de considerarse como pena la reserva y ni aun así cabría encomendar al capricho de un cónyuge su imposición o su perdón, porque esto equivaldría a poner en manos de los particulares funciones que, con razón o sin ella, se han reservado la sociedad y el poder público».

Solución que extiende a los supuestos en que «el marido y el hijo donan o transmiten por testamento alguna cosa a la mujer bajo la condición de que se case nuevamente».

Ninguna de las razones expuestas nos parece aceptable.

El argumento de Scaevola es falso en su misma base. Buena parte de las disposiciones legales en materia sucesoria no son de derecho necesario y menos aún de orden público. Si las relativas a la reserva viudal lo son o no, lo ha de decir su *ratio*. Y esa *ratio* no es, contra lo que dice Manresa, la protección de los hijos del primer matrimonio en términos tales que se imponga no sólo a la voluntad del binubo sino incluso a la expresada por el cónyuge premuerto o por el hijo del primer matrimonio de quien recibió los bienes. La *ratio* es precisamente la presunción legal de que la donación o el legado no se hubiesen otorgado si el disponente hubiera previsto que con las ulteriores bodas se perjudicaría a los hijos comunes. De lo contrario no se explicaría esa excepción segunda del artículo 970, basada precisamente en una presunción legal contraria sentada para el caso de que la donación o el legado sean ulteriores a las segundas nupcias y hechos o sostenidos por los hijos con conocimiento de su celebración. Por eso, Scaevola (394) se muestra perplejo al comentar ese apartado del artículo 970, en clara contradicción con su personal criterio.

La razón de Manresa de que no cabe interpretar extensivamente la excepción del artículo 970, es contradictoria con el criterio clásico de interpretar las reservas restrictivamente y, por lo

tañto, sus excepciones extensivamente. Además, no puede estimarse como interpretación extensiva la aplicación, hecha a supuestos en que la *ratio* es idéntica y no más amplia. Es decir; sería extensiva la aplicación de la excepción del apartado segundo del artículo 970 si se aplicase a los supuestos de mera autorización de las ulteriores nupcias concedida sin prever la eficacia de la liberalidad dispuesta. Pero, si existe esa expresa previsión, la aplicación al supuesto del artículo 970, apartado 2.º, podrá ser extensiva respecto la letra, pero no respecto la *ratio*, con relación a la cual será meramente aplicativa (395).

Excluidas, como fundamento de la reserva, por los autores modernos, así la ofensa al cónyuge premuerto como el castigo por las segundas nupcias, se alegan estas dos razones para justificarla (395 bis).

1.ª) «La justa esperanza de los hijos de un matrimonio a suceder, con exclusión de otras personas, en los bienes que pertenecieron al padre, madre o hermanos legítimos premuertos».

Pero esta «*justa esperansa*» está limitada por la posibilidad del causante de disponer de la parte no legítima, respecto la cual esas esperanzas pueden ceder incluso ante extraños.

2.ª) «La presunta voluntad de estas personas (padre madre o hermanos legítimos premuertos), quienes al transmitir sus bienes por título lucrativo al cónyuge padre o madre sobreviviente, es de presumir que lo hicieran, aun en la herencia intestada, con la intención de que, muerto el adquirente, sucedieran en ellos sus hijos o hermanos legítimos, no los que pudiese tener de otro matrimonio o de otra unión ilegítima (396).

(395) La opinión contraria es defendida por MONTA (loc. cit., pág. 85). Pero su argumentación se reduce a estimar que «el hecho de que no exista una disposición análoga (al art. 970) excluyendo de la reserva los bienes que fueron donados o dejados en testamento por el cónyuge premuerto o por sus parientes previniendo y declarando intrascendente, el hecho de contraer el donatario posteriores nupcias, impide conceder demasiada significación al comartado artículo 970». Pero esta afirmación se apoya en considerar excluido lo no regulado literalmente. Criterio interpretativo más a tono con la metodología meramente exegética que con la finalista.

(395 bis) Ver BURÓN, op. y vol. cit., núm. 1.100, pág. 174.

(396) Respecto de los bienes heredados abintestato después de contraídas segundas nupcias de un hijo del primer matrimonio, no puede sostenerse que se hallen incluidos entre los dejados por éste al padre o madre vívidos sabiendo que estaban por segunda vez casados, a que se refiere el art. 970. Lo impiden las siguientes consideraciones:

1.º) El antecedente histórico, vigente en Castilla en el momento de promulgarse el Código civil, de la ley *Feminae* (Cod. V-XI, 3, § 1.º) y del Capítulo XLVII, § 2.º de la Novela XXII; sin que nada indique—como dice la Sentencia de 25 de febrero de 1914—que el artículo 970 se hayan propuesto reformar, en cuanto a este particular, nuestro régimen tradicional y la jurisprudencia a su tenor establecida.

2.º) No puede afirmarse que el hijo que muera abintestato deja voluntariamente sus bienes a quienes le hereden. Al contrario, se trata de un caso típico de imprevisión que la reserva trata de corregir. Aunque la ley, al regular la sucesión intestada, atiende a la normal intención del finado—como re-

Esta razón, según lo expuesto, es el único fundamento determinante de la reserva viudal. Por ello, cuando quede desvirtuada tal razón, tampoco la reserva deberá tener lugar (397).

39. Trasladando a la reserva lineal del artículo 811 la cuestión que acabamos de tratar, nos hallamos con los siguientes problemas:

a) ¿Pudo el ascendiente, o el hermano de quien proceden los bienes, dejar prevista la exclusión de la reserva lineal, o determinado el destino de aquellos bienes prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 811 C. c.?

b) ¿Pudo conceder esa dispensa u ordenar eficazmente tal previsión el descendiente heredado?

¿Podrán aquéllos dispensarla o desviarla? V. gr.: Supongamos que el padre ordenó que aunque su viuda heredara abintestato de su hijo los bienes que éste hubiera recibido por donación

gía general objetiva—, dada su situación familiar genérica, no puede decidirse que suponga una voluntad tácita individual y subjetivamente considerada, sino a lo más que atiene a una voluntad legalmente presunta, o *ficta*, que significa la ausencia de verdadera voluntad en el sujeto. Lo que es incompatible con la acción expresada por el artículo 970 C. c., que en su propio contexto se muestra contrario a toda deducción de una voluntad no expresamente declarada.

3.º) El criterio del Tribunal Supremo en la expresada S. de 25 febrero 1914, que repite en su primer considerando la S. 21 enero 1922.

(397) En un magnífico dictamen, nuestro querido compañero FAUSTO NAVARRO AZPEITIA (28 noviembre 1945) afirmó que el legado ordenado por la testadora a favor de su esposo para el caso de que contraiga segundas nupcias tiene la calidad de reservable. A su juicio, en esta cláusula no hay relevación expresa de la reserva, como en cambio estima que la había en la licencia para contraer nuevas nupcias. Nuestra opinión es la contraria. Estimamos que el legado ordenado a favor del viudo en propiedad para el supuesto de contraer nuevas nupcias, significa una expresa previsión excluyente de la reserva. Mientras la licencia para contraer segundas nupcias puede estimarse como una disposición de carácter meramente moral o sentimental, que cabe juzgar insuficiente para excluir la reserva, ya que esta institución está basada en la presunta voluntad del premuerto con respecto a sus hijos, más que con respecto a su juicio de la conducta de su cónyuge superviviente.

Claro que NAVARRO AZPEITIA apoya su opinión, más que en el expuesto argumento, en su plena y arraigada convicción de que no es posible la dispensa de reservar en virtud de declaración de voluntad o de dación de consentimiento por un cónyuge. Porque estima fundamentalmente que el derecho creado por la reserva en favor de los hijos del primer matrimonio y de sus descendientes, no puede quedar a merced de la disposición de su padre o madre premuertos; sin que pueda resultar suficientemente suasoria la invocación al derecho que el padre o la madre tienen de disponer, excepto de la legítima, a favor de extraños y con mucho más motivo a favor del cónyuge que vuelva a casarse. Porque se halla en vigor en Cataluña (el dictamen se refiere a una sucesión regida por el Derecho vigente en esa región), la famosa y conocida ley *Hæc edictalis*, de los emperadores León y Antemio (C. V-IX, 6), que niega precisamente esta libertad en favor del segundo consorte en perjuicio de los hijos del primero; y no ha de olvidarse que dicha ley figura bajo la rubrica *De secundis nuptiis*, y que en su párrafo 1.º, como adición a sus disposiciones principales, regula los derechos que la mujer obligada a reservar puede ejercer sobre los bienes reservables para el caso de contraer segundo matrimonio: «lo cual quiere decir que, inspirando ambas partes de la ley un solo

o heredado del mismo padre disponente, no estaría obligada a reservarlos. O que previniendo esa hipótesis hubiera ordenado expresamente el destino de los bienes, para después de la muerte de aquélla, disponiendo un fideicomiso.

Es evidente que en estos casos no existirá el *azar imprevisto* justificante de la reserva lineal del artículo 811. Tratándose de bienes de libre disposición del ascendiente de quien procedían nos parece indudable la eficacia de su previsión.

Dichos bienes eran de su libérrima disponibilidad y pudo dejarlos a cualquier persona, ajena o no a su familia o a su línea. La única duda ocurre si suponemos que los bienes de que el ascendiente premuerto dispuso gratuitamente a favor del descendiente, correspondían a éste por su legítima. El ascendiente no puede limitar ni gravar la legítima de sus descendientes; pero, excusar la reserva ¿es gravar la legítima?; prevenir lo que pueda no ser previsto por el descendiente ¿es limitar su disponibilidad? Evidentemente no, siempre que además aceptemos que, con respecto a su legítima, el descendiente pueda revocar la dispensa de la reserva o modificar la previsión de su ascendiente premuerto.

40. El examen de la eficacia de la previsión del descendiente, requiere que precisemos lo que el artículo 811 quiere significar al hablar de «los bienes que hubiera heredado por ministerio de la ley» (398).

pensamiento, y teniendo iguales razones fundamentales, han de tener aplicación para las situaciones que ambos específicamente regulan idénticas limitaciones a la libertad dispositiva testamentaria, cuando conducen a obtener igual resultado y a prevenir los mismos posibles perjuicios para los hijos de nupcias anteriores».

Pero tampoco este argumento nos convence. Las limitaciones de la ley *Haec catalani* se imponen al viudo y no al cónyuge premuerto. Y la dispensa que éste haga de la reserva no excluye la limitación de la *Haec edictali*. De modo que no existe incompatibilidad ni antinomia entre la posibilidad de dispensar la reserva y la imperatividad de la *Haec edictali*. Inspirada ésta en la protección legal directa e imperativa de los hijos de las anteriores nupcias, mientras aquélla se apoya en la presunta voluntad del cónyuge premuerto.

Por eso, PARÉS (*La Notaría*, I, III, Barcelona, 1911, págs. 237 y sigs.) afirmó rotundamente que es posible la dispensa expresa de la reserva: 1.º Por lo dispuesto en la Novela XXI, cap. 2.º, deduciendo'o *sensu contrario* del siguiente inciso: «Mas si el testador no hubiere dicho o dispuesto nada que ya no haya sido establecido en las leyes anteriores, ni ordenado cosa alguna contra las leyes generales, entonces tendrá lugar esta ley nuestra...». 2.º En que el fundamento de la reserva es la presunta voluntad del padre en favor de los hijos del primer matrimonio, que falla si hay disposición expresa en contrario. 3.º En el principio de la libertad de testar que informa el sistema sucesorio catalán. 4.º Y en considerar las reservas como complementarias de la sucesión y no como pena.

(398) La expresión *heredado por ministerio de la ley* plantea otras cuestiones, además de la que tratamos en el texto. Así, v. gr.: la que hemos señalado en la nota 291, de si los bienes obtenidos en virtud de la reserva han de considerarse adquiridos por ministerio de la ley, y por ello, en caso de ser el reservatario otro ascendiente, si nace otra nueva reserva que le convierte en un segundo reservista. Otra, la de si ha de estimarse que falta ese capi-

No todos los autores han estado de acuerdo en la extensión que debe darse a la reserva:

a) Según algunos (García Lastra, La Cueva) abarca cualquier título sucesorio.

sito, expresado con las palabras que nos ocupan, cuando el ascendiente presunto reservista no acepta la herencia de su descendiente.

La Sentencia de 19 de noviembre de 1910 excluyó la reserva en caso de repudiación por el ascendiente de la herencia del descendiente. En su 2.º Considerando declara, que «sólo procede apreciarse la existencia de ese derecho cuando se dé el caso y circunstancias que reclama el texto claro y expedito del referido artículo, figurando en primer término la de que los bienes calificados de reservables hayan sido adquiridos por el ascendiente obligado a reservar».

En su tercer Considerando argumentó y declaró: «que cuando falta ese requisito, sea cualquiera el motivo, porque la ley no distingue más causa de extinción de la reserva, como se afirma, lo que ocurre es que se imposibilita su nacimiento, y, por lo tanto, no se producen los derechos eventuales a favor de los que hubieran de ser reservatarios, aparte de que no se establece excepción alguna, nunca estaría justificada respecto a la renuncia, cuando el ascendiente obligado a reservar lo haga de su cualidad de heredero del descendiente, porque es perfectamente válida conforme a los artículos 4.º, párrafo 2.º, y 988 del Código civil, que declaran el primero renunciabiles todos los derechos concedidos por las leyes o no ser esta renuncia contra el interés y el orden público o en perjuicio de tercero, *salvedad* esta última que no alcanza a los reservatarios, los cuales no pueden llegar a serlo, sino mediante la circunstancia esencial de que el ascendiente herede al descendiente, y más aún cuando, como se reconoce con acierto, aquéllos no pueden obligar al ascendiente a la aceptación de la herencia del último, toda vez que a tenor del segundo precepto, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, no puede aplicarse al caso actual la doctrina de que los derechos son renunciabiles, pero no las obligaciones, porque la debatida no es absoluta e independiente como quiera que proceda de un contrato o de fuente análoga de la obligación pura, sino legal e impuesta tan sólo como gravamen inherente a la utilidad que reporta el ejercicio del derecho de aceptación de la herencia de que es correlativo, ni tampoco las reglas de interpretación permiten entender establecida semejante presunción en favor de un privilegio, *en cuanto ataca la facultad de libre disposición*, como lo es la reserva y nada menos que modificando para ello las bases cardinales del derecho sucesorio y con especialidad la del artículo 988, ya citado».

Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en la reticientísima Sentencia de 1 de febrero de 1957. El caso en ella contemplado fué el siguiente: La descendiente, que había heredado de su padre bienes procedentes del abuelo paterno, falleció intestada sin dejar descendencia; su padre renunció a su herencia, y, en virtud de esa renuncia, el viudo de la descendiente fué el único heredero abintestato de ésta. Demandó un tío paterno de la descendiente, reclamando aquellos bienes de la herencia de ésta, que procedían del padre de la misma, de quien era hermano el demandante, y tanto el Juzgado de Montefrío como la Audiencia de Granada desestimaron la demanda. Por ello, interpuso recurso de casación, en el que alegó, entre otros motivos: 1.º Viciosa aplicación del artículo 811 e infracción de los artículos 4.º y 988. y que en contra no se puede aducir la Sentencia 19 noviembre 1910, porque en el caso por ella contemplado no había parientes dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes. 2.º Infracción de los artículos 811, 601, 657 y 440 C. c., de los que resulta que los derechos a la sucesión de una persona se adquieren en el momento de su muerte. El recurso fué rechazado.

Según el 2.º Considerando de esta Sentencia del Tribunal Supremo, el criterio restrictivo con que ha de ser interpretado el artículo 811, exige que sólo procede apreciar la reserva que el mismo prescribe, cuando expresamen-

b) No han faltado quienes (Pascual Sanz, José María García) han circunscrito la reserva a la sucesión intestada.

te se det. el caso y circunstancias que reclama el texto claro y explícito del precepto aludido, figurando en primer término la de que los bienes calificados de reservables hayan sido adquiridos por el ascendiente obligado a reservar.»

El 3.º Considerando añade, que cuando no concurre este requisito, «no llega a darse el nacimiento del derecho eventual a la reserva que pudiera ostentar el presunto reservatario, porque éste no puede, al ocurrir el fallecimiento del descendiente causante, atribuirse el carácter de heredero del mismo, sino que ha de recibir los bienes que constituyen la reserva, precisamente por conducto del ascendiente que directamente los heredó de su descendiente y sólo al tiempo de la muerte de dicho reservista, por lo cual al faltar este legalmente indispensable enlace quedó rota la trayectoria de los bienes e imposibilitado el futuro ejercicio por el reservatario de un derecho que no ha llegado a tener realidad jurídica eficaz».

Y el 4.º Considerando ratifica que la renuncia que haga el ascendiente de su cualidad de heredero del descendiente es perfectamente válida, conforme a los artículos 4.º, § 2.º, y 988 C. c., pues la salvedad del perjuicio de tercero no alcanza a los reservatarios, «porque la doctrina legal enseña que los derechos de los terceros que pueden ser perjudicados por la renuncia son los derechos con vigor y eficacia actuales en el momento de efectuarse la renuncia, no los futuros o eventuales, y el derecho de los reservatarios no llega a tener vigencia sino al producirse la circunstancia esencial de que el ascendiente herede al descendiente y de que aquél premuera al presunto reservatario, y, por otra parte, los reservatarios carecen de facultad para obligar al reservista a aceptar la herencia del descendiente...», «sin que tampoco pueda alegarse que, aunque sean renunciables los derechos no lo son las obligaciones, porque esta tesis, que puede tener su lugar más adecuado de aplicación al tratarse de los recíprocos derechos y obligaciones de un contrato bilateral, carece de pertinencia en casos como el presente, en los que, si bien es cierto que el reservista tiene la obligación de reservar, esta obligación no nace, conforme al espíritu del tantas veces repetido artículo ochocientos once del Código civil, hasta el momento en que el mentado reservista acepta la herencia de su descendiente deferida con tal condición y no dándose el hecho antecedente, supuesto que la repudiación de la herencia es válida en virtud de las notas de libertad y voluntad del renunciante que proclama el artículo novecientos ochenta y ocho del ordenamiento sustantivo civil, queda sin valor jurídico alguno la correlativa consecuencia, esto es, la obligación de reservar que aquel anteriormente citado precepto legal establece».

Aun cuando no se planteó la cuestión de que tratamos en la Sentencia de 7 noviembre de 1927, se dice ocasionalmente en uno de sus considerandos, que «esta forma excepcional de suceder no puede tener efecto sin que el ascendiente haya adquirido los bienes que su descendiente obtuvo a su vez de otro ascendiente o de un hermano por título gratuito, y que si la adquisición no se realizó por cualquier motivo, incluso por renuncia del ascendiente, no tiene lugar la reserva, según la doctrina de la jurisprudencia».

Por el contrario, la Academia Matritense del Notariado al interpretar el artículo 811. en su sesión de 30 mayo 1894 había aprobado esa conclusión: «El ascendiente obligado a reservar puede repudiar la herencia de su descendiente, pero no desaparece la reserva por éste hecha» (ver folio 105 del Libro de actas). En el acta anterior de 23 mayo (fol. 133 vto.), aparecen tres votos en contra de la segura parte de esta conclusión emitidos por GARCÍA LASTRA, DARIO BUGALLAL y MONREAL.

En febrero de 1910, pocos meses antes de dictarse la Sentencia de 19 noviembre de 1910, DÍAZ COBEÑA (*op. cit.*, XV, G., págs. 259 y sigs.) había dictaminado en el mismo sentido del fallo del Tribunal Supremo de 1910 y con análogos argumentos, un caso muy semejante. Invocó también este ilustre letrado el artículo 988, así como el 992 C. c.

A su juicio «esa cualidad de reservatarios no nace hasta que el padre he-

c) Algunos otros (Ruilópez, Modesto Conde, Zorrilla Caballer) creen que en la herencia intestada sólo es reservable la mitad de la herencia.

reda los bienes, que por este motivo quedan sujetos a la reserva, lo cual sólo sucede después de aceptada la herencia, lo que entonces adquieren es en realidad una esperanza sujeta a la contingencia de que sobrevivan al ascendiente reservista, de tal modo que si premueren a éste, dicha esperanza desaparece y nada transmiten a sus herederos». Y ataja la invocación del artículo 1.001, porque se refiere a un caso que ofrece diferencias esenciales con el presente. «Allí se concede la facultad de aceptar la herencia en nombre del heredero, que la renuncia en su perjuicio, a los acreedores, para que no se les prive de los medios materiales de hacer efectivos derechos adquiridos, perfectos y quizá declarados; y tanto es así, que esa aceptación sólo aprovecha a los acreedores en cuanto basta a cubrir el importe de sus créditos, adjudicándose el remanente que resultare a las personas a quienes corresponda, según las reglas establecidas en el mismo Código... Aquí la aceptación forzosa habría de ser por la totalidad, sin otra finalidad positiva que la de asegurar el derecho eventual de los supuestos reservatarios...»

Y Díaz Cobeña rechazó la aceptación forzosa en beneficio de esos pre-suntos reservatarios, «porque de admitir esa teoría habría de admitir también que nadie que tuviere herederos forzosos podría renunciar las herencias que en él recayesen, puesto que al hacerlo defraudaría las legítimas esperanzas de aquéllos, impidiendo que a la muerte del renunciante le sucedieran en los bienes procedentes de los mismos».

Como secuela de la publicación de la Sentencia de 19 noviembre 1910, aparecieron dos trabajos en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Primer Semestre 1912, tomo 120), que sostuvieron opiniones opuestas. ENRIQUE PÉREZ ARDÁ (*Otro caso de reserva*, págs. 27 y sigs.) discrepó del fallo del Tribunal Supremo, replicando a su argumentación: 1.º: que «en puridad de doctrina no cabe identificar los casos de renuncia y de inadquisición de herencia, que tan diversos efectos producen, sin ir más lejos para el ejercicio del derecho de representación (art. 929) y el de los acreedores del heredero (art. 1001); 2.º: «porque de lo imprevisito por el legislador no es lícito sacar partido en pro del espíritu de un texto legal», y 3.º: «porque el criterio impugnado se presta al abuso que seguramente, originó la litis mencionada, o sea, que el ascendiente para beneficiar a la nieta renuncia la herencia del otro descendiente, en perjuicio de los parientes de la línea materna, como un deudo: podría hacerlo en daño de sus acreedores». A su juicio, si se estima «la obligación de reservar únicamente una de las caras, la cara negativa del problema de la reserva, y de que la otra cara, la positiva, es la del derecho que a los bienes tienen los parientes trozqueros, no hay manera de votar en su contra, porque influye de suyo la consideración de que ese derecho nace *al morir el descendiente en las condiciones consabidas*; cuyo derecho depende, pura y exclusivamente, de que haya *ascendiente sucesor del descendiente* y no puede quedar a merced del ascendiente sobreviviente, como no está ninguno supeditado a la voluntad del que ha de prestar la obligación correlativa».

VICTORIANO ROSADO MUNTILLA (*Sobre un caso de reserva*, págs. 219 y sigs. de la *R. G. L. J.*, 120), replicó a PÉREZ ARDÁ. Su análisis de los antecedentes que determinaron la creación de la reserva lineal y de la finalidad perseguida, le lleva a concluir que «es sencillamente una condición legal de la legítima de los ascendientes, unida a ella de tal modo que no existe desde el momento en que no haya tal legítima, condicionada y reglamentada por la reserva».

En la *Revista de Derecho Privado* (julio-agosto 1956), EVARISTO LOUZAO (*La Reserva del artículo 811 del Código civil*, t. III, págs. 231 y sigs.) aplaudió la doctrina de la Sentencia 19 noviembre 1910.

La tesis que niega la reserva en caso de renuncia del ascendiente a la herencia del descendiente, también la vemos sostenida por MANRESA (*Comentarios...*, vol. VI, art. 811, IV. C. 4.º, pág. 314), SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, VI-II,

d) En la opinión más corriente, comprende íntegramente la sucesión intestada, y en la testada sólo la mitad correspondiente a la legítima.

núm. 101, c. 1.ª, pag. 1040) y MUCIUS SCAEVOLE (*op. cit.*, vol. XIV, art. 811, G. c, págs 350 y sigs.). Los tres insisten que esa renuncia no implica la extinción de la reserva, sino que imposibilita el nacimiento de los derechos eventuales de los reservatarios, que sólo llegan a nacer si el ascendiente acepta la herencia.

Sin embargo, nunca han faltado escritores que sólo a regañadientes han aceptado la exclusión en este caso de la reserva. Así OSSORIO y GALLARDO (Prólogo a la citada obra de *LA CUEVA*, págs. 10 y sigs.) preguntó: «¿no se advierte la incongruencia de que el patrimonio pase de una rama a otra por el hecho accidental de que el padre no sobreviva al hijo o de que renuncie a la herencia de éste?» (pág. 12). Claro que la pregunta puede formularse en sentido contrario, tanto en caso de repudiación como en el de premorencia. CARMELO DE MOTA (*loc. cit.*, págs. 115 y sigs.) señala que el ascendiente puede perseguir tres finalidades al repudiar la herencia de su descendiente: a) La simple no aceptación; b) Impedir la situación de incierta titularidad que la reserva supone, provocando la libre e inmediata adquisición de los bienes por los mismos frustrados reservatarios; c) Eliminar el derecho de los reservatarios en beneficio de otras personas. La validez de esa repudiación le parece evidente, pero en el tercer caso la cree próxima al fraude de ley. RICARDO ALVAREZ ABUNDANCIA (*Reserva troncal eludida*, en «Rev. Dr. Priv.», XXXVII, enero 1953, págs. 33 y sigs.), entiende que: «Ante el tablero legal del artículo 811, el candidato a reservista puede hacer, repudiando la herencia, una especie de entronque jurídico, determinando que ocupen su posición, pero sin el jaque a la reserva, sus hijos de un segundo matrimonio con exclusión definitiva de los parientes (del grado y línea señalados) del descendiente causante.»

Recientemente VILLARES PICÓ (*Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811, del Código civil*, en «Rev. Crit. de Der. inmov.», XXXII, enero febrero 1956, págs. 68 y sigs.), no se ha contentado con estimar que la doctrina de la Sentencia de 19 noviembre 1910, sea consecuencia de un fallo del legislador. Pero no se conforma con juzgar injusto que los derechos de los prestatos reservatarios se esfumen, por la renuncia del ascendiente, ante los derechos abintestado de los hijos del segundo matrimonio de éste, o bien de un hijo natural del descendiente (que se antepondría a los hermanos de éste), o de la esposa del mismo descendiente (preferente abintestado a los tíos de éste). A su juicio, la construcción conceptual de la reserva hecha, por la Sentencia de 8 junio 1954, había destruido las bases fundamentales de la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo y fundamentado otras nuevas. Entiende que en ella, «la reserva lineal, salvo diferencias accidentales, se asimila a la sustitución fideicomisaria condicional y que el derecho del reservatario es legítimo; es legítima impuesta por la ley como intangible para el mismo descendiente, aunque teste, y para el ascendiente, al que esta reciente sentencia le niega el derecho a mejorar a cualquiera de los reservatarios, a los que considera, por tanto, como herederos forzosos, y que será irreficaz toda actuación en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenado por la ley, y la renuncia puede considerarse, por esto mismo, como actuación del reservista conducente a frustrar el destino de los bienes reservables» (pág 71). Por eso, afirma que si «el reservista o fiduciario», «deja de serlo por renuncia preventiva o abdicativa de la herencia del descendiente, se cumplirá la condición si entonces existen parientes que puedan ser reservatarios, quienes adquieren definitivamente los bienes reservables, cumpliéndose así los propósitos del legislador», pero, «si en el momento de la renuncia no hubiese reservatario, se tendrá que aplazar el momento de poderse cumplir la condición hasta el fallecimiento del reservista, para ver si entonces existe algún reservatario *nouidum conceptus*» (págs. 72 y 73).

VILLARES PICÓ usa el método dogmático de inversión para llegar a este

e) Y, finalmente, tenemos la tesis que admite, en todo caso, la reserva íntegra en la sucesión íntestada y que en cuanto la legítima distingue según haya sido atribuida o no testamentariamente y, en el primer caso, según se haya limitado la disposición a ser un simple acatamiento o reconocimiento de la voluntad legal, o bien explícita o implícitamente implique una atribución voluntaria en la que la intención liberal prevalezca sobre la obligación legal.

A) *Tesis que aplica la reserva tanto a la sucesión íntestada como a la testada.*

En primer lugar vamos a ocuparnos de la tesis que mayor extensión ha atribuído a la reserva.

resultado. Lo mismo que para sostener su tesis de la reserva repetida en el caso de que otro ascendiente sea reservatario. Contra el valor de este método interpretativo nos hemos definido, una vez más, en la introducción del presente trabajo. Ahí hicimos notar que un exceso dogmático de la Sentencia 1 de abril 1914, respecto la reserva clásica, fué recogido en materia de la reserva lineal por las Sentencias de 8 julio 1942 y 17 abril 1946. El desvío dogmático es más grave aún en la Sentencia 8 de junio 1954, que, además, se aparta de la calificación normativa del 811 seguida hasta entonces íntegramente por el Tribunal Supremo y que de nuevo ha reiterado acertadamente en la reciente Sentencia 1 febrero 1957. (Ver § 2, núm. de este trabajo.) Sobre la base de esa desviación, construye VILLARES PICÓ.

Teleológicamente el artículo 811 sólo trata de corregir el desvío que en la trayectoria de los bienes de procedencia familiar inmediata de un descendiente se produce por la adquisición *ministerio legis* de un ascendiente. Si falta esta adquisición, por repudiación o por cualquier otra causa, no sólo falta un presupuesto literal para la aplicación del artículo 811 sino, además, la razón finalista de su aplicación.

La circunstancia de que la renuncia del descendiente puede determinar la preferencia de los medio hermanos, o del cónyuge del descendiente con respecto a sus tíos de la línea de procedencia de los bienes, o incluso, la del hijo natural del descendiente frente a los hermanos de éste, cabe referirla igualmente al caso de comoriencia de descendiente y ascendiente, o de premoriencia de éste, tal vez, por poquísimo tiempo. Se trata de una evidente falta de armonía entre las reglas de la sucesión abintestato y las del artículo 811. La interpretación restrictiva que corresponde al 811, como *ius singulare*, impide aplicar éste fuera de su *ratio*. Por lo demás, esta desarmonía también podría alegarse en sentido contrario, pretendiendo la inaplicación del artículo 811, aunque heredara el descendiente, si perjudicase a los medio hermanos, como han sostenido GAYOSO ARIAS y TOMÁS ALBI.

Caben aún otras cuestiones:

¿*Quid* si el ascendiente fallece sin haber repudiado ni aceptado, expresa o tácitamente, la herencia de su descendiente.

La cuestión fué discutida en la *Revista de los Tribunales*, por FAUSTINO MENÉNDES PIDAL y DE MONTES («Si existe la reserva del art. 811 del Código civil falleciendo el reservista antes de aceptar la herencia», t. LVIII, núm. 43, 25 octubre 1924, págs. 449 y sigs.; «*Sigue sobre el art. 811 del Código civil*», t. LIX, núm. 9, 28 febrero 1925, págs. 97 y sigs., y *Más sobre el art. 811 del Código civil*, núm. 42, 17 octubre 1925, págs. 425 y sigs.) y NARCISO RIAZA (*Dictamen en contra*, t. LVIII, núm. 43, 8 noviembre 1924, págs. 473 y sigs.; *Duplica*, t. LIX, núm. 22, 30 mayo 1925, págs. 97 y sigs., y núm. 23-6, junio 1925, págs. 253 y sigs.). Tanto el primero (ver. LIX, pág. 100) como el segundo (t. LIX, pág. 255), son de la opinión de que la repudiación del ascendientes excluye la reserva. El caso de que éste muera sin haber acep-

Quien primero la sostuvo fué García Lastra en la Academia Matritense del Notariado (399), pero ignoramos sus argumentos, pues no los recogió el acta de la sesión en que la mantuvo.

Posteriormente para defender ese criterio maximalista de la reserva, se ha intentado desviar o desvirtuar el significado de la expresión «los que hubiere adquirido por ministerio de la ley».

Dos caminos se han seguido para ello:

a) La Cueva y Donoso (400)—resucitando una opinión que ya había sido defendida y abandonada por Alcubilla (401)—opinó que las palabras transcritas no se refieren al tránsito del descendiente al ascendiente reservista—reglado ya por las primeras palabras del precepto: «El ascendiente que *heredare*»—, sino a la anterior transmisión del otro ascendiente o del hermano al descendiente.

El artículo 796 del Proyecto de 1862 antecedente del actual 811, tenía esta redacción: «*El ascendiente que heredare abintest-*

tado ni repudiado la herencia del descendiente es el supuesto sobre el cual discuten.

MENÉNDEZ PÉDAL planteó el caso de que la madre fallezca horas después de heredar de un hijo bienes procedentes del padre. La otra hija, ¿es heredera de su madre?, o ¿es heredera de su hermana? ¿Se produce o no la reserva? A su juicio, no (t. LVIII, pág. 451). RIAZA (LVIII, pág. 477) interroga a su vez «y si la hermana fuese sólo de madre?»; y dictamina que «aunque el ascendiente sólo viva un instante hay reserva». Pero aquél replicó (LIX, pág. 100) que si el medio hermano repudiase en nombre de la madre, fallecida sin aceptar ni repudiar, no habría reserva y aquél heredaría directamente.

Hacemos gracia a los lectores de los argumentos puramente dogmáticos de uno y otro polemista. El punto clave de la discusión radica en si el hermano puede repudiar, conforme al artículo 1.006, como heredero de su madre y aceptar en nombre propio la herencia del descendiente. Si simplemente repudiara la herencia de su madre, quienes en su virtud la heredarían directamente, sin duda que podrían repudiar en nombre de ésta la herencia del descendiente, a quien entonces heredaría libremente aquel hermano.

Todo ello parece en cierto modo un juego, en el que la aplicación o no del artículo 811 depende de la voluntad de uno de los interesados o de sus parientes de rama diferente a la de los bienes. Por ello, nos parece que resultarían más serias las soluciones, en uno u otro sentido, que fueran independientes de la actividad de los herederos del ascendiente. Ante la duda, el criterio restrictivo de la interpretación del artículo 811, nos hace preferir la solución negativa cuando el heredero o herederos de la madre fueran también herederos directos del descendiente de no heredarle aquélla. Resultado que en el supuesto cuestionado parece depender de la exclusiva voluntad de ellos.

(399) Sesión Académica de 21 febrero de 1894. Ver el correspondiente Libro de Actas, folio 124.

(400) *Op. cit.*, págs. 25 y sigs., y 31 y sigs. Ver también, «Revista de los Tribunales», t. LXVI, núm. 40 (10 octubre 1932). *Vindicación necesaria y concepto que deben merecer las palabras por ministerio de la Ley*, págs. 561 y sigs.; y núm. 41 (6 octubre 1932). *Bienes que el reservista está obligado a reservar, ¿a quién se refieren las palabras del artículo 811: los que hubiere adquirido por ministerio de la Ley?*

(401) La sostuvo en el año 1890 en sus *Notas al Código civil*, pág. 327. Pero, posiblemente, por la crítica a que le sometieron MANRESA en 1891 y MORELL en 1893, desde la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (t. 78, pág. 363, el primero, y el segundo, en el t. 82, pág. 527 y sigs.; ver también de este autor *Estudios...*, cits., pág. 303), rectificó en su *Diccionario* (t. VII, págs. 839 y sigs.).

tato de su descendiente, bienes que éste hubiere adquirido de otro ascendiente o de un hermano, a título lucrativo y por ministerio de la ley, estará obligado a reservarlos en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado del difunto y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan».

A La Cueva le parece que este antecedente es decisivo a favor de su opinión: «Si el primitivo proyecto de Código decía «el ascendiente que heredase abintestato» y en el Código se suprimió esta última palabra y quedó sólo la de «heredare», palabra que comprende lo mismo la herencia testada que la intestada; es claro que esa variante no abona, sino que contradice paladinamente la opinión del Señor Scaevola (402)...».

Con ello queda convencido de lo que ya opinaba a priori por impresión, o por el sentido coercitivo que incluso respecto al descendiente atribuye a la reserva (lo que constituye su prejuicio fundamental).

Las expresadas palabras las estima redundantes e inútiles referidas al ascendiente que heredare (lo que es incierto, puesto que limitan su expresión, que es precisamente lo que no quiere admitir La Cueva), pero muy útiles referidas a la adquisición por el descendiente a título lucrativo (limitación que le parece muy bien por convenir a su criterio). Sólo así el precepto le parece racional, justo y conforme con el beneficio de la reserva.

Castán (403) comentó en una nota bibliográfica los trabajos de La Cueva. De su crítica transcribimos: «No nos parece a nosotros tan evidente como al autor esa interpretación, un tanto forzada, del artículo 811, que desliga la frase «*lo que hubiese adquirido*» del sujeto de la oración, el ascendiente al que se refieren las inmediatas palabras «*obligado a reservar*» y separa esos dos títulos de procedencia, el del título lucrativo y el del ministerio de la ley, que no había razón para que no se mantuvieran unidos en el texto vigente, como lo estaban en el proyecto de 1882. Mas en definitiva, no seremos nosotros los que hayamos de escandalizarnos de una interpretación que destaca y hace prevalecer los factores lógicos y positivos sobre los elementos gramaticales. La tesis del señor Cueva Donoso es, cuando menos, opinable y merecedora de atento examen. Si puede parecer algo atrevida, es en cambio ventajosa, por cuanto simplificaría la aplicación del atormentador artículo 811, excusando algunos difíciles problemas que suscita la interpretación corriente del mismo. Sea cualquiera la suerte que el porvenir reserva a tan nuevo punto de vista, es muy de

(402) *Op. cit.*, vol. XIV, artículo 811, D., pág. 277. SCAEVOLA estima la supresión de la palabra *abintestato* como argumento para comprender en la reserva la legítima en la sucesión testada.

(403) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. «*Bibliografía. La Verdad sobre el 811. Contratación de opiniones: jurisprudencia civil e hipotecaria*» en *Rev. Crit. de Dr. inmob.*, XII (enero. 1935), pág. 66. Ver también su *Derecho civil*, vol. cit., págs. 285 y sigs.

agradecer el esfuerzo y fina perspicacia que su aportación a nuestra doctrina científica representa».

La proverbial benevolencia del maestro Castán suaviza la crítica mucho más de lo que creemos se merece la tesis de La Cueva Donoso. Bajo cualquier aspecto nos parece indefendible si no es con la dosis de pasión que puso en ella este ilustre jurista.

1.º *Gramaticalmente*, el ascendiente es el sujeto de la oración. A él se refiere la disposición «*se halla obligado a reservar*» y lógicamente al faltar indicación en contrario, a él mismo deben referirse las palabras siguientes —acusativo de la oración—, «*lo que hubiese adquirido por ministerio de la ley*».

Para referirlas al descendiente el artículo hubiera debido aclararlo, diciendo: «lo que dicho descendiente hubiera adquirido por ministerio de la ley».

2.º Por los *precedentes legislativos* es de notar que el artículo 796 del Proyecto de 1882 se desviaba en este punto del texto redactado por la Subcomisión y primeramente aceptado por la Comisión Codificadora.

El texto propuesto por ésta no difería desde su primera palabra a las que discutimos de la actual redacción del 811 (404). El proyecto de 1882, en cambio, variaba los requisitos relativos al tránsito patrimonial del descendiente al reservista, en cuanto los reducía a los bienes adquiridos abintestato, y los referentes al tránsito previo del otro ascendiente o del hermano al descendiente limitándolos a los adquiridos por ministerio de la ley. La redacción actual no supone lógicamente sino la aceptación de la fórmula primera y el abandono de la modificación propuesta en el Proyecto de 1882.

3.º *Históricamente*: La interpretación gramatical generalmente admitida es la que corresponde al criterio de extender la reserva clásica de los bienes heredados por ministerio de la ley por el binubo de un hijo del primer matrimonio y que éste hubiese recibido gratuitamente del cónyuge premuerto (405) al supuesto prevenido por el artículo 811.

4.º *Teleológicamente*: Si el fin del artículo 811 es, según hemos comprobado, evitar que por un azar imprevisto que altere el orden normal de las defunciones, cambien los bienes de línea familiar de pertenencia, sólo la aplicación gramaticalmente correcta del inciso que discutimos puede resolverlo. El resultado que se trata de corregir es el que podría derivarse de la adquisición por el ascendiente sobreviviente ocasionada por la imprevisión del descendiente y del otro ascendiente o el hermano. Si el tránsito del descendiente al ascendiente que le herede es conforme a la voluntad de aquél, no puede decirse que se opere por imprevisión. Por ello, es lógico que la reserva se limite a lo adquirido por

(404) Ver ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 190.

(405) Criterio propugnado por ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 188 y sigs.

ministerio de la ley, es decir, por imprevisión o en contra de la previsión del descendiente.

En cambio, en el primer tránsito, desde el otro ascendiente o el hermano al descendiente, es lo probable que por parte de aquéllos no haya sido prevista la hipótesis de que éste, sin dejar descendencia, premuera a otro ascendiente de diversa línea.

Y por eso no es suficiente la limitación de la reserva a los bienes adquiridos a título lucrativo por el descendiente del otro ascendiente o del hermano por ministerio de la ley, sino que debe extenderse a todos los adquiridos a título lucrativo cuando faite la previsión del supuesto contemplado en el artículo 811, que corrige dicha imprevisión ordenando la reserva.

5.º *En orden a la simplificación de problemas*—razón que nunca podría prevalecer contra las anteriores—no creemos suficientemente meditadas las aplicaciones de Cueva y Castán. Aquél alega la simplificación de un problema que no existe conforme al artículo 811 y de otro que puede y debe resolverse por mejor camino (406).

b) El otro camino seguido para desvirtuar el sentido comúnmente aceptado de la expresión «lo que hubiere adquirido por ministerio de la ley» y, por lo tanto, para extender la reserva tanto a lo heredado por ministerio de la ley como a lo recibido testamentariamente, es el que ha sido expuesto, aunque sin hacerlo decididamente suyo, por el Magistrado Aurelio Botella en el Seminario de Anuario de Derecho Civil.

Su base radica en la interpretación literal de las palabras finales del artículo 938 y en una alteración gramatical del sentido de la discutida expresión del artículo 811.

El artículo 398 dice que: «*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores* (que regulan la sucesión intestada en la línea recta ascendente) *se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los articu-*

(406) *Op. cit.*, págs. 27 y sigs. La primera solución la expone así: «Hereda un hijo de su padre mil pesetas, las que después por su ingierio o por su suerte convierte en mil millones, los cuales a su muerte, transmite por testamento a su madre o a otro ascendiente, y éste, por esa peregrina significación que se atribuye a la frase «Ministerio de la Ley» queda obligado a reservar no las mil pesetas que el descendiente heredó de su padre, sino la enorme cantidad de millones que constituyen la porción legitimaria de aquel a quien pasan los bienes». Pero LA CUEVA olvida el requisito previo de que los bienes a reservar, además, de adquirirlos por el reservista por ministerio de la ley, deben haber sido adquiridos por el descendiente a título lucrativo del otro ascendiente o de un hermano. Requisito que sólo pueden reunir las mil pesetas y nunca las demás incrementadas (Ver S. 20 abril 1917).

La segunda simplificación consiste en acudir la cuestión de decidir entre los pretendidos criterios de la reserva máxima y la reserva proporcional (de que luego trataremos) en el caso de que el ascendiente superstite reciba testamentariamente más de su legítima. Pero se elimina más lógicamente la cuestión (como veremos), estimando que cuando el ascendiente recibe testamentariamente más de su legítima ésta queda embobida en la atribución voluntaria del mayor montante, y, por tanto, desaparece la reserva.

los 811 y 812 que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria.»

La expresión del inciso final de que lo ordenado en el artículo 811 «es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria», se estima en contradicción con la común interpretación del artículo 811 que limita la reserva a lo adquirido por ministerio de la ley por el ascendiente.

Ante esta aparente antinomia se opta por referir la expresión «por ministerio de la ley» a la disposición de que «se halla obligado a reservar» y no a «los (bienes) que hubiere adquirido», suponiendo el olvido de dos comas, una delante y otra después de aquellas cinco palabras.

Pero esa interpretación olvida demasiadas cosas fundamentales para que la hermenéutica sea correcta.

1.º *La finalidad*—pieza maestra de toda interpretación—del artículo 811 tiende a corregir los efectos de un azar imprevisto, y éste no puede existir allí donde no haya imprevisión, es decir, en la sucesión testada.

2.º *El valor que debe asignarse a cada norma al verificar una interpretación sistemática.*

Al relacionar dos preceptos y, más aún, al tratar de resolver una posible antinomia entre ellos, ante todo debemos fijarnos en su respectivo sentido normativo.

En nuestro caso, el artículo 811 es el que establece la reserva y la reglamenta. El artículo 938, dada su colocación—inmediatamente posterior a los artículos que regulan la sucesión intestada en la línea recta ascendente—, no tiene otro fin que aclarar la aplicación de la reserva a la sucesión intestada. Ya que el artículo 811 aparece sistemáticamente como una limitación impuesta a la legítima de los ascendientes, colocado a continuación de los preceptos que la regulan.

Por ello no es posible supeditar la interpretación del artículo 811 a la del 938, sino que en último término habría que supeditar la de éste a la de aquél.

Tanto más si se trata de aclarar dudas que no arrancan del propio texto del artículo 811 (407), sino del 938.

Por eso la afirmación de este último, según la cual el artículo 811 «es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria», sólo puede significar que la reserva se aplica—además de a la legítima de quien muere testado—también a la sucesión intestada.

A primera vista parece que para evitar esa duda hubiese resultado más correcta la expresión de que el 811 «es aplicable a la sucesión intestada como (o «lo mismo que» o «igual que») a la testamentaria». Pero esa redacción hubiera provocado otra duda, la de si en la sucesión intestada no sería reservable la totalidad,

(407) La duda de LA CUEVA tampoco arranca del texto del artículo 811, sino del prejuicio o antejuzicio con que lo examina. Por eso, necesita forzar su interpretación gramatical correcta.

sino únicamente la mitad (o parte alicuota correspondiente de dicha mitad) de la herencia equivalente a la legítima del ascendiente reservista.

Se alega que la legítima no puede ser denominada sucesión testamentaria. Pero, para entender el artículo 938 sin desorbitarlo, hay que tener presente que la legítima es fundamentalmente (aunque también se extienda a las donaciones) una pieza esencial de la sucesión testamentaria, que limita y encauza.

3.º *Lógicamente*, resultaría redundante e inútil la aclaración de que el ascendiente se halla obligado a reservar «por ministerio de la ley», puesto que es evidente que la misma ley se lo ordena.

4.º *Gramaticalmente*, lo que dice el artículo 811 no es lo que pretende la tesis que discutimos. No es lícito achacarle una incorrección lógica y gramatical, contraria no sólo a su texto sino también a su *ratio*.

Y menos aún para supeditar su interpretación a la letra de otro texto que tiene un sentido normativo limitado a aclarar la aplicación de lo reglamentado en el primero extendiéndolo a otra hipótesis, que es la contemplada en la sección en que el segundo se halla colocado.

c) Un tercer camino fué seguido más recientemente por Fernández Serrano (408). A su juicio, tanto se adquiere por ministerio de la ley lo heredado abintestato como lo recibido testamentariamente. Pero esta interpretación parte de un concepto demasiado genérico y lato de la adquisición por ministerio de la ley. Tanto que, por su generalidad, haría innecesaria y redundante su expresión si en el artículo 811 se la atribuyera este significado. Y, especialmente, elude la verdadera *ratio* del precepto, que es la de prevenir lo imprevisto, no la de imponerse a la voluntad del descendiente heredado.

Recientemente Villares Picó (409) ha llegado—por su camino de construir dogmáticamente sobre las desviaciones de un fallo—más lejos aún. He ahí sus palabras: «Si nos atuviésemos al *substractum* doctrinal de los fallos del Tribunal Supremo, anteriores a la sentencia de 8 de junio de 1954, que establecía que la reserva lineal es limitativa de derechos legitimarios del ascendiente, tendríamos que interpretar literalmente el artículo 811 diciendo que el ascendiente no tiene obligación de reservar nada más que *cuan-do herede* del descendiente; pero, dado el trascendental sentido contrario a la jurisprudencia anterior de la citada sentencia de 8 de junio de 1954, que nos parece acertadísima, nos inclinamos a estimar que el ascendiente tiene obligación de reservar aunque los bienes reservables le hayan sido donados por el descendiente, toda vez que esta sentencia no admite que la reserva lineal sea

(408) *Loc. cit.*, págs. 290 y sigs.

(409) *Loc. cit.*, págs. 65 y sigs. Por el procedimiento metodológico seguido por VILLARES PICÓ puede llegarse a asombrosos resultados, totalmente reñidos con la *ratio* del precepto interpretado.

una limitación a los derechos legitimarios del ascendiente, sino que establece que los bienes reservables constituyen una legítima independiente con normas propias y que el artículo 811 contiene una norma jurídica de carácter impositivo prohibitivo que tiene por objeto asegurar la legítima de los reservatarios, y que, por tanto, no debemos hacer tal interpretación restrictiva que favorezca la legítima del reservista.»

Claro que, aparte de los defectos metodológicos de la construcción de Villares Picó, tampoco la sentencia de 8 de junio de 1854—pese a sus desviaciones con respecto a la jurisprudencia anterior—ofrece base seria para las deducciones de este autor, ya que sólo se discutía si la madre podía mejorar a alguno de sus hijos con los bienes que había heredado abintestato de otro hijo premuerto y éste de su padre.

41-B) Tesis que limita la reserva a la sucesión intestada.

Limitaron la expresión «los que hubiere adquirido por ministerio de la ley», refiriéndose exclusivamente a los bienes adquiridos abintestato, los Notarios levantinos Pascual Sanz y José María García (410) y el Magistrado León Bonel (411). Estimó éste que sólo con esa interpretación se respeta el dogma de la libertad de testar.

Pero este criterio pugna no sólo con una interpretación sistemática del artículo 811—colocado a continuación de los artículos que regulan la legítima de los ascendientes—, sino incluso con su letra y su *ratio*. A no ser que estos autores entendieran correctamente que la legítima obtenida contra testamento o habida por inoficiosidad de donaciones debe considerarse como porción diferida *ab intestato*.

C) Tesis que limita la reserva a la legítima percibida contra o extra testamento.

Otro Notario, Zorrilla Caballer (412) afirmó que la reserva sólo comprendía la legítima forzosa, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Parecida opinión había sido defendida en 1889 por la «Gaceta de los Registradores y Notarios», limitándose la reserva a la legítima incluso en la sucesión intestada (413).

(410) PASCUAL SANZ y JOSÉ MARÍA GARCÍA, *Código civil*. Artículo 811. Sus precedentes históricos. Su alcance antiguo y moderno, en «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 35 (31 agosto 1890), pág. 546.

(411) LEÓN BONEL y SÁNCHEZ, *Código civil español* t. III, pág. 422.

(412) MARCELINO ZORRILLA CABALLER, *Reservas legales. Sus excepciones*, en «Revista General del Notariado», XL, núm. 32 (9 agosto 1891), pág. 498.

(413) *Gaceta de Registradores y Notarios*, t. XXIX, núm. 1.408 (28 noviembre 1889), pág. 615. Según esta opinión no es obstáculo el artículo 936, «que manda aplicar el 811 lo mismo a la sucesión testada que a la intestada, pues tratándose de ésta, también puede considerarse que en ella hay legítima, porque de

Parece que también ésta era la opinión del consultante que motivó en 1892 la respuesta de Charrin en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (414).

Pocos años después, al discutirse el artículo 811 en la Academia Matritense del Notariado, los académicos Ruilópez (315) y Modesto Conde (416) defendieron que en la sucesión intestada sólo es reservable la mitad de la herencia, porque el resto lo adquiere el ascendiente por la voluntad presunta del muerto.

En el recurso que dió lugar a la sentencia de 14 julio 1899 fué defendida esta tesis por Francisco Silvela, y en la vista, por Juan Barrio. Pero el Tribunal Supremo lo desestimó afirmando en su segundo considerando la extensión de la reserva en la sucesión intestada a su totalidad, conforme al criterio de la defensa que por la parte recurrida hizo Luis Díez Cobeña.

Debemos rechazar que en la sucesión intestada de los ascendientes sólo debe ser reservada la mitad, equivalente a la legítima del ascendiente heredero.

La razón alegada de que la otra mitad se adquiere *ab intestato* por la voluntad presunta del premuerto nos parece insuficiente. Esa voluntad presunta presupone su imprevisión real. Y esa imprevisión real puede dar lugar a ese azar imprevisto que precisamente el artículo 811 trata de corregir en el caso de que provocare el tránsito de los bienes de una línea familiar a otra.

2-D) *Tesis que aplica la reserva a toda la sucesión intestada y en la testada a la legítima tanto si ésta se recibe contra testamento como testamentariamente.*

Alonso Martínez entendió así esta cuestión: «donde haya herederos forzosos y legítimos, tan aplicable es la institución de las reservas a la sucesión abintestato como a la testamentaria, siempre que en esta última la finca reservable figure en la porción hereditaria de que el testador no podía privar al ascendiente sin justa causa de exheredación» (417).

Porque, a su juicio, «la legítima no la deben los ascendientes al afecto y la iniciativa del testador, sino que la reciben por ministerio de la ley y, por tanto, es igual en uno y otro caso la razón de la reserva».

Este criterio ha sido aceptado por la mayor parte de la doctrina.

abarcar la reserva todos los bienes de la herencia aquel 811 se habría colocado en el capítulo V que establece las disposiciones comunes a la herencia o por testamento o sin él».

(414) «Rev. Gral. de Leg. y Jur., 80» (primer semestre 1892); *Derecho del cónyuge viudo y reserva de bienes con arreglo al artículo 811 del Código civil*, pág. 593.

(415) Sesión de 4 abril 1894 (fol. 129 vto. del libro de actas).

(416) Sesión de 21 febrero 1894 (fo. 123 vto. del libro de actas).

(417) *Op. cit.*, pág. 254.

Algunos autores se limitan a decir genéricamente que en la sucesión intestada se comprenden en la reserva la totalidad de los bienes y que en la testada sólo alcanza la porción legitimaria, sin plantear distinción alguna derivada del hecho de que ésta sea atribuida voluntariamente por testamento o donación. Tal es: Redondo Reinoso (418), Firmat (419), Balbín (420), Burón (421), Bonet (422), Gómez Morán (423), Royo Martínez (424). La Academia Matritense del Notariado (425), en su sesión de 30 de mayo de 1894, aseveró en su segunda conclusión que: «En la sucesión intestada se comprenden todos los bienes y en la testada sólo aquellos que correspondan para pago de la legítima.»

Otros autores decididamente han afirmado que aun cuando el montante de la legítima se deje voluntariamente por disposición testamentaria, queda comprendida en la reserva. Así: Navarro Amandi (426), López R. Gómez (427), Martínez Alcubilla (428), Charrín (429), Morell (430), Manresa (431), Sánchez Román (432), Mucius Scaevola (433), Barrachina (434), Espinosa (435), Val-

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

(419) JESÚS FIRMAT Y CABRERO, *Aninomas y oscuridades del Código civil*, en «La Reforma Legislativa», XIX, núm. 984 (16 noviembre 1890), pág. 692.

(420) A. BALBÍN, *El artículo 811 del Código civil*, en «Revista General del Notariado», XLV, núm. 36 (6 septiembre 1896), pág. 563.

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

(422) *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 594.

(423) *Op. cit.*, pág. 74.

(424) *Op. cit.*, pág. 211.

(425) Ver fol. 113 vto. del libro de actas correspondiente.

(426) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 811, pág. 300. A su juicio, la legítima se reserva aun en el caso de que el descendiente haya instituido en ella de un modo expreso a su ascendiente, pues esta institución no varía la naturaleza de la legítima que siempre se hereda por ministerio de la ley.

(427) *Op. y vol. cit.* Cap. VII, núm. 4, págs. 220 y sig.

(428) *Diccionario...*, vol. cit., pág. 840. Donde expone que de lo contrario se abrirá un portillo para eludir la reserva instituyendo heredero en su legítima al descendiente. (Pero si la reserva trata de evitar que, precisamente, por un azar imprevisto los bienes cambien de línea, la previsión no burlará la reserva, sino que excluirá su supuesto de hecho, que requiere aquel azar no previsto).

(429) A. CHARRÍN, *Derecho del cónyuge viudo y reserva de los bienes con arreglo al art. 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. 80, primer semestre 1892, págs. 592 y sigs.

(430) *Reserva creada por el art. 811 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. 82, pág. 527, o en *Estudios...*, pág. 302.

(431) *Comentarios...*, vol. VI, art. 811 III, pág. 289.

(432) *Op. cit.*, vol. VI-II, núm. 146, pág. 1023.

(433) *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811. D., pág. 276. A su juicio: «Si el testador (según el art. 806) está obligado a reservar una porción de bienes en virtud del mandato legal, claro es que en ningún caso puede afirmarse que dicha porción arranca de la voluntad de aquél, aunque disponga en su testamento de ella a favor del heredero. Reconocerá siempre un origen forzoso legal antagónico del voluntario.»

(434) *Op. y vol. cit.*, págs. 639 y sig.

(435) BALDOMERO ESPINOSA, *Anomalías del art. 811 del Código civil*. Ne-

verde Valverde (436), Clemente de Diego (437), Castán (438), Escobar de la Riva (439) y Borrell y Soler (440).

Tres razones principales se han argüido a favor de esta tesis:

1.º Una de carácter dogmático, basada en la opinión de que la legítima es artibuida siempre por ministerio de la ley. (Criterio opuesto al que creemos ortodoxo, según hemos defendido reiteradamente (441) y sobre el que luego insistiremos).

2.º El argumento *ad cautelam* de que la efectividad de la reserva quedaría al arbitrio del descendiente si éste pudiese excluirla instituyendo al ascendiente o bien legándole o haciéndole donación de los bienes que pudieran quedar sujetos a la reserva. (Pero, como veremos, este argumento olvida que la ley sólo establece la reserva para evitar el cambio de línea producido precisamente *por un azar imprevisto*).

3.º Y el apoyo de la autoridad del Tribunal Supremo invocando las sentencias de 14 julio 1899, 8 octubre 1909, 7 noviembre 1912 y 2 enero 1929. (Sin embargo, como se verá, sólo la última de las citadas declara claramente esta doctrina.)

43-E). *Tesis que aplica la reserva a la sucesión intestada, incluyendo en ella la legítima recibida «extra» o «contra» testamento, o por mero reconocimiento del testador, pero no a la atribuida voluntariamente por testamento o donación.*

Al año siguiente de la entrada en vigor del Código civil, contestando una consulta, la «Gaceta del Notariado» (442) defendió con sólidos argumentos esta opinión.

El supuesto consultado era éste: A, tiene un hijo B, que adquiere de un hermano C, bienes a título lucrativo; B, fallece habiendo instituido heredero universal a su padre A. Se preguntaba si éste ha de reservar aquellos bienes a favor de los parientes tronqueros.

El problema se concentra en torno a la legítima.

cesidad de su reforma, en «Revista de los Tribunales», t. XLV, núm. 10 (11 marzo 1911), pág. 146. Se apoya en las palabras del art. 806, que al definir la legítima, dicen que «el testador no puede disponer».

(436) *Op. y col. cit.*, págs. 231 y sigs.

(437) *Instituciones...*, vol. cit., pág. 199.

(438) *Derecho civil...*, vol. cit., pág. 286.

(439) *Op. cit.*, pág. 16.

(440) *Derecho civil español*, t. V (Barcelona, 1954), pág. 333.

(441) Ver especialmente *Apuntes de Derecho sucesorio*, I, §§ 4.º, 5.º y 6.º págs. 36 y sigs., y en «Anuario de Derecho Civil», IV-III (abril-junio 1951), págs. 452 y sigs.

(442) «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 25 (22 junio 1890), págs. 387 y sig. Contrariamente, la «Revista General del Notariado» (T. XL, núm. 22—31 mayo 1891—, pág. 348; T. XLV, núm. 9—1 marzo 1896—, pág. 135), sin razonarlo, opinó al contestar otras consultas que deben considerarse adquiridos por ministerio de la ley, según el Código civil, todos los bienes que constituyen la legítima y los de la sucesión intestata, y que la mitad de los adquiridos por padre por testamento que constituyen su legítima son reservables.

Su solución no puede menos que estar influida por la opinión que se tenga acerca de la naturaleza de ésta. He ahí, como la expone la respuesta a dicha consulta:

«La ley tiene respecto de las adquisiciones *mortis causa* un carácter enteramente subsidiario; interviene para suplir el silencio del finado o para encauzar la voluntad del testador, evitando que cometa una injusticia. Por consiguiente, cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda, es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer del caudal».

«De su mano reciben los herederos y legatarios todo lo que adquieren, así los bienes con que se cubre el importe de las legítimas, si las hay, como aquellos otros que, pagadas éstas, son de libre disposición. El testador se interpone entre la ley y el causahabiente... Error grave sería pensar que la expresión de amor y gratitud que el llamamiento del padre representa, se circunscribe al exceso de la herencia total sobre la legítima, que aquélla no se defiende íntegra al ascendiente por voluntad del hijo; ésta habla y la transmite; la ley calla; casi puede decirse que no hay legítima; la piedad filial la ha hecho inútil.

«En consecuencia los bienes adquiridos *ex testamento* no se adquieren por ministerio de la ley, y faltando el requisito que el artículo 811 exige para que sean reservables, carecen de este carácter: el padre puede disponer de ellos a su gusto».

«Tal era el criterio que prevalecía en nuestro antiguo Derecho. *La authentica ex testamento succidet* limitó la obligación de reservar los bienes provenientes del hijo a los que se adquirieron por sucesión intestada... Hoy esa obligación (en la reserva viudal, se entiende) comprende todo lo que proviene a título lucrativo de un descendiente (arts. 968 y 969 Cod. civ.), pero subsiste en pie la doctrina de que no son adquiridos por ministerio de la ley los derechos que un hijo transmite *ex testamento*. Ninguna disposición la contradice ni destruye los fundamentos racionales en que se apoya; y así como en otro tiempo se aplicó a los viudos que contraían segundas nupcias, debe hoy aplicarse al caso del artículo 811»

Al año siguiente Falcón (433) afirmó que sólo había lugar a la reserva cuando un ascendiente reciba de un descendiente la mitad de su herencia a título de legítima o toda la herencia a título de sucesión intestada; «porque sólo en estos casos, el ascendiente habrá heredado por virtud de disposición de la ley. Si la herencia del descendiente la debe no a disposición de la ley sino a disposición testamentaria del descendiente, entonces no estará obligado el ascendiente a reservar nada en favor del pariente tronquero y habrá adquirido los bienes hereditarios con facultad de

(433) MODESTO FALCÓN, *Los artículos 811 y 812 del Código civil*, en «Revista de los Tribunales», XXIII, núms. 3 y 4 (17 y 24 enero 1891), pág. 18.

disponer de ellos libremente, ya a título inter vivos, ya a título mortis causa».

Aguilar García (444), en 1911, insitió en defender esta tesis. A su juicio, la ley al establecer el derecho a la legítima «no hace más que poner cierto límite a la voluntad del testador». Si el ascendiente le instituyó heredero, el descendiente no «hereda por ministerio de la ley sino por el llamamiento del testador». Por ello, excluyó la reserva de la legítima atribuida testamentariamente.

De Buen (445) aclaró: «La exigencia de que hayan sido adquiridos por *ministerio de la ley* quiere decir que la adquisición no tenga su razón de ser en una declaración de voluntad individual sino en una disposición legal». Por eso, estimó que «la adquisición en virtud de testamento no es una adquisición por ministerio de la ley; podrá serlo cuando el testador se reduzca forzado por los preceptos legales a dejar la parte forzosa; pero no lo será si en el testamento, más que una obediencia a una disposición coactiva se manifiesta la libre y espontánea voluntad de instituir. La interpretación de la voluntad manifiesta en el testamento, jugará pues, un importante papel».

Además, rechazó la tesis contraria, porque con ella «se llega a la conclusión de que los ascendientes están, en la herencia de sus descendientes que hayan recibido sus bienes a título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, en peor situación que los extraños, pues serán incapaces para recibir dichos bienes sin restricciones, aunque sin ellas pretenda dejárselas su descendiente».

Y, porque «de ningún precepto resulta que la reserva limite la libertad de disposición del descendiente, ni que su objeto sea asegurar una cantidad de bienes a determinados herederos, sino solamente impedir que determinados bienes, por un azar, pasen de una línea a otra».

Felicísimo de Castro (446) se inclinó por esta opinión, porque: «cuando el hijo instituye heredero al padre de todos sus bienes, aparece bien clara la voluntad del testador sobre el destino de los bienes y no hay el peligro ni la injusticia que el artículo 811 quiso evitar, como dice de Buen: «La reserva del artículo 811 es sólo una restricción de la legítima, pero no envuelve una incapacidad del ascendiente para heredar los bienes que un descendiente suyo quiera dejarle, aunque sean todos los bienes del último».

Más recientemente, Carmelo de Motta (477), ha criticado duramente la opinión que extiende la reserva a la legítima embebida en la atribución testamentaria, con las siguientes razones:

a) «En esta hipótesis falta por completo el fundamento ge-

(444) ANTONIO AGUILAR GARCÍA, *El ministerio de la ley*, en «Revista de los Tribunales», t. XLV, lám. II (18 marzo 1911), pág. 162.

(445) *Notas al Colón y Capitaní*, vol. cit., pág. 397.

(446) FELICÍSIMO DE CASTRO, *Derecho civil* (Madrid, 1928), t. II, pág. 277.

(447) *Loc. cit.*, págs. 95 y sigs.

neralmente señalado a la reserva extraordinaria. No puede ya invocarse la finalidad de evitar las consecuencias del simple azar..., la transmisión de los bienes no se ha producido por caso fortuito, sino por la deliberada voluntad del descendiente, expresada testamentariamente, en favor de su ascendiente, sin restricción alguna y con evidente conocimiento de la posible adquisición posterior por miembros de una familia distinta».

b.) Porque la estima «injusta e ilógica con referencia al descendiente causante de la reserva, al reservista y al mismo reservatario».

α) «Con relación al descendiente causante de la reserva, ésta supone una verdadera limitación de sus facultades de disposición «mortis causa»... El descendiente no puede, naturalmente, prescindir de la legítima de su ascendiente, pero resultaría extraordinario que tampoco pueda favorecer a ese mismo legítimo con la amplitud y libertad que le es permitida con otra persona que no lo sea».

β) «Para el ascendiente reservista, la reserva supone una restricción de la legítima que equivale a hacerle de peor condición que un simple extraño. ¿Cómo someter a la obligación de reservar al ascendiente que hereda por testamento a su descendiente y conceder un dominio libre y sin trabas al heredero no unido al causante por vínculo alguno de parentesco».

γ) «Finalmente, con referencia a los reservatarios, es difícil comprender la razón de que éstos puedan invocar un derecho a los bienes cuando su hermano, tío o sobrino, es heredado por un ascendiente y, por el contrario, se vean privados de él cuando la sucesión haya sido deferida en favor de un pariente más lejano o del que no lo es en grado alguno.»

Por eso opina que:

«Siempre que el descendiente haya instituido único y universal heredero a su ascendiente deberá rechazarse la existencia de la reserva; en este supuesto no existe azar ninguno en la transmisión y no puede hablarse, ni aun siquiera parcialmente, de una adquisición por ministerio de la ley. Si el descendiente instituyó único heredero sin limitación alguna a su ascendiente, incluso en la mitad de los bienes de la cual podrá disponer libremente, hay que suponer lógicamente que era idéntica su voluntad en cuanto a la mitad restante que constituye la legítima de éste...».

«Cuando el descendiente no instituyó heredero a su ascendiente más que en la simple cuota legitimaria la duda puede ser planteada. En esta hipótesis, la institución ha podido ser hecha tan solo porque así resultaba necesario legalmente o por ser esa, además, la voluntad del causante».

44. Hemos visto antes que algunos autores han citado varias sentencias en apoyo de la tesis de que la legítima es reservable aunque se reciba testamentariamente. De ellas sólo la de 2

enero 1929 puede invocarse como resolutoria de un caso en que se discutió y falló concretamente sobre un supuesto de los que estudiamos.

Es sensible que juristas de verdadero prestigio invoquen como jurisprudencia fragmentos de considerandos sin conexión con la cuestión discutida ni con el fallo y, a veces, ni siquiera con el supuesto de hecho contemplado.

La S. 14 julio 1899 (primera de una contienda que dió lugar, también, a las Ss. de 21 noviembre 1902 y 30 abril 1906) confirmó la declaración de nulidad de un testamento y la sujeción a la reserva de la totalidad de los bienes que la causante había heredado de su padre y que, de ella, por dicha nulidad de testamento, pasaron como universal heredera abintestato a su abuela materna. Nada importa, por lo tanto, que en el testamento anulado se hubiera dejado la parte disponible a una tía y madrina de la testadora y que en la otra mitad hubiera sido instituida heredera la misma abuela, que en definitiva lo fué abintestato de la totalidad.

Lo que se defendió en el motivo séptimo del recurso era el criterio de que en la sucesión intestada sólo es reservable la mitad correspondiente como legítima al ascendiente reservista.

Y esto es lo que rechaza en su segundo considerando la Sentencia del Tribunal Supremo, al afirmar que la reserva «comprende a todos los (bienes) que el reservista hubiere adquirido del descendiente por ministerio de ley, así los que forman parte de la cuota legitimaria como a los que percibiere a título de heredero abintestato, porque unos y otros son deferidos por la ley». Por lo tanto, no se trató de resolver si deberían o no reservarse los bienes deferidos por testamento (o por donación) correspondientes a la cuota legitimaria del participante.

En el supuesto que dió origen al pleito que terminó la S. de 8 octubre 1909, realmente se daba el problema que nos ocupa e incluso fué discutido en la primera instancia. Pero no lo fué, en cambio, en casación. Una hija única que había heredado de su padre, testó instituyendo heredera en plena propiedad de la mitad de la herencia a su madre, y de la otra mitad, después de ordenar varios legados, alguno de ellos a favor de la propia madre, instituyó heredero en usufructo a su esposo y en nuda propiedad por cuartas partes a otras personas.

Un tío paterno de la descendiente causante demandó que se declarara reservables los bienes integrantes de la mitad. La presunta reservista se opuso a la demanda alegando que había heredado los bienes correspondientes a su legítima por expresa voluntad de su hija y no por ministerio de la ley, y, especialmente, que tales bienes no procedían de ascendientes del demandante, pues el cónyuge premuerto de la demandada (padre de la descendiente heredada y hermano del actor) los había adquirido a título oneroso, unos antes y otros después de casarse. Por esta segunda razón el Juzgado y la Audiencia absolvieron la demanda.

El actor entabló recurso de casación atacando fundamentalmente la cuestión del origen de los bienes. El Tribunal Supremo en su primer considerando sostuvo la existencia de la reserva porque su naturaleza "no requiere que se indague el origen de los bienes más allá de la persona de quien los hubo el descendiente". El problema que nos interesa no lo aludió.

Y, en su segundo considerando, estimó que: "no obstante, como la demanda no se limita a pedir la declaración de reserva en favor del actor de la mitad de los bienes de doña y que como *legítima correspondieron a la demanda*, sino que dispone que sea condenada a practicar la cuenta y partición... y ésta hizo cesión de los derechos hereditarios (a un tercero), lo que podrá no ser obstativo del derecho del actor, pero "no puede obligarse a la demandada a una cosa que no puede hacer, ni resolver nada con relación al comprador, que ni ha sido oído ni traído en este juicio". Por lo cual el recurso fué desestimado.

En sentencia de 7 de noviembre de 1912 fué contemplado este supuesto: La descendiente en cuestión falleció bajo testamento en el cual dejó a su abuela materna (único ascendiente vivo) la mitad de su haber y distribuyó la otra mitad en legados. Demandaron dos hermanos del padre de la descendiente. Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon que los actores eran parientes de tercer grado por la línea paterna y que en el caudal relicto existían bienes que la descendiente había heredado de su padre. Pero una y otra desestimaron las demás pretensiones de la demanda que fundamentalmente giraban en torno a reclamar la nulidad de la partición practicada y que se declarase el carácter reservable de ciertos bienes, así como de los que sustituyeron en el patrimonio de la descendiente a los específicamente heredados y enajenados por ésta. El Tribunal Supremo acepta como premisa menor «que la sentencia impugnada declara que los recurrentes son parientes en tercer grado de doña E. B., otorgándoles, en consecuencia la cualidad de reservatarios...» Cuestión que no es discutida. Rechazó la nulidad de la partición, pero casó la sentencia de la Audiencia por estimar conforme los motivos 3.º y 5.º del recurso, que eran reservables bienes no declarados como tales por la sentencia recurrida, así como los que sustituyeron a otros enajenados. Tampoco, por tanto, fué materia de casación nuestro problema.

La única sentencia que verdaderamente resolvió un recurso fundamentalmente orientado a la cuestión que nos ocupa, fué la de 2 enero de 1929. Al padre le había heredado su único hijo.

Este falleció tres años después bajo testamento en el que instituía heredera universal a su madre. Fallecida ésta once años después, una tía paterna reclamó a los pocos meses los bienes procedentes del padre que la madre había heredado de su hijo y que correspondieron a aquélla por legítima. La reclamante falleció antes de entablar la demanda que interpusieron sus herederos ab-

intestato. Los temas debatidos fueron los del carácter transmisible o no a los herederos de la reserva y el de su extensión a la sucesión testada en la parte correspondiente a la legítima del ascendiente. El primer considerando resuelve esta cuestión en el sentido de que en las palabras «por ministerio de la ley» se comprende la legítima, incluso en la sucesión testada, aunque se nombre heredero universal al ascendiente. Explica a continuación el mismo considerando que, de lo contrario, existiría peligro de que «pudiere burlarse el principio que uniforma el repetido artículo 811, que no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a aquellas de quienes procedan, toda vez que bastaría que un descendiente nombrase en testamento a su ascendiente heredero para que éste no tuviese obligación de reservar, ya que entonces habrían perdido el carácter de reservables los bienes».

En cambio, en la sentencia de 8 abril 1931 no se entró en la cuestión, que no fué discutida a pesar de que el supuesto daba lugar a plantearla. Había fallecido el padre heredándole abintestato sus cinco hijos. Una de las hijas falleció sin testar y la heredó su madre. Otro hijo falleció bajo testamento otorgado ante testigos en el que legó a su madre un tercio de la herencia, que por error creía le correspondía, y dispuso de los otros dos tercios a favor de su hermano Enrique (otro de los cinco hijos). Por transacción entre madre e hijo, aquélla recibió un valor equivalente a la mitad de la herencia del premuerto. La madre falleció bajo testamento en el que dejó la legítima estricta a sus hijos sobrevivientes, mejoró en los otros dos tercios a sus hijos Andrés y Catalina y designó un contador partidior. Este verificó la partición de la herencia e incluyó en ella los bienes que la causante había heredado de sus hijos premuertos y antes éstos de su padre. Demandó el hijo no mejorado, el Juzgado admitió su demanda y la Audiencia la confirmó. Recurrieron los dos hijos mejorados y alegaron: que la disposición de los bienes reservables valía como legado de cosa ajena; infracción de los artículos 657, 661, 908 y ss. y 1.003, porque el demandante había aceptado la herencia puramente, e infracción del artículo 683, que regula el legado de cosa ajena. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. No fué discutido, por lo tanto, si era reservable aquella tercera parte dejada por el hijo premuerto a la madre. Hubiese sido muy interesante el examen de la cuestión, dado que el hijo legó a su madre, por creer que le correspondía por su legítima, una cuota menor a la debida (448).

Finalmente en la sentencia de 4 junio 1955 (fallo que aconseja

(448) ¿Debió estimarse reservable la diferencia entre el tercio legado y la mitad debida? ¿Era reservable la totalidad por resultar del contenido del testamento que el hijo se limitaba a cumplir en la medida de sus conocimientos el mandato legal, siendo éste y no la liberalidad el motivo determinante del legado?

meditar la conveniencia de que en el Tribunal Supremo funcione una Sala de lo foral integrada por verdaderos especialistas) se trataba de un caso en que el padre había heredado de sus hijos, abintestato de tres y testamentariamente del otro, la mitad de la casería que éstos habían heredado de su madre. La primera y segunda instancia transcurrieron en la discusión de si era o no aplicable a la tierra llana de Vizcaya la reserva lineal del artículo 811. A ello se refirieron los cuatro primeros motivos del recurso de casación. En el sexto motivo se alegó subsidiariamente que lo transmitido por ministerio de la ley era la legítima en la sucesión testada. El último considerando de la sentencia del Tribunal Supremo, produce la impresión de que no entendió la relación que existe entre la ley 5.ª del Tit. XXI del Fuero de Vizcaya y el motivo que la invoca. Pero, en cualquier caso, la parte recurrente no alegó la inaplicación de la reserva a lo recibido por el ascendiente por expresa disposición del descendiente, sea o no integrante de la legítima. La defensa de la casería vasca contra el artículo 811—cuestión fundamental dolorosamente desconocida por Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo—hizo olvidar sin duda a la parte demandada y recurrente la defensa de la posición que estudiamos. Para colmo de desdichas, hasta la porción no legítima heredada testamentariamente por el padre fué estimada como reservable por este fallo.

45. Expuesto el estado de la cuestión, concretaremos nuestra postura.

Creemos sinceramente que cuando el descendiente instituye al ascendiente en una cuota mayor que su legítima, o bien le dona o lega bienes que exceden de dicha porción, no debe haber lugar a la reserva lineal a no ser que resulte ser otra la voluntad del descendiente.

Razones:

1.ª) Fundamentalmente, por que la *ratio* del precepto es prevenir el cambio de línea producido por un azar imprevisto. Si hay previsión, sea por parte del ascendiente o hermano de quien procedían los bienes como por parte del descendiente, no existe azar imprevisto que corregir. Por eso, el artículo 811 debe estimarse imperativo para el ascendiente reservista, pero meramente preventivo tanto respecto al otro ascendiente o al hermano como para el descendiente (449).

2.ª) Históricamente, porque—como parece deducirse de la

(449) Aunque de ello no saque su autor todas las consecuencias obligadas, leemos en la obra de MARRASA (T. VI, 6.ª ed., págs. 296 y sig.): «El descendiente es dueño de todos los bienes cualquiera que sea su procedencia, puesto que los adquiere sin limitación alguna. La traba, la reserva, empieza cuando son adquiridos por el ascendiente legitimario; pero antes de este momento, lo repetimos, los bienes son libres y el descendiente puede disponer de ellos con libertad.» El art. 811 «sólo impone limitación al ascendiente y respecto a

opinión de Alonso Martínez—la reserva del artículo 811 es aplicación a otros supuestos y personas de la reserva clásica impuesta al binubo a favor de los hijos de su matrimonio anterior. Si, en esta, de los bienes recibidos de otros hijos de anteriores nupcias y procedentes del cónyuge premuerto sólo se sujetaban a reserva los heredados abintestato por lo binubo, parece lógico mantener este mismo criterio en materia del 811 donde la modificación no aparece patente.

Si la legítima solamente debía reservarse cuando se recibía abintestato, «contra» o «extra» testamento, es decir, en los supuestos en que de un modo inmediato se obtenía por ministerio de la ley, este criterio parece que debe aplicarse para interpretar las palabras del artículo 811 de que nos ocupamos.

3.º) Dogmáticamente, porque en el Código civil, como en el Derecho castellano anterior a la codificación—a partir de la recepción romano canónica—y más acentuadamente conforme al artículo 815 C. c., la legítima es de signo negativo más que positivo. Su actuación se limita a invalidar legados o donaciones inoficiosas, cargas, gravámenes o condiciones que graven la cuota debida y a dar lugar a la sucesión intestada en todo o *ex parte* en caso de preterición o de desheredación injusta. Por eso, como se expuso en la Gaceta del Notariado al contestar la consulta antes referida, «cuando el causante habla y no lesiona derechos ajenos, la ley permanece impasible y muda, es aquél el que obra, aquél el llamado en primer término a disponer del caudal». Se trata de una fina distinción netamente romanista, que la bastardad del Derecho germánico no alcanzó a comprender.

Desgraciadamente, aún ahora existen algunos juristas que no son capaces de apreciar esos matices y no llegan a distinguir sino los más elementales conceptos sucesorios del más primitivo Derecho germánico.

4.º) Lógicamente —por argumento *ad absurdum*—, porque de lo contrario resultaría que el descendiente que a título lucrativo recibiera bienes de otro ascendiente o de un hermano se hallaría en peor situación que los extraños que los recibieran de aquellos mismos causantes.

El problema es más discutible cuando el descendiente se limita a disponer de la legítima estricta a favor del ascendiente. Para resolverlo no sólo hay que apreciar si el descendiente ha expresado o no su voluntad con respecto a la reserva, sino que también debe atenderse a si esta orientación relativa puede deducirse o no de su disposición.

Como regla preliminar de orientación creemos estimable distinguir: los casos en que el descendiente dispuso expresamente

los bienes que hubiese adquirido por ministerio de la ley, lo que prueba que antes de su adquisición no existe traba de ninguna especie que haga relación a dicho artículo».

con palabras dispositivas o atributivas, en los cuales nos inclinamos por la no sujeción a la reserva; y los supuestos en los cuales el descendiente se limita a *dejar a salvo* o a *reconocer* la legítima de su ascendiente, asigne a éste, o no, bienes en pago de la misma.

En estos últimos casos, el descendiente, en realidad, no dispone a favor de su ascendiente, sino que, únicamente le reconoce lo que la ley le atribuiría, contra o fuera de la propia voluntad del disponente. Si después de ese mero reconocimiento, el descendiente, concreta los bienes con los cuales debe satisfacerse la legítima, no realiza acto alguno dispositivo sino meramente particional.

Lo contrario debe entenderse cuando dispone expresamente de cuota o bienes a favor del ascendiente. No debemos olvidar que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, allí donde no viole prohibición legal alguna, y que dicha voluntad, cuando se expresa testamentariamente, debe ser deducida del tenor del propio testamento.

46. Algunos autores de los que han entendido que la legítima es reservable aunque el ascendiente la reciba conforme al testamento del descendiente heredero, han planteado esta cuestión: Si entre los bienes relictos por el descendiente, procedieran algunos, pero no todos, de otro ascendiente o de un hermano: ¿deberán entenderse incluidos en la porción reservable todos los bienes procedentes del otro ascendiente o del hermano? ¿deberá estimarse reservable únicamente la mitad? ¿cabe otro criterio para hacer esta determinación. Debemos distinguir varias cuestiones:

a) *Posibilidad de que el descendiente determine los bienes integrantes de la porción legitimaria y de libre disposición y, por lo tanto, de que válidamente haga imputar a una u otra porción los bienes por él adquiridos a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano.* Se ha planteado esta cuestión en dos supuestos:

1.º En la hipótesis de que el descendiente haya sido instituido heredero universal.

2.º En el caso de que la parte de libre disposición haya sido atribuida a otras personas a título universal o singular.

a) Si el ascendiente es instituido heredero universal, el problema no existe para quienes opinamos que en este caso no es aplicable el artículo 811. Para los defensores de la opinión contraria, se plantea, en cambio, la posibilidad de que efectúe dicha atribución, por estimarla decisiva para determinar el carácter reservable o no de los bienes. La han negado Mucius Scaevola (450), Manresa (451) y Valverde (452). En cambio Sánchez Román (453), la aceptó para cualquier hipótesis.

(450) *Op. cit.*, vol. XIV, art. 811, D., págs. 279 y sigs.

(451) *Comentarios...*, vol. VII, art. 811, III, 2, primer caso, pág. 296.

(452) *Op. y vols. cit.*, pág. 232 *in fine* y sig.

β) Si en la parte de libre disposición han sido instituidos otra u otras personas, o su montante distribuido por disposiciones a título singular, puede existir el problema incluso para los que estimamos que en la disposición testamentaria de la legítima la voluntad del testador es la que actúa, aunque sea *secundum legem*, porque, en cambio, cabe que el causante tan sólo haya dispuesto de la parte libre en legados o que se haya limitado a reconocer o salvar la legítima del ascendiente. Para quienes estiman que la legítima siempre es atribuida por la ley, el problema existirá también cuando el ascendiente haya sido expresamente instituido en la mitad o en mayor cuota de la herencia.

