

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1959.

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLIX

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 1

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

El Derecho de familia en Alemania

(Orientaciones y tendencias desde la promulgación del BGB hasta la actualidad) (1)

CARLOS MELON INFANTE

SUMARIO: A) 1. El Derecho de familia en el BGB. 2. La reglamentación legal de la familia en el BGB y la realidad social actual.—B) 3. La evolución del Derecho civil alemán desde la entrada en vigor del BGB. Sus etapas y repercusión conceptual y legislativa de cada una de ellas en el Derecho de familia. a) Primera etapa: Desde la vigencia del BGB hasta la terminación de la Primera Guerra mundial (1900-1918). 4. b) Segunda etapa: República de Weimar (1919-1933). 5. c) Tercera etapa: Régimen Nacional-socialista. Segunda Guerra mundial (1933-1945). 6. d) Cuarta etapa: Desde la terminación de la segunda Guerra mundial. Aparición de las dos Alemanias (a partir de 1945). 7. I) República Federal Alemana. 8. II) República Democrática Alemana. 9. Breve referencia al Proyecto de Código de familia de 1954.—C) 10. El problema de la equiparación jurídica de varón y mujer. 11. Significación del principio de equiparación considerado en general y en relación con el Derecho de familia. 12. El problema de la equiparación en la República Democrática: a) Fases legislativas. b) Aspectos fundamentales. 13. El problema de la equiparación en la República Federal: a) Fases legislativas: I. Primera fase. II. Segunda fase. III. Tercera fase. b) Referencia a la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957: I. Génesis de la Ley. II. Estructura y finalidad de la Ley. c) Aspectos fundamentales de la equiparación de los sexos en el Derecho de familia según la Ley de equiparación de 1957: I. Efectos del matrimonio en general. II. Régimen matrimonial de bienes: A) Régimen legal. B) Régimen contractual. III. Obligación de alimentos entre parientes. IV. Relaciones paterno-filiales: A) En general. B) Patria potestad. C) Filiación ilegítima. D) Adopción. V. Tutela. VI. Modificaciones en el Derecho sucesorio. VII. Modificaciones en la Parte general. 14. Consideración final.

(1) La finalidad de este trabajo es ofrecer un estudio sobre el estado actual del Derecho de familia en Alemania (quizá dijéramos mejor en «las dos Alemanias») y sobre las tendencias y orientaciones que han presidido su evolución desde la promulgación del BGB hasta la actualidad, haciendo objeto de especial interés al problema de la equiparación jurídica de los sexos. Dada la materia de este estudio es fácil comprender que ha de tener un carácter esencialmente informativo, al mismo tiempo que un acusado matiz de generalidad, ya que la evolución y desarrollo del Derecho de

A) 1. *El Derecho de familia en el BGB.*—El Código civil alemán, promulgado el 18 de agosto de 1896 y entrado en vigor el 1 de enero de 1900 (2), dedica al Derecho de familia, aparte de algunas normas distribuidas a lo largo de su articulado, el Libro IV (§§ 1.297 a 1.921). El contenido de este Libro IV, fuente principal del Derecho de familia alemán y cuya configuración, como indica BEITZKE (3), se debe sobre todo a PLANCK, se distribuye en tres partes o secciones, destinadas respectivamente al

familia no es sino un aspecto o consecuencia de la evolución general del Derecho Privado. Advertimos que la redacción de este trabajo queda cerrada a fines de abril de 1958; hasta entonces, pues, alcanzan las citas y datos indicados. Las abreviaturas utilizadas han sido las siguientes: ACP = Archiv für die civilistische Praxis; AOR = Archiv des öffentlichen Rechts; ASP = Arbeit und Sozialpolitik; BadWürttNotZ (BWNNotZ) = Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat Baden-Württemberg; BB = Der Betriebs-Berater; Betrieb = Der Betrieb; BetrV (BV) = Betriebsverfassung; DGVZ = Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung; DNotZ = Deutsche Notar-Zeitschrift; DOV = Die öffentliche Verwaltung; DRiZ = Deutsche Richterzeitung; DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift; DVB = Deutsches Verwaltungsblatt; EF (FamRZ) = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GmbH-Rundschau = Gesellschaften mit beschränkter Haftung-Rundschau; JB = Juristische Blätter; JR = Juristische Rundschau; Justiz = Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg; JW = Juristische Wochenschrift; JZ = Juristenzeitung; KKZ = Kommunale Kassen Zeitschrift; KTSW = Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen; MDR = Monatschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz. Zeitschrift für Recht und Rechtswissenschaft (Alemania Oriental); NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OAKR = Osterreichische Archiv für Kirchenrecht; RA = Recht der Arbeit; RabelsZ = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; Recht GmbH = Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung; RJ = Recht der Jugend; RL = Recht der Landwirtschaft; Rpfleger = Der Deutsche Rechtspfleger; SchlHolstsAnz = Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein); SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung; StAZ (StaZ) = Das Standesamt, Zeitschrift für das Standesamtswesen; UJ = Unsere Jugend; VersR (VR) = Versicherungsrecht; ZBeaR = Zeitschrift für Beamtenrecht; ZBlJugR = Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt; ZBISozV (ZBISV) = Zentralblatt für Sozialversicherung; ZFW = Zeitschrift für der Fürsorgewesen; ZMR = Zeitschrift für Miet und Raumrecht; ZSchwR (ZSR) = Zeitschrift für Schweizerisches Recht; ZZZP = Zeitschrift für Zivilprozess. Todas estas revistas se citan por año y página, salvo el ACP que, siguiendo la costumbre alemana, se cita por tomo y página; los años correspondientes a los tomos citados de esta revista son éstos: tomo 150, 1951; tomo 151, 1952; tomo 152, 1953, tomo 153, 1954; tomo 154, 1955; tomo 155, 1956; tomo 156, 1957; tomo 157, 1958. Otras abreviaturas empleadas son las siguientes: BGB = Código Civil Alemán; GG = Ley Fundamental de Bonn de 1949; ZPO = Ordenanza Procesal Civil Alemana; DDR = República Democrática Alemana (Alemania Oriental); BR (BRD) = República Federal Alemana (Alemania Occidental).

(2) Sobre las vicisitudes de elaboración de este Código cfr., por ejemplo, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 14.ª ed., Vol. I. Tubinga, 1952, 30-36, especialmente 32-35.

(3) BEITZKE: *Familienrecht. Ein Studienbuch*, 4.ª ed. Munich-Berlín, 1955, 5.

matrimonio, al parentesco (parentesco en general y filiación) y a la tutela.

La regulación que del Derecho de familia ofrece el BGB se caracteriza por *dos notas fundamentales*, cuyos ecos resuenan con frecuencia en distintos lugares de la ordenación. Estas dos notas o características, que en cierto modo no son sino una consecuencia de los principios ideológicos a que el Código responde, fruto de la época de su elaboración (4), son las siguientes: a) carácter patriarcal y conservador; b) carácter transaccional. El carácter patriarcal y conservador que ofrece la familia, tal como ésta se configura en el BGB, ha sido puesto de manifiesto insistentemente por los autores alemanes. «El Derecho de familia (del BGB), nos dice LANGE, parte del matrimonio como base y fundamento de la familia, viendo en el marido y padre el jefe de esta comunidad...» (5). De una manera más clara alude expresamente al carácter patriarcal de la familia en el BGB, BEITZKE: «En el BGB, lo mismo que en las grandes codificaciones europeas, el Derecho de familia conserva todavía su carácter patriarcal tradicional» (6).

(4) Desde el punto de vista de la *técnica jurídica*, el BGB se caracteriza por estas peculiaridades: a) Ausencia de casuismo, con predominio de los principios abstractos; b) Aguda y penetrante formulación de los conceptos; c) Acusado rigor técnico en la construcción de las instituciones jurídicas; d) Rigor terminológico. Desde el punto de vista *moral* otorga el carácter de norma directriz en las relaciones humanas a la idea de la «fidelidad y la buena fe» (Treu und Glauben). Ello explica que el § 242 haya sido considerado, en la interpretación constructiva del Código, como una de sus normas básicas (Cfr. sobre esto WIEACKER, *Zur rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tubinga, 1956. Cuaderno 193-194 de la serie *Recht und Staat*). También desde el punto de vista *moral* se advierte en el BGB una tendencia profundamente moralizadora y educativa de las costumbres. Considerado desde la vertiente *político-social y económica*, el Código responde al orden económico privado imperante en la época de su redacción: el orden individualista; pero un orden individualista mantenido en general dentro de los límites justos. Cfr. sobre estas cuestiones MELON INFANTE, *Código Civil Alemán* (BGB), traducción directa del alemán al castellano por ——. Barcelona, 1955, XI-XII. Pueden consultarse también LEHMANN: *Parte General*, trad. española de la 7.ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1956, 57-61; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 2.ª ed., Munich-Berlín, 1955, 18-23; ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 51 y sigs.; DANCKELMANN, en PALANDT, *BGB. Kurskommentar*, 16 ed., Munich-Berlín, 1957, 3-4. Más ampliamente, BGB.RGR Kommentar (*Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*), tomo I, 10.ª ed., por DENECKE y OEGG, Berlín, 1953, 8 y sigs. De las características que adornan al BGB son, sobre todo, las peculiaridades técnico-jurídicas las que han hecho de él más que un Código popular un Código para juristas. Una fría técnica preside todo su contenido; por lo menos la mayor parte del mismo.

(5) LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 21.

(6) BEITZKE: *Familienrecht*, 3. Inmediatamente a continuación añade: «Junto a esta circunstancia la emancipación de las mujeres, el trabajo de éstas en la vida profesional y en puestos importantes del Estado ha llevado a una equiparación jurídica de los sexos en el Derecho de familia, la cual equiparación fué considerada como norma programática en el ar-

En términos parecidos se manifiesta LEHMANN, cuando dice: «El BGB, fiel a la moral de la época, conserva la monogamia y el concepto patriarcal (y cristiano) del matrimonio, de acuerdo con el que el marido y padre tiene cierta posición preeminente» (7). Por último, es BOEHMER quien nos habla en cierto modo de un «patriarcalismo conservador» como nota que tiñe el Derecho de familia en el BGB (8).

Decíamos más atrás que la segunda nota que ofrece el Derecho de familia en el BGB es su carácter transaccional o de compromiso. Sus normas debieron dictarse haciendo frente a dos grupos de fuerzas contradictorias: la Iglesia y el Estado por una parte (9) y las corrientes feministas y antifeministas por otra. «El Derecho de familia del BGB, nos dice WOLFF, se forma en medio de profundas y acaloradas discusiones. Ante todo, se planteaban dos problemas cuya naturaleza podía encender la lucha con más encono que respecto a las otras partes de la Ley. Uno de estos problemas afectaba a las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la esfera del Derecho matrimonial y, en particular, a qué actitud debía tomar el Estado frente a la Iglesia católica en las cuestiones de los impedimentos para el matrimonio, de la forma de contraerlo, de la admisión de las causas, en su caso, para el divorcio.

título 119 de la Constitución de Weimar, y elevada al rango de Derecho vigente en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn (en relación con el 117) y en el artículo 7 de la Constitución de la DDR de 7-X-1949.» Cfr. BEITZKE, 3-4. Sobre esta cuestión de la equiparación hemos de volver más adelante con amplitud.

(7) LEHMANN: *Parte General*, 59.

(8) «Descrito a grandes pinceladas, dice este autor, a pesar de la secularización del matrimonio y de la educación de los hijos y no obstante la debilitación de los lazos familiares personales y reales, el cuadro del Derecho de familia muestra todavía predominantemente unos rasgos fundamentales, en parte de carácter patriarcal-conservador y en parte de carácter benéfico-estatal; sin embargo, en el curso de más de cincuenta años de existencia de la Ley, a estos rasgos fundamentales se han ido superponiendo, sobre todo en materia de Derecho relativo a la Juventud (*Jugendrecht*), unas tonalidades de tipo socializante y liberal, y en el futuro, bajo los signos de la equiparación de la mujer y de los hijos ilegítimos, los indicados rasgos fundamentales deben irse tiñendo de un colorido alimentado tanto del Derecho natural como de las modernas tendencias sociales.» Cfr. BOEHMER: *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tubinga, 1954, 79-80.

(9) Después de haber indicado que el Estado moderno no puede inhibirse de la reglamentación del matrimonio, afirma BEITZKE que el BGB adoptó en este aspecto, después de una prolongada lucha, la vía del compromiso. «Si bien es cierto que el Código ha mantenido el casamiento civil obligatorio que ya había sido introducido por la Ley sobre el estado de las personas de 1875, también lo es que en el llamado «Kaiserparagraph» (§ 1.588) determina que las obligaciones eclesiásticas en relación con el matrimonio quedan intactas. De esta forma el Derecho matrimonial eclesiástico y el estatal pueden coexistir, desenvolviéndose cada uno en su ámbito específico.» Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 1. Sobre el «Kaiserparagraph» cfr. LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurkommentar*, § 1.588, 1.214.

El otro problema, que constituía un aspecto del problema general del feminismo, se refería a la posición jurídica de la mujer y de la madre en el orden personal y patrimonial. Durante mucho tiempo pareció que, sobre todo, el primer problema hacía peligrar totalmente la aprobación del BGB o al menos la regulación del aspecto personal del matrimonio dentro del Código. Aunque el peligro haya sido superado, el Derecho de familia, más que cualquier otra parte del BGB, tiene el carácter de una Ley transaccional y lleva impresas las huellas de la lucha» (10). En sentido análogo se expresa LEHMANN (11). Este carácter transaccional por un lado y la frialdad en la formulación de los conceptos por otro (12) son quizá las razones por las que el Derecho de familia del BGB nunca ha sido plenamente popular; el pueblo «no entraba» en los moldes legales. «La fría y objetiva formulación es poco comprensible desde el punto de vista humano y por ello nunca ha llegado a ser del todo popular» (13).

Indicadas ya las notas que adornan a la reglamentación positiva de la familia en el BGB, veamos brevemente cómo se nos presenta la *estructura del organismo familiar* en dicho cuerpo legal. El BGB carece de un concepto de la familia expresamente formulado y es preciso extraer de sus disposiciones los principios que nos permitan deducir qué estructura se atribuye en él al organismo familiar. Es frecuente afirmar que en la reglamentación legal de la familia en el BGB se observa una ausencia casi absoluta de sentido comunitario: la familia, más que como una comunidad, se considera como una mera suma o yuxtaposición de individualidades, no vinculadas entre sí a través de un sentido comunitario, sino únicamente como consecuencia de unos derechos

(10) Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, ed. española de PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER-CASTÁN, vol. I, Barcelona, 1941, 1-2.

(11) «En sector alguno del Derecho privado se enfrenta el legislador con más difícil misión que en el Derecho de familia. En ningún otro son más fuertes los contrastes ni actúan más las fuerzas extrajurídicas. Y es que aquí se encuentran en contradicción lo individual y lo supraindividual; tendencias morales, concepciones de la vida frente a la rígida ordenación legal; idiosincrasia nacional y pensamientos finalistas; Iglesia y Estado; los sexos y las generaciones; la economía individual y la economía social; los intereses particulares y las exigencias sociales del bien del Estado; la salud y la educación del pueblo». Difícilmente podría encontrarse una descripción más feliz del cúmulo de problemas con que el legislador ha de enfrentarse al abordar la reglamentación legal de la familia. «En ningún otro sector—continúa LEHMANN—tiene por ello el Derecho positivo que presentarse al juicio crítico como una incorporación de la eterna tradición. Para el BGB rige de modo especial lo que antecede por tratarse de la obra de compromiso de una época de transición.» Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, trad. de la 2.^a ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1953, 20. Cfrs. la consideración más detallada de algunos de los puntos concretos indicados en 21, 23, 24, 25, 26, 28 y sigs.

(12) Cfr. más atrás nota 4.

(13) BEITZKE: *Familienrecht*, 5. A la reglamentación de la familia en el BGB, lo mismo que a la reglamentación de otras muchas materias en dicho Código, le falta «calor humano».

y deberes que como tales individualidades les corresponden. Como representantes de esta forma de pensar pueden citarse, entre otros, LAUTERBACH y BEITZKE. El primero de estos autores, después de haber afirmado que la familia y el matrimonio son la base fundamental de la vida de la comunidad, y que sobre ambas instituciones se constituye el Estado y el Municipio, nos dice: «El BGB. no contiene determinación conceptual alguna sobre la familia, ni parte tampoco de ésta como comunidad, sino que, por el contrario, se limita a considerar los derechos y deberes de los miembros de la familia como personas individuales. Por esta razón, el Código tan sólo ve en la familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio y el parentesco...» (14). En términos análogos expresa la misma idea BEITZKE: «En su reglamentación, el BGB no parte de la unidad de la familia y de la situación de sus miembros como pertenecientes a una comunidad, sino que parte de considerar a los miembros de la familia como individuos aislados que se relacionan recíprocamente en un plano de igualdad desde el punto de vista jurídico» (15). Semejante forma de enfocar, en su conjunto, la estructura de la familia; tal como ésta queda configurada en el Código alemán, nos parece exagerada, aunque en el fondo encierre una elevada dosis de exactitud. Es cierto que, en el BGB, lo mismo que en la mayoría de los Códigos modernos, la familia no tiene ya esa fuerza cohesiva de que disfrutó y sobre la que se apoyaba en otros períodos históricos, y en la que tan decisivo papel desempeñaba la «casa» (Haus) como soporte material sobre el que se constituía la comunidad doméstica (*Hausgemeinschaft*). Ahora bien, afirmar por esta circunstancia que en el BGB está concebida la familia con una ausencia total de la idea comunitaria nos parece inexacto y sin suficiente justificación. Lo que sucede es que es preciso distinguir, a efectos de determinar si la idea

(14) «Sin embargo, continúa el citado autor, la Ley no utiliza el concepto de una manera unitaria: en un sentido más estricto se emplea, por ejemplo en el § 6, número 2. Todavía con un alcance más restringido se comprende bajo el concepto en cuestión tan sólo a los cónyuges y a sus hijos. Más amplio que la familia es el concepto «Angehörigen» (parientes), tal como se utiliza, por ejemplo, en el § 530... La comunidad doméstica puede abarcar a personas no pertenecientes a la familia, §§ 617-619, 1.617, 2.028; por la comunidad en cuestión no se originan relaciones jurídico-familiares. El Derecho de familia, en el sentido de BGB, es el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones jurídicas entre personas unidas por el matrimonio o el parentesco» (y surgidas, añadimos nosotros, como consecuencia de ese matrimonio o ese parentesco). Cfr. LAUTERBACH en PALANDT: BGB. *Kurzkommentar*, 1.079-1.080.

(15) «Por ello—continúa BEITZKE—la Ley intenta deslindar y asegurar los derechos recíprocos de los miembros de la familia. Se ocupa, en primer lugar, de las relaciones jurídico-personales del marido con la mujer y de los padres con los hijos. Sin embargo, de la situación dentro de la familia se derivan también diversas consecuencias de carácter jurídico-patrimonial, como los deberes de alimentos y las relaciones patrimoniales, surgidas de la administración del patrimonio del hijo o de la administración o aprovechamiento del patrimonial del otro cónyuge.» Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 2.

de la comunidad tiene o no reflejo en la reglamentación positiva del organismo familiar, dos tipos de familia completamente distintos: la *Grossfamilie* o familia en sentido amplio y la *Kleinfamilie* o familia en sentido estricto. Tal es la postura de BOEHMER, que no vacilamos en subscribir. Mientras que en la primera existe tan sólo una mera suma de relaciones interindividuales, en la segunda se aprecia con toda claridad una auténtica y genuina comunidad jurídica: una *echte Rechtsgemeinschaft*. «La descomposición de la vida jurídica de la familia, nos dice el autor citado, en una suma de relaciones aisladas interindividuales corresponde ciertamente al aspecto fáctico del parentesco en sentido amplio y de la afinidad en sentido amplio (*weitere Verwandtschaft* y *weitere Schwägerschaft*): en ambas clases de parentesco no existe ya en la realidad comunidad jurídica alguna, sino tan sólo una serie desligada de relaciones aisladas interpersonales de carácter autónomo, que se agotan en el deber recíproco de alimentos que afecta a los parientes (§ 1.601 BGB). Ahora bien, esto que queda indicado no puede predicarse por completo de la *Kleinfamilie* o familia en sentido estricto que se apoya en el «círculo estricto» (*engere Kreis*) constituido por los cónyuges y los hijos, con inclusión tanto de los hijos adoptivos como de los hijastros (16). En esta última clase de familia, continúa BOEHMER, subsiste aún hoy, a pesar de todas las modernas tendencias disolventes, una genuina comunidad jurídica que agrupa a todos sus miembros en una distribución funcional de cometidos para la común gestión de la vida y desarrollo económico, y que no puede considerarse conceptualmente como una mera suma de relaciones individuales» (17). Esta posición nos parece la exacta respecto a la estructura de la familia en el BGB, si bien ha de reconocerse, con el propio BOEHMER, que el carácter comunitario de la familia en sentido estricto no siempre resulta fácilmente reconocible en la reglamentación legal: se trata de una comunidad que no constituye una persona jurídica, ni que tampoco da lugar a un tipo de comunidad en mano común, sino que se apoya tan sólo en una tenue vinculación originada a través de unos deberes recíprocos de carácter personal y jurídico obligatorio (18). A nuestro juicio, la prueba más clara de que, con referencia a la familia en sentido estricto, late en el espíritu del BGB la idea de comunidad nos la ofrece su § 1.353 que

(16) Sobre el «círculo estricto» y el «círculo amplio» en el Derecho histórico alemán, distinción que creemos recogida en las palabras de BOEHMER al referirse, por un lado, a los parientes en sentido amplio y, por otro, al «círculo estricto», Cfr. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de la 3.^a ed. alemana por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, 281-282. Cfr. también la versión alemana de esta obra: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1949, 178-179. Además, MITTEIS: *Deutsches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 2.^a ed., Munich-Berlín, 1953, 45-46; HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Leipzig, 1919, 626-629.

(17) BOEHMER: *Einführung*, 91.

(18) BOEHMER: *Einführung*, 91.

impone, recíprocamente, a los cónyuges la obligación de una *comunidad* matrimonial de vida (19).

2. *La reglamentación de la familia en el BGB y la realidad social actual.*—La configuración positiva de la familia en el Código civil alemán, adornada de las características y con la estructura que hemos dejado descrita, no se corresponde por completo con la realidad social actual. Entre la familia legal cristalizada en los textos del Código y la familia real ofrecida por la realidad existen profundas diferencias, que se han ido acentuando con el transcurso de los casi sesenta años de vigencia del BGB. Es muy discutible si, en la época de promulgación de éste, su regulación de la familia correspondía a la realidad; pero lo que ha de admitirse sin discusión es que la familia actual en Alemania es muy distinta a la que «pensaron» los redactores del libro IV del Código.

¿A qué se debe este dualismo entre realidad y legalidad? La respuesta surge en seguida con absoluta precisión y sin dejar lugar a dudas: el hecho de que la Ley y la vida sigan a veces distintos derroteros es debido a una circunstancia que se manifiesta en un doble sentido. En primer lugar, aun suponiendo que las Leyes en el momento de su elaboración estuvieran en plena concordancia con la vida real, ésta evoluciona mucho más deprisa y pronto «deja atrás» a los textos legales. En segundo lugar, lo que ocurre, y esto puede afirmarse incuestionablemente de la mayoría de los Códigos redactados en el siglo pasado, es que las Leyes «nacen ya viejas» debido a que casi siempre son más un fruto del pasado que una proyección para el futuro. El BGB no constituye una excepción en este aspecto. Como con plena razón ha dicho WIEACKER, refiriéndose a este cuerpo legal, «comparte la tragedia de tantas Leyes notables que son fruto y no simiente de las grandes tendencias jurídicas» (20).

Lo que queda indicado, unido a la falta de popularidad de la regulación (21), pronto hizo necesario que ésta, unas veces por

(19) Cfr. sobre el alcance y significación de esta obligación a la «comunidad matrimonial de vida», BEITZKE: *Familienrecht*, 38-50; LEHMANN: *Derecho de familia*, 99-102; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 189-191. Tratamiento con más amplitud, LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurskommentar*, § 1.353, 1.090-1.093; MARCHTALER: *Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz*, 1932. Breves referencias pueden encontrarse también en MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 4.^a ed., Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1949, 85-86.

(20) Cfr. WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Gotinga, 1952, 288. En sentido análogo se expresa BOEHMER cuando afirma que «el BGB no sólo en su sistemática, técnica legal y estilo, sino también en su espíritu político, social y económico es más un hijo del siglo XIX que una madre del siglo XX... Elaborado al final de un período de fecunda producción en la Ciencia jurídica, el Código, con la mirada puesta en el pasado, reúne los tesoros de aquélla, y sólo en alguna ocasión añade a ellos materiales proyectados hacia el futuro.» Cfr. BOEHMER: *Einführung*, 78; también 90-91.

(21) Cfr. más atrás. Además, BEITZKE: *Familienrecht*, 5; ENNECERUS-

la vía de la interpretación constructiva y correctiva y otras mediante promulgación de Leyes especiales (22), se fuese adaptando a las nuevas realidades y a las modernas tendencias, que tantos y tan importantes impactos van causando en el Derecho de familia (23). La evolución de la familia, que cristaliza en su lenta pero profunda transformación (24), se opera fundamentalmente a través de tres circunstancias, cuya presencia en la sociedad moderna tiene por completo los rasgos característicos de la ordenación legal de la familia. Las tres circunstancias a que nos referimos son éstas: a) el creciente intervencionismo del Estado en el desarrollo y organización de la familia, que se traduce con frecuencia en una abundante legislación protectora y de fomento de carácter necesario y, en ocasiones, de naturaleza pública (25); b) el mejoramiento de la posición jurídica de la mujer en el seno de la comunidad familiar, mejoramiento que comenzó teniendo un mero eco constitucional y programático y que hoy cristaliza ya en la legislación (26); c) la debilitación de la cohesión familiar, en la cual

NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. I, 51, y la bibliografía citada en las notas 1, 2 y 3 de esa página.

(22) A las disposiciones más importantes dictadas en materia de Derecho de familia, desde la entrada en vigor del BGB hasta los momentos actuales, nos hemos de referir más adelante.

(23) Sobre las vicisitudes del que podríamos llamar «desarrollo progresivo» (*Fortentwicklung*) del BGB, en general y sin especial referencia al Derecho de familia, pueden consultarse los trabajos de ISELE: *Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch*, ACP, 150, 1 y sigs.; KISCH: *50 Jahre BGB*, NJW, 1950, 1; DÖLLE: *Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart*, Tubinga, 1950 (Cuaderno 152 de la serie «Recht und Staat»). Además, el volumen dirigido por NIPPERDEY: *Fünfzigjahrfeier des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1950, y BOEHMER: *Einführung*, 65-83.

(24) Transformación que en cierto modo puede calificarse de «descomposición», como hace WOLFF al considerar la historia de la familia como la *historia de su descomposición*. Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 2.

(25) «En la vida familiar—dice LEHMANN—confluyen la vida del individuo y la vida de la sociedad, y de ahí que el Derecho de familia sea aquel sector del Derecho privado donde mayores limitaciones ha de soportar la libertad individual. Ello, en primer término, en interés del progreso mismo de la familia; pero, además, y de modo indirecto, en interés de la sociedad y del Estado, construídos sobre la célula familiar. Y es que la vida y la evolución de un pueblo, su progreso económico y su situación política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar. La familia es fuente constante de renovación del cuerpo social.» Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 28-29. BOEHMER, después de recoger las palabras de WOLFF, según las que la historia de la familia no es sino la historia de su descomposición (cfr. más atrás, nota 23), afirma que al propio tiempo la historia de la familia es la historia «de su mezcla paulatina con el *ius cogens* estatal y con unas facultades oficiales de inspección e intervención». A pesar de lo cual, prosigue el autor citado, la familia ha conservado hasta hoy en sus aspectos fundamentales su carácter de institución jurídica de Derecho civil, adornada, de una parte, de una naturaleza patriarcal y conservadora y, de otra de un sello liberal y de autonomía privada.» Cfr. BOEHMER: *Einführung*, 83; también 84-85.

(26) «El feminismo actual—nos dice también LEHMANN—se refiere, en

puede tener una cierta influencia la justa mejora que se aprecia en la situación jurídica de los hijos ilegítimos (27) (28).

primer término, a la evolución económica, y cabe afirmar que se trata de un impulso de la mayor importancia para la configuración del Derecho de familia. En la época de la promulgación del BGB se encontraba el movimiento feminista en sus comienzos. Después de haber alcanzado sus aspiraciones, por lo que se refiere a la equiparación política de la mujer y a su participación en los cargos públicos, se esfuerza por obtener la absoluta equiparación con el hombre en materia jurídico privada y en orden al Derecho de familia. Ya el BGB prestó cierta comprensión a tales aspiraciones, pero sosteniendo fundamentalmente el principio del matrimonio patriarcal y cristiano (sobre esto cfr. más atrás núm. 1). Según ello el matrimonio es una unión entre personas de igual valor, pero no de iguales derechos. La preordenación jurídica corresponde al marido, tanto en las relaciones con la mujer como con los hijos. Frente a esto sostienen los partidarios del feminismo el principio de un matrimonio estrictamente individualista, exigiendo la total eliminación del predominio del marido». (Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 26-27). A continuación, después de recoger el principio programático de la Constitución de Weimar que proclamaba la igualdad de derechos de ambos sexos, el autor que nos ocupa se extiende en consideraciones sobre la necesidad de reformar el Derecho de familia, en base a la equiparación de marido y mujer (LEHMANN escribía esto en 1948, año de la 2.^a edición de su *Familienrecht* posteriormente vertido al castellano). En 1949 la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 3, consagra el principio de «equiparación jurídica» de marido y mujer y no sólo de forma programática, sino dotándole incluso de una cristalización legislativa (cfr. art. 117). Semejante cristalización tuvo en principio un mero carácter negativo, puesto que se tradujo en una derogación de normas que no fué acompañada de la promulgación de las que habían de sustituirlas. Posteriormente, y después de una lenta gestación, se ha dictado la Ley de 18-VI-1957, que ofrece el desarrollo legislativo del principio constitucional de «equiparación jurídica» de marido y mujer plasmado en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sobre el principio de equiparación y los problemas que ha traído consigo (sobre todo hasta la promulgación de la Ley citada) volveremos más adelante. De momento cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XIX-XXI.

(27) «Pocas cuestiones—afirma BEITZKE—plantean a una adecuada regulación por parte del Ordenamiento jurídico tantas dificultades como las que lleva aparejadas el problema de los hijos legítimos. Precisamente por ello las soluciones que se dan a este problema en los distintos Derechos son tan profundamente diferentes. Las normas del BGB son poco satisfactorias, puesto que en este punto se respira en él, mucho más que en sus restantes partes, el espíritu de una época completamente superada. Es preciso reconocer la necesidad de proteger la divinidad del matrimonio; ahora bien, esta meta no justifica lo suficiente la dura imposición de que se hace objeto a los hijos ilegítimos; es cierto que éstos existirán siempre y con una amonación en su posición jurídica. Pero en todo caso es falso y absurdo hacer sufrir al propio hijo las consecuencias derivadas de las circunstancias en que tuvo lugar su nacimiento. Al hijo ilegítimo deben serle ofrecidas, por lo menos, las mismas posibilidades de desarrollar su vida que las que se ofrecen al hijo legítimo, aunque, por otra parte, su situación jurídica, por una serie de circunstancias en las que ha vivido, no pueda equipararse por completo a la que ocupa la descendencia legítima. Además como los padres, tratándose de hijos ilegítimos, se desentienden con frecuencia de la necesaria educación común para el hijo, éste queda especialmente necesitado de protección...» «El BGB, añade a continuación el autor citado, regula la posición jurídica de los hijos ilegítimos de una manera del todo insatisfactoria desde el punto de vista de nuestra mentalidad jurídica actual. A partir del

En los apartados siguientes, al referirnos a la repercusión que ha tenido en el Derecho de familia cada una de las etapas de la evolución del Derecho civil alemán a partir de la vigencia del BGB, quedará indicada la plasmación legislativa de cada una de las circunstancias apuntadas.

B) 3. *La evolución del Derecho civil alemán desde la entrada en vigor del BGB. Sus etapas y repercusión conceptual y legislativa de cada una de ellas en el Derecho de familia.* a) *Primera etapa: Desde la vigencia del BGB hasta la terminación de la Primera Guerra Mundial (1900-1918).*— La evolución del Derecho civil alemán, a partir de la entrada en vigor del BGB, se caracteriza por dos hechos que se producen inexorablemente en todos los países de Derecho codificado. El texto fundamental en que plasma el Derecho privado está constituido por el Código civil res-

artículo 121 de la Constitución de Weimar el mejoramiento de la posición de los hijos ilegítimos es un programa constitucional» (vid. también art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn y art. 31 de la Constitución de la DDR). Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 140-141 y bibliografía allí citada. La Ley de protección a la juventud de 1922 ha introducido ciertas mejoras en la situación de los hijos ilegítimos. Ha habido también proyectos oficiales de reforma de la Legislación en este punto en 1925, 1929 y 1935, y de carácter privado en 1929 y 1935. Sobre esto, BEITZKE: *Familienrecht*, 141. Cfr. también apreciaciones breves sobre la cuestión en LEHMANN: *Derecho de familia*, 364-371 (bibliografía en 371); KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, edición española de PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER-CASTÁN, vol. 2, Barcelona, 1946, 18r y sigs. con bibliografía; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 143-149 (bibliografía 143-144); LAUTERBACH, en PALANTD: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), 1276 y sigs.; BOEHMER: *Einführung*, 112-114.

(28) La producción bibliográfica alemana en torno a la transformación de la familia y a las tendencias y postulados que condicionan su estado actual es muy abundante. Sirva de ejemplo la que recogemos a continuación: HARING: *Sociologie der Familie (Die Familie und ihre Umwelt)*, Salzburgo, 1954; SCHESLSKY: *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart*, 3.ª ed., Stuttgart, 1955; WURZBACHER: *Leitbilder gegenwertigen deutschen Familienlebens*, 2.ª ed., Stuttgart, 1954; LECLERQ-BOUDET: *Die Lage der Familie in Europa (Krise und Erneuerung der Familie, Familienaktion und Familienpolitik)*, en «Dokumente», 1952, 6, 438 y sigs.; FICKER: *Über die Bewahrung familienrechtlicher Grundbegriffe*, *StZ*, 1952, 217; WURZBACHER: *Wandel und Bedeutung der Familie in der modernen Gesellschaft*, en cuaderno 13 de la serie «Kirke im Volk»: *Die Familie im Umbruch der Gesellschaft* (Stuttgart, 1954), 4; CZERNIK: *Europäische und deutsche Familienaktion und Familienorganisationen*, ibidem, 21; GECK: *Gestalt und Gestaltung der Familie (Einführung in die Familiensoziologie und Familienpolitik)*, en *Carl-Sonnenschein-Blätter*, 1954, 94; RANKE: *Evangelische Aktionsgemeinschaft für Familienfragen: Leitsätze für familiengerechte Politik*, *EF*, 1954, 9; MAUNZ: *Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (art. 6 GG), *EF*, 1956, 1; JOSTOCK: *Wandlungen im soziologischen Bild der deutschen Familie*, en «*Stimmen der Zeit*», tomo 153, 334 y sigs. Puede consultarse también el escrito aparecido en la «*Herder-Korrespondenz*», *Der Kampf um die Familienrechtsreform in der Bundesrepublik*, año VII, abril 1954, págs. 340 y sigs.

pectivo que, no obstante las modificaciones que pueden afectarlo, en el fondo continúa *siendo el mismo* en tanto no se produzca su derogación en bloque. El segundo de los hechos apuntados surge como consecuencia lógica y atenuadora del anterior. Precisamente por la circunstancia de que el Código continúa siendo el mismo, a través de muy diversos escenarios sociales y políticos, sus disposiciones han de irse adaptando a las nuevas realidades jurídicas en que han de desenvolverse. Esta labor de adaptación se realiza fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia (29) y en parte también por el propio legislador.

La evolución del Derecho privado en Alemania, desde el año 1900, se consuma en unas etapas o fases perfectamente diferenciadas y cada una de ellas consecuencia inmediata de los acontecimientos políticos y sociales que, en lo que va de siglo, se han producido en el país. Con referencia al BGB la línea directriz de la evolución viene dada por una progresiva (hasta el régimen nazi), desmesurada (nazismo) y de nuevo adecuada atenuación (a partir de 1945) de los principios individualistas a que el Código responde (30) (31).

Refirámonos ahora a estas fases o etapas a que acabamos de hacer referencia.

a) La *primera de estas etapas* abarca desde la entrada en vigor del BGB hasta la terminación de la Guerra Europea (1900 a 1918). En el terreno de los principios se caracterizan estos primeros años de vida del Código por un acusado positivismo conceptual, consecuencia en cierto modo de la admiración inicial que el gran monumento legislativo produjo en la doctrina y en la juris-

(29) Quizá el ejemplo más característico del alcance que puede tener esta misión doctrinal y jurisprudencial, en relación con el texto de la Ley, nos lo ofrece el mecanismo y configuración que hoy se atribuye al principio general de «fidelidad y buena fe» (*Treu und Glauben*) en las relaciones humanas, extraído del § 242 del BGB. Cfr. sobre esto el trabajo de WIEACKER citado en la nota 4. Además, DANKELMANN, en PALANDT, en BGB. *Kurzkommentar* (16.^a ed., 1957, § 242. 178-188; DENECKE-OEGG, en *BGB.RGRKommentar*, I, 10.^a ed., 1953, § 242, 439-452; BOEHMER: *Einführung*, 69, 81, 82, 150, 248, 250-251; ENNECCERUS-LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*, 14.^a ed., Tubinga, 1954, 17-22; BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrecht*, Berlín, 1953, 21 sigs. y 152 sigs.; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, Munich-Berlín, 1953, 78-89; MOLITOR: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., Munich-Berlín, 1955, 13-16. En todas estas obras se ofrece importante información bibliográfica. Entre las monografías más recientes pueden citarse EICHLER: *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tubinga, 1950, sobre todo 13-36; HUECK: *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, Munich, 1947. Se encuentran también referencias a la cuestión en ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956, 65, 96, 221.

(30) Cfr. sobre esto nota 4. Interesantes y amplias consideraciones sobre el individualismo en el BGB en DENECKE-OEGG: *BGB.RGRKommentar*, I, 8 sigs. Cfr. además, sobre la evolución del BGB, las referencias ofrecidas en la nota 23.

(31) Prescindimos, por el momento, de lo que ocurre en la República Democrática Alemana (Alemania Oriental).

prudencia (32). Este positivismo se va atenuando después paulatinamente a impulsos de las tendencias que, ante todo, toman en cuenta el propósito y la finalidad de la Ley y la necesidad de lograr la solución equitativa en el caso concreto: Jurisprudencia de intereses y Escuela del Derecho libre. «El primer decenio después de la entrada en vigor del BGB, afirma LANGE, se caracteriza por el positivismo conceptual. La doctrina y la jurisprudencia, admiradas por la gran obra, la apuraban en toda su amplitud y se subordinaban a su voluntad. Sin embargo, cuanto más progresaba la evolución y cuanto más la jurisprudencia iba enlazando unas a otras sus decisiones, tanto más se iba debilitando la vinculación estricta a la voluntad del legislador. En la ciencia jurídica y en la jurisprudencia el método del positivismo conceptual, que derivaba sus decisiones de una forma lógico-conceptual del concepto y de la expresión de la Ley, iba siendo desplazado cada vez más por otros métodos que para la aplicación, extensión y restricción de la norma se atenían al propósito y a la finalidad de ésta sabidos y queridos, y que, como jurisprudencia de intereses, convertían en regla de conducta de la interpretación y aplicación de la Ley la valoración de los intereses tenidos en cuenta por ella. Ya antes de la Primera Guerra Mundial la Escuela del Derecho libre, yendo todavía más lejos, exigió, en lucha contra el positivismo conceptual, atribuir el rango preferente a la decisión equitativa del caso concreto antes que a la aplicación técnica de la Ley. Poco a poco, en torno a cada disposición importante de la Ley, se fué formando así una corona de decisiones que configuraban aquélla de una manera progresiva. Sirvieron, ante todo, para este desarrollo las cláusulas generales de fidelidad y buena fe (*Treu und Glauben*) y de las buenas costumbres que figuraban recogidas en el BGB (§§ 157, 242, 138, 826). El «Derecho legislado» se fué mezclando así con un «Derecho del caso» y con un «Derecho del precedente judicial», dirigido y orientado por el Reichsgericht. En esta labor de creación pretoriana el Reichsgericht equiparó la protección de la persona a la protección de la cosa. La consideración de las peculiaridades del caso concreto frente a la aplicación de las normas

(32) En el fondo, esta postura es parecida a la adoptada por la Escuela francesa de la exégesis, aunque desde un punto de vista científico y doctrinal existan profundas diferencias entre la exégesis francesa producida al promulgarse el Código de Napoleón y el positivismo conceptual surgido en Alemania como primer efecto de la vigencia del BGB. Mientras que los autores franceses se limitan a ser unos meros recitadores o comentaristas del texto de la Ley, con una finalidad puramente práctica, el positivismo conceptual alemán construye sobre el BGB todo un sistema de conceptos y principios que, al margen de sus exageraciones, goza de la más alta categoría científica. De todas formas, en uno y otro caso, doctrina y jurisprudencia no hacen sino cantar a su modo, y con mejor o peor fortuna, las excelencias de la obra del legislador; *recitando* en un caso, *construyendo* en otro.

generales se fué imponiendo entonces cada vez con más intensidad» (33).

Semejantes orientaciones repercutieron, como es lógico, en la interpretación e inteligencia del Derecho de familia, pero, con referencia a éste, no se tradujeron de manera inmediata en disposiciones legislativas. En este período, aparte de las disposiciones dictadas como consecuencia de la guerra, que tuvieron una validez puramente transitoria, no apareció ninguna norma referente al Derecho de familia (34).

4. *b) Segunda etapa: República de Weimar (1919-1933).*—«La Guerra Mundial de 1914-1918 y la Revolución de 1918, dice LEHMANN, influyeron notablemente en el ulterior desenvolvimiento del Derecho privado. Esta repercusión se manifestó menos en alteraciones legislativas del contenido del BGB que en una transformación del pensamiento y con ello de la jurisprudencia, al abrirse camino la doctrina de la socialización y determinadas exigencias fundamentales que, al principio, sólo de modo programático, plasmaron en la Constitución de Weimar» (35).

La socialización es, pues, la nota característica que adorna al Derecho civil alemán durante el período de la República de Weimar; se apoya en unos hechos y se realiza a través de unas tendencias u orientaciones de tipo científico y jurisprudencial. Los hechos y realidades en que se apoya, en general, la socialización son los siguientes: *a)* las graves transformaciones sociales y económicas que trae consigo la derrota militar; *b)* la protección de los económicamente débiles; *c)* el mantenimiento de los postulados económicos y sociales en que descansaba el BGB (36), aunque con una progresiva atenuación de los mismos; así el arrendamiento y el contrato de trabajo escapan al juego de la plena libertad contractual; *d)* se acentúa la tendencia de lograr a toda costa la solución de equidad en el caso concreto; en este sentido la consideración de la modificación de la base del negocio, en la que tanta influencia tuvo la alteración en el valor adquisitivo de la moneda, es quizá el ejemplo más importante (37).

(33) Cfr. LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 23-24.

(34) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 41; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurzkommentar*, 1080-1081.

(35) LEHMANN: *Parte General*, 30. «La socialización—continúa este autor—no se entendía en el sentido técnico estricto, que propugna la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción a favor de la comunidad, sino en sentido amplio, como configuración social de la convivencia humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y con ello al bien común en lo posible.»

(36) La propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de trabajo y el derecho hereditario se mantienen, aunque negando siempre el criterio ilimitadamente individualista en su configuración. Cfr. Constitución de Weimar de 1919, arts. 151, 152, 153 y 154.

(37) Sobre estas cuestiones, LEHMANN: *Parte General*, 30-31; LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 24-25.

Las tendencias u orientaciones a través de las que se realiza la socialización están constituidas por una superación del positivismo conceptual, tan en boga en la etapa anterior. Las concepciones finalistas son las que dominan en la interpretación y aplicación de la norma. Se toman en cuenta, como camino para encontrar los fundamentos sociales y económicos de la evolución jurídica, la sociología económica y jurídica. El método comparativo prepara el camino a una eficaz crítica constructiva de las soluciones de la Ley (38).

¿Qué repercusión tuvieron estos principios en materia de Derecho de familia? «El novísimo Derecho alemán; desde la Revolución de noviembre de 1918, nos dice WOLFF, de momento no alteró en nada el Derecho de familia. En particular, la Constitución del Reich de 11 de agosto de 1919 (Const. de Weimar) reconoció el matrimonio como base de la vida familiar y de la conservación y desarrollo del pueblo, colocándolo bajo su protección especial (art. 119). Sin embargo, la Constitución del Reich anuncia notables modificaciones. El principio según el cual el matrimonio descansa sobre la igualdad de derechos de ambos sexos (artículo 119, ap. 1, prop. 2) promete una reforma básica del derecho patrimonial de los cónyuges y de algunos principios sobre los derechos de los padres con relación a los hijos. El artículo 121 prevé una mejora del derecho de los hijos habidos fuera de matrimonio. Hasta ahora ninguno de estos programas ha sido realizado» (WOLFF escribía esto en 1928) (39).

Veamos ahora qué disposiciones se han dictado durante el período de la República de Weimar y que de una forma más o menos directa afecten al Derecho de familia. Comenzaremos aludiendo a la propia Constitución de 1919, que, aparte de la prioridad que merece por su rango, la merece también desde el punto de vista cronológico. Son numerosos los principios programáticos que en ella encontramos en materia que se relaciona con el Derecho de familia. Hacen referencia al matrimonio como fundamento de la familia y de la nación; a su necesaria protección; a la igualdad jurídica de ambos sexos como base del mismo; a la protección de la maternidad; a la educación de los hijos a la situación de los ilegítimos y a las medidas protectoras de la juventud. Este ambicioso programa sólo en algún caso dió lugar a su correspondiente plasmación legislativa; en los demás se quedó en una simple declaración sin eficacia jurídica inmediata. Las materias

(38) LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25.

(39) Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 5. Actualmente la equiparación de marido y mujer, prescrita por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, ya no es un simple programa, sino una realidad legislativa que empezó teniendo un mero carácter negativo y que recientemente ha plasmado en la Ley de Equiparación de 1957, ya citada. Cfr. lo dicho en la nota 26. Vid. también BEITZKE: *Familienrecht*, 3-4; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3-4; LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 24; LEHMANN: *Derecho de familia*, 26-28.

a que hemos aludido se encuentran recogidas en los artículos 119 a 122 de la Constitución. He aquí su texto respectivo:

Art. 119: «El matrimonio, como fundamento de la vida familiar y de la conservación y mejoramiento de la nación, está bajo la especial protección de la Constitución. Descansa en la equiparación jurídica de ambos sexos.—El mantenimiento de su pureza, saneamiento y protección social de la familia es misión del Estado y de los Municipios. Las familias con descendencia numerosa tienen pretensión a una asistencia adecuada.—La maternidad tiene pretensión a la protección y a la asistencia del Estado» (40).

Art. 120: «La educación de los hijos para dotarles de una aptitud corporal, espiritual y social es el más alto deber y un derecho natural de los padres, sobre cuya realización vigila la comunidad estatal» (41).

Art. 121: «A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la Legislación, para su desarrollo corporal, espiritual y social, las mismas condiciones que a los hijos legítimos» (42).

Art. 122: «La juventud ha de ser protegida contra la explotación, así como contra el abandono moral, espiritual o corporal. El Estado y los Municipios han de adoptar las disposiciones necesarias para ello.—Las medidas de protección por vía coactiva sólo pueden ser ordenadas en virtud de la Ley» (43).

A continuación, sin pretensiones agotadoras, ofrecemos una lista de las más importantes disposiciones legislativas aparecidas en el período que nos ocupa y que se relacionen con el Derecho

(40) Sobre este artículo de la Constitución puede consultarse POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11 August 1919*, 3.^a ed., Berlín, 1928, 421; ANSCHÜSS: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, 3.^a ed., Berlín, 1929, 493-494. Este autor, aun reconociendo el carácter de mero programa de la equiparación de marido y mujer, creía, siguiendo a MITTEIS (2.^a ed. de su *Familienrecht*, 1928), que el principio del artículo 119 podía servir como regla de interpretación en los casos dudosos que planteara el entonces vigente Derecho matrimonial. Los textos constitucionales pueden consultarse también en HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart* (vol. I de la colección «Quellensammlung zur Kulturgeschichte», dirigida por TREUE), 2.^a ed., Berlín-Göttinga-Frankfurt, 1954, 77.

(41) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 421-422; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 494-496; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77.

(42) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 422-423; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 496-497; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77. Como consecuencia del artículo 121 de la Constitución se elaboran varios Proyectos de reforma de la legislación en materia de filiación ilegítima, unos de carácter oficial y otros de carácter privado. Vid. nota 27. Más ampliamente SCHMIDT: *Die Stellung der unehelichen Kinder und der Gesetzentwurf vom 22 Mai 1925*, ACP, 127, 210; BRANDIS: *Der Gesetzentwurf über das Unehelichenrecht*, 1930; LIEBHOLD: *Die Reform der Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, 1930; VON OLSHAUSEN: *Bericht über den Gesetzentwurf betreffend uneheliche Kinder*, JW, 1929, 300, 470; KIPP: *Zur Reform des Rechts der unehelichen Kinder*, en «Festschrift für STAMMLER», 1925, 359.

(43) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 423; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 497; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77.

de familia. En estas disposiciones encontramos a veces el desarrollo por el legislador de alguno de los principios constitucionales que quedan indicados.

Ley de 15 de julio de 1922 sobre educación religiosa de los hijos (44).

Ley de 9 de julio de 1922 sobre protección a la juventud, con modificaciones por Leyes de 1 de febrero de 1939 y 28 de agosto de 1953 (45).

Ley de 23 de junio de 1923 sobre colocación del dinero de pupilos (46).

Ley de 23 de marzo de 1931, llamada «Segunda Ley sobre seguridades de los pupilos en relación con títulos valores y créditos» (47).

Ordenanza de 18 de marzo de 1933 sobre ciertas medidas a tomar en el ámbito de las finanzas, de la economía y de la asistencia jurídica (48).

5. c) *Tercera etapa: Régimen nacional-socialista. Segunda Guerra Mundial (1933-1945).*— La instauración del nazismo trae consigo en Alemania importantes modificaciones en el ámbito del Derecho civil, presididas muchas de ellas por el afán de destacar siempre y ante todo la idea de la «comunidad popular alemana», lo cual, con frecuencia, da lugar al más inicuo atropello de los derechos y libertades fundamentales del individuo como tal. «Bajo el dominio del Nacionalsocialismo—dicen DENECKE y OEGG—se acentuó sin duda la repulsa del individualismo, pero se incurrió casi de modo absoluto en su contrapartida a consecuencia de la exageración de la idea de la comunidad (49). El hombre, con todos

(44) Sirve de complemento al § 1.631 BGB. Sobre la Ley en cuestión cfr. LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurkommentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 1.631, 1248-1251; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol II, 461-470, con indicaciones bibliográficas en 462, nota 4.

(45) La Ley de protección a la juventud se dictó para dar realidad a los principios pedagógicos contenidos en el artículo 120 de la Constitución. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 17; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. II, 476-490. La Ley que nos ocupa deroga los §§ 1.783 y 1887 y modifica los §§ 1.774 y 1.786, todos ellos del BGB. Sirve además como complemento al § 1.666, influyendo de manera decisiva en materia de tutela al crear la «tutela de oficio» de la Oficina de la Juventud. Entre las más recientes publicaciones sobre la Ley de Protección de la Juventud pueden citarse: POTRYKUS: *Jugendwohlfahrtsgesetz nebst den Ausführungsvorschriften der deutschen Länder. Kommentar*, Munich-Berlin, 1953; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht. Textausgabe mit Anmerkungen*, 3.^a ed., Munich-Berlin, 1955; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsgesetz. Erläutert für den Bereich der Deutschen Bundesrepublik und Westberlin von ———*, 2.^a ed., Berlin, 1955; GRABER: *Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar*, Münster/Westf., 1953.

(46) Modifica los §§ 1.642 y 1.811 BGB.

(47) Ligeras modificaciones de redacción en el § 1.807, párrafo 1.º, número 4.

(48) Introduce modificaciones en los §§ 1.082, 1.392, 1.808, 1.814, 2.116.

(49) La exagerada repulsa del individualismo trajo consigo el que se declarase la guerra al Derecho romano, que de manera tan intensa y decidida había ensalzado siempre los valores del individuo y colocádole dentro

sus afanes y aspiraciones quedó incrustado en comunidades (ciase trabajadora del Reich, cámaras médicas del Reich, cámaras culturales del Reich u otros grupos económicos de tipo diverso); fué sometido a una especial disciplina en función de su estado; la regulación de sus relaciones con otros miembros de su comunidad o con otras comunidades se encomendó de la forma más amplia a los órganos de dichas comunidades. Todo esto produjo una serie de restricciones más o menos intensas en la esfera jurídica civil del individuo. De acuerdo con las tendencias del régimen, cristalizadas en las consignas «tú no eres nada, tu pueblo lo es todo» (*Du bist nichts, den Volk ist alles*) y «la utilidad común es preferente a la utilidad particular» (*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*), también en el ámbito del Derecho privado debía corresponder siempre el rango preferente a los intereses de la comunidad popular y de otras comunidades en particular. Por tanto, la esfera propia del individuo no sólo quedaba fuertemente constreñida en el ámbito político, sino también en el ámbito del Derecho privado; sin embargo, dicha esfera no resultaba suprimida de modo tan absoluto como en la ordenación comunista de la sociedad de cuño soviético, en la que no sólo toda la actividad económica está encomendada a corporaciones estatales o controladas por el Estado, sino que también la vida personal del individuo resulta condicionada por ordenaciones estatales y por reglamentaciones del consumo, de forma que la persona como tal apenas si tiene, en general, posibilidades de configurar su propia vida, ya que únicamente se la considera como una parte mínima de las masas necesarias para la organización del Estado» (50).

Aunque durante el período que estudiamos se dictaron importantes disposiciones (a las que afectan al Derecho de familia nos referiremos en seguida) el Nacionalsocialismo pretendió más influir sobre la doctrina y la jurisprudencia, ya que, como dice LEHMANN, no se quería reconocer su independencia y se intentaba su orientación con arreglo a los postulados del régimen (51). Esta influencia se produjo de una manera más acusada en el campo de la ciencia jurídica, puesto que, declarada la guerra al Derecho romano, se comenzó a exigir, cada vez con más intensidad, una profunda y trascendental reforma en el Derecho civil. Ciertos sectores radicales de la doctrina combatieron ardientemente el BGB, repudiando su sistema científico y su carácter dogmático; al mismo tiempo se pretendía una distribución de la materia de acuerdo con la ordenación natural de la vida y se abogaba por la supresión del normativismo, que debía ser sustituido por «ordenaciones con-

de las corrientes emanadas del libre juego de las fuerzas individuales. Cfr. LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25. Consideración amplia de las relaciones entre el nazismo y el Derecho romano en KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. de la 2.ª ed. alemana por SANTACRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1955, 439 y sigs.

(50) Cfr. DENECKE-OEGG, en *BGB.RGRKommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12.

(51) LEHMANN: *Partie general*, 31.

cretas». Incluso se aspiró a derogar de plano todo el BGB y a configurar ex novo la totalidad del Derecho civil en un «Código del Pueblo» (*Volksgesetzbuch*): semejante aspiración se esfumó con la desaparición del Nacionalsocialismo (52).

Más débil fué la influencia en la práctica y en la jurisprudencia. Pasó a ocupar el primer plano la consideración de las peculiaridades del caso concreto, se acentuó la tendencia a la nivelación social y, en fin, la configuración judicial del Derecho ganó en importancia (53).

¿Cómo influyeron las orientaciones del Nacionalsocialismo en el Derecho de familia? Puede afirmarse que de una manera decisiva, puesto que no hay que olvidar que la meta fundamental a que se aspiraba, y para cuya consecución no se reparaba en medios, era el logro de una «comunidad alemana racialmente pura» (54). En el solo enunciado de algunas de las disposiciones que vamos a enumerar a continuación destaca ya su matiz y finalidad racista. He aquí la lista de las principales normas que afectaban al Derecho de familia y que aparecieron en el período comprendido entre 1933 y 1945 (55).

Ley de 23 de noviembre de 1933 contra los abusos en la conclusión del matrimonio y en la adopción (56).

Ordenanza de 31 de mayo de 1934 sobre unificación de competencias en asuntos familiares y sucesorios, completada, entre otras, por las Ordenanzas de 17 de mayo de 1935 y 27 de julio de 1934 (57).

(52) Sobre estos puntos, LANGE: BGB. *Allgemeiner Teil*, 25. Como dice BOEHMER, esta empresa de altos vuelos de elaborar un «Código del pueblo» que pasase a ocupar el puesto del BGB, dió lugar, bajo los auspicios de la Akademie für Deutsches Recht, a ciertas propuestas y trabajos preparatorios de gran valor y desembocó en la publicación de un Proyecto de Libro I (Derecho de personas) que, junto a las exageradas concesiones a los principios nacionalsocialistas, contenía también importantes mejoras en materia de Derecho de menores y de protección del honor y de la personalidad. Se elaboraron además dos Proyectos no publicados sobre Derecho sucesorio y Derecho matrimonial de bienes. Cfr. sobre esto BOEHMER: *Einführung*, 64, 69.

(53) LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25.

(54) La persecución de esta meta «condujo—dice LEHMANN—al menosprecio de la libertad y de los derechos fundamentales del individuo y a una opresión en particular de los judíos, contraria a los principios humanos y de justicia.» Cfr. LEHMANN: *Parte General*, 31.

(55) Cfrs. estas disposiciones en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 42-43; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurzkommentar*, 1.080-1.081. Algunas indicaciones en BEITZKE: *Familienrecht*, 5-6, y en MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 8-9.

(56) Esta Ley introduce un § 1.325a, dando también lugar a modificaciones en los §§ 1.699, 1.703, 1.754 y 1.770. Como indica BEITZKE, la Ley pretendió acabar con los matrimonios y adopciones puramente nominales. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5. Las modificaciones referentes a los §§ 1.325a, 1.699 y 1.703 fueron derogadas por el § 84 de la Ley de matrimonio de 1938, confirmando la derogación el § 78 de la Ley de matrimonio de 1946.

(57) La finalidad principal de la Ordenanza de 31-V-1934 consistió en suprimir las especialidades de los Länder en la materia de referencia. De-

Ley de 15 de septiembre de 1935, llamada «Ley de protección a la raza» o «Ley de protección a la sangre» (58).

Ley de 18 de octubre de 1935, conocida como «Ley sobre la salud hereditaria» o Ley sobre la protección del matrimonio (59).

Ley de 1 de diciembre de 1936 sobre las Juventudes Hitlerianas (60).

Ley de 3 de noviembre de 1937 sobre el estado civil de las personas (61).

Ley de 5 de enero de 1938 sobre modificación del nombre y apellido (62).

Ley de 12 de abril de 1938, sobre modificación y complementación de las disposiciones jurídico-familiares y sobre posición jurídica de los apátridas (conocida generalmente como «Ley de modificación del Derecho de familia»), con Ordenanza de ejecución de 23 de abril de 1938 (63).

rogó el § 1.315, párrafo 2.º BGB. La mayoría de las disposiciones de la Ordenanza de 1934 han quedado sin efecto como consecuencia de lo dispuesto en las Leyes de matrimonio de 1938 y 1946. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5.

(58) La Ley, así como algunos preceptos complementarios de la misma, introdujo unos impedimentos matrimoniales encaminados a vedar el matrimonio entre alemanes o miembros de raza alemana y judíos o mestizos de judíos. Los principios que informan la ordenanza se recogen después en la Ley de matrimonio de 1938. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 16; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9.

(59) Introdujo también unos impedimentos vedando la conclusión del matrimonio cuando, por la predisposición de los contrayentes, pudiera esperarse una descendencia enferma. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 16; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9. Los principios de la Ley que nos ocupa también pasaron a la Ley de matrimonio de 1938.

(60) Esta Ley encuadró a toda la juventud alemana en las organizaciones juveniles, sobre todo en la «Hitlerjugend», determinando que allí recibiría, fuera del hogar y de la escuela, una educación física, espiritual y moral dentro del espíritu nacionalsocialista y para el servicio del pueblo y de la comunidad. Se estructura un nuevo Derecho de la juventud que, entre los diez y los dieciocho años, establece el servicio obligatorio en la Juventudes Hitlerianas. La Ley de 1936 desconocía, en muchos aspectos casi de manera absoluta, el derecho natural de los padres a la educación de los hijos, reconocido antes solemnemente en la Constitución de 1919, artículo 120. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 18.

(61) Esta Ley, exenta de ideología nacionalsocialista, vino a sustituir a la vieja reglamentación de la materia que databa de 1875. Se completa y modifica por Ley de 15-I-1951.

(62) La Ley está completada por una serie de Ordenanzas que incluso son distintas según los Länder. Como se trata de disposiciones que más bien son de carácter administrativo, no creemos de interés reproducirlas en este lugar. Sobre sus vicisitudes puede consultarse LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), introducción al Libro IV, 3, §, 1.081.

(63) La «Ley de modificación del Derecho de familia», modificó los §§ 1.310, 1.327, 1.593, 1.594, 1.596, 1.735, 1.756, 1.770; introdujo los §§ 1.595a y 1.735a; derogó los §§ 1.598, 1.599 y 1.732, todos ellos del BGB. Las modificaciones relativas a los §§ 1.310 y 1.327 quedaron sin efecto en virtud de lo dispuesto en el § 84 de la Ley de matrimonio de 1938 y en el § 78 de la Ley de matrimonio de 1946. La finalidad principal de la Ley que nos ocupa fué ante todo la reglamentación de algunos im-

Ley de 6 de julio de 1938 o «Ley para la unificación del Derecho relativo a la conclusión del matrimonio y al divorcio en el territorio de Austria y en los restantes territorios del Reich», conocida generalmente como «Ley de matrimonio de 1938» (*Ehegesetz* 1938), con Ordenanza de 27 de julio de 1938. (64) (65) (66).

Ordenanza de 6 de febrero de 1943, sobre coordinación de las disposiciones jurisdicción-familiares (67).

6. d) *Cuarta etapa: Desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Aparición de las dos Alemanias (a partir de 1945).*—La terminación de la Segunda Guerra Mundial, con la derrota mi-

pedimientos matrimoniales y su dispensa, de la impugnación de la legitimidad de los hijos y de la invalidación del contrato de adopción. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9.

(64) La Ley de matrimonio de 1938 modificó los §§ 1.353, 1771 BGB y derogó, sustituyéndolos por sus disposiciones, los §§ 1.303 a 1.352, 1.564 a 1.587, 1.608, párrafo 2.º, 1.635 a 1.637, 1.699 a 1.704. La Ordenanza de 27-VII-1938, para complementación y ejecución de la Ley, modificó a su vez los siguientes §§ del BGB: 1.478, 1.609, 1.621, 1.721, 1.899, 1.900, 1.933 y 2.077. Todas estas modificaciones se mantienen después por la Ley de matrimonio de 1946, que no es otra cosa que una refundición, con algunas mejoras, del texto de la Ley de 1938, expurgado de los postulados del nacionalsocialismo. Dejando al margen esta ideología la Ley de 1938 constituye, en muchos aspectos, una considerable mejora con relación al BGB.

(65) Aparte de la Ordenanza ya citada de 27-VII-1938, conocida como «Primera Ordenanza» para la ejecución de la Ley, se dictaron una serie de Ordenanzas ejecutivas y complementarias de la misma, referentes a diversos puntos materiales o de procedimiento que la aplicación de la Ley de matrimonio de 1938 traía consigo. Estas Ordenanzas son las siguientes: «Segunda Ordenanza», de 28-IX-1938, referente a cuestiones de costas; «Tercera Ordenanza», de 29-X-1940, relativa a expedición de certificados de aptitud matrimonial; «Cuarta Ordenanza», de 25-X-1941, especialmente dedicada a cuestiones de procedimiento; «Quinta Ordenanza», de 18-III-1943 sobre divorcio e invalidación del matrimonio después de la muerte de un cónyuge; «Sexta Ordenanza», de 21-X-1944, sobre destino del hogar y del domicilio conyugal después del divorcio. Salvo la «Tercera Ordenanza», las otras cinco se consideran vigentes bajo la Ley de matrimonio de 1946. Al menos, esta es la opinión generalizada. Sobre el problema, BEITZKE: *Familienrecht*, 6; ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. I, 40, nota 12; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), introducción a la Ley de matrimonio de 1946, núm. 3, 1870.

(66) La Ley de matrimonio de 1938, que como de su denominación se deduce se dictó también para Austria (donde sustituyó el matrimonio confesional por el civil), continúa vigente en este país una vez depurada de su orientación nacionalsocialista. Sin embargo, está ya proyectada su derogación y sustitución por una Ley «nacional» austríaca. Cfr. KÖSTLER: *Entwurf für ein österreichisches Ehegesetz*, Viena, 1951; MELICHAR: *Probleme der Eherechtsreform*, Viena, 1952; HÖLBOCK: *Die Zivilehe (Die staatliche Ehegesetzgebung und die Kirche)*, Innsbruck-Viena, 1950; PLÖCHL: *Konkubinai, Gewissenehe, Zwangszivilehe, Religionsfreiheit*, OAKR, 1950, 10 sigs; PLÖCHL: § 67 *Personenstandgesetz und Freispruch*, ibídem, 1951, 266 (tengase en cuenta que en Austria rige la Ley alemana sobre el estado de las personas de 1937 ya citada); KÖSTLER: *Zivilehe*, ibídem, 1950, 6.

(67) Se redactan de nuevo los §§ 1.593, 1.595a, 1597 y 1.600 BGB y queda derogado el párrafo 3.º del § 1.596.

litar alemana y el estrepitoso derrumbamiento del régimen nacionalsocialista, trae consigo de manera inmediata la producción de unas circunstancias de tipo militar, social y político, que tienen una honda repercusión en la situación jurídica del país. Estos hechos, que todavía condicionan en muchos aspectos la actual manera de ser de Alemania, son los tres siguientes:

Primero. Las Potencias ocupantes, a través del Gobierno Militar y del Consejo de Control, intervienen en el Derecho civil de una cuádruple forma (68): *a)* Derogando una serie de Leyes que respondían plenamente a una inspiración nacionalsocialista. Así, son declaradas fuera de vigencia, entre otras, la Ley de protección a la raza o Ley de protección a la sangre de 15 de septiembre de 1935, la Ley de ciudadanía del Reich de igual fecha, la ley sobre las Juventudes Hitlerianas de 1 de diciembre de 1936, etc. (69). *b)* Estableciendo una determinación general, dirigida a los Tribunales y a la Administración, sobre no aplicación de aquellos preceptos jurídicos alemanes que, cualquiera que fuera la época o forma de su aparición o promulgación, de ser aplicados entrañarían injusticia o desigualdad por una de estas razones: o bien por favorecer a alguien a causa de su relación con el partido nacionalsocialista o con ramificaciones, asociaciones u organizaciones controladas por éste, o bien por perjudicar a alguien a consecuencia de su raza, nacionalidad, confesión religiosa o enemistad hacia el nacionalsocialismo o sus doctrinas (70). *c)* Señalando unas reglas generales o «cláusulas generales de interpretación» a las que en el futuro habría de atenerse la interpretación y aplicación del Derecho alemán. Estas cláusulas generales, establecidas por el artículo III de la Ley número 1 del Gobierno Militar son las tres siguientes: 1) Queda prohibida la interpretación o aplicación (71) del Derecho alemán en el sentido de las doctrinas nacionalsocialistas, cualquiera que sea la forma o época en que dichas doctrinas hayan sido

(68) Esta intervención de las Potencias ocupantes en el Derecho alemán persigue un triple objetivo: *desarraigar* del Derecho y de la Administración alemanes los principios y doctrinas del partido nacionalsocialista; *restablecer* para el pueblo alemán el imperio del Derecho y de la Justicia; *reintroducir* el postulado fundamental de igualdad humana ante la Ley Cfr. Preámbulo de la Ley núm. 1 del Gobierno militar, dictada para la «derogación del Derecho nacionalsocialista».

(69) La enumeración completa de estas Leyes puede consultarse en el artículo I, número 1 de la Ley número 1 del Gobierno militar. Cfr. también artículo I, núm. 1 de la Ley número 1 del Consejo de Control de 20-IX-1945, dictada, lo mismo que la indicada del Gobierno militar, para la «derogación de las Leyes nazis».

(70) Cfr. artículo II, número 3 de la Ley número 1 del Gobierno militar. En sentido análogo se expresa el artículo II de la Ley número 1 del Consejo de Control de 20-IX-1945. Entre una y otra disposición sólo existen ligeras variantes de redacción.

(71) El texto alemán dice «interpretación o aplicación» (*Auslegung oder Anwendung*). Los textos inglés y francés «interpretación y aplicación» (interpretation and application, l'interprétation et l'application). Como simple curiosidad llamamos la atención del lector sobre esta circunstancia.

publicadas (72). 2) Como fuente para la interpretación o aplicación (73) del Derecho alemán no podrán ya citarse o seguirse decisiones de Tribunales, organismos y funcionarios alemanes, así como escritos jurídicos (74), que representen, expongan o pongan en aplicación finalidades o doctrinas nacionalsocialistas (75). 3) La legislación alemana que haya entrado en vigor con posterioridad a 30 de enero de 1933 y que deba continuar vigente, ha de interpretarse y aplicarse conforme al sentido literal del texto, sin que se tomen en cuenta en la interpretación las finalidades o significaciones que se hayan atribuido a la ley en los preámbulos o en otras declaraciones (76) (77). d) Depurando ciertas Leyes de los principios nacionalsocialistas en ellas contenidos, y promulgándolas de nuevo, en texto refundido, una vez realizada la indicada depuración. Desde el punto de vista del Derecho de familia el ejemplo más importante en este sentido es el que ofrece la Ley de matrimonio de 1938, que una vez expurgada de ciertos postulados político-raciales y de ciertos principios eugenésicos de inspiración nacionalsocialista, se promulga nuevamente, como Ley número 16 del Consejo de Control, en 20 de febrero de 1946 (78), pasando a formar la «Ley de matrimonio de 1946» (*Ehegesetz* 1946) que es la que ahora está en vigor (79) (80) (81).

(72) Cfr. Ley número 1 del Gobierno militar, artículo III, número 4.

(73) En este caso tanto el texto alemán como los textos inglés y francés dicen «interpretación o aplicación»: *Auslegung oder Anwendung, interpretation or application, l'interprétation ou l'application.*

(74) Los textos alemán e inglés hablan efectivamente de «escritos jurídicos» (*juristische Schriften, legal writings*). En cambio, el texto francés habla de «disposiciones legales» (*dispositions légales*).

(75) Cfr. artículo III, número 5 de la Ley número 1 del Gobierno militar.

(76) Cfr. artículo III, número 6 de la Ley número 1 del Gobierno militar. A nuestro juicio esta disposición sólo deberá seguirse cuando se trate de leyes que en sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos respondan más o menos a la ideología nacionalsocialista, pues tratándose de disposiciones completamente limpias de dicha ideología no hay razón para prescindir en la interpretación de un elemento tan valioso como puede ser en ocasiones el Preámbulo, Exposición u otras declaraciones, por la sola circunstancia de que la Ley se haya promulgado con posterioridad al 30 de enero de 1933.

(77) Sobre las cuestiones a que nos hemos venido refiriendo puede encontrarse alguna referencia, aunque bastante incompleta, en LEHMANN: *Parte General*, 31-32; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 26.

(78) Es curioso hacer notar que el texto alemán de la Ley de matrimonio de 1946 no es oficial. La Ley se publicó en tres idiomas con valor oficial: inglés, francés y ruso. La traducción alemana, a consecuencia de la falta en aquellos momentos de un Gobierno alemán responsable que la autorizara, no puede considerarse texto oficial. Sobre esto, MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9. Por la razón indicada las dudas de interpretación que suscite el texto alemán deben resolverse acudiendo a las versiones oficiales de la Ley, las cuales en ocasiones son incluso más claras que la alemana. Así, por ejemplo, el alcance del § 79 de la Ley se determina con más exactitud acudiendo al texto inglés o francés que al alemán. Cfr. MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9-10; LATERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), § 79 de la Ley de matrimonio de 1946. 1968.

(79) La Ley de matrimonio de 1946 dió nueva redacción al § 1.353, pá-

Segundo. Del caos de la derrota, y en inicial coexistencia con las normas de ocupación, comienza a surgir poco a poco, con asombroso ímpetu renovador, la legislación alemana, en especial en el territorio de la Alemania Occidental o República Federal

rrafa 2.º, inciso 3, del BGB, manteniendo además con respecto a éste las mismas derogaciones y sustituciones que la Ley de 1938 y sus Ordenanzas. Cfr. sobre esto la nota 64. Las Ordenanzas dictadas para la ejecución de la Ley de matrimonio de 1938 continúan vigentes bajo la Ley de 1946, con excepción de la «Tercera Ordenanza». Vid. sobre las indicadas Ordenanzas y sobre la cuestión de su actual vigencia lo que dijimos en la nota 65 y lo que se expresa en las obras allí citadas. En la zona británica se ha dictado, para ejecución de la Ley de matrimonio de 1946, la Ordenanza de 12-VII-1948. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 6.

(80) Sobre la Ley de matrimonio de 1946 existe abundante bibliografía. El estudio sistemático de sus disposiciones, que han venido a suplir a las correspondientes del BGB, puede encontrarse en cualquier Tratado o Manual de Derecho de familia (alemán) posterior a su fecha. Cfr., por ejemplo, LEHMANN: *Derecho de familia*, 58-97, 230-270; BEITZKE: *Familienrecht*, 19-70; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 14-91. Puede consultarse también DIETZ: *Familienrecht*, 1952. La Ley de matrimonio de 1946 se encuentra asimismo recogida en cualquier edición del BGB posterior a su fecha. Entre las ediciones con comentarios más o menos amplios destacan: ROSENTHAL: BGB (*gemeinverständlich erläutert unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse des täglichen Lebens*), 14.ª ed., por KAMNITZER y BOHNENBERG, Colonia-Berlín, 1953; SIEBERT: BGB *mit den privatrechtlichen Ergänzungsgesetzen*, 7.ª ed., Stuttgart, 1956; ERMANN-GOERKE: *Handkommentar zum BGB*, Münster-Wesff., 1952; ACHILLES-GREIFF: BGB, 19.ª ed., Berlín, 1949. Los más utilizados en estos últimos años, en materia de Derecho de familia, son los comentarios de SOERGEL y los de PALANDT. Cfr. SOERGEL: *Kommentar zum BGB*, tomo III (*Sachenrecht, Familienrecht. Erbrecht*), 8.ª ed., Stuttgart-Colonia, 1955. De la parte relativa al Derecho de familia en este tomo III del SOERGEL, debida a SIEBERT y VOGEL, hay edición separada. SIEBERT-VOGEL: *Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und zum Ehegesetz*, Stuttgart-Colonia, 1955; PALANDT: BGB: *Kurskommentar*, 16.ª ed., Berlín-Munich, 1957; los comentarios a la Ley de matrimonio se deben a LAUTERBACH. En esta obra, sin duda alguna la más extendida, puede encontrarse recogida la Ley de matrimonio a partir de la 7.ª edición, publicada en 1949.

(81) De entre la bibliografía dedicada exclusivamente a la Ley de matrimonio de 1946 citaremos: NEHLERT: *Das Ehegesetz des Kontrollrats für Deutschland*, JR, 1947, 69 y sigs.; DÖLLE: *Neues Eherecht*, en «Gegenwart», 1946, 17 y sig.; BEITZKE: *Zum Ehegesetz vom 20-II-1946*, DRZ, 1946, 136 y sigs. Entre los comentarios breves destacan los de NIESERT: *Ehegesetz vom 20-II-1946, Textausgabe mit Anmerkungen*, Münster, 1946; y los de MICHAELIS: *Das neue Ehegesetz*, 1947. Comentarios más amplios: VON GÖDDIN (R. F. y H. F.): *Ehegesetz vom 20-II-1946 mit Abdruck der noch in Kraft befindlichen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zum Ehegesetz vom 6-VII-1938*, 2.ª ed., Berlín, 1950; HOFFMANN-STEPHAN: *Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, Kommentar*, Munich - Berlín, 1950; GEROLD: *Eherecht. Kommentar zum Ehegesetz und seinen Durchführungsverordnungen*, Stuttgart-Colonia, 1950; GREFFIN-MORAL: *Das Ehegesetz*, 1948. Prescindiendo de lo que en ellos responda a la ideología nacionalsocialista pueden utilizarse también los comentarios a la Ley de matrimonio de 1938, coincidente en tantos aspectos con la de 1946. Los más importantes son los siguientes: VON SCANZONI: *Das grossdeutsche Ehegesetz*, 3.ª ed., 1943; VOLKMAR-ANTONI-FICKER-REXROTH-ANZ: *Grossdeutsches Eherecht. Kommentar*, 1939.

Alemana (82). Como disposiciones emanadas de la «soberanía de ocupación» hemos de aludir en este lugar, antes de referirnos a la constitución de las «dos Alemanias», a dos normas que caen de lleno dentro del Derecho de familia. Ambas hacen referencia a la adopción, y tienen un ámbito territorial de eficacia, circunscrito respectivamente a la Zona americana y a la Zona británica. La primera de estas disposiciones es la Ley núm. 10 del Gobierno Militar, con vigencia en la Zona americana desde el 1 de diciembre de 1947, y relativa a la «adopción por parte de miembros de las Naciones Unidas» (83). La otra disposición es la Ordenanza de 12 de marzo de 1948 que da nueva redacción a los §§ 1.754 y 1.770 BGB; sólo tiene efecto en la Zona británica (84).

Tercero. El país queda dividido en cuatro Zonas de Ocupación: americana, francesa, británica y soviética. Esta división, acentuada cada vez de manera más acusada a consecuencia de la diversidad de ideología y de procedimientos que imperan en la Zona soviética con relación a las otras Zonas de Ocupación, va preparando el camino para la aparición de las dos Alemanias: la Alemania Occidental o «República Federal Alemana» (*Bundesrepublik Deutschland* = BR), que se constituye en el territorio de las tres Zonas occidentales (americana, británica y francesa), y la Alemania Oriental o «República Democrática Alemana» (*Deutsche Demokratische Republik* = DDR) surgida en la Zona oriental (Zona soviética).

De momento, la separación entre las Zonas occidentales y la Zona oriental apenas si tiene repercusiones en el ámbito del Derecho privado: en ambas partes de Alemania rigen en principio las mismas normas, tanto en lo que afecta al Derecho patrimonial o del tráfico como en lo que afecta al Derecho de familia. Ahora bien, en el momento en que las Zonas occidentales (francesa, americana y británica) se convierten en «República Federal Alemana» y la Zona oriental (soviética) se convierte en «República Democrática Alemana», el abismo diferencial entre la Alemania Occidental y la Oriental se va haciendo cada vez más profundo e insalvable; hasta el punto que puede decirse llegada la hora en que ambas Alemanias no tienen de común más que el idioma. La diversidad jurídica entre ambos Estados va siendo cada vez mayor (85). Después de haber afirmado que la separación de Ale

(82) Cfr. LANGE: BGB. *Allgemeiner Teil*, 26.

(83) Esta Ley tiene dos Ordenanzas de ejecución, conocidas como la «Ordenanza Nr. 1» y la «Ordenanza Nr. 2». Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 43.

(84) En PALANDT se da también como vigente la nueva redacción en la zona francesa. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT. BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), § 1.754, 1.297-1.298 y § 1.770, 1.304. En ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 43, sólo Zona británica.

(85) «Después de la derrota total de Alemania en el año 1945—dice DANCKRELMANN—se fué produciendo una acusada diversidad jurídica como consecuencia de la división del país en zonas y de éstas a su vez en Länder. Tan sólo la Constitución de la República Federal ha hecho posible de nue-

mania Occidental y Alemania Oriental no afectó en principio al Derecho Civil (Derecho de tráfico y Derecho de familia), continúa LANGE: «...sin embargo, cuanto más fuertemente se fué realizando en la vida jurídica civil la oposición ideológica entre ambas partes de Alemania, tanto más se fueron diferenciando las concepciones jurídicas e incluso la legislación. Mientras que la República Democrática Alemana (DDR) tan sólo reconoce en su vinculación político-social la libertad e igualdad de los individuos, la República Federal (BR), en su Ley fundamental de 23 de mayo de 1949 (art. 1 a 17, 19, 2.º; 20, 79), y en una solución de compromiso entre las tendencias cristiano-conservadoras y las liberal-socialistas, ha configurado como postulados jurídicos vigentes de manera inmediata e inviolables los derechos fundamentales del individuo y las bases de la convivencia humana y social» (86).

Lo dicho hasta aquí hace necesario que en esta Cuarta etapa nos refiramos por separado a la «República Federal» y a la «República Democrática».

7. I) *República Federal Alemana.*—La Ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 (*Grundgesetz* = GG) insta una nueva ordenación política en la República Federal, hasta que se vuelva de una forma definitiva a la reunificación de Alemania. «Mediante expresa repudiación de las doctrinas nacional-socialistas, dice LEHMANN, vuelve a llevar a primer plano la libertad y los derechos fundamentales del individuo, garantizando, al igual que lo hacía la Constitución de Weimar, la propiedad y el derecho hereditario (art. 14, I). Pero, al igual también que aquella, rechaza el criterio ultraindividualista, y subraya, ante todo, los deberes que respecto a la comunidad están contenidos en los derechos privados; así, por ejemplo, respecto de la propiedad en el artículo 14, II» (87).

Por tanto, según esto, la estructuración político-jurídica se ma-

vo una legislación unitaria en Alemania occidental. Desgraciadamente, el Derecho de la Zona soviética de ocupación se va distanciando cada vez más del de la República Federal.» Cfr. DANCKELMANN, en PALANDT: BGB. *Kurskommentar* (16.ª ed., 1957), 2.

(86) Cfr. LANGE: *Allgemeiner Teil*, 26. También aluden a la separación ideológica entre las dos Alemaniás DENECKE y OEGG cuando dicen: «Con la repulsa del nacionalsocialismo perdió su razón de ser la exagerada postergación de los valores de la personalidad y el abuso de la idea de comunidad, por lo menos en la República Federal, pues en la Zona oriental de Alemania, República democrática y Berlín-Este, tiene aún validez la concepción oriental (mejor diría «soviética») en torno a la dignidad y significación del hombre.» Cfr. DENECKE-OEGG, en BGB. RGR. *Kommentar*, I, 10.ª ed., 1953, 12.

(87) Cfr. LEHMANN: *Parte General*, 32. El artículo 14 de la Ley fundamental establece: «La propiedad y el derecho hereditario quedan garantizados. Su contenido y límites se determinan por las leyes.—La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo para el bien de la generalidad» (párrafos 1 y 2). En sentido análogo se expresaban los artículos 153 y 154 de la Constitución de Weimar de 1919.

nifiesta en una «ordenación fundamental» de doble vertiente o doble aspecto: un *aspecto individual* que hace referencia a la configuración de los derechos y libertades fundamentales del individuo como tal y a la protección que la Ley otorga a estos derechos y libertades, y un *aspecto comunitario y social* que cristaliza en las limitaciones que han de sufrir los derechos y libertades del individuo en aras de la convivencia humana y social, y que se manifiesta, asimismo, en la ininterrupción del proceso de socialización, una vez despojado de las anteriores tendencias nacionalsocialistas (88).

Refirámonos al contenido de los dos aspectos indicados, pues sólo de esta forma quedará descrito correctamente el medio político-social en que se desenvuelve el Derecho privado en Alemania Occidental. Empezaremos por el *aspecto o vertiente individual u ordenación liberal-democrática* como le llama NIPPERDEY. El reconocimiento y configuración de los derechos y libertades fundamentales del individuo se centra en Alemania en torno a dos pilares básicos: a) la inviolabilidad de la dignidad humana; b) el derecho a la libre configuración de la personalidad (89). Todos los derechos fundamentales que la Ley otorga (90) no son en realidad, sino una emanación o consecuencia concreta de los dos principios básicos indicados. «El Derecho civil, dice el autor últimamente citado, lo mismo que el Derecho privado en general, se apoya en la dignidad de la personalidad individual y en la libertad de configuración de la misma. Sin los derechos y libertades fundamentales sancionados por la cultura occidental no es posible un Derecho privado adecuado. Es, por esto, de decisiva significación la circunstancia de que la Ley fundamental de Bonn, yendo más lejos que la Constitución de Weimar, garantiza y pro-

(88) NIPPERDEY nos dice que la «ordenación fundamental» de la República Federal es al mismo tiempo «liberal-democrática» y «social-democrática». La ordenación liberal democrática es lo que nosotros hemos llamado en el texto aspecto individual; la ordenación social democrática, lo que hemos calificado de aspecto comunitario y social. «En Alemania (República Federal) dice el autor citado, rige, conforme a la Constitución (Ley fundamental de 1949), un ordenación fundamental liberal democrática y social (social-democrática), arts. 18, 20, 21, 28 de la Ley fundamental. Esta ordenación es la única forma de vida y de Estado digna del hombre libre. El establecimiento de un Estado de Derecho liberal y social trae consigo unos principios básicos de carácter jurídico-constitucional y de rango preeminente que dominan la configuración de la vida jurídica. Dichos principios se encuentran igualmente recogidos en los derechos fundamentales del Consejo de Europa y en la Declaración de la O. N. U. sobre los derechos humanos de 10-XII-1948.» Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53.

(89) Cfr. arts. 1 y 2 de la Ley fundamental. Cfr. también DENECKE-OEGE en BGB. RGR. *Kommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12-13. A juicio de estos autores, «armonizar los dos principios aludidos es la misión principal de la futura evolución jurídica».

(90) Su enumeración puede consultarse en los artículos 1 a 19 de la Ley fundamental de 1949. Completísima información bibliográfica sobre la cuestión de los derechos fundamentales en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53, nota 6.

tege constitucionalmente los principios básicos de la vigente ordenación jurídico-privada y de la vigente ordenación económica. Esto ha sido discutido sin razón por algunos teóricos, que no aciertan a comprender la esencia de la democracia por verla con un relativismo carente de valor. Los derechos fundamentales, en concepto de Derecho vigente de manera inmediata, vinculan ahora a la Legislación, a la Administración y a la Jurisprudencia (art. 1, III, Ley fundamental). Siempre que, de acuerdo con la Ley fundamental, pueda ser limitado por la Ley o en base a una Ley un derecho de esta clase, la disposición que opere la limitación debe tener una validez general, y no tan sólo para el caso concreto. En ningún caso puede ser violado un derecho fundamental en su contenido esencial (art. 19). Para lograr una más eficaz protección del individuo se constatan de una forma expresa los postulados capitales del Estado de Derecho (separación de poderes, art. 20, II; vinculación de la Legislación al orden constitucional, vinculación de la Administración y de la Jurisprudencia a la Ley y al Derecho; art. 20, III; independencia de los Tribunales, art. 97; posibilidad de empleo de la vía jurídica (*Rechtsweg*) por aquella persona que haya sido lesionada en sus derechos por el poder público, art. 19, IV; «queja constitucional», §§ 90 sigs. de la Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional). Según el artículo 1, continúa NIPPERDEY, la dignidad del hombre es inviolable: respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal. De la más acusada significación es el derecho fundamental que configura el artículo 2, el derecho a la libre configuración o desarrollo de la personalidad, siempre que no se lesionen los derechos de otras personas y no se atente contra el orden constitucional o contra la Ley moral. De esta regla general de carácter superior se deriva también la libertad contractual, pero de ella han de deducirse, asimismo, las limitaciones a dicha libertad. También el principio básico de libertad de profesión o libertad de trabajo (*Gewerbefreiheit*) recogido en el artículo 21, I, encuentra sus limitaciones a través del artículo 2. De los artículos 2 y 12 y de la esencia de la política de mercados contenida en ellos por principio se deduce el postulado de libertad de competencia, esencial para la vida económica y, por regla general, contrario a un régimen de cártels (temporalmente cfr. aun Ley núm. 56 del Gobierno Militar y Ordenanza de idem, núm. 78); al postulado de libertad de competencia debe añadirse el de competencia de prestación. Es inconcebible una ordenación del Derecho privado que no otorgue garantías a la propiedad, las cuales le son conferidas contra la expropiación en el artículo 14 con un mayor alcance que en la Constitución de Weimar. La igualdad ante la Ley —que también vincula al legislador y que entraña la prohibición de normas arbitrarias, de normas motivadas incongruentemente o de normas diferenciadoras sin motivo—, la equiparación jurídica de hombres y mujeres, la prohibición de discriminaciones por motivos de sexo, ascendencia, raza, lengua, patria

y procedencia, religión o concepciones políticas o religiosas (art. 3) garantizan la intervención de todos con igualdad de derechos en el tráfico jurídico-privado. Además, constituyen igualmente fundamentos básicos del Derecho privado la libertad de cultos, de conciencia y de confesión religiosa (art. 4), el derecho de libre manifestación de la opinión (art. 5), la libertad de reunión (art. 8), la libertad de asociación (art. 9), la libertad de coalición (art. 9, III), la libertad de fijar la residencia (art. 11), el secreto epistolar, postal y telegráfico (art. 10), la inviolabilidad del domicilio (art. 13). El matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial protección de la ordenación estatal (art. 6)» (91). Hasta aquí lo referente al aspecto o vertiente individual.

Para dejar completa esta descripción del marco político-social de la República Federal, vamos a referirnos a continuación al segundo de los aspectos que indicamos más atrás: al *aspecto o vertiente comunitaria y social* u *ordenación social-democrática* a que alude el propio NIPPERDEY. «Sin embargo, nos dice este autor, la República Federal Alemana no es tan sólo un Estado liberal-democrático, sino también—y de una forma inalterable—un Estado de Derecho de carácter social (art. 20, 28). De esto se derivan importantes limitaciones a la libertad individual. El individuo, sobre todo el económicamente fuerte, no puede usar dicha libertad en perjuicio del más débil ni atentar contra los legítimos intereses colectivos. Se señalan los límites necesarios a las acumulaciones de poderío económico. El Estado de Derecho de carácter social requiere las limitaciones ya indicadas a los derechos fundamentales individuales, en especial la limitación de «cártels» y el control de los monopolios. El contenido y límites de la propiedad se determinan por las leyes. La propiedad obliga. Su uso debe servir al propio tiempo para el bien de la generalidad (art. 14). La cuestión de los límites entre la expropiación y la determinación del contenido de la propiedad es de especial significación. La configuración de la propiedad en el sentido de un ordenación fundamental de tipo social es lo que corresponde a la voluntad de la Constitución. Según la interesante regla del artículo 15, la tierra y el suelo, los tesoros naturales y los medios de producción, con el fin de su socialización, pueden ser colocados en propiedad común o en otras formas de explotación colectiva por medio de una Ley que determine la clase y extensión de indemnización (socialización). Sólo puede considerarse social un Estado de Derecho configurado sobre la igualdad jurídica si se da una auténtica colaboración o asociación entre capital y trabajo en el sentido de la codeterminación. Las Constituciones de los Länder—que, con frecuencia, según el ejemplo de la Constitución de Weimar y saliéndose de los clásicos derechos fundamentales contienen determinaciones sobre la vida económica, social y cultural—acentúan aún más los prin

(91) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53-56; amplias indicaciones bibliográficas en estas páginas, notas 6 a 10.

cipios del Estado social; las determinaciones en cuestión tienen también vigencia a tenor del artículo 142 de la Ley fundamental. Según el artículo 6, V, han de proporcionarse por la Legislación a los hijos ilegítimos las mismas condiciones que a los legítimos, para su desarrollo corporal y espiritual y para su posición en la sociedad. De la esencia misma del Estado social (art. 20, 28), en armonía con el antiguo artículo 151 de la Constitución de Weimar, se deriva, en suma, el siguiente y decisivo principio constitucional: el Ordenamiento jurídico tiene que garantizar para todos una existencia digna del ser humano, libre de temores y necesidades» (92).

Indicados ya, a través del pensamiento de uno de los más caracterizados tratadistas del momento, los principios y tendencias que presiden el Derecho privado de la República Federal y que al mismo tiempo son determinantes del marco o escenario político-social en que aquel Derecho ha de desenvolverse hacia su meta futura (93), nos corresponde tratar ahora, siguiendo el mismo sistema adoptado en las etapas anteriores, de las repercusiones legislativas que los referidos principios y orientaciones han tenido en el Derecho de familia, cuya nota característica, en la Alemania Occidental, es la realización jurídica del postulado básico de equiparación de derechos entre ambos sexos.

En esta enumeración de disposiciones que se relacionan con el Derecho de familia, comenzaremos por la Ley fundamental de Bonn de 1949 que, aparte de merecer prioridad por su fecha y carácter, es la primera manifestación legislativa del poder soberano de la República Federal Alemana como tal. No son muchas las disposiciones que, referentes al Derecho de familia, contiene la Ley fundamental; ahora bien, las que ofrece son de importancia esencial, hasta el punto que puede afirmarse que algunas de ellas llevan implícita la transformación o, quizá mejor, la instauración de un nuevo sistema jurídico de la familia. Sus preceptos, en el aspecto que nos interesa, contienen principios constitucionales en relación con los siguientes extremos: a) equiparación jurídica de ambos sexos; b) protección estatal del matrimonio y de la familia; c) concepción de la educación de los hijos como derecho natural de los padres y deber primordial de éstos; d) protección de la maternidad; e) situación jurídica de la filiación ilegítima. He aquí el texto de las normas (94).

(92) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 56-57. También LHMANN: *Parte General*, 32-33; DENECKE-OEGG, en *BGB, RGRKommentar*, I, 12-13; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 26-27.

(93) Según LANGE, el Derecho civil ha de tender en su futura evolución a garantizar la igualdad y libertad de todos los ciudadanos, pero vinculados al poder jurídico del Estado dentro de esa igualdad y libertad. Cfr. LANGE: *Allgemeiner Teil*, 27. También DENECKE-OEGGH *BGB-RGRKommentar*, I, 12-13.

(94) Sobre la Ley fundamental de Bonn en general, y sobre los textos a que vamos a referirnos en particular, pueden consultarse, entre otros, GIESE: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Staatsrechtlich*

Art. 3, II: «Hombres y mujeres están equiparados jurídicamente» (95).

Art. 6, I: «Matrimonio y familia están bajo la especial protección del Ordenamiento estatal» (96).

Art. 6, II-III: «La asistencia y educación de los hijos constituye un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe con carácter primordial. Sobre su realización vigila la comunidad estatal.—Contra la voluntad de los titulares de la educación, los hijos sólo pueden ser separados de la familia en base a una Ley, si los titulares en cuestión incumplen su cometido o si los hijos corren el peligro de quedar desatendidos por otros motivos» (97).

Art. 6, IV: «Toda madre tiene pretensión a la protección y asistencia de la comunidad» (98).

Art. 6, V: «A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la Legislación, para su desarrollo corporal y espiritual y para su

erläutert von —, 4.^a ed., Frankfurt am Main, 1955; HAMANN: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlín, 1956; MANGOLDT: *Das Bonner Grundgesetz (Die Verfassung des Bundesrepublik Deutschland)*. Erläutert von —, 2.^a ed. por KLEIN, primera entrega, Berlín-Frankfurt am Main, 1955; MATZ: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe mit ergänzenden Anhang zusammengestellt und erläutert von —*, 2.^a ed., Stuttgart-Colonia 1954; VON ROSEN-VON HOEWEL: *Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (tomo 27 de la serie «Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft»), Stuttgart-Colonia, s. a. Sobre las orientaciones de la Ley Fundamental, brevemente destacadas, es importante la obra de NAWIASKY: *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart-Colonia, 1950. Los textos pueden consultarse también en HARTUNG: *Die Entwicklung*, 110 sigs. (cita completa en nota 40, *in fine*).

(95) Esta disposición, en relación con lo establecido en el artículo 117, I, sanciona, primero como principio programático y después como Derecho vigente, el postulado fundamental de equiparación jurídica de los sexos, el cual aplicado al Derecho de familia significa generalmente equiparación jurídica de marido y mujer. Más adelante hemos de volver ampliamente sobre este problema de «das dos Alemanías». Cfr. no obstante, para la República Federal, MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XIX-XXI.

(96) «La familia y el matrimonio—dice LAUTERBACH—son la base fundamental de la vida de la comunidad. Sobre ambas instituciones se configuran el Municipio y el Estado. Por esta razón se encuentran bajo la protección de éste. Esta protección es sancionada por la mayoría de las nuevas Constituciones; así la Ley fundamental...» (cita luego algunas Constituciones de los Länder y la de la DDR. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1.079. Consúltese además la bibliografía citada en la nota 94 y más especialmente MAUNZ: *Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (art. 6 GG), EF, 1956, 1.

(97) Bibliografía en nota 94. Además, FLEIG: *Das Elternrecht in Bonner Grundgesetz*, Friburgo, 1953; MEYER-SEVENICH: *Elternrecht und Kinderrecht*, Frankfurt am Main, 1954; GLAUB: *Erziehungsrecht und Erziehungspflicht von Eltern und Staat* (cuaderno 4 de la serie «Kleiner Wegweiser für die Jugendhilfe») dirigida por I.: *Evangelischer Reichs-Erziehungsverband de Münster/Westf.*) Essen, 1956.

(98) Bibliografía en nota 94.

situación en la sociedad, las mismas condiciones que a los hijos legítimos» (99).

Veamos ahora las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley fundamental de 1949. La enumeración, como siempre, no tiene pretensiones exhaustivas; sólo aspira a recoger las disposiciones más importantes. Estas son las siguientes:

Ley Federal de 23 de junio de 1950, sobre reconocimiento de matrimonios libres de los perseguidos por razones políticas o de raza, con modificaciones introducidas por Ley de 7 de marzo de 1956 (100) (101).

(99) Además de las obras recogidas en la nota 94, cfr. MEYER: *Zur Reform des Unehelichenrechts* (cuad. 3 e la serie «Beihefte zu Unsere Jugend»), 1952; HÜBNER: *Die künftige Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, Berlín, 1954; HEDEMANN: *Die Nichtehelichen (Zur Reform des Unehelichenrechts)*, EF, 1955, 226; HEDEMANN: *Die künftige Rechtsstellung der unehelichen Kinder*, MDR, 1952, 454. En cuanto al posible desarrollo de la norma del artículo 6, V, dice BETZKE: «Para los hijos ilegítimos, tanto la Constitución de Weimar en su artículo 21 como la Ley fundamental en su artículo 6, exigen las mismas posibilidades de desarrollo que para los legítimos. Esta exigencia no puede significar una absoluta equiparación jurídica con respecto a los hijos legítimos; ello supondría la desvaloración de la familia. La equiparación debe ser, ante todo, una equiparación en la vida pública. Ahora bien, junto a esto es también imprescindible un mejoramiento de su posición jurídico-familiar. Todas las reformas que a partir de 1919 se han pretendido de la insatisfactoria regulación del BGB han fracasado a causa de las contradictorias influencias políticas.» Cfr. BETZKE: *Familienrecht*, 4; también 140.

(100) La Ley de 23-VI-1950 viene a suplir a otras de denominación y contenido análogos que ya se habían dictado en determinados *Länder*. Sus disposiciones se hacen extensivas al Berlín Occidental por Ley de 30-XI-50. La Ley que nos ocupa autoriza a las autoridades judiciales de los *Länder* para atribuir la eficacia de un matrimonio civilmente válido a aquellas «uniones» de prometidos que, por razones raciales, políticas o religiosas, no pudieron concluir su matrimonio de forma regular ante el funcionario del estado civil. Para que esto ocurra han de darse dos circunstancias: a) Que la muerte de uno de los prometidos impida la celebración del matrimonio ante el indicado funcionario. b) Que los prometidos demuestren que han querido configurar su unión como una «unión duradera» (*dauernde Verbindung*). Esta demostración puede hacerse mediante el casamiento eclesiástico, mediante declaración a los parientes o de otra forma análoga. Ha de mediar solicitud de la persona interesada, y la concesión o no de lo pedido es potestativo de la autoridad judicial; la concesión es un acto gracioso: un *Gnadenakt*.

(101) Sobre la Ley de 23-VI-1950 puede consultarse LAUTERBACH en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 13 de la Ley de matrimonio de 1946, 1.838-1.895. Allí referencias bibliográficas. Cfr. asimismo BETZKE: *Familienrecht*, 21.

(102) En algunos *Länder* ya se habían dictado disposiciones simplificando o aligerando algunos de los presupuestos de la adopción; estas disposiciones quedan sustituidas por la Ley de 1950, que sirve de complemento a los §§ 1.741 y 1.745 del BGB. La Ley establece que cabe dispensar la circunstancia de que el adoptante no tenga descendencia legítima, así como ciertas circunstancias de edad. En Berlín Occidental rige la Ley de 1-XII-1950, de contenido similar. La Ley sobre facilitación de la adopción se dictó con carácter temporal: su vigencia estaba prevista hasta fines de 1952. Después ha sido prorrogada sucesivamente hasta 31-XII-1955 (por Ley de 14-II-1953) y hasta 31-XII-1960 (por Ley de 25-XII-1955).

Ley Federal de 8 de agosto de 1950, sobre facilitación de la adopción (102) (103).

Ley Federal de 2 de diciembre de 1950, sobre reconocimiento de «casamientos de necesidad» (104).

Ley Federal de 15 de enero de 1951, complementando y modificando la Ley sobre el estado civil de las personas de 1937 (105).

Ley Federal de 29 de marzo de 1951, sobre mediación o intervención en la adopción, con Ordenanza de 25 de agosto de 1952 (106).

Ley Federal de 29 de marzo de 1951, sobre los efectos jurídicos de la decisión que pronuncie la conclusión del matrimonio «post mortem» o conclusión del matrimonio a posteriori (107) (108).

(103) Sobre la Ley de 8-VIII-1950 puede consultarse LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 1.741 del BGB, 1.292-1.293. También BEITZKE: *Familienrecht*, 134; BEITZKE: *Zur Auslegung des Gesetzes zur Erleichterung der Ausnahme an Kindes Statt*, StAZ, 1954, 140; MASSFELLER: *Die erleichterte Annahme an Kindes Statt*, en *Bundesanzeiger*, 1953, 3.

(104) Extensivas sus disposiciones al Berlín Occidental por Ley de 28-VI-1951. Bajo determinados presupuestos la Ley que nos ocupa confiere los mismos efectos que a los matrimonios contraídos ante el funcionario del estado civil a ciertos casamientos que, como consecuencia de la guerra, no se celebraron ante dichos funcionarios. Para que pueda otorgarse este «reconocimiento de los casamientos de necesidad» como matrimonios civiles válidos han de concurrir unos presupuestos objetivos de tiempo, lugar y autoridad ante la que se celebró el casamiento. En las Zonas británica y americana y en algunos Länder se habían dictado normas análogas a la Ley de 2-XII-1950 que han sido derogadas y sustituidas por ésta. Cfr. sobre la cuestión de referencia, LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 11 de la Ley de Matrimonio de 1946, 1.884-1.888; BEITZKE: *Familienrecht*, 21.

(105) Sobre la Ley del estado civil de las personas de 1937 puede consultarse BRANDIS-MASSFELLER: *Das Personenstandsgesetz*, 1938; STÖLZEL: *Personenstandsgesetz*, 6.^a ed., 1939. Más reciente, y recogiendo la Ley de 1951, MASSFELLER: *Das gesamte Personenstandsrecht. Kommentar*, Frankfurt, 1951.

(106) En Berlín Occidental Ley de 3-XI-1952 con Ordenanza de 15-XII-1952. La Ley considera que la «mediación» o «intervención» (*Vermittlung*) en la adopción es misión de la Oficina de la Juventud, así como de otros organismos y entidades que se especifican en sus disposiciones. Mediante la intervención o mediación aludida se pretender evitar que la adopción se lleve a cabo con miras exclusivamente económicas. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 133; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 1291; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht*, 3.^a ed., Munich-Berlín, 1955, 267-270; ZUR NIEDEN: *Soll und kann Adoptionsvermittlung gefördert werden?*, en *Gesundheitsfürsorge*, 1953, 88.

(107) La Ley de 29-III-1951 se ha dictado como consecuencia de la situación surgida al amparo de una circular secreta del Ministerio del Interior del Reich de 15-VI-1943. Esta circular, que nunca se promulgó en forma legal y que apoyaba su validez en una autorización del Führer, establecía que entre las novias de los miembros del Ejército alemán y sus prometidos caídos en la guerra pudiera celebrarse *post mortem* el oportuno matrimonio con el fin de que dichas novias adquiriesen la condición de viudas de guerra y los posibles hijos la de hijos legítimos del caído y de su novia. El procedimiento para llegar a esta conclusión *post mortem* del

Ley Federal de 24 de enero de 1952 o «Ley para la protección a la madre trabajadora», conocida, generalmente, como Ley de protección a la madre (109).

Ley Federal de 5 de marzo de 1953 o «Ley para el restableci-

matrimonio o «conclusión del matrimonio *a posteriori*) (*nachträgliche Eheschliessung*) era el siguiente: La prometida de un caído al servicio del Ejército dirigía la oportuna solicitud a la autoridad competente. El Ministerio del Interior encargaba al funcionario del estado civil proporcionase la prueba de que en el caso en cuestión concurrían los presupuestos para que el matrimonio se celebrase *post mortem*. El requisito esencial consistía en que hasta el día de la muerte del caído no se tuvieran noticias de que había abandonado su propósito firme de casarse. En el caso de darse esta circunstancia, el Ministerio del Interior decretaba la conclusión del matrimonio; éste se celebraba de acuerdo con las formalidades legales. El funcionario del estado civil preguntaba a la novia si quería contraer matrimonio con el caído, y, contestada afirmativamente la pregunta, declaraba contraído el matrimonio en nombre del Reich y en virtud de orden del Ministerio del Interior. La mujer quedaba convertida en legítima esposa del caído, con efecto retroactivo del día anterior a la muerte de éste. Se han suscitado abundantes discusiones en torno a la validez o invalidez de estos matrimonios que, en realidad, desde el punto de vista estrictamente legal, son «matrimonios inexistentes», (no matrimonios) (*Nicht-ehen*). De todas formas parece que podría fundamentarse su eficacia en una especie de Derecho consuetudinario formado en torno a ellos, puesto que un simple acto administrativo (no otra cosa era la circular de 1943) no puede de ningún modo alterar las normas del Derecho civil relativas a la conclusión del matrimonio. Sobre estos matrimonios «postmortales» y sus problemas cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 65-66; MITTELS-BOEHMER: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 35-36; BEITZKE: *Familienrecht*, 23; *Einführung*, 89, nota 16. Más ampliamente DÖLLE: *Die nachträgliche Eheschliessung*, DRZ, 1947, 39; BOEHMER: *Zur nachträglichen (postmortalem) Eheschliessung und Ehescheidung*, ACP, 150, 235.

(108) Dejando al margen la cuestión de la validez o invalidez de los matrimonios postmortales, la Ley de 29-III-1951 lo único que hace es señalar los efectos jurídicos de la decisión que haya declarado, en base a la circular de 1943, una conclusión de matrimonio *post mortem*: la mujer lleva el nombre del caído, se considera viuda de guerra a efectos de pensiones y auxilios y los hijos valen como legítimos. Sobre la Ley de 1951 cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), apéndice al § 13 de la Ley de matrimonio de 1946, 1.895-1.896. También BEITZKE: *Familienrecht*, 23. En ambas obras más referencias.

(109) Esta Ley, extensiva al Berlín Occidental por Ley de 24-IV-1952, tiene más interés desde el punto de vista del Derecho laboral que desde el del Derecho de familia, no obstante lo cual algunas de sus disposiciones inciden de lleno en el campo de éste. Sobre la Ley de protección a la madre cfr. MECK: *Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter. Textausgabe mit Erläuterungen*, Stuttgart-Colonia, s. a.; AXE: *Das Mutterschutzgesetz vom 24-I-1952 für den Handgebrauch erläutert*, 2.ª ed., Essen, 1953; PETERS: *Das Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter vom 24-I-1952. Kommentar*, Lübeck, 1953; GRÜNIGZELLNER: *Arbeitschutzvorschriften für die erwerbstätige Frau und Mutter*, 3.ª ed., Berlín, 1953; TREUERKAUF: *Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter (Mutterschutzgesetz) vom 24-I-52. Kommentar*, Colonia-Deutz, 1954; BULLA: *Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht Kommentar zum Mutterschutzgesetz und zum Recht des Hausarbeitstages nebst weiteren Bestimmungen über den besonderen Arbeitsschutz der erwerbstätigen Frau*, Munich-Berlín, 1954.

miento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil» (110).

Ley Federal de 28 de agosto de 1953, modificando y completando la Ley de protección a la juventud de 1923 (111).

Ley Federal de 13 de noviembre de 1954, sobre ayuda familiar, conocida con el nombre de «Ley sobre dinero de los hijos» (112).

Ley Federal de 18 de mayo de 1957, denominada «Segunda Ley para la modificación y complementación de la Ley sobre el estado civil de las personas» (113).

Ley Federal de 18 de junio de 1957, sobre equiparación jurídica de marido y mujer en el ámbito del Derecho civil, conocida como «Ley de equiparación» (114).

(110) Rige en Berlín Occidental por Ley de 20-III-1953. La Ley para el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil se dicta con el fin de refundir e integrar en el BGB una serie de preceptos de la legislación civil alemana que se encontraban dispersos en Leyes especiales. La Ley de 1953 introdujo modificaciones en los cinco libros del BGB; las que afectan al libro IV se refieren a los §§ 1.788, 1.837 y 1.875. Un estudio de conjunto de la Ley es el de RECHENMACHER: *Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5-III-1953*, NJW, 1953, 768-770. También MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit.; XVII-XVIII.

(111) El núcleo de la reforma radica en la nueva regulación de la organización de las autoridades y funcionarios que tienen a su cargo la protección de la juventud y en el señalamiento de un nuevo campo de acción a dichas autoridades y funcionarios. Cfr. RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht*, 15. Dimos algunas referencias bibliográficas en la nota 45.

(112) La Ley establece una ayuda económica («dinero de los hijos» o *Kindergeld*) para aquellas familias que tienen tres o más hijos. Se trata de una de las disposiciones que más bibliografía y decisiones judiciales ha provocado en estos últimos años al decir de MEYER: *Das Kindergeld im Lichte von Rechtsprechung und Schrifttum*, EF, 1957, 76. Pueden consultarse, además, WITTING-MEIER: *Kindergeld-Handbuch. Kommentar*, Bielefeld, 1955; RÖDIGER: *Das Kindergeldrecht. Erläuterungen mit Beispielen*, Colonia-Deutz, 1956; SIXTUS-HAEP: *Kommentar zum Kindergeld*, Essen, 1956; KLEINHEYER: *Unterhaltspflicht und Kindergeld*, EF, 1955, 350; KLEINHEYER: *Bemerkungen zu einer Neufassung des § 8 Kindergeldgesetz*, EF, 1957, 79; SCHNITZLER: *Zur Verfassungsmässigkeit der Kindergeldgesetzgebung*, MDR, 1956, 712; SIEVERS: *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, NJW, 1947, 441; SCHAEFER: *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, EF, 1957, 353.

(113) La Ley sobre el estado civil de las personas de 1937 que ya había sido modificada y completada por una Ley de 1951, lo es ahora de nuevo por la Ley que nos ocupa que entrará en vigor el 1-I-1958. Aparte de otras modificaciones de menor importancia las dos finalidades de la reforma son éstas: a) Restablecer la unidad legislativa en cuanto a la forma de llevar los Registros familiares, suprimiendo las diversidades surgidas entre los *Länder* como consecuencia de ciertas disposiciones dictadas durante la segunda guerra mundial. b) Dar entrada de una manera orgánica y eficiente en los Registros del estado de las personas al número cada vez mayor de alemanes que buscan asilo en la República Federal, consumando así el camino iniciado por la legislación de los *Länder*. Un examen de conjunto sobre la Ley de reforma de 1957 en MASSFELLER: *Die Novelle zum Personenstandgesetz*, EF, 1957, 229.

(114) Esta Ley es sin duda la más importante y trascendental de cuantas se han dictado referentes al Derecho de familia desde la promulgación

8. II) *República Democrática Alemana*.—Huelga decir que el sistema político-social imperante en la Zona soviética de Alemania, que como Estado soberano se autodenomina República Democrática Alemana y que es, generalmente, conocida como Alemania Oriental, es por completo distinto e incluso opuesto al que hemos visto rige en la República Federal. Semejante diversidad de postulados políticos tiene, como es lógico, hondas repercusiones en el Derecho privado, no bstante poder afirmarse como regla general la vigencia, al menos inicial, de los mismos textos.

Como advierte NIPPERDEY, el BGB no ha sufrido, en la República Democrática, modificaciones fundamentales, si se considera desde un punto de vista externo y formal (115). Sigue siendo, al menos teóricamente, el texto fundamental en que cristaliza el Derecho civil, a pesar de los profundos impactos que en él ha causado la Constitución a que en seguida aludiremos, las Leyes especiales que se van dictando y, sobre todo, la propia realidad jurídica tal como ésta ha necesariamente de desenvolverse en un Estado de orientación comunista o «democrática» (?). Resulta así que si bien es cierto que el BGB no ha sido derogado en bloque y formalmente en la República Democrática Alemana, no lo es menos que en ella se aplica con arreglo a unos criterios diametralmente diversos de aquellos que rigen en la República Federal; pues no hay que olvidar que en la Alemania soviética ha sido suprimida de una manera radical la ideología a que el Código responde, tanto si se interpreta en sí mismo de una forma estricta (rígido individualismo) como si se interpreta con un criterio social y progresivo (individualismo atenuado). «Mucho más profundas que las modificaciones legislativas que afectan directamente al BGB, dice NIPPERDEY, son la plena transformación de las concepciones económicas y las consecuencias que traen consigo la ideología y la estructura política de la Zona soviética de Alemania. La organización económica descansa en la socialización de los medios de producción llevada a cabo sin indemnizaciones, mediante la cual se subroga en el lugar de la propiedad privada de las empresas socializadas la «propiedad del pueblo». Para la vida económica rige una economía central planificada, que ha conducido a la circunstancia

del BGB, siendo al mismo tiempo la que más decisivas modificaciones introduce en el texto de éste. La finalidad de la Ley de equiparación no es otra que el desarrollo legislativo del principio constitucional de equiparación jurídica de los sexos, sancionado por el artículo 3, II, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La Ley de 1957 lleva a cabo fundamentales reformas, sobre todo en el libro IV del BGB, pues como idea orientadora puede afirmarse que modifica todos los preceptos de éste que supusieran una desigualdad jurídica de los cónyuges o, en general, de varón y mujer. La Ley de equiparación entrará en vigor el 1-VII-1958 (art. 8, II, disposición final 4). Más adelante, al referirnos al problema de la equiparación en Alemania Occidental (cfr. núm. 13), ofrecemos amplia información bibliográfica sobre esta Ley, considerada en su conjunto y en sus diversos aspectos concretos.

(115) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 44.

de que en la posición de la contratación privada se vayan implantando, cada vez más intensamente, unas medidas estatales de dirección y unos deberes de suministro impuestos por el Estado» (116).

En la República Democrática Alemana, al igual que sucede en la República Federal, la Constitución reconoce y sanciona unos «derechos del ciudadano» (*Rechte des Bürgers*) o derechos fundamentales, pero con una importante diferencia con respecto a la Ley Fundamental de Bonn: estos «derechos del ciudadano», que se estructuran dentro del «contenido y limitaciones del poder del Estado» (117), tan sólo se reconocen sometidos, como dice LANGE (118), a una fuerte vinculación político-social, y por otra parte la propia Constitución se encarga de dejar a salvo con gran frecuencia la posibilidad «constitucional» de desconocer e ignorar esos derechos (119). Tomemos como ejemplo lo que sucede con el más fundamental de todos los derechos fundamentales: la propiedad. La Constitución comienza reconociendo y garantizando tal derecho, al igual que el derecho hereditario (art. 22); pero inmediatamente, a renglón seguido (arts. 23 y 24), son tantas las excepciones y limitaciones que se hacen a este reconocimiento y protección que la sola lectura de los textos constitucionales demuestra cumplidamente que el derecho de propiedad queda entregado al más despótico arbitrio del poder del Estado: se prevé la posibilidad de expropiaciones sin indemnización, la confiscación de empresas, la disolución de las «grandes posesiones inmobiliarias» de carácter privado y su distribución sin indemnización y, por último, como medida que habla por sí sola, está prevista en la Constitución la conversión de la propiedad privada en «propiedad del

(116) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 44. Sobre el Derecho civil de la República Democrática pueden consultarse BLOMEYER: *Die Entwicklung des Zivilrechts in der sowjetische Besatzungszone*, 1950; LEGUEN: *Das BGB in der Sowjetzone und in Berlin (Ost)*, JR, 1957, 93. Es, además, fundamental la obra de DORNBERGER-KLEINE-KLINGER-POSCH: *Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, I, Berlín, 1954; II, Berlín, 1956.