Mucius Scaevola (454), después de continuas vacilaciones, y Valverde (455) opinaron que el descendiente no puede dar libertad al ascendiente reservista para adjudicarse fuera de su legítima los bienes adquiridos por aquel descendiente del otro ascendiente o de un hermano.

En cambio, admitieron esa libertad de adjudicarlos en la forma que el descendiente estime oportuna, Manresa (456), Sánchez Román (457), De Buen (458), de Motta (459) y al parecer Borrell y Soler (460). La Academia Matritente del Notariado en las 11.^a y 12.^a conclusiones de su sesión académica de 30 mayo 1894 adoptó por unanimidad el criterio de estimar que «11.^a El descendiente puede hacer la partición de sus bienes en testamento adjudicando los troncales a quien y como le parezca, no estando estos sujetos a reserva si no se adjudicaron al ascendiente en pago de su legítima» «12.^a El descendiente puede legar bienes troncales a un extraño o a un descendiente fuera de la legítima y en ambos casos, esos bienes no estarán sujetos a reserva» (461).

A favor del primer criterio, invoca Scaevola que la manera de conseguir el cumplimiento del artículo 811 «es la *adjudicación forzosa* al ascendiente de los bienes adquiridos por el descendiente a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. De lo contrario el artículo será un mero conjunto de palabras sin actividad jurídica, o muy escasa, pues una disposición legal, forzosa e imperativa, se convierte en otra convencional a merced de la voluntad del descendiente». Valverde, recogiendo otro argumento que también examinó Scaevola, apoyó su posición asimismo en estimar la reserva como una legítima indisponible, aunque condicional y futura.

(453) *Op. cit.*, vol. VII-II, núm. 149, 3.º, pág. 1028.

(454) *Loc. últ. cit.*, 9''), págs. 293 y sigs., y en especial *cit.*, págs. 302 siguiente.

(455) *Op. y vol. cit.*, págs. 233 y sig.

(456) *Loc. últ. cit.*, tercer caso, págs. 296 y sig.

(457) *Loc. últ. cit.*, 3.º a), pág. 1028.

(458) *Notas y vol. cit.*, pág. 308.

(459) *Loc. cit.*, pág. 99, nota (1).

(460) *Derecho civil español*, vol. cit., § 350, pág. 334.

(461) Ver el correspondiente Libro de Actas, fol. 135.

En pro del criterio liberal, Manresa y Sánchez Román han alegado los artículos 1.056, 763 y 636 C. c. y la afirmación de que la reserva no impone limitación alguna al descendiente sino al ascendiente, ya que así resulta tanto del texto del artículo 811 como de la naturaleza de la reserva.

Naturalmente, según el criterio que respecto de la finalidad del precepto venimos sosteniendo, el descendiente no tiene limitación alguna derivada del artículo 811, relativa a la atribución y a la distribución de los bienes adquiridos a título lucrativo de otro ascendiente o un hermano. Como escribió De Buen, «de ningún precepto resulta que la reserva limite la libertad del descendiente, ni que su objeto sea asegurar una cantidad de bienes a determinados herederos, sino solamente impedir que determinados bienes, por un azar, pasen de una línea a otra».

b) *Posibilidad de determinación por el contador partidor o por los propios herederos.*

Sánchez Román (462), distinguió el supuesto de que, aquél o éstos, tuvieran instrucciones precisas establecidas en el testamento y se ajustarán a ellas, o bien no las tuvieran. Sólo en el primer caso admitió la posibilidad de asignación. Este mismo criterio había sido propugnado con anterioridad por la Academia Matritense del Notariado, en su sesión de 30 mayo 1894 (463). Sus conclusiones 13 y 14, aprobadas por unanimidad dicen así: 13.ª: «El descendiente puede facultar en su testamento a los partidores comisarios para adjudicar los bienes troncales fuera de la legítima al mismo ascendiente o a un extraño y en tal caso esos bienes no estarán sujetos a reserva». «14.ª: Los partidores comisarios no pueden verificar la adjudicación como se expresa en la solución 13.ª sin estar autorizados o facultados especialmente para ello por el testador».

Mucius Scaevola (464) y Valverde (465) la rechazan en todo caso.

Nosotros nos inclinamos por el criterio más liberal. Y lo estimamos indudablemente posible, aún a falta de instrucciones dadas a los contadores partidores, en los casos en que los adjudicatarios de los bienes, que el descendiente heredado hubiera adquirido del otro ascendiente o de un hermano, pertenezcan a la misma línea que éstos. En este caso la *ratio* del artículo 811, no requiere que este precepto entre en juego.

c) *Hipótesis de que el descendiente (ni sus contadores si los hubiere) no haya hecho la distribución.*

Para quienes rechazamos que sea reservable la legítima recibida testamentariamente, el problema sólo puede existir si el descendiente no dispuso de ella o se limitó a dejar a salvo o recono-

(462) *Loc. últ. cit.*, 3.º b) y c), pág. 1028 *in fine* y sig.

(463) Libros de Actas, fol. 135.

(464) *Loc. últ. cit.*, a', págs. 289 y sigs.

(465) *Loc. últ. cit.*, pág. 233.

cer la legítima del ascendiente y, en cambio, instituyó en la parte disponible a otra persona sin determinar el contenido de esta institución. Para los defensores de la tesis opuesta el problema se plantea en todo caso.

Mucius Scaevola (466) vaciló entre aplicar la totalidad de los bienes a la legítima (*reserva máxima*) o la parte proporcional, es decir, la mitad (*reserva proporcional o mínima*), para el caso de que el ascendiente sea heredero único no llega a decidirse por uno u otro sistema. Si en la parte libre son instituidas otras personas, cree aplicable el criterio de la reserva máxima. Si dicha parte disponible se distribuyó en legados, sólo señala como límite el criterio de la reserva mínima.

Valverde (467) cree aplicable la reserva máxima si el descendiente ha instituido al ascendiente como heredero único y la reserva mínima si en la parte de libre disposición ha sido instituido un extraño o si de esta porción el descendiente dispone mediante legados.

Manresa (468), Sánchez Román (469) y Borrell Soler (470), se inclinan por la solución proporcional como criterio más equitativo. Además, consideró Scaevola que si, antes de partir, tanto los derechos testamentarios como la legítima recaen sobre todos y cada uno de los bienes, el criterio de la proporcionalidad parece más ajustado.

Así lo creemos. Pero sin excluir que la cuestión pueda ser resuelta libérrimamente por los mismos herederos, cuando los atributarios de parte libre sean personas pertenecientes a la misma línea de procedencia de los bienes.

47. Si el descendiente puede dispensar la reserva a sus ascendientes, parece—a primera vista—que igualmente deberá poder determinar quiénes serán beneficiarios de la reserva. Sin embargo, la cosa no es tan clara como parece examinándola de este modo.

La posibilidad por parte del descendiente de designar los reservatarios entre los parientes dentro del tercer grado y pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes, fué sostenida hace años por nuestro estimado compañero Pascual Lacal (471).

Lacal, al parecer, no estimó viable la dispensa de la reserva por el descendiente, pero consideró válida la designación que éste hiciese de los reservatarios, con esta o parecida fórmula:

«En consideración a que los bienes que ha de heredar mi ma-

(466) *Loc. ult. cit.*, b), págs. 278 a 289.

(467) *Loc. ult. cit.*, págs. 232 y sig.

(468) *Loc. ult. cit.*, Q, primero y segundo caso, págs. 294 y sigs.

(469) *Loc. ult. cit.*, 1.º y 2.º, pág. 1027.

(470) *Loc. ult. cit.*, pág. 334.

(471) PASCUAL LACAL FUENTES, *Un caso de aplicación del art. 811 del Código civil*, en «Rev. Crit. Der. Imob.», VIII (agosto 1932), págs. 577 y sigs.

dre, por razón de su procedencia, tendrán la condición legal de reservables a favor de mis parientes dentro del tercer grado que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, designo como beneficiaria de la reserva a mi sobrina L., para que, si sobrevive a mi madre, reciba dichos bienes con exclusión absoluta de mis demás parientes de igual o mejor grado, en la línea paterna».

«Su contestación afirmativa la apoyó fundamentalmente en que el artículo 811 establece la reserva a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, pero no determina a favor de cuáles entre ellos.

Con ese juicio, estima lo más lógico «que no todos los parientes dentro del tercer grado tienen derecho a los bienes reservables, sino los más próximos cuando haya que aplicar las normas de la sucesión intestada, como sucederá..., siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe al reservatario».

«Lógico es que así suceda, puesto que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, es decir, la guarda de ciertos bienes a favor de un grupo determinado de parientes; pero no crea una sucesión autónoma de tipo específico, sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas».

«Los bienes se reservan para los parientes que estén comprendidos dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código, referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece».

En este punto de su raciocinio, plantea la pregunta: «Siendo la reserva una creación de la ley ¿habrá que aplicar a ella necesaria y exclusivamente, las normas de la sucesión legítima? Por el contrario, ¿podrá el descendiente de quien inmediatamente proceden los bienes designar en su testamento al beneficiario de la reserva, entre los parientes comprendidos en el tercer grado señalado por el legislador?»

A su juicio: «La contestación negativa a esta última pregunta sería obligada si la reserva fuera una legítima y los reservatarios tuvieran la condición de herederos forzosos. Pero sabemos que no tienen tal condición puesto que no los enumera el artículo 807.»

«El Tribunal Supremo en sentencia de 1 abril 1914 ha declarado «que no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario a una herencia futura».

«La reserva es una creación de la ley, pero lo mismo acontece con la institución de la mejora y con la reserva llamada tradicional del artículo 968».

«Lo que es permitido en uno y otro caso (art. 823 y 972 C. c.)

no puede negarse al descendiente en la reserva del 811 cuando respeta los fines propuestos por el legislador.»

«Como la reserva no crea,....., un tipo autónomo de sucesión y ha de ser deferida conforme al conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes por causa de muerte; y como tampoco establece una expresa excepción a las disposiciones generales contenidas en la sección primera, capítulo III, libro III de nuestro Código, entendemos que las prescripciones del mismo contenidas en los artículos 912 y 913, que determinan la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada, son de perfecta aplicación a la mencionada reserva.»

Arguye, además, la declaración de la sentencia 19 noviembre 1910, de que es el fundamento racional de la reserva *«la voluntad presunta del descendiente»* y su oposición a que sea aplicada *«contra la voluntad solemnemente manifestada de la descendiente»*.

A juicio nuestro, es evidente que el descendiente puede hacer cuanto quiera con respecto a la parte de libre disposición de su herencia, incluso remitirse a la sucesión intestada o prevenir quienes deberán ser los reservatarios en dicha hipótesis. Pero, en este caso, más que prevenir el beneficiario de la reserva, ordena una verdadera sustitución fideicomisaria.

El problema lo hallamos con relación a la legítima que al ascendiente corresponda en la herencia del descendiente. A Lacal, no le pasó inadvertido el § 2.º del artículo 813, que con respecto a la legítima, dispone que el testador *«Tampoco podrá imponer sobre ella gravámen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.»*

Pero atajó esta objeción, al estimar que «es evidente que a la excepción contenida en el segundo párrafo del precepto hay que agregar la que resulta del artículo 811, a menos de considerar que la reserva no grava ni condiciona la legítima del ascendiente, ni determina una sustitución forzosa a favor de los reservatarios». Salvedad que cree insostenible, atendiendo a que la sentencia 7 noviembre 1912 afirma que la reserva constituye una restricción o minoración de la legítima. Además, Lacal sostiene que: «También es evidente que la designación concreta, del reservatario y su elección entre otros no altera, ni hace más onerosa, una situación jurídica creada por la ley». Y concluye que: «Por tales motivos entendemos que el artículo 813 del Código civil no representa ningún obstáculo para la validez de la disposición testamentaria objeto de este estudio».

Pero, la afirmación de que la elección hecha por el descendiente no altera ni hace más onerosa la situación del reservista nos parece discutible. Su exactitud dependerá de los derechos que al reservista correspondan en la reserva. Si le cupiere la posibilidad de designar cuáles reservatarios deben ser preferidos, la atribución predeterminada por el descendiente, en cuanto sea en merma de aquella facultad con respecto los bienes integrantes de la

legítima del ascendiente, significará una limitación de ésta impuesta más allá de las prescripciones del artículo 811. Por eso, creemos que la elección entre los reservatarios del favorecido hecha por el descendiente, no podrá vincular al reservista ni limitar su posibilidad de realizar entre los posibles reservatarios la atribución de los bienes reservables que fueran integrantes de su legítima.

Más adelante, al tratar de la integración normativa del artículo 811, deberemos volver sobre este tema. Allí trataremos de precisar a quién suceden los reservatarios; el orden de prelación aplicable entre ellos y los límites de la sujeción legal impuesta a los reservistas, atendiendo al predominio del lado negativo con respecto al positivo de la reserva.

§ 7.º *Pretendidos límites extrínsecos del artículo 811 Código civil.*

Hemos examinado, en los dos epígrafes anteriores, las limitaciones que su propio *ratio* impone intrínsecamente el artículo 811. Ahora vamos a ver si al confrontar este precepto con otros del propio Código civil pueden resultar otras limitaciones de aquél.

Se ha hablado de posibles colisiones del artículo 811 con el artículo 813 (que defiende la legítima de los descendientes); con el artículo 969 (en la hipótesis en que se den los supuestos de la reserva del artículo 811 y, asimismo, de la viudal) y con el artículo 971 (acerca de la exclusión de toda reserva, la lineal inclusive, cuando existan hijos del segundo matrimonio y no quedan descendientes del primero). Trataremos sucesivamente las tres cuestiones.

48. *La reserva lineal y la legítima de los descendientes del reservista (Arts. 811-813 C. c.).*

El Tribunal Supremo se ha ocupado en tres ocasiones de esta cuestión. En las tres, el problema se hallaba involucrado con la discusión acerca de la consumación o no de la reserva en caso de que al fallecer el reservista dejara descendencia común al otro ascendiente de quien procedían los bienes. En las sentencias de 4 de enero 1911 y 25 marzo 1933 se declaró la preferencia de las legítimas de los descendientes.

En la sentencia de 30 mayo 1956 se afirma la exclusión de los derechos legitimarios de los descendientes del reservista con relación a los bienes sometidos a reserva, por estimarlos no incluidos en su herencia.

El cuarto considerando de la sentencia 4 enero 1911 estimó que, «siendo esta reserva una limitación impuesta a la legítima que corresponde a los ascendientes no puede tener lugar, cuando a la vez el ascendiente deba legítima a los descendientes de la persona de quien proceden los bienes, pues esta limitación del ascendiente a la libre disposición de sus bienes excluye aquella reserva cuyos fines viene a llenar cumplidamente el pago de la cuota hereditaria

forzosa, mientras que atribuyendo el artículo 811 la extensión pretendida por los recurrentes, producida la reserva, contra el precepto del artículo 813 que prohíbe imponer a la primera todo gravámen, condición o sustitución; porque entonces, para valorar el caudal relicto por los ascendientes a los efectos de fijar la legítima tendrían que deducirse los bienes reservables sometidos a la sucesión del artículo 811».

La sentencia de 25 marzo 1933, en el segundo razonamiento de su tercer considerando, reproduce casi literalmente las afirmaciones que acabamos de transcribir de la sentencia 4 enero 1911, concluyendo paralelamente, «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 aquélla todo gravámen, condición o sustitución».

La sentencia 4 enero 1911 aplicó su doctrina como argumento para decidir que no era posible la concurrencia de tío del descendiente (hermano del ascendiente de quien procedían los bienes) con sobrino del descendiente (nieto de ambos ascendientes). La de 15 marzo 1933, la arguyó para excluir la reserva habiendo hijos comunes y admitir el juego de la mejora dispuesta por el reservista.

Este criterio es desestimado en el tercer considerando de la sentencia 10 noviembre 1953, por entender que no cabe colisión entre disposiciones que regulan preceptos diversos». Y lo discute la segunda parte del segundo considerando de la sentencia 30 mayo 1956, el cual niega que la reserva lineal pierda su razón de ser por la circunstancia de que el reservista deba legítima a los reservatarios. Se debe evitar, afirma, «la confusión y unificación de dos sistemas legitimarios, el de la legítima propiamente dicha y el de la reserva lineal, que, aun teniendo su origen común en el mandato de la ley, son instituciones jurídicas distintas, dotadas de vida propia e independiente, tanto por razón del patrimonio de que nutren—el privativo del reservista en la legítima y el del descendiente causante de la reserva respectivamente—como por la trayectoria y destino que la ley señala a los bienes de una y otra procedencia, no siempre coincidente, toda vez que los de la reserva pueden recaer en parientes del tercer grado del descendiente que la causa y no a todos ellos cabe asignarles el concepto de legitimarios previsto en el artículo ochocientos seis del Código Civil, aparte de la diferencia fundamental en punto a disponibilidad de los bienes de una u otra condición jurídica por lo que es visto también que si el caudal de la legítima y el de la reserva han de discursar por cauces separados no es admisible la tesis de que la legítima pueda resultar gravada por la reserva, ni viceversa, y, en consecuencia, no puedan prosperar los dos primeros motivos del recurso».

Roca Sastre (472) se muestra de acuerdo con la primera sen

(472) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, vol. II. (Madrid, 1948), IX. pág. 327.

tencia citada, en que: «Las reservas pueden entrar en colisión con las legítimas. Pero en este caso prevalecen estas últimas. Así con referencia a la reserva lineal, lo ha declarado la sentencia de 4 de enero de 1911».

Pero, en la doctrina, Gayoso Arias (473) ha llevado a sus últimas consecuencias este argumento de la sentencia 4 enero 1911, aplicándole incluso al caso de que los hijos del reservista no lo sean del ascendiente de que procedían los bienes (por ser hermanos del vínculo sencillo del descendiente finado). A su juicio: «El padre debe legítima al hijo, medio hermano del descendiente; esa legítima no puede mermarse, deduciendo los bienes reservables para adjudicarlos a una tía de aquél; el artículo 811 no llega a tanto como a restringir la legítima de los descendientes en aras de los colaterales».

Cree Gayoso que así resulta del espíritu del artículo 811 y que su letra tampoco se opone a ese criterio, porque: «ese artículo limitase a imponer al ascendiente una obligación legal; está obligado a reservar, dice, en favor de los parientes del tercer grado. Impide, pues, que el ascendiente pueda disponer expresa o tácitamente (v. gr.: no testando) de los bienes reservables, a favor de otras personas; tiene que dejárselos a esos parientes tronqueros; pero el precepto, la obligación impuesta al ascendiente no se la impone el legislador a sí mismo, y, por tanto, no impide que la ley disponga de esos bienes imperativamente a favor de los descendientes, cuando los hay, a título de legítima. Luego no puede invocarse entonces el artículo 811 contra ellos, porque es limitación impuesta al ascendiente, que no al legislador que es quien la legítima otorga».

El mismo Gayoso previene el contraataque: «Se replicará que los tales bienes no forman parte de la legítima, porque no son del ascendiente, sino que éste los tiene sólo en usufructo o en dominio sujeto a condición resolutoria, lo que se realiza a su óbito, cuando precisamente la legítima hácese efectiva. Contestaremos que esto solo puede decirse en el supuesto de ser aplicable al caso el artículo 811 que es lo que había de probar y no prueba el argumento soltado por nosotros; y además, según el texto del mismo artículo, el ascendiente adquiere los bienes, no sólo en usufructo y la ley le impone únicamente una obligación, y una obligación no equivale nunca a una condición resolutoria».

Tomás Albi Agero (474) también coloca el artículo 813 por encima del 811 y concluye que: «Las normas sobre la legítima de los ascendientes sólo deben alterarse cuando es necesario evitar, por consideraciones de orden familiar, que merced a la interposición de aquéllos, pasen los bienes de una familia a otra extraña; pero cuando esto no suceda, no hay por qué mermar la legítima del ascendiente».

(473) RAMÓN GAYOSO ARIAS, *loc. cit.*, págs. 258 y sig.

(474) TOMÁS ALBI AGERO, *loc. cit.*, págs. 320 y sig.

Suscribimos esta afirmación, aunque no las consecuencias que de ella deduce Gayoso Arias, ni las que siguiéndole hace el citado Tomás Albi, para defender la prioridad de los medio hermanos del descendiente de línea distinta de la de los bienes, respecto a los tíos del mismo que lo sean de la línea de éstos.

Cierto que la materia de que ahora tratamos está íntimamente ligada con la cuestión, de que deberemos ocuparnos en la segunda parte de este trabajo, relativa a precisar a quién suceden los reservatarios; si al reservista o al descendiente. Pero sí que recordaremos, ahora, una de nuestras conclusiones, formulada al tratar del fin de la reserva en el epígrafe primero de este estudio. La reserva, ni por su fin ni por la letra del artículo 811 implica una forma legal especial de deferir los bienes del descendiente. Sólo trata de impedir su cambio de línea familiar. Por eso los reserva, limitando la facultad dispositiva del reservista y rectificando las propias reglas legales que provocarían aquél resultado. Con esa pauta es fácil coordinar finalistamente el artículo 811 con el 813, aquél como excepción de éste, cuando su *ratio* singular lo reclame específicamente, pero nunca fuera ella.

En concreto:

a) Si el reservista al fallecer sólo deja descendencia común al otro ascendiente de quien procedían los bienes, comoquiera que —según vimos (475)— no habrá lugar a que se consume la reserva (ni siquiera si ese otro ascendiente tiene además otros descendientes), es claro que las legítimas, al igual que las mejoras, tendrán su juego normal, y para su *cálculo* se deberán computar en la herencia del ascendiente los bienes que heredó del descendiente y que éste había recibido a título lucrativo de otro ascendiente.

b) En cambio, en el caso opuesto de que el ascendiente reservista sólo tenga descendencia no común al otro ascendiente, no hay duda que la *ratio* del artículo 811 sustrae de las masas del cálculo y de extracción de sus legítimas, aquellos bienes que hubiese heredado de un descendiente de otra unión y que éste a título lucrativo hubiera recibido del otro ascendiente. Al estar reservados tales bienes a favor de personas distintas, no cabe duda de que deberán formar una masa especial dentro del caudal relicto por el reservista.

c) Y si el presunto reservista dejase descendencia común al otro ascendiente y, además, descendientes habidos de otro matrimonio, posterior o anterior, creemos que el cómputo y la extracción de las legítimas (corta y larga) respectivas tendrán bases distintas. La de los hijos comunes abarcará incluso los bienes reservables, pero estos bienes quedarán fuera del cómputo y de la extracción de las legítimas de los descendientes no comunes del reservista. Es decir, el artículo 818 jugará para unos y otros sobre masas diversas (476).

(475) Ver el § 5.º, núm. 34, B, de este trabajo.

(476) Pongamos un ejemplo: R (el ascendiente reservista) tiene cuatro

49. Concurso de reserva lineal y reserva vidual (arts. 811-869 Código civil).

A) Posiciones de la Jurisprudencia

La primera vez que ante el Tribunal Supremo se planteó la posible colisión entre la reserva clásica y la lineal fué en el recurso que dió lugar a la repetida sentencia de 4 enero 1911. El fallo de la Audiencia de Burgos, objeto del recurso, al examinar la concurrencia de un nieto común de ambos descendientes—sobrino del descendiente—y un tío de éste (ambos con parentesco del tercer grado respecto al mismo), había apreciado la preferencia del nieto común, porque su abuela—la reservista—había contraído segundas nupcias dando lugar a la reserva vidual, que estimó preferente a la lineal. Hubo un voto particular, en que observó que el empleo del adverbio, «además», por el artículo 811 «implica siempre la idea de adición, nunca la de exclusión del concepto adicionado». Este argumento fué recogido en el motivo segundo del recurso, que alegó infracción de los artículos 968 y 969 por indebida aplicación, por entender que con el criterio recurrido estaría al alcance del cónyuge viudo anular una reserva nacida por ministerio de la ley—la del artículo 811—y convertir en «facultad suya» mediante un acto voluntario, como las segundas nupcias, el beneficiar a un hijo en perjuicio de terceras personas.

El Tribunal Supremo, observó en su primer considerando «que sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes o los parientes, en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, ya sea ésta la nuevamente establecida en el artículo 811, ya la tradicional o histórica..., y con relación a la indicada fecha y no a otra anterior, o posterior, debe resolverse la cuestión de existencia de una de las dos reservas; sin que a esta resolución sean ajenas, por lo que hace a los reservatarios, las eventualidades posibles y lícitas a que vienen sometidos desde que nace la reserva hasta que se consuma, pues a estas contingencias se debe el que desaparezca o subsista su esperanza o espectación de derecho...».

Concluye el segundo Considerando de la misma sentencia, «que el artículo 811 no es aplicable cuando queda descendencia común, que estaría regida siempre por el sistema de las legítimas y las

hijos: Dos de ellos—A y B—son comunes al otro ascendiente de quien procedían los bienes reservables. Los otros dos—C y D—son de otro matrimonio. El caudal líquido relicto por R vale 1.200, incluidos los bienes reservables, que valen 300.

Por esto, cada uno de los tercios de legítima y de mejora respecto a A y B valdrían 400 (= 1.200:3), y respecto C y D, 300 (= 900:3).

La legítima estricta individual de A o de B valdrán 100 (= 400:4); las de C o D, 75 (= 300:4).

Los 300 de diferencia entre 1.200 y 900 son masa sustraída por su destino a efectos de la sucesión legal y voluntaria de B y C. Esta exclusión, en cambio, no existe—por no reclamarlo la *ratio* del art. 811—con relación a A y B.

mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulan la sucesión entre padres y descendientes legítimos».

Pero, comienza por estimar, «que ambas reservas tienen por objeto que los bienes que comprenden no hagan tránsito de una a otra familia por efecto de sucesiones ordenadas por la misma ley; pero la establecida en favor de los hijos cuyo padre o madre contrajo segundo matrimonio, es más extensa en cuanto a los bienes, y más limitada respecto a las personas llamadas a la sucesión, pues de los primeros sujeta a reserva todos los que directamente haya recibido el cónyuge sobreviviente del premuerto por título lucrativo, los adquiridos de los hijos de este matrimonio por igual título, y hasta los habidos de un pariente del difunto por consideración a este último; y en cuanto a las segundas sólo llama a la descendencia legítima común de los padres reservistas y como los bienes cuya adjudicación, en parte solicitan los recurrentes vienen sujetos a la indicada reserva, la sentencia que absuelve al demandado, no infringe los artículos del Código civil que se citan en el segundo motivo del recurso (968, 969)...».

El Tribunal Supremo volvió a sentar la preminencia de la reserva clásica sobre la lineal en la sentencia de 21 enero 1922, al examinar un pretendido supuesto de mejora establecida por el reservista. Hipotética mejora que luego rechazó, en el segundo considerando, por estimarla tácita (477).

Su primer considerando afirma «que la reserva tradicional e histórica del cónyuge que contrae segundas nupcias en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio respecto de los bienes adquiridos de otro hijo habido en el mismo no se rige por el artículo 811 del Código civil, en que se introduce como novedad sin reformar ni derogar la legislación antigua, otra reserva aplicable a determinadas adquisiciones y extensiva a más grados de parentesco, sino por los artículos 968 y 969, que, confirmando aquella legislación y jurisprudencia establecen, en orden a la reserva indicada, una obligación absoluta sin limitación, por lo que se refiere al momento en que el superviviente haya adquirido los bienes objeto de tal gravamen, puesto que por su sola procedencia están a él sometidos».

(477) Recordemos que en este caso no había realmente disposición expresa ni tácita de mejorar, sino tan sólo una manifestación, meramente declarativa, viciada de múltiple error de derecho. El causante creía que de los bienes sujetos a la reserva del art. 811, no podía disponer, ni siquiera dentro de la órbita fijada en el precepto, sino que la ley disponía su trayectoria a favor de aquellos parientes de la línea de procedencia de los bienes, más próximos en grado, sin actuación del derecho de representación, ni siquiera a favor de sus descendientes (sobrinos de aquel de quien hubo los bienes). También creía el causante que, pese a sus segundas nupcias, sólo jugaba la reserva del art. 811. Por tanto, fué justo el fallo al anular ese reconocimiento que favorecía a los hijos vivos de su primer matrimonio en perjuicio de la descendencia legítima de otro hijo común premuerto. (Ver nuestro trabajo *La mejora tácita...*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. VIII, págs. 10 y sigs.)

El problema no ha vuelto a plantearse directamente ante el Tribunal Supremo. Pero, en torno a la cuestión de si el reservista del artículo 811 tiene o no facultad de mejorar, ha sido argüida varias veces la colisión cuestionada y resuelta en sentidos dispares. La sentencia 25 marzo de 1933 razonó que constituiría una irritante desigualdad que pudiera mejorar el viudo que contrajera segundas nupcias y no pudiera hacerlo el que se conservase viudo, y afirmó que doña H, (la reservista) de volverse a casar hubiese podido mejorar conforme al artículo 972. En cambio, las sentencias 10 noviembre 1953 y 8 junio 1954, rechazan este argumento. Esta última, desarrollando lo expresado en el tercer considerando de la de 1953, dice en el razonamiento cuarto de su séptimo considerando que la locución inicial del artículo 811 —«además, de la reserva impuesta en el artículo ochocientos once»—lo que claramente da a entender «es que, sin perjuicio y con independencia de la reserva lineal, el cónyuge viudo que contraiga segundas nupcias, viene obligado a constituir otra reserva o tantas otras como matrimonios celebre».

B) *Opiniones de los Autores.*

Mucius Scaevola (478), de Buen (479), Clemente de Diego (480) y Castán (481) señalan como causa de extinción de la reserva lineal su incompatibilidad con la reserva ordinaria. Los dos últimos autores mencionados, con cita de la sentencia 4 enero 1911, dicen que habiendo hijos o descendientes de un primer matrimonio con derecho a la reserva, se desvanece el derecho que pudieran aducir los parientes del tercer grado a que se refiere el artículo 811. Scaevola recoge la doctrina al respecto de las sentencias 4 enero 1911 y 25 marzo 1933.

Roca Sastre (482), estima que quedó resuelta a favor de la clásica la colisión de ambas reservas por las sentencias de 4 enero 1911 y 21 enero 1922. A su juicio: «Los razonamientos de tales sentencias son convincentes, no por argumentos de orden histórico o de procedencia en su aparición, sino por motivos institucionales... no es de presumir que la ley dispusiera que los bienes pasaran a los parientes del tercer grado de que habla el artículo 811 del Código civil, con perjuicio de la común posteridad del reservista, porque ello implicaría la derogación virtual del sistema de sucesión de los descendientes, el cual, incluso, respetan los regímenes de sucesión troncal». Y añade, que: «En todo caso la situación de reserva no queda despejada, hasta morir el reservista, de-

(478) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XIV (4.ª ed., Madrid, 1944), revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA, art. 811, C), e), págs. 359 y sig.

(479) DE BUEN, *Notas a la obra de Colin y Capitant*, vol. cit., pág. 400.

(480) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones...*, vol. cit., pág. 203.

(481) CASTÁN, *Derecho civil...*, vol. cit., LXI, pág. 288.

(482) ROCA SASTRE, *op.*, vol. y pág. últ. cite.

biendo referirse a este momento, la definitiva trayectoria de los bienes».

También la redacción de la Gaceta del Notariado (483), ya en el año 1890, al contestar una consulta, estimó que cuando al fallecer el padre o madre que hubiera contraído segundas nupcias, dejase descendientes de las primeras y de las segundas nupcias se debe aplicar la reserva de los artículos 968 y siguientes y no la del artículo 811, a los bienes que hubiese recibido de alguno de sus hijos de las primeras.

Para Lozano Sicilia (484) no pudo existir colisión entre una y otra reserva, dado su particular criterio de que la del artículo 811 sólo juega igualmente a favor de la descendencia común del ascendiente reservista y del otro ascendiente de quien proceden los bienes. En la apreciación inicial del artículo 968, «además de la reserva impuesta en el artículo 811» el adverbio «además» se refiere—a su juicio—a los bienes que conforme a los artículos 968 y 969 debe reservar si contrae segundas nupcias y no debiera haber reservado de no contraerlas. La reserva viudal abarca mayor objeto, más bienes por razón de su procedencia que la lineal; ésta se impone no sólo al padre o madre viudo, pero una y otra solo se dan—en su opinión—a favor de los mismos beneficiarios, los descendientes comunes. No cabe, pues, con este criterio colisión, sino acumulación de una y otra reserva.

Opiniones contrarias a la sostenida en las sentencias de 4 enero 1911, 21 enero 1922 y 25 marzo 1933, las vemos defendidas, antes o después de dichas fechas, por Sánchez Román y de la Cueva.

Sánchez Román (485) contempló el siguiente supuesto: A (el descendiente) que había heredado bienes de su madre C y de su abuelo materno D, falleció heredándole aquellos bienes abintestato su padre B.

Este, algún tiempo después, contrajo segundas nupcias. Fallecido B, se consultó si, por aplicación de la reserva de los artículos 968 y 969, sólo debía estimarse como reservista a su nieto E., hijo de una hija de las primeras nupcias del propio B, o bien, por aplicación del artículo 811, debían compartirla con E, (que como sobrino de A se hallaba en tercer grado de parentesco) los tíos maternos de A (hermanos de doble vínculo de su madre) G. y H.

El dictámen de Sánchez Román puede sintetizarse en estos términos: «ambas mencionadas reservas son perfectamente compatibles y..., por tanto, no se excluyen la una a la otra, porque parten de supuestos por completo distintos aunque puedan, como en el caso actual, coincidir en uno de los interesados y porque el Código reconoce de modo expreso esa compatibilidad y dice en el

(483) «Gaceta del Notariado», vol. XXXIX, núm. 29 (20 julio 1890), página 452.

(484) LOZANO SICILIA, *op. cit.*, pág. 71 y sig.

(485) SÁNCHEZ ROMÁN, Dictamen, publicado en el t. VI, vol. 3.º, de sus *Estudios...* cit. en la nota (2) de la pág. 1910.

artículo 968: «además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio», etc. «Establecida en el artículo 811 la reserva a favor de..., no puede alterarse la naturaleza de tal reserva por un acto posterior independiente por completo de la voluntad de los llamados a heredar los bienes reservables, como lo es el hecho de haber contraído segundas nupcias el obligado a la reserva»... «siendo ajenos aquellos parientes al suceso ocasional de la segunda reserva, no es justo privarles de derechos a que estaban llamados, desde el momento de la muerte del aludido descendiente siempre que viviesen o pudiesen ejercitarlos a la muerte del ascendiente obligado a reservar».

Por eso, concluye que: «La propiedad de todos los bienes que a B. hayan correspondido de su difunta esposa, por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, están en absoluto dentro de la reserva que establece el artículo 968 y han de pasar, por consiguiente, al único descendiente del primer matrimonio, E». «Los demás bienes que de su madre u otro ascendiente, o de una hermano, correspondiese al morir a A, por título lucrativo, y que por ministerio de la ley heredó, como único ascendiente, su padre B., corresponden a los parientes dentro del tercer grado de A que vivan a la muerte de B y sean de la línea de donde los bienes proceden. Y, por consiguiente, igual derecho tiene el descendiente del primer matrimonio, que los demás parientes que cita la consulta, en cuanto estén todos dentro del tercer grado de parentesco con A, son de la línea de donde proceden los bienes y viven y reclaman, en el momento de la muerte de B. obligado a reservar»—«...no es posible, reconocer en E, ningún derecho exclusivo en los bienes de que se trata, sino que su derecho de reservatario por el artículo 811 es exactamente igual al que ostentan G y H»—«No hay motivo alguno que autorice la exclusión de los bienes procedentes de la herencia de C, madre del causante A, porque tanto estos bienes como los de la abuela D, proceden de la misma línea materna y unos y otros están comprendidos en las prescripciones del artículo 811».

Díaz Cobeña (486) dictaminó en forma distinta sobre un caso exactamente igual al anterior. A su juicio para dar la solución adecuada deben distinguirse los dos momentos en que se divide la reserva, el de pendencia—que da derecho a exigir cuantas garantías aseguren la conservación de los bienes reservables—y el de la reserva consumada. No hay obstáculo a que durante la primera fase se mantenga la concurrencia simultánea de los favorecidos por una y otra reserva. Pero cree que en el momento de la muerte del reservista es cuando debe decidirse si han de prevalecer los beneficiados con una o con otra de las reservas.

Enfocado en estos términos el dictamen, plantea como cues-

(486) DÍAZ COBEÑA, *op. cit.*, XV, C (dictamen fecha febrero 1905), páginas 237 y sigs.

ción decisiva si los reservatarios herendan directamente del descendiente o bien del ascendiente reservista. En el primer caso estima que sería preferente la reserva del 811, pero que en caso cuestionado, por aplicarse el derecho de representación, el nieto del reservista—sobrino del descendiente—sería igualmente preferido. En el segundo caso, deberá estimarse preferidos a los descendientes del ascendiente reservista que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes. Que, en el caso dictaminado, siendo el sobrino del descendiente pariente dentro del tercer grado la línea de donde proceden los bienes carece de fundamento la aplicación del artículo 811 «para hacerlo compartir con los tíos de A (el descendiente) unos bienes que su abuela ha debido reservar desde que contrajo segundas nupcias. Y que adjudicando los bienes a dicho sobrino, se llenan los fines de ambas reservas y se acatan las reglas de la sucesión intestada de los ascendientes, tanto en cuanto a la preferencia de las líneas rectas sobre las colaterales como en lo tocante al derecho de representación para computar los grados dentro de cada una de ellas» (487).

(487) DÍAZ COBEÑA dictamina (págs. 238 y sigs.): «a) Que si se admite que según el art. 811 del Código los parientes en cuyo favor se establece la reserva, adquieren los bienes reservados directamente del descendiente de quien procedan, no perjudica su derecho la circunstancia de que el ascendiente que con la obligación de reservarlos los ha disfrutado después de la muerte de aquél, deje a su fallecimiento otro descendiente con derecho a la reserva del artículo 969; pero en tal caso, y sucediendo, como aquí ocurre, que este descendiente figura también entre los llamados en el art. 811 y se encuentra por representación colocado en segundo grado, excluye a los demás que estén en tercero por las razones expuestas al contestar a la primera parte de la consulta».

b) Que en la hipótesis contraria de que los favorecidos por la reserva del art. 811 no hereden los bienes reservados directamente del descendiente de quien procedan, sino del ascendiente en quien recayeron al morir aquél, dicha reserva no puede perjudicar los derechos sucesorios de otro descendiente del último, que como perteneciente a la línea recta del causante, excluye a todos los parientes colaterales, cualquiera que sea su grado».

c) Que la única excepción que podría encontrarse de esta regla general sería la de que dicho segundo descendiente no perteneciese a la línea de que procederían los bienes reservados; porque entonces concurría la causa que, según la doctrina del Tribunal Supremo, es determinante de los preceptos del art. 811, y los parientes llamados en él deberían percibir aquéllos con preferencia al mencionado descendiente, aunque éste tuviera a su favor la reserva del art. 969, "para que personas extrañas a una familia no adquiriesen, por un azar especial de la vida, bienes que sin él hubieran quedado dentro de ella".

d) Que como esta excepción no puede invocarse en el caso consultado, porque el sobrino carnal de A. G. pertenece a la línea materna de éste, que es de la que proceden los bienes de que se trata, y está personalmente, y aunque se prescindiera del derecho de representación, dentro del grado de parentesco a que se extiende el llamamiento del art. 811, carece de fundamento la aplicación de éste para obligarle a compartir con los tíos de A. unos bienes que su abuelo ha debido reservar desde que contrajo segundas nupcias».

e) Que adjudicando los repetidos bienes a dicho sobrino, con exclusión de toda participación a los tíos, se llenan los fines de las dos reservas y se interpretan armónicamente los art. 811 y 969 del Código civil que las establecen, acatando, además, cuantos regulan las sucesiones intestadas, así en lo que se refiere a la preferencia de las líneas rectas sobre las colaterales, como en lo

Un mes antes de la fecha en que Díaz Cobeña firmó su referido dictamen, emitió otro sobre la misma cuestión Antonio Maura (487 bis). A su juicio, en vida del reservista, todos los parientes de tercer grado pueden pedir las medidas de seguridad establecidas para garantía de los reservatarios. Pero la cuestión de la colisión de una y otra reserva, al fallecer el reservista, no estimó necesario discutirla, porque la cuestión práctica a resolver la solucionó, a través del artículo 811, del mismo modo que en la reserva clásica, dando preferencia al nieto (sobrino del descendiente), respecto al cuñado del reservista (tío del descendiente), por aplicación del derecho de representación al artículo 811, del mismo modo que lo es a los 968 y 969 explícitamente por el 973.

De la Cueva y Donoso (488), comentando la sentencia de 4 enero 1911, critica el considerando que trata la cuestión de que nos ocupamos, dedicándole entre otros párrafos, los dos siguientes:

«Entendemos que es borrar, sin razón y sin motivo, el artículo 811 y hacer en ciertos casos desaparecer, sin precepto legal que lo autorice, la reserva que crea. Ella y la del artículo 968 son compatibles y deben cumplirse y satisfacerse en los términos legalmente posibles. Una y otra tienen determinada su órbita: la una, la troncal, comprende en favor de los parientes de tercer grado los bienes que el descendiente heredado hubiese a su vez heredado de un ascendiente o de un hermano, y la del artículo 968 comprende en favor sólo de los hijos y descendientes del cónyuge premuerto, tenidos con el reservista, los bienes que éste hubiese recibido de aquél o de un hijo del matrimonio, o de un pariente del difunto por consideración a éste, mediante testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo.»

«Imaginémonos el caso, para mayor demostración de todo esto, de que al ocurrir el fallecimiento del descendiente heredado, queden hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo o sobrinos de éstos, y en tal caso, si el ascendiente reservista contrae segundas nupcias y con ello se origina la reserva de bienes del artículo 968, que sólo beneficia a los indicados hermanos de doble vínculo o hijos de éstos, es decir, a descendientes legítimos del reservista, si quedase con ello anulada la antes nacida reserva troncal, los her-

tocarte al derecho de representación para computar los grados dentro de cada una de ellas».

Observemos que la cuestión que plantea DÍAZ COBEÑA en la letra c) no es posible. Los descendientes con derecho a la reserva del art. 969 han de pertenecer ineludiblemente a la línea de donde proceden los bienes de que habla el artículo 811. Siendo necesariamente descendientes comunes del cónyuge premuerto y del viudo, todos los beneficiados con la reserva viudal han de pertenecer a la línea de todos los ascendientes del premuerto, de alguno de los cuales han de proceder gratuitamente los bienes para que se dé esa presunción indisputable para la actuación del art. 811.

(487 bis) ANTONIO MAURA: *op.*, vol. cit. Dict. núm. 7 (Madrid, 12 enero 1905), págs. 104 a 108.

(488) MANUEL DE LA CUEVA Y DONOSO, *op. cit.*, págs. 114 y sig.

manos y sobrinos de vínculo sencillo del descendiente heredado perderían todos los derechos a bienes reservables y anulado el fin que se propuso el legislador de limitar la legítima en favor de sus hijos y descendientes hasta el grado tercero en evitación de que tales bienes salieran de la familia natural para ir a beneficiar a extraños, a los que pudieran ir por ese otro camino, luego de fallecido los primeros beneficiarios por la reserva viudal creada.»

C) *Trascendencia práctica de la cuestión.*

Antes de exponer nuestro criterio acerca de esta cuestión enunciaremos los problemas prácticos que se ha pretendido que dependían de la solución de ella, y algún otro que, con igual motivo, pudiera haberse planteado, a saber:

a) Actuación del derecho de representación a favor de los descendientes comunes de ambos descendientes dentro o fuera del tercer grado de parentesco del descendiente.

b) Posibilidad de ejercitar la facultad de mejorar.

c) Concurrencia de nietos comunes de ambos descendientes (sobrinos del descendiente) con hermanos del premuerto (tíos del descendiente).

d) Concurrencia de descendientes comunes de ambos ascendientes (hermanos del descendiente) con algún abuelo de éste perteneciente a la línea de procedencia de los bienes.

e) Concurrencia de medio hermanos y hermanos de doble vínculo del descendiente, cuando aquéllos fueran hijos o descendientes del ascendiente premuerto de quien procedían los bienes y los otros comunes de ambos.

f) Concurrencia de hermanos de doble vínculo hermanos consanguíneos y hermanos uterinos del descendiente, a saber: de hijos del primer matrimonio del ascendiente premuerto, hijos comunes e hijos de las segundas nupcias del ascendiente supérstite.

g) Concurrencia de hermanos de vínculo sencillo, hijos del primer matrimonio del ascendiente supérstite; hermanos de doble vínculo, hijos de éste y del ascendiente de quien procedían los bienes, y hermanos de vínculo sencillo, hijos de un tercer matrimonio del ascendiente supérstite.

D) *Su solución:*

a) En los casos en que al fallecer, el binubo no deje más descendencia que la común con el otro ascendiente de quien procedían los bienes, hemos expresado nuestra opinión (igual a la que ya había afirmado el Tribunal Supremo en las sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933), de que la reserva del artículo 811 no tiene lugar y, por lo tanto, sólo tendrá lugar la de los artículos 968 y 969.

En consecuencia, ni los hijos de un matrimonio anterior del cónyuge premuerto, ni los ascendientes y tíos del descendiente que pertenezcan a la línea de donde procedan los bienes tendrán dere-

cho alguno frente a los descendientes comunes de ambos ascendientes, ni por ello habrá lugar a plantear la cuestión de la facultad de mejorar fuera del ámbito de los artículos 972 y 823, ni la del derecho de representación si no es conforme a los artículos 973 y 925, § 1.º Código civil.

α En vida del ascendiente reservista, una vez haya contraído éste segundas nupcias, sin duda que podrán concurrir en la exigencia de medidas de seguridad todos los posibles reservatarios, tanto los protegidos por el artículo 811 como los que lo sean por los artículos 968 y siguientes. Con la diferencia, señalada en la sentencia de 3 noviembre 1931, de que sólo los protegidos por reserva viudal podrán reclamar que el ascendiente reservista garantice con hipoteca el precio reservable de una finca vendida.

β Muerto el ascendiente reservista dejando sólo descendencia común, aunque el premuerto, a su vez, haya dejado de otras nupcias anteriores suyas otros medio hermanos del descendiente, se extingue la expectativa de los presuntos reservatarios que sólo estaban protegidos por el artículo 811 (489). Por eso consolidan, en cambio, su derecho los beneficiados por el artículo 968 y siguientes, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 972 y 973 del C. c.

b) En caso de que el binubo al fallecer deje unos descendientes comunes al otro ascendiente de quien procedían los bienes y otros descendientes de sus nuevas nupcias, incluso también de nupcias anteriores (si es trinubo), creemos que tampoco debe jugar más reserva que la de los artículos 968 y siguientes, porque con ella queda cumplido el propio fin y el pretendido por el artículo 811, produciéndose una menor desviación con respecto al derecho común de sucesiones. Por lo menos, la legítima de los hijos comunes en la herencia del reservista debe computarse integrándose los bienes reservables en las masas de cálculo y extracción (490) y es inaceptable toda preferencia de los ascendientes o tíos del descendiente respecto a los hermanos de éste que sean hijos comunes de ambos ascendientes (491).

c) Por otra parte, al ocuparnos de la integración del artículo 811, en la II parte de este trabajo, veremos que la facultad de mejorar a los descendientes comunes debe tener lugar tanto en la reserva viudal como en la lineal y que el derecho de representación a favor de dichos descendientes comunes debe ser de ilimitada aplicación en una y otra reserva. Lo cual resta importancia al problema de resolver esta colisión.

50. *¿Hay antinomia entre los artículos 811 y 971 del C. c.?*

La cuestión fué planteada por primera vez por la redacción de

(489) Según vimos en el núm. 34, B, 1.º y 2.º

(490) Conforme acabamos de ver en el núm. 48 de este trabajo.

(491) Según vimos antes, en el núm. 15.

la «Gaceta del Notariado» (dirigida por Gonzalo de las Casas) en 1890 (492).

Dice el artículo 971: «Cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del segundo.»

Según la redacción de dicha «Gaceta», la afirmación de que cesará además la reserva sería redundante, si se refiriera a la viudal, ya que si no queda descendencia común esta reserva no es posible institucionalmente, ni por la definición legal del artículo 968.

Por eso estimó la redacción de dicha «Gaceta» que la extinción de que habla el artículo 971 del C. c. sólo puede referirse a la reserva troncal. Y de ello deduce que:

a) Si quedan al morir el binubo hijos comunes y de sus segundas nupcias, se aplica la reserva viudal de los artículos 968 y siguientes.

b) Si quedan hijos del segundo matrimonio, pero no hijos comunes, se aplica el artículo 971 y no habrá lugar a reserva alguna.

c) Si no quedan hijos de unas nupcias comunes ni de las segundas, se aplicará la reserva del artículo 811.

En cambio, al año siguiente, la redacción de «La Reforma Legislativa» (493) opinó que no hay colisión a resolver entre los artículos 811 y 971, que se refieren a supuestos distintos y que la viuda que no deja descendientes del primer matrimonio, pero sí de las segundas nupcias, no deja por esto de estar sometida a la reserva del artículo 811, en su caso.

Pocos años después, Alejo García Moreno (494), al discutir la cuestión a la que anteriormente hemos aludido (495), de si el título lucrativo se emplea en contraposición a título oneroso, afirma que habría no sólo redundancia inútil, sino contradicción de fondo entre los artículos 970 y 971 con el artículo 811, a no ser que se considere a los dos primeros como excepción del último. Por eso, cree que el artículo 971 excluye al artículo 811, como excepción de éste, o bien que el artículo 811 se refiere a los bienes que el descendiente hubiera adquirido del otro ascendiente por donación o legado, y el artículo 971 sólo excluye, en todo caso, la reserva cuando el descendiente hubiese adquirido los bienes de otro ascendiente por herencia legal. García Moreno se inclina por esta última solución.

(492) «Gaceta del Notariado», XXXIX, núm. 29 (20 julio 1890), páginas 451 y sig.

(493) «La Reforma Legislativa», año XX, núm. 995 (18 enero 1891), Consulta núm. 1.668, pág. 21.

(494) ALEJO GARCÍA MORENO, *Deficiencias del Código civil español. Bienes reservables*, en «Revista de los Tribunales», t. XXIX, núm. 17 (27 abril 1895), págs. 258 y sig.

(495) Ver núm. 21, nota 161.

No obstante, creemos que no hay antinomia alguna ni siquiera la menor tangencia entre los artículos 811 y 971. La finalidad perseguida por la norma del artículo 811 no autoriza interpretación alguna del artículo 971 que sea total o parcialmente derogatoria de aquélla, pues se trataría de una reducción de su ámbito de aplicación contraria a la finalidad perseguida por la misma (496). Por eso, sólo cabe admitir que el artículo 871 es una redundancia inútil del artículo 968.

(496) Ver el num. 5, A, de este trabajo.

Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 de diciembre de 1956

POMPEYO CREHUET

Notario en Canarias



INICIO Y DESARROLLO DE LOS HEREDAMIENTOS DE AGUAS PRIVADAS EN EL ARCHIPIELAGO CANARIO (1)

1. Bajo el expansionismo político de los Reyes Católicos y la cultura jurídica de las Partidas, los españoles conquistaron Canarias y hacen suya la leyenda de las *Hespérides*. Islas Afortunadas, en efecto, por el cielo, que les presta su clima siempre benigno, mas no por el suelo, que apenas les da su fecunda agua.

Guanches antes y luego peninsulares de todas las regiones se encontraron encima de arenas que quemar, de las lavas petrifi-

(1) Todos los datos históricos y económicos que se suministran en este capítulo han sido extraídos del Archivo General de Protocolos de Santa Cruz de la Palma. Y giran en torno al «Heredamiento de las Haciendas de Argual y Tazacorte», seguramente una de las comunidades más antiguas e importantes de Canarias; pues, arrancando de la donación singular e inter-vivos que de las tierras con sus aguas de *La Caldera de Taburiente*—el cráter mayor del mundo, hoy declarado Parque Nacional—hizo el Conquistador don Alonso Fernández de Lugo a su sobrino don Juan de Lugo en 8 de julio de 1502—confirmada posteriormente por la Reina doña Juana en Carta Real de 10 de enero de 1513, que se custodia en el Archivo Histórico de Simancas—; se escindió en comunidad hereditaria mediante la Partición notarial de 27 de noviembre de 1557; sus tierras, molinos y atarjeas fueron manteniéndose indivisos en Particiones públicas de 29 de noviembre de 1613 y 16 de julio de 1621; se regularizó la utilización y disfrute del agua entre los comuneros por Escritura de 29 de diciembre de 1749; se recopilaron sus Ordenanzas mediante Acta notarial de 27 de mayo de 1887, y está hoy integrada la comunidad por cerca de mil quinientos partícipes. No obstante las generalizaciones que aquí se hacen, a base del acopio de documentos auténticos referentes a este modelo perfecto de *heredamiento*—como patrimonio inmobiliario privado, por cuotas indivisas, que produce agua y ésta se distribuye en turnos—, no han de ser tomadas en sentido absoluto, pues aunque el fenómeno que lo creara y lo conserva vivo se repitiera en semejantes fechas y en las otras Islas, en algunos tiempos o comarcas los detalles de ulteriores desenvolvimientos de Heredamientos pudieron tal vez apartarse del ejemplo de dichas «Haciendas de Argual y Tazacorte».

cadras y de sierras abruptas en que, si acaso llueve o surge al pie de diques basálticos un manantial, se producen ubérrimos cultivos con sólo desmoronar la roca y aplanar las tierras de la laderas; pero allí donde la lluvia falta o no corre la fuente, los terrenos son duros, ásperos, eriales... Y sólo crecen las tuneras con gestos de angustia.

La ocupación proporciona a los Adelantados el título de adquisición originaria de todo el suelo de las siete Islas, cuyas grandes extensiones de tierras, con sus escasas aguas, reparten entre sus Capitanes y validos.

La Corona no se reservó ningún predio, llano ni montuoso, habiendo adquirido muchos de éstos, en cambio, los Consejos, Cabildos o Ayuntamientos recién instaurados, en calidad de dominio privado. Y del hecho natural de *no existir en todo el Archipiélago ningún río* (que hubiese sido de dominio público), resulta el siguiente corolario jurídico, coincidente así con el Derecho Romano entonces imperante como con la actual Ley de Aguas: *todos los nacientes de Canarias*, desde su Conquista, fueron de propiedad privada, por originarse y discurrir continua o discontinuamente en fincas particulares.

Las pocas y potentadas familias que se asientan en las Islas, rodeadas de colonos y servidores, incluso algunos de color, dedican las mejores de sus tierras a plantaciones de caña de azúcar, canalizando las aguas que en ellas brotan.

Los cañaverales precisaban de un sistema irrigatorio perfecto en lo económico y duradero en lo jurídico; y así, al mismo tiempo que se construyeron puentes, acequias y arquillas en sitios que aún hoy parecen inaccesibles, en las particiones hereditarias o transacciones entre coherederos, si bien se adjudicaron singularmente las fincas de cultivo, se dejaron proindiviso aquellos trozos de donde fluían los manantiales o por donde pasaban los conductos, cuyas aguas, de origen y curso comunes, se distribuyeron sus condueños con arreglo a un módulo temporal (turno) para el riego de sus respectivas tierras; a las cuales, en algunos parajes, se les adscribieron inseparablemente determinados turnos de agua.

Y de esa manera, en el siglo XVI, *créanse los heredamientos de aguas privadas* en Canarias, dentro de los más puros moldes romanistas de la *comunidad*, como «pars pro indiviso», incidental y a la que, poco a poco, pactos escritos y usos respetados fueron regulando con todo detalle, bien que siempre alrededor de los rasgos fundamentales que ofrecía aquella «communio»; referirse no a una cosa única, sino a una «universitas rerum et juris» (terrenos, canales, servidumbres de acueducto y paso, etc.); extenderse la copropiedad «privata» del predio a las aguas que del mismo nacían o en él se recogían («aqua viva pars fundi») y disfrutarse éstas no directa y simultáneamente por todos los comuneros, sino—en la fórmula de ULPIANO—«ut apud sigulos mutua

vice certo tempore sit usus fructos» (que el disfrute sea entre cada uno de ellos por mutuo *turno* en determinado tiempo).

En una sola cuestión los Heredamientos difieren de su arquetipo de la «*communio*»: en la pretensión de la división de las cosas comunes («*actio communi dividundo*»), que una costumbre querida y reiterada, aunque contra Ley, inutilizó de aquella figura romana y, con ello, tipificó la comunidad de aguas privadas del Archipiélago.

2. El cultivo de la caña de azúcar en las fincas regables fué próspera en Canarias hasta mediados del siglo pasado. Sus haciendas abastecían el mercado europeo en mejores condiciones que los traficantes que traían el azúcar primero de Oriente y después de Cuba, adonde, desde las Islas atlánticas, precisamente, habían llegado las primeras cañas que allí se plantaron.

Mas con la navegación a vapor, por un lado—que facilitó la importación del azúcar antillano—y, por el otro, el descubrimiento alemán de poderlo obtener de la remolacha, que pronto inundó los campos europeos, la agricultura del Archipiélago se vino abajo. Y las haciendas que, sobreexistieron cambiaron el cultivo a regadío de los cañaverales por el de secano de las tuneras o higos chumbos, de los que se extraía la cochinilla para los tintes indelebles de las fábricas continentales.

Los alemanes inventan también la anilina y la Química vence ahora más fácilmente a la agricultura. Otra vez la ruina de los campos canarios, que se reducen a cosechar patatas y maíz, los alimentos todavía hoy básicos de los hogares rurales.

Mientras tanto, los antiguos Heredamientos van subsistiendo, a veces con graves dificultades económicas y casi todos tan mal orientados por los profesionales que a últimos del pasado siglo (1879) recibieron la Ley de Aguas, que por entonces se produjeron recopilaciones de sus ordenanzas calcadas del modelo oficial que dicha Ley especial proveyó para las comunidades de *regantes*.

La adaptación de los estatutos de unas comunidades a los de las otras, en el fondo, era improcedente, por ser ambas relaciones jurídicas totalmente heterogéneas: pues si bien en ambas se da una situación de sujeto plural (*cotitularidad*), el *objeto* y el *contenido* de los Heredamientos son el aprovechamiento, por sus condueños, de aguas *privadas*—copropiedad de un derecho real civil—y, en cambio, los de las Comunidades de regantes son el aprovechamiento, por quienes *no* son sus propietarios, de aguas *públicas*—coadjudicación de una concesión administrativa—.

Bien es verdad que las refundiciones verificadas a últimos del pasado siglo tuvieron un remarcable aspecto *formal*; pero, justamente por ello, provocaron el peligroso fenómeno de llevar a los Heredamientos expresiones y hasta conceptos propios de las Comunidades de regantes. Empezando a veces por esta misma denominación, en sustitución de las históricas de *heredamientos* o *heredades*, pasando por su estructuración en *Sindicatos* y *Jurados*

y terminando por la regulación del *secuestro*, aquellas Comunidades de aguas privadas se vieron así desdibujadas y, en apariencia, convertidas en otra figura jurídica.

Aunque sólo aparentemente, claro está; porque ni la calificación puede hacer variar la naturaleza jurídica de las instituciones, ni las ordenanzas recopiladas, preocupadas más que nada de la organización de las entidades (cariz *subjetivo*), se dirigieron a regular el *fondo* de la comunidad, esto es, el contenido del derecho real de copropiedad sobre aguas surgidas en fundos privados.

La normación *objetiva* de los Heredamientos, por tanto, continuó a cargo del Ordenamiento civil entonces vigente y cuyos principios romanistas la Ley de Aguas no modificó. No así el Código civil, que consagró para toda comunidad, con carácter imperativo, la facultad del retracto, de ascendencia germánica.

No obstante, a esta facultad jurídica le ocurrió lo mismo que a la clásica «*actio communi dividundo*»: que no fué recibida por los comuneros de los Heredamientos, conscientes de las ventajas de la libre circulación de sus cuotas, como antes lo fueron de la necesidad de mantener indiviso el patrimonio común; pero, en cambio, introdujeron la práctica del «*secuestro de aguas*», sanción de carácter penal de la que el Código ni siquiera habla y que fué tomada del artículo 10 de la Real Orden de 25 de junio de 1884, aprobando los «*Modelos para Ordenanzas y Reglamentos de Sindicatos y Jurados de riegos*»; razón por la cual los Heredamientos de aguas privadas cobraron otra peculiaridad más, dentro de la figura de la comunidad de bienes.

3. Al poco de transponer el presente siglo, los ingleses experimentaron en el Archipiélago los cultivos del plátano y del tomate, frutos que, al igual que la caña de azúcar, requieren un clima templado, amén de frecuente agua.

Las cosechas dieron tan magníficos resultados, que muy pronto la agricultura de Canarias renació de su anonadamiento, singularmente al abrirse los mercados de Londres bajo el signo protector de la Legislación de Puertos Francos.

Se aprovecharon entonces, para la irrigación de los nuevos cultivos, los puentes, acequias y arquillas que los primeros hacendados construyeron para sus cañaverales y que seguían siendo objeto de los Heredamientos. Y cuando los propietarios de las fincas no eran, a la vez, *comuneros* de aguas, las compraban por litros (*pipas*) o arrendaban los *turnos* a sus titulares.

Mas ante la incesante roturación de tierras para riego, los Heredamientos no pueden suministrar toda el agua que hace falta y entonces tiene lugar la búsqueda del líquido debajo de las entrañas del monte, por medio de galerías o pozos, así como la fábrica de estanques o aljibes para su depósito en el llano. Esta *quimera del agua* se inicia al terminar la primera Guerra mundial y llega al paroxismo después de la segunda, cuando los plátanos y tomates

se cotizaron a precios de fábula en los puertos de la destrozada Europa.

Los pozos y galerías y los aljibes y estanques—auténticas *empresas agrícolas* dedicadas al alumbramiento o almacenamiento y explotación del agua—se afincan asimismo en terrenos de propiedad *privada*, extienden tuberías y cajitas de reparto mediante *servidumbres* y, como los Heredamientos, se subordinan a los principios de la comunidad de bienes del Código civil, intentando evitar, sin embargo, con ingeniosas fórmulas la efectividad de la división y del retracto; recogen, por otro lado, la sanción del secuestro de turnos y, aunque no incurran en las demás desviaciones provocadas por la Legislación de aguas (Sindicatos, Jurados, etc.), en cambio inciden abiertamente en la adopción de nombres e ideas *mercantilistas* que, cuales los de «Sociedades hidráulicas», «Consejos de administración» y, sobre todo, «acciones de agua», se prestaban a sembrar tanta o más confusión entre los poco duchos en el quehacer jurídico.

Porque los más enterados, naturalmente, sabían que estas *modernas* comunidades de aguas privadas enmarcaban una figura civil igual que la de los antiguos Heredamientos, de los que no podían diferenciarse, a lo sumo, más que por el *inicio* o acto creador, que fué incidental casi siempre en éstos y convenido en aquéllas, y por el *final* o destino último de las aguas; pues así como entre los Heredamientos había unos con cuotas vinculadas a la propiedad singular de determinadas tierras y otros en que se daba una autonomía completa entre ambos elementos, las Comunidades prácticamente sólo reflejaban esta última hipótesis.

4. Al lado de la proliferación de las comunidades de aguas tiene lugar también, a medida que avanza este siglo, la *pulverización de las cuotas* de los antiguos Heredamientos e incluso de las modernas Comunidades, no tanto por las *subdivisiones mortis causa* de aquéllas y las constituciones de éstas entre multitud de personas, cuanto por la gran difusión que van alcanzando las participaciones de unas y otras, hasta el punto que es raro encontrar una familia media, agrícola o no, que carezca de «acciones de agua», aunque sólo sea para especular con su puja o baja en el mercado, según las posibilidades de agua que proporcione la galería o el estanque, de cuyos patrimonios aquellos títulos acreditan la pertenencia, mediante formularios impresos de adquisición.

Y del mismo modo que en un principio no se plantearon dificultades técnicas ni prácticas importantes en orden a la *gestión* del patrimonio común, por recaer en muy pocas manos, luego, al multiplicarse las cuotas de toda suerte de *comunidades* y aparecer el «partícipe anónimo», comenzó a sentirse el rigorismo de los preceptos del Código civil relativos a *aquella gestión colectiva*.

Se padecía, concretamente, y en ciertos casos de manera insoslayable (por ejemplo, ignorancia de paradero o negativa abusiva), de la imposibilidad de lograr en actos de *disposición* la unanimidad de los comuneros que exige aquel Cuerpo legal; para los actos de *administración*, el sistema de mayoría absoluta de participaciones, impuesto asimismo por el Código, era exagerado muchas veces, cuando no inoportuno (piénsese si no en la necesidad del previo acuerdo para la mejora o reparación de una acequia insuficiente o deteriorada); y ni que decir de las inconveniencias que implicaba la *representación* individual e íntegra en negocios públicos o actuaciones judiciales...

Todo ello, por lo que respecta a la actividad de los comuneros; y en cuanto a la misma ordenación de la comunidad, pero en especial a su *tráfico registral*, las reglas de la Legislación hipotecaria resultaban durísimas de cumplir o a todas luces incompletas cuando el patrimonio comprendía varias fincas y correspondía a centenares de partícipes.

5. Aparte de esa falta de flexibilidad del Código civil en las cuestiones de administración, disposición, representación e inscripción de las comunidades, existía la ya comentada contradicción legal con los usos o pactos referentes a la *indivisibilidad* de los bienes comunes, a la *irretractabilidad* de sus cuotas y al *secuestro* de las aguas.

Por esto es natural que se sintiera una aguda preocupación en los *medios profesionales* del Archipiélago—donde toda su economía agraria volvió a florecer merced a las comunidades de aguas—ante el desenvolvimiento de las mismas por métodos que no eran realmente ortodoxos y, en consecuencia, estaban expuestos a incumplimientos sin represión y a ataques sin respuesta.

Y de ahí también que se originará un interesante movimiento doctrinal, cada vez con más empuje, en reclamación de reformas civiles o *preceptos especiales* que, respetando la tradición y buscando la utilidad, solucionasen de una vez aquellos riesgos y conflictos.

Son muy notables y numerosos los trabajos que a tales fines se publicaron en Canarias y varios de ellos en revistas jurídicas de la capital española. Merecen especial mención los de los Notarios LÓPEZ DE HARO («R. D. P.», noviembre 1922) y GUIMERÁ PERAZA («Rev. del Foro Canario», septiembre 1952), por enfocar, respectivamente, el aspecto orgánico o subjetivo y el patrimonial u objetivo de la comunidad a base de criterios que lograron, de hecho, vertencia legislativa.

El legislador actual, que tan acertadamente ha vuelto al sistema de los Ordenamientos especiales, en oposición a los métodos codificadores, se hizo eco de las inquietudes canarias; y en el año 1954, por la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, se recabó de todas las entidades de aguas privadas y profesionales del Derecho del Archipiélago una amplia *información* acerca de las

características de los Heredamientos o Comunidades, la cual, eficazmente contestada, pasó a la Comisión de Codificación.

Y al cabo de dos años, en las Cortes del 27 de diciembre de 1956, bajo la brillante defensa del Letrado MATÍAS VEGA, uno de los paladines de la necesidad de especializar las comunidades canarias de aguas privadas, se aprobó la Ley que las regula en ocho artículos.

6. Antes, empero, de proceder al estudio de la nueva Ley y cabalmente para comprender mejor su significado, se hace muy conveniente analizar la *situación jurídica* que su articulado contempla y valora.

La Ley, en efecto, parte de la *vigencia* de una figura que no inventa: la comunidad proindivisa de bienes del Código civil; concreta su *ámbito* de aplicación a las comunidades de aguas privadas sitas en Canarias y, tomando en consideración su doble carácter, orgánico y patrimonial, se limita a *introducir* en el primer aspecto la *personalidad jurídica*; y tocante al aspecto patrimonial, da rango oficial a las aludidas *peculiaridades* de la indivisión, la irrevocabilidad y el secuestro.

Por tanto, la Ley de 27 de diciembre de 1956 maneja, a modo de materia prima, una situación jurídica preexistente dentro del Ordenamiento civil general y la *modela* con algunos trazos especiales. Fuera de éstos impera aquél.

Y pues la nueva Ley, según se demostrará después, no es *jus cogens*, sino meramente potestativa para aquellas comunidades que quieran acogerse a sus dictados, con mayor motivo interesa una completa discriminación de la *figura jurídica* que constituye su soporte, por cuanto la misma es también válida para todas *aquellas comunidades de aguas privadas en Canarias sujetas al Derecho civil que no se adapten o constituyan* con arreglo a los requisitos de la Ley especial.

II

DOGMÁTICA DE LAS COMUNIDADES DE AGUAS PRIVADAS EN CANARIAS BAJO EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL

Definimos estas situaciones jurídicas como «comunidades de bienes por cuotas ideales, sometidas a los principios del Código civil y reguladas convencionalmente, sobre patrimonios privados y separados que producen agua y que, distribuida ésta en función de aquellas cuotas, ingresa en el dominio singular y exclusivo de cada partícipe, vinculada o no al riego de determinados predios».

El *análisis* de cada uno de los conceptos que coordinan la precedente definición nos demostrará que tanto los antiguos Heredamientos como las modernas Comunidades de aguas privadas de Canarias—y también las de las demás regiones españo-

las donde se reúnen iguales factores—no pueden entenderse ni explicarse de otra manera. En efecto:

1. *Trátase de comunidades de bienes por cuotas ideales sometidas a los principios del Código civil.*

El párrafo primero del artículo 348 de ese texto dice que «la *propiedad* es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes». En el segundo párrafo del propio artículo y en otros sucesivos el Código especifica otras *facultades* del propietario: de reivindicación, de deslinde, de accesión...

Esta concepción escolástica del dominio por enumeración de sus facultades está superada por la doctrina moderna, que lo suele definir, por ejemplo, BRUGI (*Instituciones del Derecho civil*, México, 1946, pág. 172), como el más amplio poder jurídico sobre las cosas, como un *conjunto indeterminado* de facultades cuyo número y especie no precisa fijar, ya que es más fácil decir lo que al propietario le está vedado hacer que no lo que está autorizado a hacer.

Ahora bien: el sujeto portador o *titular* de toda relación jurídica puede ser único o *múltiple* (cotitularidad). Y esa participación de varios sujetos en la titularidad de un mismo derecho —explica CASTÁN (*Derecho civil*, I, pág. 339)—reviste las siguientes formas principales: división del derecho en tantas cuotas homogéneas y abstractas cuantos son los partícipes, cuotas que reunidas forman el derecho total (*comunidad romana*) y atribución del derecho a varios sujetos conjuntamente, sin división de cuotas entre ellos (*comunidad germánica*).

Los autores más recientes (GARCÍA-GRANERO, «R. C. D. I.», marzo 1946, pág. 153; BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, pág. 27) concretan la figura de la comunidad a la *cotitularidad de los derechos reales*, únicos en los que no es posible—a diferencia de lo que ocurre con los derechos credituales—ni la gradación ni la concurrencia y, por tanto, son los únicos de ser tenido *en común*.

Y es lo cierto que el Código estudia también la comunidad en la teoría de las relaciones jurídicas reales, aunque adopta como único tipo de aquella la *romana*, y así, en su artículo 392, dice que «*hay comunidad* cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas». Y el propio Cuerpo legal, en el articulado sucesivo, se refiere casi exclusivamente a la comunidad del dominio o *copropiedad*.

A pesar de la definición civil de la comunidad de tipo romano, la doctrina y la jurisprudencia (Ress. de 11 de octubre de 1941 y 8 de noviembre de 1944) admiten sin reservas en nuestro Derecho la comunidad *germánica* en la mal llamada «sociedad de gananciales», y no obstante el modelo que nos enseña el Título III del Libro II del Código—de comunidad en el dominio—, el mismo texto contempla después esta misma situación en el usufruc-

to (art. 469), en la servidumbre (art. 535, 2.º) y en el censo (artículo 1.642).

Concretándonos al *condominio* y a la *servidumbre* en común, es claro que las *facultades* que integran tales derechos reales serán las mismas—puesto que las relaciones jurídicas son también las mismas—que integran la propiedad y las servidumbres *singulares*, bien que atemperándose al hecho posible de tener que ser ejercidas por todos los comuneros y al negativo de no poder éstos perjudicarse mutuamente (art. 394).

Pues bien: tanto los antiguos Heredamientos como las modernas Comunidades privadas de Canarias reflejan la figura de la comunidad de bienes del Código civil, de tipo romano: primero, porque se refieren a derechos reales (propiedad de terrenos y canales y servidumbres de acueducto y paso); y segundo, porque esos bienes inmuebles se hallan indivisos y atribuidos conjuntamente, por cuotas abstractas y matemáticas, a varios sujetos, unas veces por sí mismos (en todas las Comunidades modernas) y otras por razón de ser propietarios de determinadas tierras regables (en algunos Heredamientos antiguos).

2. Trátase de comunidades de bienes indivisos sujetas al Código y reguladas *convencionalmente*.

Sintetizando a BELTRÁN DE HEREDIA (Ob. cit., págs. 20, 184, 191 y 195) podemos repetir que cuando se habla de comunidad se está aludiendo conjuntamente a *dos conceptos* distintos que fácilmente se entrecruzan y confunden:

a) En primer lugar se alude al *objeto*, que es común. Este aspecto objetivo de la relación de comunidad está, por tanto, aludiendo simplemente a la *pertenencia* del objeto respecto al titular. Dentro del campo de los derechos reales ocurrirá que el objeto, en vez de pertenecer a uno solo, pertenece a varios. De ello resulta que, tomando aisladamente este primer aspecto que presenta la comunidad, es un simple *estado*, de ser o de aparecer, de un bien determinado o de un conjunto de bienes. Desde este plano, la comunidad puede ser: *originaria* (por ejemplo, la unión y conmixción) o *derivativa*, cuando surge a consecuencia de una adquisición *inter vivos* o *mortis causa*.

b) En segundo lugar se alude a las *relaciones jurídicas* que nacen de la coparticipación. Son siempre relaciones de carácter *obligatorio* que, sin destruir el elemento real u objetivo, hacen posible la convivencia de varios titulares conjuntamente sobre uno o varios objetos. Van, por tanto, dirigidos al establecimiento de unos vínculos obligatorios que delimitan los derechos y deberes de los interesados. Es decir, una *organización* encaminada a tratar de obtener el fin de la comunidad, el interés común.

Tales reglas obligacionales, unas veces son establecidas por los mismos copropietarios, a quienes la Ley permite, en primer lugar, la organización de aquella concurrencia, y se denomina *regulación convencional*; y otras veces, en defecto del convenio

particular, regirán las disposiciones que la Ley tiene establecidas: regulación *legal*. Y aquella regulación convencional de la comunidad puede ser: anterior, coetánea o posterior al nacimiento de la misma.

Hasta aquí BELTRÁN.

En el articulado del Código civil se puede también distinguir el aspecto *objetivo* de la comunidad o de pertenencia de una cosa a varios sujetos (el artículo 392 ya transcrito) del aspecto «orgánico» o de vínculos obligatorios referentes al ejercicio de los diferentes derechos—cuotas—sobre la cosa.

E igualmente, dentro del aspecto *orgánico*, el Código autoriza una regulación *convencional* (el mismo artículo 392, párrafo 2.º) y, en defecto de ella, establece la suplementaria o *legal*, que prevé lo mismo la administración y disposición de la cosa por sus condueños (arts. 397 y 398) que el goce de aquélla y disponibilidad de sus cuotas (arts. 393, 394 y 399).

Pues bien: tanto los Heredamientos como las Comunidades de aguas en Canarias surgieron derivativamente: por sucesión *mortis causa* la mayoría de los primeros (a la que siguió una regulación convencional) y por contrato *ex profeso* casi todas las últimas—convención que DONDERIS (*La copropiedad*, pág. 88) define de «comunicación de los bienes aportados»—cuyos convenios obligatorios se dirigieron y dirigen exactamente a establecer reglas de organización.

3. Trátase de comunidades por cuotas indivisas de un *patrimonio privado y separado*.

Al lado de la idea de *patrimonio*, como conjunto de derechos que en un momento determinado pertenecen a una persona sin otra unidad que la informada por esa *pertenencia* a un mismo sujeto, la doctrina germánica (por ejemplo, ENNECCERUS: *Tratado de Derecho Civil*, I, 1.º, pág. 614) coloca la idea de los patrimonios *separados*.

Patrimonios separados—o de afectación, como los denominan los franceses—son, en definitiva, conjuntos de derechos pertenecientes a un mismo titular o a varios que, en interés de un determinado *destino económico-jurídico*, son considerados por la Ley, en ciertas facetas, como «un todo distinto del resto del patrimonio de los mismos sujetos», ofreciendo, entre otros rasgos fundamentales, los de tener un *régimen especial de administración*.

Y se presentan como ejemplos de núcleos patrimoniales autónomos algunas masas de bienes que pertenecen al mismo sujeto o a varios—la herencia yacente, los bienes reservables—y la *comunidad en general*.

Sin conceder a esta teoría que PÉREZ y AGUER (*Notas a Enneccerus*, pág. 619) admiten con grandes reservas para nuestro Derecho, más alcance que el de servir para destacar que un especial destino dado a una universalidad de cosas (patrimonio) puede indudablemente justificar que a la misma se la constriña

legalmente a sistemas de administración diferentes de los aplicados a los otros derechos del patrimonio personal, cierto que la idea puede ser útil.

Y lo es, sobre todo si se la toma como punto de partida para delimitar con ella el concepto mismo de comunidad de bienes y *excluir de ella el concepto de asociación en general*.

El artículo 35 del Código enumera las *especies* de la asociación: sociedades civiles y mercantiles, caracterizadas por un fin de ganancia o lucro (arts. 1.665 de dicho Cuerpo legal y 116 del Código de comercio); pero a ambas hay que agregar las sometidas a la Ley de 1887, y que según su artículo 1.º son «las asociaciones para fines... lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia».

Ahora bien: para que en Derecho exista una asociación (sean las *stricto sensu* de la Ley de 1887, sean las sociedades civiles y mercantiles) se hace necesario no sólo que se constituya siempre expresamente—*contrato* colectivo—, sino que la Ley le reconozca *personalidad* distinta a la de cada uno de los asociados (art. 35 del Código).

Mientras no hay erección de persona jurídica, el grupo asociativo se rige, en cuanto al patrimonio tal vez adquirido por los individuos, por las normas de la comunidad de bienes (art. 1.669 del Código) y entonces estaremos cabalmente frente a un *patrimonio separado* regulado convencionalmente en cuanto a su administración colectiva.

Pero desde el mismo instante en que se *reconoce* en el grupo asociativo una personalidad distinta a la de los socios se elimina radicalmente la idea de patrimonio separado y, por tanto, el concepto de comunidad de bienes; entonces se origina, con respecto a los bienes que según el artículo 38 del Código «pueden adquirir y tener las personas jurídicas», un *patrimonio independiente* del de cada uno de sus componentes, que no es lo mismo que separado, puesto que no les pertenece ni siquiera por cuotas: *pertenece única y globalmente a una persona distinta: la asociación*. En otras palabras: en la comunidad hay una situación de cotitularidad; en la asociación, de *titularidad*.

Como dice muy bien BELTRÁN (Ob. cit., pág. 57), en la sociedad no existe comunidad, porque los socios contribuyen a formar el *fondo social*; y al verificarse la aportación los socios *pierden* la propiedad de las cosas aportadas y deben considerar aquellas cosas como *ajenas*. El socio no tiene derecho sobre la cosa, sino una simple participación, un derecho personal.

Pues bien: tanto en los Heredamientos como en las Comunidades de aguas en Canarias existe un patrimonio separado, no ya porque hacen referencia siempre a un conjunto de derechos reales (propiedad de terrenos, servidumbres de acueducto y paso, et-

cétera) entre sí dispuestos para el logro de un mismo destino económico-jurídico—el «aprovechamiento de las aguas» que en aquellos brotan o se recogen y conducen—, sino porque se rigen, en cuanto a su administración, por un estatuto diverso del imperante para el resto de los bienes del patrimonio individual de cada comunero.

4. Trátase de comunidades de un patrimonio separado que *produce agua*.

Se dijo antes que el núcleo de facultades que integraba la propiedad o el dominio no se diversificaba del *núcleo de facultades que integraba la comunidad* de tal derecho real, y que la única diferencia existente entre ambas figuras jurídicas—dominio y copropiedad—era la relativa a la singularidad o multiplicidad de los sujetos activos de dichas relaciones.

Y esto así, recordemos que dentro de las facultades que encierra la relación o derecho real de propiedad—y, por tanto, del condominio—están las de goce, disposición, deslinde y *accesión*.

Las Escuelas—y nuestro Código civil (arts. 353 y siguientes)—distinguen dos formas de accesión: la *discreta*, que se caracteriza por la «incorporación de todo aquello que las cosas producen» en virtud de sus fuerzas internas—frutos o productos—, y la *continua*, que tiene lugar a virtud de las fuerzas exteriores a la misma cosa: aluvión, avulsión, etc. La doctrina moderna rechaza esta clasificación y hasta el mismo instituto de la accesión al incluir la discreta dentro de la órbita del contenido o *extensión objetiva de la propiedad*, y la continua dentro de la de los «modos de adquirir el dominio».

«La accesión *discreta*—dice PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho Civil Español*, III, 1.º, pág. 114)—responde a la idea expansiva o elástica del dominio, por cuya virtud extiende su poderío a todas aquellas cosas que se van incorporando a la que constituye el objeto primordial de su proyección.»

Ahora bien: en íntima relación con la teoría de la «extensión objetiva del dominio por accesión» y concretamente con el concepto de *producto* está el régimen de las *aguas que nacen o se recogen en los fundos propios*.

Los romanos, partiendo de la distinción entre ríos (*flumina perennia*), por un lado, y riachuelos (*rivi*) y manantiales (*aqua viva*) por el otro, consideraban a los primeros como de uso público y a los últimos como *pars fundi*. En esencia, estos principios fueron recogidos por los Ordenamientos así latinos como germánicos y sajones

En la doctrina francesa, COLIN y CAPITANT (*Curso Elemental de Derecho civil*, II, 2.º, pág. 560) tratan de las aguas pluviales y de los manantiales dentro de la «extensión objetiva de la propiedad» y se plantean este dilema: o bien se consideran como el *accesorio* o *producto* del fundo que bañan y, como tal, pertenecientes al propietario, o bien se reputan o una *res nullius*, de la que puede apo-

derarse, por ocupación, el primero que llega (y en cuyo caso la propiedad del agua debería ser tratada como una propiedad particular y distinta del fundo), o unas *res communis*, es decir, una cosa no susceptible de apropiación privada; y dichos autores se inclinan hacia la primera solución a la vista de los antecedentes romanos y de la Ley de Aguas francesas, que confiere el dominio de éstas al dueño del terreno donde caen o en donde brotan, ya de un modo natural, ya provocado por trabajos de sondeo y excavación.

WOLFF (*Tratado de Derecho civil*, III, 1.º, pág. 604), en Alemania, llega de hecho a la misma conclusión al decir que las «aguas cerradas»—las de curso irregular y subterráneas—son objeto de una propiedad privada en el sentido de recaer el dominio no sólo sobre el *fundo que las contiene*, sino también sobre las aguas materialmente contenidas en ellas.

Entre los británicos, BLASKTONE, en sus *Comentarios sobre Leyes inglesas* (citado precisamente por la Exposición de Motivos de la Ley española de Aguas), afirma que las mismas son consideradas como *accesorias* del terreno que cubren.

Y en España, CASTÁN (Ob. cit., t. II, págs. 429, 332 y 590) escribe: «Por el principio de *accesoriedad*, las aguas que se hallan dentro de un fundo suelen ser consideradas como *parte integrante* del mismo y, por consiguiente, como de propiedad privada.

Nuestra *Ley especial* de 13 de junio de 1879, de inspiración francesa, aunque sin expresar la razón o fundamento jurídico de la atribución del dominio privado de las aguas, llega a *idénticas conclusiones* que la accesión al establecer que las pluviales (artículo 1.º), las de nacientes (art. 5.º) y las subterráneas (artículo 18) *pertenecen a los dueños de los predios donde caen, donde nacen y de donde se obtienen*.

El *Código civil* confirma las citadas normas de la Ley de Aguas en el Cap. 1.º, Tit. IV, Lib. II, y no obstante calificarlas de «propiedad especial», por el sentido general y la mención concreta que del agua hace en su artículo 350, según el cual «todo propietario de un *terreno* es dueño de su superficie y de lo que está *debajo* de ella... con sujeción a lo dispuesto en las *Leyes sobre minas y aguas*», justifica acertadamente la titularidad de las mismas por la teoría de la extensión objetiva de la propiedad.

Mas si tenemos en cuenta, primero, que el principio de la accesión, según hemos dicho, es considerado como un supuesto de la extensión objetiva de la propiedad; y segundo, que en nuestra Legislación civil no sólo se *hace* muy difícil diferenciar los *frutos* de las partes integrantes de las cosas, sino que el mismo Código coloca en la idea del fruto o producto dos momentos: *antes o después de la separación* de las cosas que los producen, considerándolos en el primero *partes integrantes* y sólo a partir del segundo *frutos* (art. 334, 2.º y 8.º), podemos concluir que el agua debe ser reputada parte integrante del fundo en donde nace, cae o se obtiene «en tanto permanece en el mismo», y *producto del propio*

fundo «desde el momento en que se la conduce fuera». Ocurre aquí exactamente lo mismo que con los minerales de los yacimientos. (Vid. Díez-Picazo: *Anuario de Derecho civil*, 1954, fasc. II, página 372.)

Tal construcción tiene la ventaja, amén de fundamentar la *pertenencia* o dominio privado de las aguas por aquel principio de la «extensión objetiva de la propiedad»—conforme a las declaraciones armónicas de la Ley de Aguas y Código civil—de esclarecer definitivamente las otras declaraciones legales según las cuales el agua es un bien *inmueble* (art. 333, 8.º, del Código) y es susceptible de ser *inscrita* como finca independiente (art. 71 del Reglamento Hipotecario), puesto que como «parte integrante del suelo» debe seguir el estatuto de éste y puede, como cualquier otra parte integrante (una casa, un solar, un camino, una cantera, etc.), formar «finca menor e independiente» de la mayor o matriz.

Solamente a partir de ese instante tiene razón ROCA SASTRE (Derecho Hipotecario, 1948, T. II, págs. 129 y 138), al afirmar que el agua, por ser inmuebles susceptible de dominio privado, es objeto de una *propiedad distinta del suelo*, por la misma razón que lo puede ser una casa, un solar, etc., que se *segrega* de la finca matriz.

Todo lo dicho, evidentemente, se contrae al primer momento o estadio del agua, esto es, como *caudal* comprendido físicamente dentro del suelo (parte integrante), ya que, en cuanto el agua es conducida «fuera del fundo»—producto—las consecuencias son bien distintas, como veremos en seguida. Cabe, por similitud, aplicar entre estos dos estadios o momentos del agua la misma comparación que Díez-Picazo (ob. cit.) establece con respecto a las minas y los minerales, entre «un capital y la renta de ese capital».

Pues bien: tanto los Heredamientos como las Comunidades de aguas en Canarias, por sostenerse siempre en la copropiedad privada de un trozo de tierra en la que influye un manantial, a la que se horada mediante galerías o pozos, o sobre la que se construye un estanque o aljibe, proporcionan a los conductores del fundo la pertenencia privada o copropiedad del agua que en él nace, se obtiene o cae, por extensión objetiva (accesión) del condominio del suelo; cuyas aguas totales y en cada instante—caudal—son partes integrantes de aquel inmueble.

5. Trátase de comunidades de un patrimonio que produce agua y que, *distribuida ésta en función de las cuotas de aquéllas, ingresan en el patrimonio singular y exclusivo de cada partícipe*.

Las aguas de una finca, téngase en dominio singular o en copropiedad, una vez salen de ella—o lo que es igual, luego de *separarse* de la misma mediante conducciones y, en el supuesto de condominio, distribuirse entre los comuneros por *turnos*—, son ni más ni menos que *productos* de aquel fundo, que se miden y pueden ser objeto de un *tráfico* comercial totalmente independien-

te del referido al caudal o aguas consideradas como parte integrante del patrimonio común; pues si bien los actos jurídicos traslativos u obligacionales de todo ese patrimonio inmobiliario (con su caudal) o de partes indivisas del mismo comprende a sus productos (turnos), no así a la inversa.

En otras palabras, la venta, hipoteca, usufructo o arriendo del terreno en que radica el caudal, lleva consigo la *disposición* de sus turnos, pero, en cambio, un volumen determinado de agua—producto—puede enajenarse sin que se entienda enajenada la totalidad del líquido—caudal—que brota o se recoja del fundo.

Y esto, que es clarísimo en la hipótesis de dominio exclusivo y singular de un predio que produce *frutos* (trigo, naranjas, madera, etc), donde el goce y la disposición del inmueble no sufren variación con respecto a sus productos, por corresponder ambas facultades y ser ejercidas por un *mismo y solo sujeto*, presenta en la situación de comunidad la siguiente *variación*: Que así como el *goce y la disposición del inmueble* compete por un igual a todos los condueños del mismo (arts. 394 y 397), sus *productos* ya no se someten al goce y a la disposición comunes, puesto que, por ser mensurables, se *dividen* automáticamente al separarse y, por ende, cada condueño recibe el pleno e íntegro dominio de los que le tocan con arreglo a sus respectivas cuotas. El artículo 399 del Código consagra, rotundamente, este principio al ordenar que «todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan».

Comentando BELTRÁN (ob. cit., pág. 235) dicho precepto, escribe que este derecho del copropietario se refiere a *toda clase de utilidades* que puedan suponer un incremento de la cosa (frutos *accessiones*, etc.). Cabe, pues, perfectamente que al agua que nace o se recoja u obtenga de una finca, si no se la quiere llamar fruto o producto de la misma, se la califique de *utilidad* o incremento de ella, pues el resultado de la *accesión* es el mismo.

Y añade aquel autor, muy sutilmente, que en rigor no puede sostenerse que el comunero tenga, como dice el artículo 399 del Código, «la propiedad de los frutos y utilidades que le correspondan», sino sólo *después de la percepción* de los mismos: desde cuya percepción a cada comunero le corresponderá la «plena propiedad» de la *porción* de aquellos que, de hecho y de un modo efectivo, se le *asignen*. Mientras ello no se verifique, continuarán estos frutos o utilidades en situación de comunidad.

La misma distinción cabe hacer en relación con las *aguas*, denominélas frutos o utilidades, de una finca común. Mientras no se distribuyan y, por tanto, no se asignen por turnos a cada partícipe, seguirán estando en comunidad (caudal: parte integrante); mas, una vez percibidas por los comuneros, ingresan en el *patrimonio individual* de cada uno de éstos, como cosas desligadas del patrimonio separado en que consiste la comunidad, y siendo objeto de un pleno e íntegro dominio al que se aplican las *nor-*

mas generales de administración. En suma, sobre cada unidad temporal de agua (turno) ya no existe situación de copropiedad y si de *propiedad*.

Por todo lo expuesto, creemos sea un error comparar, como ha apuntado algún autor, la relación existente entre el caudal o gruesa y además bienes del patrimonio inmobiliario (terrenos, canales, servidumbres, etc.), y los turnos o aguas distribuídas a la existente, en la *propiedad horizontal*, entre los pisos y los elementos comunes del edificio; pues si bien es cierto que en aquella situación los elementos comunes del edificio son «elementos accesorios» del dominio singular y exclusivo del piso—«elemento principal»—, no cabe decir lo mismo, sino todo lo contrario, de la situación de comunidad de aguas, en la que aquellos bienes comunes (terrenos, etc.) son, verdaderamente, los elementos principales; aparte de que, si alguna explicación metafórica hay para justificar la atracción dominical de la tierra sobre el agua no es precisamente la de la horizontalidad, sino la de la verticalidad o extensión objetiva del dominio hacia arriba y hacia abajo...

Pues bien: tanto los Heredamientos como las Comunidades en Canarias provocan, a favor de cada uno de los comuneros o condueños de los terrenos en que brotan, donde se recogen o de donde se obtienen aguas, y desde el momento en que éstas se distribuyen en turnos, una propiedad singular y exclusiva, con goce y disposición autónomos y corrientes, sobre cada unidad de líquido que, como se sabe, se compone de todo el litraje que lleva el caudal durante una fracción de tiempo en rotación y cuya mensura da lugar a los aforos.

6. Trátase, finalmente, de comunidades de un patrimonio que produce agua y *cuyas cuotas están o no vinculadas a la propiedad de determinadas fincas regables.*

Las aguas que salen canalizadas de los fundos comunes—como productos suyos—pueden estar *destinadas*:

O al riego de las fincas *pertenecientes* en dominio singular a los mismos comuneros del agua;

O al riego de *cualesquiera* tierras, sean o no de la propiedad particular de aquellos comuneros.

La explicación de ambas situaciones es sencilla si se tiene en cuenta que, como dice CASTÁN (ob. cit., pág. 338), el *sujeto* de la relación jurídica puede estar individual e inmediatamente determinado, que es el caso normal, o no puede estar personal e inmediatamente *determinado*, sino que se determina de manera *mediata*. Es el caso de los derechos *conexos* con otro derecho, que pertenecen siempre al titular mismo a quien este último compete (ejemplo: los derechos conexos con la propiedad de un inmueble, como las servidumbres prediales).

En las comunidades de aguas se pueden presentar cabalmente ambas hipótesis: o los sujetos (comuneros) se determinan *inmedia-*

tamente por el hecho jurídico de pertenecerles las cuotas del patrimonio en que consisten aquéllas y, por tanto, pueden gozarlas y disponerlas a su antojo, regando con sus aguas las fincas particulares o vendiendo el líquido, o los sujetos (comuneros) se determinan mediatamente por la propiedad exclusiva que tengan sobre ciertas fincas a las que previamente se les *adscribió turnos de agua* para regar.

Y así como en el *primer supuesto* la comunidad del patrimonio inmobiliario (terrenos, canales, servidumbres, etc.) con sus utilidades (aguas) se enfoca como una situación jurídica absolutamente *independiente de la titularidad de las fincas* que, en último término, van a regarse con aquella agua; en cambio, en el *segundo supuesto*, la cotitularidad de dicho patrimonio inmobiliario se *vincula* a la titularidad de las fincas regables, de modo que a cada unidad geográfica de éstas se le conecta una determinada cuota indivisa de aquella comunidad, con su correspondiente turno de agua.

El Código civil se hace eco de esta última construcción en el último párrafo del artículo 408, a cuyo tenor «en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán consideradas como *parte integrante de la heredad* o edificio a que van destinadas las aguas».

Las cuotas indivisas del patrimonio común funcionan entonces en la vida jurídica como *derechos ob rem*—partes integrantes los llama el Código, trasladando la calificación al aspecto material de la propiedad más que a su titularidad—adscritos inseparablemente a los terrenos regables, y el dominio de éstos circula con el condominio de las aguas en forma que la enajenación o arriendo de la tierra implica la del turno y sin que este último pueda ser objeto de tráfico alguno con independencia de la finca a que esté destinada.

Esa misma conexión de dominio singular y cuota de copropiedad la hallamos en la «propiedad horizontal» del artículo 396 del Código civil.

Por lo demás, entre una y otra modalidad de comunidades de aguas privadas, las desvinculadas de las tierras regables y las vinculadas al dominio de éstas, no existe ninguna diferencia estructural, pues, en definitiva, la determinación inmediata o mediata de los sujetos o comuneros se refiere a hechos que están al margen de la figura que aquí hemos analizado y no la influyen internamente para nada, ya que, una vez concretados los titulares de una u otra manera, la *situación jurídica en que se encuentran es la misma*.

Pues bien: así como en los antiguos Heredamientos se dan ambos supuestos, de aguas destinadas necesariamente al riego de ciertas zonas y de aguas sin destinación fija, en las modernas Comunidades de aguas en Canarias sólo se muestra la última hipótesis, lo cual no es óbice para que todos los comuneros, propietarios a la vez de fincas, establezcan aquella vinculación por actos de disposición social sobre las fincas regables y las cuotas de la comunidad de aguas.

Expresamente no hemos señalado, al definir los caracteres de las Comunidades de aguas de Canarias bajo el régimen del Código civil, las *peculiaridades típicas* de las mismas que la nueva Ley sanciona: la indivisibilidad del patrimonio, la irrevocabilidad de las cuotas y el secuestro de las aguas.

Y no las hemos señalado porque, en nuestra opinión, esas peculiaridades reconocidas, así como la innovación de la personalidad jurídica, solamente son valederas para las comunidades que se *adaptan* o *constituyan* con arreglo a la Ley de 27 de diciembre de 1956, que es la norma que precisamente les da vigor.

Por consiguiente, a las comunidades que sigan *bajo el imperio de la ley general civil* se les puede aplicar, por tener carácter inderogable, la acción de división (art. 400 del Código) y el derecho de retracto (1.522), y no será lícito, a menos de pactarse expresamente como cláusula penal, el secuestro de aguas.

Y esto así, ya depende de la iniciativa de los particulares—*autonomía de la voluntad*—el que puedan funcionar en Canarias *dos clases* de comunidades de aguas privadas: las *generales* que acabamos de analizar y están sometidas enteramente al Código civil, y las *especiales*, sujetas a los principios básicos de la Ley de 1956 y de las que pasamos a ocuparnos.

III

LA LEY ESPECIAL SOBRE COMUNIDADES DE AGUAS PRIVADAS EN CANARIAS

A) FUNDAMENTACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN

Se dijo—y hay que recordarlo ahora aquí a la vista de la Ley de 27 de diciembre de 1956—que sus artículos no elaboran una teoría original de la comunidad cuyo objeto sea un patrimonio privado que produce agua; antes, recibiendo la figura jurídica de la *comunidad de bienes del Código civil* con las características que antes explicáramos, se limitan a incrustarle, en su esfera *orgánica* o de relaciones obligatorias, la personalidad jurídica, y en su esfera *patrimonial* o de relaciones reales, le añaden, por un lado, el secuestro de las aguas y, por el otro, le suprimen la acción de división y la facultad de retracto.

La *Exposición de Motivos* de la Ley, obsesionada por la proyección subjetiva de la comunidad y en cuya órbita tanto y decisivamente se influyó desde determinados sectores doctrinales para que se le reconociera *personalidad jurídica*—como si ésta fuese la panacea que remediara todos los obstáculos e inconvenientes con que tropezaban aquellas situaciones jurídicas en su desenvolvimiento y sin meditar bien la contracción en que se podía incurrir al pedir para una comunidad de bienes justamente aquello que la destruía—; la *Exposición de Motivos*, pues, agota casi todos sus

argumentos en justificación de la innovación personalista adoptada.

Y así, iniciando el discurso con un homenaje a los «Hereditamientos de aguas privadas en Canarias, a cuyas entidades, actuantes desde que el Archipiélego se incorporó a la Corona de Castilla, se debe en buena parte el progreso de su agricultura, un mejor sistema de riego y la ampliación de zonas utilizables para cultivos especiales», se lamenta en seguida de la injusticia «de que a su existencia y funcionamiento se opusieran dificultades por un celo excesivo o una preocupación técnica», hace de paso constar la inoportunidad de diversificar aquellas entidades, como por algún autor se propugna, entre «Hereditamientos y Comunidades, puesto que son dos caminos diferentes para un propósito único», y sin limitarse simplemente a decir que las mismas «gozan de personalidad jurídica, puesto que es necesario indicar en qué sector del amplio campo de la persona social deben quedar incluidas», concluye por sostener que «tales comunidades, si no se acogen al marco de la sociedad en lo privado y del Sindicato en lo público, quedarán comprendidas en la figura de la *asociación* de interés particular, cuyas posibilidades de normación autónoma brindan generoso cauce para recoger las *peculiaridades típicas* de cada entidad», no sin que, por muy respetuoso que sea el módulo así escogido para los particularismos arraigados, «la Ley deje de señalar algunos *principios básicos* de regulación en punto a la *organización* de dichas entidades y a su forma de actuar».

Hasta aquí la explicación legislativa de la trascendente novedad que se intercala en el aspecto subjetivo de la comunidad.

Y en cuanto a las modificaciones plasmadas en el aspecto objetivo, aunque la Exposición de Motivos no les dedique apenas razonamientos, de la misma se deduce que en el fino instinto del legislador se salva la antinomia «asociación-comunidad», no sólo por dar a entender que al concepto de «agrupación de propietarios»—expresión subjetivada de copropiedad—se le sobrepone y no sustituye por el de Sociedad, Sindicato o Asociación de interés particular, sino por proclamar la regla fundamental de que los *respectivos propietarios conservan el dominio de su cuota individual*.

Y es justamente en este sector del contenido de las relaciones jurídicas reales en donde tienen pleno encaje las soluciones legales de la supresión de la acción de *división* y del *retracto* de comuneros, que la Exposición califica de «perturbadoras».

La cual termina dando cuenta de la admisión del *secuestro* de las «aguas pertenecientes a los herederos», rodeándolo de toda suerte de garantías.

Ocho son los artículos de que se compone el texto legal de 27 de diciembre de 1956 con dos disposiciones adicionales y otra derogatoria.

Los *preceptos legales* tratan, es a saber:

El artículo 1, de la concesión de personalidad jurídica.

El 2, de la adopción de la forma social correspondiente.

El 3, de la escritura o acta para acreditar la constitución o existencia de las comunidades.

El 4, del instrumento público consignativo de los Estatutos de la persona jurídica.

El 5, de las inscripciones extensa y de referencia en el Registro de la Propiedad del patrimonio común.

El 6, de los principios esenciales de la Estatutos.

El 7, de la capacidad de obrar de la persona jurídica y de la disponibilidad, por cada miembro, de sus aguas.

Y el 8, de la posibilidad de decretarse el secuestro.

Las *disposiciones adicionales* dicen:

1.ª Queda autorizado el Gobierno para extender la aplicación de la Ley a figuras jurídicas de tipo *similar* que hayan de desenvolver su actividad en cualquiera otra *parte* del territorio nacional, siempre que se trate de agrupaciones en materia de aguas.

2.ª Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que se requieren para el desarrollo y aplicación de esta Ley.

Y, finalmente, la *derogatoria* cierra la Ley que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de diciembre de 1956.

Todo el artículo legal puede y debe estudiarse en dos partes, según que sus normas se refieran a la *estática* del Derecho (situaciones o relaciones jurídicas) o, simplemente, a su *dinámica* (actos o negocios jurídicos).

Y, haciéndolo así, en la primera parte (estática), comentaremos los preceptos que cuidan de la naturaleza jurídica de la comunidad y del contenido de sus relaciones obligaciones y reales.

Y en la segunda parte (dinámica) comentaremos los preceptos que cuidan de la originación, del mantenimiento y de la extinción de *las comunidades* de aguas privadas.

B) ALCANCE

Antes, empero, de entrar en el estudio de los preceptos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en su doble vertencia estática y dinámica hacia los derechos subjetivos y hechos jurídicos que contempla y valora, hay que dilucidar la *vigencia y eficacia* de estas mismas normas, en tanto en cuanto son muestras de un Derecho *objetivo* destinado a ser aplicado.

Considerando, pues, las *prescripciones legales*, en conjunto, la cuestión que se impone averiguar es la del alcance de los *postuados* que *consagran*. ¿Se *aplicarán a todas las comunidades* de Canarias que tengan por objeto un patrimonio privado que produce agua? O, por el contrario, solamente a aquellas cuyos cotitulares *quieran especializarse*, es decir, someterse voluntariamente a la nueva Ley?

De la lectura aislada de su artículo 1, conforme al cual *se reconoce* personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que... vienen constituidas en el Archipiélago canario, así como a las que, con fines análogos, se constituyan allí en lo futuro», podría indudablemente deducir el carácter imperativo de las normas de 1956.

Dicho artículo, en efecto, parece que venga a estudiar la siguiente proposición: supuesta una comunidad de aguas privadas *cualquiera*, la Ley le reconoce, sin más, *personalidad jurídica*.

Sin embargo, al consignarse en el artículo 2, párrafo 1.º, «que las agrupaciones que desde ahora se constituyan y *quieran gozar* de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho», se descartan inmediatamente las consecuencias taxativas de aquella proposición legal, por lo menos en una hipótesis: cuando se trate de comunidades nacidas *después* de 27 de diciembre de 1956.

En estas, la Ley especial *condiciona* exactamente el supuesto con el hecho del *querer* o consentimiento de los comuneros. Luego el artículo primero ya no tiene, para estos casos, carácter imperativo, sino potestativo. La autonomía de la voluntad de los propietarios agrupados es la que, en último término, debe elegir la regulación de la comunidad en que éstos se hallan: o la *general* del Código civil o la *especial* de la Ley de 1956. Si nada dicen, se aplicará aquel Cuerpo legal, mas, si lo quieren, se sujetarán a las prescripciones de la última.

Ahora bien: a las comunidades de aguas privadas ya *constituidas* en el Archipiélago en 27 de diciembre de 1956, el párrafo 2.º del citado artículo 2, parece reiterar la necesidad ineludible de su aplicación: pues así como frente a las «agrupaciones de propietarios que a partir de la indicada fecha se *constituyan*», ya hemos visto que el párrafo 1.º cuenta con que aquellos cotitulares *quieran gozar* de personalidad jurídica, ante las agrupaciones que «ya vinieren funcionando o estuvieren establecidas» (a las que se equiparan, incoherentemente por cierto, las que, constituidas después, *no adopten ninguna forma específica de organización*), el segundo párrafo declara, sin condicionamiento alguno, que *«se considerarán como asociaciones de interés particular de las definidas por el artículo 35, número 2.º, del Código civil»*.

A mayor abundamiento, enlazando el mandato del artículo 1 de la Ley especial («se reconoce personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que vienen constituidas en el Archipiélago») con el del párrafo 2.º del artículo 2 (tales agrupaciones se considerarán como asociaciones), el resultado—insistimos—no parece que pueda ofrecer ninguna duda. Quiéranlo o no los copropietarios, *todas, absolutamente todas* las comunidades de aguas privadas en Canarias existentes el 27 de diciembre de 1956 y las que, creadas con posterioridad no

adopten una organización específica, deben quedar *enmarcadas dentro de los preceptos de la nueva Ley*.

Pero como la *interpretación* legal no debe ni puede ser sino de conjunto y armónicamente con todos los artículos que integran un texto, los siguientes artículos 3, 4 y 6 de la Ley especial nos dan el justo y preciso sentido de las oraciones usadas por los precedentes artículos 1 y 2 (se reconoce, se considerarán...)

Efectivamente: si, con arreglo al artículo 3, «las agrupaciones que ya vinieren funcionando *necesitaran acreditar su existencia* mediante acta de notoriedad o estar reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas; si, conforme al artículo 4 «en todo caso *deberán consignarse en instrumento público* los Estatutos por que se rija la agrupación» y si, según el artículo 6, «serán principios básicos de los Estatutos, a los que *habrán de adaptarse*, incluso los que hoy existen, los que a continuación establece», es claro como la luz del día que, sin producirse unas *declaraciones de voluntad ad hoc* de los comuneros, no se puede ni instar el acta de notoriedad del artículo 3, ni adaptar los Estatutos del artículo 6, ni otorgar el instrumento público del artículo 4...

Porque, ¿qué Ley se puede calificar de imperativa o de *jus cogens* que *hace depender su eficacia de unas actuaciones expresas y solemnes* de los sujetos destinatarios de sus normas?

Pensemos, por un momento, en la organización de esas comunidades de aguas privadas «que vinieren funcionando al tiempo de promulgarse la Ley especial»: en ellas y en virtud de los artículos 397 y 398 del Código civil, la *voluntad del grupo* se forma por mayoría o por unanimidad. Y aun calculando que el requerimiento de aquella acta de notoriedad, la adaptación de los Estatutos y la formalización del instrumento público en que se hagan constar, sean *actas de administración*, para éstos el artículo 398 exige «el acuerdo de la mayoría de los partícipes»; y un *acuerdo* es ni más ni menos que una manifestación volitiva, un consentimiento colectivo paralelo...

Y pues la nueva Ley *no sanciona*, en absoluto, que las comunidades de aguas preexistentes a su promulgación se *extinguirán* o se disolverán y liquidarán como tales situaciones reguladas por el Ordenamiento civil si, forzosamente, *no adaptan* y escrituran sus Estatutos y acreditan su existencia por acta o resoluciones judiciales o gubernativas; ni, muchísimo menos, impone un *término para hacerlo* (como, en supuestos análogos, determinaron las Leyes de Anónimas y Limitadas), resulta de una lógica aplastante inducir que «para la realización de todos aquellos requisitos legales—acreditación de la existencia y, sobre todo, adaptación de los Estatutos—*hay que contar con las oportunas declaraciones de voluntad* de los cotitulares de la propiedad común o agrupación de propietarios anteriores al 27 de diciembre de 1956.

En conclusión, podemos afirmar que la nueva Ley tiene siempre y en todo caso *carácter potestativo*, o seáse, que la hipótesis en que descansa está condicionada al hecho de la recepción de su tesis o consecuencias por los particulares; por lo que sólo puede aplicarse a las comunidades de aguas privadas en Canarias que, *sean cualesquiera la época y forma de su creación*, los partícipes que las compongan *quieran someterse* a aquella Ley para obtener, a través de sus normas, todas las peculiaridades que regula, desde la personalidad jurídica hasta el secuestro de aguas, pasando por la indivisibilidad y la irrevocabilidad de las cuotas patrimoniales.

C) ESTÁTICA DE LA LEY

a) *Naturaleza jurídica de la figura que regula.*

Partiendo del hecho de que el sustrato de la Ley de 27 de diciembre de 1956 es la comunidad de un patrimonio inmobiliario que produce agua y viene perfectamente regulada por el Ordenamiento civil, con los rasgos que analizamos en el Capítulo anterior, afirmamos aquí la tesis de que las normas especiales y, en conjunto, potestativas de 1956, en su proyección *objetiva* o real, se han ceñido a suprimir las pretensiones del Código civil referentes a la *división* de los bienes comunes y al *retracto* de cuotas y a agregarle la facultad del *secuestro* de aguas; y, en su proyección *subjetiva* u obligatoria, han desentrañado de la cotitularidad dominical los *poderes de administración y disposición* para atribuirlos a una *persona jurídica* (asociación) distinta de cada uno de los comuneros, aunque compuesta internamente por éstos.

La tesis enunciada ni es caprichosa ni peregrina. Es, sencillamente, la única que cuadra en un texto legal que, si por una parte, proclama abiertamente el *reconocimiento de la personalidad* en las agrupaciones de propietarios de aguas (art. 1), por otra parte, declara terminantemente que *cada dueño* puede inscribir como finca independiente *suya las... cuotas* que en aquellos bienes le pertenezcan (párrafo 1, *in fine*, del art. 5).

Y puesto que no cabe sospechar que el legislador de 1956 cometiera la torpeza de crear un monstruo de dos cabezas, cual sería «un patrimonio que tuviera, a la vez, un titular *único*—la persona jurídica—y un titular *colectivo*—los comuneros, por sus respectivas cuotas», hay que admitir necesariamente que del haz de facultades o poderes que integran la propiedad y, por ende, el condominio, *se escinden las titularidades* de administración y disposición y se *las asigna* automáticamente a una persona jurídica asociacional que se erige.

Es mérito de la moderna doctrina hipotecarista (HUBER, ATARD, JERÓNIMO GONZÁLEZ) la construcción, dentro de la teoría civil

de los derechos subjetivos secundarios, de las llamadas *titularidades de disposición sin atribución patrimonial*.

En estas titularidades—dice ROCA SASTRE (Ob. cit. II, página 230)—«se desenvuelve una actividad de disposición o de administración sobre una patrimonio ajeno y como función propia, o sea, sin juego de representación; atribuyendo, pues, el *poder ejercitar en nombre propio facultades dispositivas más o menos amplias, pero sin tener la titularidad del goce de la cosa o derecho objeto de ellas*».

Y es lo cierto que el penúltimo párrafo del artículo 20 de la *Ley hipotecaria* ha recogido esta doctrina, en ocasión de las excepciones o casos de no aplicación del principio del tracto sucesivo, ordenando que «no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes... y demás personas que, con carácter temporal, actúen como *órganos de representación y dispongan de intereses ajenos* en la forma prevista por las Leyes.

Los factores que integran el concepto de esas titularidades formales son los siguientes.

1.º Núcleo de poderes o facultades, expansivas y comprimibles, que estructuran el dominio o condominio y que competen, por regla general, a un solo titular o a varios cualitativamente iguales;

2.º Posibilidad legal de independizar de aquel núcleo dominical las facultades o poderes de administración y disposición;

3.º Permanencia de una misma relación jurídica de propiedad; y

4.º Atribución, por Ley o voluntad reconocida, de las titularidades de administración y disposición a una *persona distinta del titular o titulares del goce* de la cosa o cosas objeto de la relación jurídica dominical.

Pues bien: si hacemos memoria de que, al estudiar la figura de la comunidad de bienes, en general, se calificó a la misma de patrimonio *separado* sobre el que actuaba un régimen de *administración distinto* del que regía para los demás bienes de los patrimonios individuales de los comuneros, no nos costará ningún esfuerzo atraer a la esfera de dicho patrimonio separado el concepto de las *titularidades* de disposición sin atribución patrimonial, exactamente como en la «sociedad de gananciales»: modelo de patrimonio separado en el que los autores suelen colocar un ejemplo de aquellas titularidades en favor del marido, en cuanto administra y dispone de la participación correspondiente a su mujer.

Incluso, con respecto a las comunidades de aguas anteriores a la Ley especial, con un brillante atisbo, GUIMERA (Heredamientos y comunidades de aguas en Canarias, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, pág. 521), apunta que «sus Sindicatos, Juntas Directivas o Rectoras son *meros administra-*

dores de bienes ajenos, que son propiedad de los comuneros o partícipes; son éstos—concluye—los únicos dueños de las cosas que constituyen el objeto de la comunidad, compitiendo a aquellas Juntas sólo la realización de actos administrativos».

Y dando un paso más, por ese camino se llega, sin esfuerzo, a *sustituir* en las comunidades de aguas privadas reguladas por la Ley de 1956, la *idea del régimen especial de administración* existente en todo patrimonio separado, por la *idea de la titularidad de administración y disposición*, ejercida, no como en las comunidades de bienes en general, por los mismos cotitulares de éstos, mediante acuerdos mayoritarios o unánimes, sino por *una persona distinta* de los partícipes, titulares que siguen siendo del goce de las cosas comunes e indivisibles.

Esta persona encargada de una administración y disposición sin atribución patrimonial es, cabalmente, la *asociación* o sociedad que erige en la agrupación de propietarios la Ley de 27 de diciembre de 1956.

Y que así la diseña la Ley especial, se comprueba: primero, porque le reconoce una «personalidad distinta de la que tengan los miembros o componentes de la agrupación (art. 7, párrafo 1.º); segundo, porque le asigna exclusivamente la función de administrar y disponer de los bienes comunes (art. 6), y tercero, porque declara que las cuotas indivisas de esos bienes pertenecen a los dueños o comuneros (art. 5, párrafo 1.º, *in fine*), únicos a los que les corresponde gozar de «sus aguas» (art. 7, párrafo 2.º).

Corolario de todo ello es que, al erigirse en personalidad jurídica el titular asociacional de la administración y disposición de los bienes de la comunidad y—como dice la Exposición de Motivos—«conservarse por los respectivos propietarios el *dominio de su cuota individual*», jamás y en ningún caso se podrá hablar de aportaciones de esas cuotas ni otros bienes, por los comuneros, a un fondo social; ya que, repetimos, aquellas titularidades que se escinden del núcleo dominical lo son sin atribución patrimonial.

b) *Contenido de las situaciones jurídicas sometidas a la Ley especial.*

En el Capítulo segundo definíamos la sometidas al Derecho civil general como «aquellas comunidades de bienes por cuotas ideales, reguladas convencionalmente, sobre patrimonios separados que producen agua y que, distribuida ésta en función de aquellas cuotas, ingresa en el dominio singular y exclusivo de cada partícipe, vinculada o no al riego de determinados predios».

Y si ahora *anexionamos* a los conceptos que ligan la precedente definición las *peculiaridades* de tipo subjetivo—personalidad jurídica encargada de administrar y disponer del patrimonio común—y de tipo objetivo—supresión de las pretensiones de división y retracto e inclusión de la facultad de secuestro—con que la nueva Ley *modaliza* las comunidades de aguas privadas en Ca-

narias cuyos cotitulares, por lo demás, quieran adaptarse o constituirse, conforme a sus normas especiales, obtendremos una acabada y completísima visión del contenido de las mismas.

En efecto: las normas de 27 de diciembre de 1956 contemplan y valoran:

1) *Una comunidad de bienes por cuotas ideales indivisas:*

El tan citado párrafo 1.º del artículo 5 así lo presupone al permitir que *se inscriban* en el Registro de la Propiedad los «elementos *inmobiliarios* y de uso común...», consignándose el número de *participaciones o fracciones* en que se divida el caudal..., sin perjuicio de que cada *dueño* pueda inscribir como finca independiente suya... las *cuotas* que en aquellos bienes le pertenezcan». Y el artículo 7, *in fine*, lo corrobora al disponer que «no procederán nunca la acción *divisoria* ni el retracto de *comuneros*».

Ciertamente, de no tratarse de una comunidad de bienes, resultaría imposible no sólo la consignación registral de unas «participamos de elementos inmobiliarios», sino la registración aparte de las «cuotas sobre aquellos bienes»; y sería mayormente absurdo—de no apoyarse la Ley especial en una comunidad de tipo romano, elaborada en esencia por el Código civil—el precepto del artículo 7: pues tanto la acción de división como el retracto de comuneros que en éste se citan tan elocuentemente, sólo tienen razón de existir dentro de una situación de cotitularidad de dominio.

2) *Una comunidad de bienes indivisibles e irrevocables regulada convencionalmente.*

Fuera de las reglas de carácter taxativo que establece la Ley en sus ocho artículos (se reconoce, se organizarán, necesitarán, se considerarán, etc., etc.), los comuneros *pueden convenir*, en los actos colectivos de adaptación o constitución de comunidades de aguas, los pactos que juzguen más adecuados a sus circunstancias, aunque, como es natural, *supeditándose* siempre a las líneas estructurales de la *figura jurídica* que la nueva Ley modela y a la que supletoriamente, debe aplicársele las demás normas del Ordenamiento civil.

Ese *dobie juego* de la Ley de 1956, de *imperatividad* en la mayoría de las reglas que estatuye y de *admisibilidad* de la *autonomía de la voluntad* en lo no previsto, lo explica la Exposición de Motivos cuando, luego de referirse a las asociaciones de interés particular y decir que «sus posibilidades de normación autonómica brindan generoso cauce para recoger todas las peculiaridades típicas de cada entidad», añade que «ello no obstante, y por muy respetuoso que el módulo así escogido sea para los particularismos arraigados, ha parecido prudente (al legislador) señalar algunos principios básicos que impongan obligado acatamiento a postulados esenciales para una convivencia armónica y constituyan garantía para todos los intereses dignos de protección».

En un solo artículo, el 2.º—y todavía no en la totalidad de su texto—establece la Ley especial una *regla supletoria*: la referente a la organización de la personalidad jurídica de las agrupaciones que desde la promulgación de aquélla se constituyan, las cuales—dice—«*pueden adoptar alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho, pero si no adoptan ninguna, se considerarán como Asociaciones de interés particular*».

El transcrito artículo es una secuela de aquella declaración formulada en la Exposición de Motivos, según la cual «las Heredades, Comunidades y demás agrupaciones análogas obtendrán personalidad jurídica y si no se han acogido a otro marco, como el de la Sociedad en lo privado y el Sindicato en lo público, quedarán encuadradas en la figura de la Asociación de interés particular».

Ahora bien: a pesar de la *aparente libertad* que ofrece el artículo 2 de la Ley y su Exposición de Motivos, opinamos que no se podrá aconsejar por los Profesionales del Derecho la elección de ninguna forma societaria del *Código de comercio* (regular colectiva o comanditaria) ni de las que son objeto de las Leyes de *anónimas y de responsabilidad limitada*, de 17 de julio de 1951 y 1953, respectivamente.

Y es que tales figuras sociales, aunque privadas, no se compatibilizan en absoluto con las características de las comunidades de aguas, por cuanto ni el *fin* de la persona jurídica encargada de la administración y disposición de los bienes comunes es *mercantil*, ni aquellas personalidades jurídicas adquieren *fondo patrimonial* alguno: razón por la cual ni pueden acogerse al artículo 116 del Código de comercio, que exige para las compañías en general un *ánimo de lucro*, ni a los artículos 8 y 1, respectivamente, de las Leyes de Anónimas y de Responsabilidad Limitada, que hacen indispensable para unas y otras sociedades un *capital suscrito o aportado*.

Es más: siendo el fin de la persona jurídica existente en toda comunidad especial de aguas el meramente agrícola o conservativo, entendemos que, en rigor, tan sólo puede organizarse al amparo de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, ya que, incluso, para las *sociedades civiles*, el artículo 1.665 reclama un propósito de *partir las ganancias*.

Por lo demás, el párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley especial, exonera a las personas jurídicas que se formen por el patrón de la Asociación del requisito de la *inscripción* en el Registro gubernativo.

3) Una comunidad sobre un patrimonio privado y separado.

De acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley especial, «por regla general se considerará patrimonio de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como *terrenos...*, *fuentes, manantiales...*, *galerías, pozos...*, *estanques, canales de distribución...*

y cualesquiera otros *bienes destinados al mejor aprovechamiento de las aguas por todos los partícipes*».

Y en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 6 se confiere expresamente «la *administración* de la agrupación» y los «actos de *disposición* relativos a los bienes que sean patrimonio de la agrupación», a la persona jurídica que para ejercer esas titularidades se erige.

La Ley de 1956, por tanto, *distingue* nitidamente en aquel conjunto inmobiliario—al que atribuye toda la esencia de un patrimonio separado por su destino unitario (el aprovechamiento de las aguas)—, de un lado, la titularidad de *goce*, esto es, dicho aprovechamiento, que pone en cabeza de *todos los partícipes*; y, de otro lado, las titularidades de administración y disposición, que pone en cabeza de una *persona jurídica*.

Este órgano colectivo que, según antes apuntamos, no puede revestir más forma que la de una Asociación de interés particular, se *compone* internamente de todos y cada uno de los cotitulares del patrimonio común o, lo que es lo mismo, de los *propietarios agrupados*. El artículo 1 de la Ley, al afirmar que «se reconoce personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas», y el artículo 7 al declarar que «la personalidad jurídica de la agrupación será distinta de la que tengan sus *miembros y componentes*», dan por sentada aquella composición.

Basta, por consiguiente, ser titular de una cuota indivisa del patrimonio inmobiliario que produce agua para formar parte de la asociación que lo gestiona; y no se puede ser miembro de ésta sin tener la copropiedad de aquél.

Ocurre aquí algo parejo a lo que ya se explicó ocurría con las cuotas indivisas de algunos antiguos heredamientos, que estaban y están *vinculadas* a la propiedad singular de determinadas tierras regables. Mas así como allí se trata de dos *derechos reales* con titularidades conexas (la cuota de una copropiedad de aguas corresponde, *ob rem*, al sujeto que sea propietario de una finca), en el supuesto ahora examinado las titularidades conexas no se refieren a dos relaciones jurídicas reales, sino solamente a una, que es de *condominio* (la cuota indivisa en la comunidad de aguas), siendo la otra, a la que está adscrita inseparablemente, de carácter *obligacional*: la participación en la Asociación.

Por el hecho de ser comunero de un patrimonio inmobiliario que produce agua se es, también, *socio* de la persona jurídica encargada de administrarlo y disponerlo; y no se puede obtener la calidad de miembro de esa persona asociacional sin adquirir una cuota indivisa de la comunidad.

Comunidad y Asociación marchan así *paralelamente*, en dos planos diferentes, sin absorberse ni cruzarse y ostentando los componentes de una y otra doble titularidad: la *real* sobre los bienes

indivisos y la *obligacional* que resulta de estar integrados en una persona jurídica que los administra y los dispone.

Erigida la persona jurídica por todos los comuneros, gozará, como entidad distinta de las personas individuales de éstos, de plena *capacidad de obrar*, conforme al artículo 38 del Código civil.

Esto es lo que viene a proclamar, aunque redundantemente y mal expresado, el artículo 7, párrafo 1.º de la Ley especial al decir que «la personalidad jurídica de la agrupación se extenderá a todos los actos que menciona el artículo 38 del Código». Redundantemente, por cuanto bastaba que el artículo 1.º reconociera una personalidad jurídica en la agrupación, para que se entendiera aplicable aquel artículo 38 del Código civil, según el cual «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones». Y mal expresado, porque el concepto manejado por dicho artículo 7 de la Ley no puede ser el de la «personalidad», sino, como antes señalábamos, el de la «capacidad jurídica», ya que es el único que puede referirse a la actuación negocial de las personas.

Por lo demás, los párrafos 3.º y 4.º del artículo 6 establecen, por un lado, los *órganos* de actividad de aquella persona jurídica asociacional, y, por el otro, delimitan—aunque parcialmente—sus *funciones*.

Tales órganos son dos y ambos colectivos:

Primero. Una *Junta Rectora*, cuyas declaraciones de voluntad se forman por «el voto personal de sus miembros» y es la «encargada de administrar el patrimonio común, llevando la representación de la personalidad jurídica». Así lo dispone el párrafo 3.º de dicho artículo 6.

Y aunque lo mismo no se ordena, explícitamente, que los miembros de la Junta deban ser por fuerza *comuneros*, si tenemos presente que el titular de la administración es, en definitiva, la persona jurídica; que ésta se integra de todos los cotitulares de la comunidad y que la Junta Rectora es un simple órgano de aquélla—y, por tanto, es la misma personalidad actuante—, resulta manifiesto que solamente los comuneros pueden encontrarse en trance de ejercer aquella titularidad, sin perjuicio de que, mediante el instituto del apoderamiento, puedan hacerse representar en sus actividades.

Pero la Junta Rectora, además de tener la función *administrativa* de la agrupación de propietarios—que tiene un cariz tanto interno como externo—, es la encargada de *representar* la personalidad jurídica que se encarna en la comunidad. Luego es el único órgano colectivo con trascendencia negocial hacia afuera. Es decir, que incluso aquellos actos que exceden de la mera administración, deben ser ejercidos por la Junta. La Junta Rectora, por tanto, significa el *poder ejecutivo* de la persona jurídica.

Séguno. Una *Asamblea General*. El párrafo 4.º del repetido

artículo 6, que la establece, calla sin embargo, acerca de la composición de ese otro órgano colectivo. Mas del párrafo 2.º es fácil colegir que lo integran la totalidad de los comuneros, ya que ordena el derecho «de todos los miembros a intervenir en la vida de la agrupación».

Este mismo texto, en cuanto habla de la *vida* de la agrupación, puesto en contacto con el párrafo 3.º que, como ya vimos, confiere la representación, en exclusiva, a la Junta Rectora, nos proporciona la idea exacta de que la función de la Asamblea general es puramente *deliberante* y, por ende, interna; aunque, en tal radio de acción, no tenga limitación alguna. Puede y debe, en consecuencia, decir y resolver todos los hechos de la comunidad; pero nunca ejecutarlos. Para esto existe la Junta. Y por esto la misma depende enteramente de la Asamblea General, de la cual y por acuerdo de sus componentes, deben salir los miembros que integran aquélla.

En resumen: la Asamblea General significa el *ente volitivo* de la persona jurídica, de donde arrancan todas sus manifestaciones internas y externas—la «vida de la agrupación», según frase gráfica de la Ley—, en tanto en cuanto se dirigen a la administración y disposición del patrimonio común.

La Asamblea quiere; la Junta ejecuta; y ambas constituyen la personalidad jurídica que gestiona los intereses de los comuneros.

4) *Una comunidad sobre un Patrimonio inmobiliario que produce agua:*

Demostrado que, al amparo del Ordenamiento civil, la propiedad o condominio de los *fundos* privados en los que nace, se recoge o se obtiene agua, se *extiende* objetivamente, por accesión, a ese mismo *líquido*, el cual y mientras no se le separa—conduciéndolo fuera y distribuyéndolo por turnos entre los comuneros—se reputa *parte integrante* de la finca, podemos aquí comprobar cómo la Ley especial sigue el mismo criterio a lresañar, en el párrafo 2.º del artículo 5, como *bienes que componen* el patrimonio indivisible y de uso *común* de la agrupación, «los terrenos en que nazcan las aguas y las fuentes, mientras no se alumbren y dividan».

Por tanto, las aguas de dichos terrenos, fuentes y manantiales, mientras no se dividen, son partes integrantes de los elementos patrimoniales comunes que las contengan.

La Ley, no obstante, da en un punto la impresión de haberse dejado influir por la opinión—que antes repudiáramos—de quienes sostenían la analogía de la comunidad de aguas con la propiedad horizontal; y así, a efectos registrales, el párrafo 1.º del mismo artículo 5 indica que «en la inscripción extensa que se practique en el Registro se hará constar el volumen del *condal de*

agua y las circunstancias de los demás elementos inmobiliarios, indivisibles y de uso común, *accesorios* de éste».

O sea, que parece establecerse legalmente, entre los elementos de dicho patrimonio, una relación de «principalidad y accesoriadad» exactamente a la inversa de la ortodoxa en Derecho, desde el momento en que dicho artículo 5 califica a todos los bienes que «no sean caudal de agua», de accesorios de éste.

Si a base de ello se interpreta que la Ley quiere significar que la unidad *económica* del patrimonio separado en que consiste la comunidad la imprime el destino de los bienes hacia un aprovechamiento de aguas (y a cuya destinación se refiere muy acertadamente el párrafo 2.º del propio artículo 5), la conclusión es correcta. Todos los elementos patrimoniales, en efecto, están afectados a un mismo fin: lograr y explotar un caudal de agua.

Pero si se pretendiese sostener que el párrafo 1.º considera a las aguas como elemento jurídico principal de la situación dominical y a los terrenos como elementos accesorios, la interpretación sería desde luego incorrecta, ya que de la misma letra del artículo 5, al empezar su segundo párrafo, se infiere todo lo contrario; pues al expresar que se considerará patrimonio de la agrupación, entre otros bienes, «los terrenos en que nazcan las aguas», coloca lógicamente en esos terrenos la idea de factor determinante, principal o matriz, y en las aguas «que nacen de aquéllos», la idea de factor derivado, accesorio o producto.

5) *Una comunidad de aguas que, una vez distribuidas éstas en función de las cuotas de aquélla, ingresan en el patrimonio individual de cada partícipe:*

La Ley especial toma en consideración *dos estadios* o momentos del agua que nace, se recoge o se obtiene en los terrenos que son objeto, con otros bienes, de la comunidad: *antes* de separarse y dividirse y *después* de medirse y distribuirse en turnos:

En el primer estadio o momento la flama *caudal* y la reputa —como acabamos de ver— parte integrante del patrimonio inmobiliario, siendo, por tanto, *común* a todos los partícipes, a los que pertenece por cuotas indivisas. Recuérdese el párrafo 1.º del artículo 5.

Y en el segundo estadio o momento, es decir, inmediatamente después de haberse medido y distribuido en *turnos*, del párrafo 2.º del mismo artículo 5 se deduce que la Ley no sólo la reputa —como también hemos visto— *utilidad* de los bienes que la produce, sino que, al señalar como elementos indivisibles y de uso común a «los terrenos en que nacen las aguas y las fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividan», se afirma, *a contrario sensu*, que, una vez *divididas las aguas, dejan de ser comunes*.

Y entonces, confirmando la teoría civil de los frutos en la comunidad (artículo 399 del Código: todo condueño tendrá la plena

propiedad... de los frutos y utilidades que le correspondan), el párrafo 2.º del artículo 7 explícitamente declara que «cada miembro *dispondrá libremente de sus aguas*».

Esta disponibilidad de *sus aguas* por cada miembro de la comunidad—el empleo de cuyo posesivo por la Ley demuestra claramente que la misma da por supuesto el ingreso del turno de agua en el patrimonio personal de los comuneros—es distinta de la *disponibilidad* que compete a la *persona jurídica* en orden a los bienes que componen el patrimonio de la agrupación y de la que se ocupa el párrafo 4.º del artículo 6 de la Ley, al exigir el «acuerdo por mayoría de dos terceras partes de las cuotas para todos los actos de disposición relativos a los *bienes que sean patrimonio de la agrupación*».

Y pues, conforme anteriormente dijimos, entre esos bienes patrimoniales comunes y como parte integrante de los terrenos, fuentes y manantiales, se halla el *caudal de agua*, está clarísimo que la disposición por los cotitulares de la comunidad de *sus aguas* (artículo 7, 2.º), sólo tendrá ocasión de ser en tanto en cuanto el titular colectivo de la administración y disposición de la comunidad *no haya dispuesto* previamente del patrimonio o parte del mismo que produce precisamente aquellas aguas.

6) *Una comunidad cuyas cuotas están o no vinculadas a la propiedad de determinadas fincas regables.*

La Ley de 27 de diciembre de 1956, al referirse en su artículo 1.º a las *agrupaciones de propietarios* de aguas privadas *en general*, admite consecuentemente cualesquiera clases de comunidades; es decir, tanto aquellas cuyos sujetos están inmediata e individualmente determinados (todas las comunidades *modernas*), como aquellas otras que lo están mediatamente por la propiedad de ciertos predios regables (algunos Heredamientos *antiguos*).

Y como ya se expuso al final del Capítulo II, sea el que sea el sistema de *determinación de los sujetos* de la comunidad, para nada influye en la estructura de las relaciones jurídicas de que aquéllos se invisten.

Por lo que la nueva Ley se *aplica siempre*, total y completamente, a ambos tipos de comunidades de aguas privadas en Canarias, una vez que sus cotitulares las adapten o constituyan con arreglo a sus dictados.

D

ASPECTO DINÁMICO DE LA LEY

Examinadas la naturaleza y el contenido de la situación jurídica que contempla y valora la Ley de 1956, debemos ahora analizar, separada y sucesivamente, los *hechos o actos jurídicos* que le dan origen, la mantienen y la extinguen.

Y aquí, al igual que en su aspecto estático, la nueva Ley se

proyecta sobre unas relaciones jurídicas que están ya *elaboradas* por el Código y, por tanto, también en su dinamismo.

De ello se desprende, en primer lugar, que el nacimiento, el desenvolvimiento y la disolución de las comunidades de aguas privadas *en general*, esto es, de aquellas cuyos cotitulares no acuerden ponerlas bajo el imperio de la Ley especial, se rigen exclusivamente por las normas *civiles*.

Y, en segundo lugar, que las comunidades ya creadas o que se creen y sus cotitulares quieran acogerse a las *peculiaridades* subjetivas y objetivas (estática del Derecho) que la Ley especial establece, habrán de atenerse en su nacimiento—o adaptación—, en su desenvolvimiento y en su disolución (dinámica del Derecho) a los *presupuestos de hecho* en los que se apoyen los mandatos de aquella.

Hechas estas breves consideraciones, veamos los actos o negocios jurídicos mediante los que se origina, mantiene y extingue la *especialización* de las comunidades de aguas en Canarias.

a) *Actos jurídicos originadores de las comunidades especiales.*

1. Es obvio que los únicos de que debemos ocuparnos son aquellos que contengan las oportunas *declaraciones de voluntad* dirigidas, en primer término, a *someter* una cualquiera comunidad de aguas a la Ley de 27 de diciembre de 1956, y, en segundo lugar, a *estructurarla* detalladamente conforme a sus prescripciones especiales.

El conjunto de estas operaciones producen la *especialización* de la agrupación de propietarios de aguas privadas en Canarias de que se trate y, desde ese punto de vista, son realmente «actos originadores de comunidades especiales», es decir, de aquellas que regula la Ley de 1956.

Tal *originación* de la especialización no debe confundirse con la *creación* de la agrupación de propietarios en sí: Primero, porque son actos cronológicamente distintos (se crea antes la comunidad en general y se especializa después); segundo, porque la creación de la comunidad se rige fundamentalmente por las normas del Derecho civil (a través de las teorías de los modos de adquirir el dominio y de los contratos comunicativos de bienes) y a las que, a lo sumo los preceptos especiales les prestan ciertos requisitos de forma; y tercero, porque la especialización de las comunidades de aguas sigue única y exclusivamente la Ley de 1956, sin perjuicio de que en las cuestiones previas o necesarias a la misma se apliquen las normas civiles.

De ahí que, ante la coyuntura de originar la especialización de una comunidad de aguas privadas, sea en absoluto *indiferente la época* en que se creó como tal relación jurídica. Lo único que importa es que, antes o después de la Ley de 27 de diciembre de 1956, haya surgido aquella situación real con sujeto pluripersonal.

Naturalmente, en la primera hipótesis—creación de una comu-

nidad anterior a la Ley de 1956—su especialización habrá de plantearse siempre en un acto documental posterior a dicha Ley; pero en la segunda hipótesis—creación de una comunidad *a partir* de la promulgación de aquella Ley—su especialización puede coincidir en el mismo documento; por ejemplo, si en él se comunican unos bienes y sus condueños se organizan conforme a las normas especiales. Pero ello no supone, ni muchísimo menos, confundir ambas categorías de actos materiales, ya que, a pesar de su formalización simultánea, cada uno de ellos sigue su propio estatuto.

A diferencia de lo ocurrido con otras normas modificativas de instituciones ya existentes (verbigracia, la Ley de Anónimas de 1951), la de Comunidades de aguas silencia en absoluto el período preparatorio y aprobatorio de su adaptación o constitución.

Por cuya razón las *normas aplicables* a los actos que, procedentes de una agrupación de propietarios de aguas privadas ya creada, tiendan a provocar la especialización de la comunidad dominical que ostenta (sujeción a la Ley de 1956 y organización con arreglo a sus prescripciones), no pueden ser otras que las del Derecho general.

La argumentación es simple y rotunda: mientras no se especializa una comunidad *genérica* ésta se rige por el Código civil, y no hay originación de ninguna comunidad especial mientras no se cumpla el último de los requisitos exigidos por la Ley de 27 de diciembre de 1956, por lo que, *en el interin* las normas vigentes son las del Código.

Y esto así, los actos o negocios jurídicos originadores de la especialidad de las comunidades de aguas privadas—esto es, los acuerdos de sometimiento y estructuración según la nueva Ley—deben regularse por los preceptos del Código civil que cuidan del funcionamiento de las *comunidades de bienes en general*.

Y la *regla a aplicar* no puede ser más que la del artículo 398, que trata de la *administración* de la comunidad y para la cual hace obligatoria la mayoría de votos de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses comunes.

En síntesis: los acuerdos en cuya virtud los comuneros se acogen a la Ley especial que mira la misma situación jurídica de que son titulares y la organizan *sin variar su sustancia patrimonial*, por cuanto las peculiaridades subjetivas y objetivas que ordenan aquellos preceptos ni imponen «alteración de la cosa común» (art. 397 del Código), ni comprenden actos de disposición de los previstos por el artículo 399 («enajenación, cesión, hipoteca o sustitución de otro en el aprovechamiento del patrimonio»), deben lógicamente enmarcarse dentro del concepto de *administración y*, en consecuencia, pueden ser *aprobados por mayoría absoluta de cuotas* (art. 398).

2. Acordado, pues, por la mayoría administrativa del artículo 398 del Código civil el acogimiento de la comunidad de aguas

privadas a las normas especiales de 27 de diciembre de 1956, y preparados y aprobados por los comuneros, con idéntica declaración de voluntad mayoritaria, los presupuestos de hecho que aquella Ley estatuye para sentar en ellos las peculiaridades que prevé. Llegase al último eslabón que la misma Ley exige para lograr la especialización de la agrupación de propietarios: la *documentación pública* de los actos en que se reflejen la adaptación o constitución y los estatutos de organización.

He aquí los artículos que disponen tales formalidades y que son, evidentemente, *ad solemnitatem* o *constitutivus*, ya que si bien la Ley especial sabemos que, como tal Ordenamiento, no es de derecho necesario, una vez que se ha recibido voluntariamente por los comuneros, todas sus normas—en cuanto declarativas de derechos y deberes—son imperativas y no potestativas.

Artículo 3.—Las agrupaciones que a partir de ahora se formen *necesitarán constituirse por escritura pública*. Las que ya vinieren funcionando *no necesitarán* a tal efecto *más que acreditar su existencia*, para lo cual bastará que así se haga constar en *acta de notoriedad* o que hayan sido reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas.

Artículo 4, párrafo 1.º.—*En todo caso deberán consignarse en instrumento público* los Estatutos por que se rija la agrupación aun cuando vinieren aplicándose de antiguo o tuvieren carácter meramente consuetudinario.

Artículo 6, inicial.—Serán principios básicos de los Estatutos, a los que *habrán de adaptarse* incluso los que hoy existen, los siguientes...

Combinando armónicamente estos tres preceptos se pueden fijar las siguientes *conclusiones*:

Primera.—Que cualquiera que sea la época de *creación* de una comunidad de aguas privadas (*antes o después de 27 de diciembre de 1956*), los propietarios o partícipes que la formen han de consignar en instrumento público—como requisito formal *ad solemnitatem*—los Estatutos por los que se rija aquélla (art. 4, 1.º) y de acuerdo éstos con los principios básicos formulados por la Ley especial (art. 6).

De ese negocio solemne de autenticación se induce no sólo la necesidad del previo *consentimiento* de los copropietarios para acogerse precisamente a la Ley que lo estatuye, sino la de la preparación y aprobación de los Estatutos de organización por los mismos copartícipes.

Como es natural, al autorizarse ese instrumento público hay que acreditar la *legitimación* de sus otorgantes; y pues la demostramos que los actos de especialización han de ser llevados a cabo por la mayoría administrativa de la comunidad, los *compa-*recientes deben ser los comuneros que, ejerciendo la *administración del grupo*, en nombre propio o por apoderamiento, demues-

tren la realidad del acuerdo mayoritario tomado según el artículo 398 del Código civil.

Esto, por lo que respecta a las comunidades *creadas con anterioridad a la otorgación* del instrumento público en que hayan de consignarse sus Estatutos adaptados a la nueva Ley; mas por lo que concierne a aquellas agrupaciones de propietarios que en el *mismo documento público* se crean por contrato de comunicación de bienes o compraventa de cuotas, y se acojan a la Ley especial—de cuya posibilidad de simultaneidad antes tratamos—, los comparecientes quedarán legitimados para especializar la comunidad por el hecho de la adjudicación o compra de cuotas verificadas.

Segunda.—Que las comunidades que se *crean a partir de la promulgación* de la Ley especial, necesitarán «constituirse por escritura pública» (art. 3, inicial).

Esta clarísimo en la ley la exigencia de *dos instrumentos públicos*, cuando menos, para las comunidades preexistentes en 27 de diciembre de 1956: uno para la constancia de sus *Estatutos* (art. 4) y otro para la *constitución* de la agrupación (art. 3).

Lo que ya no está tan claro es el sentido que hay que dar a ese artículo 3, porque *¿qué es lo que se constituye* con la escritura pública que, como se dijo, exige *ad solemnitatem*?

Recordemos, una vez más, la doble vertiente, *subjettiva* u obligacional y *objetiva* o real de toda agrupación de propietarios de aguas privadas e insistamos en que, así como la idea central de este último aspecto la constituye la *creación* de la relación jurídica de propiedad con sujeto múltiple, la idea central del primer aspecto la constituye la *organización* de la agrupación en una persona jurídica a la que se le atribuye legalmente la titularidad de administración y disposición de dicha copropiedad.

Pues bien: si a aquella organización, a través de los Estatutos, se la *hace materia*, por el artículo 4 de la Ley especial, del instrumento público que este precepto impone «en todo caso» y el artículo 6 desarrolla, es patente que la *escritura pública de constitución* a que alude el artículo 3 no puede tener por contenido el mismo aspecto subjetivo u obligacional de la comunidad (la erección y régimen de la personalidad jurídica).

Pensarlo así equivaldría a tildar de reiterativa a la nueva Ley, y supondría, sobre todo, creer que la misma cometió el olvido de no dictar ni un solo precepto relativo al aspecto objetivo o real de la agrupación, es decir, a la prueba de la *creación* de la comunidad sobre un patrimonio inmobiliario que produce agua y que es cabalmente el sustrato del articulado legal. Y no solamente no hubo tal negligencia, sino que el artículo 5 señala con toda exquisitez, como ya examinamos, los elementos que componen aquel conjunto patrimonial y las circunstancias de su descripción.

En un sistema civil como el nuestro—y ello ocurre principal-

mente en Canarias—de convivencia de propiedades (y copropiedades) adquiridas por título privado y por título público, es natural que la Ley especial, que intenta fortificar y garantizar las peculiaridades de las comunidades de aguas privadas del Archipiélago y establece para su estructuración interna la necesidad de la instrumentación pública, se ocupara también de *exigir externamente* esa misma *forma solemne* para la prueba de la copropiedad por cuotas indivisas que, en definitiva, matiza hasta en sus secuencias registrales. Piénsese en la inutilidad de aquel artículo 5, destinado a la inscribibilidad de las comunidades especiales, si la nueva Ley tolerase que la situación jurídica por ella contemplada y valorada pudiese probarse por simple documentación privada o incluso sin ésta.

Por consiguiente, cuando el artículo 3 dice que «las agrupaciones de propietarios que a partir de ahora se formen *necesitarán constituirse* por escritura pública» quiere significar que *la creación de la copropiedad de aguas privadas, a partir de la promulgación de la Ley, debe acreditarse necesariamente mediante escritura pública.*

Como es natural, si la comunidad se hubiera creado por titulación privada después de la Ley especial, para poder acogerse a la misma, los copropietarios no tendrían más remedio que renovar contractualmente en escritura la adquisición proindivisa de sus respectivas cuotas sobre el patrimonio inmobiliario que produce agua.

De todo lo expuesto se infiere fácilmente que los *otorgantes* de la escritura pública de constitución exigida *ad solemnitatem* en el artículo 3—o su correspondiente elevación a instrumento público—y en las cuales débese relacionar el patrimonio adquirido o comunicado proindivisamente con todas las circunstancias previstas por el artículo 5, han de ser *todos los cotitulares* de las comunidades creadas con posterioridad al 27 de diciembre de 1956, cualquiera que sea el momento en que decidan acogerse a la Ley especial.

De manera que incluso las comunidades creadas por documento público después de la indicada fecha, pero que hasta una *posterior* los copropietarios no acuerden acogerse a la Ley especial, si en la escritura no se hubiesen prevenido las circunstancias exigidas por aquélla, habrán de subsanarse o ampliarse mediante otra *escritura adicional* por la totalidad de los comuneros, ya que los actos embebidos en el relato de dichas circunstancias pueden ser, y algunos de ellos son, verdaderos negocios que alteran o disponen de las cosas comunes y que, por tanto, se hallan supeditados al principio de unanimidad ordenado por el artículo 397 del Código civil.

Tercera.—Y, finalmente, que las comunidades que *estuvieren ya funcionando al tiempo de la ley* no necesitarán—según el artículo 3, *in fine*—«más que acreditar su existencia por Acta de

notoriedad o resoluciones administrativas o gubernativas en que hubiesen sido reconocidas».

Así como a estas comunidades creadas antes de 27 de diciembre de 1956—y dentro de las que se encuentran todos los viejos y tradicionales Heredamientos de aguas—el artículo 4 de la Ley especial no las exceptúa del deber de *consignar sus estatutos* mediante el pertinente instrumento público, antes al contrario, el artículo 6 remacha que «habrán de adaptarse a los principios básicos» que para dichos Estatutos establece; en cambio, el repetido artículo 3, con muy buen criterio, se conforma para la acreditación de su *aspecto objetivo* o real y en sustitución de la Escritura, el Acta de notoriedad o las Resoluciones administrativas o gubernativas.

La nueva Ley, probablemente bajo el influjo hipotecarista de las actas de notoriedad destinadas a «acreditar la adquisición por prescripción de aprovechamientos de aguas públicas» (art. 70 del Reglamento Hipotecario), ha adoptado para las *aguas privadas tenidas y gozadas en común*, con anterioridad al 27 de diciembre de 1956, un procedimiento sencillo y eficaz que *probara su existencia*, o sea, la titularidad y composición de un patrimonio inmobiliario, tal como se detalla en el citado artículo 5.

El artículo 3, *in fine*, no prescinde, pues, de la necesidad de *una prueba solemne* de la *creación* de la relación jurídica real de copropiedad sobre un conjunto patrimonial que produce agua, al lado o a la vez de otro instrumento público donde se consigne la organización de la persona jurídica que se erige; pero en vez de exigir una «prueba directa» (escritura de constitución de la agrupación de propietarios), proporciona la facilidad de una *prueba supletoria* en la que las declaraciones de voluntad de adquisición y descripción por los propietarios de aquel conjunto patrimonial se sustituyen por la *acreditación de esas mismas circunstancias y titularidad* (es decir, su existencia), ya por Acta de notoriedad en la que actualmente se hagan constar, ya por Resoluciones judiciales o gubernativas en que se hubiesen reconocido.

El *requirente* de aquellas Actas puede ser *uno cualquiera de los comuneros* que «demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se trate de establecer» (artículo 209 del Reglamento Notarial), por lo que la *legitimación* del otorgante debe consistir también en el acuerdo oportuno de la mayoría administrativa de la comunidad, conforme al Código (art. 398).

3. Otorgados los dos instrumentos públicos ordenados por los artículos 3 y 4 de la Ley de 1956, los que necesariamente deben verse en dos documentos tocante a las comunidades que «ya vinieron funcionando» al tiempo de la promulgación de aquellas normas especiales (el instrumento público consignativo de los Estatutos adaptados con arreglo al artículo 6, y el Acta de notoriedad acreditativa de la existencia de la situación jurídica sobre el patrimonio inmobiliario reseñado conforme al artículo 5),

pero que pueden unificarse en un solo documento tocante a las comunidades que «se forman con posterioridad» a dicha promulgación (la Escritura de constitución o adicional a la de creación de las relaciones jurídicas comunes y de constatación de los Estatutos de organización); otorgados, pues, tales instrumentos públicos, quedará ya *originada* la comunidad de aguas privadas con todas las *peculiaridades* subjetivas y objetivas que la Ley especial le atribuye.

Y siendo *objeto de esa comunidad*, en definitiva, unos derechos reales sobre bienes inmuebles es natural que la nueva Ley se preocupase de la especialidad de su constancia en el *Registro de la Propiedad*.

Y así el artículo 5 permite que se practiquen *dos asientos*:

Una *inscripción extensa*, en la que «se hará constar el volumen del *caudal* de aguas y las circunstancias de los *demás elementos inmobiliarios*, indivisibles y de su uso común, accesorios de éste, consignándose el número de *participaciones* o fracciones en que se divide dicho caudal, los datos necesarios para *identificar la entidad*, así como aquellos pactos que modifiquen el ejercicio o el contenido de los derechos reales a que la inscripción se refiere... Por regla general, se considerará *patrimonio* de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como terrenos en que nazcan las aguas, pozos, maquinaria, estanques, canales de distribución, arquillas divisorias y cualesquiera otros bienes parecidos destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los partícipes». Así lo dispone el párrafo 1.º, en su primera parte, y el párrafo 2.º del artículo 5.

Y una *inscripción de referencia* en la que «se podrá inscribir, por *cada dueño*, como finca independiente cuya las aguas y *cuotas* que en aquellos bienes le *pertenezcan*». Así lo dispone la segunda parte del párrafo 1.º de dicho artículo.

Este precepto 5.º de la Ley especial—acaso el mejor trabajado—demuestra, en su conjunto y de manera elocuente, que en la mente del legislador no pasó ni por asomo el propósito de erigir una *persona jurídica* con patrimonio propio, mediante la *aportación* de bienes o cuotas indivisas sobre éstos por los comuneros a un *fondo social* que fuera a pertenecer a la personalidad asociacional; antes al contrario, y teniendo muy presente lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor «en toda inscripción se debe expresar la *persona natural* o jurídica a cuyo favor se haga aquella» mantiene enhiesta la figura civil de la *comunidad de bienes* en proindiviso, declarando a este respecto—en el párrafo 1.º—que «se consignarán el número de participaciones» y, en el 2.º, que se pueden inscribir *independientemente* las «cuotas que en aquellos bienes pertenezcan a cada dueño».

La única preocupación del legislador fué ciertamente la formalista o adjetiva de *descongestionar* de la inscripción de la comunidad—en la que por virtud del mentado artículo 9 de la Ley

Hipotecaria se deben expresar sin falta las «personas naturales» a quienes correspondan las participaciones indivisas en el patrimonio inmobiliario—las sucesivas *mutaciones de titularidad* de cada una de esas cuotas.

Y para conseguirlo, la Ley especial ha conferido la investidura de *finca hipotecaria* a toda participación o *cuota* sobre el patrimonio indiviso que con su pertenencia digamos «inaugural», se relata en la inscripción extensa, debiéndose cumplir, por lo demás, el artículo 54 del Reglamento hipotecario, según el cual «las *inscripciones de partes* indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente».

Por tanto, los asientos de referencia de los cuotas patrimoniales lo único que *independizan de la inscripción extensa* es el tracto sucesivo de la *pertenencia* de cada una de aquellas participaciones indivisas, descansando los restantes extremos de la especialidad hipotecaria—circunstancias físicas, económicas y jurídicas en general del patrimonio común e indivisible correspondiente a los propietarios agrupados y cuya titularidad de administración y disposición es ejercida por una persona jurídica asociacional—en los asientos principales.

En cuyas inscripciones extensas hay que relacionar, además de las circunstancias objetivas antes mencionadas, los principios básicos de los *Estatutos* (principios básicos de organización y régimen, dice la primera parte del párrafo 1.º del artículo 5); entre los cuales, naturalmente, se comprende la expresión de aquella titularidad de administración y disposición sin atribución patrimonial.

Una *modalidad de la inscripción extensa* de las comunidades especiales que no prevé el artículo 5 de la nueva Ley es la posibilidad de *agrupar*, al amparo del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, los inmuebles que componen el patrimonio indiviso, aunque entre ellos no sean colindantes, toda vez que el «destino de aprovechamiento de aguas» que se cita expresamente en el párrafo 2.º de dicho artículo 5, amén de marcar su carácter eminentemente *agrícola*, presta a todos los inmuebles que la producen o hacen utilizable la pertinente *unidad orgánica* que exige para la agrupación de fincas el citado precepto hipotecario.

Ahora bien: para proceder a las inscripciones (con o sin agrupación de los elementos patrimoniales comunes) y después a las de referencia de las cuotas pertenecientes a los copropietarios, es menester que las *hojas registrales* estén dispuestas para recibir las.

Tocante a las comunidades creadas con posterioridad a la Ley especial no habrá problema alguno; por un lado hay que ir provisto de los *instrumentos públicos* de creación de la relación jurídica de copropiedad (por adquisición incidental o pacto de comunicación de bienes) y de organización de la misma comunidad con arreglo a las normas de 27 de diciembre de 1956 (Estatutos),

y por el otro débese cumplir el principio de *tracto sucesivo* si las fincas están ya registradas, enlace nada difícil de lograr, puesto que aquellos documentos públicos, según antes se explicó—, han de ser otorgados por todos los comuneros, y si los inmuebles no estuvieren registrados, entonces aquella escritura de creación de la comunidad de las aguas privadas habrá de acompañarse (o en ella consignarse) un medio de *inmatriculación* cualquiera.

Mas tocante a las *comunidades que ya vinieren funcionando con anterioridad a la Ley especial*, se pueden presentar estos casos: Primero. Que los inmuebles del patrimonio común no estuvieren inmatriculados. Segundo. Que estuvieren registrados a nombre de una o varias personas, pero no al de todos los actuales comuneros. Tercero. Que ya estuvieren inscritos a favor de éstos, pero sin la reseña de todas las circunstancias exigidas por el artículo 5 de la nueva Ley.

Y se pregunta: ¿El Acta de notoriedad que el artículo 3, párrafo 3.º, declara como bastante para acreditar la existencia, de la comunidad, será título idóneo para provocar los asientos de inmatriculación o rectificación registral que acabamos de exponer?

Si tenemos en cuenta que civilmente el Acta carece del consentimiento de todos los comuneros (art. 1.261 del Código), que notarialmente el Acta no es apta para contener una declaración de voluntad (art. 144 del Reglamento) y que hipotecariamente el Acta tampoco puede reflejar negocio alguno de transmisión o declaración dominical (art. 3 de la Ley), parecen, desde luego, insorteables las *dificultades* técnicas que el Ordenamiento general puede oponer a la eficacia registral de aquella Acta de notoriedad prevista por la Ley especial de 1956.

Esta conclusión, sin embargo, chocaría no sólo contra la letra, sino contra la intención del legislador de 1956, ya que *haría insertible*, de todas todas, el mandato del artículo 3, *in fine*, a cuyo tener «las (agrupaciones) que ya vinieren funcionando no necesitarán a tal efecto (de coconstitución) más que acreditar su existencia, para lo cual bastará que así se haga constar en Acta de notoriedad...»

Pues unas veces por no figurar los bienes inmatriculados, otras por estar registrados sólo a favor de unas cuantas comuneros y, en todo caso, por no contener las circunstancias de descripción exigidas por el artículo 5 de la misma Ley especial, aquella Acta no podría ocasionar nunca la inmatriculación o rectificación correspondientes en los libros del Registro de la Propiedad.

No creemos que se le pudiera escapar a la Ley de 1956 la trascendencia de estas posibles contradicciones; antes entendemos que, habiéndolas calculado, se decidió a ofrecer, con carácter *excepcional y transitorio*, y en atención a su misma especialidad, un *procedimiento sui generis* para «poner en concordancia la realidad con el Registro» en una materia que, cual la de muchísimos Heredamientos antiguos de notoria raigambre, pública vivencia e

innumerables participaciones (diseminadas por todo el territorio nacional), solamente podrían obtener la plena protección tabular a base de un sistema generoso y expeditivo.

Pero hay más: la virtualidad registral del Acta de notoriedad prevista por la Ley especial puede incluso *fundamentarse*, en cuanto a su fuerza inmatriculatoria, en el criterio *abierto* que la misma Legislación hipotecaria formula con respecto a los medios de *inmatriculación*, pudiéndosela encajar en uno de los supuestos preparados por el artículo 299 del Reglamento, a cuyo tenor «también podrán inscribirse, sin el requisito de la previa inscripción, los títulos, cualquiera que sea su fecha, que fueran inscribibles directamente con arreglo a las leyes o disposiciones especiales», y en cuanto al alcance *rectificador* de esa Acta del artículo 3, *in fine*; de la Ley especial de Comunidades de aguas privadas, concretamente se puede justificar en base al aspecto *recognoscitivo* de derechos que pueden contener todas las Actas de notoriedad, al amparo del apartado 4.º del artículo 209 del Reglamento Notarial...

4. Y pasando finalmente a los *efectos fiscales* de los documentos públicos, cuya autorización exige *ad solemnitatem* la Ley de 27 de diciembre de 1956 para proporcionar categoría de especialidad a aquellas comunidades, hemos de proclamar el principio de que «no deben tributar por otros conceptos que no sean los dimanantes de alguna transmisión de cuotas indivisas entre los comuneros, si es que las contuvieran»:

Primero. Porque al crearse o probarse la existencia de la comunidad de aguas con arreglo al artículo 3 de la Ley especial (sea por escritura o por acta), *no se produce ningún acto jurídico de aportación* de bienes o cuotas indivisas a fondo social alguno, pues «los respectivos propietarios conservan el dominio de su cuota individual» (Exposición de Motivos). Y al no operarse ningún desprendimiento patrimonial, de los comuneros a la persona jurídica asociacional encargada de la administración y disposición de aquellos bienes o cuotas, no puede aplicarse consiguientemente el número 58 de la Tarifa del Impuesto de Derechos Reales; y

Segundo. Porque la persona jurídica que se erige en las comunidades especiales de aguas privadas en Canarias, conforme a los artículos 1, 4 y 6 de la nueva Ley, *carece de patrimonio propio*, según tantas veces hemos repetido. Y al no existir un fondo social tampoco puede aplicarse el artículo 49 de la Ley de Impuestos de Derechos Reales, que trata de los bienes «pertenecientes a las personas jurídicas».

Por lo demás, la *Contribución sobre Utilidades*, que antes de 27 de diciembre de 1956 no afectaba a las comunidades de aguas privadas en general, esto es, a las sometidas al Código civil, tampoco pueden gravar—a partir de aquella fecha—a las que se acogan a la Ley especial:

Por la Tarifa II (*participaciones sociales*), por cuanto la aso-

ciación erigida en el seno de la comunidad «no obtiene lucro» (epígrafe A del apartado 2.º); y

Por la Tarifa III (*comunidades de bienes*), por cuanto «no explotan algún negocio cuyos rendimientos deben ser gravados en la Contribución industrial (apartado VII de la Disposición primera).

La única tributación fiscal de *tracto continuo* a que están sometidas las comunidades de aguas privadas en Canarias—y esto lo mismo vale para las que se adapten o constituyan conforme a la Ley especial, como para las que no lo hagan—es a la *contribución territorial rústica*: o tomando como objeto de la misma la finca donde se origina el caudal (supuesto factible cuando el predio común es muy extenso) y en cuya hipótesis aparece como único sujeto gravado el Heredamiento; o bien aumentando el Impuesto sobre los predios particulares que tienen o reciben el agua, mediante calificarlos el Amillaramiento o el Catastro «de regadío» y en cuyos casos cada comunero—no el Heredamiento en sí—resulta ser el sujeto gravado.

Sin embargo, la realidad muestra como supuesto más frecuente y equitativo de exacción sobre heredamientos por Contribución rústica, aquel que se basa en un criterio mixto y que, en definitiva, es el que mejor se atempera a la Ley de 1956: haciendo tributar a la Comunidad, *directamente*, por su terreno «de secano» y demás bienes colectivos, aunque en ellos se origine el caudal; y cada comunero, *indirectamente*, por sus aguas privativas (turnos), encuadrándose las fincas a donde van a parar en la categoría de riego y no de secano. Con lo cual ese incremento de valor que el agua implica sobre la finca, ya se paga al Fisco soportando el propietario el aumento de la riqueza imponible de su fundo.

b) *Actos jurídicos dirigidos al mantenimiento de las comunidades de aguas privadas.*

Tales actos o negocios jurídicos pueden referirse o bien al aspecto *subjetivo* u orgánico o bien al aspecto *objetivo* o patrimonial de la comunidad.

1) *Actos de organización de la comunidad especial.*

Se referirán siempre a todos aquellos que, procedentes de la misma persona erigida, tiendan a fomentar y encauzar su *desarrollo interno*.

Y se agrupan todas esas actividades—nombramientos y revocaciones de administradores, competencia de cargos y número de éstos, funcionamientos de Juntas, delegaciones y apoderamientos, actas de acuerdos y contabilidad, convocatorias de Asambleas, formación de mayorías, redacción de memorias, reformas estatutarias, etc.—dentro de la disciplina que suele llamarse «Derecho orgánico», acerca de la cual la Ley especial solamente dedica el párrafo 2.º del artículo 4, que dice: «Los Estatutos serán ley fun-

damental de la agrupación y no podrán *modificarse* sino en asamblea general y por mayoría cualificada.»

Esta terminante declaración debe interpretarse tanto como reconocimiento de la *soberanía convencional* cuanto como *mandato* para que se provean en las Estatutos todas las enumeradas actividades internas u orgánicas de la comunidad, y siempre, naturalmente, ajustándose a los Principios generales del Derecho que, a pesar de su respeto hacia la autonomía de la voluntad de los comuneros, no pueden tolerar aquellos pactos que vayan contra la función que incumbe y el fin que persiguen las instituciones ya consagradas por la Ley, la costumbre y la Jurisprudencia dentro del Derecho vivo de las personas jurídicas asociacionales cuyos fines no sean los de obtención de ganancia.

2) *Actos de administración y disposición de los bienes de la comunidad.*

Respecto a la *administración* de los bienes comunes, que comprenderá la realización de tantos negocios jurídicos cuantos el Ordenamiento civil no considera de disposición (arts. 397 y 399 del Código: alteración de las cosas, así como enajenación, hipoteca y cesión de su uso), *compete* exclusivamente, por obra del párrafo 3.º del artículo 6 de la Ley especial, a la *Junta Rectora*, a través de cuyos acuerdos colectivos y por *voto personal de sus miembros*, corresponderá a éstos cumplimentar los actos cuya finalidad sea la del «aprovechamiento de las aguas por todos los partícipes».

Ese *fin* positivo de la gestión de un patrimonio ajeno por la persona jurídica, sin ánimo de lucro y que, en definitiva, *causaliza* la competencia negocial de la Junta Rectora—para el logro del cual el mismo artículo 6, párrafo 3.º, le confiere la *representación*, *ex lege* y típica, de la personalidad—, además de expresarse como destino del patrimonio separado en que consiste la comunidad de aguas privadas, por el párrafo 2.º del artículo 5, está muy bien matizado por el párrafo 2.º del artículo 6 de la Ley especial al decir que «cada miembro... se sujetará a las *reglas que por órgano estatutario competente se adopten* para el mejor aprovechamiento del caudal».

Ergo: desde la distribución y vigilancia de los turnos de aquel caudal de aguas hasta la derrama de los gastos de conservación, reparación, mejora y defensa del patrimonio común, pasando por los contratos de servicios y compra de materiales para trazar una acequia o perforar una galería, serán llevados a cabo por la Junta Rectora en la forma prevista por los Estatutos, es decir, mancomunada o solidariamente entre sus miembros.

Indiscutiblemente cae dentro de la esfera administrativa la venta de los llamados *sobrantes o aumentos de aguas*; es decir, de aquel líquido del caudal común que por las circunstancias que fueren no puede distribuirse en turnos exactos entre todos los comuneros. Y pues no han ingresado todavía en el patrimonio indi-

vidual de éstos, sin embargo, por el hecho de ser productos (en su fase previa a la separación) y además *consumibles*, puede la Junta Rectora muy bien someterlos a una *subrogación* real, enajenándolos a extraños y repartiendo su valor en cambio entre los partícipes.

Y respecto a los actos de *disposición* que tienen lugar durante la vida de la comunidad especial; a diferencia de lo que acontece con la administración, donde no existe más que un género de negocios, en los que el sujeto y el objeto son siempre los mismos (Junta Rectora y bienes comunes); en esta zona pueden ser de *varios tipos*, no por razón de los títulos dispuestos, que resultan invariables (venta, hipoteca, servidumbre, etc.), sino *por razón de los sujetos y objetos de los negocios* en cuestión, que no son siempre los mismos, ya que se da una curiosa y delicada *confluencia de titulares* que arranca cabalmente de la propia contextura de la comunidad por cuotas de un patrimonio que produce agua y de la doble versión que tiene ésta, según se la considere parte integrante de los bienes comunes (*caudal*) o producto ya dividido (*turno*).

Se puede establecer la siguiente sistemática de los *objetos que en toda comunidad especial pueden ser contenido de los actos positivos*:

1.º Los *bienes concretos y completos* o elementos del patrimonio común, entre los que se halla el agua antes de distribuirse (*caudal*). A todos ellos se refiere el artículo 5, en sus párrafos 1.º y 2.º En este precepto se destaca admirablemente, si recordamos, la diferencia legal entre patrimonio común y cuotas de los bienes de que se compone.

2.º Las *participaciones o cuotas indivisas* en los bienes de que se compone el patrimonio común. A tales cuotas, «pertenecientes en propiedad a cada comunero», se refiere, concretamente, el párrafo 1.º, *in fine*, del artículo 5 y también el artículo 8, en el cual, con ocasión de la derrama de gastos en proporción a las respectivas *participaciones*, se autoriza el secuestro de *aguas*, con lo que se establece la clara distinción entre cuotas—como partes ideales de un todo—y *aguas*, como elementos ya separados.

3.º Y las *aguas seperadas* o distribuidas en turnos. Es decir, los productos del patrimonio común ingresados en el individual de cada partícipe. A estas *aguas*, ya divididas, se refiere, además, del citado artículo 8, el párrafo 2.º del artículo 7, cuando dice que «cada miembro dispondrá libremente de sus aguas». Acerca del valor de ese posesivo ya antes hicimos la oportuna digresión.

A observar ahora que, entre los tres reseñados objetos (bienes concretos, cuotas del patrimonio y aguas distribuidas), se da una *doble subordinación* económico-jurídica, de *totalidad* a parcialidad y de *principalidad* a accesoriedad. Y así, el primer objeto

(bienes concretos) comprende a los dos restantes (cuotas y aguas); y el segundo objeto (cuotas), al último (aguas).