(117) Cfr. Constitución de la República Democrática Alemana de 7-X-1949, arts. 6 y sigs.

(118) Cfr. LANGE: BGB. *Allgemeiner Teil*, 26. También DENECKE-OBGG, en BGB.RGR. *Kommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12.

(119) «De todas formas, no puede desconocerse la circunstancia de que a primera vista los textos de la Constitución tienen un cierto «sonido occidental». Desde el punto de vista individual o personal, los «derechos del ciudadano» que sanciona la Constitución son los siguientes: igualdad ante la Ley (art. 6), igualdad jurídica de los sexos (art. 7), libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto postal y libre fijación de residencia (art. 8), libre exteriorización de la opinión y derecho de reunión amistosamente y sin armas (art. 9), no extradición (art. 10, I, II), derecho de expatriación (art. 10, III), derecho de asociación (art. 12). Sobre la estructura laboral y económica de la República, al menos tal como figura en la Constitución, cfrs. artículos 13-18 y 19-29. Los textos constitucionales pueden consultarse en la obra ya citada de HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, 114 y sigs.

pueblo» (*Eigentum des Volkes*), por medio de una expropiación sin indemnización, en el supuesto en que se abuse de aquélla. He aquí el texto de los artículos 22, 23 y 24 que son los que se refieren a la propiedad.

Art. 22: «La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y sus limitaciones se derivan de las Leyes y de los deberes sociales frente a la comunidad.—El derecho hereditario está garantizado en conformidad con el Derecho civil. La cuota del Estado en la herencia se determina por la Ley. El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor y del artista gozan de la protección, fomento y asistencia de la República».

Art. 23: «Las limitaciones de la propiedad y las expropiaciones sólo pueden ser llevadas a cabo en beneficio de la generalidad y con un fundamento legal. Dichas limitaciones y expropiaciones se realizan a cambio de una adecuada indemnización, a no ser que la Ley determine otra cosa. En caso de litigio en torno a la cuantía de la indemnización queda abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios, en tanto una Ley no determine otra cosa».

Art. 24: «La propiedad obliga. Su uso no puede ser contrario al bien común.—El abuso de la propiedad mediante acumulación de poderío económico tiene como consecuencia una expropiación sin indemnización y su conversión en propiedad del pueblo (120). Las empresas de los criminales de guerra y de los pertenecientes de un modo activo al Nacionalsocialismo quedan expropiadas y pasan a ser propiedad del pueblo. Lo mismo vale para las empresas privadas que se presenten al servicio de una política belicista.—Todas las organizaciones monopolísticas de carácter privado, trusts y organizaciones semejantes dirigidas al aumento de ganancias mediante un control de la producción, de los precios y de las ventas, quedan suprimidas y prohibidas.—Las grandes posesiones inmobiliarias privadas, que tengan más de 100 hectáreas, quedan disueltas y son distribuidas sin indemnización. Para llevar a cabo esta reforma en la política del suelo se garantiza a los campesinos la propiedad privada sobre sus tierras» (121).

Examinado lo relativo al Derecho privado en general y descrito a grandes rasgos el panorama político-social de la República Democrática, pasemos ya a ocuparnos de la situación del Derecho de familia, tanto en el terreno de los principios como en el de las

(120) También el artículo 25 prevé una propiedad del pueblo de los tesoros del suelo y de los productos naturales. Sobre esta «propiedad del pueblo» cfr. SZOSTAK: *Das Volzeigentum in der Deutsche Demokratische Republik*, JR, 1957, 255-259.

(121) Para todos los textos cfr. HARTUNG: *Die Entwicklung*, 117-118. A primera vista, los artículos 22-24 de la Constitución de la República Democrática tienen una cierta analogía con el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn; pero leídos con cuidado los textos de ambas Constituciones en seguida destacan sus profundas diferencias de contenido. En cuanto a la socialización, cfr. también las diferencias: Ley Fundamental de Bonn, artículo 15; Constitución de la República Democrática, artículo 27. HARTUNG: *Die Entwicklung*, 113 y 119.

realizaciones legislativas. A semejanza de lo que sucede en la mayoría de las Repúblicas populares de cuño comunista surgidas después de la Segunda Guerra Mundial, en la República democrática alemana la familia está sometida a un *fuerte intervencionismo* por parte del Estado, que trata de servirse del organismo familiar para la consecución de finalidades políticas. Este intervencionismo se presenta, a veces, definido como protección y fortalecimiento de la familia. ¡Nada más lejos de la realidad! (122).

Con referencia a las relaciones entre padres e hijos este «intervencionismo protector» desemboca en una *estatalización* de la educación de la prole, ya que ésta ha de ser formada «en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos» (123).

Otro pilar básico sobre el que se apoya el Derecho de familia es el principio de *equiparación jurídica de los sexos*, recogido en los artículos 7 y 30 de la Constitución, a que en seguida aludiremos. Ahora bien; en Alemania oriental la equiparación jurídica de la mujer con el varón no está prevista con la finalidad de mejorar la posición jurídica del sexo femenino, como ocurre en la República Federal, sino que lo que se pretende con dicha equiparación es conseguir el fin último de insertar plenamente a la mujer en el proceso de producción, libre de toda traba de carácter familiar. El § 3 del Proyecto de Código de familia establece, en este sentido, el siguiente principio fundamental: «La plena equiparación jurídica de los sexos tan sólo puede ser realizada mediante la participación de la mujer en el Estado, en la economía y en todos los demás ámbitos de la vida social. Por eso, esta Ley atribuye a la mujer en la familia una posición que haga compatibles sus deberes como mujer y madre con su derecho al perfeccionamiento».

(122) Es muy significativo en este sentido el § 1 del Proyecto de Código de Familia publicado en 1954, cuyo texto es el siguiente: «El Código de Familia de la República Democrática Alemana regula las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, entre los padres, hijos y otros parientes, entre el tutor y el pupilo, con la finalidad de desarrollo y fortalecimiento de la familia y de la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos.» También es altamente significativa la definición que se ofrece del matrimonio en el Preámbulo de la Ordenanza de 24-XI-1955 sobre conclusión y disolución del mismo. «En la República Democrática Alemana—dice—el matrimonio es una comunidad de vida concluida entre hombre y mujer, que, basada en la equiparación jurídica de los sexos, en el amor y en la consideración recíproca, sirve para el desarrollo común de los cónyuges y para la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos.»

(123) Cfr. locs. cit. en nota anterior. En el § 38 del Proyecto citado se establece como deber y derecho de los padres educar al hijo como ciudadano independiente y responsable del Estado democrático, que ame a su patria y que luche por la paz». Sobre estos problemas, vistos por un jurista de la propia Zona soviética. cfr. NATHAN: *Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie*, en «Staat und Recht», año III, 567 y sigs.

to profesional y al ejercicio de la profesión». Comentando NATHAN el principio anterior, dice que es una declaración «que ha de valorarse como orientación y guía de conducta y que se dirige, ante todo, a la gran masa de mujeres, de las cuales muchas no han comprendido aún el indisoluble lazo que existe entre equiparación jurídico-familiar y actividad profesional» (124).

Por último, en la República democrática alemana se observa también la tendencia al *mejoramiento* de la posición jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio, tendencia que, como en seguida veremos, tiene un fuerte eco constitucional.

Estos son los pilares o bases sobre que se apoya en Alemania oriental el «nuevo Derecho de familia» que, cada vez de manera más intensa, se va tiñendo de un acusadísimo matiz político (125). Pasemos ahora al terreno de las realizaciones legislativas, enumerando las más importantes disposiciones dictadas en la Zona soviética de Alemania, sobre todo las dictadas después de su conversión en República democrática alemana. Como hace constar HAGEMEYER (Marie), el Derecho de familia de la Alemania oriental era, en principio, el mismo que el de la Alemania occidental: aparte de otras disposiciones de menor importancia los textos fundamentales eran el libro IV del BGB y la Ley de matrimonio de 1946 (126). La rotura de esta unidad legislativa se produce al entrar en vigor la Constitución de la República democrática en octubre de 1949, y a partir de entonces el abismo diferenciador entre el Derecho de familia de «las dos Alemanias» va siendo cada vez mayor, tanto en el ámbito de la legislación como en el de la jurisprudencia.

Las disposiciones legislativas dictadas en Alemania oriental, y que más o menos directamente afectan al Derecho de familia, pueden agruparse en tres apartados: a) Disposiciones anteriores

(124) Cfr. NATHAN: *Das Familienrecht als Faktor...*, 574. HAGEMEYER, de quien hemos tomado la cita anterior, manifiesta que la tendencia de insertar de lleno a la mujer en la producción se deduce claramente del § 3 del Proyecto, y a continuación añade: «Bajo el pretexto de que la equiparación jurídica de la mujer requiere la introducción de todo el sexo femenino en la industria pública (cita a NATHAN, loc. cit., 574), se ha desnaturalizado el concepto mismo de la equiparación de los sexos con la finalidad de colocar al mayor número posible de mujeres al servicio del aumento de la producción. Resulta así especialmente claro que la meta del Proyecto no es el bien de la familia, sino el incremento de la producción». Cfr. HAGEMEYER (Marie): *Zum Familienrecht der Sowjetzone. Der Entwurf des Familiengesetzbuches und die Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*, Bonn, 1956.

(125) Sobre el Derecho de Familia de la República Democrática, además de las publicaciones de NATHAN y HAGEMEYER, citadas en las notas 123 y 124, cfr., especialmente, MÜLLER: *Das neue Familienrecht der Sowjetzone in seinen wesentlichen Grundsätzen*, en «Die Kirche in der Welt», 1953, entrega II, Nr. 34, 189; SCHRÖBER: *Die familienrechtliche Gesetzgebung der sowjetischen Zone in ihrer Auswirkung auf die Bundesrepublik*, StAZ, 1954, 49 y 75.

(126) HAGEMEYER: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 6.

a la Constitución de 1949; b) Constitución de 1949; c) Disposiciones posteriores a ésta. Dentro de este tercer grupo merece consideración especial, aunque todavía no ha pasado de ser un Proyecto, el Proyecto de Código de familia de 1954, pues es el único texto que permite apreciar en su conjunto las tendencias y orientaciones que dominan el Derecho de familia en la Alemania soviética; las realizaciones legislativas sólo se enfrentan por ahora con puntos concretos, y la jurisprudencia, a la par que poco asequible, no sigue una línea clara y bien definida (127).

a) Antes de la Constitución de 1949 merece citarse la Ordenanza de 21 de diciembre de 1948 sobre transmisión de los litigios jurídico-familiares a la competencia de los *Amtsgerichte* (128) (129). También con anterioridad a la Constitución se dictaron numerosas disposiciones de carácter local, destinadas a facilitar la adopción, dispensando o aligerando algunos de sus presupuestos de forma análoga a como se ha hecho también en Alemania occidental por la Ley de 8 de agosto de 1950, que ya conocemos (130).

b) Constitución de 1949. En la Constitución de la República

(127) HAGEMeyer: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 7.

(128) Esta Ordenanza viene a suplir los §§ 606 y sigs. de la ZPO, según los cuales los litigios en cuestión eran de competencia de los «Landgerichte».

(129) Como consecuencia de la reforma operada en la organización de la jurisdicción en la República Democrática Alemana por la Ley de 2-X-1952 (Ley sobre organización de los Tribunales en la DDR), completada por la Ley de 4-X-1952, hay que entender que actualmente tales litigios jurídico-familiares han de resolverse ante los «Kreisgerichte» o «tribunales de distrito», grado de la jurisdicción que ha fundido a los antiguos «Amtsgerichte» y «Landgerichte». Conforme a las disposiciones indicadas, los órganos de la jurisdicción ordinaria en Alemania oriental son los siguientes: 1) «Kreisgerichte» o tribunales de distrito; 2) «Bezirksgerichte» o tribunales de departamento; 3) «Obersten Gericht» o Tribunal Supremo; que, según los casos, funciona o no en forma de «Plenum». Esta nueva organización de los Tribunales en la República Democrática se llevó a cabo para adaptar el sistema jurisdiccional a la nueva división administrativa de su territorio en «distritos» (Kreise) y «departamentos» (Bezirke), una vez suprimidos los antiguos Gobiernos de los Länder (cfr. Ley de 23-VII-1952). Un estudio de conjunto sobre la nueva organización de los Tribunales en la Alemania oriental puede consultarse en HEINZE: *Die neue Gerichtsverfassung in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*, NJW, 1953, 247. A título meramente informativo recordaremos aquí que en la República Federal la jurisdicción ordinaria se distribuye entre los órganos siguientes: Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte y Bundesgerichtshof. Cfr. § 12 de la Ley sobre organización de los Tribunales de 27-I-1877, en la redacción de 12-IX-1950. Cfr. sobre estos problemas ROSENBERGER: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6.ª ed., Munich-Berlin, 1954, 56 y sigs.

(130) Las Leyes a que nos referimos son las siguientes: Brandenburgo, Ley de 20-V-1948; Mecklenburgo, Ley de 30-IX-1948; Sajonia, Ley de 28-V-1948; Sajonia-Anhalt, Ley de 19-XI-1948; Thuringia, Ley de 4-V-1948. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 137; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), 1.292. En Berlín oriental, Ley de 28-I-1952.

democrática alemana de 7 de octubre de 1949 encontramos disposiciones referentes a la equiparación jurídica de los sexos, a la protección de la familia por el Estado en su consideración de fundamento de la vida de la comunidad, a la educación de los hijos, a la protección de la maternidad y a la situación de los hijos ilegítimos o «extramatrimoniales». He aquí el texto de las disposiciones referentes a las cuestiones indicadas (131).

Art. 30: «Matrimonio y familia constituyen el fundamento básico de la vida de la comunidad. Están bajo la protección del Estado.—Las Leyes y determinaciones que sean contrarias a la equiparación jurídica de marido y mujer en la familia, quedan derogadas» (132).

Art. 31: «La educación de los hijos para convertirles en personas capaces espiritual y corporalmente en el espíritu de la democracia es un derecho natural de los padres y su más alto deber frente a la sociedad» (133).

Art. 32: «La mujer, durante la maternidad, tiene pretensión a una protección y asistencia específicas por parte del Estado.—La República dictará una Ley de protección a la madre. Han de crearse instituciones para la protección a la madre y al niño».

Art. 33: «El nacimiento extramatrimonial no puede acarrear desventajas ni al hijo ni a sus padres.—Las Leyes y determinaciones contrarias quedan derogadas».

Apreciadas en su conjunto las normas de la Constitución, referentes al Derecho de familia, puede dividirse en dos grupos: 1) Textos de carácter programático que no tienen eficacia inmediata son los contenidos en los artículos 30, I; 31, 32. 2) Textos con eficacia jurídica inmediata son los contenidos en el artículo 30, II, y en el 33: en virtud del primero quedan derogadas en bloque todas las disposiciones que no se avengan con el principio constitucional de igualdad jurídica de marido y mujer; en virtud del segundo, se produce, también en bloque, la derogación de

(131) Las normas a que nos vamos a referir constituyen un apartado independiente dentro de la Constitución: el apartado III dentro de la materia relativa al «contenido y limitaciones del poder del Estado» y que se titula «Familia y Maternidad» (arts. 30 a 33). Los textos pueden consultarse en HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, 119-120.

(132) Este párrafo 2.º del artículo 30 no es sino una aplicación del principio general de igualdad de sexos, recogido en el artículo 7, que dice así: «Hombre y mujer están equiparados jurídicamente. Todas las Leyes y determinaciones que sean contrarias a la equiparación jurídica de la mujer quedan derogadas.»; Piénsese en el gran impacto que produjeron «de golpe» en el BGB este artículo 7 y el artículo 30, II! Ya veremos más adelante de qué manera tan distinta procedió en este punto la Ley fundamental de Bonn (art. 3, II, en relación con el 117, I).

(133) Sobre el «contenido político» de la educación de los hijos cfr. §§ 1 y 38 del Proyecto de Código de familia de 1954, transcritos en notas 122 y 123. También HAGEMeyer: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 19-25.

toda norma que, basada en el nacimiento extramatrimonial, trajera consigo desventajas a los padres o al hijo (134).

c) De entre las disposiciones legislativas dictadas después de la Constitución de 1949 destacan las siguientes:

Ley de 17 de mayo de 1950 rebajando la mayoría de edad a los dieciocho años, y señalando, para ambos sexos, dicha edad como edad núbil (135) (136).

Ley de 27 de septiembre de 1950, llamada «Ley sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer» (137).

(134) Aunque a primera vista induzca a pensar lo contrario, no hay que entender esta declaración (art. 33 de la Constitución) como una equiparación plena de los hijos ilegítimos con los habidos en matrimonio. De todas formas, en las cuestiones concretas, reina una gran inseguridad en torno a la posición de la filiación ilegítima en la República Democrática. Cfr. HAGEMEYER, 25-27; también GÖLDNER: *Die Stellung und das Recht des nichtehelichen Kinder*, NJ, 1954, 373. El Proyecto aborda la cuestión en los §§ 60 y sigs. Según BEITZKE, en la Constitución de la DDR quedan proclamadas la equiparación de la mujer y la equiparación de los hijos ilegítimos con los legítimos. BEITZKE: *Familienrecht*, 6 y 141.

(135) Como es sabido, la mayoría de edad estaba fijada en los veintiún años (§ 2, BGB) y la edad núbil en esta edad para el varón y en los dieciséis años para la mujer (Ley de Matrimonio de 1946, § 1). La Ley que nos ocupa declara que la mayoría de edad se produce a los dieciocho años y que tiene como consecuencia la capacidad para contraer matrimonio (§§ 1 y 2). En Berlín oriental rigen disposiciones semejantes en virtud de la Ordenanza de 8-VI-1950. Como lógica consecuencia de lo dispuesto en la Ley y en la Ordenanza citadas habrá que entender que en Alemania oriental habrá quedado derogada la institución de la «declaración de mayoría de edad», recogida en los §§ 3 a 5 del BGB, pues al producirse la mayoría de edad a los dieciocho años dicha institución resulta inaplicable. Así, DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 10; DENECKE-OEGG, en *BGB.RGR.Kommentar*, I, 18.

(136) La Ley de 17-V-1950 persigue finalidades de carácter político, como sin esfuerzo se deduce de su Preámbulo, concebido en los siguientes términos: «Una reglamentación legal que no confiera la mayoría de edad hasta los veintiún años cumplidos no resulta ya compatible con la importante participación que corresponde a la juventud en la configuración del Orden democrático y antifascista. En la Administración y en la Economía de la República Democrática Alemana, innumerables hombres y mujeres que no han alcanzado aún dicha edad (los veintiún años) han demostrado ya su madurez en funciones de responsabilidad. Esta situación de la juventud ha sido también tenida en cuenta por la Constitución de la República Democrática Alemana, ya que atribuye el derecho de sufragio a todos los ciudadanos que han cumplido los dieciocho años. La Cámara Popular Provisional de la República Democrática Alemana ha votado la siguiente Ley: ...» A continuación sigue el texto de la Ley, cuyo contenido esencial ya conocemos. Sobre la Ley de referencia pueden consultarse DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 10; DENECKE-OEGG, en *BGB. RGR. Kommentar*, I, 18; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 349, nota 4. En estos lugares más información.

(137) Esta Ley se dicta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución (cfr. su texto más atrás). Como manifiesta HAGEMEYER (Marie), la Ley en cuestión permite a lo sumo conocer los fundamentos y tendencias del «nuevo Derecho de familia» de la DDR, pero sin ofrecer en general posibilidades de inmediata aplicación en los casos litigiosos. Cfr. HAGEMEYER: *Zum Familienrecht...*, 7. De todas formas, la Ley sobre

Ordenanza de 24 de noviembre de 1955 sobre conclusión y disolución del matrimonio (138).

protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer contiene ciertos preceptos que afectan radicalmente a importantes normas del BGB, más que como derogación de las mismas como aclaración a una derogación que ya se había producido como consecuencia de lo dispuesto en los textos constitucionales que conocemos, pues no hay que olvidar que, como manifiesta BEITZKE, la Ley de 1950 desarrolla en ciertos aspectos el principio de equiparación de sexos. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 6. Los preceptos más interesantes, desde el punto de vista de nuestro estudio, son los contenidos en los §§ 14 a 17 de la Ley. He aquí su contenido. El § 14 suprime el derecho de decisión del marido recogido en el § 1.354 BGB; su texto es el siguiente: «La conclusión del matrimonio no tiene como consecuencia para la mujer ninguna limitación o reducción en sus derechos. El derecho de determinación exclusiva existente hasta ahora a favor del marido en todos los asuntos de la vida matrimonial ha de sustituirse por un derecho de decisión conjunta de ambos cónyuges. En especial sólo puede decidirse conjuntamente sobre la elección de domicilio y vivienda, sobre las cuestiones fundamentales en la gestión del hogar, sobre la educación de los hijos, etc.» El § 15 suprime el derecho de denuncia que atribuye al marido el § 1.858 del BGB en los supuestos en que la mujer se hubiese obligado a una prestación a realizar por ella en persona; el § 15 establece: «Mediante la conclusión del matrimonio la mujer no puede resultar entorpecida para ejercer una profesión ni para dedicarse a su formación profesional o a su perfeccionamiento social y político, aunque sea condición para ello una separación temporal de los cónyuges.» Esta norma demuestra lo poco que significó la unidad y la unión de la familia. El § 16 atribuye los cuidados paternos a ambos padres, en contra del § 1.627 BGB, que atribuía al padre la patria potestad. Dice así el § 16: «El cuidado paterno, que comprende el derecho y la obligación de velar por los hijos y su patrimonio, así como el derecho de representarles, corresponde a ambos cónyuges de manera conjunta.» En el párrafo 2.º se prevé el nombramiento de un consejero cuando el cuidado paterno sea ejercido por uno solo de los padres. Por último, el § 17 afecta a los §§ 1.707 y 1.708 BGB, al referirse a la posición de la madre con respecto a la filiación ilegítima en los siguientes términos: «El nacimiento extramatrimonial no constituye mácula alguna. A la madre de un hijo extramatrimonial le corresponden todos los derechos paternos, que no pueden ser reducidos mediante la institución de un tutor para el hijo. Para la regulación de las pretensiones contra el padre las autoridades administrativas inferiores sólo deben actuar como consejeros de la madre. El sustento (alimentos) que la madre ha de pretender para el hijo extramatrimonial debe estar de acuerdo con la posición económica de ambos padres.» Sobre todas las normas citadas muy breve referencia en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 45. Transcripción y concordancia con el preceptos del BGB a que afectan en LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurskommentar*, 1.093, 1.100, 1.243, 1.278.

(138) En términos generales esta Ordenanza no hace sino recoger las disposiciones que sobre la materia se contenían ya en el Proyecto de Código de familia de 1954. La Ordenanza en cuestión deroga en la República Democrática la Ley de Matrimonio de 1946, que queda sustituida por sus disposiciones. La Ordenanza se ha dictado por un procedimiento antidemocrático y del todo impropio, pues es a todas luces inadecuado que una norma de tan importante contenido cristalice en una disposición de tipo administrativo; en el fondo incluso es contrario al artículo 81 de la Constitución de la DDR, por haberse omitido la intervención de la «Cámara Popular» o Volkskammer. Esta circunstancia ha sido ya destacada por HAGEMeyer, que, después de referirse a la inicial expectación que en

Ordenanza de 7 de febrero de 1956 sobre procedimiento en cuestiones matrimoniales (139).

9. *Breve referencia al Proyecto de Código de familia de 1954.*—Para terminar estas notas relativas al Derecho de familia en Alemania oriental, nos referiremos brevemente al Proyecto de Código de familia publicado en el año 1954 (140) y que tiene la aspiración de sustituir, en el territorio de la República democrática, la regulación de la familia contenida en el BGB y en la Ley de Matrimonio de 1946 (141) por sus propias disposiciones (142).

Aunque todavía no ha obtenido fuerza de ley ni se sabe si la

la República Democrática provocó la publicación del Proyecto de Código de familia, seguida de un incomprensible silencio en torno al mismo, manifiesta con razón que, por ello, constituyó una gran sorpresa la inesperada promulgación, en noviembre de 1955, de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio, dictada por el Consejo de Ministros de la República. «Esta forma de legislar—nos dice la autora citada—demuestra claramente el procedimiento antidemocrático que de una manera continua se observa en la Zona soviética. Mientras que nuestra mentalidad jurídica repele el introducir modificaciones en el Derecho relativo a la conclusión del matrimonio y al divorcio por una vía distinta de la señalada en la Ley fundamental para la Legislación, en la Zona soviética de ocupación se han introducido unas normas sobre el divorcio completamente nuevas por la vía de una Ordenanza, y por lo tanto excluyendo la intervención de los Cuerpos legisladores.» Cfr. HAGEMeyer: *Zum Familienrecht...*, 5. Por las tendencias mantenidas en la doctrina y en la jurisprudencia de la Zona oriental podía ya preverse la aparición de un nuevo Derecho matrimonial. Sobre la cuestión, NATHAN, *Eheschliessung, persönliche Rechte und Pflichten der Ehegatten, Beendigung der Ehe*, NJ, 1954, 358 y sigs. En cuanto al contenido de la Ordenanza de 1955, comparada con el Proyecto de Código de familia de 1954, se observa que la coincidencia es casi literal entre ambos textos. Sobre la Ordenanza en cuestión, o sea sobre el nuevo Derecho Matrimonial de la Alemania soviética, cfr. BRUNN, *Das neue Eherecht der Sowjetzone*, EF, 1956, 3-5; HEINZE: *Das neue Eherecht in der Sowjetzone*, NJW, 1956, 658-659; HAGEMeyer, 59-64 (texto de la Ordenanza). También DILLHÖFER-WACHTLER, *Einige Fragen der neuen Eheverordnung*, NJ, 1956, 87.

(139) Esta Ordenanza no es otra cosa que el complemento procesal de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955. Se dicta precisamente para «adaptación de las disposiciones sobre procedimiento en cuestiones matrimoniales a la Ordenanza sobre la conclusión y disolución del matrimonio» (esta es la denominación oficial). Cfr. HAGEMeyer, 5, 65 y sigs. (texto de la Ordenanza). Deroga varios preceptos de la ZPO y, entre otras, la Ordenanza de 21-XII-1948, citada más atrás (cfr. §§ 26-27, disposiciones transitorias y finales de la Ordenanza que nos ocupa). Sobre ella, DILLHÖFER, *Das Verfahren in Ehesachen*, NJ, 1956, 107.

(140) En este lugar sólo haremos unas ligeras indicaciones sobre el Proyecto, debido a que el examen detallado de su contenido puede ser objeto de un estudio independiente.

(141) En Alemania oriental, la Ley de Matrimonio de 1946 ha sido ya derogada y reemplazada por la Ordenanza de 24-XI-1955, que recoge casi por completo las disposiciones del Proyecto en la materia relativa a la conclusión y disolución del matrimonio. Sobre la Ordenanza de 1955 cfr. lo que dijimos en la nota 138.

(142) Según el Prólogo al Proyecto, publicado por el Presidium del Frente Nacional, la finalidad del mismo es regular de nuevo dentro de la

obtendrá, la consideración del Proyecto de 1954 (143) es necesaria porque, como dijimos más atrás, es el único documento que permite apreciar en su conjunto las orientaciones y tendencias que presiden el Derecho de familia en la Alemania soviética, dada la escasez de realizaciones legislativas y lo inseguro y poco asequible de la jurisprudencia. Únicamente la Ley de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer puede constituir una ayuda en este sentido (144). Existe, además, otra circunstancia que justifica la consideración del Proyecto de 1954: si algún día se promulga en la República democrática un Código de familia no es de esperar que entre él y el Proyecto existan notables diferencias; la experiencia demuestra que, tal como ocurren las cosas en Alemania oriental, la Cámara Popular «no suele» modificar o rechazar un Proyecto presentado por el Gobierno. Nada tendría tampoco de extraño que el día menos pensado se decretara la vigencia del Proyecto sin ni siquiera someterlo a la consideración de dicha Cámara Popular, violando así lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución de la República, como ya se ha hecho en otras ocasiones (145).

El Proyecto se publica en otoño de 1954 por el Ministerio de Justicia de la Zona soviética con la denominación oficial de «Proyecto de Código de familia» (*Entwurf eines Familiengesetzbuches*). La orientación general del mismo se circunscribe en las mismas finalidades que, en general, se asignan al Derecho de familia en las Repúblicas democráticas o populares: intervencionismo del Estado en el organismo familiar, utilización del postulado de equiparación de sexos como medio principal de inserción de la mujer en el proceso de producción, estatalización de la educación de la prole y aproximación de la descendencia extramatrimonial a la nacida de matrimonio. En otros términos, y precisando aún más, puede afirmarse que el Proyecto de Código de familia de la República democrática alemana dentro del sistema de acusado intervencionismo del Estado, persigue dos metas fundamentales a cuya consecución subordina toda la reglamentación de la familia: a) inserción de la mujer en el proceso de producción; b) colocación de la educación de los hijos bajo el con-

«legalidad democrática», el Derecho de familia contenido en el BGB y en la Ley de Matrimonio de 1946. Cfr. *Vorwort zu dem Entwurf des Familiengesetzbuches*, editado por el «Büro des Präsidiums des Nationalrates des Nationalen Front». También HAGEMeyer, 5.

(143) Con anterioridad a 1954 se habían elaborado otros Proyectos, no publicados, y en los que se seguía una línea evolutiva escalonada en relación con las finalidades perseguidas, sobre todo en relación con el afán de que la mujer participe de una manera decisiva en el proceso de producción. Cfr. HAGEMeyer, 8.

(144) Sobre esta Ley y su influencia en el Derecho de familia, cfr. nota 137.

(145) Recuérdese lo sucedido con la promulgación de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955, que en realidad no es sino una parte del Proyecto de 1954. Cfr. nota 138.

trol del Estado. Para la obtención de la primera de estas finalidades el Estado se vale, ante todo, del principio de equiparación de la mujer con el varón, que cristaliza en una serie de disposiciones destinadas a desligar a aquélla de los trabas de carácter familiar (146). En cuanto a la realización de la segunda finalidad, si es preciso en aras de objetivos políticos, se sustrae a los hijos a toda influencia familiar (147). Que la consecución de los dos objetivos indicados es la aspiración fundamental de los redactores del Proyecto, es cosa que se deduce de manera inequívoca de las determinaciones contenidas en el mismo. La inserción plena de la mujer en la producción, a través de su equiparación jurídica y con olvido casi total de la cohesión de la familia, pretende conseguirse mediante la reglamentación *ad hoc* de las pretensiones alimenticias, de la actividad profesional de la mujer, del nombre de ésta, del divorcio, del régimen de bienes, etc. El sometimiento de la educación de los hijos al control del Estado, para convertirlos en el tipo de «hombre soviético que lucha por la paz», se consigue mediante la sumisión de los padres y tutores a la inspección de las autoridades estatales. Los Tribunales de Tutelas han sido suprimidos en 1952 (148); en su lugar actúan ahora los Consejos de Distrito, de carácter administrativo y de acusado matiz político (149).

La estructura del Proyecto es bastante simple y bastante ló-

(146) Vid. más atrás núm. 8. Cfr. también § 3 del Proyecto, transcrito más atrás y más adelante.

(147) Cfr. § 38, núm. 2, en relación con § 44 del Proyecto. Este último establece que, como medida extrema, en el caso de que los padres incumplan gravemente sus deberes en cuanto a la educación de los hijos, puede privárseles *por completo* de los «cuidados paternos» que les corresponden, como deber y derecho, con relación a dichos hijos. La privación se hace a petición del Consejo de Distrito y en virtud de sentencia. Uno de los deberes que los padres pueden incumplir es el señalado en el núm. 2 del § 38, según el cual es deber y derecho de los padres «educar al hijo como ciudadano independiente y responsable del Estado democrático, que ame a su patria y que luche por la paz». Cfr. nota 123. Comentando HAGEMEYER esta disposición manifiesta que «quien tenga una ligera idea—sea por propia experiencia, sea por narraciones de testigos presenciales—del espíritu y funciones de las organizaciones juveniles, sobre todo de los «Jóvenes Pioneros» y de la FDJ, puede perfectamente apreciar lo que va unido a esta misión de formar «luchadores por la paz». Los padres no sólo están obligados a tolerar que los hijos sean aleccionados y fanatizados en dichas organizaciones, sino que incluso ellos mismos tienen que inculcar estas ideas en los corazones de sus hijos, si es que han de cumplir su cometido en el sentido del Proyecto». Cfr. HAGEMEYER, 20-21.

(148) En virtud de la Ordenanza sobre distribución de los asuntos de la jurisdicción voluntaria de 15-X-1952. Sobre la jurisdicción voluntaria en relación con la asistencia a la juventud en Alemania oriental, cfr. POTRYKUS, *Die Jugendhilfe der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in der DDR*, ZBlJugR, 1954, 14.

(149) Conforme a la Ordenanza de 24-VII-1952 (sobre creación y funciones de los organismos estatales del Distrito), el Consejo de Distrito —Rat der Kreise—es el órgano ejecutivo y decisor de los Parlamentos de los Distritos. El Consejo en cuestión se compone del presidente, tres re-

gica, desde un punto de vista externo. Consta de 135 párrafos, distribuidos en cuatro Partes, a las que preceden unos «principios fundamentales», recogidos en los §§ 1 a 4 (150). Estos principios fundamentales o postulados básicos con que el texto comienza son los que mejor revelan la orientación y finalidad del Proyecto; su contenido es altamente significativo y su misión, según declara un jurista de la zona soviética, es la de «crear la atmósfera en la que debe ser interpretada y comprendida la Ley y con arreglo a la cual debe ser aplicada» (151). Los principios en cuestión aluden, sucesivamente, a la finalidad del Código de familia y a la función de ésta en el aspecto político, a la esencia del matrimonio, al carácter de la equiparación de los sexos y a la colaboración estrecha de los padres con las organizaciones juveniles en la educación de los hijos. Dada su importancia, reproducimos textualmente su contenido. Es el siguiente: § 1: «El Código de familia de la República democrática alemana regula las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, entre los padres, hijos y otros parientes, entre tutor y pupilo, con la finalidad de desarrollo y fortalecimiento de la familia y de la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos». § 2: «El matrimonio es una comunidad de vida concluida entre hombre y mujer, que, basada en la equiparación jurídica de los sexos, en el amor y en la consideración recíproca, sirve para el desarrollo común de los

presentantes, el secretario y de cinco a ocho vocales, «que se eligen preferentemente entre personas condecoradas, trabajadores destacados, profesores y médicos notables del pueblo, campesinos significados y directores de empresas, así como entre los presidentes de los Consejos de las ciudades o Municipios o entre otros miembros del Parlamento del Distrito que estén experimentados en cuestiones sociales».

(150) El texto del Proyecto fué inicialmente publicado por el «Präsidium» del Frente Nacional de la República: *Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, editado por el «Präsidium des Nationalrates der Nationalen Front des Demokratischen Deutschland», Berlín, 1954. Ha aparecido asimismo en la revista «Neue Justiz» (NJ), en el tomo de 1954: NJ, 1954, 377-388. Se encuentra también reproducido integralmente en el trabajo de HAGEMeyer, tantas veces citado, *Zum Familienrecht der Sowjetzone. Der Entwurf des Familiengesetzbuches und die Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*, Bonn, 1956, 31-58. Consideraciones de conjunto sobre el Proyecto han de citarse en primer lugar las emitidas por el Ministerio de Justicia de la propia República Democrática Alemana, desempeñado por una mujer, Hilde Benjamin. Cfr. BENJAMIN (Hilde), *Einige Bemerkungen zum Entwurf eines Familiengesetzbuches*, NJ, 1954, 349 y sigs. En la misma revista NJ y en el propio año 1954 aparecen algunos trabajos referentes a puntos concretos a los que nos referiremos en seguida, en los lugares oportunos, al indicar la estructura formal del Proyecto. Sobre el mismo, en general, también CONRAD, *Zum Entwurf eines Familiengesetzbuches der DDR*, en «Die Kirche in der Welt», 1955, entrega I, Nr. 14, 63.

(151) Cfr. NATHAN, *Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie*, en «Staat und Recht», año III, 567 y sigs. Cita de HAGEMeyer. 8.

cónyuges y para la educación de los hijos» (152). § 3: «La plena equiparación jurídica de los sexos tan sólo puede ser realizada mediante la participación de la mujer en el Estado, en la Economía y en todos los demás ámbitos de la vida social. Por eso, esta Ley atribuye a la mujer en la familia una posición que haga compatibles sus deberes, como mujer y madre, con su derecho al perfeccionamiento profesional y al ejercicio de la profesión» (153). § 4: «El cuidado de los hijos no es sólo un derecho de los padres, sino que es, al mismo tiempo, un deber de éstos frente al Estado, frente a la sociedad y frente a los mismos hijos. Los padres únicamente pueden cumplir de manera plena su deber lleno de responsabilidad de educar a los hijos, si colaboran estrechamente en esta función con las escuelas y con las organizaciones juveniles» (154).

A continuación de estos principios fundamentales el contenido del Proyecto se distribuye en cuatro partes, con arreglo al siguiente sistema:

Primera Parte. Matrimonio (§§ 5-34).

Capítulo I. Conclusión del matrimonio.

Capítulo II. Comunidad matrimonial.

Sección 1.^a Derechos y deberes personales de los cónyuges.

Sección 2.^a Relaciones jurídico-patrimoniales de los cónyuges.

Título I. Alimentos.

Título II. Patrimonio de los cónyuges.

Capítulo III. Terminación del matrimonio.

Sección 1.^a Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento.

Sección 2.^a Nulidad del matrimonio.

Sección 3.^a Divorcio (155).

Segunda Parte. Padres e hijos (§§ 35-90).

(152) En el Preámbulo de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 24-XI-1955, se reproduce textualmente la anterior definición, pero incrementándola con la coletilla final siguiente (tomada del § 1 del Proyecto): «... y para la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos». Cfr. nota 122.

(153) Téngase en cuenta lo dicho en el núm. 8 sobre la equiparación de varón y mujer en la Alemania oriental. También más atrás en este núm. 9.

(154) Cfr. más atrás en este núm. 9.

(155) Los juristas de la Zona oriental se han ocupado ya, aunque de forma breve, de algunas de las materias reglamentadas en la primera par-

Capítulo I. Hijos legítimos.

Sección 1.^a Descendencia legítima.Sección 2.^a Cuidados paternos (156).

Título I. Determinaciones generales.

Título II. Alimentos.

Título III. Administración del patrimonio.

Título IV. Representación del hijo.

Capítulo II. Hijos no legítimos (157).

Sección 1.^a No legitimidad en virtud de nacimiento.Sección 2.^a No legitimidad en virtud de impugnación de la legitimidad.

Capítulo III. Adopción.

Tercera Parte. Otras relaciones de parentesco (§§ 91-98).

Capítulo I. Determinaciones generales.

Capítulo II. Deber de alimentos (158).

Cuarta Parte. Tutela y Curatela (§§ 99-135).

Capítulo I. Tutela sobre menores de edad.

Sección 1.^a Ordenación de la tutela.Sección 2.^a Gestión de la tutela.

fe del Proyecto. Así, NATHAN y ARTZT se han referido, respectivamente, al aspecto personal y patrimonial del matrimonio. NATHAN, *Eheschließung, persönliche Rechte und Pflichten der Ehegatten, Beendigung der Ehe*, NJ, 1954, 358; ARTZT, *Das eheliche Güterrecht*, NJ, 1954, 363.

(156) En el Proyecto no se emplea nunca la expresión clásica de «patria potestad» (*elterliche Gewalt*), sino la de «cuidado paterno» o «cuidados paternos» (*elterliche Sorge*), que está más de acuerdo con las concepciones imperantes en la República Democrática y con la mentalidad de los redactores del Proyecto. En realidad, en Alemania oriental la *potestad* sobre los hijos no corresponde a los padres, sino al Estado; a los padres sólo les corresponde la función que el organismo estatal les asigna y que han de desempeñar de acuerdo con sus instrucciones y sometidos a su soberana inspección. El cometido básico de su función estriba en educar a los hijos «en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos» (§ 1), o en educarles «como ciudadanos independientes y responsables del Estado democrático, que amen a su patria y que luchen por la paz» (§ 38). La expresión «patria potestad» responde a una concepción lógica y cristiana de la familia, que no es ciertamente la que pretenden implantar las «Repúblicas democráticas».

(157) A la posición y derechos de la filiación extramatrimonial en el Proyecto se ha referido GÖLDNER: *Die Stellung und das Recht des unehelichen Kinder*, NJ, 1954, 373.

(158) Sobre el deber de alimentos en el Proyecto cfr. SUCH, *Die Unterhaltsverpflichtungen*, NJ, 1954, 367.

Sección 3.^a Cuidado y vigilancia del Consejo de Distrito.

Sección 4.^a Terminación de la tutela.

Capítulo II. Tutela sobre mayores de edad.

Capítulo III. Curatela (159) (160).

Como en otro trabajo hemos de estudiar con detalle las disposiciones del Proyecto, en este lugar es suficiente con lo dicho respecto a su contenido. Desde el punto de vista sistemático el Proyecto adopta una distribución de materias a la que nada hay que objetar, como no sea la excesiva parquedad con que, en general, se abordan los distintos problemas, algunos de los cuales, en el fondo, quedan huérfanos de reglamentación jurídica (161). Esta circunstancia no podía menos de ocurrir, dado que el Proyecto constituye un impropio alarde de economía legislativa. Nos parece pretensión absurda el querer ceñir la reglamentación de todo el Derecho de familia al reducido espacio de 135 párrafos, algunos de los cuales, por añadidura, son de extraordinaria brevedad (162). Ahora bien; desde el punto de vista de la técnica legislativa, la obra está elaborada con cuidado e incluso con una extraordinaria habilidad, pues, en general, si se prescinde de algunos preceptos de cuya dicción se deduce claramente su finalidad política, no se reconoce a primera vista el verdadero espíritu que impera en sus disposiciones, y que no es otro que el de encajar a la familia en los moldes de la «legalidad democrática». A veces, es necesario leer con detenimiento sus preceptos, y, sobre todo, pensar en la forma en que pueden ser interpretados en la República Democrática, para darse cuenta de su última meta y del enorme peligro que entrañan al poderse utilizar como elemento socavador de las bases

(159) A la tutela y curatela en el Proyecto se refiere el escrito de HINTZE, *Formundschaft und Pflęgschaft*, NJ, 1954, 375.

(160) Además, breves indicaciones sobre todas las materias que integran el contenido del Proyecto pueden encontrarse en HAGEMEYER, 8-27.

(161) Quizá el ejemplo más expresivo a este respecto sea el ofrecido por la reglamentación del régimen de bienes en el matrimonio. Esta materia, una de las más delicadas y vidriosas de todo el Derecho de Familia, sólo cuenta en el Proyecto con siete párrafos dedicados a ella: §§ 17 a 23. Se establece una comunidad de ganancias para lo que los cónyuges obtienen con su trabajo después de concluido el matrimonio. Para todo lo demás, régimen de separación. En cuanto al régimen convencional, libertad de pacto con ciertas restricciones. No hubiéramos podido escatimar nuestra admiración a los redactores del Proyecto si efectivamente hubieran ofrecido una reglamentación positiva del régimen económico del matrimonio en sólo siete párrafos. Pero no es así; las someras indicaciones que sobre la materia contiene el Proyecto, más que una reglamentación de la misma constituyen una ausencia de reglamentación jurídica. Los redactores del Proyecto se desentienden de los muchos y delicados problemas que el régimen económico del matrimonio plantea, sea el que fuere.

(162) El BGB dedica al 'Derecho de Familia' los §§ 1.297 a 1.921; en total 625 párrafos.

de la familia (163): La Iglesia católica y la Iglesia evangélica de Alemania oriental han manifestado en seguida su disconformidad con los disposiciones del Proyecto, que difícilmente puede coordinarse con las concepciones cristianas en torno a la familia y al matrimonio. Las razones en que ambas Iglesias basan su repulsa son casi las mismas, como vamos a ver a continuación. La Iglesia católica rechaza el Proyecto por los motivos siguientes: 1) Se aprecia en él un olvido absoluto de los postulados cristianos, respondiendo su orientación a la concepción materialista del mundo. 2) La forma de llevar a la realidad el principio de equiparación de la mujer, a través de su participación activa en la producción, traerá consigo un abandono de su misión familiar. 3) Es funesta, y será de consecuencias catastróficas, la posibilidad de separar a los hijos de los padres al privarles de su educación «si incumplen sus deberes». 4) Para innumerables padres cristianos constituirá un gravísimo e insufrible conflicto de conciencia el «tener que» enviar a sus hijos a una escuela en la que se enseña que en la vida del hombre no hay espacio para Dios. 5) La monopolización de la juventud por las organizaciones juveniles y su educación en el materialismo planteará a los jóvenes cristianos serios problemas de conciencia. 6) La actividad intervencionista de unos organismos administrativos, hondamente aleccionados, hace pensar que incluso aquellas disposiciones del Proyecto que están de acuerdo con las concepciones cristianas, serán llevadas a la práctica en un sentido distinto al que lógicamente se deduciría de su texto (164). La Iglesia evangélica, por su parte, basa su disconformidad al Proyecto en estas razones: 1) La obra no tiene en cuenta que la mayor parte de la población alemana es cristiana. 2) En el Proyecto el Estado rebasa los límites institucionales a que han de someterse sus normas en materia de matrimonio. 3) El considerar como supuesto normal en el matrimonio la actividad profesional de la mujer supone un grave peligro para la familia. 4) Los conceptos de

(163) Esta circunstancia de que el Proyecto es cosa muy distinta de lo que aparenta ser ha sido también destacada por HAGEMeyer. «El espíritu que domina la configuración del Derecho de Familia—nos dice—no se reconoce a primera vista. El Proyecto no sólo está de acuerdo con las exigencias de la técnica legislativa, sino que también en cuanto a su contenido parece dar satisfacción a muchas exigencias que se presentan en el Derecho Matrimonial y en el Derecho de Familia. Acentúa la unidad de la familia y la comunidad de actuación de los cónyuges, señalando como regla de conducta el bienestar de los hijos. Pero un estudio más detenido de sus particulares determinaciones demuestra que el camino seguido por el Proyecto es extraordinariamente peligroso». Cfr. HAGEMeyer, 8. En otro lugar nos dice: «Si el Proyecto llega a ser Ley en la redacción publicada conducirá necesariamente, en unión de la Ordenanza sobre matrimonio, a la disolución de la familia.» HAGEMeyer, 29.

(164) La posición de la Iglesia Católica frente al Proyecto se recoge en el número de diciembre de 1954 de la revista «Ehe und Familie». Cfr. *Stellungnahme des Katholischen Episkopats zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, EF, 1954, 231-232.

«democracia», «socialismo», «patriotismo» y «amistad entre los pueblos» para nada en absoluto se relacionan con el Derecho de familia, y, por otra parte, dada la forma en que tales conceptos se entienden en la DDR, presagian y reafirman la orientación de la familia en el sentido del ateísmo materialista. 5) La posición y misión que en la «educación» de la juventud corresponde a la escuela y a las organizaciones juveniles es inadmisibile, máxime cuando en Alemania oriental se tacharía de irresponsables a los padres que no «solicitaran la ayuda» de dichas organizaciones para «colaborar» con ellos en la educación de sus hijos. 6) La reglamentación del divorcio a base de una cláusula general (165) ha de rechazarse necesariamente (166).

También los organismos oficiales de Alemania occidental han mostrando en seguida su desacuerdo con el Proyecto al ser requeridos por las autoridades de la «otra Alemania» para un cambio de impresiones sobre la configuración del Derecho de familia, que, además de asegurar la unidad en la evolución jurídica de la República democrática y de la República federal, prepararía el terreno para la unificación del país. A este respecto, nos dice HAGEMEYER lo siguiente: «Después de la publicación del Proyecto, Hilde BENJAMÍN (ministro de Justicia de la zona soviética) se ha dirigido en un escrito personal a su colega de la República federal Dr. NEUMAYER, proponiéndole un cambio directo de impresiones sobre la configuración del Derecho de familia en la República federal y en la Zona soviética de ocupación, con la finalidad de «asegurar la unidad de la evolución jurídica y contribuir así al restablecimiento de la unificación de Alemania». El Ministro federal no ha contestado esta carta. En una declaración de prensa ha justificado su proceder manifestando que las inusitadas normas que han encontrado expresión en el Código de familia de la Zona soviética nunca podrían constituir el fundamento o base de la pretendida unidad jurídica en materia de Derecho de familia porque ponen en peligro la cohesión de la familia alemana» (167).

Aparte de este fallido intento de aproximación a los organismos occidentales llevado a cabo privadamente por la ministro de justicia de la República Democrática, el Proyecto ha sido también utilizado por los juristas de la Zona, en sus publicaciones, como un medio de propaganda frente a los órganos y a los ciudadanos

(165) Según el § 29 del Proyecto, procede el divorcio cuando concurren motivos serios para él y el Tribunal, después de una minuciosa investigación, haya constatado que el matrimonio ha perdido su razón de ser para los cónyuges; para los hijos y para la sociedad. En sentido idéntico se expresa el § 8 de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955. La norma, pues, es ya Derecho vigente.

(166) La declaración de la Iglesia Evangélica se recoge también en la revista «Ehe und Familie» (octubre de 1954). Cfr. *Stellungnahme der Kirchlichen Ostkonferenz zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, EF, 1954, 181-183.

(167) Cfr. HAGEMEYER, 29.

de la República Federal. El Proyecto ha sido calificado de «nueva Ley del Estado de los trabajadores y de los campesinos» (168), y la propaganda en torno a él ha consistido ante todo en incitar a las mujeres de Alemania occidental a exigir el desarrollo del principio de equiparación en el sentido en que se ha hecho en el Proyecto, y en hacer ver a los juristas occidentales lo cierto de la opinión de la Ministro de Justicia de la Zona soviética, según la cual el Proyecto de Código de familia tiene una enorme significación para todo el país por constituir un paso decisivo para preparar la ordenación jurídica de «una Alemania democrática unida y amante de la paz»; además se insiste en que el Proyecto puede prestar una decisiva ayuda a los jueces y abogados de la República federal en el desarrollo de la jurisprudencia (169). Es del todo innecesario advertir que tampoco esta absurda propaganda ha tenido la menor eficacia, como no sea la de provocar el efecto contrario al ansiado por sus autores.

C) 10. *El problema de la equiparación jurídica de varón y mujer.*—Con la Constitución de Weimar de 1919 recibe un importante impulso en Alemania el problema de la equiparación jurídica de los sexos (170), si bien se manifieste entonces de manera distinta en el terreno del Derecho público y en el del Derecho privado. Mientras que en el aspecto político, aunque los Tribunales y la Administración mostraron cierta resistencia, la equiparación de derechos se convierte en una realidad, en el ámbito del Derecho de familia dicha equiparación no pasa de ser un simple principio programático que, de momento, no tiene eficacia práctica al no ser desarrollado legislativamente (171). «La Constitución de Weimar, dice BEITZKE, en su artículo 109, atribuyó *fundamentalmente* los mismos derechos y deberes políticos a los hombres y a las mujeres, abriendo a éstas el acceso a los funciones públicas. De esta forma satisfizo una exigencia de la época. Además puso fin, con su artículo 128, a todas las determinaciones excepcionales que afectaban a los funcionarios femeninos. Por este camino la Constitución de 1919 se mostró incluso mucho más progresiva.

(168) Cfr. BENJAMIN (Hilde): *Einige Bemerkungen zum Entwurf eines Familiengesetzbuches*, NJ, 1954, 353.

(169) BENJAMIN: *Einige Bemerkungen...*, 349 y sigs. Reproducido brevemente en HAGEMeyer, 29. Cfr. también ARTZT, *Der Grundsatz der Gleichberechtigung in der westdeutschen Rechtsprechung*, NJ, 1954, 353.

(170) Sobre los términos en que estaba planteada la cuestión de la igualdad de derechos de ambos sexos con anterioridad a la Constitución de 1919 puede consultarse, por ejemplo, BEITZKE, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz* (en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zwei Abhandlungen*. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz*; HÜBNER, *Gleiche Rechte für Mann und Frau*. Tubinga, 1950, núm. 14 de la serie *Beihefte zur Deutschen Rechts-Zeitschrift*), 9-12. En este lugar se ofrecen referencias bibliográficas.

(171) Cfr. lo dicho en el núm. 4.

que la conciencia o convicción jurídica general (172). La determinación del artículo 119—continúa el autor citado—de que el matrimonio descansa en la equiparación jurídica de los sexos no fué más que un principio programático» (173).

El Nacionalsocialismo, en principio, intenta desalojar al sexo femenino de las posiciones conquistadas en el terreno de la equiparación; la razón de ello estriba en que miraba con cierto recelo el trabajo profesional de la mujer. Pero más adelante, basado en motivos de política del trabajo y forzado a ello por la «política de la guerra total», cambia por completo de orientación y da un fuerte impulso a las pretensiones igualitarias de la mujer (174).

De todas formas, sin negar la importancia de los intentos anteriores, cuando el problema de la equiparación jurídica de la mujer va a surgir con toda su intensidad es después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial; más concretamente, después de quedar constituidas «las dos Alemanias» que hoy existen: la República federal y la República democrática. Es ahora, en los textos constitucionales de ambos Estados (175), cuando el proble-

(172) Precisamente la resistencia que los Tribunales y la Administración mostraron a aplicar el principio de equiparación se debía a que la Constitución había superado el ambiente jurídico entonces imperante. En confirmación de este aserto manifiesta BEITZKE que «fueron precisos tres procesos ante el Reichsgericht para dejar sentado de manera clara que eran contrarias a la Constitución las determinaciones de las Leyes de enseñanza de Baviera, Württemberg y Prusia, según las cuales procedía la denuncia de la relación de servicios de las maestras primarias en el supuesto de que contrajeran matrimonio». El desacuerdo entre Constitución y «ambiente jurídico» se confirma aún más por la circunstancia de que la misma Sala (III Senat) del Reichsgericht que había fallado los tres procesos indicados consideró, poco tiempo después, como una causa importante para denunciar la relación de empleo de una funcionaria municipal el hecho de que ésta hubiese contraído matrimonio. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 12-13.

(173) BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 12-13.

(174) Este hecho de que durante la guerra las mujeres realizaron en muchos aspectos servicios de igual valor a los llevados a cabo por los hombres fué una de las bases en que algunas fracciones parlamentarias apoyaban la equiparación jurídica de los sexos, cuando se discutía la Ley Fundamental de Bonn. Detalles concretos en BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 13, nota 17.

(175) Alemania occidental: Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, artículo 3, párrafo 2.º, en relación con el 117, párrafo 1.º. Alemania oriental: Constitución de 7 de octubre de 1949, artículo 7, párrafo 1.º, y 30, párrafo 2.º. Los preceptos en cuestión ya han sido transcritos con anterioridad; vid. núms. 7 y 8. Antes de promulgarse la Ley Fundamental y la Constitución de la República Democrática, las Constituciones de los «Länder», elaboradas después de 1945, no adoptaban una postura uniforme en relación con el postulado de igualdad de derechos de ambos sexos. Existen «Länder» que proclaman de una manera expresa la equiparación de varón y mujer. Así lo hacen en la Zona oriental Sajonia (art. 22 de la Constitución de 28-II-1947), Sajonia-Anhalt (art. 8 Const. 10-I-1947) y Mecklemburgo (art. 7 Const. 16-I-1947); en la Zona occidental, además de Württemberg-Baden (art. 2 Const. 28-XI-1946) y Württemberg-Hohenzollern (art. 6 Const. 20-V-1947), adoptan este sistema los territorios de orien-

ma de la equiparación va a plantearse en toda su amplitud y eficacia; en parte porque el postulado de la igualdad de derechos ha perdido ya por completo su carácter de mero principio programático, y en parte, y sobre todo, porque es ahora cuando los problemas que dicho principio entraña van a abordarse en su aspecto más delicado y en su terreno más propiamente jurídico: en el ámbito del Derecho civil, en especial en lo relativo al Derecho de familia (176). Nuestro estudio queda circunscrito, por tanto, al terreno del Derecho privado (177). Pero antes de referirnos por

tación predominantemente socialista, tales como Hessen (art. 1 Const. 11-XII-1946) y Bremen (Art. 2 Const. 12-X-1947). Otros «Länder» quedan estacionados bajo el sistema de la Constitución de Weimar. Es lo que sucede en los territorios de la zona británica, que no tienen Constitución (como la Baja Sajonia y la Renania del Norte-Westfalia), y en aquellos otros que prefieren no establecer una lista de derechos fundamentales, como han hecho Hamburgo (Const. 15-V-1946) y Thuringia (Const. 20-XII-1946); de forma expresa se atiene a la Constitución de Weimar Baviera (Const. 2-XII-1946, arts. 118 y 124). Por último, existen «Länder» que incluso representan un retroceso en relación con la Constitución de 1919, puesto que se limitan a declarar la igualdad de la mujer en el aspecto político, sin preocuparse para nada de su equiparación en el matrimonio, en la familia o en el Derecho Laboral; así lo hacen Baden (art. 2 Constitución 19-V-1947) y el Palatinado del Rhin (art. 17 Const. 18-V-1947), territorios predominantemente católicos. Hemos tomado estos datos de BERTZKE, *Die Gleichberechtigung*, 13-14. Sobre el problema concreto de la significación que pueden tener las Constituciones de los «Länder» en relación con los «matrimonios equiparados» puede consultarse a KRÜGER (Hildegard), *Die Bedeutung der deutschen Landesverfassungen für die gleichberechtigte Ehe*, NJW, 1953, 1.090.

(176) Que es en el campo del Derecho civil donde verdaderamente surge en toda su amplitud el problema de la equiparación lo demuestra la circunstancia de que la Ley de 18 de junio de 1957, que es la que en Alemania occidental desarrolla el principio constitucional de igualdad de derechos, se denomina oficialmente «Ley sobre equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil». Cfr. núm. 8, *in fine*.