Y es tan interesante esta *atracción objetiva*, de energía descendente, entre los elementos patrimoniales de la comunidad, por cuya virtud el objeto total o principal absorbe al parcial o accesorio, pero nunca a la inversa, que ella constituye la guía más segura para explicarse la *diversa intervención de los sujetos* en los tres tipos de negocios de disposición que se pueden producir en toda comunidad de aguas privadas acogida a la Ley de 1956. A saber:

1.º *Disposición de los bienes concretos y completos*—esto es, en toda su individualidad física y dimensión jurídica—de que se compone el patrimonio inmobiliario común.

La disponibilidad de tales inmuebles corresponde única y exclusivamente a la *persona jurídica asociacional*, titular de la administración y disposición de la comunidad por cuotas indivisas. Así lo preceptúa el párrafo 4.º del artículo 6, exigiendo para ello el oportuno acuerdo por *mayoría de los dos tercios* de esas cuotas. Y la realización del acto dispositivo en sí, como es natural, compete a la Junta Rectora, por ser ésta y no la Asamblea general el órgano ejecutivo de la personalidad jurídica y para lo cual—según ya vimos—el mismo artículo 5, párrafo 3.º, le confiere la representación *ex lege* y típica.

Consecuente con lo antes expuesto, la disposición de uno, de varios o de todos los bienes concretos y completos de que se compone el patrimonio común—y entre los cuales, ciertamente, se puede encontrar el caudal de agua, como parte integrante de los terrenos donde nazca—*enmelve la disposición de las cuotas indivisas* que sobre aquellos mismos bienes pertenecen a los participantes, así como la de sus correspondientes *utilidades* (la totalidad o parte de los turnos de agua). Y ello se explica no tanto por la «atracción objetiva» a que aludíamos, cuanto por la teoría subjetiva de la *titularidad de disposición* sobre bienes ajenos. La persona jurídica, en efecto, influye decisivamente en un patrimonio que no le pertenece, mutando su dominio o gravándolo, total o parcialmente.

El *efecto* de la disposición es la salida de la comunidad de uno, de varios o de todos sus elementos inmobiliarios o reales; por lo que aquélla, materialmente, se *reduce*—si la enajenación fuere parcial—o se disuelve, si fuere total. En el primer caso, siguen los comuneros ostentando, en los demás bienes del patrimonio separado que no hayan sido objeto de disposición, las mismas cuotas de antes; y en cuanto a los inmuebles descomunicados y enajenados, se *subrogan* en su valor, en proporción a sus participaciones respectivas en el todo. Y en el segundo caso, estaremos frente a una hipótesis de *liquidación* de la comunidad, con juego también de subrogación real: cada partícipe interesará y habrá de percibir una parte alicuota en el precio de la enajenación total.

Y la *legitimación* notarial de los otorgantes de estas disposi-

ciones—los miembros de la *Junta Rectora*, sea que actúen mancomunada o solidariamente—, habrá de acreditarse mediante el oportuno certificado del acuerdo tomado por mayoría cualificada de la Asamblea general. No habrá problema de legitimación *registral*, por cuanto en los Libros del Registro de la Propiedad ya constará expresada—en la inscripción extensa—la titularidad dispositiva de la persona jurídica, dentro de los principios básicos de los Estatutos de la comunidad, tal como se desprende del párrafo 1.º del artículo 5 de la Ley especial.

Y en cuanto a la *mecánica registral* de la adquisición operada, aquí tiene perfecto encaje analógico aquella excepción de la aplicación del *tracto sucesivo* que el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria previene, al disponer la no necesidad de inscribir previamente a favor de... «las personas que... actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes»:

2.º *Disposición de las cuotas indivisas* de que se integran los elementos patrimoniales comunes.

Aquí, en vez de tener por objeto el acto dispositivo uno, varios o todos los inmuebles concretos y completos, de la comunidad, tiene por objeto una participación indivisa de todos dichos bienes.

La cuota o parte alicuota ideal del condominio de factura romana, más que un poder físico sobre los bienes, significa—y valga la expresión—un «poder matemático»: da la garantía y dimensión exacta de la titularidad, mas no la materialidad y concreción de su objeto. Por consiguiente, ni el condómino puede asegurar nunca, cuando se trata de una sola cosa, la *porción* que de ella tiene y puede enajenar (art. 399, *in fine*, del Código civil: «el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad»); ni, muchísimo menos, tratándose de una comunidad sobre un conjunto de cosas (patrimonio), puede el copropietario conocer jamás *sobre qué elemento patrimonial* grava su poder; por lo que tampoco puede garantizar al adquirente de la cuota indivisa la *referencia* de ésta a cada uno de los bienes de que se compone la comunidad. Así viene a consagrarlo el artículo 1532 del Código civil, a cuyo tenor «el que venda alzada mente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con *responder de la legitimidad* del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte».

Ahora bien; sobre las cuotas de la comunidad de aguas privadas sabemos que—según la Exposición de Motivos—«los respectivos propietarios conservan el dominio» y que, conforme al párrafo 1.º, *in fine*, del artículo 5 de la Ley especial, pueden «inscribir las como fincas correspondientes».

Y el interrogante es el siguiente: ¿pueden los comuneros realizar por sí, independientemente, o séase, sin contar para nada con la voluntad de la persona jurídica titular de la disposición (Asamblea y Junta), negocios que encierran una enajenación o un gravamen sobre aquellas cuotas dominicales?

La Ley de 27 de diciembre de 1956 no contesta explícitamente; pero tácitamente lo da por afirmado, no sólo en los meritados párrafos de la Exposición de Motivos y del artículo 5, sino, y sobre todo, en el último inciso del artículo 7, cuando declara «que no procederá nunca el *retracto* de comuneros»; pues tal facultad únicamente tiene razón de plantearse en las enajenaciones de partes indivisas por sus cotitulares. Y, a mayor abundamiento, el Código civil—supletorio de la Ley especial—en su artículo 399 dice «que todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte... pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla y aun sustituir otro en su aprovechamiento».

El efecto de la enajenación de las cuotas que entraña también, como antes dijimos, la de sus correspondientes productos (turnos de agua), aparte de las consecuencias que para los adquirentes establece el citado artículo 1532 del Código, desde el punto de vista de la situación de comunidad no provoca ninguna variación: objetivamente, porque el patrimonio separado ni se amplía ni se reduce físicamente—los elementos inmobiliarios comunes siguen siendo exactamente los mismos—; y subjetivamente, porque en el puesto del transmitente de la participación indivisa se ha colocado otro individuo (*sucesión*), quien ha pasado a ser, *ipso facto*, comunero de los bienes del patrimonio separado y miembro de la asociación que los administra y dispone.

Y, en fin, la *legitimación* notarial del enajenante de la cuota consistirá en tener la plena capacidad de obrar y acreditar la pertenencia de aquélla por cualquier título; y la *registral*, en que dicha participación esté inscrita a su favor.

3.º *Disposición de las aguas* ya divididas y distribuidas (turnos).

Corresponde única y exclusivamente a los *partícipes*, por tener esas aguas el carácter de utilidades de los bienes comunes que las producen y haber ingresado en el patrimonio individual de cada copropietario. Recuérdese el artículo 399 del Código civil y el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley especial («cada miembro dispondrá libremente de sus aguas»).

Evidentemente, esta disponibilidad está *supeditada* no sólo a la disposición previa (venta, usufructo, etc.) de los bienes que producen las aguas por la persona jurídica asociacional, sino también a la transmisión del derecho o cesión del uso (por ejemplo, arriendo) que, de su respectiva cuota hubiera hecho antes el mismo comunero, ya que el turno de agua corresponde a éste en función de aquella participación indivisa.

c) *Actos jurídicos dirigidos a la extinción de las comunidades de aguas privadas.*

Este sector negocial afecta también, en doble vertiente, al aspecto subjetivo y al objetivo de la comunidad.

Incumbe practicarlo a la *persona jurídica*, titular de la administración y disposición del patrimonio común; pero supone, justamente, la desaparición de la misma situación de comunidad.

La Ley especial formula, como un principio básico de los Estatutos, el de las *«reglas para los casos en que la agrupación haya de extinguirse y liquidarse»* (art. 6, párrafo 6).

La autonomía de la voluntad de los comuneros, pues, será la destinada a *moldear*: Primero: los *supuestos* en que se produzca la disolución de la misma comunidad, entre los que no cabe incluir la «acción de división» (art. 7, último párrafo); y Segundo: las *atribuciones* de los encargados de la liquidación y consiguiente adjudicación de los bienes entre los partícipes, que no pueden ser otros que los miembros de la *Junta Rectora*—como representante que es de la personalidad jurídica; debiendo someterse, necesariamente, a los acuerdos de la Asamblea general, tomados por la mayoría de las tres cuartas partes de las cuotas, ya que lo mismo la liquidación que la adjudicación son o pueden entrañar actos o negocios de disposición.

Naturalmente, las *hipótesis* de extinción de la comunidad de aguas privadas no pueden ser más que aquellas que, por un lado, provoquen la *salida de todos los bienes* del dominio común o, por el otro, provoquen la salida de *todos los cotitulares menos uno* de aquella propiedad.

Y, en defecto de previsión estatutaria en la materia, deben regir, supletoriamente, los preceptos del *Código civil* que prevén la «división de la comunidad» (art. 406) y remiten a la partición hereditaria (artículos 1061 al 1081).

POMPEYO CREHUET.

NOTA.—Estando ya concluso y entregado este Ensayo, leemos en el último número del *Anuario de Derecho Civil* (Tomo X, Fascículo II) el artículo sobre «Hereditamientos de Aguas en Canarias», del prestigioso Notario de Santa Cruz de Tenerife MARCOS GUIMERÁ, que tanto se ha ocupado de la materia y en cuyo trabajo hace una buena exégesis de la Ley especial. En los puntos coincidentes—porque hay muchos de los aquí tratados que no se plantean en aquel estudio, dado su carácter esencialmente analítico—, las opiniones de GUIMERÁ PERAZA, en general, no se contradicen con las nuestras, antes unas y otras muy bien se pueden complementar; por lo que recomendamos su lectura si se quiere conseguir una cabal y completa idea de la interesantísima temática, doctrinal y legal, que ofrecen las Comunidades de aguas privadas, cualquiera que sea la región donde vayan a aplicarse las normas de 27 de diciembre de 1956.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS NACIONALES

Una conferencia del Prof. Uria

«Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española»

Bajo los auspicios del Colegio de Corredores de Comercio de Valencia ha pronunciado una conferencia, en el Ateneo Mercantil de aquella ciudad, don Rodrigo Uria sobre «Las prestaciones accesorias en la Sociedad de responsabilidad limitada española». El interés del tema y la autoridad del conferenciante, uno de los redactores del texto legal, aconsejan la más amplia divulgación del texto de la conferencia, cuyos puntos más salientes intentamos resumir a continuación.

La Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 introduce, en su artículo 10, una institución nueva, aunque ya conocida en otros países desde hace bastantes años.

Los términos generosos en que nuestro legislador concibe las prestaciones accesorias permiten afirmar que tendrá este carácter o condición cualquier prestación, distinta de la aportación de capital en sentido técnico estricto, que se obliguen a realizar todos o alguno de sus socios en la escritura fundacional de la Sociedad.

Las prestaciones accesorias pueden ser variadísimas. Todo lo que puede ser objeto de una obligación según el artículo 1.088 de nuestro Código civil podrá constituir el contenido de una prestación de esta clase en una amplia gama que presenta, sin embargo, ciertos rasgos o caracteres comunes: ser distinta, pero accesorio de la obligación principal que todo socio tiene que aportar a la Sociedad los bienes integrantes de la participación de capital que asume; ha de tratarse de prestaciones de carácter patrimonial, pero cuyo contenido en ningún caso podrá integrar el capital de la Sociedad, sin que sea de esencia el que la prestación accesorio tenga el carácter de prestación retribuida. La posibilidad de que la prestación accesorio tenga carácter retribuido está reconocida expresamente por la ley, pero no es necesario que lo sean con cargo a los beneficios de la empresa o explotación social. La prestación accesorio ha de venir necesariamente establecida en la escritura social, sin que pueda negarse la posibilidad de dar nacimiento a prestaciones accesorias en vida ya de la Sociedad añadiendo a la escritura fundacional un pacto generador de esa obligación para todos o alguno de los socios, siempre que ese pacto cuente con el consentimiento de todos los asociados.

El socio que se obliga a realizar esas prestaciones asume una verdadera obligación social; se trata de una obligación nacida de uno de aquellas pactos li-

ritos que las partes pueden establecer en todo contrato de Sociedad mercantil y que entra a formar parte del conjunto de derechos y deberes que integran el *status* jurídico de socio.

Pueden darse, de hecho se dan con mucha frecuencia, supuestos en los que, si no la prestación accesoria en si, la contraprestación ofrecida por la Sociedad puede afectar a los derechos de socio, rompiendo la proporción que normalmente debe existir entre la participación del socio en el capital y los derechos sociales económicos o políticos que correlativamente le corresponden. La misma Ley ha previsto como normal que la prestación accesoria venga retribuida con cargo a beneficios, y siempre que esto ocurra se romperá inexcusablemente en favor del socio que realice la prestación el postulado del reparto de las ganancias a prorrata de las participaciones sociales.

La obligación social de realizar prestaciones accesorias, como cualquier otra obligación, podrá ser modificada variando su objeto o sus condiciones principales. No hay razón para excluir estas obligaciones del principio general, del artículo 1.203 del Código civil, pero su modificación exige el consentimiento de todos los socios, cuando la modificación afecte a estos derechos, porque el respeto a los derechos individuales del socio constituye un límite natural del poder soberano de la mayoría, en toda clase de Sociedades regidas por ese principio democrático. El consentimiento de todos los socios debe también reputarse necesario para la extinción voluntaria de la obligación, por mutuo disenso de la Sociedad y del socio o socios que realicen las prestaciones.

La obligación de realizar prestaciones accesorias debe estimarse subsistente, por todo el tiempo de duración pactado, y a falta de plazo, por toda la duración de la Sociedad. Pero cabe preguntarse qué ocurrirá con la prestación accesoria pactada por tiempo determinado, o con carácter vitalicio cuando el socio obligado a realizarla se despoje de su condición de tal, enajenando su participación o participaciones sociales. En España es normal que los socios de las limitadas sean titulares de varias participaciones sociales y, por tanto, pueden enajenarlas a dos o más personas diferentes, y entonces, ¿a cuál de los adquirentes se transmitiría la obligación de realizar las prestaciones? El hecho de que en nuestras sociedades los socios posean normalmente una pluralidad de participaciones complica la solución que haya de darse al problema que nos ocupa, problema que quizá podría obviarse vinculando en la escritura social la obligación de prestación accesoria a una o varias de las participaciones asumidas por el socio, impidiendo en el último caso, la enajenación separada de aquellas participaciones que lleven incorporada esa obligación.

Para transmitir las prestaciones accesorias con carácter ajeno a la enajenación de una o varias participaciones, no es necesario observar requisitos especiales.

En cuanto a los efectos para el socio, del incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias, sin perjuicio se admitió el juego del artículo 1.101 del Código civil, en cuanto a la indemnización de los posibles daños causados por el incumplimiento, la Ley española, remitiéndose al número 7 del artículo 218 del Código civil, permite separar de la Sociedad al socio incumplidor. Lo cual no excluye que en vez de la separación del socio puede optar la Sociedad por el cumplimiento, obligando a cumplir la prestación por los medios que el Derecho ofrece.

II. DICTAMENES

“Pseudousufructo testamentario” y sustitución fideicomisaria

Por Juan B. JORDANO BAREA

SUMARIO: *Antecedentes. Consulta. Dictamen*: I. Interpretación de las cláusulas testamentarias: 1. Primaria interpretación según el «sentido literal» o aparente de las mismas, presuponiendo la coincidencia de la voluntad del testador.—2. Interpretación según la intención real del testador, por resultar del mismo testamento que fué otra su voluntad.—3. «Pseudousufructo testamentario» que, en realidad, integra una modalidad típica de sustitución fideicomisaria. Razones que apoyan esta interpretación: a) El criterio general para el seguro diagnóstico de un «pseudousufructo testamentario», aplicado al caso. b) Imposibilidad de configurar el supuesto de hecho como usufructo con facultad extraordinaria de disposición (usufructo *plus disponendi*). c) Argumento derivado de la clara voluntad del testador de instituir heredera a su esposa: la peculiar posición jurídica del sucesor usufructuario.—4. La naturaleza jurídica de la disposición por la que el testador deja a una persona el usufructo de la herencia y a otra la nuda propiedad. ¿Sustitución fideicomisaria o disposición análoga? Inaplicabilidad del artículo 787 C. c. el caso.—5. Sustitución fideicomisaria que deja paso a una de residuo si se cumple la condición bajo la que ésta fué establecida. Superación de los aparentes obstáculos representados por los artículos 783 § 1.º y 785 núm. 1.º del C. c.—II. *Resolución de las cuestiones sociales planteadas*: 1. Condición o posición jurídica de la «pseudousufructuaria» en el seno de la sociedad «J. A. B. y Compañía, S. L.», como causahabiente *mortis causa* de su esposo por razón de la parte de gananciales correspondiente al mismo.—2. Posibilidad de que sea nombrada cogerente al ser plena titular de todas las participaciones sociales de carácter ganancial que ostentaba su marido.—*Conclusiones*.

ANTECEDENTES

Don J. A. B. falleció bajo testamento notarial abierto en el que se contienen las siguientes cláusulas:

«Primera. Manda que, como católico, se disponga su funeral de entierro y demás actos piadosos por su alma, según crea conveniente su consorte, a la que nombra albacea con las facultades ordinarias.

Segunda. Declara que está casado con doña L. F. P., de cuyo matrimonio, ni fuera del mismo, tiene herederos forzosos, salvo la cuota viudal legal usufructuaria de su consorte la que le reconoce y en la que le instituye.

Tercera. En todo cuanto constituya la herencia del testador instituye y nombra heredera usufructuaria vitaliciamente a su consorte doña L. F. P., relevada de la obligación de fianza, y, además, faculta a su consorte la doña L. F. P. para que, en caso de necesidad, por hallarse enferma o bien por hallarse necesitada después de tener agotado todo su capital, pueda

vender o enajenar a título oneroso toda la herencia del testador y apropiarse de todo el valor del mismo testador, sin intervención de ningún heredero, y al efecto otorgue y formalice los contratos que procedan, por lo que los herederos que designará quedan sujetos al cumplimiento de esta condición.

Cuarta. En todo cuanto constituya su herencia y en nuda propiedad, que será plena por el óbito de su consorte, instituye y nombra única y universal heredera voluntaria, propietaria, a su hermana doña M. A. B., casada con don S. C. D. Y a su otra hermana, doña I. A. B., le instituye y nombra heredera usufructuaria vitalicia de la mitad de la herencia, relevada de la obligación de fianza, y por el óbito de ésta acrecerá tal porción de la herencia en propiedad a favor de la hermana doña M. A. B. Y, a falta de la heredera instituída como propietaria, que sean herederas las hijas legítimas de la primera instituída, su hermana la doña M. A. B.

Quinta. Lega a la Comunidad de Siervas de X, que se dedican a cuidar enfermos, la cantidad de 5.000 pesetas. Lega a la Casa-Asilo de Ancianos Desamparados de X. 5.000 pesetas. Manda, con respecto a lo piadoso mencionado en la cláusula primera, que se apliquen por su alma un treintenario de misas gregorianas. Y, además, manda que su cuerpo hecho cadáver sea depositado en el panteón que se propone construir en pueblo que no puede precisar en este acto; pero, una vez construído, manda que en él repose su cadáver, y, además, se recojan las cenizas de los padres y hermanos del testador que reposan en el cementerio de Y.

Sexta. Prohíbe que los herederos promuevan contienda judicial, y el que lo hiciere pierda la condición de heredero y su porción acrecerá a los herederos sumisos a lo dispuesto y ordenado en este testamento.»

Doña I. A. B. falleció antes que el testador.

Don J. A. B. era, en unión de don R. T. V., socio de la entidad «J. A. B. y Compañía, S. L.», constituída por ellos dos como únicos socios, durante el matrimonio del primero. A dicha sociedad aportó don J. A. B. un capital—de carácter ganancial—que, tras sucesivas ampliaciones, estaba representado en el momento de su muerte por 210 participaciones sociales de 10.000 pesetas cada una, por un total de 2.100.000 pesetas. Don R. T. V. ostenta en la sociedad 200 participaciones de 10.000 pesetas cada una, por un total de 2.000.000 de pesetas. Don J. A. B. y don R. T. V. fueron nombrados cogerentes en la escritura fundacional.

Tenemos a la vista la escritura de 5 de mayo de 1955 por la que se amplió el capital, se refundieron los estatutos de la sociedad introduciendo en ellos determinadas modificaciones y se adaptaron a las disposiciones de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada.

Por lo que a este dictamen interesa reproducimos aquí los artículos siguientes de los estatutos sociales:

«Art. 14. El adquirente por cesión de participaciones sociales entrará seguidamente a disfrutar de todos los derechos que como socio tenía el cedente, salvo los relativos al ejercicio de la gerencia que se entienden

atribuidos a título personal y que solamente corresponderán al cesionario si se le otorgasen por la junta general de socios.

Art. 19. La junta general de socios celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias.

En sesión ordinaria se reunirán una vez al año para conocer de las cuentas y memorias del ejercicio, y en sesión extraordinaria se reunirá todas cuantas veces acuerde convocarla la gerencia o lo soliciten socios que representen, al menos, una cuarta parte del capital de la sociedad.

Art. 24. A la junta general de socios está atribuida, en las condiciones legales, la totalidad de facultades en orden a la vida de la sociedad, modificación de estos estatutos, aumentos y reducciones de capital, disolución y liquidación de la compañía, y en especial:

b) Nombramiento y destitución de gerentes.

Art. 32. La condición de gerente se atribuye a título personal y, por consiguiente, no se transmite al cesionario de la participación en el capital de dicho gerente.»

CONSULTA

Por la consultante, doña L. F. P., esposa del testador, se formulan las siguientes preguntas:

Primera. ¿Cómo deben ser interpretadas las cláusulas del testamento de su esposo en lo que a ella se refieren? ¿Cuál es su condición o posición jurídica según lo dispuesto y ordenado en aquel testamento?

Segunda. ¿Cuál es, en consecuencia, su condición o posición jurídica en el seno de la sociedad «J. A. B. y Compañía, S. L.», como causahabiente *mortis causa* de su esposo por razón de la parte de gananciales correspondientes al mismo? ¿Qué derechos tiene?

Tercera. ¿Puede conseguir la consultante de alguna manera que sea nombrada cogerente de la sociedad?

DICTAMEN

I

INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS

1. La norma fundamental en materia de interpretación de testamentos está constituida por el artículo 675 del C. c. (1).

Dicho precepto ordena atender, en primer lugar, al «sentido literal» (fi-

(1) «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.»

gura verborum) mirando—claro está—no sólo a cada una de las respectivas disposiciones tomadas de por sí, sino a todas ellas atendiendo, por tanto, a todo el contexto del testamento y no apenas el texto de cada una de esas disposiciones aisladamente considerada (principio hermenéutico de la totalidad; interpretación sistemática o interdependiente) (2). La interpretación gramatical o literal está, pues, subordinada a la interpretación sistemática (arg. art. 1.285 del C. c. y sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1917, 23 de octubre de 1925 y 6 de marzo de 1944).

Siguiendo una interpretación puramente literal—que presupone la coincidencia de la intención del testador con el estricto significado literal de los términos por él empleados para darle expresión—parece, a primera vista, que doña L. F. P. es simple usufructuaria vitalicia de todos los bienes de su marido, pues éste le reconoce la cuota viudal legitimaria (art. 837 del C. c.), «en la que le instituye» (cláusula segunda del testamento) con creces, según la cláusula tercera, nombrándola expresamente usufructuaria vitalicia de todo cuanto constituya su herencia. Corroboración esta primera impresión el hecho de que en la cláusula cuarta, apartado 1, se nombre a la hermana del testador, doña M. A. B., como heredera nudo propietaria de toda la herencia hasta que por el fallecimiento de la consultante se convierta en plena propietaria, una vez extinguido el usufructo vitalicio ordenado en la cláusula tercera.

No sería este último el único usufructo instituido por el causante: su otra hermana, doña I. A. B. (fallecida antes que el testador), es también nombrada usufructuaria vitalicia de la mitad de la herencia (cláusula cuarta, apartado 2) no simultáneamente con la consultante, sino de manera sucesiva, pues lo dispuesto en el apartado 2 de la cláusula cuarta hay que entenderlo subordinado a lo establecido en la cláusula tercera, como se desprende del mismo tenor literal de ésta, sobre todo en su parte final («... por lo que los herederos que designará quedan sujetos al cumplimiento de esta condición»).

2. ¿Pero será esa la verdadera interpretación del testamento?

En seguida surgen al intérprete fuertes dudas por aparecer claramente—del mismo testamento, prescindiendo de la llamada prueba extrínseca—que fué otra la voluntad del testador.

Y, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1944, que reitera doctrina sentada por la de 9 de octubre de 1943, «toda interpretación, y por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenida en la ley o en el acto jurídico, *sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras*; y esta tesis, que alcanza especial relieve y aplicación cuando se trata de declaraciones de voluntad no receptorias, cual lo es el testamento, está sustancialmente acogida por el artículo 675 del C. c., que *concede notoria supremacía a la voluntad real del*

(2) Sobre esta terminología y su alcance, vid. BERTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*. Milán, 1949, pág. 312.

testador sobre el sentido literal de la declaración, sin perjuicio de prescribir —en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad—que debe el intérprete atenerse al sentido textual, siempre que la intención no parezca contraria, o lo que es igual, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador.

La misma sentencia agrega que «el caso de duda a que se refiere el propio artículo (675 C. c.) puede nacer, no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean en algún punto inexpresivas, ya que la ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del «tenor del mismo testamento» del cual pueda extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente, como así lo ha declarado ya la doctrina de esta Sala, en sentencias de 8 de julio de 1940 y 3 de junio de 1942».

Con tales presupuestos el Tribunal Supremo, en magistral sentencia de que fué ponente el Profesor Castán, admite que la cláusula entonces sujeta a interpretación, en la que se hablaba literalmente de «usufructo vitalicio», implicaba una sustitución fideicomisaria (arts. 781 y ss. del C. c.). En aquel caso, análogo al presente, nuestro más alto Tribunal, por boca de su hoy Presidente, no vaciló—confirmando el criterio del Tribunal *a quo*—en calificar a un «usufructuario» como heredero fiduciario o preheredero, porque la palabra «usufructo» debe ser entendida no en su sentido técnico-jurídico, sino en el que le atribuyó el testador, «aunque—como con gracia dice González Palomino—se enfurruñen los doctores» (3).

Es que—observa el mismo González Palomino—bajo la denominación genérica de *usufructo* vienen englobados en la práctica, y aun en la doctrina figuras y conceptos que tienen muy poco de usufructo. Hay muchos casos de «pseudousufructos» que podrían llenar un interesante capítulo sobre patología del usufructo. Entre ellos están los llamados «pseudousufructos testamentarios» (4).

3. Pues bien, creemos que nuestro caso constituye un claro supuesto de «pseudousufructo testamentario» que, en realidad, integra una modalidad típica de sustitución fideicomisaria.

Apoyamos nuestro aserto en las siguientes razones:

El criterio general para el seguro diagnóstico de un «pseudousufructo testamentario» lo suministra el gran jurista italiano Venezian al decir que «cuando aparezca clara y manifiesta la intención del disponente de privar al segundo llamado, mientras dure el disfrute del primero, de facultades inseparables del derecho de propiedad (cual es la de disponer), habrá que afirmar, sean cualesquiera las palabras usadas, que lo ordenado es una sustitución fideicomisaria». Y agrega que «vigentes leyes que—como ocurre hoy

(3) GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. II (1946), pág. 488.

(4) GONZÁLEZ PALOMINO: *op. et loc. cit.*, págs. 442 y sigs.

en España—reconocían el fideicomiso (sustitución fideicomisaria), era lógico que se indujese de ésta o de otras fórmulas análogas, la voluntad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria» (5).

En nuestro caso, durante la vida de doña L. F. P., o sea, durante la existencia del «pseudousufructo», el heredero a quien eventualmente pase la plena propiedad de la herencia a la muerte de la usufructuaria, está privado de facultades inseparables del derecho de propiedad (facultad dispositiva y «facultad de apropiación») (6); su llamamiento no lo confiere, de momento, derecho alguno, sino sólo una expectativa condicional (vid., cláusula tercera, *in fine*) Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que «el derecho del sustituto por cláusula de residuo (como la que se contiene en la tercera del testamento en examen), es eventual o de mera expectativa, pendiente la adquisición definitiva de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad de los bienes—condición suspensiva—al llegar el día de su fallecimiento—institución a término incierto—..., lo que significa que el sustituto de residuo no adquiere derecho a la sucesión hasta el último momento de la vida del primer llamado» (sentencias de 13 de noviembre de 1942, 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947) (7).

b) En el supuesto de hecho que contemplamos en nuestro dictamen no cabe siquiera explicar la eventual facultad de disponer de la usufructuaria, diciendo que se trata de un usufructo con facultad extraordinaria de disposición, según la tesis del Profesor Beltrán de Heredia (usufructo + *ius disponendi*)—para quien siempre que al usufructuario se conceda algún derecho de disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo únicamente, sino también otro derecho real distinto sobre cosa ajena, sustanciado en el *ius disponendi*, en virtud del principio del *numerus apertus* que nuestro ordenamiento admite en la constitución de los dere-

(5) VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, traducción española de ATARD, con notas de CASTÁN, t. I. Madrid, 1928, págs. 289 y sigs.

(6) La facultad de disposición presupone la titularidad del derecho, al menos en nuestro ordenamiento, porque se halla unida a ella de modo en principio permanente, teniendo carácter accesorio de la misma. De suerte que, en nuestro Derecho, no cabe un poder de disposición autónomo o independiente del derecho de propiedad. Es imposible sostener que pueda existir un verdadero derecho real, cuyo contenido específico sea una posibilidad de disposición. No existe el derecho real de disposición. En este sentido, vid. FERNÁNDEZ VILLACINCO: *La facultad de disposición*, en «Anuario de Derecho Civil», 1960, págs. 1042, nota 56; 1049, nota 76, y 1064; JORDANO BARRA: *Mandato para enajenar*, en «Anuario de Derecho Civil», 1961, págs. 1466 y 1476, nota 47.

No obstante, como veremos luego, se ha admitido entre nosotros la posibilidad de crear, al amparo del *numerus apertus* de derechos reales, uno autónomo que tenga como sustrato el *ius disponendi*.

En todo caso, es incontrovertible que la «facultad de apropiación» (facultad de consumo) de la cláusula tercera del testamento presupone la titularidad o propiedad.

(7) Sin embargo, advierte el Profesor LACRUZ BERNALDO (Anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, traducción española, Madrid, 1953, pág. 241), que «tales decisiones, en el caso normal de fideicomiso de residuo, son muy discutibles: el postheredero, a la muerte del proheredero heredado, recibe los bienes residuales como sustituto fideicomisario, y por ende del primer causante; no es su calidad de sustituto lo condicionado, sino sólo el quantum de los bienes que debe percibir, cuya ausencia no es óbice—al menos en la institución hereditaria—para ser segundo heredero, pues también aquí se aplica el principio *hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*».

chos reales (8)—, porque para no desnaturalizarse el usufructo con facultad de disponer lleva aparejado que, cuando se ejercita el *ius disponendi* o *distrahendi*, los bienes enajenados queden subrogados por su importe o valor, pasando éste a constituir el objeto del usufructo (la facultad dispositiva es así, en puridad, un poder de transformación de las cosas usufructuadas). Pero doña L. F. P., en caso de necesidad o enfermedad, puede enajenar «apropiándose de todo el valor del mismo testador, sin intervención de ningún heredero», es decir, que el importe de lo enajenado no queda sometido a usufructo, sino que corresponde a doña L. F. P., en pleno dominio, al poder hacerlo suyo (8 bis).

c) Si doña L. F. P., fuera simplemente usufructuaria vitalicia de toda la herencia no sería heredera—como es deseo claro y expreso del testador (cfr. la cláusula tercera, donde la «instituye y nombra heredera», y la cláusula sexta, que, sin distinción, se refiere a todos los favorecidos como a «herederos» que pueden perder su «condición de heredero»)—, pues, no sucedería por título universal.

A este propósito, conviene tener en cuenta, en primer lugar, que en el sistema del Código civil español (art. 660, 668 y 675) lo decisivo para considerar al favorecido en un testamento como heredero o como legatario es la voluntad del testador; el contenido de la disposición es un eficaz auxiliar en la investigación de dicha voluntad, e incluso funda ciertas presunciones *iuris tantum* (art. 768), pero no puede preponderar sobre lo realmente querido por el causante. Cuando éste ha querido investir al instituido de la compleja posición de sucesor universal, esto es, atribuirle la misión de tutela de su patrimonio moral, hacerle responsable de sus deudas y gravarle con los legados y demás cargas de la herencia, tal instituido sucede a título universal, siempre que el objeto de la institución se identifique—como ocurre en nuestro caso—o resulte adecuado con el patrimonio hereditario, concebido como sucesión en el *universum ius defuncti*. La jurisprudencia ha seguido en general esta misma dirección voluntarista, admitiendo el legado de parte alcuota y, correlativamente, la institución de heredero *ex re certa* (9).

En segundo lugar, conforme al criterio del Código civil español, el sucesor en usufructo vitalicio de una herencia o parte alcuota de ella no es un sucesor universal, como lo prueba la peculiar organización de su respon-

(8) Vld. BELTRÁN DE HEREDIA: *Usufructo sobre usufructo en la legislación española*, en «Revista de Derecho Privado», 1941, págs. 297 y sigs.; JORDANO BARRA: *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en «Anuario de Derecho Civil», 1948, págs. 906 y siguientes.

(8 bis) Cfr. VALLET DE GOTTISOLO. *Derechos reales (Cursillos de conferencias)*, según redacción de SÁNCHEZ DE FRUTOS, en «Anuario de Derecho Civil», 1962, pág. 684, para quien el usufructo testamentario de disposición no es un usufructo más *ius disponendi*, sino una propiedad temporal al modo de los fideicomisos de residuo. Cfr. también OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1967, págs. 310 y sigs., a cuyo juicio, la disposición testamentada así ordena—usufructo con facultad de disposición—se aproxima mucho a las disposiciones en propiedad con cláusula de residuo, llegando a identificarse—agregamos nosotros—cuando la facultad de enajenar es tan absoluta (facultad de consumo) que el heredero «usufructuario» puede hacer suyo el importe obtenido, como pleno dueño.

(9) Cfr. LACRUZ BERDEJO: *op. et loc. cit.*, pág. 94 y sigs.; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, págs. 178 y siga.

sabilidad por las deudas y cargas de la herencia: responde *inter partes*, es decir, frente al heredero nudo propietario, no frente a los acreedores y legatarios; su responsabilidad es meramente transitoria (en último término, se resuelve en el pago de los intereses del capital destinado a satisfacer las deudas, mientras dure el usufructo); se halla limitada a los bienes hereditarios y se hace efectiva de un modo especial (arts. 508 y 510 del Código civil) (10). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que la posición jurídica del sucesor usufructuario «no es absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal (sentencia de 11 de enero de 1950) (11).

Así, pues, para mantener la clara voluntad del testador de instituir a su esposa como heredera, no hay más remedio que admitir que la instituyó como heredera fiduciaria, pues el fiduciario, en cuanto heredero, no es mero usufructuario, sino dueño o propietario. En este sentido, se ha pronunciado ya la mejor doctrina con argumentos, irrefutables y contundentes, que no son del caso repetir aquí (12). Nuestra jurisprudencia comenzó equiparando las posiciones del fiduciario y del usufructuario; pero pronto estableció las diferencias, si bien señalando, con acierto, que son aplicables por analogía al supuesto de la sustitución fideicomisaria muchas de las disposiciones dictadas para el usufructo (sentencias del T. S. de 29 de enero de 1916, 28 de febrero de 1919, 22 de diciembre de 1920, 19 de mayo de 1952 y 20 de octubre de 1954, así como resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943).

4. Los razonamientos hechos anteriormente excluyen que las cláusulas testamentarias puedan ser interpretadas en el sentido de que contienen una disposición por la cual el testador deja a una persona el usufructo de la herencia y a otra la nuda propiedad.

Es cierto que la naturaleza jurídica de esta disposición, prevista por el artículo 787 del Código civil, ha sido y es muy discutida, llegándose por algunos a identificarla con la sustitución fideicomisaria (13). Se ha observado, en efecto, que el artículo 787 está colocado incongruentemente en la sección de las sustituciones, lo que parece suponer que el Código civil le otor-

(10) LACRUZ BERDEJO: *op. et loc. cit.*, págs. 15-16.

(11) Vid. también la sentencia de 11 de febrero de 1966 y la anotación de IPIENS en «Anuario de Derecho Civil», 1966, págs. 1111 y sigs.

(12) Vid., por todos, GONZÁLEZ PALOMINO: *op. et loc. cit. passim*; *Enajenación de bienes pseudusufructuados*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. V. (1960), págs. 920 y sigs.; DE LA CÁMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 637 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, *op. et loc. cit.*, págs. 237 y sigs.; LÓPEZ Y LÓPEZ, *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, en «Anuario de Derecho Civil», 1965, pág. 769; OSSORIO MOCILAS, *op. cit.*, pág. 281.

(13) Para LACRUZ BERDEJO (*op. et loc. cit.*, pág. 113), la institución hereditaria en usufructo vitalicio con designación de la persona a quien debe pasar la plena propiedad de la herencia tras la muerte del primer instituido como usufructuario, importa una sustitución fideicomisaria. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 1931 afirma que son íntimas las analogías que se establecen entre la institución usufructuaria y la fideicomisaria, que los juristas catalanes estiman que son una y la misma institución.

ga carácter de sustitución (14). Si esto fuera así desembocaríamos, por otro camino, en la misma conclusión obtenida en el anterior apartado de este dictamen: interpretar las cláusulas testamentarias en el sentido de que contienen una sustitución fideicomisaria.

Pero, aun manteniendo—como parece más conveniente—que el artículo 787 del Código civil contempla un doble llamamiento *simultáneo* de una persona para el usufructo y de otra para la nuda propiedad de la misma herencia o parte de ella, distinto, por tanto, de la sustitución fideicomisaria y que sólo presenta con ella analogía o produce similares efectos prácticos (15), los mismos argumentos poco antes expuestos para razonar que en nuestro caso hay un «pseudousufructo testamentario» (que, en realidad, integra—según dijimos—una modalidad típica de sustitución fideicomisaria) impiden que interpretemos las cláusulas en cuestión como integrantes del supuesto previsto por el artículo 787 del Código civil.

5. Después de todo lo dicho podemos afirmar, con seguridad, que nos encontramos frente a una sustitución fideicomisaria (siendo heredera fiduciaria doña L. F. P., y herederas fideicomisarias, de la manera allí indicada, y las personas designadas en la cláusula cuarta del testamento) (16), que deja paso a una de residuo si se cumple la condición bajo la que ésta fué establecida (que se produzca caso de enfermedad o de necesidad, apreciadas objetivamente, a tenor de la cláusula tercera del testamento) (17).

No constituye ningún obstáculo para la tesis que, sin reservas, defendamos lo dispuesto en los artículos 783, párrafo primero, y 785, número 1.º, del Código civil. Estos preceptos han abolido las sustituciones *sobreentendidas*, pero no la normal interpretación de voluntad del testador (art. 675 del C. c.). En una palabra, el Código civil no admite los llamamientos conjeturales, pero, en su sistema, para que exista sustitución fideicomisaria,

(14) Vid. LEZÓN: *Institución conjunta de herederos en usufructo y en nuda propiedad, según el artículo 787 del Código civil. Su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1928, págs. 334 y sigs.

(15) Así LÓPEZ Y LÓPEZ (*op. et loc. cit.*, págs. 781, nota 138), para quien el motivo de tratarse de una disposición que presenta parecido o produce análogos resultados prácticos que la sustitución fideicomisaria, ha llevado al legislador a tratarlas juntas, como es regla general hacerlo en los Códigos civiles, no teniendo tal proceder del legislador en este punto significado normativo, pues se trata tan sólo de un criterio sistemático, por lo demás, acertado. Vid. también OSSORIO MORALES, *op. cit.*, págs. 308-309.

(16) Según esta cláusula, hay un heredero fideicomisario, doña A. M. B., instituido eventualmente, como tal, en la plena propiedad de la mitad de la herencia y en la nuda propiedad del resto, siendo para entonces llamada simultáneamente doña I. A. B. como usufructuaria de esta otra mitad de la herencia. Habiendo fallecido la última antes que el testador, es evidente que no llegó a nacer su eventual derecho de usufructo. Falleciendo después, se hubiera consolidado la nuda propiedad de doña M. A. B., quien sería así eventual heredera fideicomisaria de la plena propiedad de toda la herencia.

Las hijas legítimas de doña M. A. B. están contempladas por el testador como sustitutos de su madre. Hay, pues, unos eventuales herederos fideicomisarios que, como tales, son llamados a la herencia según el mecanismo de la sustitución vulgar (arts. 774 y 778 del Código civil).

(17) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ: *op. et loc. cit.*, pág. 778, nota 155. En este brillante estudio se demuestra que el llamado fideicomiso de residuo se encuentra regulado en el Código civil español, como una de las dos modalidades típicas de sustitución fideicomisaria: una está constituida por la que contempla el art. 781 (sustitución fideicomisaria con obligación de conservar), la otra es la que tiene su sede en el art. 783, párrafo 2.º (sustitución fideicomisaria de residuo).

no es absolutamente necesario que el testador utilice esta expresión, baltando con que de su disposición se desprenda inequívocamente—y no por simples conjeturas—que tiene uno de los contenidos posibles de esta figura. Quiere ello decir que la sustitución fideicomisaria puede resultar establecida no sólo *apertis verbis*, sino también *re ipsa*, sustancialmente, como ha reconocido nuestro Tribunal Supremo en la importante sentencia de 6 de marzo de 1944 (18).

Dice muy gráficamente González Palomino que, a pesar de lo dispuesto en los artículos 783, párrafo 1.º, y 785, número 1.º, del Código civil, surtirán efecto como sustituciones fideicomisarias las cláusulas testamentarias en que no se den *nominationem* ninguno de los requisitos sacramentales que esos artículos establecen, *si se dan de hecho* y no puede cumplirse eficazmente de otra manera la voluntad del testador (19). Y esto es, precisamente, lo que ocurre en nuestro caso.

II

Resolución de las cuestiones planteadas

1. La conclusión obtenida en el capítulo anterior despeja el camino para la debida resolución de la cuestión social planteada en la pregunta segunda de la consulta.

En efecto, siendo doña L. F. P., heredera fiduciaria del *universum ius defuncti*, resulta claro que su condición o posición jurídica en el seno de la sociedad «J. A. B., y Compañía, S. L.», como causahabiente *mortis causa* de su esposo por razón de la parte de gananciales correspondientes al mismo, no es la de mera usufructuaria de la mitad de las participaciones sociales que ostentaba su marido, sino la de plena titular de las mismas (20).

Por consiguiente, no es de aplicar el artículo 24 de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada (21); la cualidad de socio, con todos los derechos que a tal cualidad reconocen la escritura social y la Ley de 17 de julio de 1953, corresponde a doña L. F. P.

2. En virtud de lo establecido por los artículos 14 y 32 de los estatutos sociales la condición de gerente se tributó a don J. A. B., *a título personal*, no pudiendo transmitirse, por tanto, a su esposa.

Ahora bien, doña L. F. P., como plena titular de las participaciones

(18) En el mismo sentido, vid. GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudusufructuados*, cit., págs. 918 y sig.; LACRUZ BERRIO: *op. et loc. cit.*, págs. 112-113.

(19) GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico y tratamiento del pseudusufructo testamentario*, cit., págs. 457-558.

(20) Cfr. LARRAZ: *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1947, págs. 31 y sigs.

(21) «En caso de usufructo de participaciones sociales—dispone el citado precepto—, la cualidad de socio reside en el nudo propietario. Pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas durante el período de usufructo y que se repartían dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de la escritura social, al nudo propietario de las participaciones sociales de que se trate.»

sociales que en la sociedad «J. A. B., y Compañía, S. L.», ostentaba su marido (participaciones que hoy corresponden a la consultante, la mitad por gananciales y la otra mitad por ser heredera fiduciaria de su esposo), puede—a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1.º, apartado 2.º, del artículo 15 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y del artículo 19, párrafo 2.º, de los estatutos sociales—solicitar, en cualquier momento, la celebración de junta extraordinaria para el nombramiento de nuevo cogerente (cf. art. 24 letra b, de los estatutos), ya que la consultante—titular plena de participaciones sociales por valor de 2.100.000 pesetas—representa más de la cuarta parte del capital social. Convocada necesariamente la junta por imperativo legal y estatutario, doña L. F. P., podrá ser nombrada cogerente por «acuerdo» social representativo de la mayoría del capital de la sociedad (arts. 14, *in fine*, y 24, letra b, de los estatutos, y 14, párrafo 1.º v 3.º, y 17, *a contrario sensu*, de la Ley de sociedades limitadas).

Queda así cumplidamente respondida la tercera pregunta de la consulta.

CONCLUSIONES

Primera. Las cláusulas testamentarias deben ser interpretadas en el sentido de que contienen un claro supuesto de «pseudousufructo testamentario» que, en realidad, integra una modalidad típica de sustitución fideicomisaria.

Nos encontramos frente a una sustitución fideicomisaria (siendo heredera fiduciaria doña L. F. P., y herederos fideicomisarios, de la manera allí indicada, las personas designadas en la cláusula cuarta del testamento), que deja paso a una de residuo si se cumple la condición bajo la que ésta fué establecida (que se produzca caso de enfermedad o de necesidad, apreciadas objetivamente, a tenor de la cláusula tercera del testamento).

Según lo dispuesto y ordenado en el testamento, la condición o posición jurídica de doña L. F. P., es, pues, la de un heredero fiduciario del *universum ius defuncti*, que, en cuanto heredero, no es mero usufructuario, sino dueño o propietario (22).

Segunda. La condición o posición jurídica de doña L. F. P., en el seno de la sociedad «J. A. B., y Compañía, S. L.», como causahabiente *mortis causa* de su esposo por razón de la parte de gananciales correspondientes al mismo, no es la de mera usufructuaria de la mitad de las participaciones sociales que ostentaba su marido, sino la de plena titular de las mismas, no siendo—por consiguiente—de aplicar el artículo 24 de la Ley de 17 de julio de 1953. La cualidad de socio, con todos los derechos anejos reconocidos por la escritura social y la Ley de sociedades limitadas, corresponde a doña L. F. P.

Tercera. Doña L. F. P., como plena titular de las participaciones sociales que ostentaba su marido (correspondiendo a ella hoy la mitad por gananciales y la otra mitad por ser heredera fiduciaria de aquél), puede

(22) Es curioso observar que, en este punto, el criterio fiscal—criterio realista—coincide con el civil más depurado (cfr. art. 32, párrafos 2, 3 y 4 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales).

—a tenor de lo dispuesto en la Ley de sociedades limitadas y en los estatutos sociales—solicitar, en cualquier momento, la celebración de junta extraordinaria para el nombramiento de nuevo cogerente, por representar más de la cuarta parte del capital social.

Convocada necesariamente la junta por imperativo legal y estatutario, doña L. F. P., pora ser nombrada cogerente por acuerdo que represente la mayoría del capital social. Y ella está en grado de imponer tal acuerdo al ser titular plena de participaciones por valor de 2.100.000 pesetas, siendo el capital social de 4.100.000 pesetas.

Tal es mi dictamen, que—con todo gusto—someto a otro mejor fundado. Santiago de Compostela, septiembre de 1957.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José M.^a AMUSATEGUI,
Rafael IZQUIERDO y José Luis LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Derecho de la persona.

REGISTRO CIVIL: *Se reorganiza el Registro Civil* (Ley 8 junio 1957; «Boletín Oficial» del 10).

A) EXPOSICIÓN.

I. RÉGIMEN JURÍDICO.

a) *Ambito temporal.*

1) *Vigencia.*—«Esta Ley comenzará a regir a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (Disp. final 2.^a, párrafo 1.^o) (1).

2) *Derecho transitorio.*—«La presente Ley regirá, respecto de los hechos acaecidos, a partir de su vigencia, y en cuanto a los anteriores, sujetos a inscripción aun no inscritos.» Los procedimientos regulados en el Tit. VI («De la rectificación y otros procedimientos», arts. 92 a 97) son aplicables a las inscripciones anteriores; si hubiera procedimientos empezados bajo la legislación anterior y fueran diferentes de los establecidos en esta Ley, los interesados podrán optar por unos o por otros (Dips. transitoria).

b) *Ambito material (objeto).*

1) *En general.*—«En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley» (art. 1.^o, párrafo 1.^o).

2) *En particular.*—«Constituyen, por tanto, su objeto: 1.^o, el nacimiento; 2.^o, la filiación; 3.^o, el nombre y apellidos; 4.^o, la emancipación y habilitación de edad; 5.^o, las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión

(1) «Dentro del plazo indicado se aprobará el nuevo Reglamento del Registro Civil». La prensa ha dado noticia de un Decreto-ley aplazando la entrada en vigor de esta Ley. Sin embargo, dicho Decreto-ley no ha aparecido publicado en el «B. O.», por lo que carece de efectos jurídicos de carácter general, según dispone el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957. En consecuencia, cumplido el día 10 de diciembre el plazo de seis meses que preveía la Ley del Registro Civil para su entrada en vigor, esta Ley tiene ya vigencia.

de pagos; 6.º, las declaraciones de ausencia o fallecimiento; 7.º, la nacionalidad y vecindad; 8.º, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley; 9.º, el matrimonio, y 10, la defunción» (art. 1.º, párrafo 2.º).

c) *Eficacia derogatoria*.—«A partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley quedarán derogadas las demás disposiciones relativas al Registro Civil» (Disp. final 2.º, párrafo 2.º). «Continúan en vigor las disposiciones del Código civil relativas al Registro en cuanto no estén modificadas por lo establecido en esta Ley. Quedan incorporadas, conforme a la Ley y al Reglamento, al Registro Civil el de Tutelas y el de Ausentes» (Disposición final 1.º).

II. EFECTOS.

a) *Probatorios*.—«El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuese posible certificar el asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento» (art. 2.º).

b) *Impugnaciones*.—«No podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente» (art. 3.º). «La inexactitud de un asiento en el Registro Civil se podrá plantear como cuestión prejudicial a la vista de la certificación admitida en cualquier juicio» (art. 4.º, párrafo 1.º).

c) *Publicitarios*.—«El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos» (art. 6.º, párrafo 1.º).

1) *Formas de publicidad*.—«La publicidad se realiza por manifestación y examen de los libros... (2) y por certificación de... los asientos...» (art. 6.º, párrafo 2.º).

2) *Certificaciones de los asientos*.

1º *Clases*.—«... de alguno o de todos los asientos del mismo folio (3), literal o en extracto, o negativa si no los hubiere» (art. 6.º, párrafo 2.º, i, f).

2º *Libro de Familia*.—«En el Libro de Familia se certificará, a todos los efectos, gratuitamente, de los hechos y circunstancias que determine el Reglamento inmediatamente de la inscripción de los mismos» (4).

III. ORGANIZACIÓN.

a) *Jerarquía*.—«El Registro Civil depende del Ministerio de Justicia.

(2) «...previa autorización, tratándose de Registros municipales del Juez de Primera Instancia...»

(3) «Si la certificación no se refiere a todo el folio, se hará constar..., que en lo ocurrido no hay nada que amplíe, restrinja o modifique lo inserto, y si lo hay se hará necesariamente relación de ello en la certificación» (art. 6.º, párrafo 3.º).

(4) Leyes de 15 de noviembre de 1915 y 7 de mayo de 1942. Vid. *Derecho civil*, de CASTÁN, 8.ª ed., tomo I, vol. II, págs. 356 y 357.

Todos los asuntos a él referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado» (art. 9.º, párrafo 1.º).

1) *Potestad de mando.*—«Los encargados del Registro, cualesquiera que sean los cargos o empleos que desempeñen, deben cumplir, para todo cuanto se refiere al Registro Civil, las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General del ramo, aun cuando les fuesen comunicadas directamente» (art. 9.º, párrafo 2.º).

2) *Potestad de vigilancia.*—«La inspección superior del Registro Civil corresponderá exclusivamente al Ministerio de Justicia, ejerciéndole bajo su inmediata dependencia la Dirección General en la forma que en el Reglamento disponga. La inspección ordinaria de los Registros municipales se ejerce por el correspondiente Juez de Primera Instancia» (art. 13).

3) *Potestad correctiva y disciplinaria.*—«Las infracciones relativas al Registro que no constituyan delito o falta serán corregidas, según su importancia, con multa que no exceda de 2.000 pesetas, sin perjuicio, en su caso, de las correcciones administrativas a que hubiere lugar» (artículo 14, párrafo 1.º) (5).

b) *Tipos de Registro Civil y funcionarios encargados de su servicio.*

1) «El Registro Civil está integrado:

1.º Por los Registros Municipales, a cargo del Juez Municipal o Comarcal, asistido del Secretario...» (art. 10, 1.º). «Existirá cuando menos (6), un Registro para cada término municipal (7), salvo la Sección 4.ª (8), que será única para toda la circunscripción del Juzgado Municipal o Comarcal correspondiente (art. 11, párrafo 1.º). «La oficina del Registro debe hallarse instalada dentro de la circunscripción del mismo» (art. 31, al principio).

2.º «Por los Registros consulares, a cargo de los Cónsules de España en el extranjero» (art. 10, 2.º) (9).

3.º «Por el Registro Central, a cargo de un funcionario de la Dirección General» (art. 10, 3.º) (9).

2) *Nulidad de actuaciones.*—«Las actuaciones realizadas por quien sin estar legítimamente encargado del Registro hubiese públicamente ejercido, sus funciones son inválidas, pero sólo perjudicarán a quienes obraron de mala fe» (art. 22).

c) *Competencia.*

1) *Del Registro como institución nacional.*—«En el Registro constarán

(5) «El Ministro podrá imponer las multas en la máxima cuantía; las que impongan la Dirección, el Juez de Primera Instancia o el encargado del Registro no podrán exceder, respectivamente, de 1.500 1.000 ó 500 pesetas» (art. 15 párr. 2.º).

(6) En las poblaciones en que haya más de un Juzgado Municipal, los Registros seguirán a cargo de los Jueces municipales, asistidos por Secretarios de la Justicia Municipal... (art. 11, párrafo 2.º).

(7) «Los Jueces de Paz, en los Registros municipales respectivos, actuarán asistidos de los Secretarios, por delegación del Juez municipal o comarcal correspondiente» (art. 11, párrafo 3.º).

(8) «De tutelas y representaciones legales».

(9) «Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro a su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Central para su debida incorporación» (art. 12, primera parte).

los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en el territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español» (art. 15).

2) *De cada Registro* (10).

1') *Registros Municipales o Consulares.*

1") *En general.*—«Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen» (artículo 16, párrafo 1.º).

2") *En particular.*—«1.º, si se desconoce el lugar del nacimiento de un niño abandonado o el de fallecimiento de una persona, se inscribirán en el Registro del lugar donde fueren encontrados el niño o el cadáver; 2.º, los nacimientos y matrimonios durante un viaje se inscribirán en el Registro del lugar en que se dé término al mismo. Si se tratara de fallecimiento, donde haya de efectuarse el enterramiento o, en su defecto, el de primera arribada; 3.º, caso de naufragio, será competente el Registro del lugar donde se instruyan las primeras diligencias» (art. 16, párrafos 2.º, 3.º y 4.º).

2') *Registro Central.*—«En él se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro Registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impiden el funcionamiento del Registro correspondiente» (art. 18, párrafo 1.º) (11).

3') *Traslados.*—«Las inscripciones de nacimiento, matrimonio o defunción, con sus asientos marginales, serán trasladadas a petición de quienes tengan interés cualificado en ello: 1.º, las del Registro competentes al Registro Central y las demás de este Registro, consten o no en el Registro Consular, al Registro del domicilio del nacido, cónyuges o último conocido del difunto, en los respectivos casos; 2.º, las referentes a iguales hechos acaecidos en el curso de un viaje, al mismo Registro del domicilio y, en su defecto, al Registro Central; 3.º, las de los Registros de las posesiones españolas, al Registro indicado en el número anterior, previa calificación por el encargado de éste de haberse cumplido sustancialmente en los asientos las garantías exigidas por la Ley española, y 4.º, las practicadas en el Registro Central por imposibilidad del Registro competente, a este mismo Registro.

En todo caso, realizado el traslado, quedarán sin vigencia los asientos de procedencia, que serán cancelados haciendo referencia a los nuevos asientos» (art. 20).

d) *Incompatibilidad.*—«Los funcionarios del Registro Civil no podrán extender asientos, expedir certificaciones ni intervenir con tal carácter en ningún acto, diligencia o expediente que se refiera a su persona o a la de

(10) «El Juez encargado del Registro que tenga competencia para la inscripción la tiene también para los actos previos gubernativos o de jurisdicción voluntaria atribuidos a la Justicia municipal» (art. 17).

(11) También se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares (art. 18, párrafo 2.º).

su cónyuge, parientes o afines en línea recta o en la colateral hasta segundo grado» (art. 21).

IV. FUNCIONAMIENTO.

a) Disposiciones generales sobre el modo de llevar los Registros.

1) *Lugar*.—En la oficina del Registro, de la cual no podrán sacarse los libros bajo pretexto alguno, salvo peligro de destrucción (art. 31). «El Registro Civil se divide en cuatro Secciones, denominadas: la 1.ª, «Nacimientos y general»; la 2.ª, «Matrimonios»; la 3.ª, «Defunciones», y la 4.ª, «Tutelas y representaciones legales». Cada una de (ellas)... se llevará en libros distintos, formados con las cautelas y el visado reglamentario» (art. 33).

2) *Tiempo*.—«A los efectos del Registro Civil son hábiles todos los días y horas del año» (art. 32).

3) *Forma*.—«Los asientos se extenderán sin dejar folios o espacios en blanco ni usar otras abreviaturas o guarismos que los reglamentariamente permitidos...» (art. 34, primera parte).

b) Procedimiento para practicar las inscripciones.

1) Promoción.

1ª) *Personas obligadas a promover sin demora la inscripción*.—«1.ª, los designados en cada caso por la Ley; 2.ª, aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible; 3.ª, el Ministerio fiscal» (12) (art. 24, párrafo 1.º). «El Juez competente, para la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes, civiles o canónicas sujetas a inscripción, deberá promover ésta...» (art. 25, primera parte).

2ª) «El encargado del Registro velará por la concordancia del Registro y la realidad, excitando al Ministerio fiscal, advirtiéndole a los interesados y comunicándose con los demás órganos del Registro Civil» (art. 26).

3ª) *Titulos*.—«Las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados por la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrá practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española» (art. 23).

«La inscripción de nacimiento, matrimonio o defunción ocurridos en el curso de un viaje marítimo o aéreo, en campaña o en... circunstancias excepcionales (de guerra u otras cualesquiera que impiden el funcionamiento del Registro correspondiente)..., en lazareto, cárcel, cuartel, hospital u otro Establecimiento público análogo, en lugar incomunicado o en determinados núcleos de población distantes de la oficina del Registro, podrá practicarse, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, en virtud de acta levantada, con los requisitos del asiento correspondiente, por las Autoridades o funcionarios que señale el Reglamento» (art. 19, párrafo 1.º).

2) Calificación.—«El encargado del Registro competente calificará los

(12) «Las autoridades y funcionarios no comprendidos en los números anteriores a quienes consten por razón de sus cargos los hechos no inscritos, están obligados a comunicarlos al Ministerio fiscal» (art. 24, al final).

hechos, cuya inscripción se solicite, por lo que resulte de las declaraciones y documentos presentados o del mismo Registro. En cuanto a las declaraciones, la calificación comprenderá la capacidad e identidad del declarante. La de las sentencias y resoluciones se limitará a la competencia y clase del procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro» (art. 27).

«Las decisiones del encargado del Registro son recurribles durante treinta días en vía gubernativa ante el Juez de Primera Instancia correspondiente, con apelación en igual tiempo ante la Dirección General, sin que quepa ulterior recurso, salvo cuando proceda la vía judicial ordinaria» (artículo 29).

3) Extensión de la inscripción.

1) *Tiempo*.—Inmediatamente de presentados los documentos o formulada la declaración, salvo que se deniegue la inscripción, o por dudas fundadas sobre la exactitud de las declaraciones, se realicen las oportunas comprobaciones en el plazo de diez días (art. 28). «La inscripción se llevará a efecto en unidad de acto» (art. 30, al principio).

2) *Forma*.—«En las inscripciones constarán exclusivamente: 1.º, los hechos de que hacen fe, según su clase, con indicación, si fueren conocidos, de las circunstancias de la fecha, hora y lugar en que acaecen y las demás exigidas en cada caso por la Ley o el Reglamento; 2.º, la declaración (13) o el documento auténtico (14) en virtud del cual se practican; 3.º, la fecha de las mismas y los nombres de los funcionarios que las autoricen» (art. 35). «Los asientos se cerrarán con las firmas del encargado del Registro Civil y del secretario...» (art. 37, al principio).

c) Otros asientos.

1) *Anotaciones*.—«A petición del Ministerio fiscal o de cualquier interesado se anotará, con valor simplemente informativo: 1.º, el procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro; 2.º, el hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado; 3.º, el hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil, según la Ley extranjera; 4.º, la sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil, en tanto que no se obtenga el «exequatur»; 5.º, la sentencia o resolución canónica cuya ejecución, en cuanto a efectos civiles, no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente, y 6.º, aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento» (art. 38, párrafo 1.º).

2) *Notas marginales de referencia*.—«Al margen de la inscripción de nacimiento se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento» (art. 39).

(13). «El asiento practicado en virtud de declaración será suscrito por el declarante, y si no sabe o no puede, por dos testigos a su ruego, expresándose el nombre y apellidos de uno y otros» (art. 36, párrafo 1.º).

(14) «El (asiento) practicado en virtud de documento auténtico expresará su fecha y funcionario autorizante, si se trata de resolución judicial o administrativa, la fecha y autoridad que la dicta» (art. 36, párrafo 2.º).

3) *Cancelaciones*.—En casos de traslados (art. 20, párrafo 2.º), interrupción al practicar una inscripción (art. 30, al final), etc.

V. SECCIÓN PRIMERA: «NACIMIENTOS Y GENERAL».

a) *Inscripción de nacimientos*.

1) *Objeto*.—«... los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código civil» (art. 40) (15).

2) *Efectos y alcance*.—«La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito» (artículo 41).

3) *Promoción*.

1') *Personas obligadas a declarar*: los padres, el pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el alumbramiento, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa donde el nacimiento ocurriese; respecto a los recién nacidos abandonados, la persona que los haya recogido. Habrán de tener conocimiento cierto del nacimiento y formularán la declaración entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al alumbramiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior (arts. 42 y 43).

2') *Titulos*.

1'') «La inscripción se practica en virtud de declaración...» (art. 42, a, p).

2'') «En caso de viaje o de circunstancias que impidieran la demora, el acta de nacimiento (16) podrá levantarse antes de las veinticuatro horas del hecho...» (art. 19, párrafo 3.º, al principio).

3') *Comprobaciones*.

1'') *Parte escrito*.—«... en todo caso, el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asista al nacimiento estará obligado a dar indiatamente parte escrito del mismo al encargado del Registro» (art. 44, primera parte).

2'') «... en defecto de parte, el encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario» (art. 44, al final).

3'') Para practicar la inscripción en virtud de actas de nacimiento levantadas antes de las veinticuatro horas del hecho, será necesario demostrar la supervivencia del nacido a dicho plazo (art. 19, párr. 3.º).

b) *Inscripciones marginales* (art. 46):

1) *En general*.—Los hechos inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

2) *En particular*.—La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, quiebra, suspensión de pagos, ausen-

(15) En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes relativos a los alumbramientos de criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal aproximadamente (art. 45).

(16) El artículo 19 permite la inscripción en virtud de actas que reúnan los requisitos del asiento correspondiente (vid., supra IV, b, 1, 3').

cia o fallecimiento y los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad. Los que afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los padres, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.

c) *La filiación y el Registro civil:*

1) Principio de igualdad.—«Fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación» (art. 52).

2) Filiación materna.—Constará en la inscripción de nacimiento del hijo, siempre que en este dato coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (art. 47, párr. 1.º). Podrá suprimirse por desconocimiento o en virtud de sentencia.

3) Desconocimiento.—Si no consta el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro notificará, sin demora, el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos; en el plazo de quince días desde la notificación podrá formular el desconocimiento ante el encargado del Registro la persona que figure como madre, inscribiéndose marginalmente; esto se notificará personalmente al inscrito, a sus herederos o al Ministerio fiscal, si el representante legal del inscrito no fuere conocido (art. 47, párrs. 3.º y 4.º).

4) Filiación paterna.—Constará en la inscripción del hijo o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento (art. 48).

5) Reconocimiento.—«Puede hacerse, con arreglo a las formas establecidas en el Código civil, o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código» (art. 49, párr. 1.º)

6) Inscripción de la filiación natural:

1º) Supuestos.—«Podrá inscribirse la filiación natural.. si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.º) Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. 2.º) Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. 3.º) Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo» (art. 49, párr. 2.º) (17).

2º) Procedimiento.—Expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio fiscal o de parte interesada (18).

7) Efecto preclusivo de la inscripción de filiación.—«No podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio fiscal» (art. 50).

8) Restricción de la publicidad de la filiación extramatrimonial.—«No podrán manifestarse los asientos ni liberarse certificación que contenga el

(17) V. artículos 135 y 136 del Código Civil.

(18) «Formulada oposición la inscripción... sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario» (art. 49, párrafo 3.º).

dato de una filiación ilegítima o desconocida, sino a las personas a quienes directamente afecta o con autorización del Juez de Primera instancia, a quienes justifiquen interés especial» (art. 51).

d) *Nombre y apellidos:*

1) Función y protección.—«Las personas son designadas por su nombre y apellidos..., que la Ley ampara frente a todos» (art. 53).

2) Formación:

1') El nombre.—Se inscribirá el que se dé al nacido, que debe ser, en su caso, el que se imponga en el bautismo (art. 54, párr. 1').

2') Los apellidos:

1'') La filiación legítima o natural determina los apellidos (art. 55).

2'') Los hijos naturales, reconocidos sólo por el padre, tienen los apellidos por el mismo orden que éste (art. 55, párr. 2').

3'') Los reconocidos sólo por la madre llevarán los dos primeros apellidos de ésta, pudiendo, si así lo desean, invertir su orden (art. 55, párr. 2').

4'') Al nacido cuya filiación no pueda determinarse, el encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente (art. 55, párrafo 3').

3) Alteración:

1') Autorización. Procedimientos.

1'') Por el Ministerio de Justicia, previo expediente reglamentario, concurriendo los siguientes requisitos: 1.º) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado; no será necesario este requisito en caso de apellidos contrarios al decoro o que ocasionen graves inconvenientes, o para evitar la desaparición de un apellido español. 2.º) Que el apellido o apellidos que se traten de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario. 3.º) Que provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar (arts. 57 y 58, párrafo 1').

2'') Por Decreto, a propuesta del Ministerio de Justicia y con audiencia del Consejo de Estado.—Cuando se den circunstancias excepcionales (artículo 58, párr. 2').

3'') Por el Juez de Primera instancia, previo expediente.—En los casos particulares que establece el art. 59 (19). Se requiere justa causa y ausencia de perjuicio de tercero (art. 60).

2') Perfección.—«Las autorizaciones de cambio de nombre o apellidos no surten efecto mientras no se inscriban al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento» (art. 62).

3') Alcance.—Afecta a los sujetos a la patria potestad y a los demás parientes que expresamente lo consientan (art. 61).

e) *Nacionalidad y vecindad civil:*

1) Presunción general.—«Se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España», salvo lo dispuesto en

(19) Cambio del apellido Expósito o semejantes, de nombres ilegales, conservación de los apellidos usados por hijos naturales, cambio de nombre por el impuesto canónicamente, traducción de nombre extranjero.

el título I, Libro 1.º del Código civil, y en tanto no conste la extranjería de los padres. «La misma presunción rige para la vecindad civil» (art. 68).

2) Competencia para la concesión de nacionalidad por residencia y para la tramitación de los expedientes de concesión de cartas de naturaleza o de recuperación por concesión graciosa del Jefe del Estado.—El Ministerio de Justicia (art. 63).

3) Competencia para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad.—El mismo funcionario que determinan las reglas sobre opción de nacionalidad. Si no es el encargado del mismo Registro donde conste inscrito el nacimiento, levantará acta con los requisitos exigidos para la inscripción, remitiéndole a dicho Registro, considerándose fecha de la inscripción la del acta (art. 64) (20).

4) Ejecución del artículo 26 del Código civil (21).—La declaración sólo puede hacerse dentro de un año, a contar de la fecha en que la Ley del país de residencia atribuya la nacionalidad extranjera o desde la mayor edad o emancipación del declarante, si la ley extranjera la hubiere atribuido antes (art. 65, párr. 1.º).

5) Las declaraciones sobre adquisición o conservación de nacionalidad o vecindad civil no necesitan ser reiteradas, cualesquiera que sean el tiempo transcurrido o los cambios de residencia (art. 65, párrs. 2.º y 3.º).

6) Doble nacionalidad.—Se inscribirán en el Registro civil español las declaraciones y hechos que afecten a ella, comunicándose estas inscripciones a la Dirección general (art. 66).

7) Pérdida de la nacionalidad.—«Se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción» (art. 67, primera parte).

VI. SECCIÓN SEGUNDA: «MATRIMONIOS».

a) *Disposiciones generales*.—La inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae (art. 69).

b) *Matrimonio canónico*:

1) Requisitos previos.—Están obligados a promover la inscripción del matrimonio canónico los propios contrayentes. A este fin pondrán por escrito en conocimiento del encargado del Registro competente, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos, el día, hora y lugar del acto. El encargado dará recibo de dicho aviso y asistirá, por sí o por delegado, a la celebración, al sólo efecto de verificar la inmediata inscripción.

(20) «Los interesados podrán hacer la declaración de opción..., ante el encargado del Registro Civil del pueblo en que residieren, para los que se hallen en el Reino, o ante uno de los Agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español, si residen en el extranjero» (art. 18, párrafo 2.º del Código civil).

(21) «Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, aunque las leyes del país en que residen les atribuyan la nacionalidad del mismo, no perderán la española si declaran expresamente su voluntad de conservarla ante el Agente diplomático o consular español, o, en su defecto, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España» (art. 26 C. c.).

En todo caso, la inscripción podrá hacerse en cualquier momento, aun falleciendo los contrayentes, a petición de cualquier interesado, mediante la simple presentación de copia auténtica del acta sacramental o de certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio. La inscripción deberá ser comunicada al párroco (art 71).

2) Matrimonios canónicos de excepción.

1') Matrimonio *in articulo mortis*.—Los que contrajeran matrimonio canónico *in articulo mortis* podrán dar aviso al encargado del Registro en cualquier instante anterior a la celebración y acreditar de cualquier manera que cumplieron este deber (art. 72, párr. 1.º)

2') Matrimonio de conciencia.—El matrimonio secreto de conciencia celebrado ante la Iglesia no está sometido a lo dispuesto en el art. 71 (art. 72, párrafo 2.º).

c) *Matrimonio civil*:

1) Dispensa de impedimentos.—Corresponde al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General, las dispensas para el matrimonio previstas en el Código civil (art. 74).

2) Acta.—El funcionario que autoriza el matrimonio civil extenderá el acta al mismo tiempo que se celebra, con los requisitos y circunstancias que determina ésta Ley y con la firma de los contrayentes y testigos. Cuando el matrimonio se contrajera en país extranjero, con arreglo a la forma del país, o en cualquier otro supuesto en que no se hubiera levantado aquel acta, la inscripción sólo procederá en virtud de expediente (art. 73).

d) *Disposiciones especiales respecto a los matrimonios secretos y los de conciencia.*

En el Libro especial de Matrimonios Secretos del Registro Central se inscribirán:

1.º Los matrimonios de conciencia celebrados ante la Iglesia, si lo solicitan ambos contrayentes.

2.º Los matrimonios civiles celebrados en secreto por dispensa (art. 78). Sólo podrán solicitar la publicación del matrimonio secreto, la cual se hará mediante el traslado de la inscripción al Registro civil correspondiente:

1.º Ambos contrayentes de común acuerdo.

2.º El cónyuge sobreviviente.

3.º Tratándose de matrimonio canónico, el ordinario en los casos en que cesa para él la obligación canónica del secreto.

4.º Tratándose de matrimonio civil, cuando lo ordenare el Director general, con citación de los cónyuges, si uno o ambos se amparan en el secreto para infringir gravemente los deberes fundamentales del matrimonio o los que tienen respecto a la prole (art. 79).

e) *Efectos del matrimonio.*

Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración. Para que los efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción sea solicitada transcurridos cinco días, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas.

Para los efectos civiles del matrimonio secreto o de conciencia basta su

inscripción en el Libro Especial de Matrimonios Secretos, pero no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro civil (art. 70).

f) *Inscripciones marginales*.—Se inscribirán al margen de la inscripción del matrimonio las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a éste (art. 76).

g) *Publicidad del régimen económico matrimonial: indicaciones marginales*.—También podrá hacerse al margen de la inscripción del matrimonio indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de dicha indicación (art. 77).

h) *Anotaciones*.

A petición del interesado o del Ministerio fiscal se anotarán:

1.º El matrimonio canónico contraído *in articulo mortis* o sólo ante testigos, en tanto no se certifique canónicamente su existencia.

2.º El civil mientras no se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos (art. 80).

VII. SECCIÓN TERCERA: «DEFUNCIONES».

a) *Disposición general*.—La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece (art. 81).

b) *Requisitos que deben preceder al entierro*:

1) Inscripción:

1º Declaración.—Se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto de la muerte, la cual debe presentarse antes del enterramiento, estando obligados a hacerla los parientes del difunto o habitantes de su misma casa, o, en su defecto, los vecinos; si el fallecimiento ocurre fuera de casa están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa donde hubiere ocurrido o la autoridad gubernativa (arts. 82 y 84).

2º Certificación médica o reconocimiento.—Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte, y en los Registros que tuvieren adscrito médico del Registro civil estará obligado éste a comprobar los términos de la certificación. A falta de facultativo, el encargado, antes de inscribir, deberá examinar el cadáver por sí mismo, sin perjuicio de delegación reglamentaria (art. 85).

3º Licencia de enterramiento.—En tanto no se practique la inscripción no se expedirá la licencia para entierro, que tendrá lugar transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde el momento de la muerte. Si hubiere indicios de muerte violenta se suspenderá la licencia hasta que, según la Autoridad judicial, lo permita el estado de las diligencias (art. 83).

c) *Casos especiales*:

1) *Cadáver desaparecido o ya inhumado*.—Será necesaria sentencia fir-

me, expediente gubernativo u orden de la Autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por muerte violenta que afirmen sin duda alguna el fallecimiento para inscribir éste cuando el cadáver hubiere desaparecido o se hubiere inhumado antes de la inscripción (art. 86).

2) Epidemia.—En tiempo de epidemia, si existe temor fundado de contagio o cuando concurren otras circunstancias extraordinarias, se tendrán en cuenta las excepciones a los preceptos anteriores prescritos por Leyes y Reglamentos de Sanidad o los que ordene la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 87).

VIII SECCIÓN CUARTA: «TUTELAS Y REPRESENTACIONES LEGALES».

a) *Objeto*.—En la Sección Cuarta se inscriben el Organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones (art. 88, párr. 1.º).

b) *Reglas de competencia*:

1) Tutela.—Las inscripciones relativas a ella se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse ésta (art. 89, párr. 1.º).

2) Ausencia.—La representación del ausente se incluirá en el Registro del lugar en que se haya declarado la ausencia. La del defensor del desaparecido, en el lugar en que se constituye la defensa (art. 89, párr. 2.º).

3) Demás representaciones legales.—Se inscribirán en el Registro en el lugar en que se constituyan (art. 90).

4) Administración del caudal. — La inscripción de dicha administración establecida por el causante se practicará en el Registro de su último domicilio de España, o, en su defecto, en el lugar donde estuvieren la mayor parte de sus bienes (art. 90).

c) *Anotación*.—Se anotarán en esta Sección los hechos y circunstancias que conforme al Código civil constituyen el contenido de Registros de Tutelas, y el Central de Ausentes cuando con arreglo a esta Ley no sean objeto de inscripción (art. 88, párr. 2.º).

d) *Disposición complementaria*.—El encargado examinará anualmente los asientos vigentes y dará cuenta al Ministerio fiscal de lo que juzgue conveniente a la mejor defensa de los intereses de la tutela o representación (artículo 91).

IX. RECTIFICACIONES Y OTROS PROCEDIMIENTOS.

a) *Rectificaciones*:

1) *Regla general*.—«Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario» (art. 92, párr. 1.º) (22).

2) *Casos especiales*:

1º Pueden rectificarse, previo expediente gubernativo: 1.º) Las men-

(22) «La demanda se dirigirá contra el Ministerio fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fuesen demandantes». No hay restricción de pruebas (art. 92 párrafos 2.º y 3.º).

ciones erróneas de identidad, siempre que ésta quede indudablemente establecida por las demás circunstancias de la inscripción. 2.º) La indicación equivocada del sexo, en el mismo caso. 3.º) Cualquier otro error cuya evidencia resulte de la confrontación con otra u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente (art. 93).

2) Pueden rectificarse por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio fiscal: 1.º) Los errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya sola virtud se ha practicado la inscripción. 2.º) Los que procedan de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado, (art. 94).

b) *Otros procedimientos:*

1) Basta expediente gubernativo para completar inscripciones con circunstancias conocidas luego, suprimir circunstancias o asiento no permitidos o fundados en título manifiestamente ilegal, corregir defectos formales en los asientos o faltas en el modo de llevar los libros, practicar inscripciones fuera de plazo y reconstituir las inscripciones destruidas (art. 95).

2) En virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción: que no ha ocurrido un hecho relativo al estado civil, cualquier estado que no conste en el Registro, el domicilio de los apátridas y la existencia de los hechos, mientras por fuerza mayor sea imposible el acceso al Registro donde deben constar inscritos (art. 96).

c) *Reglas generales para los expedientes gubernativos (23):*

1) Pueden promoverlos quienes tengan interés legítimo y están obligados los que, en su caso, deben promover la inscripción.

2) Será oído el Ministerio fiscal.

3) Se comunicará su incoación a los interesados, que podrán hacer las manifestaciones que estimen oportunas.

4) De las resoluciones se puede apelar ante la Dirección General (artículo 97, párr. 1.º).

X. RÉGIMEN ECONÓMICO.

a) «Son enteramente gratuitos los asientos del Registro civil, las licencias de enterramiento y los expedientes relativos al Registro civil no expresamente exceptuados» (art. 98).

b) «Las personas consideradas pobres gozarán de gratuidad absoluta en los servicios del Registro civil» (art. 101, primera parte).

c) Por excepción y en ciertos supuestos (24) rigen, a los efectos económicos las reglas de la jurisdicción voluntaria (art. 100).

B. OBSERVACIONES. I. La importancia del Registro Civil deriva de ser «el instrumento que está más íntimamente al servicio de la persona» (24) en cuanto destinado a «la constancia oficial de la existencia, estado civil y con-

(23) Los expedientes de fe de vida, soltería o viudez se ajustarán a especiales normas reglamentarias (art. 97, párrafo 2.º).

(24) Del discurso del Ministro de Justicia.

dición (25) de la misma». Atendiendo a este especial significado es como hay que valorar la amplia reforma que se acomete con la presente ley.

2. Conservando el esquema fundamental hasta ahora vigente puede afirmarse que las modificaciones afectan, con mayor o menor intensidad, a casi todas las materias relativas al Registro Civil, tanto en su organización como en su funcionamiento y eficacia.

3. En dos direcciones cabe resumir los propósitos del nuevo régimen que se implanta: sistematizar y mejorar el Registro Civil.

El primer propósito responde a la exigencia de poner un orden simplificador de la caótica legislación vigente de diverso rango. Esto sólo hubiere bastado a justificar la reforma, si se tiene en cuenta que aparte del crecido número de disposiciones extravagantes al texto fundamental de 1870, varía también, según la época de su promulgación, la inspiración moral y política que las anima. Siguiendo la dirección tradicional se proyecta la bipartición formal en la ordenación de los Registros, quedando para el futuro Reglamento las disposiciones complementarias y aclaratorias.

La mejora del Registro se acomete simultáneamente, tratando de que esta fundamental institución jurídica sea «más técnica y, a la vez, más práctica, simple y flexible y también más completa, veraz y justa» (26).

4. El artículo 1.º sitúa en primer término el «panorama» que ha de abarcar en lo sucesivo el Registro Civil. Se ha comprendido que el dispositivo del Registro puede funcionar eficazmente en relación con hechos que exceden del marco de los estados civiles de la persona. Significativamente se recorta la denominación, abandonándose la que figura como epígrafe del título XII, libro I del Código civil.

Se plantea al intérprete la cuestión de fijar el alcance de la enumeración que establece el párrafo 2.º de este artículo. Teniendo en cuenta la amplia expresión del párrafo 1.º y el precepto del artículo 46, que manda inscribir al margen de la inscripción de nacimiento «los demás (hechos) inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, habrá de concluirse que no contiene una escala cerrada.

5. En punto a eficacia hay que tener siempre presente que es distinto, sustancialmente, el carácter de las inscripciones (centrales o marginales) de los otros tipos de asiento que puedan figurar en el Registro (principalmente los que la ley llame anotaciones). Sólo aquéllos constituyen la prueba única de los hechos inscritos.

6. Desde el punto de vista orgánico resaltan dos reformas de importancia: una negativa, que consiste en la supresión de los antiguos Registros ocasionales, paliándose con ventaja su desaparición mediante actas inscribibles en el Registro ordinario; otra positiva, en cuanto se acoplan, unificándolos los Registros de Tutelas y de Ausentes con el Registro Civil. La tónica general es, pues, la simplificación. La competencia se regula acentuando el criterio local.

7. En cuanto al funcionamiento, se impone al encargado del Registro la obligación de velar por la concordancia del mismo con la realidad.

Novedad interesante es el nuevo tipo de asiento que se advierte por la reforma: la anotación de ciertos hechos con valor puramente informativo.

8. Siguiendo la idea fundamental latente, ya en el sistema en curso se trata de hacer del folio de nacimientos «un cierto Registro particular de la persona» (26), lo cual se trata de conseguir, en primer término, mediante la concentración alrededor de la inscripción de nacimiento de la mayoría de los otros hechos relativos al estado civil, y en segundo lugar, mediante las notas marginales (con valor puramente informativo), de enlace con las otras tres Secciones del Registro.

9. En la regulación de las cuatro Secciones en que se estructura el Re-

(25) De la E. de M. sigue al Profesor DE CASTRO (v. *Derecho civil de España*, II, 1, Madrid, 1952, pág. 562).

(26) Del discurso del Ministro de Justicia.

gistro se advierten algunos preceptos que exceden evidentemente del ámbito propio de una ley del Registro Civil. Tales son las normas contenidas en los artículos 52 y 68.

El primero está en íntima conexión con el principio fundamental de igualdad ante la ley y es propio no ya de un Código civil, sino de un Texto Constitucional.

El segundo viene a llenar una «laguna» de la regulación dada por el Código civil en su título I del libro I a la nacionalidad y corresponde, en consecuencia, encuadrarlo formalmente en el propio Código.

10. En sentido análogo cabría pronunciarse ante las normas sustantivas sobre materia de filiación y concretamente en relación con la nueva forma de reconocimiento *apud acta*.

No obstante y dejando aparte esta cuestión meramente formal y de importancia secundaria, es preciso elogiar, en términos generales, el espíritu con que se regulan estas cuestiones.

11. En cuanto a nacionalidad y vecindad civil la reforma principal consiste en suprimir el libro 4.º a ellas destinado, llevándolas, mediante inscripciones marginales, a la Sección de nacimientos. En los demás la ley mantiene, en general, el carácter objetivo que le es propio.