(177) Prescindimos aquí por completo de las repercusiones que el principio de equiparación pueda tener y de hecho tenga en otras ramas del Ordenamiento jurídico: en materia constitucional, en materia de Derecho Internacional Privado, en materia de Derecho Agrario, en materia procesal, concursal y ejecutiva; en materia de Derecho Administrativo, en materia de Derecho del Trabajo, en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, en materia de Derecho Fiscal, etc. Sobre todo en Alemania occidental, que es donde con pleno sentido jurídico se ha abordado el problema de la equiparación y se han estudiado lenta y meditadamente sus últimas consecuencias en todos los sectores de la realidad social, la doctrina se ha ocupado de los distintos aspectos indicados. Aunque se trata de materias que no interesan a los efectos de nuestro estudio, dada la finalidad esencialmente informativa de este trabajo ofrecemos algunas referencias sobre las cuestiones apuntadas. *Aspecto constitucional del principio de equiparación*: a) En general. A las cuestiones generales que en el campo constitucional plantea la equiparación de la mujer se refieren los trabajos de SCHNEIDER, *Verfassungsrechtliche Vorfragen sur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 889; KRÜGER (Hildegard), *Die verfassungsrechtliche Bedeutung des art. 117. GG*, NJW, 1953, 964; *Die Bedeutung der deutschen Landesverfassungen für die gleichberechtigte Ehe*, NJW, 1953, 1.090; HABSCHIED, *Die Grundrechte als Realität in unserem Rechts-*

separado a cómo se ha plantado la cuestión de la equiparación en el Derecho de familia de ambas Alemanias, estimamos convenientemente

leben, JZ, 1953, 614; PATSCHKE, *Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau als rechtsstaatliches Problem*, BB, 1953, 490; DÜRIG, *Art. 3 GG vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen*, EF, 1954, 2. b) En relación con el punto concreto de si eran los Tribunales los que habían de crear las normas que supliesen el vacío ocasionado por el eficacia del principio de equiparación (Ley Fund. de Bonn, art. 3, 2.º, 117, 1.º; Const. de la República Democrática, arts. 7, 1.º, 30, 2.º), y en tanto el Poder legislativo dictase los preceptos necesarios, pueden consultarse entre otros los trabajos siguientes: SCHLÜTER, *Der Richter und die Frage der Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 808; CANTER, *Gleichberechtigung und Richterrecht*, NJW, 1953, 850; ZWEIGERT, *Gleichberechtigung-judge made?*, JZ, 1953, 248; SCHELD, *Richterliche Gleichberechtigung?*, JZ, 1953, 450; ARNOLD, *Ist die Durchführung des art. 3, II, GG, nunmehr eine richterliche Aufgabe?*, DRiZ, 1953, 117; MATTERN: *Ist die Durchführung des art. 3, Abs. II, GG nunmehr eine richterliche Aufgabe?*, DRiZ, 1953, 119; importante también la obra de ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübinga, 1956, 69 y sigs. Sobre las repercusiones de la equiparación en el Derecho Internacional Privado citaremos a BRAGA, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche internationale Privatrecht*, MDR, 1952, 266; MAKAROV, *Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht*, RabelsZ, 1952, 382; NEUHAUS, *Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Frau ausserhalb des BGB*, JZ, 1952, 524; MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau in der Praxis des Standesbeamten*, StAZ, 1953, 77; HAGEMeyer, *Das Familienrecht seit dem 1 April 1953*, NJW, 1953, 605; sobre la posición de Max Planck Institut en el problema cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT, *Gleichberechtigung der Geschlechter und internationale Privatrecht*, RabelsZ, 1953, 119. El principio de equiparación tiene también repercusiones en lo relativo a la nacionalidad, pudiendo consultarse al respecto a HÜBNER, *Gleiche Rechte für Mann und Frau*, en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung*, 93 (cita completa en nota 170); SCHATZEL, *Aktuelle Staatsangehörigkeitsfragen*, StAZ, 1953, 242; MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau...*, StAZ, 1953, 74; *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, Betrieb, 1953, 569; MAKAROV, *Die Entwürfe der Staatsangehörigkeitsnovellem 1953*, DOV, 1953, 544; LEIBER, *Die Gleichberechtigung der Frau im Staatsangehörigkeitsrecht*, DVB, 1953, 623; MAKAROV, *Artikel 3 des Bonnergrundgesetzes und das Staatsangehörigkeitsrecht*, en *Festschrift für R. LAUN*, 1953, 659; DELITZ, *Der Gleichberechtigungsentwurf im Staatsangehörigkeitsrecht*, StAZ, 1954, 97; al problema que nos ocupa se refiere asimismo una circular del Ministerio de Estado de la República Federal de 6 de abril de 1954: *Auswirkung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Staatsangehörigkeitsrecht* (Rundschreiben vom 6-IV-1954), StAZ, 1954, 105. Los efectos de la equiparación en materia de práctica notarial se han tratado por KNUR, *Der Gleichheitsgrundsatz des art. 3, Abs. 2 des Grundgesetzes in der notariellen Praxis*, DNotZ, 1953, 229. Normas y directrices orientadoras para los funcionarios del estado civil, en MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau in der Praxis des Standesbeamten*, StAZ, 1953, 73. En el ámbito del Derecho Agrario el problema fundamental que surge de la equiparación es el relativo a si debe existir o no un rango preferente en los varones para ser llamados a la sucesión en las haciendas agrícolas o «Höfen». Sobre la cuestión, WÖRHMANN, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im Höferecht*, RL, 1953, 125; 1954, 266; HENRICI, *Die rechtliche Gleichstellung der Frau im bäuerlichen Familien- und Erbrecht*, RL, 1953, 180; FRITZEN, *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau in «Fakultativen Höferecht*

te hacer unas breves consideraciones sobre lo que la equiparación significa y presupone, enfocada en general y con relación al Derecho de familia, desde un punto de vista teórico y racional.

im Realteilungsgebiet», RL, 1953, 322; SCHULTE, *Fortgesetzte Gütergemeinschaft und Höferecht*, RL, 1954, 62; HEINRICH, *Die Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im landwirtschaftlichen Bereich*, RL, 1954, 116; BOSCH, *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, Rpfleger, 1954, 80; PURPS (Luise), *Die rechtliche Stellung der Landfrau nach dem Familien-, Erb- und Höferecht. Eine kritische Betrachtung mit einem Neuordnungsvorschlag für die rechtliche Stellung der Landfrau im Höferecht*, en «Berichte über Landwirtschaft», tomo I, 1953, cuaderno 2, 161-198. La Comisión de Derecho civil de la Federación de jueces alemanes ha exteriorizado su parecer respecto al problema: «Zum Mannesvorzug im Höferecht» (Stellungnahme der Zivilrechtskommission des Deutschen Richterbundes vom 16-X-1954), EF, 1955, 41. Breves referencias a la cuestión ofrece BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, en BEITZKE-HÜBNER, 21 (cita completa en nota 170). Simple alusión al problema en KIPP-COING, *Erbrecht*, 10.^a ed., Tübinga, 1955, 531, nota 17. El aspecto procesal-civil y concursal de la equiparación ha sido estudiado por BOSCH, *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, Rpfleger, 1954, 76; FÜNFSTÜCK, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK, *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263. A cuestiones de ejecución forzosa se han referido BREITZKE, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Zwangsvollstreckung gegen Eheleute*, NJW, 1953, 734; ARNOLD, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN, *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 328; KNOPP, *Der Gewahrsam der Ehefrau in seiner Bedeutung für die Zwangsvollstreckung*, NJW, 1953, 1.219; LEMME, *Vollstreckung eines gegen den Ehemann gerichteten Räumungsurteils seit dem 1-IV-1953*, DGBZ, 1953, 84; BOSCH, *Das neue Familienrecht, insbesondere seine Bedeutung für die Zwangsvollstreckung*, KKZ, 1954, 109. En el ámbito del Derecho administrativo los problemas fundamentales de la equiparación surgen en materia de funcionarios: más concretamente, en lo relativo a la posición jurídica de los funcionarios femeninos. Cfr. JELLINEK-VON CAEMMERER-GREWE, *Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht*, AOR, 76, 137; KRÜGER, *Die Gleichberechtigung der Beamtin nach dem 1-IV-1953*, ZBeaR, 1953, 101; PROBST, *Der Gewerbebetrieb der Beamten-Ehefrau*, ZBeaR, 1953, 167; BURSCHÉ, *Besoldungs- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes*, DOV, 1953, 456. Importantísimas son también las repercusiones del principio de equiparación en el Derecho del Trabajo. a) Al aspecto general de la cuestión se han referido MOLITOR, *Die arbeitsrechtliche Bedeutung des art. 3 des Bonner Grundgesetzes*, ACP, 151, 385; KRÜGER, *Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht*, NJW, 1953, 1.772; BOTTICHER, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, RA, 1953, 161; BEITZKE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht*, RA, 1953, 281; KRÜGER, *Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen der dem Bundestag vorliegenden 3 Gesetzentwürfe über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1954, 99; KUNKEL, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht*, GmbH-Rundschau, 1953, 88; KALINKE (Margo), *Gleichberechtigung und die Sozialreform*, ASP, 1954, 70; KAUFMANN, *Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht*, BetrV, 1956, 226. b) Cuestión discutida es la de si es o no compatible con la equiparación la circunstancia de que la mujer que trabaja pueda exigir remuneración por el día con que cuenta para los quehaceres domésticos: el llamado «Hausarbeitstag». La doctrina se ha ocupado del problema. Así, BULLA, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigung*, BB, 1954, 100; DRABIK, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigungsgrundsatz*, GmbH-Rundschau, 1954, 9, y en Recht GmbH, 1954, 27; NEUMANN, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigung*, RA, 1954, 293. La jurisprudencia se muestra vacilante. Cfr. GRAMM, en PALANDT, BGB. Kurzkomentar (16.^a ed., 1957), introducción al § 611, núm. 6,

11. *Significación del principio de equiparación considerado en general y en relación con el Derecho de familia.*—La esencia del

d, bb, 510. Simple alusión al «Hausarbeitstag» en BRÜGGEMANN, en ACHILLES-GREIFF, BGB, 20.^a ed., Berlín, 1958, introducción al § 611, núm. 4, a, 307. c) Otro aspecto de la equiparación que encaja dentro del Derecho del Trabajo es el referente a la igualdad de remuneración del trabajo de hombres y mujeres, que debe producirse como una consecuencia más de su igualdad de derechos. Así lo entienden BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, en BEITZKE-HÜBNER, 23-25 (cita completa en nota 170); BRÜGGEMANN, en ACHILLES-GREIFF, BGB (20.^a ed., 1958), loc. cit. núm. 4, c, 309, y GRAMM, en PALANDT, BBB. *Kurzkommentar* (16.^a ed., 1957), loc. cit., núm. 6, c, aa, 510. Más referencias en SCHMIDT-RIMPLER-GIESEKE-FRIESENHAN-KNUR, *Die Lohngleichheit von Männern und Frauen*, AOR, 76, 165; NEUMANN-DUESBERG, *Das Bundesbeamtengesetz und das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes*, RA, 1953, 365; *Tarifverträge des öffentlichen Dienstes über die Durchführung der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1953; 423; BURSCHÉ, *Besoldungs- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes*, DOV, 1953, 456. Por último, dentro también del campo del Derecho del Trabajo, la equiparación impone la revisión de ciertos aspectos en materia de seguros sociales, pudiendo citarse al respecto los escritos de VON SCHUCH, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter in der Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 49; WANNAGAT, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter in der Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 161; GROSS, *Der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und das Recht der Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 192; KORBE, *Die Familienkrankenhilfe im Blickpunkt der Familienrechtsreform*, ZBlSozV, 1954, 49; IPPENSEN, *Die Feststellung der Vaterschaft im Sozialrecht*, ZBlJugR, 1954, 69; WANNAGAT, *Rechtliche Folgen der Gleichberechtigung: Auswirkungen auf Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, en «Staatsanzeiger für Baden-Württemberg, 1954, Nr. 18, 1; SCHEICKEL, *Die soziale Unsicherheit der deutschen Frau*, EF, 1955, 316. Sobre la relación que es postulado de equiparación puede tener con el Derecho Penal y Procesal Penal, cfr. SCHULTZ, *Gleichberechtigung im Strafrecht*, MDR, 1953, 725; MEISTER, *Gleichberechtigung der Geschlechter im Strafrecht*, DRiZ, 1953, 169; MASSEN, *Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsvereinigungsgesetz*, MDR, 1954, 1; SAUTER, *Das selbständige Strafantrags- und Privatklagerecht des Ehemannes und Zeichen der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 810; POPPE, *Der Wegfall des selbständigen Strafantragsrechts des Ehemannes und die schwebenden Privatklageverfahren*, JZ, 1953, 690; ofrece breves referencias HÜBNER, *Gleiche Rechte*, en BEITZKE-HÜBNER, 95-96 (cita completa en nota 170). A la posible eficacia de la equiparación en el Derecho Fiscal se han referido FOHRER, *Haushaltbesteuerung des Ehegatten und Gleichberechtigung*, DRiZ, 1954, 52; KAISER, *Haushaltbesteuerung*, DRiZ, 1954, 99. Otras materias que han sido tratadas en relación con el principio de la igualdad de derechos son las siguientes: a los problemas de Derecho de transición se ha referido MATTERN, *Das Zwischenrecht der Gleichberechtigung*, «Justiz», 1953, 137; a la relación de la equiparación con el servicio militar, SCHREIBER, *Wehrpflicht und Gleichberechtigung der Geschlechter*, EF, 1955, 96; a cuestiones surgidas de la terminación del régimen de ocupación, GROSS, *Das Ende des Besatzungsregimes und die Gleichberechtigung der Geschlechter*, EF, 1955, 26, y a la relación de la equiparación con cuestiones referentes a matrimonio canónico, GRAF, *Kanonisches Eherecht und Gleichberechtigung von Mann und Frau*, DRiZ, 1953, 179, y NEUHAUS, *Theologie und Familienrechtsform*, JZ, 1953, 187. A bastantes de las cuestiones que aquí hemos indicado pueden encontrarse referencias en BOSCH, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zur Situation im Ehe- und Familienrecht*. Bielefeld, 1954 (separata de los tra-

principio de equiparación, enfocado dentro del marco general de la situación jurídica de la persona, no es otra que la de ser un aspecto concreto o manifestación precisa de otro principio superior y más amplio: el principio de igualdad ante la ley. En otras palabras: la igualdad jurídica de los sexos no es sino una consecuencia de la igualdad general ante la Ley; una consecuencia más de las muchas que esta igualdad trae consigo (178).

Considerado desde un punto de vista general el mecanismo y eficacia de la equiparación jurídica de varón y mujer se manifiesta, sobre todo, en tres aspectos fundamentales:

a) La atribución de iguales derechos a los hombres y a las mujeres. Ahora bien, esta concesión de derechos *iguales* ha de entenderse e interpretarse de una forma lógica y racional. No significa que siempre y en todo caso hayan de atribuirse a ambos sexos derechos de contenido idéntico, sino que significa que los derechos que en cada caso se atribuyan presupongan una idéntica valoración jurídica de la personalidad masculina y femenina. Entender de otra forma la equiparación equivaldría a desnaturalizarla y a extraer de ella, en ocasiones, consecuencias absurdas y antinaturales. La idea de la igualdad—ha dicho BEITZKE—no quiere decir que hombre y mujer tengan que tener derechos de idéntico contenido, sino que quiere decir que «in summa» han de disfrutar de derechos de igual valor; el postulado de la equiparación significa, ante todo y en primer lugar, igualdad en la valoración

bajos publicados por el autor en la revista «Rpfleger»: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, 1953, 387, 481, 545; 1954, 1, 57, y *Ehe und Familie in der Rechtsordnung* ab, 1 April 1953, 1953, 273). Esta separata suele citarse de esta forma. «Rpfleger-Familienrechts-Sonderheft». Aunque esta nota 177 ha resultado excesivamente extensa, no hemos querido suprimirla, porque juzgamos de interés esta «alusión informativa» a la gran amplitud de aspectos desde los que puede ser considerada la equiparación, fuera del campo del Derecho civil.

(178) Del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn parece claramente deducirse que ésta fué la idea de los redactores de la misma. En este artículo, después de establecer en el párrafo 1.º que todas las personas son iguales ante la ley, en los párrafos 2.º y 3.º no se hace en realidad sino aludir de una manera expresa a dos aspectos de aquel principio que en el fondo estaban ya contenidos en él: en el párrafo 2.º, a la equiparación de varón y mujer, y en el 3.º, a la improcedencia de derivar ventajas o perjuicios de ciertas circunstancias personales, entre las que se cita el sexo. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 15-16; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 55. Más ampliamente en los comentarios a la Ley Fundamental de HAMMAN, GIESE, MANGOLDT, NAWIASKY, MATZ y VON ROSEN-VON HOEWEL, citados en la nota 94. Lo mismo que decimos de la Ley Fundamental puede predicarse de la Constitución de Weimar en relación con la equiparación en el aspecto político. Cfr. artículo 100. Sobre él, además de los comentarios de POETSCH-HEFFTER y ANSCHÜSS, citados en la nota 40, la bibliografía indicada por BEITZKE, loc. cit. 16, nota 33. En cambio, en la Constitución de la República Democrática la igualdad ante la Ley y la equiparación de sexos se recogen en artículos distintos: el principio de igualdad ante la Ley en el artículo 6; la equiparación, en el 7 y en el 30.

de la personalidad del hombre y de la mujer, igualdad en el módulo de atribución de derechos y deberes. La equiparación no puede llevarse a la realidad de una manera puramente mecánica mediante una simple concesión de derechos iguales sin más; antes bien, se trata de un principio que exige e impone una realización orgánica. No hay que olvidar que no se trata de una igualdad jurídica material y objetiva, sino de una igualdad jurídica humana y personal. «Sólo un materialismo superficial podría derivar de la equiparación la exigencia de derechos idénticos» (179). Por lo tanto, y de acuerdo con lo que venimos diciendo, resulta que el principio de equiparación de ambos sexos es perfectamente compatible con ciertas diferencias de tratamiento jurídico de que han de ser objeto el hombre y la mujer, y que en modo alguno deben conceptuarse como consecuencia de una desigualdad ante la ley, sino tan sólo como un efecto racional y lógico de la desigualdad *natural* de ambos sexos, de la que no puede prescindir la realidad normativa si es que pretende ser reflejo de la realidad vivida. La existencia, pues, de estas diferencias jurídicas no significa ni mucho menos que el Ordenamiento jurídico trate de forma desigual al hombre y a la mujer, sino que significa simplemente que, al margen por completo de las ideas favorables o adversas a la equiparación pero en perfecta armonía con ésta, el Derecho se adapta a la específica manera de ser de cada sexo. Si esta adaptación no existiera, en los casos en que es necesaria, la norma quedaría dissociada de la vida real, sin que ello supusiera que la equiparación se había llevado a cabo de una manera más absoluta. No hay que olvidar nunca que la Ley no puede convertir en igual lo que por naturaleza es desigual. Casi estaríamos por afirmar que la existencia de esas diferencias jurídicas a que acabamos de aludir no sólo no es contraria a la equiparación de los sexos, sino que incluso la confirma, puesto que puede conceptuarse como una prueba de que el Derecho se ocupa *por igual* de adaptarse a la específica manera de ser del hombre y de la mujer (180).

b) El principio de equiparación supone asimismo que a ambos sexos se abran las mismas posibilidades de configuración y desarrollo de la personalidad. Esta afirmación es especialmente im-

(179) Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 17-18. Este autor recoge ideas de KIPP, JELLINEK, LEIBHOLZ, REICHEL y SELBERT (diputada socialista). También BEITZKE, *Familienrecht*, 3-4.

(180) Como ejemplos de estas diferencias, que no son otra cosa que adaptaciones de la norma a la naturaleza de sus respectivos destinatarios, pueden citarse: la distinta edad núbil (§ 1.303 BGB, hoy Ley de Matrimonio 1946, § 1), el tiempo de espera que afecta a la viuda que pretende contraer ulteriores nupcias, en evitación de la turbatio sanguinis (§ 1.313 BGB, hoy § 8 de la Ley de Matrimonio), los preceptos destinados a la protección de la honra femenina (§§ 825, 847, párrafo 2.º, 1.300 BGB), la legislación protectora de la maternidad (Ley de 24-I-1952, en Alemania occidental), etc. Es innecesario destacar el absurdo que supondría suprimir estas normas en aras de una mal entendida equiparación. De todas formas, sobre alguna de estas cuestiones se ha suscitado discusión. Véanse.

portante en lo relativo al acceso a las profesiones y en lo referente a la igualdad de remuneración. El primer aspecto, sin embargo, ha de entenderse también de un modo racional: la circunstancia de que hombre y mujer tengan opción a las diversas ocupaciones profesionales no significa de manera necesaria que todas las profesiones tengan que ser o puedan ser indistintamente desempeñadas por hombres o mujeres (181). El aspecto de la igualdad de remuneración ha sido siempre una de las aspiraciones esenciales de la mujer: «igual salario para igual trabajo» (*gleicher Lohn für gleiche Arbeit*) ha constituido en todo momento uno de los gritos de combate del movimiento feminista; la cristalización de este postulado en las Constituciones no se juzga necesaria por tratarse de uno de los derechos fundamentales que van implícitamente reconocidos en el principio general de equiparación (182).

c) Finalmente, junto a la atribución de derechos iguales, la equiparación supone también la imposición de deberes semejantes a ambos sexos, si bien con respecto a esta igualdad de deberes es oportuno hacer la misma advertencia que hicimos al hablar de la igualdad de derechos. La imposición de deberes semejantes al hombre y a la mujer no se traduce en que sobre ambos pesen obligaciones de contenido idéntico, sino en que sobre el hombre y la mujer recaigan deberes que presupongan una valoración igual de su respectiva personalidad, pero adaptándose al propio tiempo a su respectiva naturaleza. La igualdad de deberes va contenida en el postulado de equiparación jurídica y no precisa ser establecida de una forma expresa. En la Ley Fundamental de Bonn esta circunstancia resulta clara de la sola lectura de su artículo 3. Así lo ha hecho constar ya la doctrina. «La equiparación de varón y mujer—ha dicho BEITZKE—significa, por último, que junto a la igualdad de derechos debe existir también una igualdad de deberes. Es cierto que el artículo 3 de la Ley Fundamental no sienta esto expresamente; pero semejante circunstancia se deduce de la posición sistemática del principio de equiparación en la Constitución, de su posición como subespecie del principio general de igualdad ante la ley. Se deduce asimismo, e incluso de for-

por ejemplo, sobre el «tiempo de espera» de la viuda HOFFMANN, *Ist das Ehehindernis der Wartezeit noch berechtigt?*, StAZ, 1953, 99, y sobre la «pretensión de desfloración» del § 1.300 BGB, SCHULTZ, § 1.300 BGB, MDR, 1954, 388; FRÖLICH, *Deflorationsanspruch und Gleichberechtigung*, EF, 1955, 38; ARNOLD, § 1.300 BGB und die Gleichberechtigung von Mann und Frau, EF, 1955, 91.

(181) No es necesario aducir ejemplos en demostración de que ciertas profesiones tendrán siempre un matiz acusadamente masculino, mientras que otras lo tendrán netamente femenino. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 20-21.

(182) Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 23-25. Ofrecemos información bibliográfica sobre este punto en la nota 177, al aludir a las repercusiones de la equiparación en el Derecho del Trabajo, sobre todo en los apartados a y c.

ma más tajante, del párrafo 3.º del artículo 3 y de la prohibición en él contenida de que alguien pueda resultar beneficiado o perjudicado a consecuencia de su sexo» (183). En materia de Derecho civil la igualdad de deberes puede tener y tiene importantes repercusiones en relación con la deuda alimenticia entre parientes.

Refiriéndonos ya de una manera concreta al Derecho de familia y no olvidando que en el BGB la familia está organizada sobre la base de la preeminencia del marido (184), el principio de equiparación de sexos impone la revisión y nueva configuración de los fundamentos sobre los que se estructuraba el organismo familiar en el Derecho alemán. Veamos brevemente cuáles son los aspectos más importantes del Derecho de familia que resultan afectados por la equiparación, fijándonos por separado en el matrimonio, en las relaciones paternofiliales y en la tutela.

a) En el aspecto personal del matrimonio, es decir, en lo relativo a las relaciones personales entre los cónyuges, la equiparación de la mujer hace necesaria ante todo la supresión del poder decisorio que, a tenor del § 1354 BGB, corresponde al marido en todos los asuntos referentes a la vida matrimonial común. Se impone asimismo la revisión de los preceptos que prevean la actividad profesional de la mujer casada, no haciéndola depender del asentimiento del marido ni dejando dicha actividad a merced de la denuncia de éste, como sucedía en el § 1358 BGB. En la vida moderna, tal como está configurada la sociedad, el que los alemanes llaman «matrimonio con mujer de su casa» (*Haushaltfrauen-ehe*) no es ya la forma única ni quizá la más frecuente de la institución matrimonial; cada vez van más en aumento los matrimonios en que la mujer desempeña, al igual que su marido, una actividad profesional. Esta circunstancia no puede ser ignorada por el Derecho y, juntamente con la equiparación, impone por ejemplo la supresión del § 1358 citado. También, dentro del aspecto personal del matrimonio, es necesario revisar las normas relativas al nombre, domicilio y nacionalidad de la mujer casada, teniendo en cuenta en esta última cuestión que tan importante o más que el principio de equiparación es el postulado de unidad de nacionalidad dentro de la familia (185).

b) Fundamentales han de ser las modificaciones que la equiparación exige en lo tocante a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o aspecto económico del matrimonio. En primer lugar es necesaria la supresión del régimen matrimonial de bienes instaurado por el BGB en los §§ 1363 y siguientes que, con excepción del patrimonio reservado, colocaba los bienes de la

(183) BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 25.

(184) Cfr. más atrás núm. 1.

(185) Esta cuestión es objeto de polémica. Cfr., por ejemplo, BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 40-42. Además, las referencias que ofrecemos en la nota 177, al aludir a la repercusión de la equiparación en materia de nacionalidad.

mujer, en concepto de patrimonio aportado, bajo la administración y aprovechamiento del marido. Era el llamado régimen de «administración y aprovechamiento» o de «comunidad de administración», no porque los cónyuges administrasen conjuntamente su patrimonio, sino porque el marido administraba «en común» sus bienes y los de su mujer. Actualmente, bajo la vigencia de la equiparación, ha de establecerse como «estado legal de bienes» un régimen de separación o de comunidad que atribuya iguales derechos a ambos cónyuges (186). Ahora bien, en este punto es un error muy extendido el creer que sólo los sistemas de separación son compatibles con la equiparación de la mujer. A nuestro juicio, tanto estos sistemas como los de comunidad pueden adaptarse de modo perfecto al postulado de igualdad de derechos de los cónyuges, razón por la cual la elección entre la separación o la comunidad de bienes debe hacerse por completo al margen de las consideraciones que impone la equiparación: sus exigencias lo mismo pueden satisfacerse por la vía de la separación que por la de la comunidad, pero mientras que ésta favorece el matrimonio-asociación aquélla puede dar lugar a un excesivo individualismo de los cónyuges contrario a la esencia de la institución matrimonial. Tal vez la solución ideal se halle en una hábil combinación de elementos comunitarios con elementos separacionistas (187). En relación con el aspecto económico del matrimonio la equiparación hace necesaria una nueva regulación de la deuda de alimentos entre cónyuges y una configuración distinta de la clásica institución alemana conocida con el nombre de «poder de la llave» y recogida en el § 1357 BGB; la modificación supone no el atribuir a ambos cónyuges esta función, netamente femenina, sino el estructurar sobre bases diferentes la posición de la mujer en relación con dicha función.

c) También las relaciones paterno-filiales, tal como se configuran por el BGB, han de resultar afectadas por el principio de equiparación. La patria potestad ha de atribuirse conjuntamente al padre y a la madre, y sobre este fundamento reglamentar su doble aspecto personal y patrimonial. Es incompatible con el postulado de igualdad de derechos de ambos padres la circunstancia de que, sólo en concepto supletorio, corresponda a la madre la patria potestad, como se desprende del § 1684 BGB en sí mismo y en relación con el 1627. En materia de adopción es necesaria la revisión de algunos puntos concretos, en especial las disposiciones re-

(186) No se olvide que en este lugar sólo enfocamos los problemas desde un punto de vista teórico, razón por la que se prescinde de aludir a las soluciones ya adoptadas por la legislación alemana. Sobre esto, más adelante.

(187) Esto, en definitiva, es lo que ha venido a hacer la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957, que instaura como régimen legal la «comunidad de ganancia» o «Zugewinnsgemeinschaft» entre los cónyuges. Cfr. §§ 1.363 y sigs. BGB, en su nueva redacción.

ferentes a la adopción llevada a cabo de manera conjunta por un matrimonio o a la realizada individualmente por persona casada.

d) Por último, en lo relativo a la tutela, la equiparación hace necesaria la revisión de las normas referentes a la designación del tutor por los padres del pupilo (§§ 1776 sgs. BGB). Asimismo, son convenientes leves retoques en la regulación de la curatela (188).

Hechas estas consideraciones generales sobre la posible eficacia de la equiparación en el Derecho de familia, enfocando la cuestión desde un punto de vista teórico, vamos a referirnos a continuación a la forma en que se ha desenvuelto el problema en «las dos Alemanias». Comenzaremos con una breve referencia a Alemania oriental, para después aludir con más detenimiento a la manera en que se ha planteado y resuelto la realización del postulado de igualdad de derechos de varón y mujer en la República federal o Alemania occidental, como generalmente se la designa. De todas formas, en ambos casos y para mayor claridad, indicaremos por separado las fases legislativas y los aspectos fundamentales y orientaciones que presiden la equiparación.

12. *El problema de la equiparación en la República democrática.*—Aunque de lo que hemos dicho más atrás (189) puede perfectamente deducirse cuál es el estado y cuáles las tendencias que presiden la equiparación en Alemania oriental, en este lugar vamos a centralizar todas las referencias al problema, si bien en ocasiones casi nos limitaremos a una simple remisión.

a) *Las fases legislativas* por que ha pasado en la República democrática el principio de equiparación de sexos son tres, constituidas respectivamente por la Constitución de 1949, por la Ley de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos sobre los derechos de la mujer, y por el Proyecto de Código de Familia de 1954.

La Constitución de la República democrática alemana de 7 de octubre de 1949 se refiere a la igualdad de derechos de varón y mujer en dos ocasiones: en el artículo 7 y en el artículo 30. El primero constituye una declaración general, de la que el segundo no es más que una aplicación concreta al ámbito del Derecho de familia. El artículo 7 determina que el hombre y la mujer están equiparados jurídicamente, y sienta a continuación la derogación de todas las normas y determinaciones que sean contrarias a la indicada equiparación. El artículo 30, después de haber establecido que el matrimonio y la familia constituyen la base de la comunidad y que, por ello, están bajo la protección del Estado, en su párrafo 2 decreta, asimismo, la derogación de todas aquellas disposiciones

(188) Breves referencias a las cuestiones apuntadas pueden encontrarse en BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 27-42, y en HÜBNER, *Gleiche Rechte*, 47-93. Ambos trabajos, en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung* (cita completa en la nota 170).

(189) Cfrs. especialmente los núms. 8 y 9.

que sean contrarias a la equiparación de marido y mujer en el matrimonio (190). Como puede apreciarse, la Constitución de Alemania oriental no se ha limitado, en la materia que nos ocupa, a establecer un simple principio de carácter programático, sino que, por el contrario, ha dotado a la equiparación de eficacia jurídica inmediata sin esperar al desarrollo legislativo de la declaración constitucional, puesto que, por determinación expresa de los artículos citados, «quedaron derogadas» todas las normas y disposiciones que no estuvieran de acuerdo con el postulado de igualdad de derechos. Como decíamos más atrás (191), los textos constitucionales indicados produjeron «de golpe» un gran impacto en la Legislación alemana, ya que el establecer de manera tan brusca la derogación de todo un sistema de la familia, sin ofrecer la configuración legislativa de otro que le sustituyera, no podía conducir más que a un desconcertante caos jurídico. Lo único cierto, dentro de este caos, es que a partir de la Constitución de 1949, en Alemania oriental, han quedado sin vigencia todas las normas que supusieran desigualdad de varón y mujer: concretamente, con referencia al Derecho de familia, han quedado derogadas las bases sobre las que el BGB estructuraba el organismo familiar y, con ellas, un sin fin de preceptos de este Código, sin que todavía, salvo alguna ligera excepción, se hayan dictado las normas que han de sustituir a las derogadas. Esto, unido al sentido vacilante y al matiz político que la «nueva jurisprudencia» tiene en la Zona oriental, puede dar una idea de la situación actual del Derecho de familia en dicha Zona.

Podemos entender constituida la segunda fase legislativa de la equiparación en la República democrática por la Ley de 27 de septiembre de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer. Aunque esta Ley no ofrece, ni mucho menos, un desarrollo completo del principio de equiparación ni tampoco ofrece, en general, posibilidades de inmediata aplicación a los casos litigiosos, por lo menos contiene ciertos preceptos que afectan a importantes norma del BGB: más que como derogación de las mismas, como aclaración a una derogación que ya se había producido como efecto inmediato de lo dispuesto en los textos constitucionales ya citados, textos que, en algunos aspectos, son desarrollados por la Ley de 1950. En lo que se refiere a la equiparación el contenido fundamental de esta Ley es el siguiente: 1) Suprime el derecho de decisión del marido, después de manifestar que el matrimonio no trae como consecuencia ninguna limitación o reducción en los derechos de la mujer. En los asuntos referentes a la vida matrimonial común, el derecho de decisión del marido se sustituye por un «derecho de decisión conjunta» (*gemeinsame Entscheidungsrecht*) de ambos cónyuges (§ 14 de la Ley, que afecta al § 1.354 BBG). 2) Considera que el matrimonio

(190) El texto literal de los arts. 7 y 30 de la Constitución puede consultarse en el núm. 8 y en la nota 132.

(191) Cfr. nota 132.

no puede ser un obstáculo para la actividad profesional y política de la mujer, por lo cual finalidades profesionales, sociales o políticas pueden justificar, incluso, la supresión de la vida matrimonial común entre los cónyuges (§ 15 de la Ley, que afecta al § 1.358 BGB). 3) Los «cuidados paternos» (192) se atribuyen conjuntamente a ambos cónyuges (§ 16 de la Ley, que afecta al § 1.627 BGB.) 4) Se mejora la posición jurídica de la madre en relación con los hijos habidos fuera de matrimonio (§ 17 de la Ley, que afecta a los §§ 1.707-1.708 BGB) (193).

Esto es todo lo que hasta ahora ha desarrollado el legislador de una manera positiva del principio de equiparación. En todo lo demás, la eficacia de éste es puramente negativa o derogatoria (cfr. arts. 7 y 30 de la Constitución), con lo cual están huérfanas de reglamentación cuestiones tan importantes como la relativa al régimen legal de bienes en el matrimonio. La Jurisprudencia de la Zona ha entendido que, como consecuencia de la equiparación, vale como «estado legal» la separación de bienes (194).

El postulado de la equiparación tiene en Alemania oriental su tercera fase legislativa en el Proyecto de Código de familia de 1954, si bien esta obra tiene una significación mucho más amplia que la de ser meramente un desarrollo de la equiparación de derechos de ambos sexos: el Proyecto desarrolla, en efecto, el principio indicado; pero, además, reglamenta de nuevo, por completo, todo el Derecho de familia y, precisamente, en esta nueva reglamentación es donde toma en cuenta las exigencias impuestas por los artículos 7 y 30 de la Constitución. La posición del Proyecto, respecto a la equiparación, resulta clara de lo que hemos dicho con anterioridad: sólo repetiremos que en él se utiliza la igualdad de derechos de la mujer como un medio de insertar plenamente a ésta en el proceso de producción; la equiparación se emplea, pues, más con finalidades políticas, industriales o económicas que con fines propiamente jurídicos. No es el mejoramiento de la posición jurídica de la mujer lo que interesa a los redactores de la obra, sino la utilización de aquélla como un medio más de reforzar la caduca situación económica del país (195). En cuanto a los puntos concretos de que se ocupó la Ley de 1950 en relación con la equiparación, el Proyecto viene a coincidir con sus disposiciones (196).

(192) En cuanto al significado de esta expresión, cfr. nota 156.

(193) El texto de las normas citadas de la Ley de 1950 puede consultarse en LAUTERBACH, en PALANDT: BGB. *Kurskommentar* (16.^a ed., 1957), 1.093, 1.100, 1.243, 1.278. Breves referencias en ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 45. Ofrecemos la traducción literal de los preceptos citados en la nota 137.

(194) Cfr. BEITZKE, *Familienrecht*, 72; LAUTERBACH, en PALANDT: BGB, *Kurskommentar*, introducción al § 1.363, núm. 4, 1.109. También HINTZE, *Bemerkungen zur Rechtsprechung in Zivilsachen* (DDR), NJ, 1954, 198.

(195) Referencias concretas y más indicaciones en los núms. 8 y 9.

(196) En materia de equiparación han de tenerse en cuenta, sobre todo, las siguientes normas del Proyecto: §§ 2 y 3 (principios generales),

b) Los *aspectos fundamentales* de la equiparación en la República democrática y las orientaciones que la presiden se deducen claramente de lo ya indicado; razón por la cual excusamos repetir aquí ideas expuestas con anterioridad.

13. *El problema de la equiparación en la República federal.*—A diferencia de lo que ha ocurrido en Alemania oriental, donde —de acuerdo con los textos constitucionales indicados— el postulado de equiparación de sexos ha producido «de golpe» y de una manera brusca la derogación de todas las disposiciones legales que fueran contrarias a dicho principio (197), en la República federal los acontecimientos se han desarrollado de una forma más pausada, más lógica y, desde luego, mucho más adecuada a la importancia y dificultades que trae consigo el desarrollo normativo del principio de igualdad de derechos de varón y mujer. La Ley fundamental de Bonn sanciona como principio constitucional el de la equiparación jurídica de los sexos; pero, en lugar de decretar la inmediata derogación de las disposiciones que no estuvieran de acuerdo con él, haciéndose cargo del caos jurídico que semejante derogación habría ocasionado, mantiene, de momento, la vigencia de estas disposiciones hasta que el legislador llevara a cabo su adaptación al principio de equiparación, si bien estableciendo una fecha tope para la vigencia de las mismas. Si una vez llegada esta fecha (31 de marzo de 1953), el legislador no había realizado la adaptación prevista, se produciría, no obstante, la pérdida de vigencia de todas aquellas disposiciones que fueran contrarias al mencionado principio.

Los textos que se refieren a la cuestión de la igualdad de derechos de ambos sexos en la Ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, son el párrafo 2.º del artículo 3 y, como complemento, el párrafo 1.º del artículo 117. La primera de estas disposiciones, como ya hemos indicado (198), sienta entre los derechos fundamentales el principio de que «hombres y mujeres están equiparados jurídicamente» (199). A su vez, el artículo 117, situado entre las disposiciones finales y de transición, determina el momento en que debe comenzar la eficacia derogatoria del principio de equiparación, al establecer en su párrafo 1.º que «las normas que estén en contradicción con el artículo 3, párrafo 2.º, quedan en vigor hasta su adaptación a esta determinación de la Ley Fundamental, no excediendo, sin embargo, su vigencia del 31 de marzo de 1953». Así pues, en Alemania occidental, el principio de equi-

§§ 8-11 (aspecto personal del matrimonio), §§ 12-23 (aspecto patrimonial del mismo, sobre régimen de bienes cfr. nota 161), §§ 38 y sigs. (relaciones con los hijos, sobre todo § 39).

(197) Cfr. más atrás núms. 12 y 8.

(198) Véase núm. 7.

(199) «Männer und Frauen sind gleichberechtigt», dice textualmente la versión alemana del art. 3, II, de la Ley Fundamental.

paración de varón y mujer no produjo, de momento, cambio alguno en la Legislación; su eficacia derogatoria quedó aplazada, puesto que, según se deriva claramente del texto transcrito, las disposiciones que fueran contrarias a dicho principio no podían quedar sin vigencia hasta el 1 de abril de 1953, a no ser que antes el legislador hubiese llevado a cabo su adaptación al mismo (200).

Hechas estas indicaciones respecto al que pudiéramos calificar de «programa constitucional» sobre la forma en que habría de desarrollarse la eficacia derogatoria del principio de equiparación, veamos ahora cuál ha sido, en efecto, su evolución en la realidad, o, lo que es lo mismo, cuáles han sido las fases o etapas por las que dicho principio ha pasado en la República federal; fases que, como es lógico, vienen determinadas por lo dispuesto en el artículo 117, I, de la Ley fundamental, en relación con la forma en que ulteriormente se han desarrollado los acontecimientos.

a) Las *fases legislativas* en que ha cristalizado en Alemania occidental la evolución y desarrollo del principio de equiparación de sexos, sancionado por el artículo 3, II, de la Ley fundamental, son las tres siguientes: la primera abarca desde la promulgación de la Ley fundamental de 1949 hasta el 31 de marzo de 1953; la segunda, desde el 1 de abril de 1953 hasta la Ley de equiparación de 1957; la tercera, comienza con esta Ley, que es la que lleva a cabo el desarrollo legislativo del principio. Refirámonos por separado a cada una de las etapas indicadas y a los términos en que en cada una de ellas se ha presentado la cuestión de la equiparación, caracterizada en la primera por su simple alcance programático o enunciativo, en la segunda, por su eficacia meramente derogatoria y en la tercera, por su positivo desarrollo por el legislador.

I. La *primera fase* por que ha pasado la equiparación en Alemania occidental está delimitada en su duración por el artículo 117, párrafo 1.º, de la Ley fundamental. De esta disposición, cuyo texto ya conocemos, se desprende claramente que esta que hemos llamado primera fase de la equiparación habría de abarcar hasta que tuviera lugar la adaptación de las normas del Derecho alemán al postulado de igualdad jurídica de los sexos o, a lo sumo, hasta el 31 de marzo de 1953. Esto último, como es lógico, sólo en el caso de que las normas contrarias al principio de equiparación no hubieran sido adaptadas al mismo con anterioridad a esa fecha, señalada como tope para la vigencia de las normas en cuestión. Como, dentro del plazo referido, el legislador no llevó a cabo la indicada adaptación, la primera fase ha durado, pues, hasta el 31 de marzo de 1953. Es, asimismo, el artículo 117, párrafo 1.º, la norma que precisa el contenido de la equiparación en esta primera fase, al atribuirle, durante ella, un alcance puramente programá-

(200) Como esta adaptación legislativa no tuvo lugar antes de la indicada fecha, hasta entonces no pudo producirse la derogación de las normas contrarias al principio de equiparación.

tico. El principio de equiparación no produce, pues, de momento, cambio alguno en la legislación, limitándose la Ley fundamental a anunciar la futura derogación de las disposiciones que fueran contrarias a dicho principio; pero manteniendo inicialmente la vigencia de las mismas. Esta forma de proceder es mucho más sensata y mucho más adecuada que la seguida por la Constitución de la República Democrática (201), sobre todo, si se piensa en lo delicado de la cuestión de la equiparación de los sexos y en el profundo cambio que ésta supone e impone en los fundamentos del Derecho de familia. Al establecerse un término para la derogación de las normas contrarias al principio del artículo 3, II, en lugar de decretarse sin más su inmediata pérdida de vigencia, se facilitó así la posibilidad de que, al producirse aquélla, el ambiente jurídico hubiera al menos tomado contacto con el problema y estuviera en condiciones de hacer frente a los principales aspectos que dicha derogación traería consigo, si es que antes no los había resuelto el poder legislativo.

En efecto, la doctrina pronto comienza a hacerse cargo del problema de la equiparación, ya refiriéndose a él de una manera general (202), ya ofreciendo la solución o posibles soluciones de

(201) Recuérdese que en Alemania Oriental con la Constitución de octubre de 1949 quedaron derogadas todas las normas que no estuvieran de acuerdo con la equiparación de los sexos. Cfr. núm. 12.

(202) Entre las publicaciones aparecidas en esta primera fase y destinadas a ofrecer el panorama de conjunto de la equiparación y de las reformas que ésta haría necesarias en la legislación pueden citarse, aparte de los ensayos de BEITZKE y HÜBNER, recogidos bajo el título conjunto de *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau* e indicados en la nota 170, los trabajos siguientes: HAGEMEYER: *Denkschrift über die Gleichberechtigung von Mann und Frau* (Art. 3 Abs. 2 GG) *erforderlichen Gesetzesänderungen*, Teil I, II, III, Colonia, 1950, y sigs.; SCHEFFLER-ULMER: *Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich gemäss Art. 117 des Grundgesetzes das geltenden Recht an Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes anzupassen?* Referate von — sowie Diskussionsbeiträge und Beschlüsse (38. Deutsche Juristentag, Teil B: Bürgerlichrechtliche Abteilung), Tubinga, 1951; BOSCH: *Familienrechtsreform: Eheschliessung, Ehescheidung, Gleichberechtigung von Mann und Frau. Recht des unehelichen Kindes* (2 Vorträge), Siegburg, 1952; BOSCH: *Die Rechtsordnung in Ehe und Familie. Grundsätzliche Auseinandersetzung* (4 Aufsätze), Regensburg, 1952-1953; HEDEMANN: *Die Rechtsstellung der Frau. Vergangenheit und Zukunft*, Berlín, 1952; CONRAD: *Grundprobleme einer Reform des Familienrechts* (separata de «Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen», cuaderno, 12, 53-93), Colonia-Opladen, s. a. De entre los trabajos de revistas, homenajes, colecciones, artículos, etc., destacan los siguientes: MITTEIS: *Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz*, SJZ, 1950, 243 (publicado después en la colección de escritos del autor aparecida con el título «Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Aufsätze zur Rechtsgeschichte», 1957); DÖLLE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht (eine rechtspolitische Skizze auf rechtsvergleichender Grundlage)*, en Festgabe für KAUFMANN, 1950, 39; BOEHMER: *Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht*, MDR, 1950, 386, 451; RÜDEL: *Die Reform des Familienrechts*, JR, 1951, 744; 1952, 49; ERMECKE: *Zur Reform des Ehe-*

algún aspecto concreto del mismo (203). Al propio tiempo, estas aportaciones doctrinales habrían de constituir una orientación de gran valor en la tarea de desarrollo legislativo del principio de equiparación, siendo, además, el primer apoyo o sustento de la jurisprudencia en la fundamental misión creadora que le correspondería en la segunda fase, de la que a continuación pasamos a ocuparnos.

II. Comienza esta segunda fase el 1 de abril de 1953, pues a partir de esta fecha quedaron derogadas todas las normas del Derecho alemán que no estuvieran de acuerdo con el principio de equiparación jurídica de los sexos (cfr. art. 117, I, Ley fundamental). Su duración abarca hasta la Ley de equiparación de 18 de julio de 1957.

Como ya indicamos en otro lugar (204), la situación del Derecho de familia en Alemania occidental durante este período es ciertamente anómala. Han quedado derogadas unas normas sin haber sido antes sustituidas por otras, con lo cual se ha producido una considerable laguna o vacío legislativo (205) que ha tenido que ser colmado por la doctrina y, sobre todo, en la realidad práctica de cada día, por la labor de la jurisprudencia. La sola existen-

und Familienrechts (Allgemeine sozialwissenschaftliche Grund- und Leitsätze) en «Die Kirche in der Welt», 1951, entrega II, Nr. 35, 259; MÖRS-DORF: *Mann und Frau in den Ordnungen von Ehe und Familie*, ibidem, entrega II, Nr. 34, 247; EGGER: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung (Deutschland und Schweiz)* ZSchwR, 1951, 1; BEITKE: *Gleichberechtigung und Familienrechtsreform*, JZ, 1952, 744; BOSCH: *Leitsätze zur Neuordnung des Familienrechts*, en «Jahresbericht des Görresgesellschaft», 1952, 70; VON BRUCK: *Männer und Frauen sind gleichberechtigt*, en «Die Gegenwart», 1952, 553; MAHN: *Gleiches Recht für Mann und Frau*, en «Sammlung», 1952, 557.

(203) A la cuestión del régimen de bienes en el matrimonio se han referido BOEHMER: *Eheliches Güterrecht*, MDR, 1950, 458; KNUR: *Referat von — über eheliches Güterrecht mit Diskussionsbeiträgen*, en «Deutscher Notartag», 1952. El problema de la deuda de alimentos en relación con la equiparación ha sido estudiado por WÄNDREY: *Die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Berücksichtigung der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, 2.ª ed., Bonn, s.ª. (1953). El aspecto personal de la patria potestad ha sido examinado por SCHWOERER: *Personensorge und Gleichberechtigung*, ZBlJugR, 1951, 17. Aunque no relacionados de forma primordial con la cuestión de la igualdad de derechos de varón y mujer, han de tenerse en cuenta, en materia de filiación ilegítima, los escritos de BECKER: *Zur Frage der Neuordnung des Unehelichenrechts*, NJW, 1950, 413, y FICKER: *Zum Statut der Einbenennung* (§ 1.706, II, 2 BGB), ACP, 151, 236; el primero referente a los hijos extramatrimoniales en general; el segundo al nombre de los mismos. Como relativo a la adopción hay que citar el trabajo de BECKER: *Neugestaltung des Adoptionsrechts*, NJW, 1950, 90.

(204) Cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit. XIX-XXI.

(205) Los juristas de la Zona Oriental, olvidando que en su República Democrática Alemana semejante situación se había producido de la forma más brusca y sin la menor preparación para ella (cfr. núm. 12); han criticado, con fines propagandísticos, este vacío legislativo surgido en la República Federal desde el 1 de abril de 1953. Cfr., sobre todo NIETHAMMER-

cia del principio de equiparación, no desarrollado legislativamente, no basta para resolver las muchas y delicadas cuestiones que la nueva situación plantea en el Derecho de familia, algunas de ellas de extraordinaria dificultad para ser abordadas sin apoyo legal de ninguna clase. Nada tiene, pues, de extraño que en la práctica se apreciara, en principio, una cierta resistencia a tener que crear la norma aplicable al caso concreto, como consecuencia de la vigencia inmediata del principio de equiparación a partir del 1 de abril de 1953, llegando, incluso, a negarse tal vigencia (206). Como es lógico, semejante postura no podía prevalecer por ser contraria a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 117 de la Ley fundamental. De ésta se deduce, con indiscutible claridad, que, desde la fecha mencionada, el postulado de igualdad jurídica de los sexos tiene una vigencia directa e inmediata a través de su eficacia derogatoria de las normas que le fueran contrarias (207).

Ante la situación que dejamos descrita es fácil comprender la importantísima misión que, durante esta segunda fase, ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia. A la primera como orientadora de los fallos judiciales y del legislador para cuando éste desarrollara legislativamente el principio de equiparación. A la segunda como creadora de las normas que día a día habían de ir resolviendo los problemas surgidos del postulado de igualdad jurídica de los sexos, en tanto careciese de reglamentación legal (208). Precisamente, no ha surgido un auténtico caos en ma-

NEUMANN: *Das familienrechtliche «Vacuum» in Westdeutschland*, NJ, 1953, 701. También ARTZT: *Der Grundsatz der Gleichberechtigung in der westdeutschen Rechtsprechung*, NJ, 1954, 353; ARTZT: *Der Stand der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Familienrechts in Westdeutschland*, NJ, 1954, 624.

(206) Sobre el problema, SCHELD: *Im Familienrecht hat sich am 1-IV-1953 durch Gleichberechtigung nichts geändert*, JR, 1953, 294; KNUR: *Ist der Gleichheitsgrundsatz im Familienrecht seit 1 April 1953 geltendes Recht?*, DNotZ, 1953, 345. Breves referencias en BEITZKE: *Familienrecht*, 7: innegable la inmediata vigencia del principio desde el 1 de abril de 1953. Es la opinión de la casi totalidad de los autores y, desde luego, la única sostenible.

(207) Fundamental en este sentido es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18-12-1953. En ella, con objeto de zanjar toda discusión al respecto, se manifiesta, entre otras cosas, lo que sigue: a) El artículo 3, II, de la Ley Fundamental en una norma jurídica genuina. Dicho precepto contiene, lo mismo que el artículo 3, III, de la propia Ley, una concreción del principio general de igualdad ante la Ley (contenido en el art. 3, I). b) A partir del transcurso del plazo señalado en el artículo 117, I, de la Ley Fundamental, varón y mujer quedan también equiparados en el ámbito del matrimonio y de la familia. Puede consultarse este fallo en NJW, 1954, 65. En relación con él, KRÜGER-NIELAND: *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht über die Gleichberechtigung*, DRiZ, 1954, 23; KRAUSS: *Das Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgericht*, EF, 1954, 61.

(208) En este desarrollo judicial del principio constitucional de equiparación han de distinguirse como indica ESSER, dos aspectos diferentes: a) La posibilidad de adaptación interpretativa del Derecho legislado existente, mediante la interpretación y configuración progresiva de las insti-

teria de Derecho de familia, durante esta segunda fase, gracias a la tarea constructiva realizada por la doctrina y, ante todo, por la jurisprudencia, las cuales, con gran sentido práctico y haciendo gala de una extraordinaria ecuanimidad, han sabido trazar unas directrices fundamentales o pilares básicos que han constituido el primer desarrollo de la equiparación y su primera adecuación a las necesidades prácticas y a la casuística de la vida diaria. Tanto los fallos jurisprudenciales como las aportaciones de la doctrina han apoyado con frecuencia sus puntos de vista en el artículo 6, párrafo 1.º, de la Ley fundamental que, al colocar a la familia y al matrimonio bajo la especial protección del Ordenamiento del Estado, permite suavizar en las necesarias ocasiones la rígida aplicación del principio constitucional. Puede afirmarse, aunque tan sólo a título de criterio orientador, que en el desarrollo de dicho principio por la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido que, como modo de subsanar el vacío legislativo existente, en lo posible había que considerar aplicables a ambos sexos las normas que en la anterior reglamentación hacían objeto de especial tratamiento a uno de ellos. No pudiendo seguirse este sistema, o resultando impropio, debía estimarse derogado el precepto concreto de que se tratase, sustituyéndolo por la oportuna decisión judicial. En definitiva, pues, la misión de los tribunales y de la doctrina quedaba concretada en las dos posibilidades a que ya hemos hecho referencia (209): o adaptar las normas existentes a las exigencias de la equiparación o configurar otras nuevas.

Descrita ya la situación en que se encontró el Derecho de familia a partir del 1 de abril de 1953, veamos ahora cuáles han sido los aspectos fundamentales de la equiparación durante esta segunda fase o, mejor dicho, cuáles han sido las novedades que, en función de dicha equiparación, ha experimentado durante ella el Derecho de familia por vía doctrinal y jurisprudencial. Aludiremos por separado a los efectos del matrimonio en general (relaciones personales entre los cónyuges), al régimen de bienes (relaciones patrimoniales entre los mismos), y a las relaciones paterno-filiales. En estas tres zonas del Derecho de familia es donde más repercute la equiparación jurídica de los sexos, puesto que hace necesaria la configuración de las mismas sobre bases distintas a las sancionadas por el BGB. Como es natural, en esta somera descripción del contenido que se ha atribuido al postulado de igual-

fuciones reconocidas por la Ley; b) La posibilidad constructiva de una configuración judicial de las instituciones, derivada del principio constitucional. Cfr. ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956, 72. Con anterioridad ESSER: *Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht*, JZ, 1953, 521. Referencias bibliográficas sobre los aspectos constitucionales de esta misión creadora de la jurisprudencia, cuestión de la que aquí no procede ocuparse, en la nota 177. Además, BIRKENDAHL: *Die Rechtsprechung im Familienrecht vor neuen Aufgaben*, Justiz, 1953, 148.

(209) Cfr. nota anterior.

dad de derechos de varón y mujer, tan sólo nos referimos a sus aspectos fundamentales y más importantes, a aquellos puntos que, en general, han sido abordados y resueltos por la doctrina y la jurisprudencia con una cierta unanimidad; prescindimos, por completo, de las cuestiones de detalle, respecto a las cuales, aparte de su menor importancia, no existe criterio uniforme.

Las modificaciones fundamentales, desarrolladas por vía doctrinal y jurisprudencial en el Derecho de Familia e impuestas desde el 1 de abril de 1953 por el principio de equiparación jurídica de los sexos, son las siguientes (210) (211):

(210) La producción bibliográfica en torno al problema de la equiparación y a su repercusión en el derecho de familia durante esta segunda fase que se inicia el 1 de abril de 1953, es realmente abrumadora; en ocasiones incluso desorbitada. Sin pretensiones exhaustivas (que en este caso sin duda fracasarían), he aquí una indicación de las obras que abordan la cuestión de una manera general, ofreciendo una visión de conjunto de la misma y un tratamiento de sus diversos aspectos concretos. La mayoría de las publicaciones que vamos a recoger, siendo de gran utilidad para la práctica, no tienen, sin embargo, una alta significación doctrinal. Están escritas con el objetivo esencial de ser, ante todo, una ayuda para llenar el vacío legislativo existente, siendo, pues, con preferencia obras de tipo práctico más que científico. Pueden consultarse las siguientes: WAGNER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau?*, Augsburg, 1953; BEITZKE: *Gleichheit von Mann und Frau*, en *Die Grundrechte (Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte)*, publicado por NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, tomo II, Berlín, 1954, 199-242; ARNOLD: *Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht. Ein Kommentar der Rechtsituation seit dem 1.5.1953*, Frankfurt del Main, 1954; BOSCH: *Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie. Eheschliessung. Ehescheidung. Gleichberechtigung*, Siegburg, 1954 (apostillas a esta obra: GIESE: *Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie*, EF, 1954, 132); BOSCH: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zur Situation im Ehe- und Familienrecht*, Bielefeld, 1954 (contiene: *Ehe und Familie in der Rechtsordnung ab 1.4.1953*; *Die Situation im Ehe- und Familienrecht: Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. II, 117, Abs. I GG*. Estos trabajos se publicaron anteriormente por el autor en el revista «Rpfleger», vid. nota 117, al final. En su edición separada suelen citarse como «Rpfleger-Familienrechts-Sonderheft» o «Familienrechts-Sonderheft» simplemente); VON KORTZFLEISCH (Anna): *Die Frau in der Familie*, Hannover, 1954 (tomo 1 de la serie «Eine Staatsbürgerkunde für die Frau»); DOMBOIS-SCHUMANN: *Familienrechtsreform. Dokumente und Abhandlungen*, Witten (Ruhr), 1955 (tomo 8 de la serie «Glaube und Forschung»); HABSCHIED-MEYER: *Neues Familienrecht. Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, Bielefeld, 1957 (obra muy práctica que ofrece, con referencia a cada párrafo del BGB afectado por la equiparación, la nueva situación acompañada de indicaciones de jurisprudencia o bibliografía. Contiene, además, en Apéndice, el texto de la Ley de equiparación de 1957 con breves comentarios). Entre los trabajos aparecidos en revistas, homenajes, colecciones de estudios, etc., podemos citar los que siguen: BOSCH: *Ehe und Familie in der Rechtsordnung ab 1 April 1953*, Rpfleger, 1953, 273 (recogido después en «Familienrechts-Sonderheft», cfr. más atrás en esta misma nota); BOSCH: *Die Situation in Ehe und Familienrecht*, Rpfleger, 1953, 387, 481, 545; 1954, 1, 57 (recogido también en «Familienrechts-Sonderheft»); ARNOLD: *Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 81; ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 258, 260; ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 326; VON RANT-

Con referencia a los efectos del matrimonio en general, reglamentados en los §§ 1.353 a 1.362 BGB (212), se entiende suprimi-

ZAU: *Der Stand der Familienrechtsreform*, Justiz, 1953, 48; BERGMANN: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 130; ERMECKE: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau und zur Reform des Ehe- und Familienrechts in Deutschland*, en «Die christliche Frau», 1953, cuaderno 3, 75; GRUND: *Das neue Familienrecht*, en «Polizei-Praxis», 1953, 145; ISCHINGER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau*, (Mitteilungen aus der Praxis herausgegeben von Württembergische Notarverein, 1953, 57, 101); FINKE: *Probleme des Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Grundsatzes der Gleichberechtigung am 1.4.1953*, BB, 1953, 271; GRITSCHNER: *Gesetzlose Gleichberechtigung*, en «Stimmen der Zeit», 1953, 462; HAGEMAYER (Marie): *Das Familienrecht seit dem 1 April 1953 (A. Allgemeines. B. Persönliches Eherecht)*, NJW, 1953, 601; HOFFMANN: *Das Familienrecht in Berlin seit dem 1 April 1953*, JR, 1953, 199, 284, 458; KRÜGER (Hildegard): *Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 82; KRÜGER: *Die Rechtslage der Frau im Familienrecht*, en «Der Deutsche Beamte», 1953, 82; MASSFELLER: *Die Stellung der Ehefrau. Rechtverkehr seit dem 1 April 1953*, 1 Teil, Betrieb, 1953, 268; 2 Teil, Betrieb, 1953, 289; MASSFELLER: *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, 1 Teil, Betrieb, 1953, 569; 2. Teil, Betrieb, 1953, 588; PATSCHE: *Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter seit dem 1.4.1953*, BB, 1953, 402; SCHAFER: *Die familienrechtlichen Auswirkungen des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, STAZ, 1953, 266; SCHEFFLER (Erna): *Die Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 85; STOLDT: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (Die Rechtslage nach dem 31 März 1953)*, SchlHolstAnz, 1953, 89, 127, 147, 178, 196, 280; 1954, 38; DÖLLE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, JZ, 1953, 353; HEDEMANN: *Was wird mit der Gleichberechtigung?*, JR, 1953, 197; INNERLOHNER: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, DNotZ, 1953, 308; GLASER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau* (Art. 3, Abs. 2; Art. 117, Abs. 1 GG), MDR, 1953, 408; FRICKE (Elisabeth): *Familienrechtsreform*, en «Carl-Sonnenschein-Blätter», 1954, 117; CONRAD: *Der gegenwärtige Stand der Familienrechtsreform*, en «Die Kirche in der Welt», 1954, 65; MASSFELLER: *Zur Reform des Ehe- und Kindschaftsrechts*, en «Bundesanzeiger» de 20.1.1954, 7; BOSCH: *Die neueste Entwicklung des Ehe- und Familienrechts in der Bundesrepublik Deutschland* (conferencia pronunciada en Viena el 10-III-1954), JB, 1954, 249; DÖLLE: *L'évolution du droit allemand de la famille après l'entrée en vigueur de l'art. 3, al. 2 de la Constitution fédérale (Die Entwicklung des deutschen Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Art. 3 Abs. II des Grundgesetzes)*, publicado en «Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne», Tubinga-París, 1954, 574-577; ARNOLD: *Wird die Familienrechtsreform gelingen?*, EF, 1955, 225.