12. La organización y funcionamiento de la Sección de Matrimonios exigía urgente reforma que acordase el régimen hasta ahora vigente con las normas del concordato con la Santa Sede de 1963. Además se observan dos novedades: la aproximación, en cuanto a su régimen registral, de las dos formas de matrimonio y, la muy interesante, de permitir, además de la inscripción marginal de las resoluciones judiciales que afecten a la situación personal de los cónyuges, la indicación marginal de las resoluciones judiciales, pactos y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. También es importantísimo destacar que la ley permite que se contraiga el matrimonio en el extranjero sometiéndose a las leyes del país sólo en cuanto a la forma.

13. La Sección de Defunciones es objeto también de una reforma importante al permitirse la inscripción en supuestos en que el cadáver ha desaparecido o se ha inhumado ya. En esta materia es necesario poner un orden definitivo a base de distinguir netamente el ámbito correspondiente a la inscripción de fallecimiento del reservado a la declaración de fallecimiento. Clave de la cuestión es la separación entre los casos en que la muerte es cierta de aquellos otros en que sólo puede tenerse una certidumbre moral acerca de la misma. Justamente en la línea divisoria habremos de situar las regulaciones ocasionales para supuestos catastróficos o bélicos en que la desaparición masiva de personas exige un régimen jurídico de excepción. Ni la regulación de la Ausencia por el Código civil ni el régimen que instaura la presente ley para la inscripción de defunciones afectan a aquellos supuestos.

14. La Sección cuarta se destina ahora a Tutelas y representaciones legales, dejándose al Reglamento el desarrollo de estas últimas en su aspecto registral.

15. Por último, hay que destacar otra reforma importantísima que trata de suprimir un grave defecto del régimen que ahora se deroga: la rectificación de los asientos. Manteniéndose el principio básico de exigir sentencia firme dictada en juicio ordinario en que haya sido parte el Ministerio fiscal, se regula con ponderación la posibilidad de rectificaciones mediante expediente gubernativo, dotando al Registro de la necesaria flexibilidad para adaptarse a la realidad sin necesidad de un proceso complicado, largo y costoso. Con ello se acomodan y armonizan la seguridad y la garantía con los principios de sencillez, rapidez, adaptación y gratuidad consustanciales a un buen Registro Civil (R. I. y J. A.).

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO: ANTENAS DE TELEVISIÓN: *Se autoriza a los inquilinos, arrendatarios o personas legalmente autorizadas para usar de la totalidad o parte de un inmueble urbano, la instalación de antenas de televisión, con sólo las limitaciones reglamentarias; nulidad de las estipulaciones en contrario, aun de las convenidas con anterioridad a este Decreto (Decreto de 18 de octubre de 1957; «B. O.» del 18 de noviembre).*

A EXPOSICIÓN.

El contenido del presente Decreto es el siguiente:

Art. 1.º Los inquilinos, arrendatarios o personas legalmente autorizadas para usar de la totalidad o parte de un inmueble urbano podrán instalar por su cuenta, en el exterior de los edificios que ocupen, antenas receptoras de televisión, sin más limitaciones que las derivadas de la observancia de los Reglamentos administrativos sobre la materia.

Se considerará nula y sin valor alguno cualquier estipulación que contradiga lo establecido en el párrafo anterior, aunque hubiese sido convenida antes de la promulgación del presente Decreto.

Art. 2.º Las partes responderán civilmente de los daños que se causen en los términos establecido en el Código Civil y, en su caso, en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Art. 3.º Las cuestiones que se susciten en relación con la materia regulada por el presente Decreto se ventilarán ante los Tribunales ordinarios por los trámites establecidos en las normas procesales que sean de aplicación.

Art. 4.º Los Ministerios de Justicia e Información y Turismo quedan autorizados para dictar las normas complementarias precisas para el cumplimiento y ejecución del presente Decreto.

B. OBSERVACIONES. 1. Llama la atención en primer lugar el rango de la disposición que se anota, ya que se trata de un Decreto, cuando parecía más adecuado, conforme a la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (arts. 23 y 26) (1), que hubiese revestido otra forma de rango superior, y el problema es más grave si se tiene en cuenta la nulidad de pleno derecho que impone el artículo 28 de la citada Ley (2). Debe tenerse en cuenta la amplia eficacia que tiene el Decreto que considera nula y niega todo valor a cualquier estipulación que contradiga lo en él ordenado. Afecta de esta forma a la autonomía de la voluntad en una gran medida y no se limita a las relaciones arrendaticias, en las que dicha autonomía ya está bastante disminuída, sino que conforme al párrafo 1.º del artículo 1.º la persona que instala una antena de televisión puede perfectamente no ser un inquilino o arrendatario y en este sentido se comprende mejor lo dicho anteriormente. Cuando se trata de relaciones arrendaticias, debe tenerse en cuenta que sólo en la L. A. U pueden imponerse limitaciones a dicha autonomía, determinando lo que es contenido típico o indispensable del contrato (art. 6.º). Incluso en su tenor literal el párrafo 2.º

(1) Art. 23. 1. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior.

Art. 26. La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes.

(2) Art. 28. Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrijan lo dispuesto en los artículos anteriores.

del artículo 1.º del Decreto recuerda al artículo 6.º, 1, de la L. A. U. vigente. Si la persona que usa de la totalidad o parte de un inmueble urbano no es inquilino o arrendatario, sino un usufructuario o habitacionista, el presente Decreto va contra el mismo C. c. (art. 1.255) y sólo por una disposición con rango de Ley podría hacerse. Puede también ocurrir que sea en unos estatutos, en el supuesto de propiedad de una casa por pisos, donde se establezca la prohibición de instalar antenas de televisión y, conforme al C. c., ello sería perfectamente factible.

Desde luego todo lo dicho anteriormente es apto para el caso de que se haya pactado la no instalación de la antena de televisión, y tanto si es antes como después del Decreto, parece que el C. c. deberá prevalecer sobre éste y el Decreto no vinculará frente a dicho cuerpo legal. Si el titular dominical y el inquilino o arrendatario o persona que use el inmueble nada tan estipulado, el problema es totalmente distinto, pues aunque pudiera dudarse de la fuerza vinculante del Decreto, se trataría de una disposición en cierto sentido aclaratoria del contenido del goce y que como tal podría considerarse como una limitación más impuesta a la propiedad y susceptible ya de hacerse por Decreto (3).

2. La oportunidad del Decreto que se anota radica en el hecho de que paralelamente a la expansión creciente de la televisión se habrán ido iniciando demandas de resolución de contratos de arrendamiento que a través de este Decreto se pretenden evitar por las razones que en el preámbulo del mismo se indican (principio de amplia libertad de utilización, consagrado en el Convenio Internacional de Comunicaciones de 22 de diciembre de 1952, ratificado por España por Instrumento de 3 de junio de 1955).

3. Contrastando con la amplitud antes criticada, en el párrafo 1.º del artículo 1.º se establece una limitación, al referirse sólo a inmuebles urbanos que en el futuro puede resultar insuficiente.

Finalmente contiene el Decreto dos remisiones que deben resaltarse: 1.º Responsabilidad civil por los daños que se causen en los términos que establece el C. c. y la L. A. U. En el caso de esta última se podrá llegar a la resolución del contrato en el caso de la causa 7.ª del artículo 114. 2.º Competencia de los Tribunales ordinarios para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con la materia regulada por el presente Decreto. Aunque sea innecesaria esta remisión, igual que la anterior, responde al buen criterio en un momento de proliferación de jurisdicciones especiales a costa de la ordinaria. (R. I. A.)

2. PROPIEDADES ESPECIALES: MONTES: *Se prescribe la inalienabilidad de los montes públicos catalogados, salvo por Ley o caso de expropiación forzosa y su inembargabilidad, excepto la posibilidad de constituir garantía hipotecara sobre los aprovechamientos; se atribuye a la Administración la protección de oficio de la posesión de sus propios montes con gran amplitud y la de ciertos montes de propiedad particular. Se deniega la posibilidad de ejercitar las acciones reales del artículo 41 con respecto a los montes catalogados (Ley 8 junio 1947; «B. O.» del 10).*

A. EXPOSICIÓN.

I. RÉGIMEN JURÍDICO.

a) *Ambito material.*—La presente Ley será de aplicación:

1.º A los terrenos incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y a los que en lo sucesivo lo sean por aplicación de esta Ley.

(3) En el ámbito arrendaticio exclusivamente puede derivar alguna fuerza para este Decreto de la Disp. Adic. 9.ª de la L. A. U. vigente que autoriza al Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, a dictar por Decreto las disposiciones que considere necesarias para la mejor ejecución de los preceptos de la misma.

2.° En general, a los terrenos en que vegeten especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueran objeto del mismo. No obstante, se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resulten convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del mar Cantábrico.

3.° Los terrenos que, sin reunir las condiciones del apartado anterior, «hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las Leyes que regulen esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritas a la finalidad de ser repoblados o transformados, por tanto, en terrenos forestales» (art. 1.°, apartado 2, 3 y 4).

b) *Ambito temporal.*

1.° *Entrada en vigor.*—No se indica expresamente nada, por lo que regira el sistema normal del artículo 1.° del Código civil.

2.° *Disposición transitoria.*—Se autoriza al Gobierno para acomodar el Decreto de 8 de mayo de 1884 y demás disposiciones sobre Legislación Penal de Montes a lo dispuesto en la presente Ley.

c) *Ambito espacial.*—Todos los montes sitos en el territorio nacional, ya pertenezcan al Estado, a las Entidades locales, a las Entidades públicas o privadas no territoriales o a los particulares. El artículo 4.°, párrafo 3.° hace especial mención de los montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales en la provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, expresando que «la presente Ley reconoce y reglamentará su existencia» (art. 4.°, 3).

d) *Eficacia derogatoria.*

1. *Genérica.*—«Cuantas disposiciones puedan oponerse a lo que en la presente Ley se establece.»

2. Específicamente se declaran derogadas, entre otras de menor interés, la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863, la de mejora, Fomento y Repoblación de los Montes Públicos de 11 de julio de 1877, la Ley de Conservación y Repoblación de Montes de 24 de junio de 1908, etc. (v. disposición final).

II. MONTES PÚBLICOS.

a) *Montes catalogados.*

1. *Régimen jurídico.*—Quedarán sometidos, «en cuanto se refiere al ejercicio del derecho de propiedad, a lo que en esta Ley se preceptúa respecto de los mismos, y a la Ley de Régimen Local en cuanto a los que pertenezcan a las Entidades locales» (art. 4.°, 1).

2. *Naturaleza y contenido del Catálogo de Montes.*—Es un «Registro de carácter administrativo en el que se incluirán todos los montes que hubie-

sen sido declarados de utilidad pública pertenecientes al Estado, a las Entidades públicas territoriales y a los Establecimientos públicos de Beneficencia o Enseñanza» (art. 6.º).

«Los terrenos rústicos de índole forestal que de hecho vengán aprovechándose consuetudinariamente por los vecinos de una localidad se incluirán en el Catálogo de Montes en favor de la Entidad local cuyo núcleo de población venga realizando los aprovechamientos, respetándose éstos a favor de los vecinos que hayan sido sus beneficiarios. Se exceptúan de esta inclusión en el Catálogo los terrenos que en el Registro de la Propiedad aparezcan inscritos como de propiedad particular» (art. 4.º, 2).

También se reflejarán en el Catálogo las servidumbres y demás derechos reales que graven los montes inscritos y registrados en el mismo, «con determinación de su contenido y exclusión, beneficiarios, origen y título en virtud del cual fueron establecidos» (art. 16, 1).

Efectos de la inclusión en el Catálogo:

a') *Inalienabilidad*.—Los montes catalogados sólo podrán ser enajenados por Ley, salvo en los casos de expropiación forzosa, para obras y trabajos cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública de los montes afectados (art. 2.º, 1).

b') *Inembargabilidad*.—La propiedad catalogada es inembargable, pero por excepción podrá constituirse garantía hipotecaria sobre los aprovechamientos de los montes afectados y la ejecución sólo podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado (art. 2.º, 2).

c') *Grávámenes sobre montes catalogados*:

a") *Servidumbres y derechos reales actualmente existentes*.—«La Administración determinará su condición jurídica a efectos de su inclusión en el Catálogo, y la resolución administrativa sobre la titularidad de tales servidumbres y derechos reales podrá impugnarse ante los Tribunales ordinarios, previa utilización de la vía gubernativa regulada por el Decreto de 23 de marzo de 1886, por las Entidades o particulares que se consideren lesionados en su derecho» (arts. 16, 2 y 17, 2).

b") *Servidumbres incompatibles con el fin de utilidad pública del monte gravado*.—El Ministerio de Agricultura podrá declarar tal incompatibilidad mediante expediente instruido al efecto con audiencia de los interesados, de la Asesoría Jurídica del Ministerio y del Consejo Superior de Montes (artículo 18, 1).

Efectos de esta declaración son: 1.º, la extinción o, en su caso, suspensión temporal de la servidumbre, y 2.º, la indemnización al titular de la servidumbre o en suspenso que se determinará, previo informe de la Jefatura del Servicio Forestal correspondiente, por acuerdo de las partes interesadas y, en su defecto, de acuerdo con las reglas que para la fijación del precio se contienen en la Ley de Expropiación Forzosa (art. 19).

c") *Servidumbres y ocupaciones temporales de futura constitución*.—Podrán autorizarse, con carácter excepcional, por el Ministerio de Agricultura, siempre que se justifique su compatibilidad con el fin y la utilidad pública a que estuviere afecto el monte (art. 20).

d") *Condominio*.—«Cuando el suelo pertenezca a un particular o a Entidad pública y el suelo sea de la propiedad del Estado o de alguna Entidad

pública, podrá refundirse los dos dominios a favor del dueño del suelo, indemnizando previamente al del suelo por el procedimiento y reglas que para la fijación del justo precio se contienen en la Ley de Expropiación Forzosa. Se exceptúan de este precepto los convenios con el Patrimonio Forestal del Estado» (art. 23).

d') *Protección posesoria de los montes catalogados.*—«La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado o por la Entidad pública a cuyo nombre figura, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales (1). Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos» (art. 10).

«Es de la competencia exclusiva de la Administración Forestal impedir por sí la invasión, ocupación y roturación de montes incluidos en el Catálogo de los de utilidad pública» (art. 81).

e') *Protección registral:*

a") *Montes deslindados.*—Se inscribirán obligatoriamente en el Registro de la Propiedad a favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca, mediante certificación por triplicado de dicho dominio, expedida por la Administración Forestal en la forma y con las circunstancias que prevén los artículos 206 LH y concordantes del RH, acompañada, si existe, del plano topográfico de la finca que se pretende inscribir (art. 11, 1).

b") *Montes declarados en estado de deslinde.*—La Administración Forestal solicitará del Registro competente se practique anotación preventiva acreditativa del expediente de deslinde. Estas anotaciones preventivas producirán los mismos efectos que las de demanda y caducarán a los cuatro años de la fecha de la resolución por la que se dé por finalizado el deslinde que las motivó.

«La resolución definitiva del expediente es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. Pero no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de terceros a que se refiere el artículo 34 LH» (v. artículo 11, 2).

c") *Montes pendientes de deslinde.*—También se inscribirán obligatoriamente a favor de la Entidad propietaria mediante certificación expedida por la Administración Forestal en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 206 LH y concordantes de su Reglamento (art. 11, 3).

d") *Inmatriculación de fincas colindantes con montes catalogados.*—Para realizarla deberá acompañarse al título certificación de la Administración Forestal que acredite que las fincas que se pretende inscribir no están incluidas en los montes catalogados (art. 11, 4).

e") También se inscribirá obligatoriamente a favor del Patrimonio Forestal del Estado en el Registro de la Propiedad competente el derecho real

(1) Vid. *infra*, 3', b").

de vuelo adquirido por dicho Organismo mediante los consorcios establecidos con los titulares de terrenos para su repoblación forestal, siendo suficiente para la práctica de la inscripción la escritura pública en que se aprueben por la Administración Forestal las bases del consorcio (art. 11, 5).

f') *Deslinde*:

a") *Competencia*.—Corresponde a la Administración Forestal.

b") *Legitimación para solicitarlo*.—Las Entidades propietarias, los particulares interesados y la Administración de oficio (art. 12).

c") *Procedimientos*.—Comprende, en síntesis, los siguientes trámites:

1. Anuncio de las operaciones en el «Boletín Oficial del Estado» y emplazamiento de los interesados mediante edictos fijados en los Ayuntamientos (art. 14, a').

2. Apeo (art. 14, b) y amojonamiento provisional (art. 14, e).

3. Comunicación del expediente al público para formulación de reclamaciones sobre las que informará la Abogacía del Estado (art. 14, c).

4. Resolución por el Ministerio de Agricultura mediante Orden motivada, a la que sigue el amojonamiento definitivo (art. 14, d) y e).

d") *Efectos*:

1. *Materiales*.—«El deslinde, aprobado y firme, declara con carácter definitivo el estado posesorio a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario de propiedad» (art. 15, 1).

2. *Procesales*.—La resolución administrativa recaída en el expediente de deslinde podrá ser impugnada por quienes hubiesen sido parte en el mismo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 15, 2).

Asimismo se entenderá expedita la acción ante los Tribunales ordinarios para las Entidades Públicas y los particulares que susciten cuestiones de propiedad, sin que sea preciso apurar la vía gubernativa regulada por el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 para quienes hubiesen formulado la correspondiente reclamación al tiempo del deslinde. En estas reclamaciones será preceptivo el informe de la Dirección General de lo Contencioso (artículo 15, 3), en relación con el art. 14, d).

g') *Reclamaciones contra el Catálogo*.

a") Las relativas a inclusión o exclusión de montes del Catálogo que no se refieran a cuestiones de propiedad, posesión o cualesquiera otras de carácter civil, tendrán carácter administrativo y se ventilarán ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9).

b") La pertenencia o titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo ordinario de propiedad y ante los Tribunales civiles, no permitiéndose el ejercicio de las acciones reales del artículo 41 LH con referencia a los montes Catalogados o parcelas que de los mismos formen parte. Acreditada esta inclusión mediante certificación de los servicios forestales, se dejará sin curso la demanda del procedimiento hipotecario, sin perjuicio de que pueda promoverse el correspondiente juicio declarativo. En estos juicios será parte el Estado además de la Entidad pública que sea titular del monte; la competencia corresponderá a las poblaciones donde exista Audiencia (conforme art. 57, 2, de la Ley 14 octubre 1882); será obligatorio el emplazamiento de la Abo-

gacia del Estado (bajo sanción de nulidad de actuaciones) y no se admitirá la demanda sin que se acredite haber agotado previamente la vía gubernativa (art. 11, 6).

h') *Permutas*.—«El Patrimonio Forestal del Estado podrá adquirir, para sus fines, mediante permuta, los montes que aparezcan en el Catálogo como de Entidades Locales y éstas, con el mismo objeto, los del Estado» (art. 26). El régimen de permutas de Montes del Estado, incluidos en el Catálogo, con otros de particulares, se regulará por las normas de la Ley y Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado. Los acuerdos de las Entidades Locales sobre permutas de montes del Catálogo serán válidos cuando se adopten conforme a lo establecido en la legislación sobre Régimen local (artículo 27, 1 y 2).

b) Aprovechamientos:

a') *Disposición general*.—Se realizarán dentro de los límites que permitan los intereses de su conservación y mejora, de acuerdo con lo que se dispone en el capítulo I, título II de esta Ley. Los montes del Catálogo se someterán a proyectos de ordenación económica y, en tanto éstos no sean aprobados, se aprovecharán con arreglo a planes técnicos adecuados (artículo 29, 1 y 2).

b') *Régimen jurídico*:

1.° Montes del Estado o consorciados con él.—Se ajustará a las normas establecidas en la Ley del Patrimonio Forestal y subsidiariamente a las generales de la contratación administrativa (art. 37).

2.° Montes de las Entidades Locales.—Se realizará su aprovechamiento con subordinación en lo técnico facultativo a lo que disponga la Administración Forestal y en lo económico a lo que establezca la Ley de Régimen Local sobre administración del Patrimonio y sobre contratación. Los aprovechamientos de montes de utilidad pública no comunales que se vengán realizando en régimen especial, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentarias de tipo local debidamente aprobadas, continuarán ajustándose a las mismas en cuanto no se opongan a las disposiciones de esta Ley en atención a su conservación y fomento, debiendo revisar las Ordenanzas para adaptarlas a lo que dispone esta Ley (art. 38, 1 y 2).

III. MONTES DE PROPIEDAD PARTICULAR.

a) *Régimen jurídico*.—«El disfrute de los montes de los particulares quedará sometido, por motivos de interés público, a aquellos preceptos de esta Ley que le sean aplicables (art. 4.°, 4), párrafo 2.°). Las extensiones de montes iguales o inferiores a las mínimas establecidas (que se fijarán por Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del de Agricultura) tendrán la consideración de indivisibles y a tales efectos les serán de aplicación los artículos 2.° a 7.° de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo» (art. 5.°).

b) *Relaciones de terrenos protectores*.—«Con independencia del Catálogo de Montes de Utilidad Pública se formarán relaciones, aprobadas en Consejo de Ministros, de montes, en su totalidad o en parte, y terrenos protectores de propiedad particular. Se considerarán incluidos en el tal

concepto los que señala la Ley de 19 de diciembre de 1951 y aquellos a los se atribuya por Ley dicho carácter» (art. 7.º)

c) *Adquisición de montes particulares por el Estado.*—«El Estado podrá adquirir, mediante compraventa, permuta o expropiación, aquellos montes de propiedad particular o derechos sobre los mismos que mejor puedan contribuir al cumplimiento de los fines propios del Patrimonio Forestal del Estado» (art. 25).

d) *Aprovechamientos* (2).—Se realizarán dentro de los límites que permitan los intereses de su conservación y mejora, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo 1.º del título 2.º de esta Ley (art. 29, 1).

«Los montes de propiedad particular podrán ser sometidos, en cuanto su aprovechamiento forestal, a la intervención de la Administración Forestal, que regulará los disfrutes con vista a la persistencia de dichos predios, pudiendo disponerse, por exigencias de la Economía Nacional y mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, regulaciones o limitaciones, en el aprovechamiento de cualquiera de sus productos» (art. 30, 1).

Los montes incluidos en las relaciones de protectores a que se refiere el artículo 7.º de esta Ley se aprovecharán en todo caso con sujeción a planes técnicos elaborados por el Ministerio de Agricultura. La Administración Forestal podrá imponer a los dueños de estos montes la obligatoriedad de ejecutar planes de mejora, que serán auxiliados en la máxima cuantía que permite esta Ley (art. 30, 3).

El Estado, a través del Patrimonio Forestal, concederá ayuda técnica, subvenciones y anticipos a los particulares que se propongan la mejora de los montes que les pertenezcan, siempre que concurren las condiciones expresadas en el artículo 32 de la Ley.

e) *Repoblación forestal:*

a') *Establecimiento de consorcios con el Estado.*—«El Estado, a través del Patrimonio Forestal, podrá suscribir y establecer consorcios para la repoblación de montes de propiedad pública o privada, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 10 de marzo de 1941 (art. 42).

b') *Ayudas para la repoblación.*—Se concederán por el Patrimonio Forestal y pueden consistir en subvenciones, anticipos reintegrables o ejecución material de los trabajos por la Administración (arts. 43 a 47).

«Las rentas y aprovechamientos del monte beneficiario de las prestaciones del Patrimonio servirán de garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el propietario. En los casos en que los anticipos sean superiores a 500.000 pesetas habrán de constituirse necesariamente hipoteca sobre la finca objeto de repoblación (art. 48).

Se atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que pudieran derivarse de la interpretación y cumplimiento de las resolu-

(2) La mayor parte de las normas que a continuación se exponen afectan tanto a los montes públicos como a los de propiedad particular, reconociéndose tan sólo en este lugar aquellos aspectos de la intervención administrativa que implican limitaciones o cargas a la propiedad privada (Policía) o ayuda a la actividad particular en aras de la riqueza forestal (Fomento).

ciones por las que se concedan auxilios para la repoblación forestal (artículo 49).

c) *Repoblación obligatoria.*—Podrá declararse, para una determinada zona o monte, por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura (art. 50, 1).

En los casos en que los propietarios incumplieren las obligaciones de la repoblación forestal declarada obligatoria, el propietario podrá optar por el consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado o por la expropiación de la finca (art. 50, 3).

«En los casos de consorcio forzoso, si la ocupación implicase para el propietario la pérdida temporal de los beneficios que la propiedad ocupada es susceptible de producir, el Patrimonio Forestal del Estado deberá abonarle el importe de la renta efectiva dejada de percibir, que no podrá ser nunca inferior a la que se deduzca del líquido imponible. Esta compensación podrá, asimismo, aplicarse en los consorcios voluntarios de Montes del Catálogo. En todo caso, se computarán como gastos de la repoblación los pagos que se realicen por este concepto» (art. 52).

f) *Conservación de suelos forestales.*—Las obras y trabajos necesarios para el cumplimiento de este fin (y de los señalados a cargo del Servicio Hidrológico Forestal en el art. 57) se declaran de utilidad pública a los efectos de la expropiación forzosa de los terrenos o de la aplicación a éstos de cuanto se refiere a declaración de «repoblación obligatoria».

Los propietarios de terrenos que el Ministerio de Agricultura haya declarado «montes y zonas protectoras de carácter hidrológico-forestal» quedarán obligados a realizar las obras y trabajos de conservación del suelo, así como a regular el pastoreo, de conformidad con las normas que la Administración Forestal fije al efecto (art. 58).

El Patrimonio Forestal del Estado podrá conceder auxilio económico para la ejecución de trabajos de conservación del suelo, tanto en montes de utilidad pública como en los particulares (art. 59).

g) *Defensa de los montes contra plagas forestales:*

a') *Obligaciones de los propietarios para este fin:*

1. Dar cuenta a los Distritos Forestales correspondientes de las plagas y enfermedades que en sus montes se representen (art. 74).

2. Efectuar los trabajos de prevención, extinción o tratamiento, con carácter forzoso y en la forma y plazo que se les señale por la Administración, cuando se trate de finca forestal comprendida dentro de zona en que el Ministerio de Agricultura hubiere declarado oficialmente la existencia de una plaga. En el caso de que no se realizaren los trabajos dentro de los plazos señalados, podrá la Administración realizarlos con cargo a los propietarios (arts. 65 y 66).

3. En casos muy cualificados en que se estime necesario por el Ministerio de Agricultura podrá éste imponer a los dueños de montes la obligación de poseer, cuando sea posible su adquisición, útiles o aparatos para el combate de plagas o bien tener contratado el tratamiento con entidad autorizada a tal efecto (art. 67).

b') *Auxilios a los propietarios forestales para la lucha contra las plagas.*—Se concederán por el Estado—a través del Servicio de Plagas Fores-

tales—, consistiendo en prestación gratuita de medios técnicos, subvenciones, ejecución material de los trabajos de extinción, anticipos, etc. (arts. 62 y 63). Corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que pudieran derivarse de la interpretación y cumplimiento de las resoluciones por las que los concedan los auxilios aludidos (art. 69, 1).

c') *Apremio administrativo*.—Podrá utilizarse por la Administración para el cobro de las cantidades que en cualquier caso se adeuden por los beneficiarios de los auxilios o por aquellos a los que la Administración hubiese realizado trabajos a su cargo (arts. 69 y 66).

h) *Defensa de los montes contra los incendios*.—Se organizarán por el Ministerio de Agricultura con medidas preventivas, combativas, reconstructivas y reparadoras (art. 70). Para mayor efectividad de estas medidas el Ministerio podrá declarar «zona de peligro» una determinada comarca forestal, quedando obligados todos los montes de propiedad particular incluidos en ella a la ejecución y conservación de fajas cortafuegos en la forma y plazos que señale la Administración. En el caso de que los propietarios no realizasen estos trabajos, la Administración los ejecutará con cargo a aquéllos (art. 71).

i) *Seguro forestal*.—Podrá establecerse por Decreto, con carácter forzoso, para todos los montes en estado de repoblación (arts. 73 a 75).

j) *Parque nacionales*.—La declaración de «Parque nacional» (por Decreto a propuesta del Ministerio de Agricultura) llevará aneja la de utilidad pública a efectos de expropiación de las propiedades particulares necesarias para completar la superficie del parque cuando no existiere acuerdo con los titulares de la misma (art. 79).

k) *Protección administrativa de la posesión de montes de propiedad particular*.—La Administración Forestal tendrá la facultad de impedir por sí la invasión, ocupación y roturación de superficies forestales de dominio privado incluidas en el inventario de montes protectores o que estuvieren vedados al pastoreo y de los montes no catalogados que se hallaren en régimen de repoblación o en consorcio con el Estado, si bien dicha facultad quedará limitada al plazo de un año y un día, a contar desde que tuviere lugar cualquiera de los actos perturbadores citados (art. 81).

IV. INFRACCIONES Y SU SANCIÓN.

a) *Competencia de la Administración Forestal*.—Además de la facultad de reprimir por sí los actos perturbadores de la posesión de montes catalogados y superficies a que se refiere el artículo 81 (v. supra), le corresponde sancionar «los actos realizados sin la oportuna autorización «en dichos montes y superficies», sin perjuicio de la exigencia por la jurisdicción ordinaria de la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar cuando revistieren caracteres de delito o falta» (art. 81) y los casos de aprovechamientos abusivos o en contra de lo establecido en los correspondientes pliegos de condiciones, sin perjuicio de las medidas cautelares de sanción y procedimiento contenidas especialmente en los mismos para tales supuestos (art. 82, 2).

Sin perjuicio de las medidas que la Administración estime convenientes

adoptar, cuando en los expedientes administrativos que se instruyan resulte acreditada una alteración de hitos, mojones o indicadores de límites, incendios de montes o cualquier otro hecho que revista los caracteres de delito o falta de que deban conocer los Tribunales ordinarios. la Administración lo pondrá en conocimiento de los mismos a los efectos oportunos (artículo 85).

b) *Sanciones*.—«La Administración Forestal podrá decomisar por sí los productos forestales fraudulentamente obtenidos y los medios utilizados para realizarlo, como exigir las responsabilidades que procedan por los daños y perjuicios causados e imponer las multas que correspondan en relación con los mismos» (art. 82, 1).

Los Servicios Forestales Provinciales y Regionales podrán imponer multas hasta 10.000 pesetas, la Dirección General de Montes hasta 50.000 y el Ministerio de Agricultura hasta 100.000», regulándose todas ellas en razón de las circunstancias que concurran en la infracción, malicia con que fue realizada y entidad e importancia de los daños causados» (art. 83).

Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias al objeto de sancionar «las extralimitaciones en montes de propiedad particular» y en los de Entidades públicas no catalogadas, así como la inobservancia de las obligaciones que se deriven de no ajustarse los propietarios a los preceptos de esta Ley» (art. 86).

c) *Recursos*.—«Los acuerdos de imposición de multa dictados por los Distritos Forestales serán recurribles en alza ante la Dirección General de Montes, cuya resolución, previo dictamen de la Asesoría Jurídica del Ministerio pondrá término a la vía gubernativa. Las multas impuestas por la Dirección General de Montes serán recurribles ante el Ministerio de Agricultura» (art. 87, 1).

B. OBSERVACIONES. Dentro del propósito general de amparo e incremento a la riqueza forestal, destaca en la nueva Ley la extraordinaria protección jurídica que se dispensa a los montes públicos. El medio más eficaz que en este sentido se proponía por buena parte de la doctrina era el de declarar dichos montes como de dominio público, lo cual supondría su imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Pero no se ha seguido aquel sistema de declaración expresa (3) ni del texto de la Ley se deducen claramente las consecuencias mencionadas.

Así, por lo que se refiere a la posibilidad de la prescripción por los particulares de montes públicos catalogados, parece seguirse el sistema anterior (4) que la admitía por el transcurso de treinta años, como se desprende del artículo 14 b), conforme al cual «sólo tendrán valor y eficacia en el

(3) Sobre la ineficacia de este tipo de declaraciones formales vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en R. A. P., núm. 14, págs. 11-52.

(4) Este sistema arrancaba del artículo 12 del Reglamento de 1865 y R. O. de 4 de abril de 1883 confirmado, entre otras disposiciones de menor interés, por el R. D. de 1.º de febrero de 1901 y la R. O. de 20 de febrero de 1930, así como por copiosa jurisprudencia del T. S. que puede verse citada en la obra de A. GUAITA: *Régimen jurídico administrativo de los montes*, 2.ª edición, págs. 93 y ss.

acto del apeo los títulos de dominio inscritos en el Registro y las pruebas que de modo indudable acrediten la posesión ininterrumpida durante más de treinta años de los terrenos pretendidos». Por tanto, nada ha cambiado en este orden.

Tampoco cabe hablar de inalienabilidad de montes catalogados en la nueva Ley, pues se somete a tales reservas (v. art. 2.º, 1) y 27, 1 y 2), que en definitiva equiparan su régimen en sustancia, al de los bienes patrimoniales del Estado (v. art. 6.º Ley de Administración y Contabilidad de 1 julio 1911). Algo parecido cabría decir en cuanto a su inembargabilidad.

Las notas e índices del dominio público no se presentan, por tanto, de un modo cierto en los montes públicos, pero su protección se viene a reforzar por otras vías. Sustancial importancia tiene entre éstas el extraordinario valor dado al Catálogo de Montes y a la presunción posesoria por él proporcionada, que no cede sino ante el juicio declarativo ordinario de propiedad. Se rechaza toda posibilidad de utilizar interdictos contra montes catalogados, así como el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con lo cual el Catálogo prevalece frente al Registro de la Propiedad. De este modo se acoge el criterio que atribuye al citado procedimiento el mayor peligro para la posesión administrativa de montes al consolidar usurpaciones y adquisiciones ilegítimas de los mismos. Pero junto a estas consideraciones puede discutirse la corrección técnica de que el Registro de la Propiedad y las garantías que prestaban los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria queden enervadas ante la presunción establecida por el Catálogo, «registro público de carácter administrativo», según el artículo 6.º de la nueva Ley (5).

Otro medio de reforzar la posesión administrativa de los montes públicos lo constituye la inscripción obligatoria de los deslindados (6) y la posibilidad de anotar preventivamente el expediente de deslinde respecto de los declarados en tal estado. Hay que reconocer, no obstante, que estas medidas resultan un tanto superfluas ahora que la protección del Catálogo prevalece sobre la registral.

Tiene, en fin, singular interés el alcance y relieve dados a la protección de la posesión de oficio por la Administración respecto de sus propios montes, en los amplios términos que se desprenden de los artículos 10 y 81 (7) e incluso de ciertos montes de propiedad particular, si bien limitada en este último caso al clásico plazo de año y día (cf. art. 81, párrafo 2.º).

Respecto a los montes de dominio privado, en general, la nueva Ley viene a sistematizar y refundir toda la gama de limitaciones, correcciones y cargas recogidas en la profusa legislación anterior.

En suma, aquel conjunto de privilegios administrativos que caracterizan el régimen de los montes públicos y las severas normas intervencionistas que afectan a los de los particulares corroboran la exactitud de las palabras del profesor JORDANA DE POZAS (8) de que el régimen de los mon-

(5) Bajo el sistema anterior, se declaró en cinco Decretos resolutorios de competencia de 3 de noviembre de 1949, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado que «la presunción del Catálogo de Montes que prevalece al enfrentarse con el hecho posesorio, no puede hacerse prevalecer también sobre el Registro de la Propiedad, tan reforzado, además, en los artículos 1.º y 38 de la vigente L. H.» Sobre este punto vid. el comentario de J. GONZÁLEZ PÉREZ en *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y los montes públicos catalogados*, en R. C. D. I., enero 1950, págs. 30-42.

(6) Esta obligación de inscribir se desprendía ya del art. 24 R. H. respecto de los bienes inmuebles del Estado y Corporaciones civiles en general y del art. 199 de la Ley de Régimen Local para los bienes de los Municipios.

(7) Comp., por ejemplo, con arts. 403 y 404 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955.

(8) En el prólogo de la 1.ª edición de la obra de A. GUAITA citada.

tes «se encuentra en un momento transicional del Derecho privado al público y de la economía individualista a la colectiva o, cuando menos, de predominio de interés público» (J. L. LL.).

III. Derecho de obligaciones.

1. MORATORIA PARA LOS CRÉDITOS DE TODA CLASE: *Se concede en los términos municipales y áreas geográficas afectadas por las recientes inundaciones de Valencia.*

DÍAS INHÁBILES: *Se declaran tales desde el 14 al 31 de octubre de 1957 a todos los efectos y hasta el 15 de noviembre a efectos judiciales, con posibilidad de prórroga en este último caso.* (Decretos-leyes de 18 y 26 de octubre de 1957; «BB. OO.» del 24 y del 31.)

1. MORATORIA.

Aparte de la moratoria fiscal (contribución territorial, rústica y urbana e industrial y de comercio, así como impuestos integrados en la Contribución de Usos y Consumos) que los artículos 1.º al 3.º establecen y regulan, en el artículo 4.º se concede moratoria para las demás obligaciones de pago, que comprenderá:

1.º Los créditos hipotecarios y pignoratícios, sus amortizaciones e intereses, vencidos o que venzan en el período de 11 de octubre de 1957 a 28 de febrero de 1958, ambos inclusive, cuando los bienes gravados con hipotecas o constituidos en prenda hayan sufrido daños y estén situados en los términos municipales o áreas geográficas a que alcance el beneficio de la moratoria.

2.º Los créditos de toda clase, vencidos o que venzan en el período antes indicado:

a) Contra personas residentes o entidades domiciliadas en los términos municipales o áreas geográficas a que alcance el beneficio de la moratoria y que en ellos posean fincas rústicas o urbanas, instalaciones o explotaciones industriales o comerciales, siempre que hayan sufrido daños en las mismas o que su capacidad de pago se vea disminuida como consecuencia de los siniestros producidos por los recientes temporales; y

b) Contra personas o entidades que aunque residan o estén domiciliadas fuera de los términos municipales o áreas beneficiadas por la moratoria posean en ellas fincas rústicas o urbanas, instalaciones o explotaciones industriales o comerciales y hayan sufrido daños de consideración en ellas.

Esta moratoria no será aplicable cuando el deudor sea un establecimiento bancario o de crédito.

Conforme al artículo 6.º (según el cambio llevado a cabo por el Decreto-ley de 26 de octubre de 1957), transcurrido el tiempo de duración a que se hace referencia en el artículo 4.º, es decir, vencido el día 28 de febrero de 1958, los créditos antes citados serán exigibles por los acreedores en los términos pactados, dejando a salvo lo que estipulen libremente las partes con posterioridad al Decreto-ley de 18 de octubre, el cual no será de aplicación a los créditos nacidos a partir de aquella fecha y a los renovados expresamente por el deudor después de la misma.

Los protestos de letras de cambio y efectos de comercio impagados y

que correspondan a créditos afectados por la moratoria podrá formularse en cualquiera de los quince días hábiles siguientes al vencimiento de ésta (artículo 6.º, párrafo 3.º).

Los efectos protestados con arreglo a lo establecido en el artículo anterior no necesitarán nuevo protesto (art. 6.º, párraf 4.º).

Los artículos 7.º y 8.º regulan el procedimiento a seguir por los que se crean con derecho a los beneficios de la moratoria: petición en el plazo de un mes a partir de la exacta fijación del área geográfica afectada, que se hará en un Junta que se constituirá en Valencia y cuya composición se determina, la cual, por mayoría de votos, resolverá si los peticionarios han sufrido daños en sus bienes, instalaciones o explotaciones en cuantía suficiente para justificar el beneficio de la moratoria, con amplias facultades para informarse adecuadamente antes de resolver. Las instancias, junto con las alegaciones y justificantes oportunos, se presentarán en los organismos que se indican, los cuales, con breve informe sobre la realidad de los daños, los elevaran a la Junta.

2. DÍAS INHÁBILES.

Se declaran inhábiles los días 14 al 31 de octubre de 1957, ambos inclusive, en el territorio afectado por la inundación en la provincia de Valencia, a toda clase de efectos, civiles, notariales, mercantiles y administrativos, y hasta el 15 de noviembre próximo inclusive a efectos judiciales. Estos días inhábiles se descontarán en la computación de los plazos establecidos para cada caso, pudiendo llevarse a efecto los actos y obligaciones respectivos dentro de los quince días hábiles siguientes al último de los declarados inhábiles, en el supuesto de que hubieran caducado los términos correspondientes o los que restaren fueren inferiores al mencionado de quince días hábiles y sin perjuicio de la validez de las actuaciones practicadas en dichos períodos inhábiles cuando no haya sido precisa la presencia o audiencia verbal o escrita de los interesados. Se autoriza al Ministerio de Justicia para prorrogar los días inhábiles a efectos judiciales, total o parcialmente, si las circunstancias lo hicieren necesario.

La presentación y protesto de letras de cambio y efectos de comercio que debían de haberse practicado durante los días 14 al 31 de octubre en curso, ambos inclusive, podrá efectuarse durante un plazo de quince días hábiles a partir del 2 de noviembre próximo (art. 5.º del Decreto-ley de 18 de octubre de 1957 y 5.º del Decreto-ley del 26 del mismo mes y año).

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VALENCIA: *Se suspenden por un periodo de seis meses los lanzamientos en fincas urbanas de la ciudad de Valencia y zonas afectadas en su provincia por las recientes inundaciones; se concede el derecho de retorno a los inquilinos o arrendatarios de viviendas y locales de negocio que hayan quedado destruidos o en estado de ruina* (Decreto-ley de 8 de noviembre de 1957; «B. O.» del 30).

A. EXPOSICIÓN.

Se suspenden por un plazo de seis meses, contados desde la fecha de la

vigencia de este Decreto-ley (1), los lanzamientos acordados en ejecución de sentencia de desahucio y de resolución de contratos en locación de viviendas y locales de negocio que se refieran a fincas urbanas enclavadas en las zonas afectadas por las inundaciones de Valencia y su provincia (art. 1.º).

Los procedimientos judiciales instados o que se insten sobre esta materia seguirán su tramitación hasta que recaiga sentencia firme, suspendiéndose entonces de oficio el lanzamiento acordado durante el plazo señalado en el artículo anterior (art. 2.º).

Se exceptúan de lo dispuesto en los artículos precedentes los lanzamientos acordados en ejecución de sentencia de resolución de contratos por declaración de ruina de la finca, por pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio, por expropiación forzosa y por estimación de las causas de excepción a la prórroga obligatoria del contrato, previstas en los números 2.º y 4.º del artículo 62 del texto articulado de la L. A. U. vigente y en los preceptos concordantes (2).

Los inquilinos y arrendatarios de viviendas y locales de negocio que hubieren quedado destruidos o en estado de ruina, por las inundaciones a que se refiere el artículo 1.º, tendrán el derecho de retorno a que se contrae la Sección 3.ª del Capítulo VIII de la L. A. U. citada.

B. OBSERVACIONES. Aparte de las medidas humanitarias que contienen los artículos 1.º y 2.º, con las naturales excepciones del 3.º, párrafo 1.º, es interesante que en el párrafo 2.º de este último artículo se concede derecho del retorno (arts. 78 a 94 L. A. U.) aun en el caso de pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio que, conforme al régimen común (art. 118), no existe. (R. I. A.)

(1) Conforme al art. 4.º este Decreto-ley entrará en vigor al siguiente día de su publicación en el «B. O. del E.», o sea el 1 de diciembre de 1957.

(2) Proyectar el arrendador el derribo de la finca para edificar otra que cuente con un tercio más de viviendas, o una si no las hubiere, respetando el número de locales de negocio (2.ª) y ocupación por el inquilino de dos o más viviendas en la misma población y que el uso de todas ellas no sea indispensable para atender a sus necesidades (4.ª).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DIFERMAN, Bonifacio: «El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI», El Escorial, 1957; 220 págs., 22 × 16 centímetros, 75 pesetas.

El estudio que el brillante jurista Reverendo P. Bonifacio Diferman nos brinda sobre «El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI», es uno de los más completos trabajos que tanto por lo sugestivo, como por lo enjundioso del tema se ha publicado en estos tiempos y el que aborda con esa sólida y vastísima cultura de que son exponentes sus publicaciones que le cualifican de verdadero Maestro. A lo largo de sus páginas, pletóricas de doctrinas y citas, paso a paso va allanando el espinoso camino que la problemática del tema plantea, recogiendo en ellas las posturas más destacadas de nuestros sabios, con especial dedicación, como es natural, a los que pertenecieron a la Orden que el autor profesa. Si la aportación al pensamiento filosófico-jurídico del siglo XVI, que prestaron nuestros teólogos fué de lo más perfecta y acabada que en su época se conoció, no conviene olvidar que gran parte se debe a una serie de juristas que hasta hace relativamente un corto espacio de tiempo no habían surgido a la palestra; he aquí una de las peculiaridades del trabajo del P. Bonifacio, que en su magnitud ha sabido resucitar a un núcleo de tratadistas que ora olvidados, ora desconocidos, se nos presentan como verdaderos artífices de la doctrina católica sobre el Derecho y la Justicia. En verdad hay que reconocer que la obra del joven y ya maduro agustino, es una aportación valiosísima en todos los aspectos. Cuando hoy día se habla de una crisis en todos los órdenes de la vida, y cuyas salpicaduras se dejan sentir en el campo anchuroso del Derecho, se hace cada vez más necesario desenterrar y actualizar conceptos que son a la vez que tradicionales, básicos. Frente a la proclamada crisis del Derecho, es preciso oponer la fé en el Derecho y en la Justicia, y para construir unos fundamentos sólidos hay que partir, quierase o no, de nuestros clásicos. Revalorizado el concepto del hombre, obra del Cristianismo, su influjo imprimió nuevos derroteros a la Filosofía en general y su significado marca la trayectoria hacia su fin último y verdadero; los principios teológicos se integran en el Derecho y éste no es sólo producto de la razón humana, sino el resultado del conjunto armónico humano-social con los principios inmutables que le señala el Derecho natural en su derivación de la Ley eterna, que es la forma en que participa de esta la mente humana.

Pero no sólo conviene destacar en la obra del P. Bonifacio el aspecto de profundo investigador, sino su aportación personal que encierran las conclusiones a que llega. Señala como fin de la Justicia, la Paz, y esta, al igual que el Derecho, tiene unos fines trascendentes, pero a su vez no

son exclusivos fines, sino medios funcionales en dirección a un orden; porque el Derecho supone ciencia reflejada en una continuada especulación filosófica que fija y altera sus conceptos penetrando en el terreno de lo cognoscible, pero al mismo tiempo es el ordenamiento que rige, que hace posible la convivencia civil y que mantiene su conservación, completándose en su más excelsa función de aplicarlo a la realidad fáctica; todo ello se encierra en el bello contenido que la justicia y seguridad, con sus principios inmutables, se manifiestan para una paz que es corolario de un orden, orden no encerrado en un estrecho marco, ni en compartimientos estancos que le opriman, sino con plena y universal libertad que no encaja en un molde ajustado a una determinada coyuntura histórica, ni tampoco a un pueblo concreto, sino a todos los seres, a un orden social constituido en el Universo, y, éste indiscutiblemente es recogido por Dios.

En suma, el trabajo del sabio agustino es de una riqueza de contenido y sustantividad que pone de manifiesto, en todos sus aspectos, la profundidad de unos conocimientos poco comunes entre los juristas de nuestros días.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA
Catedrático de Derecho

FOLLINET, Edouard: «Le contrôleur dans les sociétés anonymes. Librairie de l'Université. Georg. & Cie. S. A. Genève, 1957; 76 páginas.

Este librito tiene una finalidad muy concreta: criticar la legislación suíza sobre la censura de cuentas y proponer reformas para su mejora. Quizá, por ello, no se ha preocupado el autor de agotar la documentación, ni de profundizar en el problema. Sin embargo, puede ser muy útil para el lector español.

Comienza el libro recordando que las sociedades anónimas eran privilegiadas, de orden público, por así decirlo. El Estado autorizaba su nacimiento, aprobaba sus estatutos y controlaba su funcionamiento con funcionarios especiales llamados «comisarios del Gobierno». Después se les emancipa y la vigilancia del Estado es reemplazada por un «consejo de vigilancia», elegido por los mismos accionistas. El resultado no ha correspondido a la esperanza. Porque, de la asamblea general puede decirse que «reina, pero no gobierna»; el poder verdadero queda en manos de los administradores, los accionistas se limitan a colocar su dinero, obtener dividendos o jugar a la Bolsa, pero no piensan participar en la gestión. De aquí la importancia de los censores de cuentas para la defensa de los intereses de los accionistas, de los acreedores y de la misma economía nacional.

Dos sistemas extremos se ofrecen. El del intervencionismo estatal, designación, p. ej., de los censores por los Tribunales (como se propuso en Francia); ello significa una ingerencia del Estado indeseable y hasta una

carga excesiva para éste, al que se le haría responsable de la marcha financiera de las sociedades.

El sistema de la libre designación por los accionistas ha tenido al ejemplo inglés, como argumento en su favor. Mas su fuerza resultaba del hecho de la buena y general práctica de las compañías inglesas de acudir a los «chartered accountants», cuya severa disciplina gremial aseguraba la competencia e integridad de la censura de cuentas. Hoy, además, ha perdido fuerza porque la ley inglesa de 1948 ha regulado de modo imperativo todo lo relacionado con la censura de cuentas. El autor, por ello, no se decide por ninguno de estos sistemas y prefiere la designación hecha por los accionistas, pero de modo que resulten plenamente garantizadas las condiciones de competencia, honradez e independencia de los censores.

El centro de este estudio se encuentra en el examen crítico de la legislación suiza y en su comparación con las legislaciones de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Italia e Inglaterra. La base de su propuesta de reformas respecto al Derecho suizo se dirige a que el censor o censores nombrados sean expertos contables e independientes de la sociedad y de sus administradores. Para que esta independencia sea efectiva piensa que se impone excluir la posibilidad de nombrar censores a «personas fiduciarias» (personas morales) y a los «sindicatos de revisión», porque unos y otros pueden resultar mero instrumento de los administradores de la sociedad cuyo balance, cuentas y administración han de censurarse.

En este libro no se menciona la legislación española. El lector cuidadoso podrá contrastar las conclusiones que en él se obtienen con la regulación de los censores de cuentas, dada por el artículo 108 de la Ley de sociedades anónimas (17 julio 1951). Al reducido objeto de esta nota bastará recordar que si los censores son designados por la mayoría serán necesariamente personas de confianza de esa mayoría (regularmente manejada por los administradores) y que la posibilidad dejada a la minoría de nombrar un censor, sólo será efectiva cuando ya existan razones para sospechar una indebida administración o cuando estén divididos los accionistas, es decir, en casos en que la inspección normalmente resultará tardía; además, queda al arbitrio de los administradores «limitar el derecho de examen de los censores en caso de excepcional importancia, cuando así lo exija el interés social gravemente comprometido» y el informe del censor nombrado por la minoría (en tal caso necesariamente censor jurado «sólo habrá de referirse a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y cuentas de pérdidas y ganancias y a los criterios de valoración y amortización seguidos en el ejercicio por la sociedad».

El interés principal de esta obra se encuentra, para nosotros, en que plantea estas preguntas: ¿es adecuada la figura del censor de cuentas de la ley española de 1951? ¿Se ha creado una figura ornamental e inocua? ¿Origina falsa confianza y gastos inútiles? ¿Convendría revisar la ley conforme a las sugerencias de Folliet? ¿Será aconsejable suprimir la censura de cuentas? ¿Debería irse a una reforma que asegurase, como en la ley inglesa (arts. 147-175) una censura objetiva de cuentas y, en su caso, una

inspección especial? Interrogantes y sugerencias para cuyas respuestas el libro de Edouard Pollet ofrece datos y argumentos importantes.

RED.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: «Derecho Procesal Administrativo», tomo segundo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957.

Los tratados son imprescindibles para conocer el sistema jurídico, para saber cómo funciona, cuáles son sus aciertos y sus fallos. La visión de conjunto supera la parcial y, a veces, deformadora de los estudios monográficos. Su necesidad didáctica es indiscutible. Son, a la vez, pauta para los órganos de aplicación del Derecho y para el mismo legislador. La eficacia social de un buen tratado puede parangonarse a la de las mismas leyes e incluso, con el tiempo, puede superarla.

Al reseñar el tomo primero de esta obra afirmábamos (An. D. c., VIII, 4, págs. 1316 y 1317) que estamos ante un tratado sobre el contencioso administrativo, ante el único tratado. El tomo segundo confirma el juicio: lo que en aquél podía parecer esperanza por la indole de las materias que contiene, es en éste, brillante realidad. Se trata de un estudio sobre la total problemática del proceso administrativo conforme al sistema y técnica exigida por la naturaleza procesal de la figura.

Está dedicado el nuevo tomo al régimen jurídico general del proceso administrativo, sin perjuicio de adentrarse muchas veces—cuando es conveniente para la completa exposición del régimen—en cuestiones procesales y administrativas de carácter general. Al estudiar los sujetos del proceso se examina el régimen del órgano jurisdiccional (delimitación de la jurisdicción contenciosa, frente a las demás, régimen de los conflictos jurisdiccionales, competencia de los distintos órganos), la posición del Ministerio Fiscal respecto del proceso administrativo y la regulación de las partes conforme al sistema consagrado en la teoría general del proceso y con especial examen del litisconsorcio y la intervención adhesiva (el coadyuvante). Sigue después el estudio del objeto (pretensión, acto administrativo como presupuesto de la pretensión, oposición, pluralidad de pretensiones), actos procesales, procedimiento y efectos del proceso (substantivos y procesales y también, dentro de los efectos, la ejecución y régimen económico del proceso).

Interesa destacar en esta reseña que González Pérez ha tenido una intervención decisiva en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Está claro que la obra, ajustada ya al nuevo régimen de lo contencioso, tendrá un mayor valor que el que, en todo caso, tendría por la formación y el esfuerzo del autor, hoy ya catedrático de Derecho Administrativo, y no sólo porque tal intervención le hace especial conocedor de los fines pretendidos por cada precepto, sino también porque frecuentemente los preceptos responden al sistema de ideas del autor.

GREGNANIN, Antonio: «*Il matrimonio della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa nella Filosofia e nel Diritto*», Giuffrè, Milano, 1957; 162 págs.

Por razones obvias, no resulta fácil para el jurista español el acceso a los textos originales del Derecho soviético. Concretamente, en el tema del matrimonio el estudio más reciente que conocemos se debe a GARCÍA BARBERENA, «El matrimonio en la legislación soviética», publicado en la *Revista Española de Derecho Canónico* 1949, páginas 384-411, amplio y bien documentado, pero que no ha consultado los textos rusos originales, sino traducciones francesas e italianas. De aquí, el interés que presenta, también para nosotros, la presente obra de Gregnanin, la cual lleva en Apéndice la primera versión italiana del Código soviético de la familia con las enmiendas y reformas hasta primero de septiembre de 1953, y va, asimismo, precedida de una laudatoria presentación de Mario Matteucci, ilustre Secretario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Roma), así como de una aprobación del Padre Cappello S. J. Profesor de Derecho Canónico en la Universidad Gregoriana. La obra se nos ofrece, pues, con las máximas garantías.

Y su lectura no defrauda. Profundidad, precisión y escrupulosidad documental resplandecen en su primera parte, dedicada a los presupuestos ideológicos del matrimonio soviético. El autor se remonta a Marx y a la dialéctica hegeliana; «el Derecho, la Moral, la Religión... no son otra cosa que prejuicios de la burguesía para ocultar otros tantos intereses burgueses», puede leerse en el «Manifest der Kommunistischen Partei»; Engels, siguiendo a Morgan, era partidario del amor libre y enseñaba que «la emancipación de la mujer presupone como primera cosa la completa participación del sexo femenino en la industria pública; esto exige la abolición de la familia monogámica como unidad económica de la sociedad», y asimismo sostuvo el divorcio por deseo de una parte; Lenin dedicó sus esfuerzos a que el matrimonio se celebrara exclusivamente en forma civil a fin de acabar con la influencia de la Iglesia en la sociedad, sostuvo la total emancipación de la mujer en el matrimonio, concediéndole el derecho de cambiar de residencia a su arbitrio igual que el marido, la plena libertad de divorcio «porque la ausencia de esta libertad es una opresión más del sexo oprimido», y la absoluta igualdad de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos. Lugar especial ocupa Stalin, que en algún aspecto fué un innovador; mantuvo la concepción del hombre como instrumento de producción, el ejercicio de la patria potestad en nombre y por cuenta del Estado según las directrices de Partido Comunista Soviético y el derecho al divorcio en teoría; pero, al menos desde diez años antes de su muerte, estableció una práctica judicial en el sentido de desaconsejar aun la simple tentativa de divorcio. En el problema concreto de si existe una filosofía matrimonial soviética estima Gregnanin que es un contrasentido hablar de filosofía matrimonial de un pueblo que carece de libertad de expresión, aparte de que la actual concepción matrimonial no es la misma de los primeros maestros.

La segunda parte trata de la regulación jurídica del matrimonio ruso: de la forma (casos excepcionales en que se admite el matrimonio religioso,

matrimonio civil ordinario, matrimonio de hecho, matrimonio legalizado, matrimonio judicial), de los requisitos de validez (edad, consentimiento e inscripción), de los impedimentos para la inscripción (vínculo anterior, parentesco, demencia, diversa nacionalidad). Debe notarse que la forma, excepcional, de matrimonio judicial da lugar a casos en que se declara existente un matrimonio sin consentimiento de uno de los supuestos cónyuges; asimismo, otra particularidad del régimen soviético es que los vicios de consentimiento no dan lugar a la anulación del matrimonio, sino sólo a sanciones de tipo penal.

En relación con la naturaleza jurídica del matrimonio soviético el autor llega a la conclusión de que no puede hablarse de contrato, sino, en todo caso, de vida de relación entre el hombre y la mujer dirigida a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico (pág. 49).

En los capítulos siguientes se tratan los efectos del matrimonio, en el orden personal (de elección del propio apellido, de elección de la propia ocupación, de establecer la propia residencia, de exigir del otro cónyuge, caso de indigencia, los alimentos necesarios) y patrimonial, de la disolución del matrimonio y el celibato. En apéndice, los textos oficiales rusos—como ya se ha indicado—en la primera versión italiana del Código de las leyes sobre el matrimonio, la familia y la tutela de la República Socialista Federativa Soviética Rusa, con las enmiendas hasta 1953.

Aparte el interés que ofrece el libro para el Derecho comparado, queremos subrayar el que puede representar para el jurista español al objeto de resolver los problemas planteados por los matrimonios de los repatriados españoles de Rusia, tanto de los españoles entre sí como de los españoles con mujeres rusas. Sólo conocemos un estudio sobre la materia, el de José MARÍA SETIEN, *Cuestiones matrimoniales suscitadas por los «repatriados»*, publicado en la revista «Lumen» del Seminario de Vitoria (1957, enero-febrero, páginas 29-41), y en el cual se trata el problema desde un punto de vista pastoral, si bien no faltan referencias al aspecto jurídico-canónico. No dudamos que la literatura sobre el tema será abundante en lo sucesivo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

JONES, J. Mervyn: «British Nationality Law. Revised edition. At the clarendon Press», Oxford, 1956; 306 págs.

Este libro lo publica su autor como edición revisada de «British Nationality Law and Practice», 1947. Sin embargo, en su mayor parte puede considerarse obra nueva. Su finalidad principal es el estudio de la legislación inglesa vigente, hoy la ley publicada en 30 de julio de 1948 («British Nationality Act»), que significa una verdadera revolución respecto de las antiguas normas, objeto precisamente de la edición de 1947. Además, se ha cambiado la economía del libro, pues se ha reducido mucho el espacio que antes se dedicaba a la historia de la nacionalidad británica y, en cambio, se le da mayor importancia y extensión al aspecto teórico, precisión de conceptos y significado internacional de la nacionalidad.

La edición de 1947 fué considerada en Inglaterra como la obra fundamental en la materia y de autoridad indiscutida. La actual, revisada, aunque publicada después del libro de PERRY («British Nationality, 1951»), puede predecirse sin temor a equivocarse que logrará igual significado preeminente.

El libro reseñado importa en primer lugar a los especialistas en materia de nacionalidad; también interesará a quienes hayan de resolver cuestiones sobre Derecho internacional privado y de Derecho internacional público.

R. E. D.

MONTSERRAT O. P., Fray Vicente: «La forma canónica del matrimonio y los matrimonios celebrados en España durante la República». Conferencia pronunciada en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación el 6 de marzo de 1956; 47 págs.

Un canonista más que sale a la palestra en la *vetata quaestio* de los matrimonios civiles celebrados por católicos al amparo de la legislación de la segunda República y no seguidos de matrimonio canónico. El padre Montserrat, profesor de Derecho canónico de «Angelicum» y colaborador del C. S. I. C. en su Instituto San Raimundo de Peñafort, hace un estudio de la forma en el matrimonio canónico, especialmente a partir de los Decretalistas, luego se ocupa de la disciplina matrimonial de los Concilios españoles y después de referirse al capítulo *Tametsi* y al Decreto *Ne temere*, expone la doctrina del Código del Derecho canónico vigente sobre las personas obligadas a observar la forma canónica del matrimonio. Distingue, en los matrimonios celebrados al amparo de la ley de 28 de junio de 1932 los que fueron contraídos antes del 18 de julio de 1936, de los posteriores hasta la liberación de la llamada zona roja; estos últimos ofrecen especiales características. Opina que los primeros son nulos por defecto de forma, según el Derecho canónico. Discrepa de la solución dada por Monseñor del León Amo como poco viable, pero tampoco sigue al Padre Regatillo cuando propugna una ley de Divorcio vincular. En su opinión debe ampliarse equitativamente la disposición segunda de la ley derogatoria del Divorcio de 23 de septiembre de 1939, autorizándolo, sin distinción, a cuantos contrajeron matrimonio civil durante la vigencia de aquella ley, una vez probada la invalidez natural o canónica del mismo, siendo causas bastantes para fundamentar la petición de divorcio el deseo de tranquilizar su conciencia cuando su unión, carente de validez canónica, fuese imposible o inconveniente ratificar. Como puede observarse, la solución del autor se parece bastante a la del Padre Regatillo, aunque más restrictiva, y no quiere dictar una ley nueva, sino aplicar la ya promulgada. Una solución «canonista» dada por un canonista. Quizá falte un estudio completo de ambos aspectos canónicos y civiles del problema, que no siempre se tienen en cuenta por los autores.

PEDAMON, Michel: «La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations». Paris, 1956. Un volumen de 311 págs.

Es un autor francés, el Dr. Pedamon, profesor asistente en la Facultad de Derecho de Poitiers, el que ha sistematizado y reunido en una obra muy completa las cuestiones que planteó la reforma monetaria de 1948 en la Alemania occidental. Como señala el profesor Carbonier, el autor ha puesto en orden y sistematizado cartesianamente lo que en la misma Alemania había resultado un poco empírico y exegético debido a la inminencia práctica de su aplicación. Sin embargo, creemos que, gracias a una literatura alemana muy selecta (1), el autor ha podido llegar a la realización de esta obra de recopilación, síntesis y sistematización, donde no faltan los juicios críticos y de parangón con lo francés.

Por todo ello, merece un gran aplauso este trabajo debido a que cuida una faceta hasta ahora bastante abandonada por los civilistas, y es la que afecta a la repercusión de los fenómenos económico-monetarios en la esfera jurídica-privada. Cuestión esta difícil desde el punto de vista metodológico al requerir ambas técnicas para el especialista de una y otra rama. Ahora bien, el estudio frío que hacen los economistas de los fenómenos monetarios en su pura estructura, desconectados del medio y de las manos para quienes actúa, resulta pura quimera. Hace falta que la mecánica monetaria se complemente y tenga su vida en las relaciones de Derecho privado. Aquí las técnicas de ambas facetas se entrecruzan y requieren un análisis de su complejidad.

La enunciación de un principio nominalista, jurídicamente puro, al realizar su concreción dentro del orden público económico produce unas consecuencias paradójicas al distanciarse de una real justicia conmutativa. Tal principio, mantenido en Francia e indirectamente en España, ha llevado a unos resultados en las obligaciones pecuniarias, donde se advierte cada vez más la falta de congruencia entre los principios teóricos y prácticos de esta materia. Frente a situaciones similares, Alemania resuelve la cuestión con técnicas diferentes. Así, en 1924 abordó la situación mediante el cambio del «Mark» por el «Reichsmark» sobre la base de una tasa de reducción in-

(1) La literatura alemana cuenta con una obra clásica para el estudio del período de 1924: NUSSBAUM: *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925. Desde el punto de vista de la defensa del «valorismo», ECKSTEIN: *Geldschuld und Geldwert im materiellen und internationalen Privatrecht*, Berlín, 1932. Para la reforma monetaria de 1948, cfr. PRIESE-REBENTROST: *Kommentar zu den Gesetzen zur Neuordnung des Geldwesens*, Isertlohn, 1948; SCHAEFFER: *Geld- und Währungsordnung*, Frankfurt a. M., 1948; GIESSES: *Die Einwirkungen der Währungsreform im Privatrecht*, 1948; BOEHMER: *Die Einwirkungen des zweiten Weltkrieges, der Nachkriegszeit und der Währungsreform auf privatrechtliche Verhältnisse*, Tübingen, 1949; DUDEN: *Die westdeutsche Währungsreform*, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 8, 9 (1948), 265; Id., *Allgemeine privatrechtliche Wirkungen der Geldreform*, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), 330; KAULBACH: *Schuldnerschutz nach der Währungsreform*, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 3 (1948), 349; WÜNSCHMANN: *Fragen des Privatrechts aus der Währungsreform*, en *Juristische Rundschau* (1948), 241; BRUNS: *Zivilrechtliche Fragen der Währungsreform*, en *Juristische Rundschau* (1948), 333; PETERSEN: *Zivilistische Fragen der Währungsreform*, en *Monatsschrift für deutsches Recht* (1949), 29 y 88; REINBECKE: *Die Einwirkung der Währungsreform auf Schuldverhältnisse gemäss dem Dritten Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens*, en *Monatsschrift für deutsches Recht* (1948), 194 y 321.

finitesimal y una valoración de las viejas obligaciones reducidas a cero mediante un juego de modalidades variables. Más tarde, en 1948, bajo la tutela de las autoridades aliadas de ocupación, reemplaza el «Reichsmark» por el «Deutsche Mark» y se hace una conversión de las obligaciones antiguas bajo el módulo de un Deutsche Mark por cada 10 Reichsmark, aunque con todo un sistema de excepciones y atenuaciones bajo la perspectiva de una equilibración final de las cargas, confiscando los provechos obtenidos por los deudores, con objeto de reparar las pérdidas causadas a las víctimas de la guerra y a los mismos acreedores.

La sustitución de una unidad monetaria por otra conduce a un problema de difícil solución en las relaciones entre acreedores y deudores, lo mismo que cuando se produce la pérdida del valor de una moneda a consecuencia de la inflación. Entonces se advierte la ficción mantenida por el principio nominalista al pretender conservar la identidad de una unidad monetaria, resultando que la práctica demuestra y revela que existe tal correlación entre dicho principio y la realidad económica.

Hasta ahora las medidas adoptadas por los particulares para la defensa y resolución de tal conflicto, como sucede con las cláusulas de estabilización, han sido miradas con recelo tanto desde el campo judicial como desde el jurisprudencial, eximiéndose de una pronunciación directa la esfera legislativa. Sin embargo, Alemania prefirió abordar la cuestión directamente al establecer normas fijas para la resolución de la cuestión planteada. Esta diferencia de trato se debe, como muy bien ha indicado el prologuista de la obra, el profesor Carbonier, a que Francia, conforme a sus tendencias individualistas, enfoca todo el Derecho monetario en torno a la discusión de la validez de la «cláusula oro», como sucede también actualmente respecto de la «cláusula de escala móvil», es decir, realiza una controversia sobre la autonomía de la voluntad. Por el contrario, Alemania se esfuerza en construir este derecho en torno a la voluntad de las partes mediante un análisis objetivo de la moneda y de la obligación pecuniaria.

La obra de Pedamon vienen dividida en dos grandes partes: la que hace referencia a la conversión de las obligaciones y la equidad individual y la que trata de la conversión de las obligaciones y la equidad colectiva. Son de gran interés los capítulos que paralelamente añade sobre el Derecho francés, como sucede respecto de las cláusulas monetarias, a propósito de las reparaciones, en cuanto a la repercusión que tiene la depreciación monetaria en la liquidación de los regímenes matrimoniales y en la sucesión, y, por último, los aspectos que destacan en la revisión contractual del Derecho francés.

El contraste de ambas técnicas, francesa y alemana, pone de relieve la riqueza de conceptos que en esta materia alcanza la ciencia jurídica germánica, apuntando interesantes soluciones con la aplicación de nuevas ideas —aunque ya clásicas entre ellos—, tales como la deuda de valor (Wertschuld) y la teoría de los fondos de provisión o cobertura (Deckungsfondtheorie), así como la virtud de haber trazado un camino recto y seguro en su política monetaria, tanto para su orden público como privado.

JOSÉ BONET CORREA

Colaborador científico del INEJ

SANCHEZ CALERO, F.: «El contrato de transporte marítimo de mercancías. Según la Ley de 22 de diciembre de 1949, que introdujo las normas del Convenio de Bruselas de 1924». Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1957; 206 págs.

Esta monografía incorpora a nuestra bibliografía jurídico-mercantil una positiva aportación sobre la Ley de 22 de diciembre de 1949 (LTM), que introduce las normas del Convenio de Bruselas de 1924, para la «unificación de ciertas reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes». Salvo la somera exposición de Vidal Solá (*El conocimiento de embarque en el transporte marítimo*, Barcelona, 1955), sólo contábamos hasta ahora con las referencias que en los libros generales se hacían a la nueva ley, entre las cuales debe ser mencionada la más reciente inserción que en el Curso del profesor Garrigues (*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1957. 2.ª ed., II, revisada y puesta al día por E. Verdura), se han hecho de sus normas extravagantes en el sistema de nuestro tradicional ordenamiento jurídico.

I. Con clara conciencia de su objetivo—la exposición del conjunto normativo que representa la Ley de 22 de diciembre de 1949—Sánchez Calero acota, de acuerdo con la fragmentaria reglamentación establecida, su campo de trabajo. Esta consciente limitación no supone en ningún caso un desarrollo deslavazado de la materia, porque las oportunas referencias van llenando las lagunas que pudieran producirse. Y cuando ello es exigido por el rigor lógico del razonamiento, una síntesis de la cuestión se hace de acuerdo con la doctrina más autorizada, sin que falten las ocasiones en que el autor expone su postura personal en la cuestión.

En todo instante muestra Sánchez Calero su conocimiento de la literatura que sobre el tema se ha producido, y ello le permite, ante los casos dudosos que la introducción del Convenio ha suscitado en la experiencia jurídica de otros países, remitirse a la opinión común existente. Este conocimiento—facilitado por su puesto como colaborador del Instituto para la Unificación del Derecho privado de Roma—le permite, asimismo, abordar con seguridad los numerosos problemas interpretativos que la nueva LTM ofrece, acudiendo a los principios que la propia ley establece para su interpretación. Al ser una ley uniforme—«aunque su uniformidad no sea completa»—se hace preciso adecuar la construcción a las finalidades perseguidas: evitar conflictos de leyes y «colocar a los portadores españoles en unas condiciones semejantes» de responsabilidad en el campo de la competencia internacional. Pero ello no quiere decir que sean utilizables los criterios de interpretación válidos para la de los Tratados internacionales, sino que el intérprete español, en su tarea, tiene que «valorar como uno de los fines de la ley la tendencia a la unificación». Por tanto, aunque LTM sea una ley nacional, perteneciente a nuestro ordenamiento, los trazados—no muy seguros—del sistema de Derecho marítimo recogidos en el Código de comercio pierden interés a la hora de la comprensión del nuevo sistema en cuanto éste responde a una orientación distinta. Por otro lado, siendo una ley que tiene como principio inspirador proteger al cargador frente a la irresponsabilidad que contractualmente se atribuía al porteador,

este pensamiento también debe de presidir la tarea interpretativa. Mas cuando estos recursos no son suficientes, acude el autor, con una fina valoración jurídica, al examen de los intereses económicos, cuyo conflicto la ley quiere reglamentar—sin que por ello pierda la exposición su rigor lógico jurídico—. Y cuando se hace preciso—v. gr., aplicación de la limitación de deuda por actos propios dolosos—a los principios jurídicos de orden ético que rigen en nuestro ordenamiento común.

II. Estas consideraciones generales—que, juntamente, con la situación en el tiempo y en el espacio de la LTM—se contienen en los dos primeros capítulos del libro, permiten exponer, en rápida síntesis, el resto de las materias tratadas en el libro.

El ámbito de aplicación de la ley suscita—en nuestro ordenamiento como en los que han introducido precedentemente las normas del Convenio—numerosos problemas a pesar de las normas de límite con que la propia LTM ha intentado eliminarlos. La LTM no se aplica a todos los transportes de mercancía por mar, sino únicamente «al contrato de transporte internacional en las condiciones que expresa» la propia ley. Por ello son estudiados cuidadosamente los presupuestos de que depende su aplicación.

La figura del porteador y su posición jurídica es objeto de una atención especial por la LTM y su estudio se acomete en el capítulo III. Se señala la separación que, en el sistema de la LTM, se ha producido entre empresa de navegación y empresa de transporte—superponiéndose esta última a la primera cuando el naviero o el armador se compromete con un cargador de transporte—, así como el abandono de la concepción del fletamento como transporte. Las obligaciones del porteador se estudian siguiendo el sistema más común de exposición. Antes de iniciarse el viaje, cuidar de la navegabilidad del buque, cuidar en forma apropiada de la carga y de la estiba de las mercancías y la emisión del conocimiento—cuya falta no produce la nulidad del contrato, sino sólo la inaplicabilidad de LTM—. Durante el viaje, seguir la ruta marcada y custodiar debidamente el cargamento. Después del viaje, cuidar en forma apropiada de la descarga de las mercancías y entregar éstas al tenedor legitimado del conocimiento. La intervención de una empresa en la descarga produce una serie de problemas que son atendidos mediante la determinación del momento en que el transporte cesa, que es el jurídicamente relevante para determinar la duración de la responsabilidad del porteador.

La reglamentación del contrato sujeto a la LTM es objeto de un minucioso tratamiento en los capítulos IV y V. El conocimiento—cuyas funciones normales se ven acrecentadas con la de servir de presupuesto para la aplicación de la LTM—no es un título constitutivo, sino que en él «se incorpora el derecho derivado del contrato fundamental de poder retirar las mercancías cuando lleguen al puerto de destino». Su carácter causal y sus relaciones con la póliza de fletamento—cuyo contenido, para que surta efectos contra terceros, no ha de ser incompatible con el conocimiento—son objeto de suficiente consideración. Las menciones exigidas para el conocimiento se estudian en cuanto a su significación y relevancia para la posición jurídica de los intervinientes y para la validez del propio documento. El valor de la descripción de las mercancías, así como la eficacia de las re-

servas con que el porteador intenta enervar aquél, sólo mediante un adecuado desvelamiento de los intereses netamente contrapuestos puede solucionarse. Frente a la posición dominante sostiene Sánchez Calero la admisibilidad de la póliza de garantía, en cuanto no significa una exoneración de la responsabilidad del porteador. La regulación de los ejemplares y duplicados del conocimiento, así como la circulación de éste, se integra mediante las normas del Derecho común. Al referirse al conocimiento como título de tradición—estudiado de modo más somero, en cuanto que este aspecto afecta en menor grado a las relaciones entre el porteador y tenedor del conocimiento—se adhiere a la teoría de la representación, con las consecuencias que, en cuanto a la adquisición de la propiedad de las mercancías y a los problemas suscitados por la separación separada del título y de aquéllas, se deducen de esta teoría. Al no decirse por la LTM qué documentos son «similares» al conocimiento, se hace preciso el exámen de los que en el tráfico funcionan con esta pretensión. El conocimiento de embarque—que es el primeramente estudiado—incorpora, según el autor, el derecho a la entrega de las mercancías y atribuye la posesión mediatay, por tanto, su negociabilidad—de las mismas. La distinción de las órdenes de entrega propias e impropias se plantean en los términos tradicionales. Mientras las primeras—al contener una delegación y ser un título-valor de carácter causal—atribuyen el derecho a la entrega de una parte de las mercancías, las segundas no tienen carácter representativo y únicamente producen un derecho personal frente a su emitente. También se trata del conocimiento directo en este lugar, considerándose que documenta un sólo contrato y no un contrato con reexpedición. De los documentos complementarios se estudian la declaración de embarque, la orden de embarque y el recibo de embarque. Ninguno de los tres es título-valor y únicamente cumplen una función probatoria.

El tema de la responsabilidad del porteador requiere, naturalmente, un escrupuloso análisis, puesto que una de las finalidades esenciales del Convenio de Bruselas fué la de regular, mediante normas de derecho necesario, la extensión de las cláusulas de exoneración en los conocimientos. Toda la problemática interpretativa de los preceptos que la LTM dedica a este tema se encuentra transida por las dificultades que se derivan de ser la casuística recogida traslación de los términos ingleses, que, teniendo un determinado sentido jurídico en la práctica jurídica inglesa, resultan, en ocasiones, incoloros en los sistemas continentales. Por esto, tanto para la interpretación de las cláusulas generales como de la enumeración casuística, que, conjuntamente, constituyen el sistema de la ley, es ineludible la consideración de sus precedentes ingleses, así como de los diversos entendimientos que de ellas se han verificado por la doctrina y la jurisprudencia de los países que anteriormente habían adoptado como ley las normas del Convenio.

El artículo 11 de la LTM señala los límites cuantitativos dentro de los cuales responde el porteador. Desechando la caracterización de esta limitación como una limitación de responsabilidad, ya que lo limitado es la deuda, se expone el sistema de la LTM, que es el mismo del Convenio, aunque con dos particularidades: la fijación del valor de la mercancía se

hace basándose en el que tenía en el puerto de embarque; y la cantidad de 1.000 £ se ha convertido en 5.000 pesetas. Esta fijación es criticada por el autor, a la vista de las consecuencias que se producirán por el fenómeno de la constante devaluación de la moneda.

El último capítulo se dedica a exponer el sistema de la LTM en lo referente al ejercicio de las acciones de indemnización por pérdida o avería de las mercancías, que ha modificado parcialmente el sistema del C. de c. El plazo para el ejercicio de la acción de indemnización es de caducidad, ya que el origen del texto legislativo—las Reglas de la Haya—impone la referencia a la «limitation of action» sajona, similar a la institución continental de la caducidad.

Completan la monografía un apéndice con el texto de la ley de 1949—indicando, mediante el empleo de cursiva, las innovaciones, que, con relación a la traducción española del Convenio, contiene—y los correspondientes índices de fuentes y de materias.

III. Después de esta exposición de las materias tratadas en el libro comentado, no parece oportuno una crítica de puntos concretos. No importa que, en algunos, pueda discreparse ante la solución de un determinado problema o en la delimitación del objeto de estudio, ya que las posiciones mantenidas por el autor se encuentran siempre respaldadas por sólidos argumentos. Lo que importa es subrayar la rica problemática que la obra de Sánchez Calero contiene y la ponderación de sus soluciones, cuya exposición, a pesar de todo, no rompe en ninguna ocasión la armonía y proporción del trabajo. Desde un punto de vista más general, las dificultades con que, a cada paso, el autor ha tropezado en la interpretación de la LTM—debidas en gran parte a una defectuosa técnica de introducción en nuestro ordenamiento de las normas de un Convenio Internacional—plantean y llaman la atención sobre el problema y técnicas de la unificación del Derecho en un momento en que estas preocupaciones adquieren nueva fuerza en la consideración de los mercantilistas, cuyo campo de trabajo es el más propicio para esta tarea.

J. F. DUQUE

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BENEYTO, Juan: *Una sociología de la Historia jurídica*.—RGLJ, Año CV, tomo 202, núm. 3, marzo 1957; págs. 291-399.

Amplísimo estudio imposible de resumir en unas líneas. En los estudios histórico-jurídicos la Historia jurídica debe entenderse como historia de conceptos y de dogmáticas, sobre un fondo cultural y con un fondo unificador. Esto reivindica una nueva sociología frente al sociólogo del positivismo.

DARMSTAEDER, F.: «Der Begriff «Recht» in Art. 20. Abs. 3 des Grundgesetzes».—NJW, Año X, cuaderno 21, 24 mayo 1957; págs. 769-772.

El art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn manifiesta que la jurisprudencia está vinculada a la Ley y al Derecho. Valoración de la expresión Derecho en la norma indicada: el autor entiende se trata del «Derecho no legislado», como lo demuestra la circunstancia de que el redactor de la Ley Fundamental se refiera al Derecho como cosa distinta de la Ley.

DE ASIS Y GARROTE, Agustín: *Economía y Derecho*.—RGLJ, Año CV, tomo, 202, núm. 2, febrero, 1957; págs. 163-180.

Planteamiento de cómo debe enfocarse el binomio Economía-Derecho. No sólo el Derecho comprende la Economía, sino que ontológicamente se refiere el Derecho a un orden del ser de forma más primaria, mientras que la Economía se agota en un nuevo planteamiento ético.

ERLER, Adalbert: *La nave come simbolo giuridico dello Stato e della Chiesa*.—NRD, vol. IX, fascículo, 5-8, 1956.

Por su semejanza con la Iglesia y el Estado, la nave se adopta desde antiguo como su símbolo jurídico.

HAMANN: *Referentenkommentare*.—NJW, Año X, cuaderno 17. 26 abril 1957; págs. 616-618.

Comentario en torno al valor de los «Referentenkommentare» o comentarios del relator o informante que suelen acompañar a ciertas leyes en su promulgación. Deben conceptuarse como libres exteriorizaciones de opinión en el sentido del artículo 5, 1, de la Ley Fundamental.

HAUCKH *Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften zur Durchführung von Gesetzen*.—NJW, Año X, cuaderno 22, 31 mayo 1957; páginas 809-812.

En el complicado Estado moderno gana cada vez más en importancia el papel de la Administración, y con ello aumentan considerablemente los reglamentos administrativos. Significación de éstos en la ejecución de la ley.

HUECK, Alfred: *Problemi del diritto di sciopero*.—NRD, vol IX, fascículo 5-8, 1956; págs. 173-180.

La huelga, suprimida en Alemania durante el nacionalsocialismo, adquiere hoy extraordinaria significación como arma de lucha. Diversidad de opiniones en torno a ella, legitimidad o ilegitimidad, etc. Comentario a una sentencia del Tribunal laboral alemán de 28 de enero de 1955 que resolvió dos problemas fundamentales: necesidad de observancia de un plazo de denuncia y necesidad de readmisión de los huelguistas en el trabajo.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Sobre el Derecho y su concepto*.—RCDI, Año XXXIII números 350-51, julio-agosto 1957: págs. 505-536.

Estudia el autor los significados del Derecho, las orientaciones en torno al mismo, sus esferas y desenvolvimiento, así como sus aspectos objetivo y subjetivo. Entiende el autor que el problema del concepto empequeñece el de su definición; el denominador común de todas las definiciones del Derecho es éste: o es lo forzoso dentro de la libertad o es lo imprescindible para vivir socialmente.

REINICKE, D.: *Das Gleichberechtigungsgesetz*.—NJW, Año X, cuaderno 25, los Estados.—RGLJ, Año CV, tomo 202, núm. 5, mayo 1957; págs. 587-625.

Se estudia el desarrollo del concepto en el Derecho histórico, internacional privado e interno para después referirse al fundamento de su evitación y a su naturaleza jurídica: excepción a la aplicación de la ley e institución del Derecho internacional privado. Analizados los requisitos del fraude y de su apreciación se estudian sus efectos. En el Derecho español el autor acude al artículo 4 del Código civil para manifestar que en nuestro Derecho carecemos de una norma taxativa que acepte o repudie la excepción de fraude. Breve referencia a instituciones análogas.

REINICKE, D.: *Das Gleichberechtigungsgesetz*.— NJW, Año X, cuaderno 25, 21 junio 1957, págs. 934-938.

Estudiado en otro trabajo (reseñado en esta misma sección), el nuevo régimen matrimonial de bienes que la ley de equiparación de marido y mujer de 1957 introdujo en el BGB, el autor estudia ahora las restantes modificaciones que dicha Ley ha introducido en el Derecho alemán: en la Parte general del BGB, en el Derecho de familia, en el Derecho sucesorio y en otras disposiciones que no sean del BGB. Consideraciones de Derecho internacional privado.

REINICK, G. y D.: *Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze*.—MDR, Año XI, cuaderno 4, abril 1957; págs. 194-198.

Con ejemplos significativos tomados de la jurisprudencia, los autores se enfrentan con la cuestión de si el juez debe fallar conforme a leyes que, al ser superadas por la evolución de la realidad, han quedado manifiestamente anticuadas. Bajo qué presupuestos puede realizarse la adaptación a las nuevas circunstancias.

RICHTER-BRINTZINGER: *Zur Diskussion der juristischen Studienreform*.— NJW, Año X, cuaderno 24, 14 junio 1957; págs. 899-890.

Comentarios en torno a la procedencia o improcedencia de la colaboración de «juristas prácticos» en la formación de los estudiantes de Derecho en vista de la planeada reforma de los estudios jurídicos en Alemania.

ROHDE-LIEBANAU-SCHATZLER: *Bundesverfassungsgericht und verfassungsmässige Ordnung*. NJW, año X, cuaderno 22, 31 mayo 1957; págs. 817-819.

Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal en torno a las limitaciones que pesan sobre el individuo en su libertad general de actuación, basadas en principios constitucionales.

RUTKOWSKY, H.: *Der Anwartschaftserwerb und seine Folgen*, NJW, año ..., cuaderno 23, 7 junio 1957; págs. 858-859.

TUNC, Andre: *Il Diritto degli Stati Uniti d'America*, NRD, vol. IX, fascículo 5-8, 1956; págs. 146-156.

Visión general del Derecho de los Estados Unidos, tomado en consideración desde el punto de vista de sus fuentes y su técnica. Las particularidades del Ordenamiento jurídico norteamericano derivan del ambiente político en que se desenvuelve y de su historia.

WENGLER, Wilhelm: *Juristische Studienreform, ein Anjang oder ein Ende?* NJW, año X, cuaderno 6, 8 febrero 1957; págs. 201-205.

Consideraciones en torno a la planeada reforma de los estudios jurídicos en Alemania. Enjuiciamiento de las opiniones de Duden, Kunkel y Ridder al respecto.

2. Derecho de la persona.

DE CUPIS, Adriano: *Postilla sul diritto alla riservatezza*, DG, año LXXII, número 6, junio 1957; págs. 293-298.

La sentencia de casación italiana de 22 de diciembre de 1956 que niega el «derecho de reserva» ha provocado grandes críticas. Como se basa en un escrito de Pugliese, éste elogia la sentencia en cuestión. Polémica con este autor en torno al fundamento del derecho de reserva, distinción entre reserva y secreto, reproducción de la imagen ajena, etc.

MASFELLER, F.: *Die Novelle zum Personenstandsgesetz*, EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; págs. 229-231.

Breve examen de la Ley alemana de 18 de mayo de 1957 que modifica la Ley sobre el estado de las personas de 1937. La reforma persigue dos finalidades: a) Unificar la llevanza del Registro de Familia y las circunstancias que en él se hacen constar, suprimiendo las diversidades entre las Länder, surgidas por la guerra. b) Dar entrada, de forma orgánica y ordenada, en los Registros sobre el estado de las personas a los refugiados en Alemania Occidental.

PUGLIESE, Giovanni: *Postilla alla postilla*, DG, año LXXII, núm. 6, junio 1957; páginas 299-300.

Breve contestación del autor a De Cupis en la materia que provoca la materia. (Vid. De Cupis.)

RAMONEDA VIVER-PALOS FERRERES: *Comparecencia de los entes civiles según el Concordato.—Personalidad.—Extensión de la capacidad de goce y de la de ejercicio*, RDN, año V, núm. 15, enero-marzo 1957; págs. 141-212.

Después de estudiada doctrinal y legislativamente la personalidad jurídica de los entes eclesiásticos, con especial referencia al Concordato, los autores exponen las reglas fundamentales que rigen la actividad jurídica de los entes eclesiásticos en el Derecho privado español. El estudio se delimita de

doble forma: a) Sólo trata de los entes eclesiásticos en cuanto titulares de relaciones jurídicas civiles. b) Examen preferente del problema desde el punto de vista notarial.

WOESNER, Horst: *Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht*, NJW, año X, cuaderno 19, 10 mayo 1957; págs. 692-695.

El deber de secreto del médico respecto al paciente es sancionado por la legislación penal alemana, pero tiene un alcance civil especialmente en lo relativo a su mecanismo. Se discute si el representante legal del paciente puede dispensar tal deber en el supuesto de incapacidad legal del paciente. Otras cuestiones.

3. Derecho de cosas.

GANSCHERIAN-FINCK: *Strasseneigentum und Gemeingebrauch*, NJW, año X, cuaderno 8, 22 febrero 1957; págs. 285-289.

La opinión dominante considera que la propiedad que el Municipio ostenta sobre las calles es una propiedad del Derecho privado que ha de hacerse compatible con el uso común de las mismas.

MAROTTA, Gerardo: *Sull'illegittimità dei procedimenti di espropriazione nella zona industriale di Napoli*, DG, año LXXII, núm. 7 julio 1957; páginas 358-363.

El resurgimiento económico de la ciudad de Nápoles requiere con gran frecuencia el empleo de expropiaciones. De la ilegalidad del procedimiento seguido en algunas se ocupa el autor.

ROQUETTE, Hermann: *Wohnrecht und Mietrecht*, NJW, año X, cuaderno 14, 5 abril 1957; págs. 525-528.

¿Es posible la coexistencia sobre una misma vivienda de un derecho de habitación y de un derecho arrendaticio? Estudiado el problema atendiendo a la prioridad temporal de uno y otro derecho y distinguiendo en base a ella hipótesis diversas, el autor llega en todo caso a esta conclusión: la existencia de un derecho de habitación excluye siempre la existencia simultánea de un derecho arrendaticio sobre la misma vivienda.

VÖLP, Fromut: *Die Rechtstellung des Patentamts*, NJW, año X, cuaderno 23, 7 junio 1957; págs. 859-860.

Se discute en Alemania la correcta calificación jurídica de la oficina de patentes. De considerarla o como tribunal o como autoridad administrativa se deducen importantes consecuencias.

ZUNFT: *Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäss § 930 BGB*, NJW, año X, cuaderno 12, 22 marzo 1957; págs. 445-448.

Comentario a una sentencia del BGH que no ha reconocido validez a un contrato por el cual el prestatario de un Banco transmitió a éste, en garantía, una expectativa a la propiedad de unas mercancías. El pacto es frecuente y la sentencia ha producido efecto en los establecimientos de crédito. Es fundamental al respecto el § 930 del BGB.

4. Obligaciones y contratos.

ATTARD ALONSO, Emilio: *La voluntad expresa para la prórroga en las aparcerías*, RGLJ, año CV, tomo CCII, núm. 2, febrero 1957; págs. 181-213.

Examen de algunas cuestiones discutidas en torno a la duración de las aparcerías: a) ¿Existe voluntad expresa de continuar el contrato cuando ésta queda evidenciada por actos expresivos representativos del mutuo cumplimiento de las contraprestaciones? b) No existiendo preaviso de extinción y vencido el contrato, ¿puede el propietario darlo por finalizado en cualquier momento? c) ¿En qué momento puede el aparcerero convertir su contrato en arrendamiento? Examen doctrinal y jurisprudencial y conclusiones del autor.

BALLARIN MARCIAL, Alberto: *El retracto arrendaticio de fincas rústicas y su constatación formal en caso de pluralidad de retrayentes*, RDN, año V, núm. 15, enero-marzo 1957; págs. 345-354.

Condenado el comprador o sufrir el retracto legal a favor de varios arrendatarios de fincas rústicas, al ejecutar la sentencia surge el problema de determinar cómo ha de otorgarse la escritura a favor de los retrayentes, dándose la circunstancia de que algunos arrendatarios no ejercitaron el retracto. Dictamen del autor.

BAUMGARTEL, Gottfried: *Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung*, ACP, tomo CLVI, cuaderno 4, 1957; págs. 265-290.

La cesión del crédito entraña en ocasiones un acusado mayor gravamen para el deudor. El autor, después de examinar la contradictoria jurisprudencia y escasa doctrina, entiende que la cesión que entrañe ese mayor gravamen para el deudor puede no ser eficaz, tanto por motivos económicos como no económicos. Especial relevancia del § 242 BGB.

BETTERMANN, Karl August: *Kein Folgenbesetzungsanspruch bei Wiedererweisung des Räumungsschuldner?*, MDR, año XI, cuaderno 3, marzo 1957; págs. 130-134.

Si el arrendador obtiene un título de desahucio contra el arrendatario y al ejecutarlo deja sin techo a éste, las autoridades administrativas deben re-

mediar la situación, instalando al arrendatario donde estaba o en local de tercero. Semejantes medidas son sólo de carácter urgente y de breve duración. Posición del arrendador o del tercero cuando pase el tiempo durante el que las medidas indicadas proceden, si el arrendatario no evacua voluntariamente la vivienda en que provisionalmente fué instalado.

CLASSEN: *Zur rechtlichen Natur des Schmerzensgeldanspruches*. NJW, año X, cuaderno 19, 10 mayo 1957; págs. 697-698.

La pretensión al llamado «dinero del dolor», es decir, la pretensión a la indemnización de daños no patrimoniales, es, conforme a su esencia, una pretensión de indemnización de daños genuina. No piensa así el BGH (Tribunal Supremo de Alemania Occidental), que la considera como una pretensión *sui generis*. Consecuencias de una u otra concepción.

DEMPEWOLE, Günter: *Prioritätsprinzip auch bei Konkurrenz zwischen verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession*, NJW, año X, cuaderno 23, 7 junio 1957; pág. 858.

La jurisprudencia alemana aún no ha resuelto de forma convincente el supuesto de concurrencia entre una reserva de dominio prorrogada con la cesión global de bienes. El autor defiende, en tal hipótesis, la vigencia del principio de prioridad, con el efecto de hacer ilusoria en ocasiones la reserva de dominio en cuestión.

EISSER, Georg: *Cogestione e compartecipazione dell'esercizio industriale*, NRD, volumen IX, fascículos 5-8, 1956; págs. 159-172.

Tomando como base el complejo industrial formado por la media y gran empresa, el autor, después de delimitar el concepto, estudia y elogia ciertos aspectos de la participación del obrero en la empresa.

FUNAIOLI, G. B.: *Luci e ombre sul rapporto associativo nel rapporto di mezzadria*, NRD, vol IX, fascículos 5-8, 1956; págs. 132-123.

En la solución de los problemas que plantea en la legislación italiana la «mezzadria» (equivalente a nuestra aparcería) no hay que olvidar el carácter y finalidad asociativa de la relación jurídica.

GAUL, H. F.: *§ 826 BGB und die Rechtskraft des Scheidungsurteils und Schuldausspruches*, EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; págs. 237-241.

Comentario crítico a la sentencia del BGH de 20-3-1957 que declara que la obtención dolosa o la utilización inmoral de una sentencia firme obliga a

indemnización de daños, por aplicación del § 826 del BGB. En el caso estudiado se trataban de rehuir los efectos patrimoniales de una sentencia de divorcio mediante una acción de indemnización de daños.

HURTIENNE, Heinz: *Die Kostenvergleichsmiete*, NJW, año X, cuaderno 22, 31 mayo 1957; págs. 812-814.

Conforme a la Ley Federal alemana sobre arrendamientos proceden ciertos aumentos de renta con relación a viviendas de renta intervenida cuando, a pesar de los incrementos autorizados, no se ha llegado a una justa nivelación entre la posición del arrendador y arrendatario. Son los llamados «arrendamientos con nivelación de gastos».

JARCHOW, Heinz: *Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Unternehmer bei Arbeitsunfällen*, NJW, año X, cuaderno 12, 22 marzo 1957; páginas 448-449.

En la legislación alemana el trabajador tiene acción contra el empresario exigiendo indemnización de daños en el supuesto de que esté constatado que ha contribuido dolosamente a la producción de un accidente de trabajo.

KOHLER, Rudi: *Die Ersatzansprüche des Grundstücksmaklers bei nichtigen Kaufverträgen*, NJW, año X, cuaderno 9, 1 marzo 1957; págs. 327-329.

En el supuesto de invalidez o nulidad del contrato celebrado con intervención de corredor, éste carece de pretensiones indemnizatorias. El problema surge cuando su mandante es culpable de la indicada nulidad.

KORFF-ROQUETTE: *Keine Mieterhöhung bei Werkwohnungen*, NJW, año X, cuaderno 22, 31 mayo 1957; págs. 819-821.

Polémica de los autores en torno a la procedencia o improcedencia de aumentos de renta en las viviendas de que goza el arrendatario en virtud de su cargo. No parece claro el sentido de la legislación alemana al respecto (Ley Federal de Arrendamientos de 1955).

KRÜGER, H.: *Witwerrente und Waisengeld nach dem Tod der sozialversicherten (versorgungsberechtigten) Ehefrau und Mutter*, MDR, año XI, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 68-70.

Consideración de la distinta posición de marido y mujer en relación con la conservación o no de las pensiones de viudedad en la legislación sobre seguros sociales en Alemania.

KÜHNE, H. J.: *Zur Entschädigungsfrage von Liegenschaftsrequisitionen in der ehemaligen britischen Zone*, NJW, año X, cuaderno 17, 26 abril 1957; páginas 609-613.

Comentario a una sentencia del Tribunal administrativo federal en torno a la indemnización derivada de las requisas de inmuebles en la que fué Zona británica de Alemania. Normas a aplicar y cuantía de la indemnización.

MANN, F. A.: *Zum Übergang von Schadensersatzanspruch auf Arbeitgeber und Dienstherrn*, NJW, año X, cuaderno 13, 29 marzo 1957; págs. 490-91

Comentarios comparativos de la solución adoptada en el Derecho alemán e inglés en torno a la relación entre el enriquecimiento injusto y la acción de indemnización de daños.

MÜLLER, H.: *Untermietpreise und Erstes Bundesmietengesetz*, NJW, año X, cuaderno 7, 15 febrero 1957; págs. 246-249.

Las relaciones de subarriendo han aumentado en cantidad considerable en los años de la postguerra. Las disposiciones sobre la renta de la Ley Federal sobre arrendamientos no rigen para el subarriendo. Comentario de las disposiciones a aplicar según los casos.

NIPPERDEY, Hans Carl: *Faktische Vertragsverhältnisse?*, MDR, año XI, cuaderno 3, marzo 1957; págs. 129-130.

Consideraciones en torno a la importantísima sentencia del BGH alemán de 14-7-1956 en la que por primera vez un alto Tribunal se enfrenta en Alemania con el problema de las llamadas por la doctrina «relaciones contractuales tácticas en virtud de una obligación social de presentación» (Larenz). Se reconoce una nueva fuente de las obligaciones: la conducta social típica. El autor manifiesta que en estos casos, por regla general, existe una conclusión de contrato.

PLEYER, Klemens: *Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum*, ACP, tomo CLVI, cuaderno 4, 1957; págs. 291-310.

En cuanto a la responsabilidad del propietario por perturbaciones en la propiedad ajena causada por sus cosas, llega el autor a esta conclusión: en los daños que derivan de las cosas el propietario de éstas ha de poner fin a la perturbación. La obligación descansa tan sólo en el estado peligroso de la cosa para el mundo exterior de cuyo estado ha de responder el propietario como titular de la disposición y del aprovechamiento. Si la perturbación deriva de una acción u omisión humana no juega papel alguno, no existen.

do entonces deber de suprimirla si deriva de la fuerza mayor y no de la intrínseca naturaleza peligrosa de la cosa.

REYES MONTERREAL, José María: *Renta legal y renta base*, RDG, año XIII, número 151, abril 1957; págs. 290-295.

Delimitación de los conceptos renta pactada, renta legal y renta base, como presupuestos para solventar las dudas surgidas por la entrada en vigor del Decreto de 30 de noviembre de 1956, que autorizó ciertos porcentajes de elevación de rentas urbanas.

REYES MONTERREAL, José María: *Renta legal y renta base*, RDG, año XIII número 152, mayo 1957; págs. 386-395.

Terminación del trabajo empezado en el número anterior de la misma revista y ya reseñado.

ROQUETTE, Hermann: *Das Mietrecht der freifinanzierten Wohnungen*, MDR año XI, cuaderno 4, abril 1957; págs. 198-200.

La viviendas cuya construcción es financiada por sus constructores no quedan sometidas en Alemania a las disposiciones especiales sobre el arrendamiento. Las condiciones de su alquiler pueden pactarse libremente con arreglo al BGB. Existen, no obstante, limitaciones a este principio que son estudiadas por el autor: derivan de la forzosa aplicación de ciertos preceptos de la Ley de protección al arrendatario.

ROTH-STIELOW, K.: *Haftung der Eltern für Verkehrsunfälle, die spielende Kinder verursachen*, NJW, año X, cuaderno 13, 29 marzo 1957; páginas 489-490.

Cuando los hijos causan daños a terceros por utilización indebida del automóvil de los padres no puede derivarse una responsabilidad de lo dispuesto en el § 832 del BGB, puesto que generalmente no ha resultado incumplido el deber de vigilancia. Por ello la jurisprudencia trata de fundamentar la responsabilidad de los padres en una gestión de negocios sin mandato. Comentario y crítica de esta solución en hipótesis distintas.

RUET: *Der Alleinauftrag des Immobilienmaklers* MDR, año XI cuaderno 4, abril 1957; págs. 205-207.

Según que el contrato de corretaje se considere unilateral o bilateral tiene o no el corredor un deber de actuación. Existiendo éste se basa en el «mandato exclusivo» que se le confiere. Consideración jurisprudencial de éste por los Tribunales alemanes.

SCHACK: *Requisitionsschäden und Aufopferungsanspruch*, NJW, año X, cuaderno 18, 3 mayo 1957; págs. 652-657.

Las acciones reclamando indemnización de daños como consecuencia de las requisas llevadas a cabo por las potencias ocupantes en Alemania sólo pueden basarse a veces en la llamada «pretensión por sacrificio». Comentario a una sentencia del Tribunal administrativo federal que se ocupa de tal pretensión.

SCHWARZ, Walter: *Haftet das Reich für den zufälligen Untergang von ihm entzogener Sachen?*, NJW, año X, 15 marzo 1957; págs. 405-407.

La pérdida fortuita de una cosa que hay que resituir da derecho al acreedor al subrogado de la misma o a una indemnización. La regla experimenta variaciones cuando se trata de cosas que había de restituir el «Reich». Supuestos diversos y regulación proyectada por una ley Federal.

SIEBERT, Wolfgang: *Questioni fondamentali del cottimo contratto di lavoro e gestione*, NRD, vol. IX, fascículos 5-8, 1956; págs. 181-189.

Las dificultades que plantea la retribución a destajo se deben a que nunca se considera lo suficientemente la hipótesis de hecho del cálculo de la retribución por este procedimiento. Es lo que hace el autor.

WERNER, Alfred: *Zur Frage der Ersatzpflicht für Schädigung in der Ausübung freier Berufe*, NJW, año X, cuaderno 17, 26 abril 1957; pág. 618-619.

El ejercicio sin trabas de las profesiones liberales es «otro derecho» en el sentido del § 823 del BGB. Su lesión obliga a indemnizar conforme a esta norma, que después de enumerar una serie de derechos y proteger a su titular contra su lesión por terceros obligando a indemnizar a éstos, aplica igual regla a «otros derechos» no enumerados. El ejercicio sin trabas de una profesión liberal es uno de estos derechos no enumerados.

5. Derecho de familia.

BAUMANN, Jürgen: *Strafbare Zahlvaterschaft*, EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; págs. 234-235.

Necesidad de armonizar las disposiciones civiles y penales que ofrece la Legislación alemana en torno a la paternidad extramatrimonial en relación con el sustento de los hijos ilegítimos.

BOEHMER, G.: *Die neuste Rechtsprechung zur Frage «Ehestörungsklagen»*, EF, año 4, cuaderno 6, junio 1957; págs. 196-199.

La posición del BGH en materia de pretensiones indemnizatorias a causa de «perturbación del matrimonio» no coincide con la sustentada por los Tribunales inferiores, que conceden la pretensión tanto contra el tercero perturbador como contra el cónyuge culpable. Crítica de la postura del Tribunal Supremo Federal.

BOENNECKE, W.: *Zum Zwiespalt zwischen Unterhaltsurteil und Abstammungsurteil*, MDR, año XI, cuaderno 6 junio 1957; págs. 327-330.

Diversidad de criterios para salvar la dualidad entre sentencia de alimentos y sentencia de filiación. Tal dualidad es a veces más aparente que real.

BOSCH, F. W.: *Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año 4, cuaderno 6, junio 1957; págs. 189-196.

Al fin, después de una lenta gestación de varios años, el «Bundestag» de Alemania Occidental ha votado la «Ley de equiparación de marido y mujer en el ámbito del Derecho civil». Comentarios generales sobre la Ley, que desarrolla el principio de igualdad de sexos del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Problemas de entrada en vigor y de derecho transitorio, valor constitucional, régimen de bienes, etc.

BOSCH, F. W.: *Ergänzende Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; págs. 231-233.

Apostillas complementarias a la «Ley de equiparación de marido y mujer (Gleichberechtigungsgesetz) dictada en Alemania Occidental en 18 de junio de 1957. El trabajo completa el aparecido en el número anterior de EF (reseñado en este mismo ANUARIO).

BRÜHL: *Der Familienunterhalt nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957.

Examen de las nuevas disposiciones del BGB sobre el sostenimiento de la familia (en la redacción de la «Ley de equiparación» de 1957). El autor distingue según que los cónyuges vivan en «comunidad doméstica» o separados.

GUGGUMOS, M.: *Das rechtliche Wesen der anerkannten freien Ehen*, NJW, año X, cuaderno 14, 5 abril 1957; págs. 530-531.

Valoración jurídica de las uniones libres que por razones políticas no se convirtieron en matrimonios regularmente celebrados durante el régimen

nazi. Dudosa inteligencia de la Ley de 30 de junio de 1950 sobre eficacia de estos «matrimonios libres»

GÜNDISCH, Herbert-Jürgen: *Zur Adoption deutscher Kinder in den USA*, EF, año IV, cuaderno 6, junio 1957; págs. 199-201.

Dos cuestiones plantea la adopción de niños alemanes en Estados Unidos: 1) Si el necesario consentimiento del Tribunal de Tutelas puede suplirse por el del representante legal. 2) Reconocimiento por Tribunales alemanes de los cambios de nombre del hijo adoptivo acordados por jueces americanos.

HAEGELE, K.: *Zum Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft in der Übergangszeit*, EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957; págs. 286-287.

Consideraciones sobre problemas de Derecho transitorio en el tránsito de la comunidad de bienes que regulaba el BGB en su antigua redacción a la que ahora reglamenta, una vez modificado por la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957 (§§ 1.415 y sigs. nueva redacción).

HAEGELE, K.: *Ermächtigung eines Ehegatten an dem anderen Gatten zu Grundstücksverfügungen in einem Ehevertrag auf eine Gütergemeinschaft*, EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; págs. 233-234.

El § 1.445 del BGB (antigua redacción) y el 1.424 (redacción de la Ley de equiparación de 1957) prescriben que un cónyuge no puede disponer de finca perteneciente al patrimonio común sin consentimiento del otro. A veces, en contrato matrimonial (= capitulaciones matrimoniales), se pacta que no sea preciso tal consentimiento. Consideración de la naturaleza jurídica de este pacto.

JAUERNIG, Othmar: *Unterhaltsurteil, Satusklage und § 826 BGB*, NJW, año X, cuaderno 11, 15 marzo 1957; págs. 403-405.

Comentario a una reciente decisión jurisprudencial recaída en primera instancia y en apelación, en cuya virtud se reconoce una renta indemnizatoria a un hijo ilegítimo al que previamente se habían negado alimentos, y sobre la base de un fraude cometido por el progenitor en el proceso en torno a los alimentos.

KLEINHEYER, G.: *Die Verweigerung des Zugewinn-Ausgleich wegen grober Unbilligkeit* (§ 1381 BGB n. F.), EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957; págs. 283-285.

El nuevo régimen legal de bienes previsto para Alemania por la «Ley de equiparación» de 1957 es un sistema de separación con nivelación de ga-

nancias (§§ 1.363 y sigs. del BGB en su nueva redacción). El § 1.381 nuevo prevé la negativa a esa nivelación, una vez disuelto el matrimonio, cuando aquélla sea gravemente contraria a la equidad. Estudio de esta norma.

KÖHLER, Otto Adolf: *Die Bedeutung unentgeltlicher Zuwendungen Dritter für den Unterhaltsanspruch*, NJW, año X, cuaderno 25, 21 junio 1957; páginas 940-941.

Influencia en las pretensiones de alimentos de las atribuciones hechas gratuitamente por tercero al titular de la pretensión alimenticia. Posible computación: procedencia o improcedencia.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés*, RDN, año V, núm. 15, enero-marzo 1957, págs. 7-140.

Continuación del amplio trabajo sobre la materia. En el presente número de RDN se ocupa de los bienes privativos por su relación con otros que lo sean (acciones y productos, retracto y derechos análogos, subrogación), de los bienes excluidos de la comunidad por negocio jurídico (aportación de muebles por sitios, de muebles como inmuebles, exclusión de la comunidad por disposición del transmitente), y del delicado mecanismo de la situación en el supuesto de rentas y seguros.

MEYER, Klaus: *Güterstandsaufhebungsurteil und Güterrechtsregister*, EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957; págs. 285-286.

La supresión (y modificación) del estado de bienes por sentencia requiere su constancia en el Registro de Derecho de bienes para afectar a tercero. Así era en el Derecho alemán antes de la «Ley de equiparación» y así sigue siendo después de ésta (cfr. 1.412 BGB, nueva redacción).

MITTELBACH, Hans: *Die Verletzung der Unterhaltspflicht als Straftatbestand*. MDR, año XI, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 65-68.

Consideración de la violación de la obligación alimenticia como hipótesis fáctica tomada en cuenta por el Derecho penal.

REINICKE, D.: *Zum neuen ehelichen Güterrecht*, NJW, año X, cuaderno 24 14 junio 1957; págs. 889-893.

Claro estudio de conjunto del nuevo régimen matrimonial de bienes instaurados en Alemania por la Ley de equiparación de marido y mujer de 18

de junio de 1957, que reforma fundamentalmente el libro IV del BGB. Como régimen legal de bienes se establece la «Zugewinnngemeinschaft» o comunidad de ganancias que, en el fondo, es un sistema de separación con nivelación de ganancias (Zugewinn) al disolverse el matrimonio (§§ 1.363 y sigs. BGB en la nueva redacción). Como regímenes contractuales se mantiene la libertad de pacto (§ 1.508) y se regula la separación y la comunidad universal de bienes.

SCHNITZERLING, M.: *Die vormundschaftsrichterlichen Erziehungsaufgaben*, EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957; págs. 291-293.

Comentario al § 34 de la Ley de Protección a la Juventud de 1922 sobre la misión de los Tribunales de Tutelas en relación con la educación de la juventud: apoyo a los titulares de la patria potestad, evitación de riesgos a los menores, protección y asistencia.

SIEVERS, ERNST-R.: *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, NJW, año X, cuaderno 12, 22 marzo 1957; págs. 441-445.

La legislación de ayuda familiar otorga prestaciones de ayuda a las familias con tres o más hijos. Valoración constitucional de esta legislación: competencia legislativa del Estado, colaboración administrativa de los Länder, repercusiones en el principio de igualdad ante la Ley .

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *Observaciones a la Resolución del 11 de marzo de 1957 («B. O.» núm. 131, de 17 de mayo), en relación con la Sentencia del T. S. de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones*, RCDI, año XXXIII, núms. 350-351, julio-agosto 1957; págs. 476-504.

Comentarios comparativos de la resolución y la sentencia indicadas en el epígrafe, en torno al alcance de la confesión del marido para enervar la presunción del carácter ganancial de los bienes matrimoniales establecida por el artículo 1.407 del Código civil.

WIGGERT, K. H.: *Zur Höhe des Unterhaltsbeitrags für die schuldlos geschiedene Ehefrau* (§ 125, II BBG), EF, año IV, cuaderno 7, julio 1957; páginas 235-237.

Comentarios prácticos sobre la determinación de la cuantía de los alimentos que según la Ley alemana sobre funcionarios (§ 125, II) corresponden a la mujer de un funcionario fallecido o retirado, divorciada sin culpa.

6. Derecho de sucesiones.

BARBE, HANS W.: *Wohnsitz und Staatsangehörigkeit nach holländischem Erbstatut*, NJW, año X, cuaderno 5, 1 febrero 1957; págs. 171-172.

El juez alemán que intervenga en la sucesión de un holandés deberá, conforme al Derecho internacional privado alemán, determinar qué Legislación ha de aplicar según el Derecho internacional privado holandés. Comentarios sobre la determinación de este «estatuto sucesorio holandés». Interesantes cuestiones de reenvío.

DE LA ESPERANZA, Antonio: *Duplicidad de partes de testamentos en casos de sustitución ejemplar o pupilar*, RDN, año V, núm. 15, enero-marzo 1957; páginas 355-359.

Consideraciones prácticas sobre el mecanismo de la sustitución pupilar o ejemplar en el Registro de actos de última voluntad.

GRANICKY: *Anordnung der Testamentsvollstreckung in einem gemeinschaftlichen Testament*, NJW, año X, cuaderno 11, 15 marzo 1957; págs. 407-408.

La ejecución testamentaria en los testamentos mancomunados plantea el problema de determinar en qué momento debe desplegar su eficacia: después de la muerte de los dos causantes o de cada uno de ellos.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Commutación del usufructo viudal común*, RDN, año XV, enero-marzo 1957; págs. 213-319.

Estudio detallado del artículo 838 del Código civil español. Considera el autor que la facultad que concede a los herederos, en cuanto a la forma de satisfacer los derechos del cónyuge viudo, es un acto de concentración y pago de la legítima viudal, excluyendo al supérstite de toda participación jurídica real sobre la herencia indivisa. Tal acto de concentración y pago electivo se verifica como un remedio o apoyo de la intangibilidad de la legítima de hijos y descendientes a quienes la ley atribuye tal opción configurando su deber de pago de la legítima del viudo como deber facultativo.

WIEACKER, F.: *Hofverbenbestimmung durch schlüssiges oder sozialtypisches Verhalten?*, EF, año IV, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1957; páginas 287-291.

Comentario a una decisión del BGH de 5 de febrero de 1957 sobre la valoración de la conducta del titular de una hacienda agrícola hereditaria

(Hof) a efectos de determinación del heredero de la misma. La base legal está en el § 17 de la Ordenanza sobre haciendas agrícolas (Höfeordnung) de 24 de abril de 1947, vigente en la Zona británica de Alemania.

II. DERECHO HIPOTECARIO

LINDE, Trutz: *Sicherung des Gläubigers nachrangiger Grundpfandrechte*, NJW, año X, cuaderno 12, 22 marzo 1957; págs. 449-450.

Es frecuente en los formularios de los Bancos alemanes la cláusula en cuya virtud se les transmite la pretensión a la transmisión de deudas inmobiliarias, incluso futuras, garantizando la pretensión con una anotación preventiva. Se discute la eficacia o ineficacia de la cláusula en relación a acreedores de rango posterior.

WÖRBEAUER, H.: *Nochmals: Sicherung des Gläubigers nachstelliger Grundpfandrechte*, NJW, año X, cuaderno 24, 14 junio 1957; págs. 898-899.

Comentario polémico sobre la misma cuestión tratada por LINDE, de la que se hace referencia en esta misma sección.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y Sociedades.

BARMANN, Johannes: *Supranationale Aktiengesellschaften*, NJW, año X, cuaderno 17, 20 abril 1957; págs. 613-613.

El Tratado sobre el Sarre de 27-10-1956 prevé, para la explotación del carbón de la zona, la constitución de una Sociedad Anónima franco-alemana. Posibilidad de estas Sociedades supranacionales, transformación, nueva constitución, firma, forma de las acciones, otras cuestiones.

FIKENTSCHER, Wolfgang: *Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts*, MDR, año XII, cuaderno 2, febrero 1957; págs. 71-75.

Referencia a ciertas cuestiones generales que se derivan de la actuación de las sociedades en el ámbito extranacional. Esto supone la previa determinación de la admisión y reconocimiento de las sociedades extranjeras, desde el punto de vista del Derecho internacional privado y del Derecho público.

FISCHER, Robert: *Auseinandersetzung über Betriebsgrundstücke einer Personengesellschaft nach Erbfällen*, NJW, año X, cuaderno 24, 14 junio 1957; páginas 894-896.

A la muerte del comerciante es frecuente que su negocio sea continuado por sus herederos. Consideraciones sobre la forma jurídica de esta continuación puede ser una simple comunidad hereditaria o una sociedad mercantil personal, en cuyo caso las fincas afectas al negocio han de transmitirse a la sociedad como tal. Problemas derivados del carácter coactivo del § 2042 del BGB.

HENN, Günter: *Das geltende Kartellrecht in der Rechtsprechung deutscher Gerichte*, NJW, año X, cuaderno 6, 8 febrero 1957; págs. 205-210.

Análisis de recientes decisiones jurisprudenciales alemanas en materia de normas sobre carteles: prohibiciones, influencia en los precios, protección a la clientela, competencia, cláusulas generales.

MOSSA, Lorenzo: *Il diritto azionario delle imprese dominanti*, NRD, vol. IX, fascículos 5-8, 1956; págs. 127-132.

No obstante el principio de igualdad de las empresas consorciadas, en los consorcios, de hecho, existen empresas dominantes y empresas dominadas. Los derechos accionarios sobre las empresas dominantes tienden al control del consorcio mismo, pero a costa de producir alteraciones en el campo de la sociedad por acciones, debidas a la presencia del consorcio y de las empresas dominantes.

PETERS, Egbert: *Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen*, ACP, tomo CLVI, cuaderno 4, 1957; págs. 311-346.

La obligatoriedad de los acuerdos contractuales por los que un socio de una Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada se compromete frente a otro socio, frente a la Sociedad o frente a un tercero a ejercitar su derecho de voto en un determinado sentido, ha sido reconocida en el Derecho alemán. Doctrina y jurisprudencia lo admiten. Estudio del supuesto en distintas hipótesis.

REINICKE, G. y D.: *Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht*, NJW, año X, cuadernos 15-16, 12 abril 1957; págs. 561-564.

Normalmente la muerte de un socio provoca la disolución de la sociedad colectiva (sociedad abierta), conforme al Código de Comercio alemán. Si se pacta que no tenga lugar tal disolución pueden surgir colisiones entre

las normas relativas a la sociedad y las de Derecho sucesorio que afectan a los herederos del socio fallecido; derechos de éstos cuando no pasan a formar parte de la sociedad; derechos de compensación de éstos y posición de los acreedores del caudal relicto.

SUDHOFF: *Berechnung und Verteilung des Liquidationserlöses bei OHG und KK*, NJW, año X, cuaderno 20, 17 mayo 1957; págs. 731-734.

La liquidación de la sociedad colectiva y comanditaria en el Derecho alemán plantea al autor dos cuestiones dudosas: computación del producto de la liquidación y distribución del mismo. La computación no debe hacerse sobre la base del último balance anual, sino sobre el balance final abierto para la liquidación. La distribución se hace sobre las cuentas en capital.

3. Cosas Mercantiles.

NAVARRO-AZPEITIA, V. F.: *Letras de cambio*, RDN, año V, núm. 15, enero-marzo 1957; págs. 323-

Examinados los requisitos para que la letra de cambio tenga validez exigidos por el Código de Comercio, así como los impuestos en los efectos timbrados, el autor manifiesta que deberían corregirse ciertas prácticas y menciones que dificultan la circulación de la letra y oscurecen su contenido. En cambio, sí debían las letras de cambio contener otras circunstancias que no contienen.

4. Obligaciones y Contratos.

EMMERICH, Heinrich: *Beitrag zum Verständnis des § 158 f VVG (Regress des Versicherers)*, NJW, año X, cuaderno 6, 8 febrero 1957; págs. 210-211.

La moderna bibliografía y jurisprudencia parece abandonar la antigua posición según la que al derecho de regreso del asegurador no pueden oponérsele objeciones derivadas de una situación de responsabilidad civil. La cuestión se centra en los §§ 158 y siguientes de la ley alemana sobre contrato de seguro.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F. Miguel: *Transportes combinados*, RDG, año XIII, número 151, abril 1957; págs. 299-306.

Consideraciones sobre el transporte combinado a la luz de la Reglamentación interna e internacional. Normas interesantes en nuestros regla-

mentos de ferrocarriles. En conjunto deficientísima regulación o ausencia de la misma.

SORGIA, Sergio: *Pluralità assicurativa, eccesso d'assicurazione, mutamento di rischio*, NRD, vol. IX, fascículos 5-8, 1956; págs. 136-146.

Posición respectiva e influencias recíprocas entre el seguro doble, el exceso de seguro y el cambio de riesgo en la doctrina italiana. En todo caso el legislador quiere que en la relación jurídica de seguro se mantenga el equilibrio que hace que el seguro cumpla su finalidad y no se emplee con fines especulativos.

5. Derecho Marítimo y Aeronáutico.

ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús: *La aeronave y su situación registral*, RDCI, año XXXIII, núms. 350-351, julio-agosto 1957; págs. 433-476.

Estudio de la aeronave desde el punto de vista jurídico. El trabajo consta de dos partes: a) La aeronave en sí misma (denominación, concepto, naturaleza, clasificación); b) La aeronave en su situación registral. Esta segunda parte se publicará en otro número de RDCI.

EWALD: *Besitz und Eigentum an versenkten Schiffen*, MDR, año XI, cuaderno 3, marzo 1957; págs. 134-137.

La puesta a flote de submarinos alemanes hundidos durante la guerra, plantea interesantísimas cuestiones de posesión y propiedad sobre los mismos, antes y después de ser rescatados, que se relacionan a su vez con problemas de derecho de salvamento.

6. Derecho de Quiebras.

PATRONI GRIFFI, Antonio: *Il fallimento l'estinzione delle società di capitali*, DG, año LXXII, núm. 7, julio 1957; págs. 345-357

Se discute en la legislación italiana el efecto liquidatorio o extintivo que el «fallimento» tiene en las sociedades de capital. Momento de la extinción. Necesidad o innecesidad de pedir la cancelación de la sociedad en el registro de empresas.

PROZILLO, Alberto: *Note sulla impugnabilità del decreto di ammissione all'amministrazione controllata*, DG, año LXXII, núm. 5, mayo 1957; páginas 249-251.

Entre las numerosas cuestiones en materia de administración controlada, provocadas por la parquedad de la Ley concursal italiana de 1942, una de las más interesantes es la relativa a la impugnabilidad del derecho que ordena tal administración. No han tenido éxito los intentos de conceptualizar tal decreto como sentencia a efectos de su impugnabilidad.

V. DERECHO PROCESAL

1.2. Introducción y Parte general.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Apostillas al nuevo recurso de suplicacion*, RGLJ, año CV, tomo CCII, núm. 5, mayo 1957; págs. 626-642.

Breves comentarios críticos en torno a la defectuosa regulación y mecanismo del recurso de suplicación establecido por la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1955. El autor califica el recurso como «aprendiz de recurso de casación de vía estrecha».

BRUNS, Rudolf: *Zum Problemkreis des Wiederaufnahmerechts*, EF, año IV, cuaderno 6, junio 1957; págs. 201-206.

Comentarios elogiosos a la reciente monografía de GAUL en torno a los fundamentos del proceso de revisión y extensión de sus motivos. (Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956.) El objeto del proceso, satisfacción de la justicia sobre la base de la verdad, se manifiesta a veces en conflicto con la eficacia de la cosa juzgada. En este conflicto juega la «revisión».

CLAUSS, Karl: *Zum Streit um die Nebenklagekosten*, NJW, año X, cuaderno 11, 15 marzo 1957; págs. 411-413.

Consideración de supuestos concretos en relación con el problema de las costas en las acciones accesorias.

DAPPRICH: *Postulationsfähigkeit von Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts vor dem Bundessozialgericht*, NJW, año X, cuaderno 8, 22 febrero 1957; págs. 289-290.

Comentario en torno al § 166 de la Ley alemana sobre jurisdicción social, en relación con la capacidad de postulación de ciertos organismos de Derecho público para las actuaciones ante el Tribunal Social Federal.

FERRER MARTÍN, Daniel: *Posible aplicación al proceso de la doctrina del abuso del derecho*, RDG, año XIII, núm. 150, marzo 1957; págs. 194-206.

Continúa el trabajo comenzado en otro número de la misma revista. Aunque existen en nuestra legislación preceptos legales que permiten amparar la aplicación al proceso de la doctrina del abuso del derecho, su generalización no es posible. El autor propugna la sanción legislativa de esta generalización.

FURTNER, Georg: *Vorläufige Vollstreckbarkeit von Schlussurteilen im Urkunden- und Wechselprozess*, NJW, año X, cuaderno 21, 24 marzo 1957; páginas 775-778.

La sentencia final recaída en un proceso ulterior no afecta a la ejecutoriedad provisional de una sentencia «con reservas», ni esta ejecutoriedad se puede hacer depender de una prestación de seguridad. Especial referencia a la cuestión en el proceso cambiario y en materia documental.

HEYN, Karl: *Anschlussberufung und Stufenklage*, NJW, año X, cuaderno 6, 8 febrero 1957; págs. 212-213.

La apelación adhesiva plantea interesantes problemas en relación con la acción que regula el § 254 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Consideración de reciente jurisprudencia sobre el particular.

KEIDEL, Th.: *Das Rechtspflegergesetz*, NJW, año X, cuaderno 14, 5 abril 1957, págs. 521-525.

Comentarios y análisis de conjunto sobre la Ley alemana de 8 de febrero de 1957, sobre reformas en el ámbito de la organización de los Tribunales y en materia de Derecho procesal. La Ley lleva a cabo la tarea de exonerar al juez de ciertos cometidos que pasan al «Rechtspfleger» o funcionario que, sin ser juez, colabora con éste en la administración de justicia. (Auxiliares judiciales.)

LICHTENSTEIN, E: *Fälle der Unzulässigkeit der Schiedseinrede nach deutschn Recht*, NJW, año X, cuadernos 15-16, 12 abril 1957; págs. 570-572.

Conforme al § 274 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana el pacto de establecimiento de árbitros no excluye la intervención de la jurisdicción ordinaria, sino que funda una excepción renunciabile. Supuestos de inadmisibilidad de la excepción: existencia de normas de Derecho necesario procesales o constitucionales, orden público, abuso del derecho, etc.

MARQUORDT, Gerhard: *Das Rechtspflegergesetz*, MDR, año XI, cuaderno 6, junio 1957; págs. 322-327.

Después de una lenta gestación se ha dictado al fin en Alemania la Ley sobre el auxiliar judicial (Ley sobre medidas en el ámbito de la organización de los Tribunales y del Derecho Procesal). «Auxiliar judicial» (*Rechtspfleger*) es el funcionario que, sin ser juez, colabora en la administración de justicia. La Ley, que rige desde 1 de julio de 1957, persigue dos fines: a) Otorgar al auxiliar judicial una posición definida dentro de la organización jurisdiccional; b) Transmitir al auxiliar judicial un gran número de asuntos que hasta ahora eran de competencia de los jueces.

MEWS, Friedrich: *Werden Verzäumnisurteile ohne Zustellung rechtskräftig*, NJW, año X, cuaderno 13, 22 marzo 1957; págs. 491-492.

Se discute en el Derecho procesal alemán en qué momento debe comenzar a correr el plazo para la firmeza de las sentencias en rebeldía. Consideración de las opiniones diversas en torno al problema.

RITTMANN-LÜPKE: *Zum Versäumnisurteil in einem nach Abschluss eines Prozessvergleichs fortgesetzten Verfahren*, NJW, año X, cuaderno 11, 15 marzo 1957; págs. 408-409.

Polémica entre los autores en torno a la valoración de la sentencia en rebeldía, recaída en un proceso proseguido después de la conclusión de una transacción procesal.

SERVOS, Joseph: *Die Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche in Frankreich*, MDR, año XI, cuaderno 2, febrero 1957, págs. 75-77.

Siempre muy discutido en Francia el problema de la ejecución de sentencias y bandos arbitrales extranjeros. Consideraciones de interés práctico en torno a las modernas tendencias sobre la cuestión. Examen separado del «exequator» referente a sentencia y del referente a laudos de árbitros.

SIEGERT, Karl: *Die aussergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozess*, NJW, año X, cuaderno 19, 10 marzo 1957, págs. 689-691.

Posible valoración y empleo en el proceso civil de las tomas en cinta magnetofónica practicadas extrajudicialmente. Jurisprudencia alemana contradictoria.

WILCKNS, Uwe: *Grenze der Klageänderung durch Parteienwechsel*, MDR, año XI, cuaderno 4, abril 1957; págs. 207-208.

El cambio de partes en el proceso ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia alemanas como un cambio de la acción conforme al § 264 de la ZPO. Sólo procede si la otra parte lo consiente o si el Tribunal lo estima conveniente. Breves consideraciones en torno al supuesto desde el punto de vista de la dogmática procesal.

3. Procesos especiales.

ALEXANDER-KATZ, G.: *Die Zwangsvollstreckung aus OLG Urteilen im gewerblichen Rechtsschutz*, NJW, año X, cuaderno 11, 15 marzo 1957; 409-010.

Consideraciones sobre la ejecución forzosa de sentencias de los Tribunales territoriales en materia de protección de patentes, muestras, competencia, etc. En una palabra, en materia de protección a la propiedad industrial.

AUFFARTH, Fritz: *Die Zulässigkeit der Revision nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, NJW, año X, cuaderno 13, 29 marzo 1957; páginas 484-483.

Estudio de la admisibilidad y mecanismo de la revisión ante el Tribunal laboral federal de la Alemania occidental: generalidades, admisión, cuantía litigiosa. Especial referencia a la llamada «revisión de divergencia».

CILLAN APALATEGUI, Antonio: *La intervención en el proceso canónico*, RDG, año XIII, núm. 152, mayo 1957; págs. 401-407.

Consideración general e hipótesis concretas de la intervención de tercero en el proceso canónico.

HOEFFNER, Walter L.: *Schiedsvertrag bei Konkursverfahren und bei Beantragung des Armenrechts*, MDR, año X, cuaderno 6, junio 1957; páginas 330-332.

Mecanismo del contrato de arbitraje en relación con el procedimiento concursal, con las acciones impugnatorias de los acreedores (improcedencia de la excepción frente a éstas) y con el beneficio de pobreza.

KLEINWACHTER, Heinrich: *Das Anerkenntnisurteil im Wechselprozess*, NJW, año X, cuaderno 20, 17 marzo 1957; págs. 737-738.

El § 307 ZPO, determina que si el demandado reconoce en todo o en parte la pretensión hecha valer por el demandante, puede dictarse una

«sentencia de reconocimiento». Consideraciones sobre ella, referidas al proceso cambiario.

KUBISCH: *Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache*, NJW, año X, cuadernos 15-16, 12 abril 1957, págs. 568-570.

La ejecución forzosa en relación con los negocios de compraventa a plazos plantea dos cuestiones fundamentales: a) Determinar la procedencia o improcedencia del embargo y ejecución de la cosa vendida a plazos por el vendedor de la misma; b) Incidencia en esta ejecución de las disposiciones de la Ley alemana sobre negocios a plazos de 1894. Resulta negativamente la primera cuestión, no surge la segunda.

NAGEL, H.: *Setzt § 917 Abs. 2 ZPO Vermögen des Arrestschuldners im Inlande voraus?* NJW, año X, cuaderno 14, 5 abril 1957, págs. 531-532.

Consideraciones en torno a la cuestión de si el embargo real del deudor presupone o no que éste tenga patrimonio embargable en el territorio nacional.

NEWERLA-DAHLINGER: *Nochmals: Die Beweislast im Verwaltungsprozess*, NJW, año X, cuaderno 17, 26 abril 1957, págs. 619-620.

Comentarios polémicos en torno a una sentencia del Tribunal administrativo federal de 18-4-1956, sobre el problema de la carga de la prueba en el proceso administrativo.

SIMON, Jürgen: *Persönliche Haftung des Konkursverwalters für die dem Gegner zu erstatten dem Prozesskosten?* MDR, año XI, cuaderno 4, abril 1957, págs. 203-205.

Cuestión discutida en el Derecho concursal alemán es la de si el administrador del concurso, que ha llevado y perdido un proceso en nombre de la masa, responde personalmente al contrario por las costas que a éste hayan de indemnizarse cuando no son cubiertas por la masa concursal.

TSCHISCHGALE: *Das Armenrecht im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit*, NJW, año X, cuaderno 5, 1 febrero 1957; págs. 146-169.

Consideraciones sobre el beneficio de pobreza en relación con la jurisdicción social en el Derecho alemán.

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 (Antioquía).
 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).
- RDIC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDLG = 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).
- RFDIC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).
- RFDMA = 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 Internationale 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 Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

Derecho de familia.

SEPARACIÓN DE PERSONAS Y BIENES CONFORME A LA LEY DE 2 DE MARZO DE 1932.—*La simple separación de personas y bienes acordada por auto firme del Juzgado no convertida en divorcio vincular de acuerdo con la ley citada, no priva al cónyuge separado de la cuota usufructuaria que le reconoce el artículo 834 del Código civil, por ser inexcusable para ello que medie la expresada disolución del vínculo matrimonial.*

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO. *Para obtener la anotación preventiva que atribuye a los herederos legitimarios el número sexto del artículo 42 y el artículo 46 de la Ley Hipotecaria es necesario tener reconocido el derecho en el título sucesorio correspondiente con arreglo al artículo 14 de la misma Ley. Y si el testamento del cónyuge separado conforme a la citada Ley de 2 de marzo de 1932 no contiene disposición alguna a favor del superviviente, los derechos que a éste puedan corresponderle en la sucesión del cónyuge premuerto deben ser objeto de una declaración judicial.*

(Resolución de 22 de julio de 1957. Boletín Oficial del 19 de octubre.)

DERECHO MERCANTIL

I. ADAPTACIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: CAPACIDAD PARA OTORGAR ESCRITURA.—*En una Sociedad de responsabilidad limitada constituida a la fecha de la adaptación por dos únicos socios, tiene capacidad el mayoritario para otorgar unilateralmente la correspondiente escritura, si se cumplen los requisitos de convocatoria de la Junta, y siempre que la expresada adaptación se refiera estrictamente a las modificaciones exigidas por la Ley, sin extenderse a otras, aunque no sean contradictorias con la misma.*

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD LIMITADA: DENUNCIA UNILATERAL.—*Estipulado en una Sociedad de dos únicos socios constituida en el año 1938, una causa de disolución basada en el principio de denuncia de uno de ellos, es necesario adaptar esta cláusula a la Ley vigente por ser contradictoria con ella, ya que el número cinco del artículo 30 requiere una mayoría reforzada para que la Sociedad pueda disolverse, y esta exigencia de la Ley quedaría sin*

efecto al atribuir a un solo socio minoritario la facultad de poner fin a la vida social.

NECESIDAD DE UNANIMIDAD EN LOS ACUERDOS DE DOS ÚNICOS SOCIOS PARA LOS QUE LA LEY EXIGE MAYORÍA.—*En tanto siga constituida la Sociedad por dos socios no puede implantarse pura y simplemente en la escritura de adaptación el principio mayoritario de la nueva Ley, sino que hay que adaptar a su vez ese postulado legal a la realidad en aras del principio de la conservación de la empresa, y declarar que en tanto continúe en poder de dos socios desigualmente distribuido el capital, la mayoría entre dos significa la unanimidad. Esta interpretación se ajusta al espíritu y a la letra de la Ley, la cual, en la reducción del último párrafo del artículo 14, al definir la mayoría habla en plural de "un número de socios que represente, al menos, la mayoría de ellos". Otra interpretación acarrearía el absurdo de exigirse como regla general el acuerdo de ambos socios (art. 4.), salvo para los casos de más gravedad para los cuales la Ley exige un quórum determinado, siempre inferior, claro está, a aquella unanimidad.*

(Resolución de 20 de julio de 1957. Boletín Oficial del 20 de septiembre.)

II. ADAPTACIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: A) SOCIEDAD SIN DESEMBOLO TOTAL DE CAPITAL.—*Constituida una Sociedad de responsabilidad limitada en el año 1952, en que sólo se desembolsó parte del capital social, no se entiende bien adaptada si en la escritura correspondiente se persiste en esta situación de desembolso parcial. Contra la eficacia retroactiva del artículo 3.º de la Ley de 17 de julio de 1953, que impone la perfecta identidad entre el capital social y el capital desembolsado, no cabe argüir la retroactividad de la disposición transitoria primera, que deja a salvo los derechos adquiridos, pues es indudable que aquí, por la naturaleza de la norma y su objeto, no se incide en el campo ni en el concepto legal de derecho adquirido, sino de la misma legalidad en trance de reforma y obligada adaptación a ella.*

B) POSIBILIDAD DE ESTABLECER PARA LAS JUNTAS UN QUÓRUM DE CARÁCTER PERSONAL. *Se puede configurar la Sociedad de responsabilidad limitada con tinte más personalista, estableciendo que la mayoría en las Juntas generales en los asuntos ordinarios para los que específicamente no exija la Ley quórum determinado, se determine por cabezas, de modo que cada socio tenga un voto, cualquiera que sea su participación. Así resulta de las siguientes razones: Primera. El propio dictado literal del párrafo tercero del artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Segunda. La amplia libertad que según la exposición de motivos de esta Ley se quiso dejar a los fundadores; y Tercera. La finalidad misma de esta libertad, que es facilitar que la configuración de la Sociedad responda a su estructura económica concreta, evitando llevar la preponderancia capitalista a aquellos supuestos en que la misma pueda resultar perturbadora para la buena marcha de los negocios sociales.*

(Resolución de 7 de noviembre de 1957.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

DESISTIMIENTO: BILATERALIDAD: *No es lícito desdeñar el interés del demandado que se opuso a la voluntad de desistir.*

REBELDÍA DEL ACTOR.—*Desoir un requerimiento judicial, es, en el actor, tan acto de rebeldía como no acudir al emplazamiento o citación un demandado, ya que el artículo 281 L. E. C., se refiere a los litigantes, y no sólo al demandado, por lo que puede ser aplicado al demandante.*—(Sentencia de 6 noviembre 1956: *ha lugar*).

A. ANTECEDENTES: Durante la tramitación de determinado pleito, contestada la demanda, evacuados los trámites de réplica y dúplica, y recibido el pleito a prueba con proposición por el demandado de la que estimó conveniente y absteniéndose el demandante, presentó el procurador de este último escrito, renunciando a la representación que ostentaba, y el Juzgado teniéndole por renunciado, notificó al actor dicha renuncia para que en el plazo de cinco días designase nuevo procurador. Transcurrido con exceso el plazo sin dicha designación, el Juzgado dictó providencia, teniendo al actor por desistido, y apartado del pleito, imponiéndole las costas causadas.

El demandado, solicitó reposición de la aludida providencia, a lo que no accedió el Juzgado, e interpuesta apelación contra el auto denegatorio ante la A. T., ésta lo confirmó. Interpuesto recurso de casación, el T. S. declara *haber lugar* con fundamento de la doctrina siguiente:

Admitida jurisprudencialmente la distinción entre renuncia de la acción y apartamiento de los actos del proceso, con posibilidad en el segundo supuesto de reproducir la pretensión, no es lícito admitir que por un acto unilateral del actor, trabada ya la litis, o por una presunción de su voluntad de desistir, se desdeñe el interés jurídicamente protegible del demandado que acudió al llamamiento judicial, y mostró su decisión contraria sin que se le ofrezcan los medios adecuados para oponerse a esa voluntad expresa, o presunta del actor sobre su desistimiento.

La bilateralidad en el desistimiento, está justificada de un lado por la tutela del interés legítimo de la parte convocada a juicio, que no puede quedar sojuzgado por las veleidades del actor, con posible daño de su prestigio y crédito (diffamatio judicialis), y de otro por el prestigio del Estado, que no debe consentir se consuma inútilmente la actividad judicial, ni abrir cauces a un posible fraude, para de esta forma, corregir errores de táctica en el planteamiento del proceso.

B. OBSERVACIONES: 1. Como claramente establece el 2.º considerando de la sentencia que se anota, la cuestión a resolver en el presente recurso, era si renunciando el procurador del demandante a su representación, y no otorgando éste una nueva, dicha conducta implicaba un desistimiento de los actos del proceso (tesis de la Sala de Instancia), o si por el contrario, de acuerdo con el recurrente, procedía la declaración en rebeldía del actor. No parece,

de la lectura íntegra de la sentencia, especialmente de los considerandos 3.º y 5.º, que el T. S. estime francamente que la inactividad del demandante implicaba un auténtico desistimiento, «aunque por su conducta, pudiera ser esa la encubierta finalidad perseguida», sino que fueron el Juzgado primero, y luego la Sala, quienes supliendo una voluntad que no había manifestado e interpretándola como un voluntario apartamiento del proceso, lo tuvieron por desistido. Sin embargo, en el considerando 4.º, que ha quedado extractado al principio, parte ya nuestro Alto Tribunal de tal desistimiento, y por entender que no se produjo la bilateralidad necesaria, casa el auto recurrido.

Indudablemente, pecó de incongruente en su razonamiento el auto de la Sala, pues admitido que había un desistimiento por el actor, era necesaria la aceptación de la parte demandada. La bilateralidad del desistimiento en primera instancia (1) ante el posible fraude de iniciar de nuevo el proceso se señala por nuestros autores (2) y por la jurisprudencia del T. S., principalmente S. de 4 noviembre 1948, y las que en ella se citan. Acerca del fundamento, desechando las teorías convencionales, principalmente la anticuada del cuasi contrato de *litis contestatio*, y admitiendo la de la vinculación del actor al proceso por la difamación judicial que respecto al demandado supone, puede consultarse la monografía de Fairén «El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia», y también su artículo, «Desistimiento en el proceso civil», en el tomo VII, páginas 282 a 289, de la N. E. J. (3).

Se discute, aunque en el presente caso dado el momento procesal en que se produjo la renuncia no hay problema, a partir de qué momento es necesaria la audiencia del demandado. Guasp (4), señala el de la contestación a la demanda, y en el mismo criterio se inspira el T. S. en la sentencia ya citada, de 4 noviembre 1948, y el Código de Procedimiento civil de la Zona, artículo 246; Prieto Castro (5), se inclina por el momento de la notificación de la demanda; Menéndez Pidal (6) por el de la comparecencia del demandado, y Fairén, desde que hay *litis pendencia*, y existe esta en su opinión, desde la admisión de la demanda, con efecto retroactivo al momento de la interposición de la misma. El artículo 728, párrafo 1.º de la L. E. C. parece avalar el primero de los criterios anotados. El decreto de 21 noviembre 1952, que desarrolló la base 10 de la L. B. J. M. de 19 julio 1944 sobre procedimiento, regula con gran acierto el desistimiento en el juicio de cognición, artículo 42, y señala como momento a partir del cual se oirá al demandado sobre el desistimiento del actor, el del emplazamiento del primero.

2. La L. E. C., no regula con carácter general la inactividad del actor después de presentada la demanda, como conducta calificable de contumacial o rebelde. La razón fundamental de este silencio, según Prieto Castro (7), y De la Plaza (8), podría ser el principio de escritura que rige en el juicio

(1) No ocurre lo mismo en la segunda, ya que en la apelación sólo el apelante tiene interés en que el recurso se trámite, pues no siendo así, la sentencia apelada quedará firme (art. 846 L. E. C.). Por ello, no siempre será adecuada la aplicación analógica de las normas que regulan el desistimiento en la segunda instancia (ver también arts. 409 y 410 L. E. C.) al desistimiento en la primera.

(2) Así, en GUASP: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pág. 570; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Civil*, 3.ª edic. volumen I, pág. 366; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, I, 1949, págs. 367, y PLAZA: *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1951, pág. 539.

(3) En el mismo sentido, PLAZA: obra y tomos citados, págs. 540 y 541.

(4) *Obra citada*, pág. 570. En el mismo sentido, FÁBREGA CORTÉS: *Leciones de Procedimientos Judiciales*, 3.ª edic., 1928, pág. 396.

(5) *Obra y tomo citados*, pág. 367.

(6) *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1935, pág. 169.

(7) *Derecho Procesal Civil*, 1952, tomo II, pág. 241 y sigs.

(8) *Obra y tomo citados*, págs. 366 y 367.

ordinario de mayor cuantía (y con alguna limitación en el de menor cuantía), pues la demanda es elemento suficiente para que el proceso pueda seguir adelante, ya que es escrito fundamental y no simplemente preparatorio como en los sistemas de oralidad. En contra de este criterio, Gómez Orbaneja (9), entiende que ello es debido a que la presentación de la demanda, comprende por necesidad la «comparecencia» o personación del actor en el Juzgado, y la declaración de rebeldía es el efecto de la falta de personación no de cualquier otra inactividad—aun cuando sea total—ulterior. El T. S., en la sentencia anotada, no acepta este punto de vista a la vez que da entrada de manera absoluta a la rebeldía del actor.

Sea cualquiera el motivo, es lo cierto, que sólo en los procesos de tipo verbal se aceptaba hasta esta sentencia la rebeldía del actor, citando los autores del artículo 462 del Código del Trabajo, y el 728 de la L. E. C. en cuanto al llamado juicio verbal. Gómez Orbaneja estima que este último precepto no regula un caso de rebeldía del actor. Para que hubiera juicio en rebeldía—dice—tendría que haber juicio y sentencia (imperativamente, como en el proceso laboral, o dejando al demandado la facultad de exigirlos, como en la rebeldía del demandante del Cód. Proc. Civ. Italiano, artículo 290, por ejemplo). Pero justamente lo que hace esa disposición de la L. E. C. es excluirlo al tener al actor que no comparezca como desistido. El pago de las costas y la indemnización al demandado de los perjuicios derivados de la citación no son efecto de una presunta rebeldía, sino del desistimiento mismo.

En los ordenamientos extranjeros se citan preceptos que admiten francamente la posibilidad de declarar en rebeldía al actor, aparte del Cód. Proc. Civ. Italiano ya citado, puede recordarse aquí el parágrafo 330 de la Z. P. O. («Si el actor no compareciere en el término de una audiencia, se promoverá contra él, a instancia del demandado, sentencia contumacial, desestimando la demanda.»)

El Derecho español anterior a la L. E. C. no desconocía enteramente la rebeldía del actor, y De la Plaza, cita el artículo 32 de la Institución del Marqués de Gerona, que hacía referencia al supuesto de que, en cualquier trámite del juicio, el actor o el demandado se constituyesen en rebeldía. La posición adoptada ante el texto de la L. E. C. que en los artículos 762 a 789 (De los juicios en rebeldía) sólo se refiere al demandado, envolvía grandes inconvenientes y perjuicios para el demandado, sin que la condena en costas que podía recaer contra el demandante fueran sanción suficiente, y por ello, el T. S. con fundamento en el artículo 281, que al referirse a la rebeldía no la limita al demandado, ha dado entrada de manera absoluta a la del demandante.

3. Hay también que destacar en la presente sentencia, la posibilidad que apunta de que la conducta del demandante, envuelva un fraude. En España, el fraude procesal que ha sido objeto de estudios de Lois (10) y de La Plaza, (11) carece de normación legal o jurisprudencial adecuada. La exigencia de bilateralidad en el desistimiento hace, sin embargo, que no sea necesario acudir en el caso de esta sentencia al concepto técnico del fraude, y por ello, el T. S. se limita a aludirlo.

RAFAEL IZQUIERDO

(9) *Obra y tomo citados*, pág. 528.

(10) *Teoría del fraude en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1948.

De acuerdo con este autor más que de fraude procesal se trataría en el presente caso de un acto ilícito por existencia de dolo unilateral.

(11) *Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas*, «R. D. Pr.» (año 1949), págs. 773 a 785 y 849 a 863. Acertadamente dice: «El fraude procesal arguye en todo caso la infracción de una norma jurídica, o, por lo menos, su empleo ilegítimo y torcido; pero se caracteriza... por el modo cauteloso como esa desviación se produce, por lo habilidoso de la trama, por la, en muchos casos, aparente inocuidad de la maquinación» (pág. 774): son palabras de exacta aplicación al supuesto de la sentencia que nos ocupa.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Ramón GARCIA DE HARO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José Luis MORO, Manuel OLIVENCIA, José María PEÑA, José Antonio PRIETO, Ramón RUIZ SERRAMALERA y Enrique SECO, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

1. Parte general.

1. DERECHO COMÚN Y DERECHO ESPECIAL: [Véase Sentencia 17 octubre 1957 (III, 87).]

2. FUENTES DEL DERECHO: LA DOCTRINA CIENTÍFICA: SU VALOR EN VIZCAYA: [Véase Sentencia 17 junio 1957.]

3. FUENTES EN VIZCAYA: [Véase Sentencia 30 abril 1957 (6).]

4. ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES EN DERECHO FORAL: LA COSTUMBRE EN VIZCAYA: [Véase Sentencia 17 junio 1957 (V, 7).]

5. VIGENCIA DE LAS LEYES: ARTÍCULO 11 DE LA ORDEN DE 7 DE MARZO DE 1941: *Si bien es cierto que empieza con el adverbio de modo «transitoriamente», que indica su carácter temporal, también lo es que su vigencia está subordinada a que se dicten normas que regulen y desenvuelvan el principio de responsabilidad que en él se establece, por lo que no puede entenderse que este artículo carezca de aplicación por haber llegado el término de su caducidad.*

RESPONSABILIDAD CIVIL: SILICOSIS: DERECHO DE REPETICIÓN A FAVOR DE LA EMPRESA: *Tratándose de obreros que no hayan sido reconocidos al ser admitidos al trabajo, la empresa en que presten sus servicios está obligada a indemnizar, pero tiene derecho a reclamar de las demás empresas que hubiesen colocado al trabajador durante los cinco últimos años, la parte proporcional en la indemnización. [Sentencia 23 mayo 1957: Ha lugar.]*

6. COSTUMBRE: REQUISITOS PARA QUE CONSTITUYA NORMA JURÍDICA: *Requisito esencial para que una costumbre pueda considerarse como norma jurídica es «que se manifieste una voluntad de ese orden en una colectividad determinada, que igual puede ser la de un lugar, que la de una región o nación a través de los hechos de la propia vida jurídica y principalmente de los usos uniformes duraderos».*

FUENTES DE VIZCAYA: *La Ley tercera del Fuero de Vizcaya no alude al derecho consuetudinario como fuente.*

TESTAMENTARIO POR COMISARIO EN VIZCAYA: PLAZO PARA HACER LA DESIGNACIÓN: AMPLIACIÓN POR EL PODERANTE: *Establecido por la Ley tercera del Título veintiuno del Fuero de Vizcaya que «si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar, los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo que tales hijos o sucesores fueren menores de edad y disposición de poderse casar, o desde un año cumplido y dentro de ese término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección o institución», no puede legalmente el testador ampliar esos plazos por ser dicha norma de carácter imperativo, que se impone a la voluntad particular de quien, sujeto a la legislación foral de Vizcaya, trate de hacer el testamento por comisario.*

TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA: PLAZO PARA HACER LA DESIGNACIÓN: *Debe declararse nulo y carente de todo valor el testamento por el que la comisaria hizo la designación transcurridos más de nueve años desde que el más joven de los herederos había alcanzado la mayor de edad, no obstante haber sido autorizada por el testador para cumplir su mandato durante todo el tiempo que tuviera por conveniente aun fuera y excediendo del término señalado en el Fuero.*

CASACIÓN: FUNDAMENTO: *No pueden servir de fundamento para un recurso de esta clase las disposiciones de carácter puramente administrativo, como lo es el número ocho del artículo sesenta y dos del Reglamento para la aplicación del Impuesto de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1957. [Sentencia 30 abril 1957: No ha lugar.]*

7. **DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: VALOR DE SUS RESOLUCIONES:** [V. Sentencia 4 julio 1957 (V. 2).]

8. **INTERPRETACIÓN DE LA NORMA: EQUIDAD:** *Deben prevalecer la justicia y la equidad a una aplicación rígida de formalismos legales que han de actuarse en servicio y no en obstáculo y prohibición de aquéllas, si los términos de la «ratio legis» no lo excluyen.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: DEFECTO DE CALIDAD: VICIO OCULTO Y FRAUDE EN LA ENTREGA: PLAZO: *El plazo del art. 336 del Código de Comercio no es aplicable al caso de vicios ocultos de la mercancía entregada; tampoco puede ser aplicado el plazo del artículo 342 a una mercancía fraudulentamente vendida, cuyos vicios no pueden ser reconocidos hasta el preciso momento de consumirla. [Sentencia 31 mayo 1957.]*

OBSERVACIONES: *Se trataba de una compraventa de barriles de cerveza, entregada a sabiendas —según se declaró probado— en malas condiciones. El comprador no pudo conocer el defecto de calidad de la mercancía hasta el momento de expendirla para su consumo. Todo reconocimiento anterior la hubiera privado de su fuerza y presión y la hubiera hecho inapta para su destino. Frente a la reclamación, el vendedor alegó que habían transcurrido los plazos señalados en los artículos 336 y 342 del Código civil sin formularla, por lo que toda acción del comprador debía considerarse prescrita. El Tribunal Supremo, desestimando el recurso y confirmando la sentencia inferior, declara inaplicables al caso dichos preceptos. ¿Hasta qué punto es acertada dicha doctrina? El artículo 336 del C. de C., conforme*

al cual el comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercancías recibidas, envasadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes a) de su recibo, excluye expresamente aquellos supuestos, como el actual, en que la avería procede de caso fortuito, de vicio propio de la cosa o de fraude. Pero el artículo 342 del propio Código establece que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los «vicios internos de la cosa vendida», dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Parece evidente que el defecto de la cerveza, puesto que ésta se hallaba contenida en barriles de los que no eran posible extraerla más que perdiendo aquélla sus virtudes alcohólicas y de presión, había de considerarse «vicio interno de la cosa vendida», como interpretación la más favorable para el comprador. La norma del 342 es tajante: «Perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa». El Tribunal Supremo, sin embargo, fundándose en una evidente «justicia del caso concreto», declara inaplicable el artículo 343 del C. de C. Es dudoso que una Sentencia apoyada en motivación de esta índole, sea constitutiva de doctrina legal. No obstante, no podrá dejar de tenerse en cuenta.

El Código de Comercio ha previsto todos los supuestos de reclamación por defecto de calidad: 1.º, mercancías examinadas a su recibo, reclamación en el acto (art. 336, § 1.º); 2.º, mercancías embaladas, cuatro días, salvo en los casos de avería fortuita, vicio propio o fraude (art. 336, § 2.º); 3.º, vicios internos de la cosa, treinta días (art. 342). Los plazos son efectivamente rapidísimos, pero esto se ha señalado siempre como una de las máximas virtudes del tráfico mercantil.

El único modo de generalizar la doctrina de esta Sentencia es entender que el caso de «fraude», expresamente excluido del artículo 336, lo está también implícitamente del 342. La Sentencia no lo dice de forma absoluta, pero se desprende sin duda de su contexto. (L. D. P.)

9. APLICACIÓN DE LAS LEYES: ANALOGÍA: *Es principio de derecho que la aplicación de la ley por analogía sólo es viable para llenar una laguna de la misma ley aplicando extensivamente los principios de ésta a un caso no previsto por ella.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO INCONSENTIDO DE LOCAL DE NEGOCIO: PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: *Habrà que acudir al derecho común aplicando los términos generales de la prescripción de acciones, ya que no se permite usar analógicamente del precepto del artículo 36 de la L. A. U. sobre plazo de caducidad de la acción por cesión de vivienda.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: *Hay traspasos al constituirse una Sociedad de responsabilidad limitada y fijar su domicilio social en los locales arrendados al arrendatario individual socio capitalista de aquélla. [Sentencia 25 septiembre 1957.]*

10. ABUSO DE DERECHO. [Véase Sentencia 28 enero 1957 (III, 63).]

11. RENUNCIA: *Debe ser expresa, con propósito de crear un derecho o modificar el constituido, y no puede calificarse de tal al hecho de no consignar los aumentos habidos, conforme a lo acordado en el presupuesto al verificar la entrega del hotel. [Sentencia 7 mayo 1957: No ha lugar.]*

12. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: [Véase Sentencia 1 marzo 1957 (D. M., III, 3).]

13. EMANCIPACIÓN POR CONCESIÓN: ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO CIVIL: [Véase Sentencia 4 julio 1957 (V. 2).]

14. PERSONALIDAD: DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO: *Las compañías demandadas no tienen personalidad para invocar los perjuicios que no les afectan a ellas, sino solamente a uno de sus accionistas, aunque sea mayoritario, cuya personalidad es absolutamente independiente.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: *Pudiendo exigirse la parte líquida de una deuda sin esperar a que se liquide el resto, incide en mora el deudor y adeuda intereses legales por las cantidades líquidas reclamadas desde la interpelación judicial.*

OBLIGACIONES DE HACER: EJERCICIO DE PODERES MAYORITARIOS EN UNA SOCIEDAD: *Constituye una obligación de hacer el comprometerse a utilizar los poderes mayoritarios que las partes tenían en una Sociedad matriz, la cual, a su vez, los ejercía sobre dos Compañías filiales, para obtener la aprobación y ratificación de sus acuerdos. [Sentencia 17 mayo 1957.]*

15. PERSONA JURÍDICA: EXTINCIÓN: DESTINO DE BIENES: *La amplitud de términos del artículo 39 del Código civil, autoriza aunque no se contemple expresamente, la hipótesis de extinción de la persona jurídica, por desaparición total de los elementos personales de la entidad, dado que también en este caso, como en los demás previstos, resulta imposible aplicar el patrimonio a los fines que el gremio habría de realizar.*

PERSONA JURÍDICA: EXTINCIÓN DE LOS BIENES: *En ningún caso, con agravio del orden que el artículo 39 del Código civil establece, pueden adjudicarse los bienes ni siquiera a los sucesores de todos los agremiados, y menos aún a los del último. Aun cuando con arreglo al artículo 39 del Código civil esté previsto que en los supuestos de extinción, los bienes tengan un destino preestablecido, no es por un orden concreto y excluyente, sino previa determinación de la analogía de los fines y del interés, de los destinatarios, y como es necesario discernir la preferencia que puedan tener éstos entre sí, deben atribuirse dichos bienes a una entidad superior que con fuerza vinculante, lo determine, y por ello es el Estado el llamado a vindicar los bienes abandonados o mal poseídos, ya sea para integrar su propio patrimonio, o mediante una adquisición «sub modo» por obra de la cual señale su ulterior aplicación.*

PERSONA JURÍDICA: EXTINCIÓN: DESTINO DE LOS BIENES: CARGA DE LA PRUEBA: *Reivindicando el Estado la propiedad del inmueble al amparo del artículo 39 del Código civil, son los demandados quienes debían de probar que la entidad gremial extinguida, tenía estatutos en los que se precisaba el destino ulterior de los bienes como motivo de oposición a la titularidad que el Estado alega.*

OCUPACIÓN: BIENES MOSTRENCOS: *Es posible adquirir los bienes inmuebles, por ocupación, dada la generalidad de los términos del artículo 610 del Código civil, y aún consolidar dicha adquisición por usucapión, siempre que se trate de una cosa sin dueño (res nullius derelictae), pero esto no es via-*

ble cuando se trata de los bienes de una entidad que una vez extinguida tiene un destinatario que puede reivindicarlos en tanto la prescripción no se consume.

BIENES MOSTRENCOS: REIVINDICACIONES POR EL ESTADO: Para el ejercicio de la acción reivindicatoria que otorgan al Estado los artículos 3.º y 4.º de la Ley de Mostrencos (pese al artículo 1.976 del Código civil, no derogada en este punto por dicho cuerpo legal), se requiere que los bienes estén vacantes o abandonados, a lo que equivale el que estén poseídos sin título legítimo.

USUCAPIÓN: POSESIÓN DE BUENA FE: No se posee en concepto de dueño y de buena fe, si el notario autorizante previno a los otorgantes de la posibilidad de que el Estado vindicara la finca.

INCONGRUENCIA: Son incongruentes las sentencias en que el fallo, aun acomodándose a las pretensiones, no respeta los hechos, o altera la causa pendiente, pero, ni la conexión lógica de los razonamientos, ni la elección de las normas en que se apoyan, pueden constituir un supuesto de incongruencia. [Sentencia 12 noviembre 1956: No ha lugar..]

A. El gremio de cereros de Zaragoza se iba extinguiendo lentamente por fallecimiento de sus colegiados. El único bien de dicho Gremio era un solar sito en Zaragoza, que producía más gastos que beneficios, y por ello a partir de 1914, se hizo cargo del mismo el único colegiado, corriendo con todos los gastos y contribuciones que la Hacienda giraba ya a su nombre. Falleció en 1938 dicho último colegiado, y su viuda e hijos otorgaron ante notario escritura por la que se autoadjudicaron el solar en pago de los créditos que su esposo y padre tenía; en el año siguiente vendieron el solar a otro pariente, dando como título de adquisición aquella ocupación y autoadjudicación, se publicaron los edictos, nadie reclamó y se practicó la correspondiente inscripción.

El abogado del Estado interpone demanda reivindicando para éste la propiedad del solar, y tanto el Juzgado como la Audiencia dictaron sentencia estimando la demanda. Interpuesto recurso de casación por los demandados el Tribunal Supremo declara *no haber lugar* a él con fundamento en la doctrina extractada.

B. **OBSERVACIONES:** 1.—Mantiene en esta sentencia el Tribunal Supremo de forma terminante, la vigencia de la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 (1), aunque a la vez se admita la posibilidad de adquirir por ocupación los bienes inmuebles dada la generalidad con que se expresa el artículo 610 del Código civil. Esta posición de nuestro Alto Tribunal, es realmente la que ya sustentó la conocida Resolución de 8 de julio de 1920. Sin embargo, de acuerdo con el profesor CASTRÁN, parece más segura la opinión conforme a la cual quien ocupa bienes inmuebles abandonados, sólo podrá realmente adquirirlos por usucapación, pudiendo, hasta tanto que ésta se cumpla, reivindicarlos el Estado (2).

2.—En la sentencia anotada, el título de atribución a favor del Estado, y, por tanto, el centro de gravedad, de la acción reivindicatoria y de la sentencia misma, radica no en dicha Ley de Mostrencos, sino en el destino

(1) Acerca de la eficacia derogatoria del Código civil, DE CASTRO: *Derecho civil de España*. Madrid, 1949, págs. 278 a 281.

(2) Véase *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1950, II, pág. 199.

que para los bienes de las personas jurídicas extinguida señala el artículo 39 del Código civil. Por ello, en el Considerando 3.º, se dice: «... no es viable (la adquisición) cuando se trata de los bienes de una entidad que, una vez extinguida, tienen un destinatario que puede reivindicarlos en tanto que la prescripción no se consume» (3). La atribución provisional de los bienes al Estado para que, a su vez, determine la definitiva de acuerdo con el artículo 39 del Código civil, parece que puede estar inspirada en lo que establece el artículo 956 del Código civil para el caso de sucesión ab intestato del Estado. (R. I. A.)

16. NEGOCIOS JURÍDICOS: SIMULACIÓN: *De la escasa cuantía del precio fijado en una escritura no puede deducirse sin más la simulación pretendida, cuando existen circunstancias de hecho que lo justifican.*

CONTRATO DE OPCIÓN: PLAZO: *El derecho de opción se extingue por la expiración del plazo concedido para su ejercicio.* [Sentencia 16 abril 1957.]

17. SIMULACIÓN: FUERZA PROBATORIA DE LA MANIFESTACIÓN DE LOS OTORGANTES EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS: *Las manifestaciones de los otorgantes sólo están amparadas por la fe pública en cuanto al hecho de que ante Notario han sido producidas, pero no en punto a su veracidad intrínseca, únicamente protegida por presunción iuris tantum susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario.* [Sentencia 30 abril 1957: No ha lugar.]

18. SIMULACIÓN: PRUEBA: *Que la escritura tuvo que ser simulada se prueba, además, por el hecho elocuente de la posesión continuada por los demandados durante más de treinta años sin oposición ninguna por parte de los que ahora se dicen dueños de la finca en cuestión.*

SIMULACIÓN ABSOLUTA: FORMA NOTARIAL: *Apreciado por el juzgador que los contratos han sido simulados, nada significa en contrario ni puede desvirtuar la eficacia de esta apreciación, el hecho de estar otorgados ante Notario.*

FUNCIÓN NOTARIAL: CONTRATOS: *La función de dar fe y el pleno crédito que a lo testificado en uso de ella se ha de conceder, sólo alcanza en materia de contratos a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, porque éste y aquélla escapan a la apreciación notarial.* [Sentencia 8 mayo 1957: No ha lugar.]

19. CARGA DE LA PRUEBA: DESAHUCIO EN PRECARIO: *Corresponde a la parte demandada como precarista, probar que es arrendataria en virtud de cesión del arrendamiento que le hizo el anterior titular, si fundada en ello trata de enervar la demanda.* [Sentencia 6 febrero 1957: No ha lugar.]

(3) No obstante, en el mismo Considerando se recuerda la S. de 18 diciembre 1928, conforme a la cual son bienes mostrencos los vacantes o abandonados, o sea, que no se hallen poseídos por persona alguna, o lo son por meros detentadores que carezcan de título de derecho, lo cual, por concurrir en este caso, determina el éxito de la acción reivindicatoria.

20. INFRACCIÓN DE LAS REGLAS DE PRUEBA: CASACIÓN: *Como la apreciación de la prueba pericial no se combate en este recurso por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley ritualaria civil, caso de que así procediere, sino que se invoca tan sólo el número primero del propio artículo en el que se acusa, con notorio y contradictorio error de concepto, la infracción por interpretación errónea y falta de aplicación de determinados preceptos (puesto que si se interpretan erróneamente ello implica su aplicación), es visto que se hace desestimable el único motivo del recurso. [Sentencia 24 mayo 1957.]*

21. PRUEBA: ARTÍCULO 1.248 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.248 del Código civil tiene carácter admonitivo, no preceptivo, no pudiendo, por ello, servir de base a la casación.*

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN AL AMPARO DEL NÚMERO 7.º DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA L. E. C.: *Si se invoca error de derecho es preciso mencionar la norma probatoria infringida. [Sentencia 12 abril 1957: No ha lugar.] (J. M. P.)*

22. CONFESIÓN: EFECTOS: *El artículo 1.232 del Código civil no autoriza extender los efectos de la confesión más allá de la persona que la presta.*

ACTA NOTARIAL: VALOR: *Las actas notariales sólo aseveran la realidad de las manifestaciones en ellas contenidas, y no merecen el concepto de documento auténtico.*

CASACIÓN: TRÁMITE ESPECIAL, SIN VISTA, PARA MENORES CUANTÍAS EN PERÍODO TRANSITORIO: *En el escrito permitido al recurrente en este trámite especial de casación, sin vista, para menores cuantías en período transitorio, no se pueden modificar los términos del recurso, al cual, en ningún caso, además, pueden traerse cuestiones nuevas. [Sentencia 10 abril 1957: No ha lugar.]*

23. PRUEBA: CONFESIÓN: OBJETO: *Respecto a la confesión, pueden ser objeto de ella no solamente los hechos, sino el conocimiento de los mismos, de cualquier clase, con tal que sean relevantes.*

PRUEBA: CONFESIÓN: REQUISITOS: ARTÍCULO 1.231 DEL CÓDIGO CIVIL: *Au7 cuando la confesión judicial ha de recaer sobre hechos personales del confesante, ésto no quiere decir que no tenga ningún valor la prestada por quien no ha intervenido personalmente en los hechos sobre que depone, en primer lugar, porque aunque el hecho en sí no sea personal, si que puede serlo en el conocimiento que se tenga del mismo, y en segundo término, porque cuando no se trata de hechos personales ha de estimarse que el confesante podrá negarse a absolver las posiciones, pero que si no se niega la confesión es válida y eficaz.*

SIMULACIÓN: INSTRUMENTO PÚBLICO: *Una vez apreciado por el Juzgado que el contrato ha sido simulado, nada significa en contrario ni puede desvirtuar la eficacia de esta apreciación el hecho de estar otorgado ante Notario. [Sentencia 28 mayo 1957: No ha lugar.]*

24. DOCUMENTO PRIVADO: PRUEBA: *La autenticidad de la firma de un documento privado, si bien libera al acreedor de la prueba de la veracidad de su contenido, puede ser desvirtuada como tal presunción, por prueba en contrario.* [Sentencia 5 febrero 1957: No ha lugar.]