(211) Aparte de las publicaciones citadas en la nota anterior, la cuestión de la equiparación y su repercusión en el Derecho de familia, a partir del 1 de abril de 1953, puede encontrarse recogida en cualquier edición comentada del BGB posterior a esa fecha (en las ediciones sin comentarios suele hacerse una somera indicación de los párrafos afectados por el principio de equiparación) o en cualquier Manual de Derecho de Familia posterior a la misma. De todas formas, las ediciones comentadas del BGB y los Manuales o Tratados, en lo que al Derecho de familia se refiere, son escasos. Entre las primeras han de tenerse en cuenta la 14.^a ed. del ROSENTHAL y la 8.^a del SOERGEL, citadas en la nota 80, y, sobre todo, la obra de PALANDT, *BGBKurzkommentar*, en cuyas ediciones 11.^a (1953) a 16.^a (1957), el Derecho de familia, a cargo de LAUTERBACH, se expone ya en función de la situación surgida desde el 1 de abril de 1953. Indudablemente esta obra es la más recomendable. Entre los Tratados y Manuales hay que citar el

do el poder de decisión que correspondía al marido en los asuntos concernientes a la vida matrimonial común, de conformidad con el § 1.354 (213). Las cuestiones referentes a la vida matrimonial común han de ser resueltas ahora por marido y mujer de común acuerdo.

No se considera adecuada a la igualdad de derechos de ambos cónyuges la norma del § 1.355 que decreta que la mujer casada adquiere el nombre del marido; aunque en este punto no existe plena unanimidad, entendiéndose, con razón, por un cierto sector de opiniones que las exigencias de la equiparación han de armonizarse con la conveniencia de nombre unitario en el matrimonio y en la familia (214).

La obligación que se imponía a la mujer de trabajar para el marido, en el hogar y en los negocios de éste, se ha entendido suprimida, o más bien referida a ambos cónyuges. Por tanto, igual el marido que la mujer están obligados a colaborar en los trabajos del otro cónyuge, siempre que esto sea usual, según las circunstancias en que los cónyuges vivan (§ 1.356, II, *mutatis mutandis*) (215).

El poder de la llave, atribuido por el § 1.357 exclusivamente a la mujer, se confiere ahora a ambos cónyuges, con lo cual no puede desconocerse que queda por completo desnaturalizada la esencia misma de la institución que, por naturaleza, es propia de la mujer (216).

de BEITZKE: *Familienrecht*, 4.^a ed., 1955 y 5.^a ed., 1956 (breve, pero muy clara exposición).

(212) Sobre los efectos del matrimonio en general, tal como se entienden configurados de acuerdo con la equiparación; cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1.088-1.106; BEITZKE: *Familienrecht* (4.^a ed., 1955), 38-50. Además, GERKEN, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 339; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 482; MASSPELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Allgemeine Ehwirkungen)*, Betrieb, 1954, 121. En los lugares citados en esta nota se alude a los distintos efectos concretos del matrimonio que el BGB agrupa bajo la rúbrica «Efectos del matrimonio en general» (§§ 1.353-1.362): comunidad de vida, poder decisorio del marido, potestad de la llave, trabajo de la mujer, alimentos entre cónyuges, nombre de la mujer, presunciones de propiedad.

(213) Recuérdese que en Alemania Oriental la Ley de 27-VII-1950 sustituyó el derecho de decisión del marido por un derecho de decisión conjunta de ambos cónyuges. Cfr. núm. 12. También nota 137, donde ofrecemos el texto del § 14 de la Ley citada.

(214) Sobre el nombre de la mujer pueden consultarse los trabajos de NEUFFER: *Der Gleichberechtigungsgrundsatz und die Namensführung der Ehefrau*, StAZ, 1953, 209; MULLE: *Zur Namensführung der Ehefrau nach dem Gleichberechtigungsgrundsatz*, StAZ, 1954, 113; BECKER: *Namensrecht und Namensänderung*, EF, 1955, 40; KRÜGER (Hildegard): *Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht*, ACP, 156, 232. En este último trabajo no sólo se estudia el problema con referencia a la equiparación, sino con un criterio más amplio.

(215) El «co-trabajo» de un cónyuge en el negocio del otro (§ 1.356, II, BGB) ha sido tratado por ejemplo por GETHMANN (Hildegard), en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 335.

(216) Con respecto al «poder de la llave» en esta segunda fase cfr. AR-

Queda suprimido el derecho de denuncia que, según el § 1.358, correspondía al marido con respecto a aquellas relaciones jurídicas en cuya virtud la mujer se había obligado para con un tercero a una prestación a realizar por ella en persona. Tal derecho del marido es, desde luego, incompatible con el principio de equiparación (217).

Con relación a la deuda alimenticia se impone, por igual, a ambos cónyuges, el deber recíproco de alimentos y la contribución al sostenimiento de la familia, entendiéndose que si marido y mujer tienen los mismos derechos han de tener, asimismo, iguales obligaciones (218). Queda, pues, modificado el sistema que establecía el § 1.360, en el que el deber de alimentos de la mujer tenía sólo un carácter subsidiario para el caso de que el marido no estuviera en condiciones de sustentarse por sí mismo.

Las presunciones de propiedad, establecidas de modo preferente en favor del marido y en beneficio de sus acreedores por el § 1.362, se entienden ahora configuradas, por igual, para ambos cónyuges, con lo cual, al recibir éstos igual tratamiento en lo que a estas presunciones se refiere, los acreedores de la mujer quedan equiparados a los del marido.

Uno de los aspectos en que más ha repercutido el principio de equiparación jurídica de varón y mujer ha sido en el relativo al régimen de bienes en el matrimonio. Como es sabido, el BGB (§§ 1.363 sigs.) instauraba como régimen legal o «estado legal de bienes» el de «administración y aprovechamiento» por el marido de los bienes del matrimonio. En él, el marido ocupaba una situación de acusada preeminencia con relación a la mujer: el patrimonio de ésta, en concepto de patrimonio aportado, quedaba sometido a la administración y aprovechamiento del marido (219). Tan sólo es-

NOLD, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 494; PETERSEIM: *Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung. Eine Studie zum geltenden Recht*, EF, 1956, 169; PETERSEIM: *Die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht. Eine Reformstudie auf rechtsvergleichender Grundlage*, Bonn, 1956. Además, el estudio de MÜLLER-FRIEINFELS: *Zur heutigen Schlüsselgewalt*, en «Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts». Festschrift für Heinrich LEHMANN zum 80. Geburtstag, publicado por H. C. NIPPERDEY, Berlín, 1956 (2 tomos).

(217) Lo mismo en Alemania Oriental. Cfr. lugares citados en la nota 213.

(218) Sobre la nueva configuración de la obligación de alimentos cfr. WALNER VON DEUTEN, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 260; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 490; TIPKE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Unterhaltsrecht*, ZFW, 1953, 226; GERNHÜBER: *Die Schwügerschaft als Quelle gesetzlicher Unterhaltspflichten. Zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Eherecht und zum Ehegüterrecht*, EF, 1955, 193.

(219) Precisamente por la circunstancia de que el marido administraba, conjuntamente con el suyo el patrimonio de la mujer, semejante sistema se

taban exceptuados de la administración y aprovechamiento matrimoniales los bienes reservados de la mujer. Es fácil comprender que este sistema, dadas sus características, resultaba del todo incompatible con el postulado constitucional de igualdad de derechos de la mujer casada con relación a su marido. Por esto, se ha entendido con criterio unánime que el régimen de «administración y aprovechamiento» tuvo que quedar suprimido, como estado legal de bienes (220), a partir del 1 de abril de 1953. Así lo imponía la equiparación de marido y mujer en la sociedad conyugal. Durante esta segunda fase, y en tanto el legislador configurara un nuevo régimen económico del matrimonio adecuado a la posición «equiparada» de los cónyuges (221), la doctrina y la jurisprudencia

designaba también a veces con el nombre de «régimen de comunidad de administración».

(220) Ello no impide que semejante sistema se estableciera, en virtud de contrato matrimonial, como régimen convencional (cfr. § 1.432 BGB). Así lo ha entendido la doctrina. Cfr. por ejemplo BEITZKE: *Familienrecht*, 79; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurskommentar* (16.^a ed., 1957), introducción al § 1.363, 1.107-1.108. A nosotros esta postura no nos parece del todo correcta por lo siguiente: el § 1.433, referente a las limitaciones de la libertad contractual de los cónyuges que establezcan mediante pacto su régimen de bienes, determina que éste no puede determinarse «por remisión a una ley ya no vigente o a una ley extranjera». Y, en realidad, el sistema de administración y aprovechamiento ya no está vigente desde el 1 de abril de 1953.

(221) Sin duda uno de los problemas jurídicos que más polémica ha provocado en Alemania en estos últimos años ha sido el referente a cuál debía ser el futuro régimen legal de bienes, cuando se desarrollase legislativamente el principio de equiparación. Las posibilidades fundamentales que se le ofrecían al legislador, y que eran al propio tiempo las más importantes propuestas doctrinales en torno a la cuestión, son las siguientes: a) Separación de bienes (*Gütertrennung*). Tiene el inconveniente, y por este motivo ha sido muy criticada, de que no se adapta de forma satisfactoria a la esencia del matrimonio (*ein Leib, ein Gut*), aparte de que no está arraigada en la mentalidad popular. b) Comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*). Este sistema tiene el inconveniente contrario a la separación: con frecuencia supone una vinculación demasiado fuerte en el aspecto patrimonial que, en ocasiones, limita en exceso la esfera individual de los cónyuges; semejante vinculación no es necesaria para satisfacer las exigencias de la vida matrimonial común. La administración del patrimonio común conjuntamente por ambos cónyuges, que sería lo lógico, daría lugar a dificultades, no pudiendo tampoco resolverse de forma adecuada la cuestión de la responsabilidad por deudas; cualquier solución que se aceptase podría provocar ventajas o desventajas injustificadas, ya para los cónyuges, ya para sus respectivos acreedores. c) Comunidad de ganancias o más propiamente «comunidad de adquisiciones» (*Errungenschaftsgemeinschaft*). Aunque evita en parte los inconvenientes de la comunidad universal de bienes, se trata de un sistema cuyo mecanismo no se adapta bien a la complicación que hoy tiene el tráfico dinerario y patrimonial. d) De lo dicho se deduce que, como futuro régimen legal de bienes, había de configurarse un sistema que, mediante una acertada combinación de elementos comunitarios y de elementos separacionistas, evitase los inconvenientes de la comunidad y de la separación aunando sus respectivas ventajas; el sistema que mejor se adaptaba a esta finalidad es el de «separación con división de ganancia» (*Zugewinnbeteiligung*) o «comunidad de ganancia» (*Zugewinnsgemeinschaft*). Es el sistema previsto por los Proyectos de reforma elaborados por el Gobierno Federal y recogido después por la Ley de equiparación de 1957.

cia han estimado, generalmente, que el régimen legal era el de separación de bienes: marido y mujer mantienen separados sus respectivos patrimonios, contribuyendo, por igual, al sostenimiento de la familia y a los gastos matrimoniales. Hemos de advertir, sin embargo, que esta separación de bienes, que rige desde la fecha indicada como régimen legal, no coincide exactamente con la separación que el BGB configura en los §§ 1.426 sigs. como sistema legal subsidiario; pues mientras que en éste no se parte de la igualdad de situación jurídica entre los cónyuges, aquél ha tenido que estructurarse por la jurisprudencia y la doctrina, adaptándolo al principio básico de que marido y mujer gozan en el matrimonio de iguales derechos y obligaciones (222).

Como al tratar de esta Ley hemos de describir las características de esa «comunidad de ganancia»; remitimos a lo que se dirá más adelante. De momento sólo advertiremos que este régimen de bienes nada tiene que ver con la «comunidad de adquisiciones» o «comunidad de ganancias» (*Errungenschaftsgemeinschaft*); hacemos esta indicación porque lo parecido de su designación en castellano (*Errungenschaftsgemeinschaft* = comunidad de ganancias, *Zugewinnsgemeinschaft* = comunidad de ganancia) pudiera inducir a error. Sobre las distintas propuestas en torno al futuro régimen de bienes, cfr. brevemente BEITZKE: *Familienrecht*, 72-73. Además los trabajos siguientes: HAEGELE: *Die Regelung von Vermögensangelegenheiten unter Ehegatten*, 2.^a ed., Bonn, s. a. (1953); HÜBNER: *Wider die Zugewinnsgemeinschaft*, ACP, 151, 416; HOFFMANN: *Anderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes*, NJW, 1953, 127; ALBRAND: *Eine Enquête zur Reform des ehelichen Güterrechts*, ACP, 152, 373; REINICKE: *Zur Reform des ehelichen Güterrechts*, en «Bundesanzeiger» de 13.1.1954, 3; KRAUSS: *Verteidigung der Gütergemeinschaft*, EF, 1954, 89; GREVEN: *Die Frau und das eheliche Güterrecht*, EF, 1954, 93; BOSCH: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*, EF, 1954, 149; BEITZKE: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*, EF, 1954, 156; DÖLLE: *Bemerkungen zum künftigen gesetzlichen Güterstand*, EF, 1954, 205; NEUMAYER: *Die Kombination von Vermögensstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht. Ein rechtsvergleichender Beitrag zu den Problemen familienrechtlicher Gleichstellung von Mann und Frau*, «RabelsZ», 1954, 376; DÖLLE: *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland*, «RabelsZ», 1954, 608; ZAJTAY: *Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes und Régime de participation aux acquêtes*, «RabelsZ», 1954, 643; KNUR: *Zur Situation der Güterrechtsreform*, «DNotZ», 1954, 618; SCHREIBER: *Selbstbestimmung im Familienrecht, insbesondere im Ehegüterrecht*, EF, 1954, 125; SCHREIBER: *Freie Auswahl des ehelichen Güterstandes*, EF, 1955, 64; SPIRITUS: *Obligatorische oder fakultative Wahl des ehelichen Güterstandes?*, EF, 1955, 203; FINKE: *Das künftige eheliche Güterrecht*, BB, 1956, 1.077; MERZBACHER: *Die Zugewinnsgemeinschaft. Eine weiderentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts*, ACP, 156, 1; FERID: *Zwei Gesichtspunkte zur «erbrechtlichen Lösung» des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, EF 1957, 70.

(222) Que la separación de bienes es el régimen legal a partir del 1 de abril de 1953 es la opinión que puede considerarse casi unánime. Así, por ejemplo, BEITZKE: *Familienrecht*, 71-72, 76; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 27; BOEHMER: *Einführung*, 96; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1107, 1108. Cfr. también los trabajos que se citan en la nota 224.

En cuanto al régimen contractual de bienes, es decir, en cuanto al régimen económico de la sociedad conyugal establecido en virtud de contrato matrimonial, cabe pactar cualquiera de los sistemas configurados como contractuales por el BGB: comunidad universal de bienes, comunidad de ganancias o de adquisiciones y comunidad de muebles y ganancias; aparte del sistema de administración y aprovechamiento que ahora, según cree la doctrina, puede pactarse como régimen convencional (223). Este es, resumido a grandes rasgos, el estado de la cuestión relativa al régimen de bienes en el matrimonio durante esta segunda fase (224).

Relacionadas con el matrimonio, la equiparación suscita algunas otras cuestiones de menor interés de las que aquí prescindimos (225).

La reglamentación de las *relaciones paterno-filiales* también ha tenido que ser modificada en algunos aspectos con objeto de igualar la posición jurídica del padre y la de la madre y de suprimir ciertas diferencias entre los hijos, según su sexo. La equiparación hace necesario que la madre tenga con respecto a los hijos los mismos derechos y obligaciones que el padre, precisando, asimis-

(223) No creemos acertada esta postura por lo que dijimos en la nota 220.

(224) La bibliografía en torno al régimen de bienes (legal o convencional) a partir de la fecha tantas veces repetida (1 de abril de 1953) es también bastante abundante. En ella pueden consultarse con más detalle las cuestiones que aquí no hemos hecho sino exponer en sus rasgos fundamentales. Cfr. JUNG: *Das eheliche Güterrecht nach dem 31.3.1953*, DRiZ, 1953, 97; ARNOLD, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263 (régimen legal); ARNOLD, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MRD, 1953, 326 (régimen convencional); BOSCH: *Zum ehelichen Güterrecht*, JZ, 1953, 448; DÖLLE: *Errungenschaftsgemeinschaft-gesetzlicher Güterstand?*, JZ, 1953, 617; MASSFELLER: *Die Stellung der Ehefrau im Rechtsverkehr seit dem 1. April 1953*, 2. Teil, Betrieb, 1953, 289; MASSFELLER: *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, 1. Teil, Betrieb, 1953, 568; 2. Teil, Betrieb, 1953, 588; STROETZEL: *Der Güterstand der vor dem 1. April 1953 geschlossenen Ehen*, NJW, 1953, 891; REINICKE: *Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 681; MOHRBÜTTER: *Folgen der Gleichberechtigung vom Mann und Frau für das Güterrechtsregister*, «Rp-fleger», 1953, 321; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rp-fleger», 1954, 57; MASSFELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Eheliches Güterrecht)*, Betrieb, 1954, 145; POHLE: *Die seit dem 1.4.1953, zulässigen Wahlgüterstände und ihre Überleitung in das künftige Güterrecht*, EF, 1954, 183; MAUBE: *Zur Frage des gesetzlichen Güterstandes*, EF 1955, 281; ALEBRAND: *Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäss § 1.353 Abs. 1 BGB*, EF, 1955, 348; LENZ: *Die fortgesetzte Gütergemeinschaft der vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen und die Gleichberechtigung*, MDR, 1955, 399.

(225) A las repercusiones de la equiparación en materia arrendaticia se ha referido WEIMAR: *Die Rückwirkung der Gleichberechtigung der Geschlechter auf Ehegatten als Mieter*, ZMR, 1953, 299. Las consecuencias del principio constitucional en relación con la responsabilidad civil pueden consultarse en TAUBE: *Konsequenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau für das Haftpflichtrecht*, VersR, 1953, 380.

mo, que se identifique el tratamiento otorgado a los hijos y a las hijas. Como es sabido, el BGB atribuía al padre una posición preeminente con relación a la madre y en ocasiones no igualaba por completo a los hijos varones con las hijas. Esta situación ha debido modificarse en aras de la equiparación de sexos. Veamos cómo, fijándonos únicamente, como siempre, en los aspectos fundamentales.

Con referencia a las relaciones entre padres e hijos, en general (226), se ha discutido si debía o no considerarse subsistente la institución del ajuar o «Aussteuer» que se entregaba a las hijas al contraer matrimonio (§§ 1.620-1.623 BGB), por entender que se trataba de una ventaja a favor de éstas, sin equivalente para los hijos varones (227). Parece que la opinión dominante es la de que el ajuar tan sólo debe concederse a aquellas hijas que no hubieran recibido una instrucción análoga a la dada a los hijos: carrera, preparación para una profesión, etc. (228).

La patria potestad se atribuye ahora a ambos padres por igual, quedando así modificada la reglamentación del BGB, que atribuía dicha función únicamente al padre, confiriéndosela a la madre sólo en ciertos casos y de una manera subsidiaria (cfr. § 1.627 BGB en relación con el § 1.684). Las normas sobre el contenido y ejercicio de la patria potestad se adaptan a la idea de que ésta ha de ser desempeñada conjuntamente y en común (*gemeinschaftlich*) por ambos padres, siendo decisiva la intervención del Tribunal de Tutelas en los supuestos en que no se logre el acuerdo de aquéllos respecto a algún punto concreto. La intervención de este organismo en asuntos familiares, que siempre ha sido tan importante en Alemania, se ha acentuado, pues, durante esta segunda fase. Las normas sobre designación de un consejero (§ 1.687 sigs. BGB), que antes sólo entraban en juego en los casos en que la patria potestad fuera ejercida por la madre, se han adaptado ahora a ambos padres. Cuando uno solo de ellos ejerza la patria potestad, sea el padre o sea la madre, puede designarse dicho consejero (229).

(226) Sobre las relaciones paterno-filiales en general, consideradas bajo el prisma de la equiparación, han de tenerse en cuenta los trabajos de DEISENHOFER: *Kind gleichberechtigter Eltern*, UJ, 1953, 292; FINKE: *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 606; MASSFELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Kindschaftsrecht)*, Betrieb, 1954, 188; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1954, 3.

(227) Téngase en cuenta que el equipo o *Ausstattung* se concede por igual a las hijas que a los hijos. Cfr. §§ 1.624-1.625 BGB.

(228) En este sentido, BEITZKE: *Familienrecht*, 110; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), § 1.620, 1.235-1.236. Es, asimismo, la posición de la jurisprudencia dominante. Referencias en los lugares citados.

(229) Sobre la patria potestad en relación con la equiparación, cfr. los trabajos citados en la nota 226. Además, como siempre, BEITZKE y LAUTERBACH (PALANDT), obras citadas.

Al estar equiparados jurídicamente el padre y la madre, los alimentos a los hijos y descendientes han de satisfacerse por ambos en igualdad de condiciones, quedando, pues, modificada la norma del § 1.606, II, BGB que hacía gravitar la deuda alimenticia antes sobre el padre que sobre la madre, como regla general (230).

Estos son los puntos básicos o aspectos fundamentales que el principio constitucional de equiparación de sexos ha planteado con referencia al Derecho de familia, y que han tenido que ser abordados y resueltos por la jurisprudencia y por la doctrina (231), algunas de cuyas soluciones han sido confirmadas después, como enseguida veremos, por la Ley de equiparación de 1957, que pasamos a estudiar en la tercera fase.

III. Esta *tercera fase* se abre al promulgarse la Ley de equiparación (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 18 de junio de 1957, cuyo título completo es «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil» (232). Dada la enorme significación de esta Ley, vehículo de la reforma más importante que

(230) En relación con alimentos a los hijos a partir del 1 de abril de 1953 cfr. ARNOLD: *Der Unterhalt des ehelichen Kindes seit dem 1.4.1953*, JR, 1953, 241.

(231) Otras materias que se han tomado en cuenta relacionándolas con la reforma del Derecho de familia, y que se han conectado de manera más o menos directa con el problema de la equiparación o que incluso se han considerado al margen de éste, son las relativas a la impugnación de la legitimidad, a los hijos de matrimonio nulo, a la filiación ilegítima y a la adopción. Todas ellas, no de una manera general, sino más bien con referencia a algún punto concreto necesitado de revisión y reforma. La impugnación de la legitimidad ha sido estudiada por OTTO: *Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter als Folge der Gleichberechtigung*, EF, 1954, 127; KRÜGER: *Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter*, NJW, 1954, 1.509. A los hijos de matrimonio nulo se refiere el trabajo de ARNOLD: *Die Rechtsstellung des Kindes aus nichtiger Ehe in der Familienrechtsreform*, JR, 1954, 171. Sobre la filiación ilegítima, BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1954, 73 (consideración de conjunto); WAGNER: *Namenserteilung* (1.706, II, BGB) und *Einwilligungen*, StAZ, 1953, 234 (nombre del hijo ilegítimo); KRASSNIG: *Zur Problematik der Namenserteilung (Einbenennung) gemäss § 1.706, II, 2, BGB*, EF, 1956, 268, 339 (idem); WEBLER: *Elterliche Gewalt für die aussereheliche Mutter? Ergebnis einer Mutterbefragung*, ZBlJugR, 1956, 301 (patria potestad de la madre ilegítima). En materia de adopción han de tenerse en cuenta los siguientes trabajos: KLEIN: *Zur Neuordnung des Adoptionsrechtes*, EF, 1954, 66 (generalidades y cuestiones concretas); MASSFELLER: *Der Name des Adoptivkindes einer Frau nach künftigen Recht*, StAZ, 1954, 73; RICHTER (Ilse): *Der Familienname des Adoptivkindes einer Frau* (§ 1.758, I, 2, BGB), EF, 1957, 81 (ambos trabajos relativos al nombre del hijo adoptivo cuando la adoptante es una mujer); MACHLEID: *Nochmals: Zur Reform des Adoptionsrechtes*, EF, 1957, 81 (validez y nulidad del contrato de adopción); KREMER: *Erlangt das uneheliche Kind der Ehefrau bei Adoption durch ihren Ehemann die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes?*, EF, 1955, 237 (posición del hijo ilegítimo de la madre adoptado por su marido).

(232) En rigor esta tercera fase no comienza con la promulgación de la Ley de 1957, sino más propiamente con su entrada en vigor, señalada para el 1 de julio de 1958 (cfr. art. 8, II, disposición final 4 de la propia Ley). Hasta entonces, y no obstante estar ya dictada la Ley que desarrolla el prin-

ha sufrido desde su entrada en vigor el BGB, vamos a dedicarle dos apartados especiales (el *b* y el *c*); en el primero (apartado *b*) nos referimos a su génesis, estructura y finalidad, y en el segundo (apartado *c*) a los puntos esenciales de su contenido, o sea, a los aspectos fundamentales de la equiparación jurídica de los sexos en el Derecho de familia, tal como han quedado configurados legislativamente en sus disposiciones, configuración legislativa que en ocasiones coincidirá con su anterior configuración doctrinal y jurisprudencial.

b) *Referencia a la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957.*— Describiremos, en primer lugar, la génesis de la Ley, para después indicar cuál es su estructura y cuál su objetivo o finalidad:

I. *La génesis de la Ley de equiparación*, a tono con lo difícil y, sobre todo, delicado de los problemas que había de abordar y resolver, ha sido bastante lenta. El poder legislativo ha procedido despacio, sin precipitaciones; dando tiempo a que la doctrina jurídica participase en la elaboración del texto legal mediante el estudio y crítica de los sucesivos Proyectos (233).

El primero de ellos es de octubre de 1952 y se debe al Gobierno federal. Su título exacto es «Proyecto de Ley para la adaptación del Derecho civil al principio de equiparación jurídica de varón y mujer y para el restablecimiento de la unidad jurídica y legislativa en el ámbito del Derecho de familia» (Proyecto I) (234). Este primer Proyecto del Gobierno contiene no sólo las modificaciones necesarias para la adaptación del Derecho civil al principio constitucional de equiparación de sexos (Ley fundamental, artículo 3, II; art. 117, I), sino que pretende además restablecer la unidad jurídica y legislativa en el ámbito del Derecho de familia, mediante la nueva reglamentación, sobre bases jurídicas alemanas y dentro del BGB, de la materia relativa a la conclusión del matrimonio y al divorcio, contenida ahora en la Ley de Matrimonio de 1946 (235). Se pretende, pues, aprovechar la coyuntura que ofrece la necesidad de reforma del Derecho de familia (impuesta por el postulado de equiparación) para reintegrar al BGB

cipio de equiparación de la Ley Fundamental (art. 3, II), la situación sigue siendo la misma que en la segunda fase. Por eso decimos que, en realidad, la tercera no empieza hasta la fecha indicada.

(233) Cuando redactamos el «Preliminar» a nuestra traducción del Código civil alemán aludíamos a los que entonces eran los tres últimos Proyectos. Cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XX-XXI.

(234) *Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Bürgerlichen Rechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und zur Wiederherstellung der Recht- und Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts.* El Proyecto aparece en la Gaceta del Bundestag, Núm. 3.802, primera legislatura (BT-Drucksache, Nr. 3.802, 1. Wahlperiode). Al Proyecto en cuestión se le designa como «Proyecto I» (*Entwurf I*).

(235) Sobre la Ley de Matrimonio de 1946 cfr. lo que dijimos más atrás. Número 6 y notas 78, 79 y 80.

materias cuya única sede adecuada radica dentro del mismo (236) (237).

A continuación del primer Proyecto del Gobierno (Proyecto I) aparece el redactado por el Partido liberal demócrata (*Freie Demokratische Partei* = FDP) en diciembre de 1953. Su denominación precisa es «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer y sobre el restablecimiento de la unidad jurídica en el ámbito del Derecho de Familia» (Proyecto del FDP) (238). Lo mismo que el indicado anteriormente, el Proyecto a que ahora hacemos referencia persigue una doble finalidad: desarrollo legislativo de la equiparación y restablecimiento de la unidad legislativa en materia de Derecho de familia (239).

Poco tiempo después, en enero de 1954, ve la luz el Proyecto que elabora el Partido socialista o Partido social demócrata (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands* = SPD), con el título de «Ley para la adaptación del Derecho de familia al artículo 3, párrafo 2.º de la Ley fundamental» (Proyecto del SPD) (240). Su alcance

(236) En Alemania se aprecia una decidida tendencia a «encajar» en el BGB el mayor número posible de disposiciones relativas al Derecho civil y que han sido objeto de Leyes especiales o «Leyes separadas». Fundamental en este sentido es la Ley para el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil de 5-III-1953, citada en el número 7 y a la que se refiere la nota 110.

(237) Sobre el Proyecto I pueden consultarse los escritos de MASSFELLER: *Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, StAZ, 1952, 276; MASSFELLER: *Die güterrechtlichen Bestimmungen im Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, BB, 1952, 589; STRAUSS: *Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, JZ, 1952, 449; HOFFMANN: *Anderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes*, NJW, 1953, 127; SCHWOERER: *Zur Reform des § 74 Ehegesetzes*, ZBlJugR, 1953, 11; FERID: *Bürgerschaften verheirateter Personen. Ein Ergänzungsvorschlag zum Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, JR, 1953, 85; KÜTSCHER: *Gesetzesentwürfe zur Gleichberechtigung*, JZ, 1953, 52 (en Apéndice); HILLENKAMP: *Zwei Anregungen zu den amtlichen Entwurf des Familienrechtsgesetzes (§§ 1.632, 1.685 ff)*, ZBlJugR, 1954, 8; KRÜGER: *Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen der dem Bundestag vorliegenden 3 Gesetzesentwürfe über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1954, 99. Especialmente importante, MASSFELLER: *Das neue Familienrecht. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Gesetzesentwurf 1952)*, Berlín-Frankfurt, 1952 (comparación sinóptica de las disposiciones del BGB con las reformas que propone el Proyecto I).

(238) *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau und über die Wiederherstellung der Rechseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts*. Gaceta del Bundestag, núm. 112, segunda legislatura (BT-Drucksache, Nr. 112, 2. Wahlperiode). Es conocido como «Proyecto del FDP» (*FDP-Entwurf*).

(239) Sobre el Proyecto del FDP cfr. los trabajos de KÜTSCHER y KRÜGER citados en la nota 237. Además, FINKE: *Zum Schutz der Ehe und Familie. Der neue Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, en el «Bulletin der Bundesregierung», de 6.1.1954, 10.

(240) *Gesetz zur Anpassung des Familienrechts an Art. 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*. Gaceta del Bundestag, Nr. 178, segunda legislatura (BT-Drucksache, Nr. 178, 2. Wahlperiode). Se le designa como «Proyecto del SPD» (*SPD-Entwurf*).

es más limitado que el de los dos anteriores, puesto que no pretende otra cosa que la adaptación del Derecho de familia al principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (241).

Sólo con diferencia de unos días en relación con el Proyecto del SPD, y también en enero de 1954, aparece el segundo Proyecto redactado por Gobierno federal (242), el «Proyecto de Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil» (Proyecto II) (243). Como de su nombre se deduce, este Proyecto tiene aspiraciones más estrictas que el Proyecto I y que el Proyecto del FDP, ya que, con un criterio más realista que éstos y coincidiendo en ello con el Proyecto del SPD, se limita a la solución de las cuestiones surgidas de la equiparación. Su objetivo es poner fin lo antes posible al vacío legislativo surgido a partir del 1 de abril de 1953 y al consiguiente estado de incertidumbre jurídica ocasionado desde entonces (244). Se prescinde por el momento de la aspiración de lograr el restablecimiento de la unidad legislativa en materia de Derecho de familia, que hubiera llevado al BGB ciertas leyes especiales (como la Ley de Matrimonio de 1946), previa modificación unificadora de algunas disposiciones (245).

Tomando por base el Proyecto del Partido liberal demócrata (Proyecto del FDP), el del Partido socialista (Proyecto del SPD)

(241) Referencias al Proyecto del SPD en el trabajo de KRÜGER citado en la nota 237.

(242) El Proyecto del SPD es de 13 de enero de 1954; el segundo del Gobierno de 29 de enero de 1954.

(243) *Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*. Gaceta del Bundestag, núm. 224, 2.^a legislatura («BT-Drucksache, Nr. 224, 2. Wahlperiode»). Es conocido como «Proyecto II» (*Entwurf II*).

(244) En relación con el Proyecto II, puede consultarse a STRAUSS: *Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, JZ, 1954, 177; DELITZ: *Der Gleichberechtigungsentwurf im Staatsangehörigkeitsrecht* StAZ, 1954, 97; SCHWOBERER: *Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe. Stellungnahme zur geplanten Reform*, EF, 1954, 120; BRAGA: *Die Ausgleichsforderung im künftigen Ehegüterrecht (Kritik und Vorschläge zum Regierungsentwurf II)*, EF, 1955, 1. La Federación de jueces alemanes (Deutscher Richterbund) ha emitido dictamen en torno al Proyecto II: «Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau. Kommissionsgutachten zum Reg. Entwurf II (insbesondere zum ehelichen Güterrecht, zu dem §§ 1.354 bis 1.361, zur Aussteuerpflicht, zu den §§ 1.628, 1.666, 1.671 Entwurf II)», publicado en DRiZ, 1954, 253. Referencias al Proyecto II y a los otros tres pueden encontrarse también en LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 16.^a ed., 1957, 1.079; mejor aún la 17.^a ed. 1958, 1.087. Además abundantes alusiones a los distintos Proyectos, con relación al problema estudiado en cada trabajo, en las publicaciones citadas en las notas 210, 211, 212, 214, 215, 216, 218, 221 y 224.

(245) Este problema queda encomendado a otro Proyecto. Se publica éste en 1955 elaborado por el Gobierno Federal y con el título de «Proyecto de Ley para la unificación y modificación de las disposiciones del Derecho de

y, ante todo, el segundo Proyecto redactado por el Gobierno (Proyecto II), la Subcomisión de Derecho de familia del Bundestag (246) elabora el Proyecto definitivo, conocido generalmente como «Proyecto de la Subcomisión» (*Unterausschuss-Entwurf*) y designado en algunas ocasiones como «Proyecto III» (*Entwurf III*). Su aspecto más importante se refiere, sin duda, a la materia relativa al régimen matrimonial de bienes, pues en lo demás suele adoptar, aunque a veces lleve a cabo alguna modificación, las soluciones de los Proyectos indicados, en especial las del Proyecto II. Con referencia al régimen de bienes en el matrimonio, el Proyecto de la Subcomisión acoge como «estado legal» el mismo que proponían los dos Proyectos oficiales (el Proyecto I y el Proyecto II), la separación de bienes con nivelación de ganancia (247); pero introduciendo en él, aun en contra de las propuestas del Gobierno, una importante novedad. La siguiente: en el supuesto de que éste régimen de bienes termine por muerte de uno de los cónyuges la porción hereditaria del supérstite se incrementa en una cuarta parte de la herencia, en concepto de «nivelación de ganancia» o *Zugewinn-Ausgleich* (§ 1.371 BGB en la redacción del Proyecto). O sea, que dicha nivelación, en el caso de muerte de un cónyuge, se realiza a favor del otro mediante el indicado incremento de su porción hereditaria, siendo indiferente para ello

Familia» (*Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften*). Gaceta del Bundestag, núm. 1.586, 2.ª legislatura (BT-Drucksache, Nr. 1.586, 2. Wahperiode). También Gaceta del Bundesrat, núm. 39/55 (BR-Drucksache, Nr. 39/55), y en el «Bundesanzeiger» de 10-VIII-1956. El Proyecto acoge de nuevo la necesidad de restablecer la unidad jurídica en el Derecho de familia, superando en los aspectos fundamentales las correspondientes propuestas del Proyecto I. Sobre el Proyecto que nos ocupa cfr. FINKE: *Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften*, EF, 1955, 30 (*Ehelichkeitsanfechtung und Adoption*); 1955, 57 (*Sonstige Vorschläge des Entwurfs*); 1955, 238 (*Anderungsvorschläge des Bundesrats und Stellungnahme der Bundesregierung hierzu*). También MASFELLER, en el «Bundesanzeiger», Nr. 45, de 5-3-1955 y en StAZ, 1955, 97. En materia de adopción, KLEIN, en ZBlJugR, 1955, 162.

(246) Esta «Subcomisión de Derecho de Familia» (*Unterausschuss-Familienrecht*) lo es de la «Comisión de Derecho» del Bundestag (*Rechtsausschuss des Bundestages*).

(247) A este sistema se le designa indistintamente como «comunidad de ganancia» (*Zugewinnsgemeinschaft*), «nivelación de ganancia» (*Zugewinnausgleich*) o «división de ganancia» (*Zugewinnbeteiligung*). Quizá con más propiedad, dado su mecanismo, se habla otras veces de comunidad, nivelación o división de la mayor ganancia» (*Zugewinnstgemeinschaft, Zugewinnstausgleich* o *Zugewinnstbeteiligung*, respectivamente). De todas formas, su única denominación adecuada es «separación de bienes con nivelación de ganancia» o «separación de bienes con nivelación de la mayor ganancia». Las características del sistema serán indicadas más adelante, al referirnos al contenido esencial de la Ley de equiparación, ya que es el sistema sancionado por ésta.

que la ganancia exista o no en la realidad (248) (249). Tanto en este punto concreto como en los demás, las soluciones propuestas por el Proyecto de la Subcomisión son de extrema importancia, porque coinciden textualmente, incluso en la numeración de los párrafos, con las que después va a adoptar la Ley de equiparación, que no es otra cosa que el indicado Proyecto investido de la necesaria vigencia a través del procedimiento constitucional (250).

En efecto, el Proyecto de la Subcomisión o Proyecto III, después de votado por el Bundestag como Ley de equiparación (251) y una vez aprobado como tal por el Bundesrat (252), se ha convertido en la «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer

(248) En relación con este punto concreto de la «comunidad de ganancia» como estado legal de bienes en el Proyecto de la Subcomisión cfr. MASSFELLER-REINICKE: *Zu dem Entwurf über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts in der Fassung der Unterausschusses «Familienrechts-gesetz» des Bundestages*, en el «Bundesanzeiger», Nr. 154, de 10.8.1956 (hay separata); WAHL: *Die Erhöhung des Ehegatten-Erbrechts um ein Viertel als Zugewinn-Ausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod*, EF, 1956, 133; también en el «Festschrift für H. LEHMANN», tomo I, 1956, 419; FERID: *Zwei Gesichtspunkte zur «erbrechtliche Lösung» des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, EF, 1957, 70. A la «comunidad de ganancia» en general, tal como ha quedado configurada en el Proyecto de la Subcomisión, se refiere el importante trabajo de MERZBACHER: *Die Zugewinn-gemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts*, ACP, 156, 1.

(249) A otros aspectos de este Proyecto, distintos del régimen matrimonial de bienes, hacen referencia MASSFELLER-REINICKE: *Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts in der Fassung des Unterausschusses «Familienrechts-gesetz» des Bundestages*, en el «Bundesanzeiger», Nr. 59, de 26.3.1957 (hay separata); SCHWARZHaupt (Elisabeth): *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. Bericht über die Vorschläge des Familienrechts-Unterausschusses des Bundestags*, EF, 1957, 33; SCHWARZHaupt: *Anderungen im Verwandtschaftsrecht. Unterhaltspflicht. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder. Adoption (Bericht über die Vorschläge des Familienrechts-Unterausschusses des Bundestags)*, EF, 1957, 65.

(250) Por esto los trabajos citados en las notas 248 y 249 son fundamentales en relación con la Ley de equiparación de 1957. En el fondo, y desde un punto de vista material, ya que no formal, pueden considerarse referidos a ésta.

(251) La votación del Bundestag tiene lugar el 3-V-1957. Cfr. Gaceta del Bundestag, Nr. 3.409, 2.ª legislatura (BT-Drucksache, Nr. 3.409, 2. Wahlperiode), juntamente con el informe escrito de la Comisión de Derecho redactado por los diputados WEBER, SEIDL, WITROCK, SCHWARZHaupt y WAHL. Sobre la sesión del Bundestag de 3 de mayo de 1957 cfr. el Informe de Sesiones o Diario de Sesiones del mismo (BT-Sitzungsberichte, 11761-11763, 11768-11801. Además, en las páginas 11824-11863 se contiene también el Informe de la Comisión de Derecho antes citado, y desde la página 11863 las peticiones de reforma llegadas al Bundestag).

(252) La aprobación por el Bundesrat se realiza el 24-V-1957. Cfr. Gaceta del Bundesrat, Nr. 200/57 y Nr. 200/1/57 (BT-Drucksache, Nr. 200/57, Nr. 200/1/57). Sobre la sesión del Bundesrat de 24 de mayo de 1957 puede consultarse el Informe de Sesiones o Diario de Sesiones de esta Cámara (BR-Sitzungsberichte, 655).

en el ámbito del Derecho civil» de 18 de junio de 1957 (253). Descrita ya su lenta elaboración, pasemos a ocuparnos de su estructura y finalidad.

II. *Estructura y finalidad de la Ley de equiparación.*—Consta la Ley de equiparación de 1957 de ocho artículos. En los siete primeros se ofrecen las modificaciones que opera en la legislación alemana, dando nueva redacción a numerosas e importantes disposiciones de ésta; el artículo 8.º es el destinado a las disposiciones de transición y a las finales de la Ley. Las reformas que han tenido que llevarse a cabo en el BGB, al desarrollar legislativamente el postulado constitucional de igualdad jurídica de los sexos, se contienen en el artículo 1.º de la Ley, cuyo contenido se forma con 48 apartados, en los que se va ofreciendo el nuevo texto de los párrafos modificados o la indicación de los que quedan derogados sin que su antiguo texto sea sustituido por otro nuevo. Las reformas que la Ley de equiparación ha introducido en el BGB son, sin duda, las más importantes y de más acusada entidad, tanto por lo que afecta a su contenido (la familia se configura sobre nuevas bases) como por lo que se refiere a su número (basta decir que han resultado afectados por la reforma más de trescientos párrafos del Código) (254).

Como ya dijimos más atrás (cfr. nota 114), en materia de Derecho de familia la Ley de 18 de junio de 1957 es la más importante y trascendental de cuantas se han dictado desde la promulgación del BGB, siendo al mismo tiempo la que más decisivas modificaciones ha introducido en el texto de éste. La finalidad de la Ley, como de la lectura de su título se deduce, no es otra que la de dar realización legislativa, a través de su desarrollo pormenorizado, al principio constitucional de equiparación jurídica de los sexos sancionado por el artículo 3.º, II, de la Ley fundamental de Bonn. Como idea orientadora puede afirmarse que la Ley modifica o deroga todos aquellos preceptos del BGB que supusieran una desigualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio o, en general, de varón y mujer.

(253) *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts.* Su título coincide, pues, con el del Proyecto II. Suele designársela como «Ley de equiparación» (*Gleichberechtigungsgesetz*). Se hace extensiva al Berlín Occidental por Ley de 24-VI-1957. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurskommentar* (17.ª ed., 1958), 1.090.

(254) Los demás artículos de la Ley de equiparación tienen este contenido: El artículo 2 contiene las modificaciones introducidas en la Ordenanza Procesal Civil; el artículo 3, las que afectan a la Ordenanza de Concursos y a la Ordenanza sobre transacciones en el concurso; el art. 4 modifica algunas disposiciones de la Ley sobre jurisdicción voluntaria; el artículo 5 nos ofrece las reformas introducidas en la Ordenanza de 21 de octubre de 1944 sobre destino del domicilio conyugal y del ajuar doméstico después del divorcio («Sexta Ordenanza» a la Ley de Matrimonio); los artículos 6 y 7 contienen, respectivamente las modificaciones a la Ley sobre auxiliares judiciales y a la Ordenanza sobre costas.

Dado lo multiforme y delicado de los problemas con que ha tenido que enfrentarse, la Ley de equiparación, no obstante lo lento con que su gestación se ha desenvuelto, no podía, ni mucho menos, ser una ley perfecta. Ahora bien, en general, las soluciones que aporta son bastante satisfactorias (255). El legislador ha procedido con encomiable ecuanimidad desde el punto de vista de las soluciones concretas y en relación con las exigencias de la política jurídica. La equiparación de los sexos no se ha desarrollado de una manera rígida ni mecánica, sino de una forma orgánica teniendo en cuenta la específica manera de ser de cada uno de ellos. Por encima de los intereses individuales del varón y de la mujer se ha colocado el interés de la familia, como célula esencial de la sociedad y del Estado que está sometida a la especial protección de éste (cfr. Ley fundamental, artículo 6, I) (255 bis).

c) *Aspectos fundamentales de la equiparación de los sexos en el Derecho de familia según la Ley de equiparación de 1957.*— Examinada la génesis, descrita la estructura e indicada la finalidad de la Ley de equiparación, procede ahora ocuparnos de los aspectos fundamentales que integran su contenido; en otras palabras, de las modificaciones que esta Ley ha operado en el Derecho de familia (ante todo en el libro IV del BGB) al desarrollar, en el área del Derecho civil, el principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (256).

A grandes rasgos y a través de una simple indicación de las mismas, vamos a referirnos, por tanto, a las novedades que presenta el Derecho de familia en Alemania, después de la Ley de 1957 (257). Por separado, y de manera sucesiva, nos fijaremos en las modificaciones introducidas en lo tocante a los efectos del matrimonio en general, al régimen matrimonial de bienes, a la obligación de alimentos entre parientes, a las relaciones paternofiliales, a la tutela y, como complemento, a las reformas llevadas a cabo en el Derecho sucesorio y en la Parte General (libros V y I del BGB, respectivamente).

(255). A pesar de ser la materia que más atención ha merecido en la elaboración de la Ley, quizá la parte «más floja» de la misma es la relativa al régimen legal de bienes en el matrimonio; más que por el sistema elegido, por la regulación que se da a algún aspecto concreto de su mecanismo.

(255 bis) En la Zona Oriental, con ese criterio sensacionalista y propagandístico allí habitual, la Ley de equiparación dictada en la República Federal se ha considerado como un gran paso atrás en la evolución del Derecho de Familia. Así ARTZ: *Das westdeutsche Gleichberechtigungsgesetz: ein grosser Schritt zurück*, NJ 1957, 651.

(256) Aunque en un trabajo posterior se estudie con todo detalle el contenido de la Ley de equiparación y las reformas que introduce en el Derecho de Familia, hacemos aquí una somera indicación de las mismas. No quedaría completo el presente estudio si omitiéramos estas referencias.

(257) Sobre la Ley de equiparación en general pueden consultarse KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, Munich-Berlin, 1958; REINICKE-SCHWARZHaupt: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 18.6.1957 (Eine gemeinsverständliche Dars-*

I. *Efectos del matrimonio en general.*—Los que pudiéramos calificar de efectos generales de la relación conyugal o de efectos del matrimonio considerado desde un punto de vista general, se regulan por el BGB en las §§ 1.353 a 1.362, agrupados en un título (el título 5.º de la sección 1.ª del libro IV), cuyo epígrafe es precisamente el que hemos atribuido a este apartado. Las modificaciones que en dicho título ha introducido la Ley de equiparación son éstas (258):

1) : Queda suprimido, mediante la derogación del § 1.354, el poder decisorio que correspondía al marido con referencia a los asuntos concernientes a la vida matrimonial común. Semejante poder del marido no se ha considerado compatible con el postulado de igualdad de derechos entre los cónyuges.

tellung des Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, Stuttgart, 1957; MASSFELLER-REINICKE: *Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen*, Berlín-Colonia, 1958. Entre las ediciones recientes del BGB (aparte de las de bolsillo sin comentarios) que toman ya en cuenta la Ley de equiparación, PALANDT: *BGB Kurzkomentar*, 17.ª ed. Munich-Berlín, 1958 (Derecho de Familia a cargo de LAUTERBACH); ACHILES-GREIFF: *BGB (unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen)*, 20.ª ed. Berlín, 1958 (Derecho de Familia a cargo de EGGEL y BEITZKE); ERMANN: *Handkommentar zum BGB (tomo complementario: Gleichberechtigungsgesetz)*, 2.ª ed. Münster/Westf., 1958. De estas obras las más recomendables son los Comentarios a la Ley de KRÜGER-BREITZKE-NOVACK, los de MASSFELLER-REINICKE y los Comentarios al Código, de PALANDT. Entre los Manuales que exponen el «nuevo» Derecho de Familia, BEITZKE: *Familienrecht*, 6.ª ed., Munich-Berlín, 1958; SCHMIDT: *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch seiner Grundsätze*, tomo IV, *Das Familienrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1957; SCHAEFFER-WIEFELS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, Düsseldorf, 1958. Además, MÜLLER: *Einführung in das Ehe- und Familienrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, 1957; MASSFELLER: *Das gesamte Familienrecht (Sammlung aller familienrechtlichen Vorschriften mit Hinweisen, unter besonderer Berücksichtigung des Gleichberechtigungsgesetzes)*, Frankfurt del Main-Berlín, 1958. También GROSSEN: *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchatel, 1957. Los estudios de conjunto publicados en revistas son, por ahora, los siguientes: BOSCH: *Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 189; BOSCH: *Ergänzende Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 231; FINKE: *Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, MDR, 1957, 449, 514, 577; MASSFELLER: *Das Gleichberechtigungsgesetz mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts*, DNotZ, 1957, 342 (no trata el régimen de bienes); MÜLLER-FREIENFELS: *Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes*, JZ, 1957, 685 (se ocupa sobre todo de ciertos aspectos del régimen de bienes, del derecho de decisión y de ciertas cuestiones referentes al nombre); REINICKE, *Das Gleichberechtigungsgesetz* (II), NJW, 1957, 934 (no trata del régimen de bienes); SCHWOERER: *Gleichberechtigung und richterliche Praxis*, Justiz, 1957, 321. Entre las "Überblicken" o breves ojeadas de conjunto relativas a la Ley de equiparación podemos citar las de FICKER: StAZ, 1957, 173; GIESELER: ZFW, 1957, 227; POTRYKUS: RJ, 1957, 225; SCHULTZ, en la sección «Blick in die Zeit» de la MDR, 1957, 461.

(258). Sobre los efectos del matrimonio en base a la Ley de 1957 cfr. MEYER: *Die Neugestaltung des persönlichen Wirkungen der Ehe durch das Gleichberechtigungsgesetz*, «Rpfleger», 1957, 285. Además, en éste

2) Con respecto al nombre de la mujer, el § 1.355 (259) establece que el «nombre del matrimonio» y el «nombre de la familia» lo es el del marido, quedando, sin embargo, autorizada la mujer para unir al nombre del marido el suyo de soltera. Este derecho de la mujer ha de ejercitarse mediante declaración al funcionario del estado civil, públicamente autenticada (260).

3) Dirección del hogar. Trabajo de los cónyuges. Como es lógico, la dirección del hogar se atribuye a la mujer, que desempeña esta función bajo su propia responsabilidad, y queda autorizada a ejercer una profesión en la medida que ello sea compatible con sus obligaciones en el matrimonio y en la familia. Así lo dispone el § 1.356, I.

El propio § 1.356, en su párrafo II, impone a cada cónyuge la obligación de trabajar en el negocio o profesión del otro, si esto es usual, teniendo en cuenta las circunstancias en que los cónyuges vivan (261). Antes esta obligación sólo pesaba sobre la mujer (§ 1.356, II, antiguo texto).

4) El poder de la llave se sigue atribuyendo a la mujer (262), pero configurando su posición jurídica respecto a él de forma distinta. Antes, dentro de su círculo de acción doméstico, se entendía que la mujer, en su actuación como «ama de casa», no hacía otra cosa que cuidar de los negocios del marido y representar a éste, por autorización de la ley (cfr. § 1.357, I, antiguo). Ahora, en su actuación dentro de ese círculo de acción doméstico (*häuslicher Wirkungskreis*), ya no se considera que la mujer actúa como mera cuidadora de los negocios del marido y como representante de éste, sino en virtud de una facultad que la ley le confiere de actuar *por sí y en su propio nombre*, pero con eficacia a favor y en contra del marido (§ 1.357, I, nuevo) (263).

como en todos los problemas que vamos a ir examinando, hay que tener en cuenta la bibliografía citada en la nota anterior.

(259) Advertimos que, en tanto no indiquemos lo contrario, todas las citas que hagamos a partir de ahora sobre parágrafos del BGB han de entenderse referidas al nuevo texto que reciben por la Ley de equiparación (art. 1).

(260) Con referencia al nuevo nombre de familia» cfr. BERNSTORFF: *Der Familienname in der deutschen Rechtsordnung*, NJW, 1957, 1901.

(261) Esta obligación de cada cónyuge de trabajar o colaborar en el negocio o profesión del otro se designa con el nombre de «deber de cotrabajo» o *Mitarbeitspflicht*. En torno a él, MONJOU: *Arbeitsverhältnisse zwischen Eheleuten*, Betrieb, 1957, 821.

(262) La Ley de equiparación rectifica, pues, la posición dominante durante la segunda fase, en la que se entendió que el «poder de la llave» debía corresponder a ambos cónyuges. Cfr. más atrás.

(263) En su redacción primitiva el § 1.357, I, decía: «Dentro de su círculo de acción doméstico, la mujer está autorizada a cuidar los negocios del marido por él, y a representarle. Los negocios jurídicos que celebre dentro de este círculo de acción valen como celebrados en nombre del marido si de las circunstancias no se deduce otra cosa.» El nuevo texto, en cambio, establece: «La mujer está autorizada a cuidar, con eficacia para el marido, los negocios que caen dentro de su círculo de acción doméstico. Por los negocios jurídicos que celebre dentro de este círculo de

5) Ha sido suprimido el derecho que correspondía al marido de denunciar las relaciones jurídicas en las que la mujer se había obligado frente a un tercero a una prestación a realizar por ella en persona. Queda, pues, derogado el § 1.358.

6) Deber recíproco de alimentos. El § 1.360 impone a los cónyuges la recíproca obligación de contribuir, mediante su trabajo y con su patrimonio, al sustento adecuado de la familia. Con respecto a la mujer se entiende que cumple su obligación de contribuir con su trabajo al sostenimiento de la familia, por el hecho de dirigir el hogar; imponiéndosele sólo un deber de trabajar profesionalmente cuando la capacidad de trabajo del marido y las rentas de ambos cónyuges no basten para el sostenimiento de la familia y no sea adecuado a las circunstancias en que los cónyuges viven que utilicen con este fin el capital de su patrimonio (§ 1.360).

Lo que ha de entenderse por «sustento adecuado de la familia» nos lo dice el § 1.360a, I, según el cual éste abarca todo lo que, conforme a las circunstancias de los cónyuges, sea preciso para sufragar los gastos del hogar y las necesidades personales de dichos cónyuges, así como para satisfacer las necesidades de los hijos comunes con derecho a alimentos.

La forma de prestarse el sustento es la facilitada por la comunidad matrimonial de vida, debiendo el marido poner a disposición de la mujer, por anticipado, la cantidad que deba aportar para el sostenimiento común (§ 1.360a, II).

Una cuestión muy discutida durante la segunda fase (264) ha venido a ser resuelta por la Ley de equiparación, que impone a cada cónyuge el deber de anticipar costas al otro, cuando éste no esté en condiciones de hacer frente a las que cause un litigio que se refiera a un asunto personal suyo o cuando las costas sean las originadas por la defensa en un proceso penal dirigido contra él (§ 1.360a, IV).

Por último, con respecto a los alimentos o sustento, el § 1.360 b establece que si un cónyuge contribuye con una suma mayor que

acción, el marido adquiere derechos y obligaciones, a no ser que de las circunstancias se deduzca otra cosa; si el marido no es solvente queda obligada también la mujer.»

(264) El problema de los anticipos de costas en relación con la equiparación a partir del 1 de abril de 1953 ha sido estudiado por BREITZKE: *Der Prozesskostenvorschuss in Ehesachen und Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 614; LAUTERBACH: *Die Pflicht des Ehemanns zum Vorschuss von Prozesskosten*, NJW, 1953, 1.538; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 545; TSCHISCHGALE: *Die Prozesskostenvorschusspflicht im Bundesgebiet und in Berlin im Zeichen der Gleichberechtigung*, JR, 1953, 243; WENGLER: *ibídem*; SEIDEL: *Prozesskostenvorschuss durch den Ehemann auch nach dem 31 März 1953?*, JR, 1953, 373; STOLDT: *Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten im künftigen Recht*, DRIZ, 1954, 48. No es necesario indicar que el núcleo de la discusión consistía en sí, a pesar de la equiparación, el marido tenía que seguir anticipando costas a la mujer y si semejante deber incumbía también a ésta.

la incumbe, hay que entender, en la duda, que no pretende exigir indemnización del otro cónyuge (265).

7) Vida separada de los cónyuges. Para el supuesto de que los cónyuges vivan separados, la nueva reglamentación establece dos reglas; una, referente a los alimentos; la otra, relativa a la distribución de los objetos del hogar común.

Con respecto a los alimentos se determina que cada cónyuge puede exigir dichos alimentos del otro en la medida que tal exigencia corresponda a la equidad, debiendo tenerse en cuenta, ante todo, los motivos de la separación, las respectivas necesidades de los cónyuges y sus circunstancias patrimoniales y de adquisición (§ 1.361, I). En el supuesto de que el marido, por sí solo o de forma predominante, haya sido culpable de la separación, únicamente se puede imponer el deber de sustentarse por sí misma a la mujer que no desempeña una profesión, en dos casos: a) si también hubiera estado obligada a trabajar aun subsistiendo el matrimonio; b) si el exigir el sustento del marido es gravemente contrario a la equidad, según las específicas circunstancias del caso, en especial en consideración a una actividad profesional de la mujer o a la corta duración del matrimonio (§ 1.361, II).

En cuanto a la distribución de los objetos del hogar, establece la Ley de equiparación que cada cónyuge puede exigir la restitución de los objetos que le pertenecen, si bien cediendo el uso de los mismos al otro cónyuge en la medida que éste los necesite para tener su hogar separado y siempre que esta cesión corresponda a la equidad según las circunstancias del caso. Los objetos del hogar que pertenecen a ambos cónyuges se distribuyen entre ellos de acuerdo con los postulados de la equidad (§ 1.361a).

8) El último efecto regulado, dentro de la eficacia general del matrimonio, es la presunción de propiedad en beneficio de los acreedores de los cónyuges. Con anterioridad a la Ley de equiparación el antiguo § 1.362 establecía en beneficio de los acreedores del marido la presunción de que pertenecían a éste las cosas muebles que se encontraban en posesión de uno o de ambos cónyuges; en cambio, para la mujer, en su relación con el marido y con sus acreedores, sólo se establecía una presunción de pertenencia con respecto a la «gerade» (266). Esta norma era manifiestamente injusta, pues, frente al privilegio del marido y sus acreedores, colocaba a la mujer y a los suyos en una situación desventajosa. La regulación introducida por el nuevo § 1.362 es mucho más adecuada: equipara, en el terreno de la presunción

(265) Sobre el deber recíproco de alimentos de los cónyuges en la nueva regulación cfr. REINICKE: *Zum Unterhaltsrecht der Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, DRiZ, 1958, 43; BRUHL: *Der Familienunterhalt nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 277.

(266) En relación con este concepto cfr., por ejemplo, PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de la 3.ª ed. alemana por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, 304.

de propiedad, a la mujer con el marido, e indirectamente a sus respectivos acreedores. La presunción se configura para ambos cónyuges por igual, con lo que reciben tratamiento semejante los acreedores del marido y los de la mujer; en beneficio de los acreedores de cualquiera de los cónyuges se presume ahora que las cosas muebles que se encuentran en posesión de uno de ellos o de ambos pertenecen al deudor, no valiendo la presunción cuando los cónyuges vivan separados y las cosas sean poseídas por el cónyuge no deudor (§ 1.362) (266 bis).

II. *Régimen matrimonial de bienes.*—Es sin duda la materia que más se ha discutido al elaborarse la Ley de equiparación y la que requiere un tratamiento más minucioso. Sin perjuicio de dedicárselo en un trabajo posterior, en éste no haremos sino indicar sus rasgos fundamentales a modo de introducción de lo que diremos en aquél.

A semejanza de lo que ocurría en la antigua reglamentación, la nueva distingue asimismo entre régimen legal y régimen convencional de bienes; como régimen legal se configura un nuevo sistema que sustituye al de administración y aprovechamiento a favor del marido, y en cuanto al régimen convencional se simplifica bastante la regulación anterior. Veamos lo fundamental de ambos regímenes (267).

A) *Régimen legal.*—En lugar del sistema de administración y aprovechamiento a favor del marido, que ya había sido derogado a partir del 1 de abril de 1953 por ser incompatible con el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges (vid. lo dicho en la segunda fase), la Ley de equiparación introduce como «estado legal» un sistema de separación de bienes con nivelación de ganancia al que califica, con no mucha propiedad por cierto, de

(266 bis) Sobre el nuevo § 1.362 BGB cfr. LENT: *Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung* (auch zu § 1.362 BGB n. F., § 739 ZPO n. F.), ZZP, 1957, 403.

(267) Al régimen de bienes en general en la nueva reglamentación se refiere FINKE: *Das künftige eheliche Güterrecht*, JR, 1957, 161; MASSELLER: *Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes*. Teil 1: *Allgemeiner Überblick und Überleitung alter Güterstände*, Betrieb, 1957, 473; Teil 2-4: *Die Zugewinnsgemeinschaft*, Betrieb, 1957, 499, 525, 623; Teil 5: *Das vertragmässige Güterrecht*, Betrieb, 1957, 738; Teil 6: *Güterrecht und Zwangsvollstreckung*, Betrieb, 1957, 1.145; MASSELLER: *Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes* Düsseldorf, 1957 (reunión de los trabajos publicados antes en Betrieb); MEYER: *Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung*, «Rpfleger», 1957, 151; REINICKE: *Zum neuen ehelichen Güterrecht* (D), NJW, 1957, 889; HAEGELE: *Das neue Güterrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz insbesondere in Handels-, Gesellschaft- und Grundstücksachen*, en «Der Wirtschaftsreuhänder», 1957, 167; HAEGELE: *Verfügungsbeschränkungen im ehelichen Güterrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, Justiz, 1957, 488; TIEDAU: *Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht*, MDR, 1957, 641; WEBER: *Die Überleitung des ehelichen Güterrechts nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, DNotZ, 1957, 570; HAEGELE: *Ersatzforderungen zwischen Ehegatten und Gleichberechtigung*, EF,

«comunidad de ganancia» o «Zugewinnngemeinschaft» (§§ 1.363 y sigs.) (268).

Este régimen entra en juego en aquellas hipótesis en que los cónyuges no hayan pactado otro en virtud de contrato matrimonial. «Los cónyuges, dice el § 1.363, I, viven en el estado de bienes de comunidad de ganancia si no pactan otra cosa por contrato matrimonial». La característica esencial de esta «comunidad» consiste en que el patrimonio respectivo de cada cónyuge conserva su autonomía sin pasar a formar un patrimonio común o patrimonio colectivo de marido y mujer; no obstante lo cual, al finalizar el régimen de bienes, la «ganancia» o «Zugewinn» que los cónyuges hayan obtenido durante el mismo ha de *nivelarse* según las normas que más adelante indicaremos. De forma clara establece esta regla el § 1.363, II, cuando dice: «El patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer no se convierten en patrimonio común de los cónyuges; esto vale también para el patrimonio que uno de ellos adquiera después de la conclusión del matrimonio. Sin embargo, la ganancia (Zugewinn), que los cónyuges obtengan en el matrimonio *se nivela* cuando finaliza la comunidad de ganancia». Por lo tanto, la nota tipificadora del nuevo régimen legal de bienes estriba en ser un sistema de separación que, tan sólo cuando termina y entra en su fase liquidatoria, está adornado de ciertos elementos comunitarios formados por esa *nivelación de la ganancia* de que nos habla el nuevo texto legal.

Según esto, para apreciar de manera correcta la estructura y mecanismo del régimen de «comunidad de ganancia», es preciso distinguir en él dos fases o etapas, respectivamente delimitadas por la vigencia de la comunidad y por la terminación de la misma. Durante la primera funciona con arreglo a los principios propios de los sistemas de separación de bienes; durante la segunda, es decir, al terminar, es cuando entran en juego los escasos elementos de comunidad que le caracterizan: la nivelación de la «Zugewinn» o «ganancia». Veámoslo.

a) Vigencia de la «comunidad». El principio general se contiene en el § 1.364, según el cual cada uno de los cónyuges administra de manera autónoma (selbständig) su respectivo patrimo-

1958, 43. También MODEL: *Testament und Güterstand des Unternehmers*, 2.^a ed., Colonia 1958. Especialmente importante el amplio estudio de conjunto de BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht* ACP, 157, 145.

(268) Además del trabajo de MERZBACHER citado en la nota 248, al final, y de los indicados en la nota anterior, pueden consultarse sobre la *Zugewinnngemeinschaft* o «comunidad de ganancia», HAUSSMANN: *Der neue gesetzliche Güterstand*, BadWürtNotZ, 1957, 298; KEHRER: *Der neue gesetzliche Güterstand*, Justiz, 1957, 365; LAMPE: *Der neue gesetzliche Güterstand*, Justiz, 1957, 432; KNER: *Zugewinnngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen*, DNNotZ, 1957, 451. La Asociación de campesinos de la Baja Sajonia no considera adecuado a la vida rural el nuevo régimen legal de bienes. Cfr. *Verband des Niedersächsischen Landvolks, Zur Neuregelung des gesetzlichen Güterstandes*, RL, 1957, 317 (apostillas de BUTTNER, RL, 1958, 1).

nio, quedando sin embargo sometido en esta administración independiente a ciertas limitaciones establecidas por la Ley en aras del interés comunitario de la familia y de la cohesión de ésta. Son las siguientes:

Cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer de su patrimonio «como un todo» (in ganzen) si cuenta con el consentimiento del otro. Si se ha obligado sin el necesario asentimiento de éste, únicamente puede cumplir la obligación con su consentimiento. En el supuesto de que el negocio jurídico que se pretende celebrar esté de acuerdo con las reglas de una ordenada administración, el Tribunal de Tutelas, a petición, puede suplir el asentimiento del otro cónyuge si éste se niega sin motivo suficiente a otorgarlo o si está impedido para emitir una declaración de voluntad al respecto por enfermedad o ausencia, y siempre que con la espera vaya unido un riesgo (§ 1.365).

Los contratos y negocios jurídicos unilaterales que un cónyuge lleve a cabo sin contar con el necesario consentimiento del otro son ineficaces, si bien, tratándose de contratos, cabe que la posterior ratificación de éste dé lugar a su eficacia (§ 1.366, I, respecto a los contratos y § 1.367 con referencia a los negocios jurídicos unilaterales (269). En todos los casos en que un cónyuge haya dispuesto de su patrimonio sin el necesario asentimiento del otro, también éste puede hacer valer judicialmente contra terceros los derechos derivados de la ineficacia de la disposición (§ 1.368) (270).

Con relación a los objetos del hogar doméstico se establecen dos reglas especiales. La primera determina que cada cónyuge sólo puede disponer de los objetos del hogar que le pertenecen u obligarse a una disposición sobre los mismos, si consiente en ello el otro cónyuge; el asentimiento de éste puede, a petición, suplirse por el Tribunal de Tutelas si el cónyuge que debía otorgarlo se niega a ello sin motivo suficiente o si, por enfermedad o por ausencia, está impedido para emitir una declaración de voluntad. Así lo dice el § 1.369 (271). La segunda de las reglas indicadas, para determinar a quién corresponde la propiedad de los objetos del hogar que se adquieran con fines de reemplazamiento

(269) El propio § 1.366, en sus restantes párrafos, se refiere a la posición de quien contrató con el cónyuge hasta la ratificación (párrafo II), al supuesto de que éste contratante exija la obtención de la ratificación del otro (párrafo III) y a la ineficacia del contrato si dicha ratificación es negada (párrafo IV).

(270) Esta cuestión de las limitaciones que pesan sobre cada cónyuge en la administración independiente de su patrimonio ha sido tratada de manera específica por REINICKE: *Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft*, BB, 1957, 564.

(271) Sobre el nuevo § 1.389 BGB cfr. ZIEGE: *Zur Auslegung des § 1.369 BGB n. F.*, NJW, 1957, 1.579; ZUNFT-ZIEGE: *Zur Auslegung des neuen § 1.369 BGB*, NJW, 1958, 130 (réplica de ZUNFT al anterior escrito de ZIEGE y contrarréplica de éste).

de otros, aplica a ellos el sistema de la subrogación real: los objetos adquiridos en lugar de los que ya no existen o hayan devenido sin valor pertenecerán al cónyuge a quien correspondía la propiedad de éstos (§ 1.370) (272).

b) Terminación de la «comunidad». Es ahora, al terminar la «comunidad de ganancia», cuando pueden hacer su aparición los escasos elementos comunitarios que caracterizan a este régimen de bienes. Sin embargo, la llamada por la ley «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*) se realiza de forma completamente distinta según que la «comunidad» termine por muerte de uno de los cónyuges o por otro motivo. A la primera hipótesis se refiere el § 1.371; a la segunda, los §§ 1.372 y siguientes.

1) En el caso de que la «comunidad» finalice como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, la «nivelación de la ganancia» se traduce normalmente, por determinación de la ley, en un incremento de la porción hereditaria que corresponde al cónyuge superviviente. Ahora bien, esto que acabamos de indicar no es más que una orientación o idea que anticipamos y que es necesario concretar y delimitar de una manera más precisa. Por otra parte, el incremento sucesorio indicado no se produce siempre; es la solución normal, y si se quiere más frecuente, en el supuesto de muerte de un cónyuge, pero no la única, como en seguida vamos a ver. Comenzaremos por transcribir el § 1.371 BGB, que es el referente a la hipótesis de terminación del régimen de «comunidad de ganancia» por la muerte de uno de los esposos. Es quizá la norma más importante de cuantas se refieren al nuevo sistema legal de bienes, la «pieza esencial» del mismo como con razón ha dicho BREETZKE (273).

El § 1.371 está dividido en cuatro párrafos o apartados, cuyo texto es el que sigue: «Si el estado de bienes termina por la muerte de un cónyuge, la nivelación de la ganancia se lleva a cabo mediante la circunstancia de que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente se incrementa en una cuarta parte de la herencia; para esto (274) es indiferente que los cónyuges hayan obtenido—o no—una ganancia en el caso concreto (párr. I).—Si el cónyuge superviviente no es heredero ni tampoco le corresponde ningún legado, puede exigir la nivelación de la ganancia de acuerdo con las

(272) Ni que decir tiene que, dado el sistema establecido por la Ley, en el que no existe patrimonio común de los cónyuges (cfr. § 1.363 BGB), los objetos del hogar que no se adquieran con fines de sustitución serán propiedad del cónyuge con cuyos medios se obtengan.

(273) Este autor califica al § 1.371 de *Kernstück* o *Herzstück* (pieza esencial, pieza básica o central) de la *Zugewinnsgemeinschaft* o «comunidad de ganancia». Cfr. BREETZKE, en KRÜGER-BREETZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, 339, 342. Asimismo nos dice, y con razón, que se trata de una norma que es más de Derecho sucesorio que de Derecho de familia, 340.

(274) Es decir, para que el indicado incremento se opere. Tal es en este caso el sentido de la expresión «hierbei».

disposiciones de los §§ 1.373 a 1.383 y 1.390; la legítima del cónyuge superviviente o de otro titular de legítima se determina en este caso según la cuota hereditaria legítima del cónyuge no incrementada (pár. II).—Si el cónyuge superviviente repudia la herencia, puede, junto a la nivelación de la ganancia, exigir también la legítima, aunque ésta no le correspondiese según las determinaciones del Derecho sucesorio; esto no vale si ha renunciado a su derecho hereditario legítimo o a su derecho a la legítima por contrato con su cónyuge (párr. III).—Si existen descendientes del cónyuge premuerto con derecho a la herencia, que no desciendan del matrimonio disuelto por la muerte de este cónyuge, el cónyuge superviviente está obligado, si lo necesitan y en la medida que lo necesiten, a procurar a estos descendientes los medios para una formación adecuada, a costa de la cuarta parte concedida en concepto de incremento según el párrafo 1.º (pár. IV). Hasta aquí el texto, literalmente traducido, del nuevo § 1.371 BGB. Refirámonos por separado a los cuatro párrafos de esta norma trascendental (275).

El que pudiéramos calificar de supuesto normal o de regla general se contiene en el párrafo I del precepto. En él, como hemos visto, se establece que, terminado el régimen legal de bienes por muerte de uno de los cónyuges, la nivelación de la ganancia se realiza mediante el incremento de la porción hereditaria *legítima* del cónyuge superviviente en una cuarta parte de la herencia; siendo indiferente, para que este incremento tenga lugar, que los cónyuges hayan obtenido o no ganancia en el caso concreto (276). En

(275) De una manera específica se refieren a la terminación de la «comunidad de ganancia» por muerte de un cónyuge y al consiguiente incremento sucesorio en favor del otro, cuando procede, los trabajos de BRAGA: *Das ehgüterrechtliche Erbrecht der überlebenden Ehegatten* (Zum § 1.371 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18 Juni 1957. *Erbrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte*), EF, 1957, 334; HARGELE: *Erbrechtliche Fragen in Gleichberechtigungsgesetz*, «Justiz», 1957, 386; METZGER: *Ehegattenerbrecht und Zugewinnausgleich in der Beratungspraxis des Notars*, BadWürttNotZ, 1957, 288; LANGE: *Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnungsgemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381; REINICKE: *Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten*, NJW, 1958, 121; LANGE: *Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten*, NJW, 1958, 287 (réplica a REINICKE); ULMER: *Die Stellung des erstversterbenden Ehegatten bei der Zugewinnungsgemeinschaft*, NJW, 1958, 170; RITTNER: *Der Ausbildungsanspruch der «Stiefabkömmlinge» nach dem neuen Familienrecht*, DNotZ, 1957, 483 (sólo se refiere al párrafo IV del § 1.371); RUPP: *Einwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes auf alte Testamente*, NJW, 1958, 12 (el problema considerado es el de si en los testamentos, otorgados antes de la Ley de equiparación, en que se instituya a los herederos legítimos en la porción hereditaria legítima la del cónyuge ha de estimarse o no «incrementada» por lo dispuesto en el nuevo § 1.371 BGB). Además la bibliografía citada en la nota 248 con referencia al Proyecto de la Subcomisión.

(276) Como ya indicamos al referirnos someramente a los Proyectos de Ley de equiparación, este sistema del incremento sucesorio fué introducido por la Subcomisión de Derecho de familia del «Bundestag» al redactar

relación con este incremento sucesorio establecido por el § 1.371, en su párrafo I, deben tenerse en cuenta las tres circunstancias siguientes: *Primera*. Para que la norma pueda aplicarse, es decir, para que proceda el incremento sucesorio a favor del cónyuge superviviente, parece necesario que éste sea heredero en virtud de la sucesión legítima y no en virtud de una disposición testamentaria o de un contrato sucesorio. El § 1.371 nos dice que lo que se incrementa es la porción hereditaria *legítima* del cónyuge, con lo cual convierte en presupuesto del incremento el hecho de que exista a favor del superviviente dicha porción hereditaria legítima, la cual sólo puede ser consecuencia, como es lógico, de la sucesión legítima; no, de la sucesión voluntaria (testamentaria o contractual) (277). Existiendo, por ejemplo, una sucesión testamentaria,

el Proyecto definitivo o «Proyecto de la Subcomisión». Referencias en la nota 248.

(277) La doctrina ha manifestado que la sucesión legítima es presupuesto del incremento sucesorio a favor del superviviente, y que sin aquélla no procede éste, Así LAUTERBACH (PALANDT, *BGB. Kurzkomentar*, 17.^a ed., 1958, § 1.371, 2, 1.128) ha dicho que «el principio del párrafo I sólo procede que se aplique en el caso de sucesión *legítima*, pero no cuando el premuerto, por disposición de última voluntad o por contrato sucesorio, ha instituido heredero al otro cónyuge o le ha atribuido un legado... Semejante ordenación del causante, continúa el autor citado, no resulta afectada por la regulación legal, la cual, por el contrario, parte de la idea de que entonces (es decir, en el caso de que exista testamento o contrato sucesorio) se han adoptado ya previsiones para el superviviente, quien, por su parte, es libre de darse por satisfecho con ellas o de repudiar; en este supuesto, párrafos II y III (del § 1.371, se entiende)». En igual sentido se manifiesta BREITZKE (KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.371 BGB, 340, 342, 343): «Esta disposición (se refiere al § 1.371), de acuerdo con su contenido positivo y a pesar de su posición sistemática, pertenece al Derecho sucesorio, ya que su base o fundamento es la porción hereditaria *legítima*, que en ella resulta incrementada»; en otro lugar afirma: «Esta disposición (§ 1.371, I), que constituye la pieza esencial de la «comunidad de ganancia», deja intacta la libertad de testar...». «El párrafo I (del § 1.371) presupone que el cónyuge superviviente sea heredero *en virtud de la ley*, y no en base a una disposición por causa de muerte. Entonces es cuando se incrementa su porción hereditaria *legítima* en una cuota adicional de una cuarta parte de la herencia...» «En tanto falte una disposición por causa de muerte y el cónyuge superviviente sea heredero *en virtud de la ley* es cuando se incrementa su porción hereditaria *legítima* en una cuarta parte.» Análogamente BARMANN (*Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 186, 187, 188): «El derecho hereditario incrementado en el sentido expuesto corresponde al cónyuge superviviente, pero *sólo* en la sucesión legítima; no se incrementa, pues, una institución de heredero ordenada por disposición de última voluntad (sea por testamento o por contrato sucesorio)...». «La *sucesión legítima*, al menos para el cónyuge superviviente, es presupuesto para que se produzca el incremento de su derecho hereditario en una cuarta parte. Si el cónyuge premuerto, por ejemplo, ha instituido heredero al superviviente mediante disposición de última voluntad en una mitad de su caudal relicto, no estamos ya ante una sucesión legítima, sino ante una sucesión testamentaria. Por lo tanto, en este caso, la porción hereditaria testamentaria no se incrementa en una cuarta parte para pasar de la mitad a tres cuartas partes, siendo indiferente que el cónyuge heredera en concurrencia con descendientes o con herederos de segundo orden. Tampoco la institución de here-

el cónyuge superviviente o se dará por satisfecho con lo dispuesto por el premuerto respetando su última voluntad (solicitando cuando sea oportuno el suplemento de legítima) o repudiará, en cuyo caso habrá que estar al párrafo III del propio § 1.371 a que más adelante aludiremos; pero en ninguno de los dos casos deberá tener lugar el incremento sucesorio establecido por el párrafo I del citado párrafo. *Segunda.* La norma del § 1.371, I, que establece el incremento sucesorio se aplica tanto si existe como si no existe ganancia (*Zugewinn*) a favor de los cónyuges en el caso concreto. Así se deduce de forma inequívoca del inciso final del precepto que comentamos (§ 1.371, I). Por esto, no resulta correcto, desde el punto de vista conceptual y terminológico, hablar de «nivelación de la ganancia» en la hipótesis de muerte de uno de los cónyuges, ya que la disposición que nos ocupa se aplica por completo al margen de que se haya obtenido o no «ganancia» y de cuál sea la cuantía de ésta en el supuesto de que exista. Es, pues, injustificada la ficción a que acude el § 1.371 de entender que la nivelación de la ganancia se realiza *mediante* el incremento sucesorio indicado o la de entender, lo que es lo mismo, que dicho incremento se atribuye *en concepto de* nivelación de la ganancia (278). Hubiera sido mucho más lógico y mucho más exacto que el citado párrafo, sin alterar para nada su contenido dispositivo, hubiese establecido en su párrafo I pura y simplemente que en el caso de terminar la «comunidad» por muerte de un cónyuge, el otro vería incrementada su porción hereditaria legítima en una cuarta parte de la herencia; sin aludir para nada a la «nivelación de la ganancia», debido a que el incremento sucesorio se opera en todo caso y prescindiendo de que exista o no exista dicha ganancia en el caso concreto. No se trata, pues, de un incremento sucesorio o derecho hereditario *en concepto de*, sino *en lugar de* nivelación de la ganancia (279). *Tercera.* El incremento sucesorio de una cuarta par-

tero en una cuarta parte se incrementará en otro tanto para pasar a ser la mitad de la herencia. Parece, pues, que puede establecerse como principio fundamental el de que el causante, siempre que haya testado, ha querido configurar él por completo el derecho hereditario del cónyuge superviviente y que no desea aceptar ningún otro incremento (legal) de una cuarta parte...». En otro lugar añade: «Si el superviviente es heredero en virtud de la ley, lo cual es presupuesto para el incremento del derecho hereditario en una cuarta parte conforme al § 1.371, párrafo I...». Por último, LANGE (*Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnsgemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381) nos dice que «en el § 1.371, párrafo I, se incrementa en una cuarta parte la porción hereditaria *legítima* del cónyuge superviviente». Hemos aportado amplia información sobre la cuestión tratada (procedencia del incremento sucesorio sólo en los casos de sucesión legítima) porque, aunque ésta parece ser indudablemente la solución correcta en base al párrafo I del § 1.371, su posible relación con el párrafo II de la propia norma pudiera inducir a primera vista a una cierta desorientación.

(278) Basta leer el nuevo § 1.371, I, BGB para darse cuenta de que la estructura del precepto está concebida de esta forma (véase).

(279) Nos parece, por lo tanto, plenamente correcta la terminología

te de la herencia en que se aumenta la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente, por disposición del nuevo § 1.371, I, ha de armonizarse con lo establecido en el § 1.931 referente a la sucesión legítima del cónyuge viudo y con lo preceptuado en el § 2.303 sobre los derechos legitimarios del mismo. Según esto, resultará que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente es ahora la mitad de la herencia o tres cuartas partes de ella, según los casos (280). El incremento de la porción hereditaria legítima trae como consecuencia el que también resulte aumentada la cuantía de la cuota legitimaria que, según el § 2.303, se determina en base a aquella: es su mitad. Así, pues, la legítima es ahora una cuarta parte de la herencia o tres octavas partes de la misma, según los casos (281) (282).

empléada por BARMANN que, al exponer esta materia en su reciente trabajo sobre el nuevo Derecho matrimonial de bienes publicado en el «Archiv» y ya citado, habla de «derecho hereditario en lugar de nivelación de la ganancia». Cfr. BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 181 y sigs.

(280) El porqué de esta solución está claro. El § 1.931 determina que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente consiste en una cuarta parte de la herencia cuando concurre con herederos de primer orden y en la mitad de la misma si la concurrencia es con herederos de segundo orden o con abuelos. Si, por disposición del § 1.371, I, la porción hereditaria legítima del cónyuge queda incrementada en una cuarta parte de la herencia, la totalidad de aquella será en el primer caso (concurrencia con herederos de primer orden) de la mitad de dicha herencia, y en el segundo (concurrencia con herederos de segundo orden o con abuelos) de tres cuartas partes de ella. No surge cuestión cuando el cónyuge concurre con parientes más lejanos, porque en tal hipótesis se le defiere toda la herencia (§ 1931, II). No hay, pues, lugar al juego del incremento.

(281) La razón es obvia. Si, conforme al § 2.303, la cuota legitimaria o «legítima» (*Pflichtteil*) es la mitad de la porción hereditaria legítima (*gesetzliche Erbteil*), y ésta es ahora la mitad o las tres cuartas partes de la herencia, según que la concurrencia sea con herederos de primer orden o lo sea con herederos de segundo orden o con abuelos, la cuota legitimaria tendrá que ser en el primer caso de una cuarta parte de la herencia y en el segundo de tres octavas partes. Advertimos, sin embargo, que no en todo caso se determina la cuota legitimaria en base a la porción hereditaria legítima incrementada; hay supuestos en que la fijación de aquella se hace a base de ésta sin incremento alguno. Así sucede en las hipótesis en que el cónyuge superviviente se beneficia de la «nivelación de la ganancia» (de forma semejante a lo que ocurre cuando el régimen de bienes se disuelve por una causa distinta de la muerte de uno de los esposos, §§ 1.373 y sigs.); en tal caso tiene derecho también a la legítima, pero fijada sobre la porción hereditaria sin incrementar. Así se deduce del párrafo II (y del III) del § 1.371 que en seguida estudiaremos. En definitiva: la legítima resulta incrementada (por tomarse por base la porción hereditaria con incremento) cuando el cónyuge superviviente no participa de la «nivelación de la ganancia» tal como ésta se configura en los §§ 1.373 y sigs. (o sea, cuando se aplica la llamada *solución de Derecho sucesorio*); la legítima no resulta incrementada (por tomarse por base la porción hereditaria sin incremento) cuando el cónyuge superviviente se beneficia de la «nivelación de la ganancia» regulada en los §§ 1.373 y sigs. (o sea, cuando se aplica la llamada *solución de Derecho de bienes*). La legítima no incrementada se califica de *kleiner Pflichtteil* (legítima estricta, legítima pe-

Para terminar la referencia al § 1.371 veamos brevemente lo dispuesto en sus párrafos II, III y IV. En los dos primeros se contienen unas reglas especiales para la hipótesis en que el cónyuge no es heredero o en que repudia la herencia; en el IV una determinación para el caso de existencia de hijastros, nietastros, etcétera, es decir, de descendientes del cónyuge premuerto que no lo sean a la vez del supérstite.

El párrafo II del § 1.371, como ya vimos al transcribirlo, establece que el cónyuge podrá exigir la «nivelación de la ganancia» de acuerdo con el sistema de los §§ 1.373 y siguientes (o sea, del mismo modo que cuando la «comunidad» no termina por muerte de un cónyuge) en la hipótesis en que no sea heredero ni le corresponda tampoco ningún legado (283). En este caso, continúa

queña); la legítima incrementada se denomina *grosser Pflichtteil* (legítima amplia, legítima grande). En el sentido aquí indicado, BREITZKE, LAUTERBACH, RECHENMACHER, LANGE, etc. Citas en la nota siguiente.

(282) En relación con el incremento de la porción hereditaria legítima y coincidiendo con lo dicho en el texto cfr., por ejemplo, LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkommentar* (17.^a ed., 1958), § 1.371, 2, 1128; BREITZKE, en ACHILLES-GREIFF, *BGB* (20.^a ed., 1958), § 1.371, 3, 744; BREITZKE, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.371, *BGB*, 2, 343-344; BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 185-186; LANGE: *Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinngemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381. El propio § 1.931 ha sido adicionado por la Ley de equiparación con un inciso final en el que deja a salvo lo dispuesto en el nuevo § 1.371. En lo tocante al incremento de la cuota legítimaria, la solución indicada en el texto y precisada en la nota anterior es también la mantenida por LAUTERBACH: § 1.371, 2, 1128; 4, 1129; RECHENMACHER: *ibidem*, § 2.303, 3, 1615; BREITZKE: § 1.371, 2, 344; 7, 348-350; 8, 350-352; LANGE: 1.381, 1.382. También el § 2.303 ha sido adicionado con un inciso en el que se deja a salvo lo dispuesto en el § 1.371. De los autores citados, LANGE se refiere conjuntamente al incremento de la porción hereditaria legítima y al de la cuota legítimaria cuando nos dice: «En el § 1.371, párrafo I, se incrementa la porción hereditaria legítima del cónyuge supérstite en una cuarta parte. Por esto, en concurrencia con descendientes, recibe ahora la mitad de la herencia y en concurrencia con los padres y sus descendientes y con abuelos las tres cuartas partes de la misma (§ 1.931, I). De acuerdo con esta porción hereditaria incrementada se determina la legítima, en su configuración normal y especial. Según esto, la legítima asciende ahora, en los supuestos de exclusión plena de la sucesión (*bei voller Enterbung*), a una cuarta parte o a tres octavas partes del valor de la herencia (§ 2.303, párrafo I, inciso 2). Esta regulación, termina el autor citado, es la pura y genuina solución de Derecho sucesorio; nada tiene que ver con la nivelación de la eventual ganancia». Cfr. LANGE, 1.381. A continuación alude a la hipótesis de que el cónyuge supérstite quiera beneficiarse de esta nivelación, en cuyo caso habrá que estar a los párrafos II y III del § 1.371. Si, además, el cónyuge exige la legítima, ésta se determina sobre la base de la porción hereditaria sin incrementar, siendo entonces de una octava parte (en concurrencia con descendientes) o de una cuarta parte de la herencia (en concurrencia con herederos de segundo orden o con abuelos). Así se desprende de la relación del § 1.931 con el § 2.303. Sobre esto, LANGE, 1.381-1.382. Amplias indicaciones con referencia a cuestiones difíciles en la práctica en BARMANN: *Das neue Güterrecht*, ACP, 157, 189-195.

(283) Como ya sabemos, si es heredero legítimo hay que estar a lo dis-

el párrafo II, la legítima del supérstite o la de otro titular de cuota legitimaria se determina en función de la porción hereditaria sin incrementar.

El párrafo III contempla la hipótesis de repudiación de la herencia por el cónyuge supérstite, determinando que entonces puede exigir, además de la «nivelación de la ganancia», la legítima, aunque ésta no le correspondiese según las disposiciones del Derecho sucesorio. Nos parece innecesario advertir que la nivelación de la ganancia y la determinación de la legítima se harán conforme a lo preceptuado en el párrafo II, del cual el III no es sino una *subspecie* concreta (284). Termina el párrafo III estableciendo que no se podrá exigir la legítima por el cónyuge (así es como ha de entenderse la expresión «esto no vale») si aquél ha renunciado a su derecho hereditario legítimo o a su derecho a la legítima por contrato con el premuerto.

Por último, el párrafo IV contiene una norma específica para el caso de que existan descendientes del cónyuge fallecido que no lo sean a la vez del supérstite. En tal hipótesis, éste ha de procurar a aquéllos los medios para una formación adecuada. Ha de hacerlo así si lo necesitan y en la medida que lo necesitan y a costa de la cuarta parte que como incremento le corresponde según el párrafo I. La norma del párrafo IV es, pues, un complemento de la contenida en el párrafo I.

Con lo dicho, creemos que queda suficientemente completa la exégesis del nuevo § 1.371 BGB, sin duda una de las disposiciones fundamentales referentes al régimen legal de bienes instaurado por la Ley de equiparación de 1957 (285).

2) Terminación de la «comunidad» por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges. Se regula esta hipótesis en los §§ 1.372 a 1.390 (nueva redacción). «Si el estado de bienes, dice el § 1.372, termina de una forma distinta a la muerte de un cónyuge, la ganancia se nivela según las disposiciones de los §§ 1.373 a 1.390». Veamos, pues, sucintamente, qué es lo que determinan estas normas (286). Comenzaremos por afirmar que en el supuesto o con-

puesto en el párrafo I. Si lo es testamentario, o acepta (en cuyo caso todo se hará conforme a la voluntad del cónyuge causante) o repudia (en cuya hipótesis la norma a aplicar es el párrafo III, a cuyo contenido vamos a referirnos en seguida).

(284) Por lo tanto; nivelación de la ganancia, según los §§ 1.373 y sigs.; determinación de la legítima en base a la porción hereditaria legítima «sin incrementar».

(285) Aparte de los indicados se relacionan más o menos directamente con el § 1.371 los §§ siguientes del BGB: 1.932, 2.008, 2.054, 2.311, párrafo I, inciso 2; 2.331, 2.356, párrafo II, inciso 1. Cfr. BARMANN: *Das neue Güterrecht*, 185.

(286) Así como a lo dispuesto en el § 1.371, I, para el caso de muerte de un cónyuge (incremento sucesorio) se le da el nombre de «solución de Derecho sucesorio» (*erbrechtliche Lösung*) a las disposiciones que ahora vamos a considerar, contenidas en los §§ 1.373 y sigs., se las designa como «solución de Derecho de bienes» (*güterrechtliche Lösung*). Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzcommentar*, 17ª ed., 1958, 1.128-1.129.

junto de supuestos que vamos a estudiar (terminación de la «comunidad» por motivo distinto a la muerte de un cónyuge) es cuando propiamente y con corrección puede y debe hablarse de «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*). Por dos razones: porque las reglas contenidas en los §§ 1.373 y sigs. son, en efecto, disposiciones que contemplan y estructuran un verdadero procedimiento de nivelación y porque esta nivelación sólo procede, cosa natural, cuando de una manera efectiva exista la «ganancia» en la realidad. Por tanto, la primera cuestión a resolver al terminar la «comunidad de ganancia» es la de concretar si, durante la vigencia de la misma, los cónyuges han obtenido o no *Zugewinn* o «ganancia».

De la recíproca relación entre los §§ 1.373, 1.374 y 1.375 resulta que existe *ganancia* o *Zugewinn* para un cónyuge cuando la cuantía de su patrimonio, al terminar el régimen de bienes, sea superior a la cuantía del mismo al empezar dicho régimen; en otras palabras, y para emplear la terminología legal, cuando su patrimonio final supere a su patrimonio inicial. «*Zugewinn* (ganancia), establece el § 1.373, es la suma en que el patrimonio final de un cónyuge supera al patrimonio inicial del mismo». La «ganancia» es, pues, una cantidad que funciona, como indica BEITZKE (287), siempre con signo positivo; no cabe una «*Zugewinn*» negativa. Únicamente existe «ganancia» cuando el patrimonio inicial resulta superado por el patrimonio final. Lo que ha de entenderse por ambos patrimonios nos lo dicen los §§ 1.374 y 1.375. Según el primero de ellos, se entiende por *patrimonio inicial* (*Anfangsvermögen*) el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, corresponde a un cónyuge al comenzar el régimen de bienes. El propio precepto determina que las obligaciones sólo pueden deducirse hasta la cuantía del patrimonio, y en cuanto a lo que un cónyuge adquiera, después de tener ya vigencia la «comunidad», por causa de muerte o en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o como equipo, se establece que, también previa deducción de las obligaciones, se computará en el patrimonio inicial, en la medida en que lo adquirido no deba computarse en los ingresos o rendimientos, según las circunstancias. He aquí el texto literal del § 1.374: «Patrimonio inicial es el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, pertenece a un cónyuge al producirse el estado de bienes; las obligaciones sólo pueden ser deducidas hasta la cuantía del patrimonio (288).—El patrimonio

(287) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, BGB, 20ª ed., 1958, § 1.373, 745. En el supuesto de que exista pérdida para un cónyuge, por ser mayor su patrimonio inicial que su patrimonio final, el otro cónyuge «no participa» en esa pérdida; ésta sólo recae sobre el cónyuge a quien afecte.

(288) Resulta así que el patrimonio inicial nunca puede tener un signo negativo; podrá ser como mínimo *cero*, pero no una cantidad negativa. Para esto precisamente se determina que la deducción de obligaciones tiene su límite cuantitativo en el importe del patrimonio que exista de manera real. La finalidad de esta disposición está clara: evitar que el patri-

que un cónyuge adquiriera, después de producirse el estado de bienes, por causa de muerte o en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o en concepto de equipo, se computa, previa deducción de las obligaciones, en el patrimonio inicial, en la medida en que lo adquirido no haya de computarse en los ingresos o rendimientos (*Einkünfte*) según las circunstancias» (289). Al patrimonio final (*Endvermögen*) se refiere, como ya hemos dicho, el § 1.375. Se considera, según esta norma, patrimonio final el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, corresponde a un cónyuge al terminar el régimen de bienes. En cuanto a la deducción de las obligaciones, cabe que ésta tenga lugar incluso en lo que superen la cuantía del patrimonio (recuérdese que en el patrimonio inicial las obligaciones sólo se deducen hasta el importe del mismo) en el supuesto de que procedan pretensiones contra terceros por haber recibido donaciones del cónyuge, cuyo patrimonio final se trata de determinar (§ 1.390). Continúa el § 1.375 indicando que en el patrimonio final hay que computar la cantidad en que éste ha disminuído como consecuencia de que, después de estar vigente el régimen de bienes, el cónyuge haya hecho donaciones, haya gastado pródigamente su patrimonio o haya llevado a cabo actos con las intenciones de perjudicar a su consorte. Termina el precepto que nos ocupa manifestando que la computación mencionada no tiene lugar si la aminoración patrimonial se había realizado, por lo menos, diez años antes de producirse la terminación del régimen de bienes o si el otro cónyuge estaba de acuerdo con la atribución gratuita o con la prodigalidad. El texto literal del § 1.375 es el siguiente: «Patrimonio final es el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, pertenece a un cónyuge al terminar el estado de bienes. Las obligaciones, si pueden ejercitarse pretensiones contra terceros de acuerdo con el § 1.390, se deducen incluso en la medida que superen la cuantía del patrimonio (290).—En el patrimonio final de un cónyuge ha de computarse

monio final resulte consumido por la posterior «nivelación de la ganancia» (BEITZKE) o, lo que es lo mismo, evitar que la *Zugewinn* o «ganancia» pueda ser mayor que el patrimonio final que exista realmente (LAUTERBACH). Cfr. BEITZKE, en ACHILES-GREIFF, BGB, § 1.374, 4, 745; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurkommentar*, § 1.374, 2, 1.131. También BREITZKE, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.374, 1, 361-362; BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, 168-169.

(289) Como indica LAUTERBACH (PALANDT, § 1.374, 2, 1.131) es lógico que, salvo cuando deba computarse como rendimiento normal, lo adquirido después de estar vigente el régimen de bienes, por causa de muerte, en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o como equipo, corresponda exclusivamente al cónyuge que lo adquiere sin que tenga que «nivelarlo» con el otro. Para ello es para lo que se computa en el patrimonio inicial. A nuestro juicio hubiera sido más lógico, en lugar de añadir las adquisiciones indicadas al patrimonio inicial, deducirlas del patrimonio final. El resultado práctico habría sido el mismo, pero conseguido a través de una fórmula más correcta desde el punto de vista de la lógica y de la técnica jurídica.

(290) De este inciso 2 del párrafo I del § 1.375 se deduce que tam-

la suma en que este patrimonio resulta disminuído por la circums-

bién con relación al patrimonio final la regla general es la de que las obligaciones sólo pueden deducirse hasta el importe del mismo, por lo cual dicho patrimonio normalmente no podrá ser una cantidad negativa; su cuantía mínima será *cero*, pero no menos de *cero* (cfr. LAUTERBACH: § 1.375, 2 y 5, 1.133; BREITZKE: § 1.375, I, 365; BARMANN: 169-170, etc.). Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con relación al patrimonio inicial (la regla no tiene excepción alguna, cfr. § 1.374, I), tratándose del patrimonio final el principio de que las obligaciones sólo se deducen hasta el importe del mismo tiene una importante excepción en el caso de que el cónyuge que tiene derecho a exigir la «nivelación de la ganancia» pueda ejercitar pretensiones contra terceros a causa de las atribuciones gratuitas que éstos han recibido del otro cónyuge y como consecuencia de no poder hacer valer contra éste su crédito de nivelación, porque este crédito se encuentra limitado por la cuantía del patrimonio que realmente exista (así es como hay que entender la remisión que el § 1.375, I, 2, hace al § 1.390, que a su vez se remite al § 1.378. Como más adelante veremos, el § 1.378 establece que el crédito de nivelación es la mitad del exceso de la *Zugewinn* de un cónyuge sobre la del otro, y que este crédito queda limitado por el importe del patrimonio que exista. Sobre esto hemos de volver; de momento sólo hacemos esta anticipación para explicar la excepción que estamos tratando). Decimos que en el supuesto de que el cónyuge con derecho a nivelación pueda dirigirse contra terceros, por las razones indicadas, cabe que las obligaciones del patrimonio final se deduzcan incluso en lo que superen el importe de dicho patrimonio (§ 1.375, I, 2); o sea, que, en este caso excepcional, el patrimonio final puede ser inferior a *cero*: una cantidad de signo negativo. La finalidad de esta disposición es colocar al cónyuge que tiene derecho a «nivelación de la ganancia» en la misma situación en que se encontraría de no haberse hecho (por el otro cónyuge) a favor de tercero las donaciones que le facultan a dirigirse contra éste. Si en esta hipótesis, al computar en el patrimonio final las donaciones en cuestión (§ 1.375, II, núm. 1), se partiera de *cero* en lugar de partir de la oportuna cantidad negativa que resulta de deducir las obligaciones (que superaban al activo existente), resultaría ficticiamente aumentada la *Zugewinn* o «ganancia» y, como consecuencia, incrementado de forma injustificada el crédito de nivelación. Esto es lo que se quiere evitar mediante la disposición que comentamos (§ 1.375, párrafo I, inciso 2). Con un ejemplo quedará aclarado lo que hemos dicho. Supongamos (en un caso en el que el patrimonio inicial del marido es *cero*, y *cero* el patrimonio final de la mujer) que el activo del patrimonio final del marido es de 15.000 marcos; supongamos también que ha hecho donaciones por valor de 10.000 marcos, y supongamos, por último, que las deudas ascienden a 20.000 marcos. Conforme al precepto que estudiamos la manera de computar el patrimonio final es ésta: de los 15.000 marcos de activo se deducen los 20.000 de obligaciones, con lo que queda una suma negativa de - 5.000 marcos. Pero como a esa cantidad hay que añadir los 10.000 marcos que importan las donaciones (cfr. § 1.375, II núm. 1), el patrimonio final definitivo del marido será $- 5.000 + 10.000 = + 5.000$. Estos 5.000 marcos son la *Zugewinn* o «ganancia» del marido. El crédito de nivelación de la mujer será, por lo tanto, de 2.500 marcos (téngase en cuenta que según el § 1.378, I, el crédito de nivelación es la mitad del exceso de la «ganancia» de un cónyuge sobre la del otro y téngase en cuenta además que en el ejemplo propuesto la mujer no obtuvo «ganancia», porque su patrimonio final era *cero*; luego el exceso de la *Zugewinn* del marido sobre la suya es de 5.000, siendo, pues, 2.500 el crédito de nivelación). Veamos cómo sería el mismo el crédito de nivelación en el supuesto de que el marido no hubiese hecho donaciones por valor de 10.000 marcos. Entonces, en el ejemplo que utilizamos, el patrimonio final del marido tendría un activo de $15.000 \div 10.000$, o sea, de 25.000 marcos,

tancia de que el cónyuge, después de haberse producido el estado de bienes: 1, haya hecho atribuciones gratuitas mediante las cuales no haya atendido a un deber moral o a una medida a tomar en relación con el decoro; 2, haya gastado el patrimonio con prodigalidad, o 3, haya llevado a cabo actos con la intención de perjudicar al otro cónyuge.—El importe de la disminución del patrimonio no se computa en el patrimonio final si ha tenido lugar, por lo menos, diez años antes de la terminación del estado de bienes o si el otro cónyuge ha estado de acuerdo con la atribución gratuita o con la prodigalidad».

Una vez fijados el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge y constatada a través de su respectiva comparación la existencia de «ganancia» para ambos cónyuges (recuérdese que para cada uno de ellos la «Zugewinn» es la cantidad en que su patrimonio final supera a su patrimonio inicial, § 1.373), es preciso cotejar la «ganancia» o «Zugewinn» del marido y la de la mujer, para determinar si procede o no la «nivelación» de que habla la ley. Dicha «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*) sólo deberá tener lugar en el caso de que dichas «ganancias» sean desiguales, es decir, en el caso de que la «Zugewinn» de un cónyuge sea superior a la del otro. En tal hipótesis, conforme se deduce del § 1.378, I, el cónyuge que haya obtenido una «ganancia» menor puede exigir del otro, *en concepto de crédito de nivelación* (*als Ausgleichsforderung*, dice el texto legal), la mitad del excedente de una «ganancia» sobre la otra (291). «Si la *Zugewinn* de

que, una vez deducidos los 20.000 de obligaciones, quedarían reducidos a 5.000. Esta cantidad sería la *Zugewinn* del marido, y el crédito de nivelación de la mujer 2.500. Por lo tanto, igual que en el caso de haberse hecho donaciones y computarse su importe en el patrimonio final, deduciéndose de éste las obligaciones hasta donde proceda, aunque superen la cuantía del activo. Esto es precisamente lo que ha pretendido la regla del § 1.375, I, 2, al decretar que en el supuesto de poder ejercitarse pretensiones contra terceros que recibieron donaciones, las deudas del patrimonio final se deduzcan incluso en lo que superen a la masa activa de éste. Si, en el ejemplo propuesto, se hubiese seguido la regla general en cuanto a la deducción de las obligaciones (haciéndolo sólo hasta el importe del activo), al computar la cuantía de las atribuciones gratuitas en el patrimonio final hubiera tenido que considerarse que su valor era *cero* en lugar de —5.000. Con lo cual o + 10.000 de donaciones daría un patrimonio definitivo de 10.000. Esta sería en nuestro ejemplo la *Zugewinn*, importando entonces el crédito de nivelación 5.000 marcos en vez de 2.500 que es lo que verdaderamente corresponde que sea. Este aumento injustificado del crédito, consecuencia del incremento ficticio de la cuantía del patrimonio final, es lo que se ha querido evitar y para lo que se ha establecido la excepción a la regla general en cuanto al sistema a seguir en la deducción de obligaciones. Sobre la cuestión tratada, BREITZKE: § 1.375, I, 365-366; BEITZKE en *ACHILLES-GREIFF*, § 1.375, 5, 7-15; BARMANN, 170; LAUTERBACH, en *PALANDT*, § 1.375, 5, 1-133. De todas formas en todos estos autores la norma resulta explicada de manera oscura e insuficiente. Por eso hemos procurado hacerlo nosotros con la máxima claridad.

(291) Como es natural, aunque no se diga expresamente por la ley, la «nivelación» procederá asimismo en el caso de que sólo uno de los cónyuges haya obtenido «ganancia» o *Zugewinn*. En semejante supuesto deberá

un cónyuge, dice el párrafo I del § 1.378, supera a la *Zugewinn* del otro corresponde a éste la mitad del exceso como crédito de nivelación» (292). Este crédito de nivelación está limitado en su importe por la cuantía del patrimonio que exista después de deducidas las obligaciones. El párrafo II del § 1.378 establece esta limitación en los siguientes términos. «El importe del crédito de nivelación, determina, está limitado por el valor del patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, exista al terminar el estado de bienes». Por tanto, si el importe del crédito es superior al valor del patrimonio que realmente exista después de deducidas las deudas, el crédito queda limitado al valor de dicho patrimonio (293), sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al cónyuge acreedor contra tercero (§ 1.390). El crédito de nivelación no puede, pues, ser superior al valor del activo que exista para hacerle frente. La finalidad de la limitación que estudiamos no es otra que la de proteger a los acreedores del cónyuge deudor de la nivelación; los créditos de terceros tienen, como dice BEITZKE, un rango preferente al crédito de nivelación (294). Las demás disposiciones que contiene el § 1.378 sobre dicho crédito se refieren al momento de nacimiento del mismo (al terminar el régimen de bienes) y a su cualidad de transmisible y heredable desde entonces (párrafo III), y a la prescripción trienal de él (párrafo IV) (295).

Lo que hasta aquí hemos indicado no son sino los aspectos fundamentales o trazos esenciales del nuevo régimen legal de bienes introducido en Alemania por las disposiciones de la Ley de equiparación de 1957; lo que con propiedad podríamos calificar

repartir por mitad dicha *Zugewinn* con el otro. En este sentido, por todos, cfr., por ejemplo BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, § 1.378, 2, 747. Precisamente en el ejemplo que propusimos en la nota anterior para explicar el inciso 2 del párrafo I del § 1.375 partimos de esta hipótesis para más simplicidad.

(292) Veamos con un ejemplo sencillo la esencia del sistema, deducida de los §§ 1.373, 1.374, 1.375 y 1.378, I. Patrimonio inicial de la mujer, 20; patrimonio final de la misma, 60. Su «ganancia» o *Zugewinn* es pues de 40. Patrimonio inicial del marido, 10; patrimonio final del mismo, 70. Es, por lo tanto, su «ganancia» o *Zugewinn* de 60. Como la «ganancia» del marido supera a la de la mujer en 20, le corresponde a ésta como crédito de nivelación la mitad del exceso, o sea, 10.

(293) Como dice LAUTERBACH (PALANDT, § 1.378, 2, 1.136), los casos en que en la práctica puede ser mayor el importe del crédito de nivelación que el valor del patrimonio son aquellos en que al determinar dicho patrimonio se han computado en él valores que ya no existen; como, por ejemplo, la cuantía de donaciones hechas a tercero (§ 1.375, II).

(294) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, § 1.378, 5, 747. En igual sentido LAUTERBACH, en PALANDT, § 1.378, 2, 1.136 y § 1.375, 4, 1.133; BREITZKE, § 1.378, 2, 376-377; BARMANN, 178, 179.

(295) Al «crédito de nivelación» (*Ausgleichsforderung*) y a la forma de fijación y computación del mismo se han referido REINTCKE: *Die Berechnung der Ausgleichsforderung im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft*, BB, 1957, 759; HAEGELE: *Zur Feststellung der Ausgleichsforderung bei Zugewinnsgemeinschaft*, «Justiz», 1958, 14 (con ejemplos de computación).

de armazón o esqueleto del sistema. Como es lógico, en la reglamentación legal de mismo existen otras muchas normas que complementan o aclaran lo indicado o que hacen referencia a alguna hipótesis concreta, para la que son necesarios preceptos específicos. Tales normas aluden a la forma de computación del patrimonio inicial y del patrimonio final y a la eficacia del inventario (§§ 1.376, 1.377), al deber de información sobre el estado del patrimonio (§ 1.379), a lo que ha de imputarse al crédito de nivelación (§ 1.380), a la facultad de negarse a satisfacer el crédito de nivelación, cuando la «nivelación de la ganancia» fuera gravemente contraria a la equidad según las circunstancias (§ 1.381) (296), a las formas y atenuaciones en el cumplimiento del crédito de nivelación (§§ 1.382, 1.383), a la computación de la *Zugewinn* en el caso de divorcio (§ 1.384), a la «nivelación» anticipada en los supuestos de vida separada y en otros casos (§§ 1.385 a 1.389) y a los derechos del cónyuge titular del crédito de nivelación frente a terceros en los supuestos en que éstos hayan recibido atribuciones gratuitas por parte del otro cónyuge (§ 1.390).

Indicados ya los aspectos principales de la «comunidad de ganancia» o «Zugewinnngemeinschaft», como nuevo régimen legal de bienes a «estado legal de bienes», introducido en Alemania por la Ley de equiparación de 1957, pasámos ahora a ocuparnos del régimen contractual de bienes o «estado contractual de bienes», tal como ha quedado configurado por dicha Ley en la nueva reglamentación.

B) *Régimen contractual*.—La nueva reglamentación del régimen de bienes establecido en virtud de contrato matrimonial se caracteriza por dos notas: a) A diferencia de lo que sucede en relación con el régimen legal, en lo que atañe al régimen contractual no se introduce en realidad un sistema nuevo en concepto de tal, sino que más bien lo que se hace es adaptar las antiguas normas a las exigencias derivadas del principio de igualdad de derechos de los cónyuges; b) se simplifica bastante la reglamentación anterior.

Teniendo en cuenta lo indicado, en especial la primera de las circunstancias apuntadas, sólo de una manera muy ligera nos vamos a referir a la nueva reglamentación del régimen convencional de bienes, que, en su mayor parte, no es otra cosa que una adaptación de normas sobradamente conocidas a la nueva situación originada en el Derecho de familia por el principio de igualdad

(296) Según el propio § 1.381 se da especialmente «grave inequidad» (*grobe Unbilligkeit*) cuando el cónyuge que ha obtenido una *Zugewinn* inferior, es decir, el cónyuge titular del crédito de nivelación no ha cumplido durante largo tiempo, y de manera culpable, los deberes económicos que se derivan de la relación conyugal. Sobre esta cuestión de la negativa de cumplimiento del crédito de nivelación por razones de equidad puede consultarse KLEINHEYER: *Die Verweigerung des Zugewinn-Ausgleich wegen grober Unbilligkeit* (§ 1.381 BGB, n. F.), EF., 1957, 283.

jurídica de los cónyuges y por el desarrollo del mismo en la Ley de equiparación (297).

La materia relativa al régimen contractual de bienes se encuentra contenida en los §§ 1408 a 1518 del BGB. Estas normas están agrupadas en tres apartados. El primero ofrece unas disposiciones generales sobre el contrato matrimonial: contenido, libertad de pacto limitada, forma de celebración, eficacia frente a terceros, cesión de un cónyuge al otro de su patrimonio para que lo administre y exclusión o limitación del derecho de revocar esta cesión (§§ 1.408-1.413) (298). El segundo contiene una simple alusión al régimen de separación de bienes (§ 1.414). El tercero está dedicado a la configuración normativa de la comunidad de bienes, como estado contractual de los mismos en el matrimonio (§§ 1.415 a 1.518).

Como puede apreciarse, se ha simplificado bastante el sistema con relación a la situación anterior, en la cual, aparte de la separación de bienes (que podía funcionar también como régimen legal subsidiario) se configuraban como «estados contractuales» la comunidad universal de bienes, la comunidad de adquisiciones o comunidad de ganancias (299) y la comunidad de muebles y ganancias. Ahora, después de la Ley de equiparación, como régimen convencional, propiamente dicho, sólo se regula la «comunidad de

(297) Además de la bibliografía recogida en las notas 257 y 267, al régimen contractual de bienes, o a alguno de sus aspectos, se refieren de una manera específica, HAEGELE: *Die vertraglichen Güterstände des Gleichberechtigungsgesetzes*, «Justiz», 1957, 427; HAEGELE: *Zum Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft in den Übergangszeit*, EF, 1957, 286; MEYER: *Zum Ehevertrag während der Übergangszeit*, EF, 1957, 399; ROHS: *Geschäftswert der durch Ehevertrag vereinbarten Ausschliessung oder Aufhebung des Güterstandes der Zugewinnmehrschaft sowie der einseitigen Erklärung eines Ehegatten, dass für die Ehe Gütertrennung gelten solle*, «Rpfleger», 1957, 331; VOIGT-ROHS: *idem*, «Rpfleger», 1958, 8; WEIRICH: *Zum Ehevertrag während der Übergangszeit*, EF, 1957, 401; MEYER: *Güterstandsaufhebungsurteil und Güterrechtsregister*, EF, 1957, 285.