25. DOCUMENTOS PRIVADOS: SU FECHA: *La fecha del documento privado no puede contarse respecto a terceros antes de la del embargo por haber sido presentado aquél en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos Reales con posterioridad a éste.*

DOCUMENTOS PRIVADOS: NEGACIÓN DE SU EFICACIA: TERCERÍA DE DOMINIO: *Manifestando en la contestación a la demanda que no constaba la autenticidad de la fecha de los documentos privados, con ello y con la invocación explícita del artículo 1.227 del Código civil ha de entenderse negada la eficacia de dichos contratos privados en cuanto al referido demandado ejecutante.*

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *La incongruencia sólo puede denunciarse al amparo de los números segundo y tercero, según los casos, del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva y con cita pertinente del artículo 359 de la misma.* [Sentencia 17 marzo 1957: No ha lugar.]

26. PRUEBA: DICTÁMENES PERICIALES: [Véase Sentencia 15 junio 1957 (II, 7).]

27. PRESUNCIONES: ARTÍCULO 1.233 DEL CÓDIGO CIVIL: REGLAS DEL CRITERIO HUMANO: *Las reglas del criterio humano a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, al no estar comprendidas en normas previamente fijadas, no pueden ser objeto de infracción, al menos que sean calificadas de absurdas, ilógicas e inverosímiles.*

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL: APRECIACIÓN DE LOS TRIBUNALES: *La manifestación del actor, contenida en las escrituras, de haber recibido con anterioridad el precio estipulado, está también subordinada, por prescripción del artículo 1.239 del Código civil, a la apreciación libre de los Tribunales.*

CAUSA: INEXISTENCIA: *Declarado por el juzgador ante el conjunto de las pruebas ofrecidas, la ausencia de causa en las escrituras de venta, ha aplicado atinadamente los artículos 1.274 y 1.275 del Código civil al establecer la falta de la contraprestación por parte del adquirente de las fincas, ya que no resulta justificado que el precio consignado en tales escrituras hubiera sido entregado al que de dichas fincas se desprendió.* [Sentencia 25 abril 1957: No ha lugar.]

23. PRUEBA DE PRESUNCIONES: SIMULACIÓN: *Demostrado el hecho de la existencia de un proyecto de constitución de Sociedad en la que habían de ser socios todos los hermanos hoy litigantes, del mismo no puede deducirse lógicamente que, fracasado este proyecto, no pudiera el padre vender la fábrica a sus dos hijos varones, ni es hecho que autorice, según las normas lógicas del criterio humano, a admitir la simulación del contrato de*

compraventa que declara el Tribunal de Apelación, lo que hace estimable este motivo de recurso.

SIMULACIÓN: INTENTO DE LOS CONTRATANTES: CASACIÓN: Si bien en principio a nadie más que al juzgador de instancia corresponde fijar con sujeción a las reglas de la equidad, la intención y propósito de quienes contrataron, ello no impide en el estado actual de la doctrina jurisprudencial que pueda ser combatida en casación la interpretación dada a los contratos por el Tribunal de Instancia cuando el error resulta de los preceptos del Código civil, lo que ocurre en este caso. [Sentencia 6 junio 1957: Ha lugar.]

29 PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: Prescribe la acción para reclamar los servicios de arquitecico si han transcurrido más de tres años desde que se prestaron y se dejó pasar ese lapso sin formular reclamación contra el deudor.

INTERRUPCIÓN POR ACTOS DE TERCERO: Las cartas cruzadas entre los abogados de las partes, sin probarse actúen por encargo o mandato de sus clientes, no interrumpen la prescripción.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: Las cartas del abogado del deudor no constituyen reconocimiento de deuda al no estar suscritas por la persona contra quien se intenta hacerlas valer. [Sentencia 3 mayo 1957: No ha lugar.]

30. PRESCRIPCIÓN: RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN GANADA: Requiere tener capacidad para enajenar y que la renuncia no perjudique a acreedores u otras personas interesadas en hacer valer la prescripción, si pudieran utilizarla esas terceras persona a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor, como se previene en el artículo 1.937 del mismo Cuerpo legal.

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: El recurso de casación por infracción de ley se da contra los pronunciamientos del fallo de la sentencia que se discute, pudiendo impugnarse, además, sus fundamentos legales; pero lo que no procede es tratar de preceptos jurídicos que no tienen aplicación en dicha resolución ni han sido tomados en cuenta en la sentencia combatida.

CASACIÓN: FORMULACIÓN DEL RECURSO: Las afirmaciones consignadas en los considerandos de la sentencia de primera instancia que no han sido aceptados en la de la Audiencia, no pueden alegarse en casación para rebatir la apreciación de la prueba hecha por esta última, debiendo la parte recurrente fundar sus alegaciones, no en la contradicción apreciada de los hechos admitidos en una y otra instancia, sino en el resultado de la prueba y la eficacia que las disposiciones alegadas le reconocen. [Sentencia 26 junio 1957: No ha lugar.]

31. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: LEY DE 1.º DE ABRIL DE 1939: Si al comenzar de nuevo a correr el tracto prescriptivo quedan menos de sesenta días, el cómputo, con arreglo al artículo 6.º, del plazo de suspensión se entenderá prorrogado por el tiempo necesario hasta completar el término de sesenta días, prórroga que no se otorgó a los que tenían plazo superior de duración.

COMUNIDAD HEREDITARIA: EJERCICIO DEL DERECHO DE CRÉDITO: *Tratándose de un crédito a favor del causante y no habiéndose hecho adjudicación especial de él, cualquiera de los herederos puede por sí solo actuar en interés de los demás.*

REQUISIMOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Reconocida una deuda por los demandados y siendo su prescripción la única cuestión que se somete a la consideración del juzgador, infringe el artículo 359 de la L. E. C. la sentencia que en lugar de resolver si la acción se halla o no prescrita, la estima inexistente e improbadada. [Sentencia 3 junio 1957: Ha lugar.]*

32. CADUCIDAD. [V. Sentencia 4 julio 1957. (V. 2)]

II. Derechos reales.

1. USUCAPCIÓN ORDINARIA: ARTÍCULO 1957 DEL CÓDIGO CIVIL: *Para consumir la usucapción que pretende le sea reconocida, se requiere el plazo de diez años de posesión que exige el artículo 1957.*

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ARTÍCULO 79, PÁRRAFO DE LA LEY HIPOTECARIA: USUCAPCIÓN: *Reconocida la usucapción a favor de los demandantes, la Sala sentenciadora, al ordenar la cancelación de las inscripciones existentes en el Registro de la Propiedad, hace acertada aplicación del párrafo segundo del artículo 79 de la Ley Hipotecaria y no infringe los treinta y cuatro, treinta y cinco y treinta y seis de la misma Ley, como pretende el recurrente.*

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONTRADICCIÓN: *La contradicción impugnable ha de resultar de los mismos pronunciamientos del fallo entre sí; y desde luego una condena y una absolución en demandados diferentes no envuelve la contradicción in terminis requerida para ser tenida como tal. [Sentencia 24 junio 1957: No ha lugar.]*

2. USUCAPCIÓN: INTERPRETACIÓN CIVIL DE LA POSESIÓN: *Hay que dar por interrumpida la posesión antes de haberse consumado la prescripción extraordinaria del dominio, cuando hay constancia de los siguientes hechos: Primero. Que la posesión de la finca se inició por el causante de los demandados el 27 de octubre de 1919 en que fué otorgada a su favor la escritura de compraventa dimanante de la subasta judicial. Segundo. Que el 17 de octubre de 1949, días antes de cumplirse el plazo de treinta años, instó el actor acto de conciliación con los demandados como diligencia previa a este juicio. Tercero. Que el 17 de diciembre de 1949, es decir, dentro de los dos meses siguientes, fué presentada la demanda originaria del presente pleito.*

COMPRAVENTA: FALTA DE CAUSA: TERCERO HIPOTECARIO: *La actuación artificiosa y ficticia del demandante para proveerse de un título de propiedad que llevado al Registro le ofreciera la aparente posición de tercero hipotecario frente a los demandados que no habían inscrito su legítimo título de dominio, no sólo prueba la mala fe del actor que lo sitúa al margen de la*

protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que determina la nulidad radical o inexistencia de la misma escritura de compra, porque en realidad no concurre la causa verdadera y lícita exigida por el artículo 1.275 en relación con el 1.271 del Código civil. [Sentencia 1 julio 1957: Ha lugar.]

3. TERCERÍA DE DOMINIO: PRUEBA DEL DOMINIO: DOCUMENTOS PRIVADOS: Las facturas, en cuanto documentos privados que no fueron expresamente reconocidos, no pueden perjudicar a tercero y carecen del vigor eficiente para constituir la prueba del dominio que se intenta.

TERCERÍA DE DOMINIO: PRUEBA DEL DOMINIO: DOCUMENTOS PÚBLICOS: Aunque por los documentos públicos —Certificaciones del Ayuntamiento y de la Delegación de Hacienda—, se hubiese acreditado que la titular del negocio era la demandante, tales documentos de índole administrativa y fiscal no servían por sí solos para justificar la propiedad de los bienes que aparecían en su tenencia y menos aún, dada la condición de casada de la actora, que tuviesen la cualidad de bienes parafernales constituidos bajo su exclusivo dominio y administración. [Sentencia 13 abril 1957: No ha lugar.]

4. REIVINDICACIÓN AGUAS: DERECHOS DE LOS PREDIOS INFERIORES: El dueño del precio en que nacen las aguas ha de respetar la forma en que se vienen aprovechando éstas, sin poder menoscabar, alterar o modificar el derecho de los dueños de los predios inferiores.

REIVINDICACIÓN AGUAS: CULPA AQUILIANA: Para que sea aceptada como motivo de recurso, la aplicación indebida del artículo 1902 del Código civil, es necesario que el recurrente desvirtúe en forma eficaz la existencia del hecho culposo, la realidad de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre el daño y la falta. [Sentencia 22 marzo 1957.]

5. COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: ENAJENACIÓN: La división material de la cosa es medio de aplicación preferente al de la venta, sólo utilizable si la cosa fuera esencialmente indivisible, resultase inservible para el uso a que se la destina o desmereciese mucho por efecto de la división. Un posible e infimo desmerecimiento de la cosa común no impide su división material. En principio la finca rústica es susceptible de división.

SENTENCIA: CONGRUENCIA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD ILÍQUIDA: SU FIJACIÓN: No es incongruente la Sentencia que condena al pago de cantidad líquida, aunque en la demanda se reclamara cantidad ilíquida y su fijación en ejecución de sentencia. [Sentencia 30 marzo 1957.]

6. COMUNIDAD DE PASTOS: NATURALEZA, CIVIL O ADMINISTRATIVA, DE LOS DERECHOS DISCUTIDOS: El carácter civil del derecho en cuestión es evidente porque la acción la ejercitan dos personas individuales contra los propietarios de determinados terrenos y no todos los vecinos de un pueblo, para que se declare la existencia de una comunidad que afecta al derecho civil de propiedad privada.

COMUNIDAD DE PASTOS: TÍTULO ADQUISITIVO: POSESIÓN INMEMORIAL: *No es obstáculo para admitir la existencia de esa servidumbre o derecho de copropiedad el que no se haya presentado el título de su adquisición, porque tal presentación iría en contra del concepto de inmemorial de la posesión que se requiere, que no hay que confundir con el de antigüedad, porque si lo que caracteriza a esa inmemorialidad es que no se conserva recuerdo de cuando empezó, con la presencia del título, ya no cabría duda de su comienzo y dejaría de ser inmemorial.*

USUCAPIÓN ANTES DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL: POSESIÓN INMEMORIAL: *El hecho de la posesión del derecho discutido, o sea, el aprovechamiento de los pastos en común desde tiempo inmemorial antes de la vigencia del Código civil lo declara la sentencia recurrida, con lo que se da el requisito que exige la Ley quince, Título treinta y uno de la Partida tercera para adquirir ese derecho por prescripción. [Sentencia 14 octubre 1957: No ha lugar.]*

7. PROPIEDADES ESPECIALES: AGUAS SUBTERRÁNEAS: *El derecho que se concede al dueño de cualquier terreno para alumbrar o apropiarse plenamente las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, está supeditado a que al hacerlo no se distraigan o aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural.*

CONTRATOS: BILATERALIDAD: TRANSACCIÓN: *Existe bilateralidad cuando una de las partes se obliga a limitar en forma convenida la explotación del agua que puede utilizar del pozo de que es dueño, en beneficio de la parte contraria, y, a su vez, ésta deja de ejercitar el derecho que le asiste para impedir la explotación de ese agua en la forma en que lo venía haciendo en su perjuicio.*

PRUEBA: DICTÁMENES PERICIALES: *Los dictámenes periciales, aunque estén contenidos en un documento expedido por un funcionario público, no pierden, a efectos de prueba, aquella cualidad. [Sentencia 15 junio 1957.]*

8. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: MATERIA PATENTABLE: *La enumeración del artículo 46 del Estatuto de la Propiedad Industrial es puramente enunciativa y no limitativa.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: *Tanto la calificación del objeto como modelo industrial, como el examen de los motivos de opción a la concesión solicitada son facultadas del Registro. [Sentencia 31 mayo 1957.]*

9. POSESIÓN: BUENA FE: *No es generalmente revisable en casación, la apreciación de la buena o mala fe, realizada por los tribunales de instancia por ser problema de hecho. [Sentencia 8 enero 1957: No ha lugar.]*

10. POSESIÓN DE BUENA FE EN NAVARRA: IMPENSAS: *Reconocida la accionante en la sentencia como poseedora de buena fe, le son de abono las impensas necesarias y las mejoras útiles que hubiera hecho en la cosa poseída, de conformidad con los artículos 453 y concordantes del Código ci-*

vil, que, a su vez, concuerdan también con el Derecho Romano, Ley cinco del Título treinta y dos del Libro tercero del Código; Leyes primera, Párrafo uno, tres y cinco; Párrafo último, seis y diez del título primero del Libro veinticinco, setenta y nueve título dieciséis del Libro cincuenta y treinta y ocho del título primero del Libro sexto, todos del Digesto. [Sentencia 3 mayo 1957: Ha lugar.]

11. **PREARIO:** *Constituye el precario, la ocupación de un inmueble sin título alguno, o que éste sea inhábil, o haya peruido su eficacia, y sin pagar merced alguna. [Sentencia 23 febrero 1957: No ha lugar.]*

12. **PREARIO:** *Según reiterada jurisprudencia, constituye la esencia del precario el uso o disfrute de cosa ajena sin que medie renta o merced alguna, ni otra razón o título que legitime la posesión que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real, del cual depende poner término a su propia tolerancia.*

PRUEBA: *Si por escrito se concertó entre las partes la ocupación de la finca en concepto de precario, no puede oponerse en contrario una endeble prueba testifical. [Sentencia 6 abril 1957: No ha lugar.]*

13. **USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN:** *El derecho de disposición que se le confiere se halla amparado por el último inciso del artículo 467 y puede válidamente ejercitarse conforme a la prescripción del artículo 470 con lo que no se contradice ninguna prohibición legal.*

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN EN CASO DE NECESIDAD: *Ni en la cláusula testamentaria debatida se consigna ni de su texto se puede inferir que el usufructuario debiera de estar obligado a acreditar y ante quien hubiera debido hacerlo, que se hallaba en el caso de necesidad requerido para poder válidamente disponer de los bienes usufructuados, y por ello quedaba al arbitrio del propio interesado el determinar el momento y ocasión en que llegara a encontrarse en aquella situación de necesidad, y, en consecuencia, es indudable que pudo vender cuando lo estimó oportuno.*

CASACIÓN: FORMULACIÓN DEL RECURSO: *No es lícito al recurrente aducir en el recurso preceptos de carácter formal cuando todos los fundamentos de derecho de su demanda son artículos del Código civil y con arreglo a tales normas se discutieron sus peticiones. [Sentencia 3 julio 1957: No ha lugar.]*

14. **SERVIDUMBRE: ADQUISICIÓN DE SERVIDUMBRE NEGATIVA:** *La servidumbre de luces y vistas por ser continua y aparente puede adquirirse por prescripción, pero, como es negativa, el tiempo se contará desde que el dueño del predio dominante haya prohibido por un acto formal al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, conforme establece el artículo 538 del Código civil.*

La servidumbre de «altius non tollendi» y de no edificar a menos de tres metros y medio son, conforme al 532 del Código civil, no aparentes, y, por tanto, sólo pueden adquirirse en virtud de título según el 540 del Código civil.

PRUEBA: PRESUNCIÓN: *No se puede admitir una presunción en que no se*

ha demostrado la realidad del hecho base y falta la ligazón con el que se trata de deducir que exige el 1.253 del Código civil. [Sentencia 14 marzo 1957: No ha lugar.]

15. NULIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NULIDAD DEL TÍTULO ADQUISITIVO: *De los términos en que está redactado el suplico de la demanda claramente se advierte que no se solicita la nulidad de la escritura pública de transmisión y si sólo de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad, sin tener en cuenta que en nuestro sistema hipotecario la inscripción no es constitutiva y que, subsistente el documento que se inscribe, la cancelación no se puede producir.*

NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES EN ZONA ROJA: LEY DE OCHO DE MAYO DE 1939: *La nulidad de unas actuaciones judiciales practicadas en zona dominada por los marxistas únicamente podía obtenerse y ser declarada en la forma prevista por aquella Ley, dictada para privar de eficacia a los procedimientos seguidos en tan anormales circunstancias y por autoridades que no lo eran legalmente.* [Sentencia 15 junio 1957: No ha lugar.]

III. Derecho de Obligaciones.

1. OBLIGACIONES DE HACER: EJERCICIO DE PODERES MAYORITARIOS EN UNA SOCIEDAD: [Véase Sentencia 17 mayo 1957: (I, 14).]

2. OBLIGACIÓN NATURAL: DEBER DE CONCIENCIA: *Admitiendo que la causante manifestó su voluntad de transmitir todos sus bienes a la Fundación demandada, y que ello es un deber de conciencia para los demandantes herederos forzosos de la misma, aun concediendo a los deberes morales o de conciencia su mayor rango de aproximación o equivalencia a la obligación natural, carece el derecho civil positivo del impulso necesario y determinante de acción, para imponer su cumplimiento, quedando así remitida la eficacia de la obligación de conciencia, a la esfera íntima de los herederos, que podrán apreciarla o no, contemplando el fin caritativo de la Fundación, juntamente con las exigencias de sus propias necesidades.*

REVOCACIÓN DE TESTAMENTO POR DONACIÓN: FORMA: *Si la donación implicaba una auténtica revocación de testamento otorgado anteriormente, era necesario dar cumplimiento a la solemnidad testamentaria de acuerdo con el artículo 738 C. c.*

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: *No es aplicable a la acción de petición de herencia, la doctrina jurisprudencial conforme a la cual no se pueden reivindicar bienes concretos y determinados de una sucesión hereditaria sin que proceda la partición de la herencia, con la consiguiente adjudicación de bienes a quien los reclame.* [Sentencia 8 marzo 1957: No ha lugar.]

3. ARTÍCULO 1.153 DEL C. C.: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *Si se pactó una indemnización para el supuesto de que la entrega no se realizara an-*

les de cierta fecha, sin atender a que se hiciera o no después, es evidente que la indemnización es compatible con la entrega posterior, pues la fecha de cumplimiento es esencial en explotaciones que dan más rendimiento en épocas determinadas.

PRESUNCIONES: No constituye base para casación el que el Tribunal no hiciera uso de una facultad discrecional como es la del artículo 1.154 C. c. [Sentencia 16 febrero 1957: No ha lugar.]

En una transacción convenida para poner fin a un contrato de arrendamiento de industria (fábrica de harinas) se estipula la entrega por el arrendatario en fecha determinada de las instalaciones de la misma, y para caso de incumplimiento el abono de 75.000 pesetas. Se trata de un término esencial teniendo en cuenta que entonces comenzaba la campaña de entrega de cereales al Servicio Nacional del Trigo, y el que la propiedad se hiciera cargo posteriormente de la fábrica sólo implica, como dice el T. S., «un restablecimiento del derecho cuando pudo hacerse y no una condonación de los efectos de la infracción». Es un caso en que la cláusula penal desempeña —como dice OSSORIO MORALES— «una función más grave y propiamente punitiva, facultándose al acreedor para que en caso de incumplimiento pueda reclamar el cumplimiento (o los daños y perjuicios que el incumplimiento origine), además de la pena.» («Leciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Parte General, Granada, 1956, p. 49»). (G. G. C.)

4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: [Véase Sentencia 17 mayo 1957: (I, 14).]

5. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: DEBER DE PAGAR INTERESES: LIQUIDEZ: Existe deber de pago de intereses, cuando la cantidad que el demandante reclama y a la que la sentencia condena, es una cantidad de dinero ya liquidada.

MORA DEL DEUDOR: INTERPELACIÓN JUDICIAL: No puede estimarse constitutivo de la interpelación judicial de la obligación de pago, para que se produzca la mora del deudor con su consecuencia de abono de intereses, el acto de conciliación en que sólo se pidió avenencia a practicar la liquidación. [Sentencia 29 mayo 1957.]

7. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: RECLAMACIÓN: No puede reclamar el cumplimiento de las obligaciones la parte que previamente ha incumplido las suyas.

INCUMPLIMIENTO: DAÑOS Y PERJUICIOS: El artículo 1.101 del Código civil presupone la prueba de los daños y perjuicios, siendo de la libre apreciación del Tribunal Sentenciador la existencia de una lesión o daño valuable en dinero. [Sentencia 23 mayo 1957.]

8. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD LÍQUIDA: MOMENTO PROCESAL DE SU DETERMINACIÓN: [Véase Sentencia 30 marzo 1957 (II, 5).]

9. **COMPENSACIÓN: RENTA: FIANZA:** *No pueden compensarse la cantidad que el arrendatario debe al arrendador por impago de la renta con la que entregó el primero al segundo como fianza, pues esta segunda cantidad sólo se deberá entregar cuando venza el plazo del arriendo, sin prorrogarse, y se acredite que no existen en la cosa arrendada los daños a cuyo abono está afecta, por la cual no se cumplen los requisitos tercero (deuda vencida) y cuarto (líquida y exigible) del artículo 1.196 del Código civil. [Sentencia 16 abril 1957: No ha lugar.]*

10. **NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES:** *La novación es el cambio o sustitución de una relación obligatoria con el ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera.*

NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES: EFICACIA EXTINTIVA Y MODIFICATIVA: *La novación, comprendida por el Código civil entre los modos de extinción de las obligaciones ofrece la singularidad de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su efecto propio es variarla, modificarla o sustituirla por otra. El efecto de la novación es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia.*

NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES: VOLUNTAD DE NOVAR: EXPRESIÓN: *No es preciso que la voluntad de novar conste de modo terminante en el caso de incompatibilidad entre dos obligaciones.*

GESTIÓN DE NEGOCIOS: NATURALEZA Y FUNDAMENTO: DIFERENCIA CON EL MANDATO: *Concebida la gestión de negocios como una obligación real que nace «ex negotio gesto» y fundada no sobre un consentimiento presunto, sino sobre el hecho mismo de gestionar negocios de otro, según los requisitos previstos por la ley, no puede establecerse, en cuanto a sus efectos, ninguna ecuación jurídica con el mandato.*

GESTIÓN DE NEGOCIOS Y MANDATO: DIFERENCIA: *El punto de origen de las respectivas obligaciones es opuesto esencialmente, por ser en la gestión el hecho de actuar «utiliter» y «diligenter» y en el mandato la voluntad contractual de las partes que hace que pueda el mandatario ser responsable no administrando el negocio.*

GESTIÓN DE NEGOCIOS: REQUISITOS: *Existe gestión verdadera y propia cuando alguno voluntariamente y sin ninguna obligación se inmiscuye y se injiere en negocios de pertinencia ajena, realizando respecto de ellos con ánimo de vincular al dueño, uno o varios actos necesarios o útiles.*

GESTIÓN DE NEGOCIOS: EFECTOS: RATIFICACIÓN: *De la gestión de negocios surgen recíprocos deberes y derechos para el gestor y para el gestionado, que serán los del mandato cuando el dueño ratifica la gestión.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: *El artículo 156 del C. de C. distingue la responsabilidad de los administradores frente a terceros, que se rige por las reglas del mandato, y la responsabilidad interna que se limita a la infracción de las Leyes y Estatutos de la Compañía.*

nia y a la contravención de los acuerdos legítimos de sus juntas generales, cuando irrogaren perjuicios.

SOCIEDADES ANÓNIMAS: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: *Según el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, los administradores responden frente a la sociedad, accionistas y acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. [Sentencia 9 abril 1957.]*

Los antecedentes de esta extensa Sentencia, que aparecen recogidos en el primero de sus considerandos, pueden resumirse así:

En 20 de diciembre de 1934 se suscribió un contrato de suministro de energía eléctrica entre la Sociedad S. de C. y la Sociedad E. I. A., con arreglo a las bases siguientes: 1.º La energía a suministrar sería la que, en virtud del acuerdo convenido entre las dos Sociedades contratantes y la Sociedad H. I., recibiera esta última en B. de S. del C. y entregara a E. I. A. en S. 2.º S. del C. se comprometía a entregar a H. I. en B. toda la energía de que pudiera disponer después de realizar los suministros a los clientes de las zonas que tenía reservadas. 3.º Se establecía un precio mensual variable en función del precio del sulfato amónico. 4.º E. I. A. se comprometía a hacer un consumo anual de 140.000 pesetas, siempre que S. del C. pusiera a su disposición una cantidad mínima de energía. 5.º La energía absorbida por E. I. A. sería medida en S. a la tensión de once mil voltios. 6.º El contrato tendría de duración diez años, prorrogándose por la tácita, interin cualquiera de las partes no avisara a la otra de su resolución de cancelario con seis meses de anticipación. Entraría en vigor tres meses después de la fecha de la aprobación del convenio de S. del C. con sus obligacionistas.

El 9 de julio de 1935 se dictó auto por el Juzgado número 20 de Madrid, publicado en la *Gaceta* del día 27, aprobando el convenio entre la S. A. S. del C. con sus obligacionistas. Por carta de 2 de octubre de 1935, C. del C. hizo constar a E. I. A. que el convenio con sus obligacionistas no había sido objeto de impugnación, encontrándose desde el 3 de septiembre firme y en vigor.

Por escritura pública de 1.º de febrero de 1936 se celebró un convenio entre H. I., y S. del C., con intervención de las Sociedades E. I. A., H. del D. y E. del V., comprometiéndose H. I. a permitir el paso por sus líneas de la fuerza que S. del C. había de suministrar a E. I. A.

En 5 de diciembre de 1942, S. del C. se dirigió a E. I. A. en relación con la puesta en aplicación del contrato suscrito, suspendida por diversas razones, entre otras la guerra civil, señalándoles como principios de acuerdo: 1.º Que dicho contrato terminaría el 3 de diciembre de 1945, o sea, a los diez años de la fecha que correspondía de acuerdo con lo estipulado en la base sexta. 2.º Que el precio sería el máximo de la escala contenida en la base tercera, o sea, de cuatro céntimos y medio en kilovatio hora. 3.º Que estas aclaraciones deberían ser aprobadas por los respectivos Consejos de Administración.

En 17 de diciembre de 1942, E. I. A. se dirigió a S. del C. dando su conformidad a aquella propuesta e indicando se pusiera también en vigor el contrato celebrado con H. I., H. del D. y E. del V.: El Consejo de Administración de S. del C., en sesión celebrada el día 19 de diciembre de 1942, aprobó la

puesta en vigor del contrato con E. I. A. y la entrada en vigor del contrato con H. I.

En 12 de febrero de 1946, S. del C. formuló la demanda base de estos autos, reclamando: 1.º Que se declarase que E. I. A. estaba obligada al cumplimiento del contrato de 20 de diciembre de 1934, en tanto ni se avisara su resolución de terminarlo con seis meses de anticipación. 2.º Condenando a E. I. A. a pagar a S. del C. 6.553.623,49 pesetas en cumplimiento del contrato, más el importe del fluido consumido o debido consumir desde 3 de diciembre de 1945 hasta el momento del pago, con intereses legales y costas. 3.º Subsidiariamente, al pago de las mismas cantidades como indemnización. 4.º Subsidiariamente, condenar al Banco U. al pago de dichas cantidades como indemnización por los daños causados durante su gestión en S. del C., como tenedor de las acciones de don E. G. 5.º Subsidiariamente, condenar a don F. B. V., don J. L. G. J., don F. M. L., don L. G. E. y don A. G. D. C., al pago de dichas cantidades como indemnización de los daños y perjuicios producidos durante su gestión como consejeros de S. del C.

El Juez de primera instancia estimó en parte la demanda interpuesta contra E. I. A., desestimándola en cuanto a los demás demandados y declaró el derecho de S. del C. a percibir de E. I. A. el precio de la energía recibida desde el día 19 de diciembre de 1942 hasta el 3 de diciembre de 1945, a cuatro céntimos el kilovatio, desestimando la demanda en cuanto al resto.

Confirmado este fallo por la Audiencia, S. del C. interpuso recurso de casación que fué desestimado por el Tribunal Supremo por los fundamentos que más arriba se recogen. (L. D. P.)

11. **CONTRATOS: INTERPRETACIÓN:** *Viola los artículos 1.281 y 1.282 la sentencia que interpreta erróneamente un contrato en cuanto a su tenor literal e intención de los contratantes y al no tomar en consideración los actos coetáneos y posteriores de las partes. [Sentencia 9 junio 1957.]*

12. **INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS:** *La naturaleza de un contrato, su alcance y eficacia jurídica se hallan determinadas por las condiciones esenciales de su validez y el conjunto armónicamente examinado de las estipulaciones que lo integran, valoradas e interpretadas según el sentido natural y lógico de sus cláusulas y su finalidad, a menos que fuesen oscuras o dudosas o que de modo evidente se acreditare y apreciare demostrado que fué distinta la intención de los contratantes a la que expone el contrato.*

NATURALEZA JURÍDICA: *La convención pactada de que el vendedor continuaría en posesión de las fincas vendidas hasta el cumplimiento de la condición resolutoria no impide calificar el contrato de compraventa con pacto de retro, pues tal cláusula no altera su naturaleza jurídica ni faculta para estimar que se trata de un préstamo.*

CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTOS Y HERMANDADES SINDICALES: *No revisten el carácter de auténticos a efectos de casación porque los funcionarios que los expiden no reúnen condiciones téc-*

nicas para valorar las fincas ni están investidos de funciones específicas para tal cometido. [Sentencia 23 marzo 1957: No ha lugar.]

13. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La calificación que corresponde a los contratos y a sus cláusulas no es siempre la que los contratantes les dan, sino la que por la naturaleza de sus estipulaciones merecen.* [Sentencia 5 junio 1957.]

14. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Los Tribunales conforme a la realidad de los hechos y los términos de lo estipulado, calificarán la clase de contrato de que se trata.* [Sentencia 28 septiembre 1957: No ha lugar.]

15. CONTRATOS: OBLIGATORIEDAD: PRINCIPIO «PACTA SUNT SERVANDA»: *Es doctrina general que las obligaciones contraídas por las partes, si no son contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público, han de hacerse efectivas a tenor de los pactos, cláusulas y condiciones establecidos, debiéndose respetar, así como las consecuencias que, conforme a la buena fe, al uso y a la ley, de ellos se desprendan, por el acatamiento que ha de prestarse a lo convenido y ser norma universalmente reconocida y proclamada en el principio de derecho «pacta sunt servanda».*

CONTRATOS: INTERPRETACIÓN: *La intención debe prevalecer sobre los términos empleados, cuando aquélla es clara.*

16. JUEGO Y APUESTA: PRESCRIPCIONES DEL PATRONATO DE APUESTAS MUTUAS DEPORTIVAS BENÉFICAS: *Aun reconociendo que en las reglas dictadas por el Patronato citado, para «cuidar la organización a fin de que el servicio sea perfecto», dirigidas a las Delegaciones provinciales, se contienen determinadas prescripciones, no consta que éstas hayan tenido la debida publicidad para que lleguen a conocimiento de los interesados, debiendo entenderse que su aceptación ha sido en trámite de adhesión y no por previa contratación, lo que les priva de la fuerza de obligar que a éstas pertenece.* [Sentencia 25 septiembre 1957.]

El acertante de un boleto de apuestas de fútbol, cuyo duplicado se había extraviado, reclamó el importe del premio. El Patronato de Apuestas se opuso alegando las normas ocho y dieciocho de las apuestas, según las cuales «los boletines constarán de dos partes iguales, una para ser remitida a las oficinas del Patronato, que será la que se escrute, y otra que conservará en su poder el concurrente a efectos de recordatorio y cobro de premios y reclamaciones en su caso» y que «los premios se pagarán por las respectivas Delegaciones del Patronato a partir del día siguiente al de la publicación de los datos definitivos de acuerdo con ellos y las órdenes del Patronato y únicamente contra la presentación de la parte de boleto que quede en poder del interesado previa justificación de la personalidad y domicilio del tenedor, si en algún caso extraordinario del Patronato lo creyese preciso».

El Juzgado de primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda del jugador. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso del Patronato.

Además de los razonamientos ya resumidos, dice el Tribunal Supremo:

1.º Que a pesar de indicarse en la norma octava que la parte del boleto que conserve en su poder, el concurrente servirá para «el cobro de premios y reclamaciones en su caso», y añadir la décimo octava que los premios se pagarán «únicamente» contra su presentación, se agrega después que dicho pago tendrá lugar «previa justificación de la personalidad y domicilio del tenedor del boleto, si en algún caso extraordinario el Patronato lo creyera oportuno», adición ésta que prevé los casos varios, de incidencias que pudieran ocurrir en el abono, a las que ya el Reglamento provisional, aprobado por Orden de 4 de diciembre de 1951 se refiere, al encomendar a su consejo de administración, en su número 18 del artículo 7.º, la interpretación de disposiciones y la resolución de cuestiones que puedan suscitarse en su aplicación.

2.º Que esta adición que ya prevé que el expresado boleto, que el jugador debe conservar en su poder, no constituye por sí título suficiente para el cobro del premio, por la facultad que concede al Patronato para solicitar que el ganador justifique su personalidad, envuelve también la potestad para el acertante de que, en casos como el que discute, pueda por otros medios acreditar, tanto el haber sido poseedor del boleto, como el hecho de su extravío, en demostración de su derecho para el percibo de la ganancia alcanzada.

17. LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM» EN CATALUÑA: VALORACIÓN EN FINCA RETRAÍDA POR INQUILINO: *La acción rescisoria «engany de mitges» y la acción anulatoria del contrato transmisorio de finca arrendada por ser excesivo el precio figurado (art. 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) actúan en campos de derecho distintos, que no es lícito asimilar, ni por lo mismo está permitido aplicar a una de estas acciones normas de derecho que invadan la esfera peculiar de la otra. [Sentencia 9 abril 1957: Ha lugar.]*

1.—A. propietario de una finca urbana, la vende a B. El inquilino C ejercita el retracto y se subroga en la posición de B. Pero A ejercita contra B y el retrayente C la acción de lesión «ultradimidum». Este se opone alegando que vendida la casa en 12.000 pesetas, precio no inferior a la mitad del que resulta de capitalizar el alquiler con arreglo al artículo 67 de la L. A. U. no puede prosperar la acción, tesis que acoge la Audiencia. El Tribunal Supremo da lugar al recurso.

2.—La acción de lesión «ultra dimidium» se rige por las normas del Derecho Canónico (capítulos 3.º y 6.º, título 17, libro 3.º de las Decretales) y del Derecho Romano (leyes 2.ª y 8.ª, título 44 del libro 4.º del Codex), que disponen será lesivo el precio que no cubra siquiera la mitad del *precio justo o verdadero*, lo que significa que las cosas valen lo que normalmente se les asigne en el mercado al tiempo de su enajenación, y por ello esta norma valorativa no puede ser abandonada ni sustituida por la establecida en el artículo 67 de la Ley.

18. CONTRATO ATÍPICO Y COMPLEJO: *La entrega de terreno y edificio para construir otro edificio de mucho más valor para que se usen y disfruten uno y otro, no constituye la entrega exigida por los artículos 1.542 y 1.554*

del Código civil para el contrato de arrendamiento. Dicha entrega será objeto de un contrato atípico y complejo, no previsto ni protegido por la legislación especial de arrendamientos, según se ha manifestado en reiterada jurisprudencia.

CONTRATOS: SUBROGACIÓN PERSONAL: La subrogación personal no extingue el contrato de origen, sólo lo modifica. [Sentencia 4 mayo 1957.]

19. **PRECONTRATO: NATURALEZA JURÍDICA:** El precontrato es una convención por la cual dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro un determinado contrato que en el momento de celebrar esa convención no quiere o no pueden celebrar como definitivo.

SOCIEDAD CIVIL: COMIENZO DE SU VIGENCIA: No obstante lo dispuesto en el artículo 1.679 del Código civil, nada impide que el comienzo de vigencia de la sociedad se someta a condición o se aplaze. [Sentencia 23 abril 1957.]

20. **COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA: DISTINCIÓN:** No hay promesa de venta, sino compraventa, cuando existió una completa coincidencia de voluntades entre comprador y vendedor para perfeccionar en aquel momento el contrato, sin necesidad de una nueva concurrencia de voluntades para llevarla a cabo más tarde.

CONTRATOS MERCANTILES: PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS EN QUE INTERVIENE AGENTE O CORREDOR: El artículo 55 del C. de c. no es aplicable al caso en que el Agente o Corredor de Comercio interviene únicamente en su función de fedatario para formalizar lo que han dejado concertado las partes, sino al caso en que la intervención es anterior al convenio en su misión comercial de poner en contacto a las partes.

CONTRATOS MERCANTILES: SOLEMNIDADES: COMPRAVENTA DE TÍTULOS AL PORTADOR: DECRETO DE 19-IX-1936: El artículo 52 del C. de c., que niega validez y acción a los contratos que no reúnan las solemnidades o formas necesarias, no es obstáculo para que las partes que han perfeccionado un contrato consensual se construyan a dar forma legal y eficacia a lo que tenían convenido. La redacción del Decreto de 19-IX-1936 abona esta doctrina, ya que, dictado para seguridad de la propiedad y de las transacciones, no alcanza a los requisitos esenciales de existencia del contrato.

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: La incongruencia de una sentencia no permite la casación, cuando la sentencia que habría de dictarse tras la casación no pueda revocar en ese punto lo recurrido por no haber sido objeto de impugnación por la parte a quien perjudicó y haber ganado firmeza con arreglo al artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 13 abril 1957.]

21. **COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA:** No pueden equipararse la promesa bilateral de comprar y vender y el contrato definitivo de compraventa.

COMPRAVENTA: RETENCIÓN DE PARTE DEL PRECIO: OBLIGACIÓN DE CANCELAR HIPOTECAS: La retención de parte del precio por el comprador para pagar

las deudas hipotecarias del vendedor no entraña necesariamente la obligación de cancelar las hipotecas. [Sentencia 25 marzo 1957.]

OBSERVACIONES.—El tema de la distinción entre compraventa y promesa de venta lo plantea la Sentencia, dejando previamente sentado que su solución carece de trascendencia para la decisión del litigio: «que aun cuando sin trascendencia en este litigio discrepan también las partes contendientes respecto a si el discutido contrato es sólo de promesa de venta, como se le denomina en la escritura pública en que se convino y reiteradamente en la demanda, o se trata de una venta definitiva», dice al comienzo de su ségundo considerando.

Sin embargo, aun tratándose de un *obiter dicta*, puede tener la cuestión alguna trascendencia teórica que quizá convenga analizar someramente.

La Sentencia afirma, reiterando doctrina, que «no puede estimarse que exista una asimilación absoluta entre la promesa bilateral de comprar y vender y la propia compraventa». La primera razón de esta distinción es la voluntad de los contratantes: la que por sí sola exige distinguir del contrato definitivo la mera promesa, cuando pueda probarse que aquéllos al pretender comprar o vender, quisieron excluir los efectos de la compra actual. La segunda razón es de exégesis legal: al regular el párrafo segundo del artículo 1451 del C. c. los efectos de la promesa de venta en caso de imposibilidad de su cumplimiento, «no dispone que se apliquen las normas señaladas para esos casos en la compraventa, sino las generales relativas a las obligaciones y contratos, sin seguir un criterio de equiparación e identidad entre uno y otro caso».

Hasta aquí se reitera toda una línea jurisprudencial muy constante (Sentencias 11 de noviembre 1943, 28 marzo 1944, 15 marzo 1945, 19 octubre 1946, 26 octubre 1946, 13 febrero 1953, 6 marzo 1954), aunque en algún momento pareciera dejar de ser uniforme (vid. Sentencia de 1 julio 1950) y haya sido doctrinalmente discutida (Vid. CASTRO, «La promesa de contrato», Anuario III, 4, 1950, pág. 1133; CALVILLO, «Promesa bilateral de comprar y vender», Rev. Gral. Leg. y Jur., 21, 1951, pág. 580; SÁNCHEZ VELASCO, «Contrato de promesa y promesa de contrato», Anales Ac. Matr. del Notariado, VI, 1952, pág. 491). No vamos a discutir este tema aunque haya en él materia de discusión. Pero, aun aceptando en su totalidad esta doctrina, algunas de las afirmaciones de la Sentencia anotada precisan algún análisis.

La Sentencia que anotamos dice textualmente que «en el caso discutido en este juicio no puede ofrecer duda que el contrato de que se trata era sólo de promesa de venta, pues si bien al celebrarlo se entregó por la compradora el precio convenido y simultáneamente entró en posesión del inmueble, como esta posesión no se le dió en concepto de dueña, no se le transmitió la propiedad de la finca que entraba a poseer, consignándose expresamente en el documento notarial en que se hizo constar este contrato, que la escritura de enajenación por la que la futura compradora entraría en posesión como dueña adquiriendo el pleno dominio del inmueble, e inscribiéndole entonces a su nombre en el Registro de la Propiedad, se otorgaría cuando legalmente fuera posible».

«No puede ofrecer duda —dice la Sentencia— que el contrato de que se trata era sólo de promesa de venta». Pues bien, modestamente entendemos que puede ofrecer duda. Admitamos la diferencia entre compraventa y promesa de venta. Por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 del C. c.). Por la promesa de venta, las partes se obligan solamente a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar posteriormente la compraventa (Sentencia 6 marzo de 1954). En la promesa el contenido obligacional es sólo la prestación de un consentimiento. Siendo esto así, ¿cómo se explica una promesa de venta con pago inmediato del precio y entrada en posesión de la cosa, si bien no a título de dueño? El pago del precio sólo puede tener su causa en el contrato de compraventa, lo mismo que la

adquisición de la posesión. El hecho de que la adquisición del dominio se difiera para un momento posterior —cuando legalmente pudiera otorgarse la escritura de enajenación—, punto en que la Sentencia anotada parece colocar el centro de gravedad de su calificación, nada significa, pues la adquisición del dominio no es un requisito de la compraventa, sino precisamente un efecto de ésta.

En este sentido la Sentencia de 6 de marzo de 1954, que admitía también la distinción entre promesa y compraventa, dijo que entregadas las fincas al adquirente y pagado por éste parte del precio, el contrato era de compraventa y no de promesa. No deja de existir una cierta contradicción entre ambas sentencias.

El segundo punto, cardinal para el litigio, —obligación de cancelar hipoteca— se plantea en materia de interpretación de contratos. La compradora retuvo parte del precio para pagar a un acreedor hipotecario del vendedor, lo que cumplió íntegramente. En juicio de revisión el acreedor hipotecario obtuvo sentencia a su favor declarando revisables los pagos recibidos y, por tanto, subsistentes las hipotecas. Se discutía si la compradora asumió la obligación de cancelar las hipotecas o simplemente la de destinar al pago de las deudas la parte del precio retenida. El T. S., casando la Sentencia recurrida, por infracción de los artículos 1,281, 1,282 y 1,285 del C. c., acoge esta última solución. (L. D. P.)

22. CONTRATO DE OPCIÓN: PLAZO: [Véase Sentencia 10 abril 1957 (I. 16).]

23. CONTRATO DE OPCIÓN: OPCIÓN DE COMPRA Y OPCIÓN DE VENTA: *Pactado que el actor, arrendatario, se comprometía y quedaba obligado a comprar las fincas y derechos objeto del arrendamiento, por precio determinado, manteniendo su ofrecimiento hasta la terminación del arriendo, antes de cuya fecha podía el otro contratante aceptar la compra, lo que se crea no es un derecho de opción de compra a favor del arrendatario, sino una opción de venta a favor del dueño.* [Sentencia 28 marzo 1957.]

24. CONTRATO DE COMPRAVENTA: CONTRATO ALEATORIO: CONTRATO ATÍPICO: *La sola lectura del contrato no permite duda racional de que por obra de él uno de los contratantes se obligó a entregar una cosa determinada (todos los aprovechamientos de la naturaleza que se indica que pudiera haber en los montes que se expresaban), a cambio de un precio y globalmente fijado. Y ni la circunstancia de que los productos vendidos en firme se obtuviesen en cantidad mayor o menor, ni la de que las corias y aprovechamientos tuviesen que ser fiscalizados por los Organismos competentes, suponen un alea en el contrato mismo, ni permiten calificar de atípico el que inequívocamente responde a la figura conocidísima y bien determinada de la compraventa.*

SANEAMIENTO: EVICCIÓN: *Aunque para que el saneamiento por evicción se produzca es necesario que se prive al comprador por sentencia firme de la cosa adquirida, al ser desestimada la pretensión de los compradores previo el oportuno expediente que culminó con una orden de la Dirección General de Montes, es acertada la resolución que otorga a los compradores la facultad de reclamar por evicción, sin incurrir en el extravío de interpretar el precepto aplicable como una invitación a mantener recursos temerarios y faltos de fundamento o a promover procedimientos civiles que, cualquiera que fuese su suerte última, no podrían perseguir la vindicación de un mon-*

te público sin tener en su apoyo un título de que los demandados carecían. [Sentencia 27 mayo 1957: No ha lugar.]

25. COMPRAVENTA: SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: PLAZO DE EJERCICIO DE ACCIONES: ARTÍCULO 1.490 DEL CÓDIGO CIVIL: *Al estimar el Tribunal «a quo» que el término contenido en el citado artículo 1.490 no es de caducidad sino de prescripción, se ha atendido debidamente a la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo.*

CASACIÓN: COMPRAVENTA CIVIL: *Sostenido y justificado en la sentencia de instancia que no se trata de una compra que se pueda calificar de mercantil, sino que es de carácter civil (apreciación del juzgador que no se combate en el recurso en forma alguna), dicho queda que no se han podido violar los artículos del Código de comercio señalados al no ser aplicables.* [Sentencia 27 mayo 1957.]

26. COMPRAVENTA DE PARTICIPACIÓN DE HERENCIA: *Muerto el causante es posible la venta del derecho que en un determinado bien de la herencia pueda corresponder a uno de los herederos. Del artículo 1.271 del Código civil que permite la venta de cosas futuras, y del 1.067, que permite la venta del derecho hereditario se desprende la licitud del objeto de la venta que recae sobre el derecho hereditario en abstracto o con vocación a un determinado bien de la herencia, porque en este caso se estaría en presencia de un derecho expectante que puede conducir a la adquisición firme y exclusiva total o parcial del derecho de propiedad.* [Sentencia 24 enero 1957: Ha lugar.]

Dice esta interesante sentencia, en su único considerando, que no se puede admitir la afirmación de la sentencia recurrente de que la escritura carecía de eficacia jurídica por falta de objeto del contrato, ya que se había vendido una parte indeterminada de bienes hereditarios, sin que estuviera hecha la partición de la herencia, por lo que a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.068, 1.271 y 1.273 del Código civil, era nula dicha venta. Y no se puede admitir porque al argumentar de esa forma se ha desenfocado el tema planteado, por la demanda sobre acción meramente declarativa y no propiamente reivindicatoria de la adquisición de los derechos hereditario que al demandado pudiera corresponder en un bien de la herencia, no futura, sino ya causada, aunque indivisa, y si bien es cierto que con arreglo al artículo 1.068 del Código civil y la Jurisprudencia, sólo mediante la partición se adquiere la propiedad exclusiva de los bienes en ella adjudicados, no lo es menos que esta doctrina no tiene encaje en el caso de autos, porque no se trata de la venta de un determinado bien de la herencia, sino del derecho hereditario que en ese bien pudiera corresponder al vendedor, y tanto por el 1.271 del Código civil que señala como objeto del contrato las cosas que no están fuera del comercio, incluso las futuras, como por el 1.061 que prevé el supuesto de la venta del derecho hereditario, antes de la partición, claramente está proclamada la licitud del objeto de la venta que recae sobre el derecho hereditario en abstracto o con vocación a un determinado bien de la herencia, porque en todo caso se estaría en presencia de un derecho expectante que puede conducir a la

adquisición firme y exclusiva total o parcial del derecho de propiedad, y esta posibilidad referida a la futura partición, no puede ser desconocida como la desconoce el juzgador de instancia al estimar en definitiva la nulidad de la venta estipulada».

En todo caso no puede ignorarse una realidad; si antes de la partición un heredero vende su «derecho hereditario» sobre una de las fincas de la herencia, lo más probable es que haya sufrido dos errores: uno creer que vendía una cuota concreta de la finca; otro, creer que él tenía la titularidad de tal cuota concreta.

27. **CESIÓN DE CRÉDITOS EN CATALUÑA: CONSTITUCIÓN «PER DIVERSAS»: INTERPRETACIÓN:** *Promulgada para evitar el agio moralmente inadmisibles de acciones adquiridas a bajo precio con objeto de obtener del deudor su valor real, esta Ley no puede interpretarse de un modo extensivo, siendo sólo aplicable en aquellos casos en que de lo cedido, por tratarse de cosa puesta en litigio como en esa Ley se previene o de tal naturaleza que la eficacia de su adquisición ofrezca grandes dificultades, hay que presumir el propósito en el adquirente de lograr una ganancia extraordinaria y desproporcionada.* [Sentencia 17 mayo 1957: No ha lugar.]

28. **COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO: PRÉSTAMO DISIMULADO:** *En nuestro Derecho, con arreglo al artículo 1.281 del Código civil se mantiene el principio que da preferencia a la voluntad real sobre la declarada y del resultado de la prueba prácticamente resulta inequívocamente que lo pactado por los contratantes fué un préstamo disimulado bajo la forma de compraventa.* [Sentencia 8 marzo 1957: No ha lugar.]

29. **COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO: TRADITIO EN DOCUMENTO PRIVADO:** *Un documento privado que contiene un contrato de compraventa, no acredita por sí solo la tradición de la cosa vendida, porque la presunción de la tradición fingida sólo es circunstancia del otorgamiento de la escritura pública conforme al artículo 1.461-2.º del Código civil.*

PRESUNCIÓN DE TRADICIÓN EN DOCUMENTO PRIVADO: *Tiene lugar la tradición cuando se ha consignado de modo expreso en el documento que el vendedor transfiere la propiedad al comprador y recibe de éste la finca vendida en arrendamiento, pues ello no deja lugar a dudas que mediante el documento privado el comprador hizo suya la cosa, pero en el acto la posesión de la misma al vendedor ya arrendatario.* [Sentencia 12 abril 1957: No ha lugar.]

30. **RETRACTOS DE COLINDANTES: CÓMPUTO DEL PLAZO:** *Se empieza a contar desde el día siguiente de la fecha de inscripción de la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad.* [Sentencia 15 diciembre 1956: Ha lugar.]

31. **RETRACTOS DE COLINDANTES: TÍTULO DEL RETRATANTE:** *No es título suficiente para poder ejercitar el derecho de retracto una declaración jurada por la que los herederos del causante manifiestan que pertenecía a este*

último la finca colindante a la que se pretende retraer. [Sentencia 28 febrero 1957: Ha lugar.]

32. RETRACTO DE COLINDANTES: CUALIDAD DE PROPIETARIO: *No se hallan legitimados para ejercitar el retracto por no ser suficiente el título invocado, aquellos que fundamentan su derecho en una institución hereditaria alternativa en su favor y de otra persona, siendo desconocida cuál es la situación actual por no haber sido aceptada la herencia.* [Sentencia 4 abril 1957: Ha lugar.]

33. DONACIÓN: PRESUNCIÓN: *Al no poder deducirse de la resultancia del pleito la existencia de vínculo alguno jurídico-económico entre la señorita O. y el señor B., no cabe presumir según las reglas del criterio humano, del hecho probado de la sustitución en la escritura de la persona del comprador señor B. (ya realmente dueño de la finca por el contrato privado anterior), por la señorita O., otra cosa que una transferencia gratuita del dominio de la finca aludida que constituye una auténtica donación.*

DONACIÓN ENCUBIERTA: FORMA: *Los requisitos que exige el artículo 633 del Código civil en relación con el 630 son esenciales para la validez de la donación, habiendo declarado la jurisprudencia con reiteración casi unánime, que es necesario el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley, el cual ha de ser especialmente exigido con rigor cuando se trata de donaciones encubiertas.* [Sentencia 5 octubre 1957.]

¿Es correcta esta presunción? ¿Por qué no pensar que B era un agente? El artículo 1.257 exige para que sean apreciadas las presunciones que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Es cierto, por otra parte, que el Tribunal Supremo en materia de simulación y subarriendo interpreta las condiciones de la presunción con menos rigor.

34. DONACIÓN EN DERECHO NAVARRO: REVOCABILIDAD: *Las normas de derecho romano, en principio, y a salvo donaciones por razón de matrimonio, han proclamado la revocabilidad por ingratitud y por incumplimientos de la condición o el modo a cargo del donatario.*

DONACIÓN EN DERECHO NAVARRO: INCUMPLIMIENTO DE CARGAS: CULPA: *Para poer eximirse de la obligación contraída, la donataria debió probar que no cumplió por causa imputable a la donante, o debida a caso fortuito o a la intervención de tercera persona.*

DONACIÓN UNIVERSAL EN NAVARRA: «CLÁUSULA DE DISCORDIAS»: *No cabe apreciar vulneración de la cláusula tercera de la escritura de donación por la que se estableció que si entre donante y donataria surgiesen discordias que hiciesen imposible la vida en común, saldría la donataria de la casa y compañía de la donante, quedando reducida la liberalidad a la propiedad nuda de lo donado, cuando no resulta procesalmente exacto que la discordia prevista se haya producido, sino que, al contrario, es hecho probado en la instancia que la donataria no vivió nunca con la donante, ni por ello le prestó el auxilio a que venía obligada.*

DONACIÓN: ACCIÓN DE RENOVACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS: CUÁNDO MISIBILIDAD: Tanto en la legislación romana, como en nuestro derecho y jurisprudencia, se proclama la intransmisibilidad de la acción partiendo de la supuesta de que la donante haya podido ejercitarla y no la ejercitó, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar.

DONACIÓN: ACCIÓN DE RENOVACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS: CUÁNDO ES TRANSMISIBLE: Probado que la donante quiso revocar la donación por incumplimiento de la carga impuesta a la donataria (según lo hizo ver reiteradamente en su testamento, en notificación notarial y en la conciliación promovida como acto preparatorio de una contienda judicial cuya demanda no se llegó a formular por su fallecimiento), resulta patente no sólo el propósito de revocar la donación, sino también la imposibilidad de poner en ejercicio la acción revocatoria, lo que en la esfera del derecho se traduce en el mantenimiento de una acción potencialmente viva y susceptible de transmisión hereditaria. [Sentencia 16 mayo 1957: No ha lugar.]

35. ARRENDAMIENTO URBANO: NUEVO CONTRATO: CONSENTIMIENTO: El consentimiento para que pueda estimarse prestado como declaración de voluntad, aunque sea tácita, requiere actos concluyentes e inequívocos, y en este sentido el seguir cobrando la renta dictada sentencia firme de desahucio, no puede tener esa significación, ya que el arrendatario viene obligado a abonarla hasta tanto no sea desalojado del local arrendado. [Sentencia 9 febrero 1957: No ha lugar.]

36. ARRENDAMIENTO DEPARTAMENTO DE UN MERCADO: ARRENDADOR CONCESIONARIO DEL AYUNTAMIENTO: REDUCCIÓN DE RENTAS A LA DECLARADA A LA HACIENDA: NATURALEZA ADMINISTRATIVA: La LAU rige las relaciones de orden civil que puedan surgir del contrato de arrendamiento, pero no las de naturaleza administrativa como las derivadas del arriendo de un departamento en un mercado municipal en que el arrendador es concesionario del Ayuntamiento.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: La facultad concedida al juez por el artículo 64 L. e. c. corresponde también a las Audiencias y al Tribunal Supremo al conocer de las actuaciones en virtud de los recursos de apelación o de casación. [Sentencia 10 junio 1957: Ha lugar.]

ANTECEDENTES: En 1.^a instancia se estimó la demanda de reducción de la renta a la declarada a efectos fiscales, y en apelación se confirmó en parte la sentencia del juez. El demandado-arrendador alega en el primer motivo del recurso la incompetencia de jurisdicción por tratarse de una cuestión administrativa, ya que el arrendamiento otorgado por el concesionario puede considerarse como una subconcesión derivada directamente de la concesión administrativa y sometido a sus mismas normas.

37. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDATARIO DE UNA OBLIGACIÓN ESTIPULADA EN EL CONTRATO: El incumplimiento por el arrendamiento de una cláusula estipulada en el contrato da derecho a la arrendadora para resolverlo. [Sentencia 5 octubre 1956: No ha lugar.]

38. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: CUESTIONES QUE EXCEDEN DEL RÉGIMEN ESPECIAL: *Las cuestiones relativas al nacimiento, eficacia y extinción de los contratos, su ratificación o revocación, exceden de LAU y deben tramitarse y resolverse conforme a las leyes procesales y sustantivas comunes; así sucede con la existencia del arrendamiento por extralimitación del mandatario, si bien el contrato debe considerarse subsistente en todas sus cláusulas hasta tanto no se declare en debida forma su inexistencia.*

RENUNCIA POR EL ARRENDATARIO DE BENEFICIOS DE LAU: NO COMPRENDE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DEL ARTÍCULO 133: *Es válida la renuncia por el arrendatario de local a una parte del precio del traspaso en caso de ejercicio del tanteo por el arrendador, y la obligación de abonar el arbitrio municipal de alcantarillado y la contribución urbana; pero la renuncia en general a todos los beneficios no cabe extenderla al que establece el artículo 133 LAU derogada.*

COSTAS EN APELACIÓN: *La Audiencia al rechazar los pedimentos de la demanda debió condenar al pago de las costas de 1.ª instancia a la parte actora. [Sentencia 14 junio 1957: Ha lugar.]*

39. ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR: PATIO: LEGISLACIÓN APLICABLE: *Si lo que se arrendó fué un trozo de terreno que en aquel momento era parte integrante o complemento de una vivienda, concretamente un patio o jardín enclavado entre edificios limítrofes, sin acceso directo al exterior y en comunicación directa con una casa habitación a la que pertenecía como elemento accesorio, y por el destino previsto en el contrato se transformó en local de negocio cinematográfico, con duración pactada de más de dos años, es indudable que se trata de un contrato regulado en la LAU, como comprendido en los artículos 1.º y 6.º en relación con el 13, y no ante un arrendamiento de solar regulado en la legislación común. [Sentencia 23 enero 1957: Ha lugar.]*

40. ARRENDAMIENTO DE NEGOCIO DE ESPECTÁCULOS: CLÁUSULA CONTRACTUAL PROHIBITIVA DE ESPECTÁCULOS INMORALES: CALIFICACIÓN DE LOS MISMOS: *La entrada de menores en el local, no obstante exhibirse películas calificadas como no aptas para ellos, no constituye una infracción contractual, toda vez que la prohibición establecida se refiere al espectáculo en sí mismo y no con relación a la edad de los concurrentes. [Sentencia 17 abril 1957: No ha lugar.]*

A. En el contrato de arrendamiento de un negocio de representaciones cinematográficas, se estipuló que el arrendatario no podría exhibir «espectáculos inmorales». La entidad arrendadora solicitó el desahucio, alegando, entre otros fundamentos, que con asistencia de menores fueron representadas películas calificadas administrativamente como «no aptas» para ellos. La demanda fué rechazada por los Tribunales de grado inferior, lo que motivó recurso de casación, desestimado por el Tribunal Supremo sobre la base, entre otros Considerandos, del siguiente:

Considerando: Que el segundo motivo y también con base en el núme-

ro 1.º del artículo 1.691, de la Ley procesal se acusa violación del artículo 1.569, causa tercera del Código civil., por haberse infringido la cláusula séptima del contrato de arrendamiento que prohíbe al arrendatario la representación de espectáculos inmorales, aludiendo que se ha tolerado la entrada en el local de menores, no obstante exhibirse películas calificadas como no aptas para ellos, infracción contractual que no puede admitirse, toda vez que la prohibición establecida se refiere al espectáculo en sí mismo y no con relación a la edad de los concurrentes, que podrá hacer incurrir al infractor en una sanción gubernativa, pero sin otro alcance, tampoco pretendido por los contratantes, dados los términos en que está redactada la cláusula que se reputa infringida, razones que hacen procedente la desestimación de este motivo y del recurso.

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: DERECHO DE RETRACTO: *No cabe ejercitar el derecho de retracto sobre una cuadra destinada a albergue de mulos, porque no constituye un local de negocio, establecimiento abierto al público en donde se ejerce una actividad de comercio, industria o enseñanza con fin lucrativo, según la definición del artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.* [Sentencia 12 abril 1957: No ha lugar.]

42. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: NOVACIÓN DEL CONTRATO: *Se opera la novación que previene el número 1.º del artículo 1.203 del Código civil al pactarse una nueva renta por las obras de comunicación directa entre un local y una vivienda, por virtud de las cuales forman un solo local de negocio.*

REVISIÓN DE RENTAS: *Estableciéndose una nueva renta en razón a la novación efectuada, no funciona a efectos de los aumentos estipulados el artículo 118 ni el 120 de la Ley, por tratarse de un nuevo contrato estipulado en 1943 sobre local distinto a virtud de la reforma.*

PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA»: *Es viable que el razonamiento del Tribunal Supremo sea distinto del de instancia, pues en virtud del principio «iura novit curia» lo que únicamente vincula y sujeta a los Tribunales es-lando obligados a su absoluto respeto es a los hechos.* [Sentencia 17 junio 1957: No ha lugar.]

43. AUMENTO DE RENTA: ACEPTACIÓN TÁCITA: *No se aplica el artículo 131 L. A. U. cuando el arrendatario no rechaza la elevación propuesta, sino que la acepta tácitamente, pasando el incremento a constituir renta legítima.*

RESOLUCIÓN POR FALTA DE PAGO: FACULTAD DE ENERVAR LA ACCIÓN: *El artículo 161 claramente expone que la acción de resolución por falta de pago queda enervada, ineficaz o privada de sus efectos, en cuanto cualquier persona y en cualquier momento anterior a la notificación de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso, pone a disposición del actor en el Juzgado que de ella conozca el importe de las cantidades en cuya falta de pago se sustenta la demanda.* [Sentencia 22 mayo 1957: Ha lugar.]

44. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: INCREMENTO DE LA RENTA:

No es aplicable la limitación impuesta por el artículo 120 L. A. U. si la cantidad superior que el arrendador percibe fué pactada como compensación al importe de las obras y mejoras realizadas en el local arrendado, sin que la renta de 17 de julio de 1936, se haya incrementado en forma alguna, ya que tal cantidad sólo equivale al interés correspondiente al capital invertido. [Sentencia 18 enero 1957: No ha lugar.]

45. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: INCREMENTOS LEGALES DE RENTA: ACCIÓN REVISORA DEL ARRENDAMIENTO: *El párrafo 2.º del artículo 130 de L. A. U. sólo concede acción revisora de los incrementos legales al inquilino que aguarda silencio en los treinta días consecutivos al siguiente de recibir la notificación de la propuesta de elevación.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *La acción de reducción de renta a la declarada a Hacienda es acumulable a la de revisión de la cuantía de los incrementos legales de renta.*

REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: MORATORIA FISCAL: *No procede la acción de reducción si la declaración fiscal se hizo dentro de plazo según el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954. [Sentencia 29 mayo 1957: No ha lugar.]*

46. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: RENUNCIA TÁCITA: *No constituye renuncia tácita del derecho concedido al arrendatario por el artículo 133 de L. A. U. la aceptación en el contrato de una renta superior a la fiscal declarada. [Sentencia 4 abril 1957: No ha lugar.]*

47. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: EFICACIA DEROGATORIA DE LA LEY DE 1946: *El Decreto de 21 de mayo de 1943 derogado por la ley de A. U. de 1946.*

INCONGRUENCIA: *No existe si en la súplica de la demanda no se pidió el pronunciamiento que ahora se echa de menos.*

REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: MORATORIA FISCAL: EFICACIA RETROACTIVA: *El artículo 1.º del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954 incluye expresamente a los propietarios que hubiesen presentado la declaración a la Hacienda antes de su publicación, sin otra excepción que la correspondiente al inquilino o arrendatario que hubiera iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración. [Sentencia 21 marzo 1957: No ha lugar.]*

La declaración de la renta real es de fecha 13-X-1954 y la demanda se presentó el 31-XII-1954. Véanse en este fascículo de 29 de mayo y 8 de junio de 1957, y observaciones a esta última.

48. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DESTINADO A OFICINA SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A HACIENDA: AMPLIACIÓN DEL PLAZO POR DECRETO-LEY DE 23 DE DICIEMBRE DE 1954: *El trimestre natural para hacer la*

declaración ha sido ampliado para los que se hallasen en descubierto por la moratoria concedida por el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954 que señaló uno nuevo de gracia, hasta el 1.º de abril de 1955.

EFICACIA RETROACTIVA DE LA DECLARACIÓN CONFORME A LA MORATORIA FISCAL: *La moratoria citada concedió efecto retroactivo a las declaraciones fiscales que hubiesen sido presentadas antes de la publicación del Decreto-ley, las cuales habían de surtir plenos efectos fiscales siempre que el inquilino no hubiese iniciado aún el ejercicio de la facultad de novar la renta antes de formalizar la respectiva declaración.*

COSTAS DE LA APELACIÓN: *Deben imponerse al apelante cuyo recurso haya sido desestimado por confirmación plena de la sentencia recurrida. [Sentencia 8 junio 1957: No ha lugar.]*

COMENTARIO: La interpretación que hace esta sentencia del Decreto-ley de 23-XII-1954 nos parece correcta: la declaración a la Hacienda se verifica fuera de plazo, el 13 de diciembre de 1953, y el inquilino presenta la demanda de reducción el 1.º de junio de 1954. Los demandados-propietarios se han beneficiado, por tanto, de la eficacia retroactiva otorgada por el Decreto-ley de 23-XII-1954, a las declaraciones anteriores; como expusimos en nuestro comentario al Decreto-ley, «la retroactividad se opera, ya se encuentre el pleito en primera o en segunda instancia, ya pendiente de recurso de casación» (ADC VIII-2.º, p. 511). Aquí la sentencia de primera instancia es de 6 de septiembre de 1954, y la de apelación de 22 de febrero de 1955. (G. G. C.)

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA: REQUERIMIENTO NOTARIAL: *De conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la L. A. U. (de 1946) desde la manifestación de voluntad del arrendatario de limitar el pago de la renta a la cantidad declarada a la Hacienda, debe entenderse novado el contrato. Efectuado un requerimiento notarial a tal fin, es obvio que la nueva renta había de ser declarada en el momento de formalizarse el requerimiento.*

REVISIÓN DE RENTA: RENUNCIA TÁCITA: *No constituye renuncia a la facultad de revisar, el hecho de continuar satisfaciendo la renta pactada, una vez efectuado el requerimiento notarial.*

REVISIÓN DE RENTA: ERROR EN LA CANTIDAD: *El error «in quantitate», accidental y conocido por el arrendador, carece de eficacia para invalidar la manifestación de voluntad del arrendatario. [Sentencia 3 mayo 1957: Ha lugar.]*

50. ARRENDAMIENTO URBANO: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE COMPRAVENTA POR PRECIO EXCESIVO DE LA TRANSMISIÓN: CADUCIDAD: *Caduca a los sesenta días contados desde la fecha en que se pudo ejercitar la acción de retracto.*

CÓMPUTO DEL PLAZO: *Cuando no haya inscripción en el Registro de la Propiedad se contará el plazo desde el momento en que el actor hubiese tenido conocimiento de aquella, sin que sea necesario para empezar el cómputo que la notificación se haga por conducto notarial, porque sólo es necesario tal requisito en el caso de ser inscribible la transmisión, o*

susceptible de anotación preventiva, circunstancia que no se da en el presente caso.

NOTIFICACIÓN POR DOCUMENTO PRIVADO: *No es obstáculo a su validez que se haga por documento privado unido a otros autos tramitados para desahucio del arrendatario y de los que tuvo conocimiento suficiente el mismo, porque basta que el notificado tenga noticia completa de la venta y sus condiciones para que surta efecto legal, sin perjuicio de su derecho a impugnarla si considera simulado el documento acreditativo de la misma.* [Sentencia 3 abril 1957: No ha lugar.]

51. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO: NATURALEZA:** *A diferencia del retracto que presupone una operación consumada y la entrada de la cosa en el patrimonio del adquirente, en el tanteo el derecho no nace del propósito de vender que es mera oferta obligacional, sino de la existencia de un convenio, condicionado a la potestad del inquilino, a anteponerse en su perfección.* [Sentencia 23 enero 1957: No ha lugar.]

52. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO: NOTIFICACIÓN:** *Es inválida, a los efectos del artículo 63 de la L. A. U., por falta del requisito esencial del precio, la notificación en la que hace constar el precio que se desea obtener, pero no el ofrecido por tercera persona, ya que aquél representa simplemente una oferta sometida a las reglas de las obligaciones.* [Sentencia 13 abril 1957: Ha lugar.]

53. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO: EMBARGO DEL DERECHO DE TRASPASO:** *Embargado el derecho de traspaso y adjudicado a un tercero el local del negocio con sus existencias puede el arrendador ejercitar el derecho de tanteo con la sola manifestación de voluntad en forma fehaciente sin que se requiera que ejercite la acción procesal correspondiente.* [Sentencia 27 febrero 1957: No ha lugar.]

54. **ARRENDAMIENTO URBANOS: DERECHO DE RETRACTO:** *No cabe el ejercicio de este derecho cuando la transmisión se realiza en virtud de un contrato de permuta, ya que los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo lo autorizan en los casos de venta, dación o adjudicación en pago.* [Sentencia 19 diciembre 1956: No ha lugar.]

55. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO: SUBROGACIÓN A PARIENTES:** *Es nula la cesión de vivienda que no reúne los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en su consecuencia «la cesionaria» al no tener el carácter de inquilina no puede ejercitar el retracto.* [Sentencia 28 febrero 1957: No ha lugar.]

56. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: REQUISITOS:** *Es necesario que el retrayente sea arrendatario único de la totalidad de la finca, sin que enerve este juicio, la afirmación hecha a través del pleito que la ocupación de persona extraña es mera tolerancia del inquilino, y no que se trata de otro arrendatario como quedó probado.*

PRESUNCIONES: *La prueba de presunciones que recoge el artículo 1.253 del Código civil descansa en dos principios básicos: la realidad del hecho antecedente, y el raciocinio lógico jurídico para la deducción.* [Sentencia 3 abril 1957: No ha lugar.]

57. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: PLAZO:** *No ejercitado el derecho de tanteo por el inquilino, sólo tiene un plazo de quince días a partir de la notificación de la venta para ejercitar el retracto.* [Sentencia 21 junio 1957: No ha lugar.]

58. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: CÓMPUTO DEL PLAZO:** *Se empieza a contar a partir de la fecha de notificación de la escritura de venta.* [Sentencia 9 febrero 1957: No ha lugar.]

59. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: CÓMPUTO DEL PLAZO:** *Si se solicita por parte del inquilino el préstamo a que hace referencia la Ley de 15 de julio de 1952, el plazo para el ejercicio del retracto será de cuatro meses, pues conforme al artículo 1.º de dicha disposición legal puede pedirse sin distinción tanto para el ejercicio del tanteo como del retracto.* [Sentencia 22 febrero 1957: Ha lugar.]

60. **ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO: TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DE LA CUALIDAD DE ARRENDATARIO:** *La facultad de transmitir mortis causa la cualidad de arrendatario de local de negocio se entiende limitada solamente al primer arrendatario.* [Sentencia 11 mayo 1957.]

... Que procede la desestimación del segundo motivo que, formalizado por interpretación del artículo 73 plantea, como tema único a decidir, el de si éste concede la facultad de transmitir mortis causa la cualidad de arrendatario en la relación arrendaticia de un local de negocio a todo el que la llega a ostentar —tesis impugnativa— o si sólo la otorga al que autorizó el contrato como arrendatario, al arrendatario contractual que dió vida al contrato generador de aquélla relación, es decir, al arrendatario originario, de modo que utilizada por éste queda agotada y deja de existir para su heredero, quien, por no poder adquirir lo inexistente, carece de ella, dubio que el Tribunal «a quo» desvanece aceptando el último de sus términos en base de la doctrina de esta Sala, que, en Sentencias de 25 de noviembre de 1950 y 10 de mayo de 1954, tiene declarado que la Ley no establece expresamente, como sería preciso para poder estimar limitada la libertad de la propiedad en mayor extensión de la que claramente prescribe, que el continuador del arrendatario contractual que extinguido el plazo esencial o constitutivo del arrendamiento en cuanto uso temporal y oneroso de cosa no propia, deja de serlo para convertirse en arrendatario legal por el tiempo de prórroga ex lege, pueda transferir tal uso y condición a su heredero y éste a los suyos hasta el infinito, creando una verdadera vinculación indefinida a favor de los que no son herederos del contratante, porque esta concreta solución que el espíritu de la Ley no autoriza expresamente, tampoco la ampara el texto del citado precepto, pues advenir arrendatario en una relación arrendaticia ya existente, a la que se llega, no es lo mismo que crearla «ex novo», a la que no puede

advenir, porque no preexiste, para utilizar en lo futuro los beneficios que de su existencia esperan lograr sus autores, como no pueden identificarse los conceptos de arrendatario originario y arrendatario derivado o advenido, ni el de contrato de arrendamiento generador de un vínculo o nexo jurídico con la relación jurídica arrendaticia de tracto sucesivo que engendrará, ni una relación arrendaticia impuesta por la Ley aunque con la misma configuración que la pactada, con la coordinadamente generada por acuerdo de las partes que acaba con el término convenido para su duración, pues el transcurso del mismo agota la cantidad de uso objeto del contrato que se queda sin uno de sus elementos esenciales y, por tanto, sin eficacia vinculante, aun viviendo el que lo concertó, quien sólo puede continuar en el uso de la cosa, por imperativo legal, que, si en la ley especial toma la forma de ampliación de la cantidad de uso o del tiempo que le sirve de medida, prórroga, en el Código civil adopta la de un nuevo contrato perfeccionado por una voluntad común manifestada por hechos concluyentes, a consecuencia de la extinción de la anterior contractual de duración estipulada, por lo que sólo puede continuar con las estrictas facultades que la ley otorga al arrendatario contractual y originario sin posibilidad de extenderlas por vía de interpretación a su heredero, arrendatario legal y derivativo, su sucesor en la relación arrendaticia, no contractual, sino impuesta por la ley.

OBSERVACIONES: La doctrina citada se produce al interpretar el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, según el cual «por el mero hecho de la muerte del arrendatario de local de negocio ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero». El Tribunal Supremo entiende que en materia de arrendamientos urbanos de locales de negocio sólo es posible una transmisión mortis causa del primer arrendatario —arrendatario originario o contractual— a su heredero. Pero que éste, una vez convertido en arrendatario, no transmite a los suyos el derecho arrendaticio.

No interesa tanto averiguar la posible exactitud de esta doctrina como su aplicabilidad bajo la vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. El párrafo primero del artículo 60 de ésta conserva, salvo alguna ligera aclaración, el texto del antiguo artículo 73. Y así dice: «Por el hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido». La novedad de la LAU de 1956 ha sido la adición de un tercer párrafo en este artículo 60, conforme al cual, no obstante, lo dispuesto en el párrafo primero, las transmisiones que se causen con posterioridad a la primera, darán derecho al arrendador del local de negocio a elevar la renta en los términos especificados en el artículo 98, número 5. El artículo 60 habla claramente de «transmisiones que se causen con posterioridad a la primera», con lo cual está implícitamente admitiendo la posibilidad de una serie de transmisiones por causa de muerte del derecho arrendaticio.

Sobre el tema general de la sucesión en los arrendamientos, RODRÍGUEZ VALCARLOS, «Sucesión arrendaticia urbana», *Rev. Dd. Proc.*, 4, 1947, pág. 633 y sigs.; FERNÁNDEZ VIVANCOS, «La sucesión mortis causa en materia de arrendamientos», *Rev. Gral. de Derecho*, 86, 1951, pág. 578 y sigs.; FERRANDIS, «Sucesión en los arrendamientos», en este ANUARIO, VII, 2, 1954, pág. 405 y siguientes. (L. D. P.)

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRUBIO PARCIAL: INTERPRETACIÓN LITERAL:
Se ha de estar al sentido literal del número 2 del artículo 76, regla primor-

dial en orden a la interpretación de la norma legal, a no ser que esté en abierta contradicción con el sentido jurídico que informa la ley, y, por tanto, el citado artículo sólo comprende el derribo total de la finca; sin que sea obstáculo la disposición transitoria 18 que prevé el supuesto de demolición parcial, pues se deben estimar como causas de resolución sólo las taxativamente enumeradas en la ley. [Sentencia 25 junio 1957: No ha lugar.]

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: OBLIGACIÓN DE RESERVAR: La obligación de reservar establecida en la sección 2.^a del capítulo VIII, LAU, teniendo en cuenta la correlación que toda la sección contiene entre viviendas y locales de negocio e inquilinos y arrendatarios, ha de ser de reservar una vivienda para cada inquilino, y un local de negocio para cada arrendatario, y no se cumple si a un inquilino se le reserva un local de negocio y a un arrendatario una vivienda. [Sentencia 27 diciembre 1956: No ha lugar.]

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY: INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL O POR LA DELEGACIÓN NACIONAL DE SINDICATOS: Este recurso, autorizado por el párrafo segundo del artículo ciento sesenta y cinco de la LAU, tiene como única y exclusiva finalidad la recta declaración del derecho que procede aplicar al supuesto jurídico objeto de la litis, en interés de la Ley y no en beneficio de intereses particulares.

ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSA DE DESAHUCIO: El no uso de la vivienda arrendada no puede ser considerado como causa de resolución del arrendamiento.

AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: Dentro del ámbito de aplicación de la LAU cae cualquier supuesto jurídico que descansa en un derecho reconocido por dicha Ley especial, debiendo tenerse en cuenta que es el órgano judicial y no a la parte a quien corresponde decidir si un hecho está o no comprendido en una disposición legal. El arrendamiento de viviendas, estén o no habitadas por el arrendatario, cae dentro del ámbito de aplicación de la LAU.

ARTÍCULO 1.º DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONCEPTO DE VIVIENDA: No es esencial al concepto de vivienda objeto del contrato de inquilinato el hecho de estar o no habitada.

ABUSO DE DERECHO: El no uso de la vivienda arrendada no constituye abuso de derecho al no existir violación de ningún precepto ético-social y faltar conducta abusiva que determine un daño no protegido especialmente. [Sentencia 28 enero 1957.]

64. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBLIGACIÓN DE USAR EL LOCAL CONFORME AL USO PACTADO: Queda obligado el arrendatario a respetar el uso pactado, conforme al número 2.º del artículo 1.555 del Código civil.

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO REALIZADO POR PERSONA QUE NO ES ARRENDATARIO: VALOR JURÍDICO: Este traspaso carece de valor alguno que obligue al arrendador.

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: APLICACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946 A LOS CONTRATOS ANTERIORES A ELLA: *Procedía aplicar la LAU de 1946, conforme a su disposición transitoria 1.ª, para la resolución de los contratos de arrendamiento fundados en hechos que comenzaron antes de su promulgación, pero que continuaron sus efectos después, según tiene reconocido este Tribunal en sus sentencias de 23 de diciembre de 1947 y 19 de diciembre de 1955. [Sentencia 1 junio 1957: No ha lugar.]*

65. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ARRENDATARIO CONDUEÑO DE LA EMPRESA EXPLOTADA: TITULARIDAD DEL ARRENDAMIENTO: *No es arrendataria una comunidad o pluralidad de personas, cuando una persona individual contrató por sí con el arrendador, aunque sea conducta del negocio que ella estableció en el local. El vínculo que entre los conductos de una empresa mercantil crea su voluntad de constituirlo para explotarlo en común no afecta al nexo generado por el contrato de arrendamiento de uno de ellos con el arrendador. [Sentencia 8 junio 1957: No ha lugar.]*

66. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO INCONSENTIDO: *No cabe presumir la existencia de un traspaso inconscntido en le mero cambio de titularidad de la contribución industrial referenté al negocio instalado en un local arrendado.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Es de aplicación subsidiaria sin que exista obligación del juzgador de acudir a ella cuando el hecho dudoso tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba. [Sentencia 16 abril 1957: No ha lugar.]*

67. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO: *La introducción de una tercera persona en el arriendo concertado sin consentimiento del dueño es suficiente para que se declare la resolución del contrato sin que se precise una prueba directa de los elementos integrantes de una u otra forma de cesión, bastando la presunción de su existencia. [Sentencia 18 mayo 1957: Ha lugar.]*

68. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL: LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946: *La ocupación y uso de la cosa arrendada por quien no la arrendó comporta una transmisión de facultades arrendaticias, operación ilegítima si no se da cumplimiento a los requisitos exigidos en la Ley. No obsta el hecho de que la ocupación y uso irregular del local de negocio hubiera cesado al presentarse la demanda ni el de que fuera mayor o menor la duración de la expresada situación posesoria. [Sentencia 5 julio 1957: Ha lugar.]*

69. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA TRECE DE LA LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1946: *Establecido categóricamente por esta disposición, la irretroactividad de las prescripciones del capítulo XI y, por tanto, del artículo 149, el Tribunal sentenciador dejó, atinadamente, de aplicarlo. [Sentencia 4 octubre 1957: No ha lugar.]*

70. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A LAU: CONVIVENCIA DE PARIENTES QUE EJERCEN PROFESIÓN: *Los parientes del inquilino, o su conyu-*

ge, hasta el tercer grado, por consanguinidad o afinidad, que con cualquiera de ellos convivan en la casa arrendada, pueden ejercer en ésta una profesión o pequeña industria doméstica, según el artículo 7.º de la LAU. [Sentencia 24 septiembre 1957: No ha lugar.]

La resolución se insta por el arrendador con base en que una hija del inquilino contrajo matrimonio con un médico, pasando a vivir a la casa arrendada e instalando en ella su consultorio. El Tribunal Supremo declara inoperante el que el inquilino demandado, médico asimismo, tuviera obligación de residir en lugar distinto al en que radica la finca.

71. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DEROGADA: RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN: *Del contenido del artículo primero de la Ley no cabe inferir que, por el mero hecho de que durante el periodo de liquidación de la Compañía demandada, permaneciesen en el local litigioso la maquinaria y existencias de ésta hasta su venta, se transformase la fábrica en almacén, por ser lógicamente incompatible tal cambio con la disolución de la sociedad y cese de sus actividades.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DEROGADA: NOTIFICACIÓN DEL TRASPASO PROYECTADO: LIQUIDADOR DE SOCIEDAD ANÓNIMA: *El requisito de la inscripción del liquidador no es absolutamente preciso para hacer la notificación del propósito de traspaso, bastando al efecto su designación como tal.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DEROGADA: NOTIFICACIÓN DEL TRASPASO: PURIFICACIÓN DE VICIOS: *Al reservarse el propietario el ejercicio del derecho de tanteo dentro del plazo legal, con tal conducía purificó cualquier supuesta deficiencia de que la notificación hubiera podido adolecer.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DEROGADA: TRASPASO: NOTIFICACIÓN A UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS: *No es insuficiente ni debe invalidarse la notificación por el hecho de haberse entendido con uno solo de los dos hermanos copropietarios; porque si, conforme al apartado d) del artículo 45, cabe que sea el destinatario el que materialmente cobre la renta, no es racional sostener que sea contrario al espíritu de la norma que la notificación se dirija a cualquiera de los dos hermanos copropietarios, por ser lógicamente presumible de mayor garantía que un extraño al fin pretendido. [Sentencia 8 marzo 1957: No ha lugar.]*

72. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: TRANSFORMACIÓN: *No son circunstancias bastantes para demostrar la transformación de un local de negocio en vivienda, el no uso por el arrendamiento del local, si está en condiciones de poderlo abrir en cualquier momento siguiendo en él la estantería, escaparates, balanzas, etc.; así como tampoco la contesación que el arrendatario dió al requerimiento que se le hizo de que ocupaba los indicados bajos en concepto de inquilino, ya que no puede estimarse de tal modo concluyente que por ella haya necesariamente que entender que la ocupación se refería a la totalidad del local y no a la parte de él que venía utilizando como vivienda desde la celebración del contrato. [Sentencia 20 mayo 1957: No ha lugar al recurso.]*

73. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NECESARIAS: *El arrendatario pudo legalmente ejecutar las obras necesarias, pues había requerido con anterioridad al arrendador, como lo prueba el oficio de la Delegación Local de la Fiscalía de la Vivienda.* [Sentencia 11 diciembre 1956: No ha lugar.]

74. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La demolición del muro divisorio de la nave segunda del inmueble litigioso y su pasillo, y su construcción de nuevo, pero en distinto lugar, ampliando las dimensiones del pasillo y reduciendo las de la nave, altera la configuración, dando lugar a la resolución, sin que justifique la obra el hallarse el muro en estado de ruina.* [Sentencia 25 febrero 1957: No ha lugar.]

75. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El derribar un tabique de separación de dos habitaciones y la apertura de huecos, son obras que modifican la configuración del local arrendado, sin que el conocimiento de dichas obras por el arrendador implique el consentimiento para su ejecución.* [Sentencia 27 marzo 1957: No ha lugar.]

76. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO AUTORIZADAS: *La construcción de un cobertizo cubriendo parte de un patio altera la configuración.* [Sentencia 3 mayo 1957: No ha lugar.]

77. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NO AUTORIZADAS: *La construcción de dos habitaciones en la terraza y un cuarto de aseo, modifican la configuración y, no estando autorizadas, dan lugar a la resolución.*

ARRENDAMIENTO URBANO: PRUEBA: APRECIACIÓN: *No puede prosperar el recurso fundado en error en la apreciación de la prueba si para demostrarle se señala la diligencia de reconocimiento judicial, pues ha de acreditarse el error por la documental o pericial obrante en autos según el 173. 4.º de la LAU.* [Sentencia 13 mayo 1957: No ha lugar.]

78. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO AUTORIZADAS: CONFIGURACIÓN: *Altera la configuración todo cambio en la estructuración que modifique la forma o la distribución de los distintos departamentos de un local, y, por tanto, la altera el concurso de los hechos siguientes: derribar un tabique que separaba dos dependencias; conversión de un pasillo en un pequeño departamento para oficina; abrir en una de las paredes una puerta y cerrar con ladrillos otra.* [Sentencia 5 junio 1957: No ha lugar.]

79. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NECESARIAS (OBLIGADO): *Arrendada una casa para fonda, las obras (ordenadas por la Delegación provincial de Industria) que consisten en sustituir la instalación eléctrica de cordón flexible por otra de cordón vulcanizado, bajo tubo protector, por ser necesaria para que esa cosa sirva para el fin que ha sido arrendada, son de cargo del arrendador de conformidad con el artículo 136 LAU.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NECESARIAS (OBLIGADO): RENUNCIA: *El que en el contrato se diga que el arrendatario está obligado a conservar el local en el perfecto estado que se le entrega, corriente de llaves, cristalería é*

instalaciones. *no implica renuncia a los beneficios que el artículo 133 le otorga; porque, aparte de que la renuncia ha de ser explícita y terminante, la obligación contraída por esa cláusula del contrato no tiene más alcance que el de entregar la cosa, al finalizar el contrato, en el estado que la recibió reparando, en su caso, los desperfectos causados por su culpa.* [Sentencia 12 junio 1957: Ha lugar.]

80. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *Hay lugar a la resolución, sin que afecte para nada que la modificación de la configuración sea parcial o total, interior o exterior, pues la ley no distingue.* [Sentencia 23 mayo 1957: No ha lugar.]

81. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: INTERPRETACION DEL CONTRATO: *La cláusula del contrato «... todas cuantas obras haga sin permiso del arrendador y aun aquella que con este requisito hiciera quedarán en beneficio de la finca si no se hubiera estipulado otra cosa...» no concede autorización ni expresa ni implícitamente para la ejecución de ninguna clase de obras, pues su finalidad es la de regular los efectos de dichas obras, es decir, en beneficio de quien han de quedar al finalizar el contrato.* [Sentencia 11 junio 1957: No ha lugar.]

82. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Alteran la configuración el concurso de las obras siguientes: convertir en un solo cuarto de servicio lo que antes eran dos; suprimir una puerta instalando en su hueco una frigorífica y supresión de un tabique en el bar.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *No es óbice para la resolución el destino a hotel del local, pues las obras que implícitamente se han reconocido por la Jurisprudencia que lleva comprendida el pacto de destino son las de adaptación para la instalación o puesta en marcha del negocio, pero no las realizadas a los varios años de desenvolvimiento.* [Sentencia 22 junio 1957: Ha lugar.]

83. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS INCONSENTIDAS: *El cambio de la instalación eléctrica cuando debilita la naturaleza y resistencia de los materiales es causa de resolución con arreglo al número 5 del artículo 149 LAU; sin que obste a ello que la parte afectada —esto es, los techos del local— no sea zona «vital», ya que la ley no distingue.* [Sentencia 28 junio 1957: No ha lugar.]

84. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO AUTORIZADAS: *El derribar un pasillo y quitar tres puertas para hacer un hueco más grande, altera la configuración.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL CONCEPTO CONFIGURACIÓN: *Es la distribución o división dada a la cosa al construirla, de acuerdo con la voluntad del dueño de ésta.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La declaración del juez sobre si se ha alterado o no la configuración es decisiva sin que*

obste que el dictamen pericial estimara lo contrario, pues son de libre apreciación del juzgador. [Sentencia 12 junio 1957: No ha lugar.]

85. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS: *No constituye la causa de resolución del contrato de arrendamiento del número 5 del artículo 149 de la LAU, la realización de obras en un local arrendado si son impuestas por la autoridad gubernativa, aunque sean realizadas por el arrendatario.* [Sentencia 29 mayo 1957: No ha lugar.]

86. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INDUSTRIA PELIGROSA: *La estimación de la peligrosidad es circunstancia que, en cada caso incumbe determinar a los Tribunales, siendo irrelevante el que la industria esté o no incluida en el Registro y Nomenclátor aprobados por R. O. de 11 de noviembre de 1925.* [Sentencia 14 octubre 1957.]

87. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO POR FUERZA MAYOR: EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO ANTERIOR A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946: APLICABILIDAD DEL CÓDIGO CIVIL: *En los casos regidos por el Decreto de 21-I-1936, la demolición del edificio por causa de fuerza mayor producía la extinción de los contratos de arrendamiento de locales de negocio, conforme determina el artículo 1.588 (rectus 1.568) del Código civil, en relación con el artículo 1.182 del mismo texto legal. El Código civil era aplicable por no estar comprendida la indicada causa de extinción del arrendamiento en la legislación especial vigente en el tiempo en que las obras se realizaron.*

LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 20: INTERPRETACIÓN: *Impide la aplicación de la disposición transitoria 20 la circunstancia de que la persona que alega dicha disposición, pretendiendo ser reintegrada en un local de negocio, continuara como arrendatario de dos locales en la misma localidad que el solicitado, a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946.* [Sentencia 17 octubre 1957: No ha lugar.]

El primer considerando de la sentencia afirma lo siguiente:

Considerando que el artículo 8.º del decreto de 21 de enero de 1936 reconoce al arrendatario el derecho a ocupar meramente el local arrendado en que se hubiesen verificado obras de tal naturaleza que hubiesen obligado el cierre del establecimiento mercantil e industrial, una vez terminadas las mismas, cuando tales obras hubiesen tenido por causa bien la voluntad del arrendador para obtener un mayor lucro, bien su obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que estuviera destinada, casos en los cuales el contrato de arrendamiento subsiste sin más modificación que la relativa a la elevación del precio o merced del arrendamiento consistente en el interés legal del capital invertido en las obras, pero cuando éstas han tenido que ser realizadas por una causa de fuerza mayor que ha obligado a la demolición del edificio donde el local de negocio se hallaba instalado, tal circunstancia impide la subsistencia del contrato de arrendamiento y produce la extinción del mismo conforme deter-

mina el artículo 1.588 (*rectius* 1.588) en relación con el 1.182 del Código civil aplicables al caso por no estar comprendida tal causa de extinción de arrendamiento en la legislación especial vigente en el tiempo en que las obras se realizaron y extinguido el contrato hay que declarar que no procede la reintegración del arrendatario en la posesión del local arrendado por lo que es desestimable el primer motivo del recurso.

88. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PÉRDIDA DE LA COSA POR CULPA DEL DUEÑO: *La resolución por pérdida de la cosa, a que se refiere el artículo 155 de la LAU, es procedente, ya obedezca a caso fortuito o a culpa o negligencia, de una persona; sin perjuicio, en este caso, de la acción del arrendatario para obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, por parte del dueño, de sus obligaciones contractuales.* [Sentencia 30 septiembre 1957: No ha lugar.]

Reitera esta Sentencia la doctrina sentada en las de 21 de noviembre de 1950 y 30 de mayo de 1951.

89. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR PÉRDIDA DE LA COSA: *La acción que el artículo 155 de la LAU concede al arrendador no puede limitarse a los casos de pérdida por siniestro, avería grave o pérdida importante, ya que reiteradamente tiene declarado esta Sala que el ejercicio de tal acción no exige otro presupuesto, ni condición, que la pérdida de la cosa arrendada con independencia de la causa a la que su destrucción sea debida.* [Sentencia 30 mayo 1957: No ha lugar.]

90. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓN: *El transferir todas las mercancías, mobiliario y accesorios de un negocio de zapatería y, por consiguiente, el negocio mismo, introduciéndose el adquirente en los locales para explotar el negocio, reviste todas las características de un traspaso, descartándose la tesis de los demandados de que con independencia de dicha venta, había tenido lugar un subarriendo, para cuya demostración se alega un contrato celebrado tres meses después de comenzar el adquirente la explotación.* [Sentencia 22 junio 1957: No ha lugar.]

91. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO CONSENTIDO: *La extensión de los recibos de alquiler a nombre del cesionario del local arrendado, la reclamación al mismo de ciertos descubiertos de alquileres e incrementos de renta, y la denominación que el arrendador le da de arrendatario por un plazo de siete años, expresa de manera inequívoca el consentimiento otorgado por el propietario al traspaso del local.* [Sentencia 20 mayo 1957: No ha lugar.]

92. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN: [Véase Sentencia 25 septiembre 1957. (I. 9).]

93. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: SERVICIOS MÉDICOS: PRUEBA: *La prueba de que los servicios médicos se prestaron liberal y graciosamente compete a aquel que debiéndolos pagar se niega a ello oponiendo la excepción de que se prestaron con dicho carácter gratuito.*

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: SERVICIOS MÉDICOS: PRESCRIPCIÓN: *El plazo de prescripción se interrumpe por las reclamaciones extrajudiciales del acreedor y por el reconocimiento de deuda por el deudor. [Sentencia 9 marzo 1957.]*

94. **PRÉSTAMO MEDIANTE ACEPTACIÓN POR EL PRESTAMISTA DE LETRAS DE CAMBIO: CONDICIÓN:** *La letra de cambio entre librador y aceptante supone una orden de pago, que no se opone a la existencia de un préstamo sometido a condición resolutoria, la de que esta orden sea desatendida y que el tenedor pueda dirigir su acción contra el librador. El préstamo se perfecciona al recibir por medio de las letras una cantidad de dinero (las descontó) si bien queda sometido a la condición resolutoria dicha. Se regirá por lo pactado y por las normas del C. c. sobre préstamo, con independencia de las que se refieren a la letra de cambio que sólo fué el medio empleado para la efectividad del préstamo. [Sentencia 23 abril 1957: Ha lugar.]*

95. **PRÉSTAMO USUARIO: INTERÉS:** *No es usurario el préstamo que se pacta el interés del seis por ciento anual.*

PRÉSTAMO USUARIO: SITUACIÓN ANGUSTIOSA: *La pobreza legal para seguir un litigio, no puede decirse que constituya por sí sola, la situación angustiosa a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de la Represión de la Usura. [Sentencia 1 febrero 1957: No ha lugar.]*

96. **PRÉSTAMO USUARIO: PERJUICIO ECONÓMICO O MORAL:** *No es usurario el préstamo, en que se confiesa tener recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada, si aunque no se entregó en numerario, se entregó su valor, que era el precio de venta de un solar no pagado, con lo cual no tuvo el prestatario el perjuicio económico ni moral de recibir menos de lo que aparece.*

PRESCRIPCIÓN: COMIENZO: *El contrato de préstamo mutuo queda perfeccionado y consumado con la entrega del capital del préstamo, y por tanto la acción para pedir su nulidad como usurario, puede ejercitarse desde ese momento, y a partir de él comienza el plazo de prescripción. [Sentencia 23 febrero 1957: Ha lugar.]*

97. **PRÉSTAMO USUARIO:** *Si bien el contrato de compraventa con pacto de retro sobre el que verse este pleito, no es tal, sino un contrato de préstamo con interés, no reviste caracteres de usurario, pues ni el interés es superior al normal, ni desproporcionado con las circunstancias del caso ni se ha recibido cantidad superior. [Sentencia 4 junio 1957: No ha lugar.]*

98. **SOCIEDAD: CONSTITUCIÓN: ESCRITURA PÚBLICA:** *Es válido y eficaz el contrato de sociedad entre los otorgantes, aunque no se haya otorgado escritura pública y se aporten bienes inmuebles o derechos reales, ya que la exigencia que de ésta hace el artículo 1.667 C. c. no constituye una forma especial y solemne, sino que debe supeditarse a lo establecido en el artículo 1.278 del mismo cuerpo legal. [Sentencia 28 enero 1957: Ha lugar.]*

99. SOCIEDAD CIVIL: COMIENZO DE SU VIGENCIA: [Véase Sentencia 23 abril 1957. (19).]

100. CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO: *Aunque el contrato de seguro sobre la vida establece una estipulación a favor de tercero cuando el beneficiario es persona distinta del asegurador y del asegurado, no por ello hace posible la aplicación sin distinciones de la norma del párrafo segundo del artículo 1.257 del Código civil.*

CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA: POSICIÓN DEL BENEFICIARIO: *El beneficiario del seguro de vida no adquiere más que una expectativa a percibir el importe del seguro convenido, que por la muerte del asegurado se consolida, porque hasta entonces subsiste la posibilidad de revocación.*

ACEPTACIÓN DE HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO: *No puede entenderse aceptada una herencia a beneficio de inventario cuando la solicitud haciendo esa manifestación fué presentada en el Juzgado de Primera Instancia, no en el plazo de diez días prevenido en el artículo 1.014 del Código civil, sino dos años más tarde.* [Sentencia 8 mayo 1957: No ha lugar.]

101. FIANZA: INTERPRETACIÓN: *La frase «salir a la madera» no expresa con la claridad que exige el artículo 1827 del C. c. que el pretendido fiador llegara a obligarse en tal concepto al pago de la madera comprada en defecto de que lo hiciera el otro demandado.* [Sentencia 13 junio 1957: No ha lugar.]

102. JUEGO Y APUESTA: NORMAS DEL PATRONATO DE APUESTAS MUTUAS DEPORTIVAS BENÉFICAS. [Véase Sentencia 25 septiembre 1957: (15).]

103. COMPROMISO SOMETIDO A LA LEGISLACIÓN DEROGADA: INCUMPLIMIENTO POR AMIGABLES COMPONEDORES: *El silencio acerca de un extremo de la escritura de compromiso sólo está comprendido entre las causas del número 3.º del artículo 1.691 de L. E. C. cuando los amigables componedores hayan dejado de resolver sobre lo que había de constituir premisa indispensable para los pronunciamientos relativos a las demás cuestiones sometidas al Laudo.*

EXCESO DE ATRIBUCIONES: *No lo constituye el referirse a cuestiones no sometidas en el compromiso, en el antecedente de la resolución y no en ésta.*

FUNCIÓN DE LA CASACIÓN: *No es la de corregir deficiencias del Laudo.* [Sentencia 18 mayo 1957: No ha lugar.]

104. GESTIÓN DE NEGOCIOS: NATURALEZA: REQUISITOS: DIFERENCIA DEL MANDATO. [Véase Sentencia 9 abril 1957: (10).]

105. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ARTÍCULO 1.903: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: *No es preciso que la demanda se dirija contra el empresario y el dependiente causante del daño, pues el origen de la responsabilidad de aquél, ya culpa *in eligendo* ya *in vigilando**

es distinto del de la que corresponde al causante directo del daño. [Sentencia 22 abril 1957: No ha lugar.]

Reitera esta Sentencia la doctrina sobre interpretación del artículo 1.903, de las Ss. de 13 de noviembre de 1934, 11 de abril de 1935 y 9 de mayo de 1957.

106. CULPA AQUILIANA: RELACIÓN CAUSAL: *Para que se dé la responsabilidad a que se refieren los artículos 1.902 y 1.903 del C. c. son precisos: Culpa o negligencia: realidad efectiva del daño sufrido y la relación causal entre uno y otro.*

DAÑO MORAL: *La indemnización pretendida por el daño moral producido por la muerte de su hija no aparece «realmente» acreditada, al tener el actor como padre, desatendidos los deberes inherentes a la patria potestad, dada la falta de ocupación honesta de la hija y la inhibición del padre.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de documentos o actos auténticos a los efectos de demostrar el error de hecho a que se refiere el artículo 1.692 7.º de la L. e. c., los informes emitidos por la Delegación de Industria, Jefatura Superior de Policía y Ayuntamiento de Sevilla; ni los elementos que contiene el sumario instruido por el accidente y la declaración en confesión del representante de la compañía demandada. [Sentencia 3 junio 1957: No ha lugar.]*

107. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA Y GRADUACIÓN DE CULPA: ATROPELLO: *Comparadas las culpas de conductor y peatón se aprecia que no existe fundamento bastante para exonerar de responsabilidad al dueño del camión, sino sólo atenuarla según el juicio de la sala sentenciadora.*

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA: DISCREPANCIA ENTRE RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS: *La afirmación de si hay o no culpa o negligencia corresponde hacerla no en los resultandos sino en los considerandos de conformidad con el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La afirmación hecha en los considerandos de que el conductor había incurrido en negligencia priva de eficacia a la hecha en los resultandos (aceptados por la Audiencia con manifiesto descuido) de que de lo actuado no se desprende la culpa o negligencia del conductor, y aunque fuera posible, que no lo es, admitir la existencia de dos declaraciones en pugna, habría de gozar de preferencia la que constituye el verdadero criterio y convicción del juzgador razonado y precisado en forma adecuada en posteriores considerandos. [Sentencia 19 junio 1957: No ha lugar.]*

108. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: *El maestro de obra es responsable del daño producido al caerse una pared por haberse colocado escombros junto a ella, sin que lo sea el propietario de la pared, pues la caída no obedeció a su ruina total o parcial y sin causa conocida (en cuyo caso se aplicarían los artículos 1.907, 389 y 391), sino que fué consecuencia directa de la colocación de los escombros. [Sentencia 28 junio 1957: No ha lugar.]*

109. RESPONSABILIDAD CIVIL: SILICOSIS: DERECHO DE REPETICIÓN A FAVOR DE LA EMPRESA: [Véase Sentencia 23 mayo 1957 (I, 5).]

110. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CONTAGIO DE GANADO: *Responde el culpable*. [Sentencia 21 febrero 1957.]

Siendo patente la culpa del demandado, por cuanto, con perfecto y cabal conocimiento de hallarse infectada de glosopeda, la casi totalidad del ganado de sus fincas, ordenó su traslado a través de la finca del actor, y demostrado que este hecho fué la causa del contagio, debe responder de los daños causados por su culpa o negligencia.

IV. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO «IN ARTÍCULO MORTIS»: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL: *Basta oficio en que el párroco comunica al juez municipal la celebración con los requisitos para la inscripción*. [Sentencia 16 marzo 1957: No ha lugar.]

Para que el matrimonio canónico celebrado en peligro de muerte, surta efectos civiles desde su celebración, y no quede el artículo 78 del Código civil en su último apartado carente de aplicación, hay que admitir para inscribir tal clase de matrimonios, otros documentos distintos y anteriores a las partidas sacramentales, como lo es un oficio en que el párroco comunica al juez municipal, la celebración del matrimonio, siempre que sean auténticos y consten los requisitos previos para la inscripción registral que pudieron recogerse dentro de la urgencia del caso, ya que es normalmente imposible en el término de diez días que señala el precepto citado tramitar totalmente el expediente canónico que permite extender la partida sacramental, todo ello sin perjuicio de que obtenida dicha partida, se haga en su caso el nuevo asiento que establece el artículo 78 del Código civil.

2. MATRIMONIO CIVIL: SEPARACIÓN: MALOS TRATOS: *No procede aplicar la causa 2.ª del artículo 105 del Código civil (malos tratamientos de obra o injurias graves), cuando se trata de una leve agresión o pequeña violencia que responde a momentáneos arrebatos por incidentes vulgares, y no revelan el peligro de la convivencia de los cónyuges, pero, si es procedente, cuando como ocurre en este caso, los malos tratamientos motivaron un juicio de faltas en que el demandado fué condenado a tres días de arresto o menor por haber golpeado a su mujer e hija*. [Sentencia 5 marzo 1957: Ha lugar.]

3. LITIS EXPENSAS: *Es procedente su concesión cuando se demuestra que la mujer carece de bienes suficientes para costear los gastos del litigio reuniéndolos el marido, y siendo necesario muchos gastos*. [Sentencia 30 enero 1957: No ha lugar.]

4. LITIS EXPENSAS: ABUSO: *La obligación impuesta por la ley al marido como administrador de la sociedad conyugal o de gananciales, de suministrar litis expensas a la mujer, no confiere a ésta el derecho de obtenerlas para toda clase de gastos judiciales, si éstos son injustificados, y causados*

sólo para producir perjuicios y vejaciones con ocasión de los litigios, pudiendo por ello los Tribunales determinar la cuantía de dicha obligación. [Sentencia 26 febrero 1957: No ha lugar.]

5. LITIS EXPENSAS: CATALUÑA: La obligación por parte del marido, de abonar «litis expensas» existe cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, y aunque no rija la sociedad de gananciales, y es aplicable a las legislaciones forales que excluyen dicha sociedad, ya que tanto el artículo 60 del Código civil como el 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fundamentan dicha obligación, son de general aplicación. [Sentencia 30 enero 1957: No ha lugar.]

6. DEFENSOR JUDICIAL DE MENORES: RESPONSABILIDAD POR CULPA: Esta obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados en unas operaciones particionales en que estaban interesados unos menores, el defensor judicial de los mismos, al producirse un auténtico despojo de éstos, ya que no obró conforme a la naturaleza del cargo y a las circunstancias de las personas, sin observar en su intervención la diligencia de un buen padre de familia.

SOLIDARIDAD: Hay solidaridad cuando ésta se deduce de la naturaleza de las obligaciones en que concurren varios deudores, siempre que estén individualmente sujetos al cumplimiento íntegro de las mismas; lo están el padre de unos menores que se beneficia con la poco equitativa partición, y el defensor judicial y legálmemente nombrado que en connivencia con el padre, aprueba dicha partición. [Sentencia 25 marzo 1957: No ha lugar.]

V. Derecho de sucesiones.

1. COMUNIDAD HEREDITARIA: EJERCICIO DEL DERECHO DE CRÉDITO: [Véase Sentencia 3 junio 1957 (I, 31).]

2. PARTICIÓN HEREDITARIA: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRACTICADA POR COMISARIO: La practicada por el comisario designado por el causante es válida, como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento.

PARTIÓN HEREDITARIA: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRACTICADA POR LOS HEREDEROS: La partición tiene naturaleza contractual lo mismo cuando los interesados en una herencia realizan aquélla por sí, como cuando, puestos al efecto de acuerdo, encomienden su práctica a persona distinta.

PARTICIÓN HEREDITARIA: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRACTICADA POR COMISARIO CON APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS EN EL CUADERNO: VALOR DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE ÉSTE: Cuando los herederos, sin estar obligados a ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad, libremente aprueban la gestión del comisario plasmada en el acto particional suscribiendo con él el cuaderno, ya no puede hablarse de declaración unilateral de voluntad al haber sido ésta aceptada por los destinatarios que, con la prestación de su consentimiento, han celebrado un contrato, punto de arranque de su exis-

tencia y validez y no del requisito de pura forma de protocolización del cuaderno particional que viene a ratificar aquel contrato, teniendo por tanto efecto retroactivo.

PARTICIÓN EFECTUADA POR LOS HEREDEROS: CAPACIDAD: MENOR EMANCIPADO: No exigiendo el artículo 1.058 la libre disposición de los bienes para realizar la partición, sino simplemente la libre administración, hay que concluir que, tratándose de menores emancipados por concesión, es innecesaria la intervención del padre, madre o tutor para la firma del cuaderno particional.

EMANCIPACIÓN POR CONCESIÓN: ARTÍCULO 317 DEL CÓDIGO CIVIL: Este precepto, por su carácter restrictivo, no puede ampliarse extensivamente.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: VALOR DE SUS RESOLUCIONES: Pese a no formar jurisprudencia en el sentido propio de la palabra, ni constituir doctrina legal a los efectos del recurso de casación, goza de evidente autoridad.

PARTICIÓN HEREDITARIA: IMPUGNACIÓN: Cuando los herederos suscriben con el comisario el cuaderno particional, la fecha de este contrato es el inicio del tiempo para el ejercicio de la acción rescisoria y no la fecha de la protocolización como con error pretende el recurso, entendiéndose que hasta entonces no hay sino un acto unilateral del comisario.

PARTICIÓN HEREDITARIA: IMPUGNACIÓN: NATURALEZA DEL PLAZO: El plazo del artículo 1.076 del Código civil es de caducidad y no de prescripción por lo preciso y bien expresivo de la locución empleada «durará» y su peculiar naturaleza de término preclusivo fijado para el ejercicio eficaz de un derecho que decae fatal y automáticamente en razón objetiva de su no utilización. [Sentencia 4 julio 1957: No ha lugar.]

3. **PARTICIÓN HEREDITARIA: GASTOS COMUNES: ARTÍCULO 1.064 DEL CÓDIGO CIVIL:** Los gastos realizados en provecho común de los herederos deben ser satisfechos por la masa hereditaria y por ello es frecuente que se deduzcan como baja del activo de la herencia, asignando un lote especial a ese objeto; pero ante la imposibilidad de calcular exactamente su importe, después de la liquidación definitiva, si en la cantidad fijada existiere exceso, la diferencia beneficiará a los interesados que se la repartirán a prorrateso con el caudal que les corresponda percibir, y si, por el contrario, resultase insuficiente, satisfacen la diferencia en proporción a su haber hereditario.

PARTICIÓN HEREDITARIA: GASTOS COMUNES: ARTÍCULO 1.064 DEL CÓDIGO CIVIL: Si en el cuaderno particional no se señala una cantidad determinada para gastos comunes de la testamentaria, los interesados en la herencia vienen obligados a su abono en la parte correspondiente, aunque el artículo 1.064 silencia lo que se hará cuando los gastos comunes no se hubieren deducido de la herencia.

PARTICIÓN HEREDITARIA: GASTOS COMUNES: La disposición final segunda del cuaderno particional protocolizado por la que los interesados quedaban obligados a satisfacer los gastos que se originaran por consecuencia de estas

operaciones en proporción a sus respectivos haberes, equivale a reconocer de manera clara y contundente su obligación al abono de los mismos. [Sentencia 5 junio 1957: No ha lugar.]

4. RESCISIÓN DE LAS PARTICIONES HEREDITARIAS: Si bien es cierto que la conformidad posterior al cuaderno particional no puede impedir el ejercicio de la acción rescisoria, ello sólo cabe admitirlo cuando se funde en hechos no conocidos en la fecha en que la conformidad se preste.

RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN: RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA: La ineficacia de la renuncia a la acción rescisoria por lesión no puede admitirse cuando el interesado, al hacer la renuncia, conocía todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y existencia de la lesión.

RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN: RENUNCIA TRANSACCIONAL A LA ACCIÓN RESCISORIA: CAUSA: Siendo el motivo de la transacción zanjar las diferencias entre los interesados sobre si el legado de la finca comprendía también los ganados a que se refería el primer testamento, en forma alguna puede sostenerse que la renuncia a la acción rescisoria careció de causa ni que fué anterior al nacimiento de la propia acción. [Sentencia 11 junio 1957: No ha lugar.]

5. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: SUPUESTOS DE HECHO PARA SU OTORGAMIENTO: El estado de peligro, que es de carácter esencial, sin el que el testamento no ha de entenderse válido, no es el mero estado de grave enfermedad; y hay que considerar que es preciso que el testador se halle en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace. Y debe acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremie, como el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial, cuando se pida la elevación a escritura pública y la protocolización del documento en que se hizo constar la voluntad del testador.

TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: SU CARÁCTER EXCEPCIONAL O PRIVILEGIADO: Si bien ha de reconocerse la necesidad inspiradora del artículo 700 del Código civil, dicho privilegio debe cesar cuando no se dan las causas que, como antecedentes, se contienen en dicho precepto, ya que la excepción no puede ser convertida en regla general.

TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: FORMALIDADES GENERALES: Ha de darse cumplimiento a los demás requisitos esenciales que para el acto de disponer de los bienes se exigen en la Sección del Código dedicada al testamento abierto, siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad por una posible confabulación posterior. [Sentencia 4 octubre 1957: No ha lugar.]

6. TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA: PLAZO PARA HACER LA DESIGNACIÓN: [Véase Sentencia 30 abril 1957 (I. 6).]

7. PODER TESTATORIO EN VIZCAYA: INTERPRETACIÓN RESTRUCTIVA: La facultad

dad de testar por otro que la Ley foral otorga ha de ser objeto de interpretación estricta.

PODER TESTATORIO EN VIZCAYA: PRÓRROGA: Los términos de la Ley tercera del título veintituno del Fuero de Vizcaya no consienten la interpretación extensiva, aparte de que la expresión clara e imperativa que se emplea en el Fuero, excluye la idea de la prórroga.

ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES EN DERECHO FORAL: LA COSTUMBRE EN VIZCAYA: Teniendo en cuenta los términos de la Ley tercera del título treinta y cuatro del Fuero de Vizcaya, son primeramente sus leyes las que se han de aplicar y en lo que por ellas no se pudiese determinar, se haga por las leyes o pragmáticas del Reino, o sea, por el derecho común, como actualmente se denomina, pero sin alusión a la aplicación preferente del derecho consuetudinario.

FUENTES DEL DERECHO: LA DOCTRINA CIENTÍFICA: SU VALOR EN VIZCAYA: Es evidente que la Ley tercera del título veintinueve del Fuero de Vizcaya no reconoce a la opinión de los jurisconsultos fuerza de Ley, sino que atribuye ciertos efectos al consejo de los letrados asesores en los precisos términos y circunstancias que en ella se señalan, incompatibles hoy con la Organización judicial y el procedimiento en vigor. [Sentencia 17 junio 1957: No ha lugar.]

8. **DERECHO HEREDITARIO DE LA VIUDA EN CATALUÑA:** La viuda tiene el carácter de heredera forzosa como llamada a la sucesión por la Ley; y no la despoja de aquél el requisito que la misma legislación foral impone de que el cónyuge superviviente carezca de fortuna, porque ésta es también condición tan legal, y no voluntaria, como el llamamiento mismo.

FE PÚBLICA REGISTRAL: ARTÍCULO 28, 2.º DE LA LEY HIPOTECARIA: La inscripción causada a favor de la viuda surtía efectos en cuanto a tercero, aun sin haber transcurrido dos años de la muerte de su causante, porque está comprendida en la excepción del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, por tener la viuda el carácter de heredera forzosa.

FE PÚBLICA REGISTRAL: GRAVAMEN FIDEICOMISARIO NO INSCRITO: La limitación para disponer que implica el fideicomiso establecido por el causante, no puede producir el efecto que se pretende contra el comprador, pues para esto era indispensable que constara en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. [Sentencia 9 julio 1957: Ha lugar.]

9. **USUFRUCTO VIDUAL EN NAVARRA: EXTENSIÓN:** No puede negarse a la viuda su condición de usufructuaria por el hecho de que su marido tuviera sólo la nuda-propiedad de los bienes. [Sentencia 29 diciembre 1956: No ha lugar.]

10. **INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS DE ÚLTIMA VOLUNTAD: CASACIÓN:** Aunque por regla general toca al Tribunal de Instancia fijar el sentido y alcance de las declaraciones de última voluntad, no por ello se cierra, aunque sea excepcionalmente, el camino de la casación, si la declaración no recepticia

se interpreta erróneamente por el Tribunal «a quon» y resulta evidentemente contrariada la voluntad del testador.

INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: *El pasaje en que literalmente se dice: «Yo José Manuel... dego heredero a Pedro Antonio... mi hijo, pero muriendo sin hijos va de mayor a menor» (dentro de su oscuridad por ser el testador persona que no dominaba el castellano y tratarse de un testamento otorgado ante testigos) encierra una sustitución fideicomisaria. La mencionada expresión es contraria a la interpretación hecha por el Tribunal «a quon», según la cual es distinta la condición de la primera sucesora a la que otorga trato de fideicomisaria y la de la segunda a la que se lo niega considerándola sustituta vulgar.*

Siendo cierto, como lo es, que al heredero primeramente instituido no se le impuso expresamente la obligación de transmitir los bienes a doña Esperanza, y a pesar de ello así se hizo —porque de otra suerte el llamamiento de ésta hubiese sido baldío y carente de razón de ser—, no hay motivo alguno para que una correcta interpretación de esa cláusula, se haga de peor condición a doña Rosa, cuando las dos hermanas fueron llamadas sucesivamente, y por orden de mayor a menor a la sucesión del causante y sólo en la última de ellas pudo purificarse la institución. [Sentencia 13 mayo 1957: Ha lugar.]

11. **DONACIÓN MORTIS CAUSA:** *No tiene este carácter la que se otorga en capitulaciones por las partes contratantes que se donan de presente los inmuebles señalados y sólo aplazan para después de la muerte de ambos donantes la entrega de la posesión de lo donado.*

CARÁCTER DE ESA DONACIÓN: *Se trata de una donación intervivos y debido a su carácter contractual esencialmente irrevocable.* [Sentencia 27 marzo 1957: No ha lugar.]

DERECHO MERCANTIL

I. Empresa, comerciante, sociedades.

1. **SOCIEDAD COMANDITARIA: APORTACIÓN DE SOCIO COMANDITARIO: CONTABILIDAD SOCIAL:** *Aun cuando uno de los argumentos esgrimidos en la Sentencia de primera instancia consista en que la aportación del comanditario como parte integrante que es de capital social ha de figurar precisamente en el activo y no en el pasivo, la Sentencia recurrida se apoya también en el fundamento decisivo de que dicha aportación en aquel concepto no pasó del mero proyecto, y que en el caso de autos la entrega de la cantidad no consta que fuera acompañada de la estipulación concreta de asumir los riesgos de la empresa, sin que por otra parte, según el dictamen pericial, aparezca del balance la inclusión debidamente especificada de la cantidad aportada en la cuenta de capital, por lo que aquel argumento de la sentencia de primera instancia, aunque se desvíe de lo establecido en el ar-*

titulo 103 de la ley que rige las sociedades anónimas y no las comanditarias simples, deja en todo caso, subsistente por otra parte, fundamentos de la sentencia recurrida.

SOCIEDAD COMANDITARIA: MODIFICACIÓN SOCIAL POR ADMISIÓN DE UN NUEVO SOCIO: Aunque no resulte indispensable entre partes la exigencia de escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil, así como las demás formalidades que establecen los artículos 116, 119, 125 y 145 del Código de comercio, la eficacia del contrato entre los propios interesados, con arreglo a los artículos 24, 51 y 117 de dicho Código y doctrina legal que se invoca, requiere de modo inexcusable que se justifique la realidad de aquél, en este caso que la aportación de la cantidad reclamada se hubiera hecho en concepto de comanditario, pues aquella libertad de forma no puede relevar de la prueba la modificación social que la admisión de un nuevo socio supone. [Sentencia 5 octubre 1957.]

2. **SOCIEDAD ANÓNIMA: ÁMBITO DEL PODER REPRESENTATIVO DEL GERENTE:** Celebrado el contrato con el gerente y establecido, que recayó sobre objeto correspondiente al giro o tráfico de la empresa, es indudable que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 286 del Código de comercio, en relación con el artículo 283 del mismo, ni la transgresión de facultades, ni el abuso de confianza ni la apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, pueden obstar a la responsabilidad de la Sociedad.

LIBROS DE COMERCIO: FUERZA PROBATORIA: La regla tercera del artículo 48 del Código de Comercio admite al otro comerciante, aun en el caso de no llevar libros, la prueba en contrario, que es lo que en este caso ha sucedido, mediante la carta del gerente y el recibo autorizado por el mismo de la cantidad abonada por el actor.

CONTRATO DE SUMINISTRO: El contrato de suministro constituye esencialmente una modalidad de la compraventa. [Sentencia 9 mayo 1957.]

OBSERVACIONES: El problema central resuelto por la sentencia es el del ámbito del poder representativo del gerente de una sociedad anónima, equiparado legalmente al factor por el artículo 283 del C. c. Con base en los artículos 286 y 287 del C. c., el Profesor GARRIGUES demostraba en 1936 (*Curso de Derecho mercantil*, tomo I, p. 356) que la limitación de las facultades del factor sólo afecta a las relaciones internas entre factor y comerciante, mientras que para las relaciones externas vale también en nuestro Derecho el dogma de la ilimitabilidad del poder del factor; el poder del factor tiene, por tanto, un contenido objetivo y típico («objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento»), ilimitado e ilimitable. Esta doctrina que aproxima la representación mercantil propia del Derecho español a la figura germánica de la *Prokura*, ha sido posteriormente acogida tanto por el artículo 76 L. S. A., como por el artículo 11 § 1.º L. S. R. L. La presente sentencia aplica esta plausible doctrina al supuesto del gerente de una sociedad anónima, imponiendo a ésta, con base en los artículos 286 y 283 del C. c., la responsabilidad por los contratos celebrados por su gerente que recaían sobre un objeto correspondiente al giro o tráfico del establecimiento. Al no formar parte el gerente del órgano administrativo de una sociedad anónima ni ser, por tanto, aplicable al mismo el artículo 76 L. S. A., resulta evidente que la doctrina

sentada por la sentencia (en la solución de un caso anterior a la vigencia de la L. S. A.) sería, asimismo, aplicable en la actualidad al ámbito del poder representativo del gerente de una sociedad anónima (vid. GARRIGUES, Comentario, tomo II, p. 115). (C. F. R.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: REVOCABILIDAD DEL CARGO DE ADMINISTRADOR: *El pacto de la escritura constitucional según el cual, para sustituir el Director General nombrado, sería precisa la celebración de junta general con el voto conforme del ochenta por ciento del capital, vulnera el principio de revocabilidad establecido en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es de orden público, al restringirlo con la exigencia del quorum de votación reforzado; máxime si no se pierde de vista que, en el caso de autos, dada la titularidad del Director en su concepto de accionista, en proporción aproximada al veinticuatro por ciento del capital suscrito, su permanencia indefinida en el cargo quedaba asegurada y a su arbitrio, por imposibilidad de que frente a él se pronunciase el ochenta por ciento pactado.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *La Sala sentenciadora no puede decretar la nulidad de todos los acuerdos tomados porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 67, la nulidad no podía extenderse a los acuerdos consentidos ni a aquéllos cuya causa de impugnación fué desestimada.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: BALANCE: ENTIDADES DE AHORRO: *Las normas que la Ley de Sociedades Anónimas establece para la formación del balance y valoración del activo de las Sociedades, no son aplicables a Entidades de Ahorro. Estatuto Especial de Entidades particulares de Ahorro aprobado por el Decreto de 21 de noviembre de 1929.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: CENSURA DE CUENTAS: *La censura de cuentas ordenada por el artículo 108 de la Ley es de imposible cumplimiento en Sociedades como la recurrente de capital reducido y de tan escaso número de socios que no cuenta con los dos accionistas no pertenecientes al Consejo de administración, que puedan censurar la actuación de éste en la formación del balance, cuenta de pérdidas y ganancias, distribución de beneficios y memoria preparados por el propio Consejo. [Sentencia 31 mayo 1957: Ha lugar.]*

En el mismo sentido Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 1 de febrero de 1957.

4. SOCIEDADES ANÓNIMAS: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: [Véase Sentencia 9 abril 1957: (D, c., III, 10).]

5. SOCIEDAD ANÓNIMA: EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: MOMENTO EN QUE FINALIZA LA LIQUIDACIÓN: CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS RELATIVOS A LA SOCIEDAD: *Lo mismo por las normas del Código de Comercio que por las de la Ley de Sociedades Anónimas, las compañías disueltas conservarán su responsabilidad mientras la liquidación se realiza; la liquidación no podrá darse por terminada en tanto no se hayan cumplido todas las obligaciones pendientes, según claramente se infiere de lo estatuido en los artículos 228*

y 235 del Código de Comercio y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas. La personalidad de la compañía no ha desaparecido, en cuanto no se ha acreditado que realmente estuviere terminada la liquidación, y ni siquiera, por modo formal, cabe inferir tal consecuencia, en defecto de la práctica de los asientos ordenados por el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas. [Sentencia 24 mayo 1957.]

OBSERVACIONES: Al determinar la sentencia cuando termina realmente la liquidación de una sociedad anónima y se produce la consiguiente extinción de la personalidad social, subraya que ni la liquidación podrá darse por terminada ni la personalidad jurídica por extinguida hasta que todos los acreedores sociales hayan satisfecho sus créditos. Aunque no de manera muy clara, también parece aludir la sentencia al valor puramente formal que tiene la cancelación de los asientos relativos a la sociedad. Tampoco el artículo 168 de la Ley de Sociedades Anónimas es muy explícito al respecto, ya que ordena la cancelación de los asientos referentes a la *sociedad extinguida*; más terminante es, en cambio, el artículo 143 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil (reproducción del artículo 146 del antiguo Reglamento). La doctrina más autorizada parece avalar el criterio realista mantenido por la sentencia. Así, URÍA (*Comentario*, tomo II, pág. 817), a pesar de señalar que la cancelación de las inscripciones relativas a la sociedad pone fin a su personalidad, reconoce que la desaparición definitiva de la persona social por la cancelación de sus asientos sólo se produce cuando la sociedad ha sido previamente liquidada en forma y no existen acreedores insatisfechos. GIRÓN TENA (*Derecho de Sociedades Anónimas*, página 595), afirma que si la extinción de la sociedad no se había producido realmente, la cancelación no la producirá tampoco (C. F. R.).

6. LIBROS DE COMERCIO: CONTABILIDAD: VALOR PROBATORIO DE LOS ASIENTOS: *El libro copiator está destinado, según el artículo 41 del Código de comercio a copiar las cartas que el comerciante escriba sobre su tráfico y los telegramas que expida, pero no a sentar certificaciones de los ingresos en caja, que deben ser contabilizados en otros libros.*

El valor probatorio de los asientos de los libros de contabilidad de los comerciantes, regulado por preceptos especiales, no alcanza a acreditar directamente actos jurídicos, sino hechos puramente materiales de carácter patrimonial y no es posible atribuir en este caso a los asientos de que se trata el valor de documentos auténticos a los fines del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [Sentencia 5 octubre 1957.]

7. LIBROS DE COMERCIO: FUERZA PROBATORIA: [Véase Sentencia 9 mayo 1957 (I, 2).]

8. EMPRESA MERCANTIL: CONDOMINIO DE LA MISMA: [Véase Sentencia 8 junio 1957 (D. c., III, 65).]

9. TRANSMISIÓN DE DEUDAS Y CESIÓN DE NOMBRE COMERCIAL: *La cesión de un nombre comercial, realizada sin asentimiento del acreedor no modifica, ni supone transmisión de las deudas contraídas por el titular del nombre.* [Sentencia 12 junio 1957.]

II. Títulos-valores.

1. LETRA DE CAMBIO: ACCIÓN EJECUTIVA: COMPETENCIA: SUMISIÓN PACTADA EN EL CONTRATO CAUSAL: *La letra de cambio puede funcionar como instrumento de crédito, desligada de todo negocio causal, con sometimiento de la acción privilegiada que de ella dimana al juez en que su pago esté domiciliado, y puede funcionar también como modo o forma de ejecución de un contrato oneroso, en el que se haya pactado la sumisión expresa a determinado juez o Tribunal en cuyo caso esta regla de competencia excluye la aplicación de cualquiera otra, por mandato terminante de los artículos 56 y 62, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [Sentencia 3 octubre 1957.]*

ANTECEDENTES: Las partes celebraron en Madrid un contrato de compraventa de maquinaria. El vendedor libró a cargo del comprador como medio de pago unas letras, que fueron domiciliadas para su pago en Alicante y se aceptaron por el librado. Al vencimiento, las cambiales se protestaron en Alicante por falta de pago y fueron devueltas al librador, que dedujo demanda ejecutiva ante un Juzgado de Madrid, fundando su competencia en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que en el contrato causal, que se acompañaba a la demanda, se establecía sumisión expresa a los jueces de Madrid y se añadía que el pago de los plazos se realizaría en Madrid. El juez de esta capital despachó ejecución y mandó librar exhorto al de Alicante para citación del demandado. Este promovió ante el Juzgado de Alicante una inhibitoria, por estimar que siendo la acción ejecutiva cambiaria la ejercitada era competente el juez del domicilio para el pago de las letras. Habiéndose dado lugar a la inhibitoria por el juez de Alicante, el demandante se opuso y el juez de Madrid no dió lugar al requerimiento de inhibitoria por estimar que en el contrato que constituía la relación jurídica causal se había pactado sumisión expresa y se había designado Madrid como lugar del pago de los plazos, aun cuando para mayor facilidad el comprador aceptó las letras domiciliadas en Alicante. Mantuvo el juez que las letras funcionaban en este caso como instrumentos de pago en íntima relación con el negocio causal. El juez de Alicante insistió en su competencia y se elevaron las actuaciones al Tribunal Supremo. El dictamen fiscal fué favorable a la competencia de Alicante, pero la Sentencia la decide a favor de Madrid, con los argumentos del Considerando que hemos recogido y otro en el que se dice:

«Que este último supuesto es el que se da en el caso de autos, pues se trata de un juicio ejecutivo con base en un contrato de compraventa, acompañado a la demanda, por el que se comprometió el comprador a pagar el precio en Madrid y como medio más fácil para efectuarlo, aceptó varias cambiales también acompañadas a la demanda, domiciliadas en Alicante, población de su residencia, pactándose en la cláusula final del contrato causal la sumisión expresa a los jueces y tribunales de Madrid, por lo que de acuerdo con la doctrina expresa en el Considerando anterior procede decidir la cuestión de competencia en favor del juez de primera instancia de Madrid, ante el que promovió el juicio ejecutivo y fué requerido de inhibición por el de Alicante.»

COMENTARIO: No compartimos la afirmación del Supremo de que el juicio ejecutivo de que se trata tenga su base en un contrato de compraventa. La acción que se ejercita en este pleito no puede ser otra que la acción del 521 del Código de comercio, nacida de unas letras de cambio y por los trámites procesales del juicio ejecutivo.

Si esto es así, la sentencia supone un cambio de orientación en la doctrina del Supremo en orden a las normas de competencia territorial para conocer de las acciones ejecutivas nacidas de letras de cambio. La competencia a favor del juez de primera instancia del lugar en que la letra esté domiciliada para su pago está mantenida por una copiosa y uniforme jurisprudencia. El Tribunal Supremo había mantenido que cuando la acción ejercitada era la cambiaria, la regla de competencia no se alteraba cualquiera que fuera la naturaleza del contrato causal (Sentencia de 4 de octubre de 1904, 14 marzo 1905, 21 enero 1128 y 9 julio 1947, entre otras), y aun cuando en ese contrato se hubiera pactado sumisión (Sentencias 29 diciembre 1909, 18 febrero 1925 y 4 julio 1932, especialmente). (M. O.)

2. LETRA DE CAMBIO: LUGAR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: *En el ejercicio de una acción ejecutiva procedente de letra de cambio debe atenderse para la determinación de su competencia, al domicilio resultante de la misma letra, con independencia del contrato causal y de cualquier sumisión expresa que en él se hiciera.* [Sentencia 21 mayo 1957.]

3. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA: INOPERANCIA A LOS EFECTOS DE DELIMITARLA DE LAS LETRAS DOMICILIADAS, CUANDO NO SE EJERCITAN ACCIONES CAMBIARIAS: *Es doctrina reiterada que las letras de cambio sólo constituyen una facilidad de pago y no ejercitándose acción cambiaria, sino la del contrato causal, no puede tenerse en cuenta a los efectos de delimitar la competencia la domiciliación de la letra.*

COMPETENCIA: EXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA A EFECTOS DE DETERMINAR LA COMPETENCIA: *Si el comprador ha reconocido recibir mercancías a porte pagados y existe una nota de pedido firmada o que se dice firmada por el mismo, aunque éste niegue la autenticidad de la firma, hay que actuar, a los efectos de delimitar la competencia, como si existiera el contrato, siendo competentes, salvo pacto en contrario, los tribunales del domicilio del vendedor.* [Sentencia 4 diciembre 1956: Deniega inhibitoria de competencia.]

III. Obligaciones y contratos mercantiles.

1. CONTRATOS MERCANTILES: PERFECCIÓN DE AQUÉLLOS EN QUE INTERVIENE AGENTE O CORREDOR: FORMA DE LOS CONTRATOS: [Véase Sentencia 13 abril 1957 (D. c., III, 20).]

2. VENTA MERCANTIL: DEFECTO DE CALIDAD: *Al no cumplir lo prevenido en el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para hacer constar el estado, cantidad o calidad de los géneros recibidos, se entiende que el comprador hace dejación de los derechos que le correspondían para reclamar.*

VENTA MERCANTIL: PLAZO DE ACCIONES: Cuando la ley señala plazos fijos para el ejercicio de las acciones lo hace en sentido imperativo, sin que las partes contratantes puedan alterarlos en lo más mínimo. [Sentencia 21 febrero 1957.]

3. **COMPRAVENTA MERCANTIL: PLAZO DE ENTREGA: SUSPENSIÓN:** La suspensión del plazo contractual de entrega de la mercancía, pedida por el comprador y aceptada por el vendedor, determina la obligación de abstenerse durante el transcurso de ese tiempo de efectuar facturaciones, pero queda en libertad, una vez expirado el término de la suspensión, para realizar aquéllas.

COMPRAVENTA MERCANTIL: RESCISIÓN: Las garantías prevenidas en los artículos 332 y 339 del Código de comercio no entran en juego cuando el comprador, por acordar unilateralmente la rescisión del contrato, no se hace cargo de la mercancía puesta a su disposición, sino cuando, subsistente el contrato, lo que se discute es su exacto cumplimiento.

DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS: El comprador que pidió la suspensión del plazo de entrega y aceptó el que el vendedor, accediendo a su ruego estableció, va contra sus propios actos cuando alega el incumplimiento del plazo de los envíos de la mercancía. [Sentencia 1 marzo 1957.]

4. **COMPRAVENTA MERCANTIL: DEPÓSITO DE LAS MERCANCÍAS:** El artículo 332 del Código de comercio sólo exige el depósito de las mercancías, cuando el vendedor pida el cumplimiento del contrato, y no cabe extenderlo al de rescisión que es el de autos. [Sentencia 29 mayo 1957.]

5. **COMPRAVENTA MERCANTIL: PLAZO DE ENTREGA: ENTREGA URGENTE:** No se está en presencia del supuesto del artículo 337 del Código de comercio, cuando los contratantes pactan que parte del total vendido se servirá urgentemente, pues en tal caso se someten a las circunstancias de tiempo, lugar y hasta personales propias del mismo, que deben ser tomadas en cuenta sin la rigidez del plazo de veinticuatro horas que marca el citado artículo, sin que sea aplicable tampoco el artículo 330, pues no se concretó el plazo fijo que este artículo requiere.

COMPRAVENTA MERCANTIL: RECHAZO DE LA MERCANCÍA: No puede rechazar el comprador antes de recibirla una mercancía por defecto de cantidad o de calidad, alegando poder inferirlo por la ya recibida, pues el derecho que le concede el artículo 336 del Código de comercio es ejercitable en el acto de la entrega y presupone el examen de la mercancía. [Sentencia 29 mayo 1957.]

6. **CUENTA DE CRÉDITO CON GARANTÍA PRENDARIA: VENTA DE LA PRENDA POR MEDIACIÓN DE CORREDOR DE COMERCIO:** Estipulado en la póliza de la cuenta de crédito que el Banco acreedor quedaba autorizado para vender la prenda por mediación de un corredor de Comercio en el evento, producido del impago del crédito, es visto que la venta realizada por un corredor colegiado en Zaragoza donde no existe Bolsa Oficial, se acomodó a lo pactado, sin que por lo tanto entre en juego el artículo 1.872 del Código civil que se cita

como infringido por no aplicación sin tener en cuenta que la operación está gobernada por el Código de Comercio.

PRÉSTAMO CON GARANTIA DE VALORES: OBJETO: La afirmación de la Sala sentenciadora de que los valores dados en prenda no eran cotizables en Bolsa (en la que se apoya el recurrente para propugnar la nulidad del préstamo por carencia del objeto exigido en el artículo 323 del Código de Comercio), es compatible con la posibilidad de que, fuera de ella, extra-Bolsa, tuvieran contenido económico susceptible de cotización en el mercado. Y sobre todo es notoria la existencia del objeto del contrato constituido por la concesión de crédito, entrega de la garantía prendaria y utilización del crédito hasta su tope.

PRÉSTAMO EN GARANTIA DE EFECTOS O VALORES PÚBLICOS: VALORES INDUSTRIALES: El artículo 323 del Código de Comercio que regula la facultad de vender la prenda constituida por efectos o valores públicos, aunque por uso comercial y doctrina de esta Sala es aplicable analógicamente a la prenda sobre valores industriales, no puede extenderse a la obligación del acreedor demandado de presentar la prenda para su venta en la Bolsa el día siguiente del vencimiento del préstamo, porque ni en Zaragoza existe Bolsa oficial ni la prenda recae sobre efectos públicos, ni hay constancia en el pleito de la fecha en que el Banco promovió la enajenación una vez vencidas las cambiales, faltando la demostración a cargo del actor de la demora que se le imputa al demandado. [Sentencia 8 mayo 1957: No ha lugar.]

7. **COMPRAVENTA DE TÍTULOS AL PORTADOR:** DECRETO DE 19-IX-1936: [Véase Sentencia 13 abril 1957 (D. c., III. 20).]

8. **COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR:** La cosa se presume entregada en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento. (Sentencias 20 junio, 13 octubre, 29 noviembre, 30 noviembre y 1 diciembre 1956, 1 julio 1957.)

Quando los portes son de cuenta del vendedor se entiende hecha la entrega en el domicilio del comprador. [Sentencia 28 abril 1956.]

Quando las mercancías se facturan «a porte debidos», se entiende hecha la entrega en el lugar de facturación. [Sentencia 11 diciembre 1956.]

9. **SUMINISTRO:** [Véase Sentencia 9 mayo 1957 (I, 2).]

10. **PRÉSTAMO MERCANTIL: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 313 DEL CÓDIGO DE COMERCIO:** El acto de conciliación debe equipararse al requerimiento notarial a efectos de exigir al deudor el pago en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento. [Sentencia 5 octubre 1957.]

11. **TRANSPORTE: LUGAR DE PAGO DEL PORTE: COMPETENCIA:** En el contrato de transporte se considera el lugar del destino como el del cumplimiento del contrato. Cuando parte del precio se ha entregado en una población determinada, se ha fijado por hecho cierto de las partes esta población como

lugar del cumplimiento de la obligación de pago, y en la misma población debe cumplirse lo que resta de la obligación, lo cual determina la competencia del Juzgado que ha de conocer de la reclamación. [Sentencia 27 septiembre 1957.]

12. TRANSPORTE POR FERROCARRIL: PLAZO DE ENTREGA DE LAS MERCANCÍAS: *Haciendo concordar lo dispuesto en el número 125 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles de 8 de septiembre de 1868, con la Orden de 9 de diciembre de 1939 y la cláusula séptima de la Tarifa especial treinta de pequeña velocidad, se estima que el plazo de entrega de mercancías está limitado a veinticuatro días.*

TRANSPORTE: PRESCRIPCIÓN: *El derecho para reclamar por la entrega de efectos porteados y por los daños sufridos, prescribe en el plazo de un año desde que estuvo a disposición del consignatario de la mercancía facturada.* [Sentencia 13 marzo 1957.]

IV. Suspensión y quiebra.

1. QUIEBRA: CALIFICACIÓN DE FRAUDULENTE: *Según impone el inciso primero, circunstancia tercera del artículo 890 del Código de Comercio y siguiendo la uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto, el hecho de no llevar los libros exigidos como necesarios por el artículo 33 del Código de Comercio, da lugar a la calificación de fraudulenta de la quiebra.* [Sentencia 9 marzo 1957.]

2. PROCEDIMIENTO DE QUIEBRA: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DE DECLARACIÓN: *El plazo para recurrir contra los autos de este género es de ocho días siguientes a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y no desde la notificación a las partes, según disposición tarativa del artículo 1.028 del Código de Comercio de 1829.*

QUIEBRA: REPOSICIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN: PLAZO: *Entablada cuestión de competencia por los quebrados, no empieza a computarse el plazo hasta la notificación de la providencia, haciéndoles saber la llegada de los autos.*

QUIEBRA: REPOSICIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN: REQUISITOS: *Para entablar el recurso de reposición contra el auto de declaración de quiebra no es preciso que previa y separadamente se tuviera al quebrado por parte en los autos.* [Sentencia 5 julio 1957.]

3. QUIEBRA: RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO ADMINISTRADOR: *El depositario es responsable de la custodia, conservación y administración de la masa de bienes que se le entrega, pero no de la indebida inclusión de ciertos bienes en el acervo, sometido a su cuidado.* [Sentencia 24 junio 1957: No ha lugar.]

«Que, dadas las características de la actuación del depositario administrador de los bienes de la quiebra, que anteriormente quedan señaladas, hay que separar dos momentos de esa actuación: uno, el de la determinación

de los bienes que componen la masa de la quiebra, que han de ser puestos bajo custodia y administración del depositario; y otro, el que abarca el tiempo durante el que se ejerce la administración, a cuyo término deberá el depositario rendir cuentas de su gestión, siendo de aplicación a este período lo prevenido en el artículo 1.356 en relación con los 1.181 a 1.185, ambos inclusive de la L. E. C.; y, por lo que respecta al primer caso, la determinación de los bienes, que constituyen el patrimonio o masa de la quiebra, corresponde al juez que pronuncie la declaración de quiebra, siendo entonces el trámite procesal oportuno para que quien tuviese algún interés en ello, bien sea, el quebrado, algún o algunos acreedores en su caso, o un tercero interesado, puedan formular su oposición a la inclusión o exclusión de bienes en la ocupación que se decreta, procedimiento y debate que ha de tramitarse y resolverse directamente entre los oponentes y el órgano jurisdiccional y al que es en absoluto ajena la intervención del depositario, el cual, al aceptar el nombramiento y hacerse cargo de los bienes, se constituye en responsabilidad de la custodia, conservación y administración de cuanto se le entrega, sin que a tales efectos pueda disminuir ni modificar esa responsabilidad la circunstancia que después resultare de la indebida inclusión de ciertos bienes en el acervo sometido a su cuidado, siendo, por tanto, lógica consecuencia que, al rendir cuentas de su gestión, y a esto se refiere el segundo momento de los al principio señalados, haya de ser ésta examinada teniendo en cuenta la actuación del depositario sobre toda la masa de bienes que acertada o erróneamente le fueron entregados, y el derecho a la impugnación que de la gestión realizada pueda efectuarse, que es consecuencia de la responsabilidad del depositario, ha de fundarse indefectiblemente en el hecho jurídicamente básico de la entrega de los bienes, sean cuales fueren, al depositario.

V. Derecho marítimo.

1. FLETAMENTO: MOMENTO DEL PAGO DEL FLETE: *La referencia al día siguiente de la fecha en que fué puesta a disposición del destinatario la mercancía, como momento de pago del flete pactado en el conocimiento de embarque, es ajustada a lo dispuesto en el artículo 686 del Código de Comercio.*

MORA DEL DESTINATARIO: CONSECUENCIAS: *Si el retraso habido en la entrega de la mercancía no es imputable al transportador, sino al destinatario, éste debe pechar con las consecuencias de su morosidad, satisfaciendo el flete de acuerdo con la cotización vigente al ser puesta a su disposición la mercancía. [Sentencia 3 octubre 1957.]*

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: FUERO DE LA ACUMULACIÓN: *Acumulándose objetivamente varias acciones de diversa naturaleza, es juez competente el que lo sea para conocer de la principal.*

ACCIÓN PRINCIPAL: NULIDAD DE UN JUICIO DE DESHAUCIO: *Ejercitada la acción de nulidad de un proceso de desahucio, que se considera la principal de todas las acumuladas, es competente el juez del lugar en que se hallare la finca aunque mediare sumisión expresa a la jurisdicción de otro juzgado.*

RENUNCIA AL FUERO PROPIO: LEY DE USURA: *Si entre las acciones acumuladas se ejercita una basada en la ley de Usura procede declarar la nulidad de la renuncia al propio fuero. [Sentencia 10 junio 1957.]*

2. **COMPETENCIA:** *Es competente para el ejercicio de una acción personal, a) no existir sumisión expresa ni tácita, ni justificación alguna del contrato de que se deriva, el juez del domicilio del demandado. [Sentencia 9 enero 1957.]*

3. **COMPETENCIA: SUMISIÓN EXPRESA:** *La cláusula por la cual el comprador se somete a los Tribunales de Z. no reúne los requisitos del artículo 57 de la L. E. C.*

COMPRA DE COCHE: LUGAR DE ENTREGA: *Se presume entregada la cosa en el lugar en que el comprador se hace cargo de cuantas responsabilidades puedan derivarse como consecuencia de la propiedad, que acepta, del vehículo o de su tenencia y uso. [Sentencia 27 septiembre 1957: Resuelve competencia.]*

4. **COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL:** *No habiendo principio de prueba por escrito de la existencia de la compraventa mercantil que sirve de base a la reclamación del precio de la misma, procede decidir la cuestión de competencia en favor del Juez del domicilio del demandado. [Sentencia 14 mayo 1957.]*

5. **COMPETENCIA TERRITORIAL. ACCIONES DIFERENTES DE LA «ACTIO VENDITAE» RELACIONADAS CON ESTA:** *Las cuestiones marginales o anteriores a la ejecución de la compraventa (la realidad del contrato directo entre los litigantes y la ineficacia del pago del precio realizando a un tercero que no es parte en el pleito) exceden el marco de la «actio venditae». Es Tribunal competente el del domicilio del demandado. [Sentencia 11 mayo 1957.]*

A. El litigio que dió origen la cuestión de competencia estaba planteado entre un vendedor de bebidas alcohólicas y una casa comercial de esta especialidad. El demandante reclamaba el pago de una cantidad, como precio correspondiente a una venta de bebidas. La casa demandada alegaba que no contrató con el demandante, sino con un intermediario, el cual actuaba por cuenta propia, y al cual pagó el precio de las bebidas. El demandante por el contrario, afirmaba que el intermediario, aunque fué su representante, no estaba autorizado para el cobro del precio, por lo que la casa demandada debía pagar nuevamente las bebidas, esta vez al ver-

dadero vendedor. La demanda solicita declaración favorable sobre estos extremos.

La cuestión de competencia fué planteada por medio de inhibitoria, y oponía a los Juzgados Municipales de Badalona (lugar de presentación de la demanda) y de Jerez de la Frontera (lugar del domicilio de la demandada). El primero entendía que es el lugar de cumplimiento de una compraventa directa existente entre el actor y la demandada el que determina el Tribunal competente, y que está acreditado que las mercancías viajaron a porte debido, hasta Jerez, por lo que es competente el Juzgado de Badalona, es decir, el de la localidad desde donde fueron enviadas. La demanda estimó que el contrato, que alega el actor, entre éste y ella, es un contrato cuya existencia hipotética está sometida a declaración judicial, por lo que no puede determinar la competencia. El Tribunal Supremo decide la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Jerez, sobre la base de la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO que en los documentos principales que se acompañan a la demanda, ninguno de los cuales va dirigido a la demandante, conjugados con los que se acompañan al escrito planteando la competencia, no permiten asegurar en su estimación, exclusivamente limitada a la resolución de la presente competencia, que las mercancías viajaban de cuenta del demandado, pues a éste, como comprador, se le abonan los gastos de transporte, lo cual, unido a que el principal problema que se debate o se va a debatir en el pleito, es determinar con quien contrató la demandada, si con el actor o en su representación, con éste sostiene, o con un intermediario en su propio nombre y por su propia cuenta, tesis de la otra parte, que dice, y aquél reconoce, que pagó la mercancía, que afirma haber comprado al mismo que la vendió, tanto que en la demanda se pretende que se declare mal hecho ese pago, y que, en consecuencia se repita, es evidente que tales cuestiones aparecen desplazadas de las naturales consecuencias o efectos de la compraventa, pues aunque en ella se originen, son marginales o anteriores a su ejecución, exceden el marco de la *Actio venditi* por cuanto son previas a su ejercicio la realidad del contrato directo entre las partes litigantes y la ineficacia del pago del precio realizado a un comercero que no es parte en el pleito, todo lo que determinan otras acciones de carácter personal cuyo cumplimiento no está radicado en Badalona, y aunque tampoco lo estuviera en Jerez, debe prevalecer el fuero del demandado, vecino, sin contradicción de ésta última ciudad, en favor de cuya jurisdicción territorial debe resolverse la competencia de conformidad con el número 1.º del artículo 62 L. E. C.

6. COMPETENCIA: CUENTA JURADA: PERICIA MÉDICA: *El procedimiento de cuenta jurada para hacer efectivos los honorarios que se dicen devengados en su calidad de perito médico en un expediente de incapacidad, tiene un eminente carácter incidental que impide pueda ser resuelto con independencia del asunto principal, sin que rija el principio de competencia en favor del lugar en que los servicios se prestaron. [Sentencia 27 junio 1957: Resuelve competencia.]*

7. **COMPETENCIA: ALIMENTOS. MUJER ABANDONADA:** *La norma de competencia del número 21 del artículo 63 L. E. C., sólo alcanza a las reclamaciones que menciona; en los demás casos, deben prestarse en el lugar en que reside el alimentista, que cuando se trata de mujer que vive separada de su marido con consentimiento de éste no es el domicilio del marido, sino donde ella tenga su residencia real, y siendo ese el lugar de cumplimiento de la obligación, dicho Juez es el competente.* [Sentencia 14 enero 1957.]

8. **COMPETENCIA: ACTA NOTARIAL DE REQUERIMIENTO EXTEMPORÁNEO:** *No puede enervar la jurisdicción del Juzgado ante el que se planteó la litis, el contenido de un acta notarial de requerimiento levantada a instancia del demandado con posterioridad a la fecha de su emplazamiento para comparecer en juicio y aportada por el mismo al promover la competencia, en cuyo documento aparece deponiendo como testigo el Agente Comercial que medió en la compraventa. Dicho testimonio no puede ser tenido en cuenta a efectos de decidir la competencia por estar producido extemporáneamente, fuera de todo cauce procesal, sin posibilidad de que de contrario se contradiga o destruya a efectos de la apreciación judicial.* [Sentencia 22 mayo 1957.]

9. **RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL:** *Está mal constituida la relación jurídico-procesal, el no haber sido demandados todos los legatarios de las pensiones, contra los cuales se solicitan las deducciones que se interesan y la ineficacia e inexistencia de las repetidas pensiones.*

RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL: PRINCIPIO: «NADIE DEBE SER CONDENADO SIN SER OÍDO»: *Al no dirigirse la acción contra todos los pensionistas a los que en la memoria testamentaria se alude, vienen a solicitarse declaraciones sobre derechos y obligaciones y condenas, en relación con personas que, al no ser demandadas, podrían resultar condenadas sin ser oídas, quebrantándose con ello el principio de derecho de que nadie debe ser condenado sin ser oído.*

PRINCIPIOS DE DERECHO: *El principio de derecho de que nadie debe ser condenado sin ser oído, es de aplicación siempre que no se halle establecida alguna excepción especial.* [Sentencia 15 octubre 1957: No ha lugar.]

10. **FALTA DE PERSONALIDAD. FALTA DE ACCIÓN:** *Tienen naturaleza y tratamiento procesal distinto; la falta de acción en relación inmediata con la causa de pedir y el título en que dicha causa, se funda, de suerte que cuando hay falta de acción y no se establece la «legitimitas ad causam», en quien provoca la iniciación del proceso, aun cuando ostente la capacidad procesal general, esta deficiencia es una cuestión de fondo, impugnabile mediante el recurso por infracción de Ley; por el contrario la falta de personalidad, cuando se desestima como excepción, únicamente es combatible como vicio sin procedendo, a través del recurso por quebrantamiento de forma, al amparo del número 2.º del artículo 1.693, L. E. C.* [Sentencia 10 enero 1957: No ha lugar.]

11. RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA: AUTO NO DEFINITIVO: *El auto que estima la excepción dilatoria de falta de reclamación previa en la vía gubernativa, no es definitivo, y por tanto, no cabe contra él recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal.* [Sentencia 18 marzo 1957: No ha lugar.]

12. EXCEPCIONES: DEFECTOS DE LA DEMANDA: *La excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, sólo puede darse cuando no se cumplan en ella los requisitos que exige el artículo 524 L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: PRECEPTOS PROCESALES: *Los artículos 504 y 506 L. E. C. (presentación de documentos), sólo pueden servir de base al recurso de casación por quebrantamiento de forma, pero no al de infracción de ley.* [Sentencia 7 marzo 1957: No ha lugar.]

13. REBELDÍA. NOTIFICACIONES EN ESTRADOS: PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA POR EDICTOS: DEFECTO DE PUBLICACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Si se omitió el requisito procesal de fijar edictos (art. 283 LEC), solamente pueden reclamar contra dicha falta los rebeldes, pero no un tercero a quien no perjudique, según expresa la S. T. S. de 14 de marzo de 1896. Dicho tercero carece de legitimación activa para recurrir.* [Sentencia 1 junio 1957: No ha lugar.]

14. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: INCONGRUENCIA: *Si bien la declaración explícita de subsistencia del censo no concede más de lo pedido porque nada añade a la condena del pago de las rentas, no ocurre lo mismo con la declaración de que el censo en cuestión sea un «censo sin dominio» porque esto sí constituye un reconocimiento o declaración de la naturaleza del censo, una clasificación en una especie determinada, que nadie había pedido y que puede tener ulteriores consecuencias jurídicas, por lo cual es evidente el defecto acusado y tiene que ser casada la sentencia por incurrir en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque únicamente en el extremo que hace esta declaración sobre la clase de censo.* [Sentencia 4 octubre 1957: No ha lugar.]

15. INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia por el hecho de que se haya basado el juzgador en pruebas presentadas por la parte contraria y no en los presentados por la actora que era a la que la incumbía probar el traspaso.* [Sentencia 22 junio 1957: No ha lugar.]

16. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: [Véanse Sentencias 30 marzo (D. c., II, 5), 13 abril (D. c., III, 20) y 3 junio 1957 (D. c., I, 31).]

17. COSA JUZGADA: *Dada la índole especial de la excepción de cosa juzgada para ser estimada debe ampararse en declaraciones precisas e indiscutibles de la sentencia en que se apoya, y nunca en meros supuestos implícitos o tácitos.* [Sentencia 6 julio 1957: No ha lugar.]

18. COSA JUZGADA: IDENTIDAD SUBJETIVA: *Existe identidad subjetiva cuan-*

do la acción en el primer pleito la ejercita un acreedor en virtud de la subrogación del artículo 1.111 del C. c., y en el segundo, el propto titular de la acción.

INCONGRUENCIA: CONTRADICCIÓN EN EL FALLO: *En buena técnica procesal, al estimarse la excepción de cosa juzgada, no hay necesidad de absolver a los demandados, pero si la Sala lo hace, no incurre en contradicción, sino en falta de lógica que no implica incongruencias.* [Sentencia 12 junio 1957: No ha lugar.]

19. **COSTAS (LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946): CONCEPTO DEL VENCIMIENTO:** *Cuando haya sido ejercida la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, aunque haya sido fundada en varias causas y de éstas solamente una se acepte, dando lugar a la resolución pedida, esto obliga a la imposición expresa de costas al vencido.* [Sentencia 1 junio 1957: No ha lugar.]

CONSIDERANDO: Que el motivo noveno, único que queda por examinar, es igualmente desestimable en atención a que no se da la infracción de los preceptos contenidos en los artículos 164 y 166 de la Ley de Arrendamientos Urbanos mantenida sobre la forma de hacerse la declaración sobre costas, ya que descansando su imposición expresa al litigante vencido en el juicio al que se hayan rechazado totalmente sus pedimentos, éste ha de entenderse en relación con la acción ejercitada y cuando ésta sea la resolutoria como en el caso de autos, aunque lo haya sido fundada en varias causas y de ésta solamente una se acepte, dando lugar a la resolución pedida, como ello no influye en el fallo condenatorio y éste obliga a la imposición expresa de costas al vencido, no puede darse dicha infracción de acuerdo con la doctrina ya sentada por esta Sala, y en tal sentido en su sentencia de 27 de febrero de 1956.

20. **POBREZA: DERECHOS PROPIOS:** *No litiga por derechos propios el demandante que reclama frente a los antiguos dueños de una industria, que la cedieron a sus dependientes, cuando el mismo actor y sus compañeros aportaron sus partes a una Sociedad cooperativa, quedando su derecho absorbido por ella.* [Sentencia 26 junio 1957.]

21. **POBREZA: CONCEPTO LEGAL:** *La petición de pobreza no entraña la simple negación de carecer de bienes quien la solicite, para acogerse a las exenciones que a los declarados así legalmente concede la L. E. C., sino que exige la afirmación o demostración que vive en las condiciones que las disposiciones de la misma determinan.*

POBREZA: CONCEPTO LEGAL: *Este beneficio sólo puede ser concedido a aquellas personas que figuren incluidas en alguno de los casos que taxativamente se mencionan en el artículo 15 de la L. E. C.*

POBREZA: DISTRIBUCIÓN DE PROFESIONES LIBERALES: *No conviene los concep-*

tos de salario y jornal a las retribuciones logradas en el ejercicio de profesiones liberales o actividades industriales y de comercio.

POBREZA: SIGNOS EXTERIORES: Apreciación: No es impugnabile en casación la facultad discrecional y no tasada que el artículo 17 concede a las Salas sentenciadoras para la apreciación de los signos exteriores que revelen el estado de fortuna de los que aspiren a la concesión del beneficio de pobreza. [Sentencia 4 julio 1957.]

2. **BENEFICIO DE POBREZA: DECLARACIÓN DE QUIEBRA:** No revela por sí sola la insuficiencia del estado económico que obligue a estimarla comprendida en la condición de pobreza legal para litigar. [Sentencias 19 junio y 3 octubre 1957.]

23. **BENEFICIO DE POBREZA:** No se puede alegar que la cantidad que gana ha de repartirla con sus hijos, cuando éstos son menores de edad viviendo a expensas y bajo la guarda del padre, y aun cuando se les asignase aquella cantidad como jornal separado y privativo el usufructo de este peculio correspondería al padre. [Sentencia 18 mayo 1957: No ha lugar.]

24. **POBREZA: PRUEBA:** Los dictámenes o informes no fuerzan al juzgador a atenerse a los mismos, sino que esta prueba es apreciada según las reglas de la sana crítica. [Sentencia 11 junio 1957.]

III. Recursos.

1. **RECURSOS: PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES:** No puede una parte recurrir contra los pronunciamientos de la sentencia que le sean favorables. [Sentencia 27 diciembre 1956: No ha lugar.]

2. **PRUEBA PEDIDA EN SEGUNDA INSTANCIA: ADMISIÓN:** Sólo es posible acceder a la prueba pericial pedida en segunda instancia, cuando se trate de hechos conocidos después del último momento en que pudieron ser alegados en la primera instancia y sean de influencia notoria en la decisión del pleito.

PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: El criterio que debe imperar en la admisión y práctica de pruebas en segunda instancia es restrictivo, no permitiendo la interpretación analógica de preceptos. [Sentencia 13 marzo 1957.]

3. **CASACIÓN: CARÁCTER DEFINITIVO DE LAS RESOLUCIONES:** No ostentan la cualidad de definitivas a efectos de casación, las sentencias dictadas en incidentes derivados de aquellos juicios y procedimientos en que, contra la pronunciación en la cuestión principal no se admite el recurso extraordinario. [Sentencia 9 marzo 1957: No ha lugar.]

4. **RECURSO DE CASACIÓN: EN INTERESES DE LA LEY:** [Véase Sentencia 28 marzo 1957 (D. c., III, 63).]

5. **PLANTAMIENTO DEFECTUOSO DEL RECURSO:** *No cabe a efectos de casación citarse conjuntamente como infringidos todos los artículos de un capítulo, sección, título o libro del Código civil.* [Sentencia 16 marzo 1957: No ha lugar.]

6. **DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *Son documentos auténticos los que además de tener las condiciones intrínsecas suficientes para adversar su legitimidad, contienen la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador.* [Sentencias 25 abril y 24 septiembre 1957.]

Este hecho ha de mencionarse de modo preciso y concreto. [Sentencia 4 mayo 1957.]

7. **ERROR DE HECHO DEL ARTÍCULO 1.692 L. E. C.:** *No tiene el carácter de documento o acto auténtico a los efectos del recurso de casación al amparo del número 7.º del 1.692 L. E. C., la inspección ocular llevada a cabo en el sumario instruido por causa del vuelco de un autobús, aun cuando tenga el carácter de documento público el testimonio de esa actuación expedido por el correspondiente secretario judicial. Los dictámenes periciales están también excluidos de las pruebas con las que se puede demostrar en casación la equivocación sufrida por el juzgador.* [Sentencia 25 marzo 1957: No ha lugar.]

8. **RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE EMPLAZAMIENTO DE TERCERO:** *Las acciones judiciales y los recursos de ellas derivados, sólo se otorgan para defender derechos e intereses propios, y por ello no puede el recurrente fundar su recurso en la falta de emplazamiento para la segunda instancia del otro demandado, a quien no representa, y de quien no constan, por estar declarado en rebeldía, cuáles sean sus excepciones y razonamientos.*

RECURSO DE CASACIÓN: CARÁCTER RESTRICTIVO: *El carácter de recurso extraordinario que tiene el de casación y por ello el rigorismo de las normas que lo rigen, no permite hacer extensivo su ejercicio por analogía, ni otras razones, fuera de los casos en que está expresamente condicionado* [Sentencia 23 marzo 1957: No ha lugar.]

9. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: APELACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS:** *Es aplicable en materia de arrendamientos urbanos, el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil y si el recurso de apelación se ha interpuesto sin tal requisito, el acto es nulo, por lo que en cualquier momento en que sea denunciada o advertida tal falta procesal, debe subsanarse, o si ya transcurrieron los plazos para apelar, declarar firme la sentencia apelada* [Sentencias 6 y 12 febrero 1957: No ha lugar en ambas.]

10. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: RECURSOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS:** *La necesidad que el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil impone de tener satisfechas o consignadas las rentas al interponer los recursos de ape-*

lación y de casación, alcanza no sólo al momento propio de formalizar el recurso, sino a todo el tiempo señalado por la Ley para poderlo hacer, y por ello dentro de dicho lapso de tiempo puede completarse cualquier requisito formal, como el del citado artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que hubiera dejado de cumplirse al presentar el recurso. [Sentencia 11 diciembre 1956: Ha lugar.]

Presentado escrito de apelación de una sentencia sin que el apelante acreditase haber satisfecho o consignado la última renta vencida, el juez de primera Instancia admitió el recurso, y es dos días más tarde, dentro del plazo de cinco que para apelar concede el artículo 171 de la LAU, cuando el apelante presentó escrito ratificando la apelación y acreditando el pago de dicha renta. La A. T. dictó auto declarando mal admitida la apelación, y firme la sentencia del Juzgado. Interpuesto recurso de súplica, se declaró no haber lugar a él. Previo recurso de queja, se llega al de injusticia notoria que el Tribunal Supremo declara haber lugar, con fundamento en la doctrina extractada.

Dice la sentencia: «... el apelante, dentro del término concedido por la Ley para recurrir, justificó estar al corriente del pago de las rentas vencidas, puesto que el término «interposición», no finaliza mientras tanto no transcurran todos los días de que se integra por ministerio de la Ley, para utilizarlo». (Considerando 2.º)

11. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: Según el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en todo procedimiento judicial por el que se acuerda el desalojo de locales arrendados, es obligación inexcusable acreditar estar al corriente en el pago de las rentas vencidas y de las a satisfacer, por anticipado o en su defecto consignar lo adeudado al tiempo de interponerse el recurso de apelación. La falta de este requisito determina siempre la inadmisión del recurso. [Sentencia 27 mayo 1957: No ha lugar.]

12. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA (LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946): LIMITACIÓN DE LAS CAUSAS DE RECURSO: La enumeración de las causas de recurso contenidas en el artículo 173 de la LAU de 1946 es exhaustiva. [Sentencia 23 octubre 1957: No ha lugar.]

13. ARRENDAMIENTOS URBANOS: El artículo 1.214 del Código civil no puede constituir base para el recurso de injusticia notoria. [Sentencia 25 abril 1957: No ha lugar.]

14. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA POR MANIFIESTO ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: La diligencia por la cual se constate el resultado del reconocimiento judicial, no es prueba documental ni pericial, ni, por tanto, puede utilizarse para acreditar el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. [Sentencia 27 mayo 1957: No ha lugar.]

15. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN: REQUISITOS: No reúne los re-

quisitos del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil un acta notarial en que se hacen constar determinadas manifestaciones de tercero en el pleito, pues dicha acta, posterior a la sentencia firme que se impugna, no pudo ser detenida por ninguna causa antes de dicha sentencia, ya que carecía de existencia, ni tampoco pudo ser recobrada después de dicha sentencia. [Sentencia 17 junio 1957: No ha lugar.]

ANTECEDENTES: Se ejercita una acción de desahucio por necesidad del propietario de una vivienda sometida a LAU, obteniéndose sentencia firme estimatoria; con posterioridad, la propietaria anterior del inmueble manifiesta en un acta notarial que había sabido que el desahuciado llegó a ser inquilino por subrogación en fecha que resulta anterior a la que sirvió de base a la selección de la vivienda para ejercitar el desahucio; el Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión interpuesto con este fundamento, ciertamente, bastante endeble.

NOTA IMPORTANTE

Llamamos la atención a nuestros lectores sobre una errata importante deslizada en la línea 19 de la página 192 (Información legislativa) del fascículo 1.º del tomo X del ANUARIO, dice: "... intentaren contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica..." Debe decir: "... intentaren contraer matrimonio civil entre sí o con persona acatólica ..."

LA REDACCION.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Las propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del Supremo*. 1957-4-967

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Invalidez de la declaración de voluntad*. 1957-4-985

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal*. 1039

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. Parte III*. 1957-4-1057

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

CREHUET, Pompeyo: *Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de Aguas de 27 a diciembre de 1956*. 1957-4-1121

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *"Pseudousufructo testamentario" y sustitución fideicomisaria*. 1957-4-1173

4. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

5. BIBLIOGRAFÍA

6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

7. JURISPRUDENCIA.