(298) El § 1.408 coincide textualmente con el antiguo § 1.432; manifiesta que «los cónyuges pueden regular por contrato (contrato matrimonial) sus relaciones jurídico-patrimoniales, en especial aun después de contraer el matrimonio pueden suprimir o modificar el estado de los bienes». El § 1.409 prohíbe que el estado de los bienes o régimen de los mismos se determine por remisión a una ley ya no vigente o a una ley extranjera. El § 1.410 establece que el contrato matrimonial tiene que concluirse ante Tribunal o ante notario con asistencia simultánea de ambas partes. El § 1.411 se refiere al caso de que uno de los contratantes esté limitado en su capacidad negocial, en cuya hipótesis requiere el asentimiento de su representante legal para concluir el contrato matrimonial. El § 1.412 preceptúa los presupuestos para la eficacia frente a tercero de aquel contrato matrimonial en que se excluye o modifica el régimen legal de bienes. Y el § 1.413 manifiesta por su parte que si un cónyuge cede su patrimonio a la administración del otro, el derecho de revocar esta cesión en todo momento sólo puede ser excluido o modificado por contrato matrimonial.

(299) Esta «comunidad de ganancias» o «comunidad de adquisiciones» (*Errungenschaftsgemeinschaft*) nada tiene que ver con la «comunidad de ganancia» (*Zugewinnmehrschaft*) que introduce la Ley de equiparación como régimen legal.

bienes», la cual, en realidad, no es otra cosa que la antigua comunidad universal adaptada, por supuesto, a la idea de que los cónyuges que en ella participan tienen iguales derechos y obligaciones (300). La separación de bienes, tanto puede considerarse régimen contractual como régimen legal subsidiario (301).

Refirámonos brevemente a la *comunidad de bienes* tal como está configurada, en concepto de régimen contractual, por los §§ 1.415 a 1.518 del BGB en la redacción que han recibido por la Ley de equiparación. Los párrafos indicados están distribuidos en cinco subapartados: *a)* disposiciones generales (§§ 1.415-1.421); *b)* administración del patrimonio común por el marido o por la mujer (§§ 1.422-1.449); *c)* administración conjunta del patrimonio común por ambos cónyuges (§§ 1.450-1.470); *d)* liquidación del patrimonio común (§§ 1.471-1.482); y *e)* comunidad de bienes continuada (§§ 1.483-1.518). He aquí lo fundamental de la nueva reglamentación.

1) La comunidad de bienes tiene lugar cuando los cónyuges pacten este sistema por contrato matrimonial (§ 1.415).

2) La masa patrimonial básica está constituida por el patrimonio común (*Gesamtgut*) de los cónyuges, que se integra con el patrimonio del marido y el de la mujer que, mediante la comunidad, se convierten en patrimonio conjunto de ambos cónyuges, del cual pasa a formar parte también lo adquirido por el marido o por la mujer con posterioridad a la vigencia de la comunidad (§ 1.416). Junto al patrimonio común existen otras dos masas de bienes que no pasan a formar parte del mismo. Estas masas independientes, excluidas del patrimonio común, están constituidas por el «patrimonio especial» (*Sondergut*) y por el «patrimonio reservado» (*Vorbehaltsgut*) de cada cónyuge (302). Estas dos masas

(300) «La Ley de equiparación, dice NOVACK, tan sólo conoce la comunidad de bienes como único sistema electivo reglamentado legislativamente», indicándonos a continuación que a este sistema se le denominaba hasta ahora «comunidad universal de bienes». Cfr. NOVACK, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz*, 420.

(301) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF: BGB, 732, y también en § 1.414, 752-753. BREITZKE (en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK, § 1.414, 419-420), entiende que la separación de bienes sólo puede producirse en virtud de contrato matrimonial o como consecuencia de sentencia que reconozca la nivelación anticipada de la «ganancia» en el régimen legal (§ 1.388). Cfr. también más ampliamente LAUTERBACH, en PALANDT, § 1.414; 1.151. El texto del § 1.414 nuevo, que es el que se refiere a la separación, es éste: «Si los cónyuges excluyen el estado legal de bienes o si lo suprimen, se produce la separación de bienes en el caso de que otra cosa no se deduzca del contrato matrimonial. Lo mismo vale si es excluida la nivelación de la ganancia o si es suprimida la comunidad de bienes.»

(302) Al patrimonio especial se refiere el § 1.417, que establece lo siguiente: «Del patrimonio común está excluido el patrimonio especial.—Son patrimonio especial los objetos que no pueden ser transmitidos por negocio jurídico.—Cada cónyuge administra independientemente su patrimonio especial. Lo administra por cuenta del patrimonio común.» Al patrimonio reservado se refiere el § 1.418 en estos términos: «Del patrimonio común está excluido el patrimonio reservado.—Son patrimonio reservado los

patrimoniales se administran de manera independiente por el cónyuge a quien pertenecen; pero con una importante diferencia entre ellas: mientras que cada cónyuge administra su patrimonio especial por cuenta del patrimonio común, su patrimonio reservado lo administra por su propia cuenta (§§ 1.417 y 1.418).

3) Con respecto a la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, parece deducirse del § 1.419 que se trata de una comunidad en mano común (303), cuyos rendimientos y cuyo capital han de destinarse, en primer lugar, al sustento de la familia (§ 1.420).

4) El patrimonio común puede ser administrado por uno solo de los cónyuges o por ambos conjuntamente, de acuerdo con lo estipulado en el contrato matrimonial. Si nada se ha establecido al respecto, tiene lugar la administración conjunta de marido y mujer (§ 1.421).

La administración por uno de los cónyuges se regula minuciosamente en los §§ 1.422 a 1.449. Como criterio general y regla orientadora puede afirmarse que las normas que se establecen para la hipótesis de administración del patrimonio común por uno de los cónyuges (sea el marido o la mujer) coinciden sustancialmente, *mutatis mutandis*, con las que antes regulaban la administración del patrimonio común por el marido en la comunidad universal de bienes (§§ 1.443-1.470, redacción antigua) (304).

Son nuevas las disposiciones relativas a la administración conjunta del patrimonio común para ambos cónyuges (§§ 1.450-1.470). Como regla general se adopta el principio de actuación conjunta de ambos esposos; tanto los actos de administración (éstos por definición) como los actos de disposición han de llevarse a cabo de manera conjunta por marido y mujer. Por eso, se impone, lógicamente, a cada cónyuge un deber de colaboración con el otro, cuando lo requiera la ordenada administración del patrimonio común (§§ 1.450-1.454), indicándose los negocios jurídicos que cada cónyuge puede realizar sin la colaboración del otro (§ 1.455) o pre-

objetos: 1, que están declarados como patrimonio reservado de un cónyuge por contrato matrimonial; 2, que un cónyuge adquiere por causa de muerte o que le son atribuidos gratuitamente por un tercero, si el causante por disposición de última voluntad o el tercero en la atribución han determinado que lo adquirido debe ser patrimonio reservado; 3, que un cónyuge adquiere en base a un derecho perteneciente a su patrimonio reservado o como indemnización por la destrucción, menoscabo o sustracción de un objeto perteneciente al mismo o mediante un negocio jurídico que se refiere a dicho patrimonio reservado.—Cada cónyuge administra independientemente el patrimonio reservado. Lo administra por cuenta propia.» Este § 1.418 se cierra con una remisión a otra norma en relación con la eficacia frente a tercero de la pertenencia de objetos al patrimonio reservado.

(303) Conforme al § 1.419 cada cónyuge no puede disponer de su cuota en el patrimonio común ni de su cuota en los objetos singulares del mismo, sin que tampoco pueda exigir la división.

(304) Basta comparar los §§ 1.443-1.470 (redacción primitiva) con los §§ 1.422-1.449 (redacción Ley de equiparación) para darse cuenta de la exactitud de esta afirmación. Por ello, en este lugar, basta esta referencia conjunta a los nuevos §§ 1.422-1.449.

viéndose como hipótesis concreta la de que el marido o la mujer ejerzan de forma independiente un negocio (§ 1.456). Las demás normas sobre la administración del patrimonio común por el marido y la mujer hacen referencia al enriquecimiento de dicho patrimonio como consecuencia de un negocio jurídico que un cónyuge lleve a cabo sin el necesario asentimiento del otro (§ 1.457), a la administración por uno sólo de los cónyuges en el supuesto de incapacidad negocial del otro (§ 1.458), a las obligaciones y responsabilidades del patrimonio común (§§ 1.459-1.462), a la relación interna entre los cónyuges (§§ 1.463-1.464), a los gastos de un litigio entre ellos (§ 1.465), a la constitución del equipo de los hijos que lo son de uno solo de los cónyuges (§ 1.466), a las indemnizaciones al patrimonio común por el marido o la mujer (§§ 1.467-1.468) y a las acciones de supresión de la comunidad (§§ 1.469-1.470).

5) Las restantes normas sobre la comunidad, relativas a la liquidación del patrimonio común (§§ 1.471-1.482) y a la comunidad de bienes continuada (§§ 1.483-1.518), coinciden en gran parte y en lo esencial con las referentes a iguales materias en la antigua comunidad universal de bienes (§§ 1.471-1.518, redacción primitiva). En este caso, la Ley de equiparación no ha hecho sino retocar los textos para ponerlos de acuerdo con el axioma de que el marido y la mujer «son iguales» ante la ley o para adaptar las remisiones a la nueva numeración de otros parágrafos (305). Por esto, excusamos, pues, toda otra referencia a las normas en cuestión.

III. *Obligación de alimentos entre parientes.*—Son poco importantes las modificaciones que en relación con la deuda alimenticia entre parientes ha introducido la Ley de equiparación. Han consistido en lo siguiente (306):

1) Se retoca el § 1.604 para adaptarlo a las nuevas normas sobre régimen de bienes en el matrimonio.

2) Queda derogado el § 1.605, como lógica consecuencia de haberse suprimido; como más adelante veremos, el aprovechamiento paterno sobre el patrimonio del hijo.

3) En el § 1.606, al hacerse referencia al orden por el que han de responder los parientes de la línea ascendente obligados a alimentos, se da igual tratamiento al padre y a la madre.

4) Por último, el § 1.612 se modifica, en cuanto a la forma de prestación de los alimentos, en lo relativo a los plazos de satisfacción anticipada de la renta alimenticia; antes se satisfacía por trimestres anticipados, ahora por meses anticipados.

IV. *Relaciones paterno-filiales.*—Dentro de este epígrafe nos fijaremos, sucesivamente, en las relaciones entre padres e hijos en

(305) Una simple comparación de los antiguos §§ 1.471-1.518 con los nuevos de igual numeración demuestra el gran parecido que existe entre unos y otros.

(306) Sobre los fundamentos de la deuda alimenticia entre parientes después de que entre en vigor la Ley de equiparación, cfr. SCHRADE: *Die Grundzüge des Verwandten-Unterhalts nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes*, EF, 1957, 342.

general, en la patria potestad, en la filiación ilegítima y en la adopción. No es necesario advertir que los dos primeros apartados hacen referencia a la filiación legítima, hipótesis normal en las relaciones paterno-filiales (307).

A) *En general*. Los §§ 1.616 a 1.625 BGB se agrupan bajo un epígrafe que lleva por título «Relación jurídica entre los padres y el hijo en general». La Ley de equiparación ha introducido en él las siguientes novedades:

1) Se ha derogado el § 1.619, relativo al empleo por los padres de los rendimientos del patrimonio del hijo mayor de edad que sigue formando parte de la casa paterna y que ha cedido dicho patrimonio al padre o a la madre para que lo administren.

2) Queda suprimida, mediante la derogación de los §§ 1.620 a 1.623 la institución del «ajuar» o «Aussteuer» que el padre o madre habían de procurar a las hijas al casarse (308). La institución, por estar sólo configurada con relación a las hijas, se ha considerado incompatible con la equiparación; era una ventaja, sin equivalente para los hijos varones (309).

B) *Patria potestad*. Las reformas que se han introducido en relación con esta función paterna son importantes. Helas aquí:

a) A diferencia de lo que sucedía en la reglamentación anterior, en la que la patria potestad se confería en primer lugar al padre y sólo, subsidiariamente, a la madre (§ 1.627 relacionado con el § 1.684, redacción primitiva), la Ley de equiparación determina, con loable criterio, que la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos padres, que han de ejercerla bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en bien del hijo (§ 1.626, I, § 1.627) (310). En el desempeño de su misión se exige a los padres la diligencia *quam in suis* (§ 1.664).

Objeto de especial atención ha sido la hipótesis de que los padres, que conjuntamente ejercen la patria potestad, mantengan opinión distinta respecto a algún asunto concreto. En este caso

(307) Consideraciones de conjunto sobre la relación paterno-filial en la nueva reglamentación son las de HABSCHIED: *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern nach Gleichberechtigungsgesetz*, «Rpfleger», 1957, 326; DONAU: *Das neue Kindschaftsrecht*, MDR, 1957, 709; 1958, 6; ZIMMERMANN: *Die Stellung des Kindes im neuen Familienrecht*, UJ, 1957, 437 (I Teil); 1957, 533 (II Teil); PAULICK: *Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18 Juni 1957*, EF, 1958, 1; BEITZKE: *Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht*, EF, 1958, 7; HÄGELE: *Neues Kindschaftsrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, «Justiz», 1958, 44.

(308) No hay que confundir el ajuar o *Aussteuer* con el equipo o *Ausstattung* que se recoge en los §§ 1.624 y 1.625.

(309) Durante la segunda fase se discutió si procedía o no la supresión del ajuar.

(310) El § 1.626, I, establece: «El hijo, mientras es menor de edad, está bajo la patria potestad del padre y de la madre.» El § 1.627, por su parte, manifiesta: «Los padres han de ejercer la patria potestad bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en bien del hijo. En los casos de diversidad de opinión tienen que intentar ponerse de acuerdo.»

la reglamentación es la siguiente: Ante todo, se impone a los padres el deber de intentar ponerse de acuerdo. «En los casos de diversidad de opinión, dice el inciso final del nuevo § 1.627, tienen que intentar ponerse de acuerdo» (311). Si no lo consiguen, la decisión corresponde al padre, si bien con la obligación de tomar en cuenta el punto de vista de la madre. En ciertos casos, el Tribunal de Tutelas puede atribuir a la madre el derecho de decidir. «Si los padres no pueden ponerse de acuerdo, establece el § 1.628, decide el padre; éste ha de tomar en cuenta la opinión de la madre.—El Tribunal de Tutelas, a petición, puede encomendar a la madre la decisión de un asunto concreto o de una determinada clase de asuntos, si la conducta del padre, en una cuestión de especial significación, es contraria al bien del hijo o si la ordenada administración del patrimonio de éste así lo requiere.—Si el padre, en los casos de diversidad de opinión, infringe tenazmente su deber de intentar un acuerdo amistoso y de tomar en consideración la opinión de la madre en sus decisiones, el Tribunal de Tutelas, a petición, puede encomendar a la madre la decisión en los asuntos personales y patrimoniales del hijo, si ello corresponde al bien de éste».

b) Como es natural, la patria potestad sigue teniendo un aspecto personal y otro patrimonial, estando comprendida en ellos la representación legal del hijo., «El padre y la madre, dice el § 1.626, II, en tanto no se deduzca otra cosa de las disposiciones siguientes, tienen, en virtud de la patria potestad, el derecho y la obligación de velar por la persona y el patrimonio del hijo; el cuidado de la persona y del patrimonio comprende la representación del hijo».

En cuanto al aspecto personal de la patria potestad las normas del BGB, redactadas pensando en que era el padre quien ejercía dicha función, se han adaptado al principio de que ahora son el padre y la madre quienes, conjuntamente, la ejercen (cfr. §§ 1.630 sigs.) (312). Es preciso hacer una salvedad con respecto a la representación legal del hijo: ésta se atribuye inicialmente al padre y sólo con carácter subsidiario a la madre (§ 1.629, I) (313). Cuando, por alguna circunstancia, a uno de los padres no le corresponde cuidar de la persona del hijo, conserva, sin embargo, la facultad de seguir tratando personalmente con él (§ 1.634).

(311) «... müssen sie versuchen, sich zu einigen», dice el texto alemán.

(312) En cuanto al acuerdo sobre la educación religiosa del hijo en función de la equiparación, cfr. BECKER: *Gleichberechtigung. Freie Einigung der Eltern (Religiöse Kindererziehung)*, ZBlJugR, 1957, 189. Téngase en cuenta que la educación religiosa de los hijos es en Alemania objeto de una ley especial: la Ley sobre educación religiosa de los hijos de 15-VII-1921, que es un complemento del § 1.631 BGB. Cfr. más atrás, número 4.

(313) «La representación del hijo corresponde al padre; la madre representa al hijo cuando ejerza sola la patria potestad o cuando se le haya encomendado la facultad de decisión a tenor del § 1.628, párrafos 2 y 3» (§ 1.629, I). Sobre los párrafos 2 y 3 del § 1.628 cfr. más atrás, en el texto.

Las normas sobre el aspecto patrimonial de la patria potestad se han modificado en un doble sentido: en primer lugar, en el imprescindible de adaptarlas a la idea de que la función corresponde en común a ambos padres; en segundo, se ha simplificado su contenido en la forma que vamos a indicar. Antes de la Ley de equiparación, es decir, en la redacción inicial del BGB, el contenido patrimonial de la patria potestad se manifestaba en dos facetas: en la función (derecho y deber) de administrar el patrimonio del hijo (§§ 1.638-1.648, viejos); en el derecho de aprovechamiento o disfrute de dicho patrimonio por parte del titular de la patria potestad (§§ 1.649-1.663 viejos). En la nueva reglamentación, introducida en el BGB por la indicada Ley, se mantiene la administración del patrimonio del hijo por los titulares de la patria potestad, adaptando al mismo tiempo su configuración legal a la circunstancia de que ahora son ambos padres los que administran (§§ 1.638-1.648, nuevos). Se ha suprimido, en cambio, el aprovechamiento o disfrute sobre el patrimonio del hijo, quedando, pues, derogados los antiguos §§ 1.649 a 1.663 (314). En su lugar, el nuevo § 1.649 ofrece una regulación completa del destino que ha de darse a los rendimientos del patrimonio de los hijos, en cuya regulación se advierten, a lo sumo, insignificantes residuos del amplio derecho de aprovechamiento que correspondía al padre (o a la madre) que ejerciese la patria potestad. Dice así el § 1.649: «Los rendimientos del patrimonio del hijo, que no sean necesarios para la ordenada administración de este patrimonio, han de emplearse para el sustento de dicho hijo. En la medida en que los rendimientos del patrimonio no sean suficientes, pueden ser empleados los rendimientos que el hijo adquiriera por su trabajo o por la explotación independiente de un negocio a él permitida a tenor del § 112.—Los rendimientos del patrimonio, que no sean necesarios para la ordenada administración del mismo y para el sustento del hijo, pueden ser empleados por los padres para su propio sustento y para el de los hermanos menores y solteros de dicho hijo, en la medida que esto corresponda a la equidad en consideración a las circunstancias personales y de adquisición de los interesados. Esta facultad se extingue al casarse el hijo» (315).

c) La mayoría de las restantes normas referentes a la patria potestad no son más que una adaptación o adecuación de la regulación anterior, a veces con cambios en la numeración de los párrafos, a los nuevos presupuestos sobre los que se configura ahora dicha patria potestad (316): igualdad de ambos padres (y

(314) Aunque se ha aprovechado la coyuntura de reforma en el Derecho de familia, esta supresión del «aprovechamiento paterno» sobre el patrimonio del hijo nada tiene que ver con la cuestión de la equiparación de los sexos.

(315) Se ha referido a la aplicación por los padres, en interés propio, de los rendimientos del hijo, THEIS: *Zurechnung von Einkünften minderjähriger Kinder zu den Einkünften der Eltern*, «Betrieb», 1957, 980.

(316) Son nuevas las disposiciones referentes a la patria potestad en

consiguiente ejercicio por ambos de esta función) y supresión del aprovechamiento sobre el patrimonio del hijo. Así sucede claramente con las disposiciones relativas a las medidas de seguridad en los casos de riesgo en la situación personal o patrimonial del hijo (§§ 1.666-1.669), al concurso de uno de los padres como causa de terminación de la administración patrimonial (§ 1.670) (317), a la suspensión de la patria potestad (§§ 1.673-1.675), a la privación de la misma en el supuesto de delito contra el hijo (§ 1.676) o a su terminación en el caso de declaración de fallecimiento (§ 1.677).

Los preceptos reguladores del ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres en las hipótesis de entorpecimiento, suspensión, privación, muerte o declaración de fallecimiento del otro (§§ 1.678-1.692) son, asimismo, una simple adaptación de las normas que regían para el padre o la madre en la anterior reglamentación (318). Tal es el caso, por ejemplo, de la designación de consejero: antes sólo procedía su nombramiento cuando era la madre la que ejercía la patria potestad (§ 1.687, antigua redacción); ahora, cualquiera de los padres que por sí solo la desempeñe puede solicitar la designación (§§ 1.685, redacción nueva).

Como meras adaptaciones deben considerarse también las nuevas disposiciones referentes al entorpecimiento de ambos padres para ejercer la patria potestad (§ 1.693), a la misión de la Oficina de la juventud (§ 1.694), a las decisiones del Tribunal de Tutelas y a su responsabilidad (§§ 1.695-1.699), a la restitución del patrimonio y a la rendición de cuentas (§ 1.698), a la continuación de los negocios unidos al cuidado de la persona y el patrimonio del hijo (§ 1.698 a) y al cuidado de los asuntos urgentes después de la muerte de éste (§ 1.698 b).

C) *Filiación ilegítima*.—La Ley de equiparación de 1957 no lleva a cabo modificación alguna en esta materia, contenida en los §§ 1.705 y siguientes, que continúan idénticos a como estaban (319).

D) *Adopción*.—Son poco importantes las novedades introducidas en relación con esta figura. En realidad, la única novedad

caso de divorcio o de vida separada de los padres contenidas en los §§ 1.671 y 1.672, que derogan y sustituyen a los §§ 74 y 75 de la Ley de matrimonio de 1946. Se determina en ellos que el Tribunal de Tutelas decidirá a quién corresponde la patria potestad, no debiendo separarse de la propuesta de los padres a no ser que lo exija el bien del hijo y procurando que la función corresponda a uno solo de dichos padres.

(317) Cfr. KNÖCHLEIN: *Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Beendigung der elterlichen Gewalt in der Person eines Elternteils, insbesondere wegen Konkursöffnung über dessen Vermögen*, «Rpfleger», 1958, 5.

(318) Al ejercicio de la patria potestad por uno de los padres, en sus posibles hipótesis, se ha referido SCHWOERER: *Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht*, EF, 1958, 41; 1958, 88.

(319) Únicamente el necesario retoque en los §§ 1.738 y 1.740 para adaptar las remisiones en ellos contenidas a la nueva numeración de los párrafos a que se refieren.

propriadamente tal es la nueva reglamentación del nombre del hijo adoptivo cuando la adoptante es una mujer que está o ha estado casada. Antes de la Ley de 1957, si la adoptante era una mujer, que como consecuencia de su matrimonio había cambiado de nombre, el adoptado recibía el que la mujer adoptante había tenido antes de casarse (§ 1.758, versión antigua). Ahora, por virtud de la Ley indicada, el adoptado puede adquirir o bien el nombre de soltera de la mujer o bien el «nombre matrimonial» de ésta, es decir, el que la adoptante ha adquirido al casarse. Este extremo ha de pactarse en el contrato de adopción; si nada se establece al respecto, «vale como pactado» que el hijo adoptivo adquiere el «nombre matrimonial» de la madre adoptante. En todo caso, para que el adoptado adquiera este último nombre, es necesario el asentimiento del marido (o del antiguo marido) de la mujer, el cual puede, a veces, suplirse por el Tribunal de Tutelas (§§ 1.768 1.758 a, versión nueva).

La otra modificación, aparte de unos simples retoques en los §§ 1.760, 1.761 y 1.765, con objeto de adaptar las remisiones en ellos contenidas a la nueva numeración de los párrafos a que se refieren, ha consistido en suprimir en el § 1.767 la alusión al aprovechamiento sobre el patrimonio del hijo adoptivo. Es natural que así se haya hecho, pues al haberse suprimido dicho aprovechamiento con relación al patrimonio de los hijos legítimos (vid. más atrás) también ha de quedar suprimido con referencia al patrimonio de los hijos adoptivos que, por declaración del § 1.757 BGB, están equiparados a aquéllos.

V. *Tutela*.—Tampoco con relación a la tutela son de gran significación las reformas que se introducen. En síntesis, han consistido en lo siguiente (320):

1) Se ha simplificado el § 1.776, referente a los llamamientos para el desempeño del cargo de tutor. El nuevo texto de la norma determina que será tutor quien como tal esté nombrado por los padres (321); en el caso de que padre y madre hayan designado una persona distinta, vale el nombramiento hecho por aquel de los padres que haya muerto el último. Asimismo los abuelos (varones) han dejado de ser tutores legítimos, sin perjuicio, claro está, de poder ser tutores dativos en virtud del § 1.779. Como consecuencia de la reforma del § 1.776 han tenido que realizarse ciertas correcciones en el texto de los §§ 1.777, 1.778 y 1.782.

2) En el § 1.845 la remisión al § 1.669 se hace ahora al § 1.683.

3) Con referencia a la tutela dispensada, el nuevo texto del § 1.856 establece que si las ordenaciones de los padres son incompatibles entre sí, valen las acordadas por el que haya muerto el último.

(320) A las repercusiones que ha tenido la Ley de equiparación en materia de tutela, entendida esta expresión en sentido amplio, ha aludido MEYER: *Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft*, «Rpflegern», 1958, 39.

(321) El primitivo texto daba preferencia a la designación del padre sobre la hecha por la madre.

4) En el § 1.868 se retoca el párrafo I para adaptar las remisiones a la nueva numeración de los párrafos a que aquéllas hacen referencia. Se suprime el párrafo II, que daba rango preferente a las ordenaciones del padre sobre las de la madre, en relación con el Consejo de familia.

5) Mero cambio del número de las remisiones es el realizado también en el § 1.893.

6) En el § 1.899 se determina ahora simplemente que como tutores del mayor de edad están llamados los padres del pupilo, manteniéndose en el 1.900 la preferencia del cónyuge sobre los mismos.

7) Por último, aparte de un retoque aclaratorio en el texto del § 1.901, en el 1.903 las referencias al padre se hacen ahora al padre o a la madre. Lo mismo sucede en el § 1.904, en el que la referencia a la madre legítima se hace ahora al padre o a la madre.

En la institución de la curatela sólo se observan algunas levisimas correcciones de redacción en los §§ 1.909, 1.912 y 1.917

VI. *Modificaciones en el Derecho sucesorio.*—En el libro V del BGB se han revisado también algunos preceptos en lo tocante a los derechos sucesorios del cónyuge viudo con el fin de armonizar esta materia con las nuevas normas sobre el régimen de bienes en el matrimonio. Las modificaciones, en sí mismas consideradas; carecen de importancia, pues, en general, no son otra cosa que simples adecuaciones de tipo formal a las novedades introducidas en otros lugares del BGB.

Las reformas del libro V son éstas:

1) En los §§ 1.931 y 2.303, referentes, respectivamente, a la porción hereditaria legítima y a la cuota legitimaria del cónyuge viudo, se deja a salvo lo dispuesto en el § 1.371 (322).

2) En el § 1.932, y ésta es en el fondo la única novedad propiamente tal realizada en el libro V, se atribuye al cónyuge superviviente la «aventaja» (*Voraus*) también en el supuesto de concurrencia con herederos de primer orden (323), en la medida que los

(322) El § 1.371 es el relativo a la terminación del régimen legal de bienes por muerte de uno de los cónyuges, en cuyo caso determina que la porción hereditaria legítima del superviviente se incrementa en una cuarta parte de la herencia. Nos hemos referido detenidamente a esta cuestión en este mismo número 13 (apartado c, II, A).

(323) Conforme al primitivo texto del § 1.932 la aventaja sólo correspondía al cónyuge cuando concurría con parientes de segundo orden (padres y sus descendientes) o con abuelos, pero en tal caso haciendo abstracción de que dicha aventaja fuera o no necesaria para tener un hogar adecuado. Esta norma se ha mantenido tal como estaba, en el nuevo texto. La novedad ha consistido en añadir un inciso en el sentido indicado: atribuir el derecho a la aventaja aun concurriendo con descendientes; pero sólo en el supuesto y en la medida de la necesidad.

objetos que la integran sean necesarios para tener un hogar adecuado (324).

3) La hipótesis considerada en el § 2.008 de que la heredera fuese una mujer casada y la herencia perteneciese al patrimonio aportado o al patrimonio común se ha convertido ahora, en el nuevo texto de la norma, en el supuesto de que el heredero sea un cónyuge que vivía en régimen de comunidad de bienes y la herencia pertenezca al patrimonio común.

4) En los §§ 2.054 y 2.331 las referencias a los distintos tipos de comunidad se hacen ahora simplemente a la comunidad de bienes sin más especificación.

5) En el § 2.356, II, se introduce una referencia a la «comunidad de ganancia» o *Zugewinnngemeinschaft*, como estado legal de bienes en el matrimonio (325).

VII. *Modificaciones en la Parte General.*—En el libro I del BGB la Ley de equiparación ha reformado ciertos aspectos relativos a la declaración de mayoría de edad (§ 4) y al domicilio (§§ 8, 10 y 11) (326).

En relación con la declaración de mayoría de edad el nuevo párrafo II del § 4 establece que cuando el menor esté bajo patria potestad es también necesario el consentimiento de los padres (en el antiguo texto era el consentimiento del «tenedor de la patria potestad», que normalmente sería el padre). Si a uno de ellos no le corresponde el cuidado de la persona ni el del patrimonio del hijo, su consentimiento no es preciso. En cuanto a las hijas menores se determina que si están o han estado casadas pueden ser declaradas mayores de edad sin consentimiento de los padres (en el antiguo texto sólo se decía que la viuda menor no necesitaba el consentimiento del tenedor de la patria potestad).

Las modificaciones en materia de domicilio se refieren al de la mujer casada y al de los hijos. El § 8, después de haber establecido (lo mismo que antes) que no pueden constituir ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representante legal quienes adolezcan de incapacidad negocial o estén limitados en la misma (párrafo I), contiene ahora un párrafo II, que es nuevo, y que establece: «Una mujer menor que está casada (327) puede constituir

(324) La reforma introducida en el § 1.932 ha hecho necesaria una adecuación al mismo del § 2.311. Antes, según este precepto, sólo al determinar la legítima de los padres procedía no tomar en cuenta la ventaja porque únicamente en ese caso podía darse ésta en concurrencia con la legítima (§ 1.932, antiguo). Ahora, la ventaja puede coexistir también con la legítima de los descendientes (§ 1.932, nuevo), por lo cual también en este caso procede no tomar en cuenta dicha ventaja al determinar esa legítima (cfr. nuevo texto parágrafo 2.311).

(325) Estas modificaciones, realizadas en el Derecho sucesorio, pueden consultarse en las ediciones del BGB citadas en la nota 257, y en los trabajos allí indicados referentes a la Ley de equiparación en general.

(326) Cfr. nota anterior, en lo que se refiere a las novedades en la Parte General.

(327) El supuesto de varón menor de edad casado no puede darse en el

o suprimir independientemente un domicilio. Lo mismo vale para una mujer que estaba casada y que ha cumplido los dieciocho años».

El § 10, que establecía, como regla general, que la mujer casada compartía el domicilio del marido, ha sido derogado. Esta derogación, unida a la norma anteriormente indicada de que la mujer menor que está o ha estado casada puede constituir o suprimir un domicilio (§ 8, II), demuestra con claridad que el principio adoptado por la Ley de equiparación es el de que la mujer casada puede tener su domicilio independiente. Si el § 8, II, concede de manera expresa esta facultad a la mujer casada menor, es incuestionable que tal derecho corresponde con más razón a la mujer casada mayor de edad (328) (329).

En lo que se refiere al domicilio de los hijos, el primitivo texto del § 11 se limitaba a determinar que el hijo legítimo compartía el domicilio del padre, el ilegítimo el de la madre, el adoptivo el del adoptante. El nuevo texto del § 11 adecúa el domicilio del hijo legítimo al principio de equiparación jurídica de los padres y a la posibilidad de que tengan distinto domicilio, y añade una referencia al domicilio del hijo legitimado por declaración de legitimidad. El restante contenido del precepto continúa siendo el mismo. Se gún esto, la nueva versión del § 11 es la siguiente: «Un hijo legítimo comparte el domicilio de los padres; si éstos no tienen el mismo domicilio, comparte el de aquel de los padres que represente a dicho hijo en los asuntos personales. Un hijo ilegítimo comparte el domicilio de la madre, un hijo declarado legítimo el del padre y un hijo adoptivo el del adoptante. El hijo conserva este domicilio hasta que válidamente le sea suprimido.—La legitimación de un hijo mayor de edad o su adopción no tienen influencia alguna en su domicilio» (330).

14. *Consideración final.*—Terminamos así la exposición de las reformas que el desarrollo legislativo del principio de igualdad jurídica de los sexos ha hecho necesarias en el Código civil alemán, tal como éstas se han realizado en la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957 y cuya vigencia comienza el 1 de julio de 1958. Sólo

Derecho alemán, porque el varón no puede contraer matrimonio hasta su mayoría de edad. Cfr. § 1.303 BGB; ahora Ley de matrimonio de 1946, § 1 en relación con § 2 BGB.

(328) Cfr. DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (17ª ed., 1958), § 10, derogado, 14; KRÜGER, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz*, 229-230; GREIFF, en ACHILLES-GREIFF: *BGB* (20.ª ed., 1958), § 10, 8.

(329) No puede desconocerse la circunstancia de que esta posibilidad de domicilio independiente de los cónyuges debilita y resiente su recíproco deber de «comunidad matrimonial de vida» impuesto por el propio BGB (§ 1.353), pues es indudable que uno de los aspectos (quizá el fundamental) de esa «comunidad matrimonial de vida» es la vida en común, y es lógico pensar que ésta no se desenvolverá *con normalidad* si los cónyuges tienen distinto domicilio.

(330) Este segundo párrafo existía también en el antiguo § 11, pero estaba redactado de otra forma. Se trata, pues, en este caso, de una mera corrección de estilo, puramente formal.

nos hemos detenido en las cuestiones de mayor importancia, pero advertimos que la modificaciones del BGB han sido indicadas en su totalidad, añadiendo, siempre que nos ha sido posible, la necesaria información para un estudio de las mismas (331).

No puede desconocerse que, en general, la Ley de equiparación ha procedido con un criterio ecuaníme y muy ponderado, pero tampoco sería lícito ignorar que en algún caso al legislador alemán tal vez se le haya ido la mano (332) mientras que en otros ha procedido con una cierta inhibición (333). Ahora sólo resta espe-

(331) Otras cuestiones de las que se ha ocupado la doctrina en relación con la Ley de equiparación, y que sólo se indican aquí a título informativo, son las siguientes: Al *divorcio* se ha referido MÜLLER-FRIEINFELS: *Scheidungsstatut und Gleichberechtigung*, JZ, 1957, 148. Objeto de especial atención han sido los problemas relativos a la posible *eficacia retroactiva* de la Ley y a las cuestiones de *Derecho de transición* que suscita: DONAU: *Rückwirkende Kraft des Gleichberechtigungsgesetzes?*, NJW, 1958, 250; SCHEYHING: *Rückwirkende Kraft des Gleichberechtigungsgesetzes?*, JZ, 1957, 741; TSCHICHGALE: *Die Bewertung der Erklärung nach Art. 8, I, Nr. 3, Abs. 2 des Gleichberechtigungsgesetzes*, JR, 1957, 293. A la inconstitucionalidad del nuevo texto del § 646 de la ZPO, referente a la petición de *incapacitación de un cónyuge*, ha aludido VON BUCH: *Der Entmündigungsantrag gegen einen Ehegatten. Zur Verfassungswidrigkeit des § 646, Abs. I, ZPO*, n. F, EF, 1957, 403. La reglamentación de las *haciendas agrícolas vinculadas* puede verse afectada por la Ley de equiparación. LANGE: *Über den Einfluss des Gleichberechtigungsgesetzes auf die Höfeordnung* (frühere BrZ), NJW, 1957, 1503. La cuestión del *nombre comercial* ha sido tomada en cuenta por PABST: *Firmenrecht und Gleichberechtigung*, BB, 1957, 454. Las reformas en materia de *jurisdicción voluntaria* han sido recogidas por KEIDEL: *Die neue Gesetzgebung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (auch betr. Gleichberechtigungsgesetz, das neue Personenstandsgesetz und Rechtspflegergesetz), JZ, 1957, 607. Las repercusiones de la Ley en materia de *concurso y transacción concursal* han sido indicadas por BÖHLE-STAMMSCHRADER: *Anderungen der Konkursordnung und Vergleichsordnung durch das Gleichberechtigungsgesetz*, KTSW, 1957, 97. Sobre *Derecho internacional privado*, NEUHAUS: *Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1958, 13; RAAPE: *Gleiches und Ungleiches im Bereiche des internationalen Privatrechts - auch Darlegungen zum Gleichberechtigungssatz*, StAZ, 1957, 205. Los *seguros de vida* y las *pensiones de viudedad*, en relación con la Ley de 1957, han sido considerados por MEYER: *Laufende Lebensversicherung und Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 397; BRÜHL: *Witwergeld und Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 401. Por último, sobre otros aspectos diversos, cfr. MASSFELLER: *Das Gleichberechtigungsgesetz im Geschäftsverkehr der Kreditinstitute*, Stuttgart, 1957; BOSCH: *Freiheit und Bindung in neuen Familienrecht*, EF, 1958, 81.

(332) A nuestro juicio, el ejemplo más característico en este sentido es la sanción del principio de que la mujer casada puede tener un domicilio independiente al del marido. Cfr. más atrás. Semejante norma está justificada e incluso es necesaria en circunstancias extraordinarias o excepcionales, pero consideramos impropio, por contrario a la esencia de la institución matrimonial, su reconocimiento como precepto de carácter general.

(333) Como tal debe considerarse la derogación del § 1.354, sin norma que le sustituya. Es indudable que el texto del precepto (que confería al marido el poder de decidir en todos los asuntos concernientes a la vida matrimonial común) tenía que ser revisado como lógica consecuencia de la

rar a que la Ley de equiparación lleve un cierto tiempo de vigencia para poder apreciar el impacto de la equiparación jurídica de los sexos en el mecanismo y funcionamiento de la familia, y para poder apreciar también si son o no fundados los temores de que paulatinamente se va a resentir la cohesión del organismo familiar.

Por nuestra parte, a fuer de sinceros, no queremos opinar aún en ningún sentido. La jurisprudencia alemana tiene ahora la palabra.

equiparación jurídica de los cónyuges. Pero no creemos que la mejor manera de modificar esta materia haya sido derogar sin más el § 1.354. Hubiera sido más conveniente adoptar un criterio análogo al seguido con referencia al poder de decisión de los padres en los asuntos concernientes a los hijos: conceder en primer lugar el derecho de decisión conjuntamente a ambos cónyuges y sólo para los casos de diversidad de opinión atribuir el poder decisorio al marido, pero tomando en cuenta el punto de vista de la mujer (cfr. §§ 1.627; 1.628 nuevos; vid. más atrás estas normas). Esta era precisamente la solución adoptada por el segundo Proyecto oficial (Proyecto II), que proponía la siguiente redacción para el § 1.354 BGB: «Los cónyuges han de resolver de mutuo acuerdo todos los asuntos que conciernen a la vida matrimonial común. En los casos de diversidad de opinión tienen que intentar ponerse de acuerdo. Si no pueden ponerse de acuerdo, decide el marido; ha de tomar en cuenta la opinión de la mujer. Si su decisión es contraria al bien de la familia, dicha decisión no es obligatoria para la mujer.» Fué la Subcomisión de Derecho de Familia del Bundestag la que, al elaborar el Proyecto definitivo (Proyecto III o Proyecto de la Subcomisión), optó por suprimir esta norma. Hemos de advertir, sin embargo, que el acuerdo se tomó por una insignificante mayoría: ocho votos contra siete. Sobre esta cuestión puede consultarse SCHWARZHAUPT: *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen*, EF, 1957, 33-34 (cita completa del trabajo en la nota 249).

La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero

LUIS DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON

Ayudante de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. Antecedentes históricos.—III. Fundamentos de la aceptación de la herencia por los acreedores.—IV. Naturaleza jurídica de la aceptación de la herencia por los acreedores: 1) La teoría de la acción pauliana; 2) La teoría de la acción subrogatoria; 3) La teoría de la acción mixta; 4) Replanteamiento del problema.—V. Requisitos de la aceptación de la herencia por los acreedores: 1) Legitimación activa; 2) Legitimación pasiva; 3) La renuncia de la herencia; 4) El perjuicio de los acreedores; 5) La previa autorización judicial; 6) Plazo de ejercicio.—VI. Efectos de la aceptación de la herencia por los acreedores.—VII. El artículo 1.001 y los legados.—VIII. El artículo 1.001 y la renuncia de gananciales.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.001 de nuestro Código civil establece textualmente que «si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá, en ningún caso, al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código». El precepto legal anteriormente transcrito, que tiene sus más inmediatos precedentes (1) en el artículo 788 del Código civil francés (2) y en el 949 del

(1) El precedente más inmediato del artículo 1.001 del Código civil es el artículo 831 del Proyecto de 1851, que, literalmente transcrito, decía así: «Si el heredero, aun sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden éstos pedir al Juez que les autorice para aceptar la herencia a beneficio de inventario.—En este caso la aceptación sólo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos, pero no al heredero que repudió». De un cotejo superficial de ambos textos se observa que existen entre ellos algunas diferencias importantes sobre las que más tarde con vendrá insistir. Las diferencias esenciales en este punto entre el Proyecto

italiano de 1865 (3)—concordante este último, aun con alguna modificación, con el artículo 524 del nuevo Código civil de 1942 (4)—, plantea uno de los problemas más interesantes y curiosos de todo el Derecho civil por encontrarse en un punto donde entran en colisión los principios que rigen la sucesión hereditaria con los que dominan el derecho patrimonial o de bienes. Efectivamente: de una parte, el artículo 988 del Código civil sienta como principio general que la aceptación y la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres (5), extrayendo de ello

de 1851 y el Código son: a), la referencia a las renunciaciones por precio, con lo cual el artículo 831 del Proyecto se refería no sólo a las renunciaciones en sentido propio y verdadero, sino a las enajenaciones, onerosas o gratuitas, de la herencia, que presuponen la aceptación (cfr. art. 1.000, núms. 2.º y 3.º); b), la renuncia en el Proyecto había de ser «en fraude de los acreedores», mientras que en el Código es «en perjuicio de los propios acreedores», sustitución ésta del requisito del fraude por el del perjuicio, cuyo alcance y significado más tarde se analizará; c), en el Proyecto los acreedores pueden aceptar la herencia «a beneficio de inventario», mientras que el Código, sin aludir a este problema, se limita a establecer que pueden pedir autorización para aceptarla; d), la aceptación de los acreedores se hacía en el Proyecto en representación del deudor («representando al primero»), en tanto que en el Código se hace «en nombre de aquél».—Sobre el artículo 831 del Proyecto de 1851, más ampliamente, vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, Madrid, 1852, II, páginas 217 y 218.

(2) El artículo 788 del Código francés dice textualmente: «Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice á accepter la succession du chef de leur débiteur en son lieu et place.—Dans ce cas, la renonciation n'est annullée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'á concurrence seulement de leurs créances: elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé».

(3) El artículo 949 del Código civil italiano de 1865, traducción casi literal del Code Napoléon, al menos en este punto, decía: «I creditori di colui che rinunzia ad un'ereditá in pregiudizio dei loro diritti possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore.—In questo caso la rinunzia e annullata non in favore dell'erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori per la concorrenza dei loro crediti.»

(4) El nuevo Código civil italiano de 1942 (art. 524) ha modificado en alguna manera la redacción y el sentido del antiguo Código de 1865: «Se taluno rinunzia, benché senza frode, a un'ereditá con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'ereditá in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti.—Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinunzia.»

(5) «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres», dice el artículo 988 del Código civil, recogiendo el principio general de todo el moderno Derecho europeo de que nadie es heredero si no quiere. Principio que había plasmado en la máxima consuetudinaria francesa «il n'est héritier qui ne veut» recogida luego por el Código civil de aquel país («Null est tenu d'accepter une succession qui lui est échue», art. 775). El principio general de voluntariedad de la aceptación y de la repudiación impide o, al menos, hace excepcional la asunción y de la cualidad de heredero de modo necesario. Nuestro Código civil sólo en muy contados casos impone la cualidad de heredero de forma necesaria. Véase, por ejemplo, el artículo 1.002, conforme al cual los herederos que hayan

el artículo 997 la consecuencia de que, una vez hechas, son irrevocables (6) y sólo pueden ser impugnadas cuando adolezcan de alguno de los vicios que anulan el consentimiento (7) o aparezca un testamento desconocido. Pero este principio de la entera libertad y voluntariedad de la aceptación o repudiación de una herencia parece entrar en una cierta colisión con el artículo 1.911 del propio Código civil que afecta todos los bienes presentes y fu-

sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros y simples. Sobre ello, ALBALADEJO: *La sucesión iure transmissionis*, en «Anuario de Derecho civil», V, 3, 1952, págs. 912-971.

(6) Este principio de irrevocabilidad, de carácter absoluto en el artículo 997 de nuestro Código civil, tiene alguna excepción en el derecho comparado, que admite la revocación de la renuncia en virtud de aceptación del heredero repudiante, en tanto no haya sido aceptada por los herederos sucesivamente llamados y no haya prescrito el derecho de aceptar. En este sentido, el artículo 790 del Código francés y el artículo 525 del nuevo Código civil italiano.

(7) De esta norma, conforme a la cual la aceptación y la repudiación de la herencia «sólo pueden ser impugnadas cuando adolezcan de alguno de los vicios que anulan el consentimiento», parece deducirse una cierta asimilación de los actos mencionados a los negocios jurídicos que permite sostener la naturaleza negocial, como declaraciones de voluntad de los mismos (vid. CASTÁN: *Derecho civil español*, III, edic. 1943, págs. 274 y sigs.; DE DIEGO: *Instituciones del Derecho civil español*, Madrid, 1932, t. III, páginas 349 y sigs.) Esto no obstante, el carácter estrictamente negocial de los actos de aceptación y repudiación de la herencia, ha sido puesto en duda por algún sector de la doctrina que ve en ellos más que auténticos negocios jurídicos, actos de ejercicio de un derecho, de ejercicio del *ius delationis*, derecho concedido al llamado a la herencia por el mero hecho de la delación de ésta y de cuyo contenido forman parte precisamente el derecho o facultad de aceptar o repudiar (CARIOTA-FERRARA: *Problemi di teoria generale nel diritto ereditario*, «Riv. Diritto civile», I, 1, 1955, págs. 14-54; con anterioridad, en *Il diritto al diritto*, «Diritto e Giurisprudenza», 1945). En favor de esta última dirección está la consideración de la «aparición de testamento desconocido», como causa de impugnación de la aceptación o de la renuncia, sobrentendiendo siempre que el «testamento desconocido» contenga un llamamiento en favor de personas distintas, o aun en favor de las mismas personas, con distinto alcance y extensión. La aparición de testamento desconocido permite la impugnación de la aceptación o de la repudiación por el hecho de carecer el aceptante o renunciante del derecho que había ejercitado o ser titular de un derecho de distinto contenido y extensión. Puede armonizarse esta tesis que considera los actos de aceptación y renuncia como actos de ejercicio de un derecho, con la norma que permite su impugnación por la existencia de vicios en el consentimiento, pensando, no ya que los actos de ejercicio de derecho son siempre acto de ejercicio de un derecho (vid. CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1956), tesis insostenible en cuanto que el negocio jurídico como acto de autonomía, no puede ser nunca acto de ejercicio de un derecho previamente ostentado), sino porque para determinados actos jurídicos, de naturaleza no negocial, a los cuales se ha da dado en llamar «actos semejantes a los negocios» (ver ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., t. I, vol. 2.º, págs. 11 y sigs.; también CASTÁN: *Derecho civil español*, I, vol. 2.º página 443) tiene también vigencia el régimen de vicios del consentimiento establecido por la ley, únicamente para los negocios (vid. arts. 1.263 y siguientes para los contratos; 673 y sigs. para los testamentos, etc.).

turos del deudor, entre los cuales parece, en principio, encontrarse la herencia que se le defiere, al cumplimiento de sus obligaciones (8). De esta colisión ha surgido el artículo 1.001 del Código, donde se cruzan las normas básicas del derecho de obligaciones, que marcan la amplitud y extensión del poder de los acreedores, con las normas estrictas del Derecho sucesorio. El artículo 1.001 ofrece un problema no sólo interesante, como antes decíamos, sino por demás difícil y debatido. Radica su mayor interés en la dificultad de explicarlo aplicando las reglas estrictas del Derecho sucesorio, con las cuales aparece en extraño desacuerdo, y en la dificultad de derivarlo de los principios del Derecho patrimonial, con los que tampoco se encuentra en perfecta congruencia.

Resulta raro, por esta misma razón, que a un precepto de esta naturaleza, hondamente enraizado en los problemas básicos de nuestro Derecho civil, no se le haya concedido por parte de la doctrina científica toda la atención que, a nuestro juicio, merece (9). De ahí que parezca conveniente examinarlo con el máximo detenimiento posible, no sólo por tratar de explicar la figura un poco anómala que en él aparece—aceptación por los acreedores de una herencia repudiada—, sino también para tratar de extraer las necesarias consecuencias prácticas; al mismo tiempo será menester buscar las conexiones que tiene dentro de la unidad de nuestro Código civil para ver de encuadrarlo sistemáticamente.

(8) Vid. CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código civil* en «Revista de Derecho Privado», 1932, págs. 193 y sigs. Además, toda la bibliografía más adelante citada.

(9) La doctrina científica española ha dedicado muy poca atención al precepto que aquí estudiamos. Fuera de ligerísimas referencias en las obras de carácter general (CASTÁN: op. y loc. cit.; DE DIEGO: op. y loc. cit.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, Valladolid, 1921, t. V, págs. 5 sigs.; DE BUEN: *Notas a Colin y Capitant*, III, págs. 141 y sigs.) y de su relación con los estudios en torno a la acción pauliana (CASTRO: loc. antes citado) o con la adquisición de la herencia, como argumento en pro o en contra de la solución romana o germánica, discutida en reciente polémica (vid. GARCÍA VALDECASAS: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, «Revista de Derecho Privado», 1944; *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, en la misma Revista, 1951, págs. 991 y sigs.; ROCA SASTRE: *La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y foral*, «Estudios de Derecho Privado», II, págs. 1-29). Tampoco en la doctrina extranjera ha sido mayor la atención prestada a la norma. Si se exceptúa una antigua e inaccesible monografía de ROSSI: *Della rinunzia all'eredità in danno dei creditori*, Pisa, 1872, es preciso acudir a las obras de carácter general o a las monografías sobre temas cercanos, como son la acción subrogatoria o la acción pauliana. Sobre ello, vid. la bibliografía más adelante citada.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No puede ciertamente decirse que el artículo 1.001 del Código civil tenga sus antecedentes históricos en el derecho romano (10). En el derecho romano los acreedores perjudicados por los actos de su deudor disponen de un medio de defensa que el edicto pretorio les concedió: la acción revocatoria por fraude (11), acción que más tarde se llamará pauliana. En opinión de los jurisconsultos romanos, el deudor que renuncia la herencia, que le ha sido deferida, no perjudica a sus acreedores. No les alcanza a los acreedores la protección del edicto en los casos de renuncia a la herencia por el deudor (12). La razón es clara. A juicio de los jurisconsultos romanos, el fundamento, la esencia del fraude de acreedores es una enajenación de bienes realizada por el deudor en perjuicio de los derechos de aquéllos, una disminución de su patrimonio (*deminutio patrimonii*) que merma al mismo tiempo la base de la común garantía de los acreedores (13). La renuncia a la herencia no es una enajenación, una disminución del patrimonio, sino una falta de adquisición, una *omissio adquirendi* (14). La herencia del causante se adquiere por el heredero, en el derecho romano, por virtud de la aceptación. Antes de la aceptación no puede decirse que los bienes hereditarios hayan ingresado en el patrimonio del llamado a la sucesión. Y si los bienes hereditarios no han ingresado en el patrimonio del llamado, mal puede decirse que, al renunciar a la herencia, realice el deudor una

(10) Ya GARCÍA GOYENA, en op. y loc. cit., pág. 217, refiriéndose al artículo 831 del Proyecto de 1851, muy similar al 1.001 del Código, decía que la disposición parecía justa, aun siendo contraria al Derecho romano, según la cual se podía repudiar la herencia, el legado y hasta la porción legítima sin que los acreedores pudieran hacer uso de la acción pauliana, pues ésta sólo procedía en los casos de enajenaciones o disminuciones de lo adquirido, pero no cuando el deudor dejaba de adquirir.

(11) «Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur»: Dig. 42, 8.—Sobre la acción pauliana en Derecho romano: SERAFINI: *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, Pisa, 1887; BELLAVITE: *L'azione pauliana nel diritto romano*, Padova, 1881.

(12) Así el famoso pasaje de ULPIANO (libro sexagésimo sexto ad Edictum), en Dig. 42, 8, 6, § 2, que ha sido el punto central de toda la discusión posterior sobre el problema. Claramente dice el jurisconsulto que no hay acción cuando el deudor renuncia la herencia: «qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam non est in ea causa».

(13) El propio ULPIANO (libro vicesimo primo ad Edictum), en Dig. 50, 17, 134, dice que no defrauda a sus acreedores el que no adquiere, sino el que disminuye sus propios bienes: «Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuitur.»

(14) El que no usa la ocasión de adquirir no se entiende que enajena. PAULO (libro vicesimo primo ad Edictum), en Dig. 50, 16, 28: «Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare.»

enajenación, una disminución de su patrimonio (15). La renuncia es simplemente una declaración de no querer adquirir, una *omissio adquirendi* (16). Pero frente a la omisión de adquirir el edicto no protege a los acreedores; una omisión de adquirir no es nunca constitutiva de fraude; es cierto que el deudor tuvo ocasión de adquirir unos bienes con los que podía cubrir sus deudas, pero, al no adquirirlos, no mermó su patrimonio y, en consecuencia, no puede decirse que defraudara a sus acreedores. Los textos romanos son categóricos en este punto: el que repudió una herencia legítima o testamentaria no está en esta causa—la de fraude de acreedores—, de tal manera que el edicto no le comprende, pues no disminuyó su propio patrimonio, sino que no quiso adquirir (17).

La regla del artículo 1.001 de nuestro Código civil—y las concordantes del artículo 788 del francés y 949 y 524 de los Códigos italianos de 1865 y 1942, respectivamente—no tiene origen romano. Al contrario, cabe pensar que se originan precisamente cuando decaen los principios romanos en esta materia y son sustituidos por otros más acordes con las necesidades de los tiempos.

El problema del origen histórico del artículo 1.001 del Código civil español y de sus concordantes en los Códigos francés e italiano se presenta sobremanera confuso. ¿De dónde recoge esta norma el Code Napoléon? Sus autores no se han cuidado de aclararlo. Tanto la Exposición de Motivos (18) como el «Rapport» al Tribunado (19) se limitan a hacer un leve comentario de la disposición, exigencia, según ellos, del principio de buena fe que debe ser la base de todos los actos jurídicos (20) y de la necesidad

(15) ULPIANO, en el frag. cit., 42, 8, 6, § 2, dice expresamente que el que repudia una herencia no puede decirse que disminuye su patrimonio, sino que no ha querido adquirir: «Nolui enim adquirirere, non suum patrimonium deminuit.»

(16) PAULO, en fragm. 50, 16, 28, cita como ejemplo de la omisión de adquirir, precisamente la repudiación de la herencia y el inejercicio de la opción concedida por tiempo cierto. «Qui occasione adquirendi non utitur non intelligitur alienare: veluti qui haereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.»

(17) ULPIANO (fr. 52, 8, 6): «Quid autem cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, quid id agunt, ne locupletentur, § 1. Unde si quis ideo conditioni non parat, ne committatur stipulatio in ea conditione est, ne faciat huic edicto locum. § 2. Proinde et si repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirirere, non suum patrimonium deminuit. § 3. Simili modo dicendum est si filium suum emancipavit ut suo arbitrio adeat hereditatem cessare hoc edictum. § 4. Sed et illum probandum est si legatum repudiavit, quod Julianus quoque scribit.»

(18) TREILHARD: *Expose des motifs de la loi relative aux Successions*, I, pag. 134, Discours núm. 52.

(19) CHABOT: *Rapport fait au Tribunat*, Discours núm. 53.

(20) Todo el comentario de TREILHARD al artículo 788 del Code se re-

de velar por los intereses de los acreedores (21). El problema queda así sin resolver. ¿De qué manera el principio romano de inatacabilidad de la renuncia hecha en perjuicio de acreedores se convierte en el principio moderno de aceptación de la herencia repudiada por los acreedores del heredero?

Los primeros comentaristas de los antes citados textos justinianos comienzan a modificar el rigor del principio y a poner en duda la justificación de su aplicación en determinados casos concretos (22). La primera excepción será la cuota legítima. El deudor que renuncia a su cuota legítima defrauda a los acreedores, porque respecto a ella la renuncia no es una *omissio adquirendi*. La cuota se considera como deferida por la ley con independencia de la voluntad del testador (23). Y así se dice que no es posible renunciar a la legítima, porque ésta se le debe al hijo no sólo al tiempo de la muerte del padre, sino aun antes, en vida de aquél, de tal manera que no puede decirse que el dominio sea adquirido *ex novo* por el hijo, sino como continuación por la muerte del padre (24).

Por otra parte, y ya con mucha mayor amplitud de criterio, critican los autores de derecho canónico el principio romano de inatacabilidad de la renuncia a la sucesión hecha en perjuicio de

duce a la siguiente frase: «No es menos superfluo anunciar aquí que un heredero llamado a una sucesión útil no puede frustrar a sus acreedores con una renuncia en la cual quizá haya recibido algún precio de modo secreto; la buena fe debe ser la base de todos los actos y los acreedores tienen siempre el derecho de aceptar en lugar de su deudor una sucesión que puedan creer beneficiosa.» La referencia al precio secretamente recibido por repudiación, en que más tarde insistirá algún comentarista español, no puede ser más inexacta. Si el llamado recibió algún precio por repudiar no nos encontraríamos nunca ante una verdadera renuncia, sino ante un acto que supone tácita aceptación de la herencia (cfr. art. 1.000) y una subsiguiente enajenación de lo adquirido. Nos hallaríamos, en tal caso, en presencia de un típico supuesto de enajenación fraudulenta, a la que es aplicable la acción pauliana, si bien se haya realizado bajo apariencia de renuncia que no constituiría en este caso otra cosa que una forma de simulación.

(21) CHABOT, en el lugar citado, dice que era necesario también velar por los intereses de los acreedores en el caso de que un heredero renunciara en perjuicio de sus derechos. Se permite, por ello, que puedan hacerse autorizar judicialmente para aceptar la sucesión en nombre y lugar de su deudor, pero la renuncia no es anulada en este caso más que en favor de los acreedores y sólo hasta la concurrencia de sus créditos; no aprovechará al heredero que ha renunciado.

(22) Sobre ello, vid. BREZZO: *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei debitori*, Torino, 1892; también MAIERINI, Angelo: *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudicio dei creditori*, Firenze, 1898.

(23) Vid. GIORGI: Notas a la tercera edición de MAIERINI.

(24) Se suele citar en este punto la frase de MERLINO: *De legitima*, 3, 29, 10, conforme a la cual *renunciari non posse legitimam, quia cum ipse debita sit filio non solum tempore mortis patris, sed eo etiam vivente quasi debita dici possit, illius que dominium non de novo adquiratur sed morte patre continetur in filium tamquam ius quaesitum non quaerendum.*

acreedores. A juicio de la doctrina canonista debe concederse protección a los acreedores, porque el acto de renuncia del deudor es un acto contrario a la justicia y constitutivo de pecado mortal (25). A esta dirección canonista, ya de por sí influyente, vienen a unirse dos circunstancias cuyo influjo en la cuestión será sin duda decisivo: de una parte, el florecimiento comercial de las ciudades italianas y francesas en la baja Edad Media, que impone no sólo unos nuevos usos en el tráfico jurídico y una nueva literatura —la de los prácticos— (26), sino también la necesidad ineludible de dotar al crédito—instrumento fundamental de toda realización mercantil—de una protección superior a la que representaban las viejas reglas romanas del fraude de acreedores (27); de otra parte, la penetración de los principios germánicos en materia de adquisición de la herencia que, al consagrar la *saisine* hereditaria y el principio de adquisición *ex lege* de la herencia desde el momento de la muerte del causante (28), permiten considerar la renuncia, frente a los acreedores del renunciante al menos, como una verdadera enajenación, sometida por ello a la acción de impugnación por fraude de acreedores (29).

Al mismo tiempo, aquellas exigencias de protección del crédito de que antes hablábamos, dan un rango de generalidad a la regla de que los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor que no sean inherentes a su propia persona (acción subrogatoria) (30), regla de la que en derecho roma-

(25) «Repudiationem esse contra iustitiam et repudiantem mortaliter peccare, cum ex lege iustitiae teneatur adhibere media ut creditoribus satisfaciatur.» La frase que recoge BERZZO, GIORGI y CASTRO en locs. cits., atribuida a MOLINA: *De iustitia et iure*, II, 2, disp. 435, es dudoso que se refiera especialmente a la renuncia de la herencia. No obstante su mayor interés a nuestro juicio, no radica en la consideración de la repudiación como acto injusto, constitutivo de pecado mortal, sino precisamente en su último inciso donde se afirma claramente que conforme a la ley de la justicia el deudor está obligado a recabar medios para satisfacer a los acreedores. Según esta doctrina, mantenida por los canonistas (GIORGI cita además la obra de GRATIANUS: *Discept. forens.*, tomo III, cap. 271, núm. 26), quedan equiparados en punto a su consideración de actos fraudulentos el que enajena sus propios bienes disminuyendo su patrimonio con aquel que *occasione acquirendi non utitur*.

(26) GAITUS: *Tractatus absolutissimus de credito*; LAMBERTENGUI: *Tractatus de contractibus*; RICHERI: *Universa civilis et criminalis iurisprudencia*, también citadas por GIORGI: loc. cit., pág. 78.

(27) Vid. D'AVANZO: *La surrogatoria*, Padova, 1939, págs 15 y sigs.

(28) Vid. BOURSIGOT: *De l'acquisition de biens héréditaires dans l'ancien Droit normand comparé avec le Droit positif actuel* («La liquidation et le partage d'une succession normande»), París, 1931; LEEFEBVRE: *Histoire de Droit civil français*, («L'ancien Droit de Successions»), París, 1912-1918; MARION: *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVII et XVIII^e siècles*, París, 1923.

(29) LAURENT: *Principes du Droit civil*, t. II, pág. 545.

(30) Vid. CANTONI: *L'origine dell'azione surrogatoria*, «Rivista Dir. Commerciale», 1907, I, págs. 43-55; ZUCCONI: *L'origine storico dell'azione surrogatoria*, «Riv. Dir. Civile», II, 1910, pág. 749.

no hay sólo ligeros indicios y leves aplicaciones (31), lo cual permite la posibilidad de que los acreedores, subrogándose en el lugar de su deudor, acepten la herencia que a este último ha sido deferida (32).

Todas estas nuevas corrientes doctrinales y pragmáticas influyen poderosamente en el derecho estatutario y en el *droit coutumier* francés hasta consagrar en ellos un principio radicalmente distinto del que había cristalizado en el *corpus iuris civili*.

Así, en los Statuta de Génova (33) se dice expresamente que el deudor a quien se defiere una herencia, un legado o una donación por causa de muerte, no puede repudiarlos en perjuicio de sus propios acreedores (34), tradición que continuará a través de

(31) Parece demostrado que la acción subrogatoria, como facultad genérica de los acreedores de ejercitar todos los derechos y acciones que no sean «inherentes a su persona», no fué conocida en el Derecho romano. Se han querido encontrar, no obstante, antecedentes u orígenes de la misma en tres grupos de instituciones romanas que, aunque diversas, guardan entre sí una cierta relación: a) Una primera teoría (PACCHIONI: *Delle obbligazione in generale*, Padova, 1935, pág. 135), coloca el origen de la subrogatoria en los fragmentos que consideran fraude de acreedores determinadas inactividades del deudor que tiene como consecuencia la pérdida de un derecho (por ejemplo, Dig. 42, 8, 3, 9 1; ULPiano (libro sexagésimo sexto ad Edictum): «Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contra-hens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit vel litem mori patiat, vel a debitore non petit, ut tempore liberatur, aut usufructum aut servitutem amittit). b) Una segunda teoría (SERAFINI: *Istituzioni di diritto romano*; BARLETTA: *L'azione surrogatoria nella dottrina e nella giurisprudenza*, 1905, págs. 17 y sigs.) entronca, sin demostrarlo plenamente, la acción subrogatoria con la *actio serviana utilis* o *hypothecaria*. c) Una tercera teoría, por fin, la deriva del *pignus in causa iudicati captum*. Esta opinión, defendida ya por DOMAT: *Lois civiles*, II, X, pr., conforme al cual el origen de la acción subrogatoria se encuentra en la Ley 1.^a, Codex, *De praetorio pignore* («Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alieni perspexerint; non solum super mobilibus et immobilibus et semoventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt, praecipimus hoc eis licere decernere»), ha sido defendida modernamente por FERRARA: *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, Foro it., 1904, pág. 1401; RUGGIERO: *Instituciones*, II, página 146; D'AVANZO: *La surrogatoria*, págs. 14 y sigs., tesis discutible pues en el *pignus in causa iudicata datum* podría encontrarse el antecedente directo de nuestra institución del embargo, pero no de la acción subrogatoria.—Lo cierto de todo ello es que si el Derecho romano, admitiendo excepcionalmente que los acreedores ejercitaran derechos de su deudor, abrió la brecha para el nacimiento de la auténtica acción subrogatoria, ésta no nació hasta que la práctica y las necesidades medievales impusieron una rigurosa protección del crédito. Se cita el caso del origen de la acción subrogatoria con el fin de demostrar cómo las condiciones de su origen son semejantes a las de las facultades de los acreedores del heredero renunciante.

(32) DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, t. 15, núm. 155 y t. 25, núm. 64; BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Oblig. núm. 597; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil*, t. IV, § 312.

(33) Ver la cita en CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, cit., pág. 205.

(34) *Statuti di Génova*, Lib. V, cap. XIX; «Debitor, cui delata sit

la jurisprudencia y de las leyes de los modernos principados hasta los siglos XVIII y XIX (35).

El Derecho francés, por su parte, influido, en mayor medida si cabe, por las mismas directrices (36), acepta la regla de que los acreedores pueden aceptar la herencia que el deudor ha renunciado en su perjuicio. De esta manera pueden los clásicos franceses afirmar que ya no es necesario recoger ni examinar el principio romano, que ha sido sustancialmente modificado por las modernas costumbres (37); al propio tiempo que la jurisprudencia del Parlamento de París le dará su consagración oficial en los siglos XVI y XVII (38), y, cuando llega la hora de redactar el *droit coutumier*, la Coutume de Normandía (39), en el año 1583, dedicará a la cuestión uno de sus artículos, diciendo de manera expresa que en el caso de que «el deudor renuncie o no quiera aceptar la sucesión que le haya sido deferida, sus acreedores pueden hacerse subrogar en su lugar y derecho para aceptarla y ser pagados sobre la mencionada sucesión, según el orden de prioridad

aliqua hereditas, legatum vel donatio causa mortis, non possit in praejudicium creditorum repudiare dictam hereditatem, legatum seu donationis, immo quod ipsius creditores pro adisset agnitis ab ipso debitore intelliguntur et habeantur cum cautela tamen et beneficio inventarii».

(35) GIORGI: *Loc. cit.*, pág. 79.

(36) Además de los autores citados en la anterior nota 28, LAFERRIERE: *Histoire du Droit français*, tomo V, *Coutumes dans les diverses provinces*, París, 1858, págs. 602 y sigs.

(37) DOMAT: *Op. y loc. cit.*, afirma que no tiene vigencia la regla de Derecho romano, que deja al deudor en libertad para renunciar la herencia, porque hay algunas costumbres conforme a las cuales si un deudor renuncia a una herencia, sus acreedores pueden hacerse subrogar en sus derechos para aceptar, pues si la sucesión es ventajosa es justo que los acreedores se aprovechen, y si es onerosa, no les obliga ni se obligan ellos a las cargas. Porque—añade—es natural y de nuestro uso y de las reglas mismos del Derecho romano que los acreedores puedan ejercitar todos los derechos y acciones de sus deudores.

(38) MERLIN: *Questions de Droit*, París, año XIII, tomo IX, pág. 564, indica que la jurisprudencia francesa no permite que un heredero renuncie en perjuicio de sus acreedores a la sucesión que le es deferida, y que, cuando lo hace, autoriza a los acreedores a hacerse subrogar en sus derechos. Así, fué afirmado por cinco sentencias del Parlamento de París de 28 de marzo de 1589, 27 de enero de 1596, 12 de julio de 1597, 9 de marzo de 1609 y 29 de julio de 1625.

(39) Artículo 278 de la *Coutume* de Normandía. Sobre el valor de la *Coutume* y el comentario de su articulado, según la redacción de 1583, BASNAGUE: *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, Rouen, 1788; BERAULT ET GODERFROY: *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, Rouen, 1776; FROLAND: *Recueil d'arrêts, de reglements et autres arrêts notables donnés au Parlement de Normandie*, París, 1740; FROLAND: *La Coutume de Normandie réduit dans un ordre naturel*; MERVILLE: *Decisions sur chaque article de la Coutume de Normandie*, Rouen, 1731; PESNELLE: *Coutumes de Normandie expliquées par M. Pesnelle rapportées par M. Chevrolley avec les commentaires*, Rouen, 1771; SAILLARD: *L'ancien droit sucesoral de Normandie d'après la Coutume de 1583*, París, 1913; TARDIFF: *Coutumiers de Normandie*, Rouen, 1881; ROUTIER: *Principes généraux du droit civil et coutumier de la province de Normandie*, 1748.

y posterioridad, y si, una vez pagadas las deudas queda alguna cosa, se adjudicará a los herederos más próximos después del que ha renunciado» (40). Como puede verse, la Costumbre de Normandía (art. 273)—que luego recogerá la Ordenanza de 1747 (artículo 42)—, hondamente influida por los principios de la *saisine* hereditaria y de la acción subrogatoria (*faire surroger en son lieu et droit*), es el más claro antecedente de lo que luego sería el artículo 788 del Code Napoleón que, a su vez, sirvió de modelo a los más importantes Códigos de los países latinos a lo largo del siglo XIX (41).

III. FUNDAMENTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR LOS ACREEDORES

Es acorde la doctrina científica en que el fundamento de la disposición contenida en el artículo 1.001 del Código civil, como el de la mayoría de los preceptos que otorgan a los acreedores facultades sobre el patrimonio del deudor, dirigidas a la realización de sus créditos, es preciso buscarlo en el principio de responsabilidad patrimonial universal, por lo que éste debe ser el primer tema que un estudio ordenado debe abordar (42).

1) *El principio de la responsabilidad patrimonial universal* (43).—El artículo 1.911 del Código civil dispone que «del cum-

(40) «Avenant que le débiteur renonce ou ne veuille accepter la succession qui lui est échue, ses créanciers se pourront faire subroger en son lieu et droit pour l'accepter et être payés sur la dite succession jusqu'à concurrence de leur dû, selon l'ordre de priorité et posteriorité, et s'il reste aucune chose les dettes payées, il revindra aux autres héritiers plus prochains que celui qui a renoncé.»

(51) Como Códigos influidos por el francés que recogen la regla del artículo 788 de éste, se citan (GOYENA: *Loc. cit.*) el artículo 1.107 del Código holandés, 705 del napolitano, 1.003 del sardo, 1.014 del de Luisiana y 730 del del Cantón de Vaud. MANRESA: *Comentarios al Código civil*, VIII, página 434, cita, además, el artículo 1.040 del Código portugués y varios Códigos hispanoamericanos.—El Código civil suizo (art. 578), aun inspirado en idénticos principios, es en este punto ciertamente original. Y así establece que «cuando un heredero gravado con deudas («obéré» es el término concreto que emplea) repudie, con objeto de causar un perjuicio a sus acreedores, éstos o la masa de la quiebra tienen derecho de impugnar la repudiación en un plazo de seis meses, a menos que les sean otorgadas garantías. Si la nulidad de la repudiación es declarada, hay lugar a la liquidación oficial. El excedente activo se destina, en primer lugar, a pagar a los acreedores demandantes, después, a pagar a los demás acreedores y el resto se adjudica a los herederos en favor de los cuales hubiese sido hecha la repudiación.

(42) Cfr. NICOLÒ: *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en el «Comentario del Codice civile», de SCIALOJA-BRANCA, Libro VI, págs. 1-281.

(43) Vid. CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, cit., págs. 193 y sigs.; ROCA SASTRE: *El principio de la responsabilidad patrimonial universal*, «Estudios de Derecho Privado», I, págs. 167

plimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Es decir, que los bienes presentes y futuros del deudor—su patrimonio, en una palabra—quedan afectos a las resultas del cumplimiento de sus obligaciones.

Es ya clásica en el Derecho patrimonial la dirección doctrinal que distingue, como elementos componentes de la idea de obligación (44), el débito y la responsabilidad (45). En tanto que el débito no es otra cosa que la necesidad jurídica de realizar una determinada prestación (cfr. art. 1.089 del C. c.: toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa), la responsabilidad consiste en la posibilidad jurídica de que las consecuencias del incumplimiento recaigan sobre el sujeto obligado (46). El débito es una forma de deber jurídico. La responsabilidad es una forma de sanción (47). Aunque en un sentido muy amplio se habla de sanción para referirse al efecto en general de cualquier norma jurídica (48), en sentido estricto sólo es sanción la consecuencia que el orden jurídico señala al incumplimiento de una norma (49). El incumplimiento del débito, de la deuda, aparece de este modo como acto sancionable en cuanto es antijurídico (50).

y sigs.; RODRÍGUEZ-ARIAS: *Comentando el artículo 1.011 de nuestro Código civil*, «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia», XXI, 1, 1951, págs. 29-35.

(44) Se discute, dentro de la doctrina científica, si el débito y la responsabilidad constituyen dos obligaciones distintas o dos elementos de una misma relación obligatoria, aparte, naturalmente, las opiniones que sostienen la imposibilidad de establecer la distinción. Sin penetrar ahora en problema tan espinoso, que parece innecesario para la solución del problema que hemos planteado, puede aceptarse, como premisa para el razonamiento anterior, la teoría que ve en el débito y en la responsabilidad dos elementos de una sola relación obligatoria.

(45) Ver especialmente BRINZ: *Obligation und Haftung*, en «Archiv für die zivilistische Praxis», 20, 1886, págs. 37 y sigs.; RUMELIN: *Obligation und Haftung*, en la misma Rev., 18, 1885; SCHWIND: *Schuld und Haftung im geltendem Rechte*, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, 68, 1919, págs. 1 y sigs.; en la doctrina italiana, GANGI: *Débito e responsabilità nel diritto privato odierno*, Roma, 1914, y *Scritti giuridici vari*, Padova, 1933.—En la doctrina española puede verse ALONSO FERNÁNDEZ: *El débito y la responsabilidad*, en «Información Jurídica», 107, 1952, págs. 341 a 366.

(46) Vid. CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, cit., págs. 216 y sigs.

(47) Expresamente ROCA: *El principio de la responsabilidad patrimonial universal*, cit., pág. 168; también CASTRO: *La acción pauliana*, cit., págs. 193 y sigs., donde dice que la responsabilidad patrimonial es la última sanción en que civilmente puede incurrirse; el incumplimiento de la norma—además de las sanciones peculiares, pérdida de ventajas jurídicas, de derechos subjetivos, invalidez, ineficacia, exclusión de posiciones jurídicas, etc.—produce responsabilidad patrimonial, única subsistente hoy, después de la larga evolución, que va desde *Lex Poetelia* hasta la exclusión casi completa del arresto personal.

(48) CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, pág. 50.

(49) ROCA SASTRE: *Loc. cit.*, pág. 169.

(50) PUIG PEÑA: *El incumplimiento contractual como acto injusto*, «Rev. de Derecho Privado», 29, 336, 1945, págs. 150-162.

Desde un punto de vista puramente lógico, cualquier tipo de sanción es aplicable al incumplimiento de la deuda: desde la pena personal a la privación de los bienes materiales (51). Lo que ocurre es que toda la evolución del Derecho moderno ha tendido a implantar como única la responsabilidad con los bienes por el incumplimiento de las obligaciones, en sus dos formas de ejecución específica y ejecución por equivalencia (52). Cuando el artículo 1.911 del Código civil dice que el deudor responde con sus bienes, quiere decir, en principio, que las consecuencias del incumplimiento de la deuda (sanción) afectarán sólo a sus bienes, aunque a todos sus bienes. Acontece, sin embargo, que esta norma que, por sí, no hace otra cosa que señalar un efecto jurídico posterior al incumplimiento (53), indirectamente actúa también a priori, porque la amenaza de la sanción será siempre motivo que induzca a cumplir al deudor y la posibilidad de poner en marcha la sanción dará a la persona facultada seguridad de que la deuda será cumplida. De ello se extrae una consecuencia importante: que todos los bienes del deudor—en cuanto objeto de potencial ejecución—son la garantía de sus acreedores y que se equiparan los términos responsabilidad y garantía, solvencia y responsabilidad (54).

2) *El patrimonio del deudor como garantía de los acreedores.*—De este hecho de la sujeción del patrimonio del deudor a la agresión del acreedor para obtener satisfacción por equivalente de la prestación no cumplida se ha deducido que este mismo patrimonio como unidad forma o constituye la garantía de los acreedores (55), si bien, en algún caso, se suavice la consecuencia añadiendo que la referida garantía tiene siempre carácter potencial (56). En potencia todo el patrimonio del deudor es el objeto posible de la agresión de sus acreedores. La garantía potencial se actualiza cuando llegado el momento se realiza la ejecución sobre bie-

(51) QUINTANO RIPOLLÉS: *Incumplimiento de obligaciones civiles sancionado criminalmente*, «Rev. de Derecho Privado», 38, 330, 1944, páginas 728-733.

(52) Cfr. CASTÁN: *Op. cit.*, 7.^a edición, tomo III, pág. 157.

(53) La responsabilidad patrimonial puede contemplarse, en pura teoría, desde dos puntos de vista. En primer lugar, sobre la base de que es una consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación, parece la responsabilidad un «efecto» del incumplimiento; sin embargo, si se tiene en cuenta que el acreedor ostenta la titularidad de un poder de agresión sobre los bienes del deudor, en caso de incumplimiento, y el deudor se halla sujeto por el deber de soportar esta agresión, la responsabilidad—poder de agresión y deber de soportar la agresión—no aparece ya como efecto del acto de incumplimiento, sino como «contenido» del vínculo obligatorio.

(54) Sobre la confusión entre los conceptos de responsabilidad y garantía, vid. CASTRO: *La acción pauliana*, cit., pág. 195.

(55) NUII: *Le garanzie della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1954.

(56) NICOLÒ: *Dei mezzi di conservazione della responsabilità patrimoniale*, cit. pág. 2.

nes determinados (57). Si todo el patrimonio del deudor constituye garantía de sus acreedores, en cuanto que está afecto al cumplimiento de sus obligaciones, parece obligado concluir que sobre este objeto, constitutivo de garantía, tienen los acreedores alguna titularidad o derecho (58). Hay, pues, se dice, un derecho autónomo y sustantivo de los acreedores sobre el patrimonio del deudor (59). La dificultad, naturalmente, surge al tratar de determinar la naturaleza jurídica de la sujeción de los bienes del deudor y, lo que es aún más difícil, del derecho que los acreedores ostentan sobre él. La naturaleza objetiva del patrimonio, el hecho de que se halle formado por un conjunto de bienes (bienes, derechos, titularidades, etc.), da lugar a que se configure este derecho de los acreedores como un derecho de garantía real (60). Y extremando aún más la nota y llegando a las últimas consecuencias del camino emprendido se llegará a decir que los acreedores tienen un derecho de prenda general o genérico sobre los bienes del deudor (61). Es cierto, se reconoce, que este derecho

(57) D'AVANZO: *La surrogatoria*, cit., págs. 32-34, según el cual la garantía concedida por el artículo 1.949 (del Código italiano de 1865, semejante a nuestro 1.911) se mantiene en estado potencial, porque ningún acreedor puede, durante el tiempo concedido al deudor para cumplir, agredir su patrimonio, ya que tal poder lo adquieren y ejercitan únicamente al verificarse el evento del incumplimiento.

(58) Rocco: *Il fallimento*, Torino, 1917, págs. 20 y sigs., que afirma que la facultad de obrar sobre la persona o sobre el patrimonio del deudor, añadida al derecho de crédito, en caso de incumplimiento, es contenido de un derecho diferente, de un derecho, no ya dirigido hacia el deudor, sino de un derecho sobre el deudor o sobre los bienes del deudor.

(59) Toda una dirección del pensamiento jurídico contemporáneo, uno de cuyos representantes más característicos puede ser PACCHIONI (*Delle obbligazione in generale*, Padova, 1935), considera el derecho de crédito como un derecho sobre el patrimonio del deudor (págs. 38 y 94), llegando incluso a afirmar que este derecho sobre el patrimonio del deudor es, en realidad, el único derecho de que el acreedor es titular, con lo cual se rompe el clásico concepto del derecho de crédito como derecho a una prestación del deudor, por entender que el acreedor para lo único que está jurídicamente facultado es para realizar coactivamente sobre el patrimonio del deudor la prestación que le era debida.

(60) En este sentido se encuentran todos los autores que, como BRINZ (*Pandekten*, Erlangen, 1881, t. III, págs. 4 y sigs.) consideran la responsabilidad patrimonial universal como una *hypotheca omnium bonorum*, idea ésta que tiene extraordinario arraigo en la jurisprudencia y en la práctica del Derecho común, donde, al no estar admitida con carácter general por la ley la afectación de todos los bienes presentes y futuros al cumplimiento de las obligaciones, se subsana mediante un pacto o cláusula especial entre deudor y acreedor en aquel sentido (ver sobre ello, BIZZARRI: *Il documento notariale garantigiato*, «Istituto Giuridico della R. Università di Torino», 1932, cit., por D'AVANZO).

(61) En la doctrina francesa, con fundamento en los artículos 2.092 y 2.093 del Código civil, se suele reconocer la existencia de un *droit de gage general* (DEMOLOMBE: *Cours*, 25, núms. 46 y sigs.; LAURENT: *Principes*, 16, núms. 282 y sigs.; HUC: *Commentaire theorique et pratique du Code civil*, 7, núms. 182 y sigs.; DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code civil*, 5, núms. 81 y sigs.).

de prenda no recae sobre ningún bien determinado, pero ello no excluye la afección real del patrimonio al cumplimiento de las obligaciones (62). Es un pignus genérico—porque recae sobre todo el patrimonio, sin recaer sobre ningún bien determinado—y potencial—porque sólo se actualiza cuando llegado el cumplimiento se hace necesaria la ejecución—. Es claro—se reconoce también—que este derecho de prenda general o genérico no puede equipararse al derecho específico de prenda (63). Por su propia estructura—recae sobre todos los bienes y es común a todos los acreedores—no puede producir prelación alguna (64), ni exclusión de los no titulares (65), ni persecución *erga omnes* del bien pignorado (66). Se admiten, por esto, sustanciales diferencias entre ambos tipos de garantía hasta el punto de hacer de la asimilación algo puramente nominal. Pero las dificultades más graves con que choca este pretendido derecho de garantía real son otras:

a) Es la primera la imposibilidad de construir una figura de derecho subjetivo que tenga por objeto el patrimonio de una persona (67). El patrimonio es el conjunto de bienes cuya titularidad se atribuye a una determinada persona o encuentran la razón de su unidad en un único destino (68). El patrimonio, como noción jurídica, es algo puramente abstracto. Se diversifica en una pluralidad de derechos, titularidades, facultades, cuya única razón de unidad es la atribución, en un momento dado, a una persona. En realidad cada uno de estos elementos que lo componen, que es

(62) Rocco: en *Loc. cit.*, pág. 21.

(63) D'AVANZO: *Op. cit.*, págs. 34 y sigs.: «En el pignus genérico la garantía es abstracta, genérica, indeterminada, difusa, recae sobre el patrimonio entero y afecta a todos los bienes; se manifiesta en el momento en la que la obligación debe ser cumplida. En el pignus específico la garantía es concreto, determinada, concentrada sobre un bien singular; hace sentir su efectividad no en el momento del incumplimiento de la obligación, sino en aquel en que la obligación como tal se especifica».

(64) Vid. Roca Sastre: *El principio de la responsabilidad patrimonial universal*, cit., pág. 171.

(65) Puesto que, en virtud del principio de *par conditio creditorum*, todos los acreedores son titulares del derecho de garantía, queda totalmente eludida la facultad de exclusión, característica del derecho real; en último término tampoco cabría pensar siquiera en un derecho de exclusión de los acreedores frente a quienes no lo fueron, fundado en el principio del artículo 1.911 del Código civil.

(66) Los acreedores, por virtud de la regla del artículo 1.911 del Código civil, pueden agredir y realizar los bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor, pero no pueden realizar *jure proprio* los bienes que hayan ingresado en el patrimonio de un tercero. El remedio de la rescisión de la transmisión *ob fraudem* lo demuestra bien claramente. Los acreedores pueden obtener la declaración de ineficacia de la transmisión, conseguir el reintegro de los bienes en el patrimonio del deudor y, de este modo, realizarlos. Lo que en ningún caso pueden es perseguirlos y realizarlos por su propio derecho donde quiera que se encuentren.

(67) CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 584.

(68) CASTÁN: *En torno a la teoría del patrimonio*, «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia», I, 1950, págs. 22 y sigs.

donde únicamente puede encontrarse alguna concreción, tiene su destino, finalidad, rumbo en definitiva. Aparecen o desaparecen conforme a los intereses de su titular. De aquí que sobre la unidad abstracta e ideal haya que admitir una real y concreta diversidad. Y si el Derecho subjetivo es una situación de poder concreto es claro que no puede tener como objeto una unidad puramente abstracta (69).

b) En segundo lugar, hablar de una garantía de tipo genérico y común a todos los acreedores es algo que no deja de suscitar alguna perplejidad (70). Toda garantía en sentido técnico es un medio especial de asegurar la efectividad de un crédito (71). La nota esencial de una garantía, en sentido técnico, es su especialidad. La garantía viene siempre a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición la que refuerza la seguridad del acreedor (72). Mal se puede, por ello, hablar de garantía—en un sentido técnico, lo repetimos—para referirse a la responsabilidad patrimonial universal cuando ésta es algo inherente al crédito mismo, algo que nada le añade ni en nada le refuerza. En toda garantía hay siempre un Derecho accesorio que viene a reforzar el Derecho principal: bien sea un Derecho real sobre un bien determinado (hipoteca, prenda, anticresis, retención); bien sea un Derecho de crédito contra un deudor subsidiario (fianzas y avales); bien sea un Derecho de crédito subsidiario contra el mismo deudor principal (pena convencional) (73). Pero siempre es necesario un Derecho accesorio que viene a yuxtaponer el Derecho principal para asegurar su relación. De ahí que mal pueda decirse que el patrimonio del deudor es la garantía de sus acreedores cuando ni éstos

(69) CASTRO: *La acción pauliana*, cit., pág. 195: «En el Derecho moderno no puede hablarse de un derecho de dominio, ni de un derecho de prenda de los acreedores. El deudor responde tan sólo. El responder con todos los bienes significa que estos bienes—si se dan los supuestos legales—serán destinados al pago de las deudas. Esta afección no crea un derecho en los bienes, sino un derecho a los bienes. Antes de exigirse la deuda y negarse el cumplimiento, no existe carga sobre ellos. Cuando vence la deuda, cuando la deuda debe ser cumplida, es sólo cuando puede hacerse efectiva la responsabilidad. El patrimonio existe con todos sus acrecimientos y disminuciones, con sus bienes de todas clases...»

(70) Suscita alguna perplejidad, porque una medida de carácter general, normal, consustancial con el crédito mismo y común a todos los posibles acreedores, mal puede considerarse como garantía.

(71) Cfr. RUGGIERO: *Instituciones*, II, pág. 147; ZAMORA SITGES: *El aseguramiento de las obligaciones*, «Rev. Der. Privado», 31, 1947, pág. 163.

(72) Ver DEMOGUE: *Ensayo de una teoría general de los derechos accesorios*, en «Revista de Derecho Privado», 1930, págs. 33 y sigs.

(73) Toda garantía consiste en un derecho yuxtapuesto al derecho principal, cuyo ejercicio se quiere garantizar. En realidad, ello se debe a que la única manera de reforzar la posición jurídica del titular del derecho garantizado es concediéndole una nueva titularidad y con ella un nuevo derecho subjetivo. Por ello, más exacto que hablar de «garantías» sería referirse a «derechos con función de garantía».

pueden hablar de un Derecho especial sobre él, ni constituye un medio de reforzar la realización de sus créditos, sino que, por el contrario, es la normal y única manera de llegar a esta realización (74).

3) *El poder de los acreedores sobre el patrimonio del deudor.*—La afirmación de que el patrimonio del deudor sirve de garantía a sus acreedores hay, pues, que entenderla en otro sentido. No en el sentido de que la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil suponga una figura jurídica de garantía de los acreedores, bajo la forma de un derecho genérico de prenda u otro tipo de garantía real—doctrina cuya inexactitud hemos comprobado—. La garantía, la seguridad de los acreedores no está en que se les conceda un potencial derecho de prenda, de tipo general, sobre todos los bienes que el deudor pueda tener, lo cual, sin más, nada significa. La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de ese patrimonio para hacer frente a sus obligaciones (75). La seguridad de los acreedores está en la solvencia del deudor, entendiéndose por solvencia esta aptitud del patrimonio para cumplir (76). Como quiera que del cumplimiento de las obligaciones se responde con los bienes, resulta que solvencia y responsabilidad se hallan así en conexión muy estrecha: un deudor solvente es un deudor responsable; un deudor insolvente es un deudor muy poco o casi nada responsable (77). Ahora bien, si la seguridad de los acreedores—prescindiendo de las garantías especiales—está en la solvencia del deudor, comprenderemos por qué el interés de estos mismos acreedores no puede consistir en que se les

(74) Por todas estas razones, la doctrina moderna abandona, por lo general, la teoría del derecho real sobre el patrimonio del deudor. Para el Derecho francés, donde, como vimos, tanto auge tuvo, vid. la crítica de PLANIOL, II, pág. 119, y de COLIN-CAPITANT, III, págs. 67 y sigs.

(75) La auténtica preocupación de la ley y la verdadera protección de los acreedores radica precisamente en la solvencia del deudor. Es frente a la insolvencia del deudor frente a lo que el ordenamiento jurídico debe proteger a los acreedores. Y es ésta una constante en todo nuestro Código civil. Sólo cuando el deudor es insolvente o se encuentra en peligro de serlo otorga la ley facultades especiales a los acreedores (cfr. arts. 1.129, 1.139, 1.467, 1.529, 1.660, 1.829, 1.831, 1.833, 1.843, etc.).

(76) La palabra solvencia, del latín *solvens, solutio*, no significa otra cosa que la cualidad del que paga. En este sentido es solvente toda persona que paga sus deudas e insolvente la persona que no las paga. En el derecho moderno la palabra se emplea en un sentido hasta cierto punto traslaticio, no refiriéndola al puro hecho de pagar o no pagar, sino al hecho de poder o no poder pagar. Y comoquiera que este «poder pagar» está en función de la cuantía de los bienes del deudor, la solvencia o insolvencia del deudor se miden por la proporción que guarden sus bienes con las deudas. Por ello la solvencia puede ser definida como la aptitud o capacidad del patrimonio para el pago de las obligaciones (la «zahlungsfähigkeit» de la doctrina alemana).

(77) Por vía de excepción un deudor, cuyo patrimonio carece de capacidad para el pago, puede considerarse solvente cuando sus deudas están especialmente garantizadas (por ejemplo, por un tercero).

conceda un derecho potencial y genérico de prenda sobre un patrimonio, sino que se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica de ese patrimonio: concretamente, las facultades necesarias para impedir la preparación, la producción o el aumento de la insolvencia y las facultades necesarias para facilitar la disminución o la desaparición de la insolvencia (78). Con una fórmula gráfica podríamos decir que los acreedores no tienen un derecho sobre el patrimonio del deudor, sino un derecho a la solvencia del patrimonio del deudor (79). Esta es la razón de que los ordenamientos jurídicos positivos hayan establecido, junto a las formas específicas de garantía, una serie de medidas en favor de los acreedores tendentes a asegurar la solvencia del deudor. Se suele hablar, para referirse a ellas, de medidas conservativas (80), frase que tiene alguna equívocidad, lo mismo cuando se refiere al crédito en sí, que cuando se refiere a la integridad del patrimonio del deudor. En efecto, cuando se afirma que esta serie de medidas con que el ordenamiento jurídico favorece a los acreedores, tienen por objeto la conservación del crédito (81), no deja de incurrirse en alguna inexactitud, pues el crédito como tal, es decir, como derecho a exigir la prestación de un determinado sujeto, no precisa de esas medidas para conservarse existente e íntegro; del mismo modo, cuando se habla de medidas conservativas del patrimonio del deudor (82), tampoco se alcanza la necesaria exactitud, pues no es el mantenimiento del patrimonio ni su inmovilización—impidiendo que valores integrantes del mismo salgan de él o que entren los que le son debidos—el objeto de tales medidas. El deudor conserva sobre cada uno de los elementos de su patrimonio su poder de disposición (83). El deudor, en cuanto titular del patrimonio, es libre para disponer que determinados bienes o derechos salgan de él o que otros entren o dejen de entrar (84). Y los acreedores no pue-

(78) NICOLO, en *loc. cit.*, pág. 3, dice que «el elemento común de todos estos varios remedios que la ley otorga es su carácter de medidas de conservación para tutela del acreedor. No realizan directamente el derecho de crédito, sino que aseguran la conservación de los bienes que son potencialmente necesarios para su realización».

(79) Este mismo criterio lo ha mantenido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para quien las facultades que la ley concede a los acreedores se encuentran condicionadas por la existencia de una situación de insolvencia o de peligro de insolvencia (vid. sentencias T. S. de 2 de junio de 1920 y 4 de junio de 1928).

(80) CASTÁN: *Derecho civil*, III, pág. 172; PUIG PEÑA: *Derecho civil*, IV, 1.º, pág. 258.

(81) RUGGERO: *Instituciones*, II, pág. 162.

(82) NICOLO: *Loc. cit.*, pág. 3; PACCHIONI: *Loc. cit.*, págs. 42 y sigs.

(83) En realidad, ni aun en los casos de fraude, le está *a priori* prohibida al deudor la disposición de los elementos de su patrimonio. En tales casos, sin duda los más extremos, el remedio jurídico funciona sólo *a posteriori*, por la vía de la acción de rescisión.

(84) CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad universal*, cit., págs. 195 y 196.

den, en principio, impedir esta libertad de disposición del patrimonio. Las medidas a que antes nos referíamos no tienden, pues, a la conservación del patrimonio como tal, sino a la conservación y mantenimiento de la garantía patrimonial, entendida como capacidad del patrimonio para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones pendientes (85). Las facultades que, en este sentido, el derecho concede a los acreedores, no tienen otro objeto que éste: la conservación o mantenimiento de la solvencia del deudor. Los acreedores pueden de esta manera: 1.º, impedir la realización de todos aquellos actos del deudor que tiendan directa o indirectamente a producir su propia insolvencia; 2.º, exigir la realización de todos aquellos actos que tengan por objeto la desaparición o la disminución de la insolvencia del deudor (86). Se sigue de ello que los acreedores están, en cierta manera, facultados para inmiscuirse en la actividad patrimonial del deudor, si bien limitada a los casos de solvencia dudosa o peligro de insolvencia (87)—aparte, naturalmente, la insolvencia declarada—, pues sólo en estos casos existiría el interés necesario para legitimar su intervención en la actividad patrimonial de otro. Determinar la naturaleza jurídica de la intervención de los acreedores en la actividad patrimonial del deudor, no deja de ser tarea difícil. Observando el fenómeno con alguna atención y entresacando los más destacados supuestos en que nuestro derecho positivo lo autoriza, se advierte que son dos los modos básicos—o generales—de esta intervención, junto con los cuales pueden colocarse una serie de formas particulares previstas con el mismo fin. Los modos generales son:

a) La facultad de reclamar la rescisión de los actos realizados en fraude de su derecho (acción pauliana), que tiene por objeto el reintegro en el patrimonio del deudor de aquellos elementos patrimoniales salidos de él en perjuicio de los acreedores (88).

b) La facultad de ejercitar los derechos y acciones que competen al deudor (acción subrogatoria), cuyo objeto es dar ingreso en el patrimonio del deudor de aquellos elementos patrimoniales

(85) Así el nuevo Código civil italiano encabeza el capítulo V del título III del libro sexto (arts. 2.900 y sigs.) con el rótulo de los «medios de conservación de la garantía patrimonial». En el mismo sentido, los *Comentarios al Codice civile*, de SCIALOJA-BRANCA, D'AMELIO-FINZI, etc.

(86) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 40-47.

(87) PACCHIONI: *Loc. cit.*, págs. 56-57.

(88) Sobre la acción pauliana, además de la bibliografía ya citada, vid. PUIG PEÑA: *Teoría de la acción pauliana*, «Rev. Der. Privado», núms. 342 y 343, 1945, págs. 477-485 y 541-546; GIMÉNEZ ARNAU: *La acción pauliana y la Ley Hipotecaria*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», VII, 1953, págs. 193 y sigs. En la doctrina extranjera, GOSATINI: *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1941; PALUMBO: *L'actio pauliana nel diritto romano e nel diritto vigente*, Nápoli, 1935; ANDRIOLI: *L'azione revocatoria*, Roma, 1935; BUTERA: *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934.

que pudiendo formar parte de él, no ingresan por la falta de ejercicio de su titular, también con perjuicio de los acreedores (89).

El perjuicio de los acreedores deberá consistir siempre en la falta de existencia en el patrimonio del deudor de bienes suficientes para realizar cumplidamente su derecho de crédito (90). El perjuicio de los acreedores es la insolvencia del deudor o, al menos, el peligro de insolvencia. Las facultades antes mencionadas tienden a disipar semejante peligro: evitando la preparación, producción o aumento de la insolvencia, mediante el otorgamiento de una facultad rescisoria de los actos positivos —normalmente enajenaciones— de empobrecimiento; haciendo posible el enriquecimiento del deudor, desaparición o disminución, aun contra su propia inercia u omisión de ejercicio, mediante el otorgamiento de la facultad de ejercicio por los acreedores de todos sus derechos y acciones.

Junto a estos dos modos básicos de intervención de los acreedores en la actividad patrimonial del deudor, el derecho positivo presenta una serie de supuestos particulares, que conviene no sólo no olvidar, sino examinar con algún detalle:

a) Encontramos así, en primer lugar, la facultad de los acreedores de intervenir en la partición de cosa común de la que el deudor es cotitular. Conforme a lo que dispone el artículo 403 del Código civil, los acreedores de los partícipes pueden concurrir a la división y oponerse a la que se verifique sin su concursó; impugnar la división consumada, en caso de fraude o cuando se hubiese verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla. Prescindiendo ahora del supuesto de impugnación de la división hecha en fraude, resulta claro que del artículo 403 se deriva una facultad de los acreedores de intervenir y concurrir

(89) Sobre la acción subrogatoria en el Derecho español puede verse, LACRUZ BERDEJO: *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, «Anuario de Derecho Civil», III, 4, 1950, págs. 1.100 y sigs.; GULLÓN: *Caracteres generales de la acción subrogatoria en el Derecho español*, Sevilla, 1957; FIGA: *La acción subrogatoria*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», IX, 1957, págs. 271 y sigs. En la doctrina extranjera, además de la bibliografía citada, CASTELLINI: *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Asti 1941; BARLETTA: *L'azione surrogatoria nella dottrina e nella giurisprudenza*, Chieti, 1905; BOSCH: *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur*, 1902; LEBEL: *De l'exercice des droits et actions du débiteur par les créanciers*, Paris, 1885.

(90) «La facultad que el artículo 1.111 del Código civil reconoce al acreedor—decía la sentencia del T. S. de 2 de junio de 1920—para colocarse por subrogación en el lugar del deudor y ejercitar todos los derechos y acciones de éste, así como para impugnar los actos realizados en fraude de su derecho, según el claro contexto del referido artículo, en cuanto al primer extremo está condicionado por la realidad de una previa persecución de todos los bienes de que el deudor esté en posesión hasta encontrarse con una insolvencia que patentice que sólo por la subrogación de derechos podrá hacer efectivo su crédito, y respecto del segundo, o sea la impugnación de los actos perjudiciales al acreedor, por la existencia del fraude.»

a la división de la cosa común en que su deudor sea copartícipe, facultad de concurso cuya finalidad no parece que pueda ser otra que la de vigilar e inspeccionar la división para evitar su propio perjuicio. La ley, por otra parte, se ha cuidado de reforzar esta facultad de intervención en la división de cosa común, autorizando a los acreedores para oponerse a que sea realizada sin su intervención, así como para impugnar la verificada no obstante su oposición formalmente interpuesta para impedirla. Con ambas medidas no se pretende otra cosa que garantizar la intervención facultativa de los acreedores. Si la división iba a ser realizada sin la concurrencia de los acreedores, éstos pueden presentar su oposición. Si no obstante tal oposición la división se consumase, los acreedores pueden impugnarla (91).

b) En segundo lugar se encuentra la facultad de los acreedores de intervenir en la partición de la herencia. Conforme al artículo 1.034 los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios, de donde se deduce que la ley no limita la intervención en la partición hereditaria de los acreedores del causante, ni la de los acreedores del heredero que ha aceptado la herencia pura y simplemente, y que autoriza la intervención de los acreedores del heredero que aceptó a beneficio de inventario, una vez pagadas las deudas de la herencia y los legados (92). Por otra parte, si, con arreglo al artículo 1.708 del Código civil, la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, es indudable que los acreedores están facultados para intervenir en la liquidación de la Sociedad (93).

c) Dentro de esta enumeración podemos incluir también la facultad de los acreedores de hacer valer la prescripción renunciada por el deudor (art. 1.937) (94).

(91) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes*, Madrid, 1955, págs. 354 y sigs., donde distingue como derechos de los acreedores en caso de división: 1.º El derecho de oponerse a la división. 2.º El derecho de concurrir a la división; y 3.º El derecho de impugnar la división consumada, en el caso de que se haya realizado la división sin su intervención, a pesar de su oposición o en fraude.

(92) Siguiendo esta misma dirección, el artículo 1.083 del Código civil establece que los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

(93) Sobre la intervención de los acreedores en la liquidación de la sociedad, ver GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1949, tomo I, vol. 3.º págs. 1241 y sigs., donde únicamente se reconoce a los acreedores un derecho de reclamar la reapertura de la liquidación, si hubiesen sido indebidamente omitidos, y acción para impugnar el balance previo a la división.

(94) Los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario. Sobre ello, con referencia al nuevo Código civil ita-

d) Cabe igualmente el caso de aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio por el heredero (artículo 1.001), que será detalladamente examinado en este trabajo. El mismo derecho concede la ley a los acreedores en el caso de renuncia de gananciales (arts. 1.394 y 1.418).

La anterior exposición muestra hasta qué punto tienen los acreedores facultad para intervenir la actividad patrimonial del deudor. Se trata, pues, de un conjunto de facultades que se presentan como contenido natural del derecho de crédito cuya función es la conservación de la garantía patrimonial del deudor, o lo que es lo mismo, de la capacidad económica de su patrimonio para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones (95). Para explicar jurídicamente este conjunto de facultades que la ley otorga a los acreedores se ha afirmado la existencia de un derecho de control de los acreedores sobre la actividad de gestión patrimonial del deudor (96). El deudor, se dice, aun permaneciendo titular de su propio patrimonio, se encuentra controlado en la libre disposición y administración del mismo, por el hecho de que el patrimonio, aun siendo suyo, constituye la común garantía de sus acreedores (97), el deudor puede disponer de las cosas y derechos comprendidos en su patrimonio, pero sólo en cuanto no perjudique los derechos de sus acreedores, los cuales mientras de una parte pueden reclamar la rescisión de todos los actos realizados en fraude de su derecho, pueden de otra sustituir al deudor en la realización de todos aquellos actos cuya omisión comprometa su garantía (98).

A nuestro juicio es indudable que el conjunto de facultades de los acreedores, en virtud de las cuales se autoriza la intervención de estos en la actividad patrimonial del deudor, constituyen un derecho de control de la gestión del deudor (99). La protección del crédito exige la prevención y la evitación de la insolvencia del deudor; y ésta, a su vez, el control de la gestión del deudor (100). Lo

liano, AZZARITI-SCARPELLO: *Della prescrizione*, en el Comentario de SCIALOJA y BRANCA.

(95) RUGGIERO: *Loc. cit.*, pág. 162.

(96) PACCHIONI: *Delle obbligazione in generale*, cit., págs. 56 y 57.

(97) La expresión *controllo gestorio*, dice PACCHIONI, tomada de la terminología internacionalista inglesa, quiere significar que el deudor civil, en cuanto tal, no es soberano en su esfera patrimonial: está bajo control, porque puede actuar con libertad, sólo en cuanto al hacerlo no se interfiera en el derecho de otro sujeto que tiene un derecho sobre su patrimonio.

(98) PACCHIONI: *Ibidem*.

(99) Lo acepta, con alguna reserva, D'AVANZO: *Loc. cit.*, pág. 50.

(100) Sin este conjunto de facultades de control de la gestión del deudor no cabría una prevención ni una evitación segura o, al menos, con alguna probabilidad de éxito de la insolvencia del deudor.

(101) PACCHIONI extrema esta opinión llegando a afirmar no sólo la existencia de un derecho de control de que es titular el acreedor, sino incluso que este derecho de control es el único derecho de que el acreedor es titular durante la primera fase del desarrollo de la obligación, es decir, desde su nacimiento hasta su cumplimiento, transformándose, cuando se incumple, en

que parece más difícil es concebir este llamado derecho de control como un derecho subjetivo de carácter autónomo (101), sobre todo si se considera el derecho subjetivo como la situación de poder que para la realización de un determinado fin o interés otorga el ordenamiento jurídico (102). El derecho subjetivo es toda la situación de poder considerada en su abstracta unidad. Por ello, se dice que el derecho subjetivo se diversifica en un conjunto de facultades y titularidades secundarias (103). Desde este punto de vista el único derecho subjetivo del acreedor es el derecho de crédito considerado en su unidad. Lo único que ocurre es que, como contenido normal de este derecho de crédito, existe un conjunto de facultades de control de la gestión patrimonial del deudor.

IV.—NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR LOS ACREEDORES

Queda explicada de esta manera la naturaleza del poder de los acreedores sobre el patrimonio del deudor —fundamento de la norma del artículo 1.001 del Código civil— donde se concede a los acreedores del heredero que renuncia en su perjuicio, el derecho de aplicar al pago de sus créditos la porción necesaria de la herencia renunciada. La naturaleza de esta excepcional facultad de los acreedores ha preocupado sobremanera a la doctrina científica que ha intentado, infructuosamente como en seguida veremos, explicarla, bien como derivación de la acción pauliana, bien como derivación de la acción subrogatoria (104).

1).—*La teoría de la acción pauliana* (105).—La función revocatoria de la facultad concedida en el artículo 1.001 del Código

un derecho de realización sobre los bienes. La afirmación parece exagerada porque el derecho fundamental del acreedor es el derecho a la prestación, sin el cual carecería de legitimación para recibirla, no siendo las posibilidades que el derecho le otorga de vigilar la gestión de su deudor y prevenir su insolvencia, otra cosa que facultades inherentes al derecho de crédito.

(102) CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 573.

(103) CASTRO: *Loc. últimamente cit.*

(104) Cfr. CICU: *Successioni per causa di morte*, en el «Trattato di Diritto Civile e Commerciale de Cicu-Messineo», Milano, 1954, núm. 69, pág. 208.

(105) Como sostenedores de la tesis de que la facultad concedida a los acreedores en el artículo 1.001 es un tipo de acción pauliana pueden citarse: LAROMBIERE: *Des obligations*, artículo 1.167, núm. 13; LAURENT: *Op. y loc. cit.*, pág. 543; GRIOLET-VERGE: *Nouveau Code civil*, París, 1901-1905, II, págs. 94 y sigs.; MAIERINI: *Loc. cit.*, págs. 128 y sigs.; SIMONCELLI: *Diritto privato italiano*, Roma, 1927 y, anteriormenete, en «Diritto successorio», Pavia, 1895, pág. 701, y en «Diritto ereditario», Roma, 1909; CICU: *Loc. cit.*, pág. 209; BRUNELLI-ZAPPULLI: *Comentario, Libro delle Successioni*, Milano, 1940; NICOLO: *Loc. cit.*, págs. 47 y sigs.—En la doctrina española, CASTRO: *La acción pauliana*, cit., págs. 205 y sigs.

civil quiere encontrar su apoyo en el término «perjuicio» que el propio precepto utiliza. La renuncia de la herencia es un acto fraudulento. Como tal cae dentro del marco de los artículos 1.111 y 1.295, pudiendo, por consecuencia, ser rescindido (106). El que la rescisión de la renuncia se efectúe solamente hasta el límite de la parte necesaria para cubrir los créditos no es obstáculo. La rescisión se produce sólo hasta el límite del perjuicio (107). Para reforzar esta conclusión aún se añade algún otro argumento. La herencia se entiende transmitida al heredero desde el momento del fallecimiento del causante (108). La aceptación no produce otro efecto que el de una confirmación de la transmisión (109). Al renunciar el heredero se desprende de un derecho que había ya adquirido. Cuando la renuncia se realiza en fraude de acreedores puede ser rescindida como toda fraudulenta enajenación (110).

Sin embargo, la teoría que explica la facultad del artículo 1.001 como un tipo de acción pauliana, no deja de suscitar graves dudas e inconvenientes.

(106) CICU: *Successioni*, cit., pág. 209.

(107) Ha sido cuestión extraordinariamente debatida si el efecto de la acción pauliana es la total ineficacia del acto de disposición fraudulento o, por el contrario, la ineficacia sólo frente a los acreedores defraudados; es decir, si devuelven al patrimonio del deudor todos los bienes de que éste había dispuesto o solamente los necesarios para realizar los créditos de los acreedores perjudicados, quedando, en cuanto a los demás, incólume el acto de disposición. Sin poder, por ahora, profundizar en la discusión, parece *a priori* poder afirmarse que, al menos en nuestro derecho positivo, la acción pauliana es una acción rescisoria, cuyo efecto es la total ineficacia del acto fraudulento y, en consecuencia, la devolución de todos los bienes de que se hubiese dispuesto al patrimonio del deudor. Ello aparece claramente del contexto del artículo 1.291, conforme al cual son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, en relación con el artículo 1.295 del Código civil, según el cual la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses.

(108) El argumento es válido, sin duda, para el derecho francés (vid. BERRIAT-SAINT PRIX: *Notes théoriques sur le Code civil*, París, 1856, II, pág. 64), donde tal regla se halla claramente admitida. Es, por demás, dudosa para el Derecho español y para el italiano. Vid. los autores mencionados en anterior nota 9 y, además, COVIELLO: *Successioni*, Parte generale, Napoli, 1935, pág. 108.

(109) LAURENT: *Loc. cit.*, pág. 544.

(110) Los autores que no admiten la transmisión *ipso iure* de la herencia se encuentran ante una gran dificultad para considerar el acto de deudor como una enajenación fraudulenta sujeta a la acción pauliana. El inconveniente pretende obviarse considerando que desde el momento de la muerte del causante el llamado ostenta una titularidad, en virtud de la cual se pone a su disposición todo el patrimonio del difunto, titularidad de contenido perfectamente patrimonial, en cuanto supone el medio de adquirir los bienes hereditarios y la posesión jurídica de heredero, razón por la cual el acto del deudor renunciante, desprendiéndose de aquella titularidad puede equipararse a un acto de enajenación (vid. NAROLI: *Amministrazione dei beni ereditarii*, Milano, 1949, t. II, págs. 44 y sigs; CICU: *Successioni per causa di morte*, págs. 209 y 210.

Es, en primer lugar, extremadamente discutible que en nuestro derecho la adquisición de la herencia se produzca con el fallecimiento del causante (111), de manera tal que el heredero que renuncia se desprenda de un derecho adquirido y que pueda hablarse de enajenación fraudulenta (112). Dejando para más adelante el problema de la titularidad que ostenta el heredero antes de renunciar o aceptar, titularidad existente en el patrimonio del deudor, por cuya pérdida o desaparición pudieran los acreedores considerarse defraudados, parece cierto que el heredero que renuncia no se desprende de los bienes hereditarios de los cuales no ha sido titular en ningún momento (113).

Parece igualmente discutible que la exigencia de un «perjuicio» de los acreedores en el artículo 1.001 del Código civil sea idéntica al requisito de «fraude» de los acreedores preciso para el ejercicio de la acción rescisoria o pauliana, conforme a los artículos 1.111 y 1.295 (114).

El argumento decisivo frente a la teoría que explica la facultad del artículo 1.001 como tipo de acción pauliana es el de la diversidad de efectos jurídicos de una y otra. El efecto sustancial de la rescisión es la ineficacia total del negocio jurídico fraudulento (115). La ineficacia lleva como consecuencia la restitución de las cosas al estado anterior a la celebración del negocio fraudulento (116). Pero nada más. En los casos normales de enajenación fraudulenta, la ineficacia del negocio y la restitución de las cosas

(111) Ver ROCA: *La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y foral*, cit., págs. 1 y sigs., y *La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, «Rev. del Inst. de Der. Comparado», 1, 1953, págs. 61 y sigs.; NÚÑEZ LAGOS: *El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*, «Rev. Gral. de Leg. y Jurispr.», 21, 4, 1951, págs. 385 y sigs.; CHAMORRO PIÑEIRO: *Los acreedores hereditarios*, en la misma Revista, 1, 4, 1941, págs. 312 y sigs. Últimamente, MARTÍN BLANCO: *La adquisición de la herencia en el Código civil español*, «Rev. General de Leg. y Jurispr.», 33, 1956, págs. 45 y sigs.; ALBALADEJO: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1955.

(112) Ver ROCA, lugar citado, pág. 23.

(113) Conforme al artículo 990 del Código civil los efectos de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, es decir, que cualquiera que fuese la solución que se diera al problema de la adquisición hereditaria habría que entender siempre que, en virtud de la retroacción establecida en el artículo 990, debe considerarse que el heredero repudiante no ha adquirido nada en ningún momento. Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 440 se entiende que el heredero que válidamente repudia la herencia, no la ha poseído en ningún momento.

(114) La dualidad de expresiones, debida, al parecer, a la sustitución del término fraude, que figuraba en el Proyecto del Código civil francés, por el de perjuicio que prevaleció en él y en los Códigos posteriores, ha ocasionado la gran incertidumbre de los comentaristas, que discuten si ambas expresiones son equiparables o, por el contrario, demostración de un criterio diferente. Sobre ello, más ampliamente, infra, págs. 186 y sigs.

(115) Vid. lo dicho en anterior nota.

(116) CASTÁN: *Op. cit.*, III, págs. 189 y sigs.

producen como consecuencia el reingreso en el patrimonio del deudor de los bienes de que fraudulentamente se había desprendido (117). El reingreso de los bienes dará lugar al aumento de la capacidad económica de éste y, por ello, al de las posibilidades de ejecución para los acreedores. Pero en el caso del artículo 1.001 los efectos son diversos. La rescisión de la renuncia fraudulenta sólo parcialmente parece producirse: en cuanto baste para cumplir el importe de los créditos. Respecto al exceso, cuando lo haya, la renuncia no parece que en ningún caso sea ineficaz, pues la propia ley dispone que este exceso no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas por el Código. Y aunque algún sector de la doctrina haya pretendido que la rescisión de un negocio jurídico en fraude de acreedores produce la ineficacia de éste sólo en aquella parte en que es perjudicial para los acreedores (118), tal doctrina no parece demasiado conforme con el sentido que hoy tiene en el derecho positivo (119). Ahora bien, prescindiendo de este problema, resultaría siempre que el efecto de la acción rescisoria sería el de la ineficacia, total o parcial, del negocio fraudulento y la restitución de las cosas al estado anterior al fraude. En nuestro caso, por la vía de una acción rescisoria podría conseguirse la ineficacia total o parcial de la renuncia fraudulenta (120). Como consecuencia de ello las cosas quedarían en la misma situación en que se encontraban antes de ser la herencia renunciada. Es decir, la herencia no habría sido renunciada, pero tampoco aceptada, con lo cual no se habría conseguido el objetivo directo de los acreedores, que no es otro que el ingreso en el patrimonio del deudor de bienes—los bienes de la herencia—suficientes para realizar sus créditos (121). Hay una sustancial diferencia entre la rescisión de la renuncia de la herencia y la rescisión de una renuncia de derechos (122). Si una renuncia de derechos se hizo en fraude de acree-

(117) Cfr. BUTERA: *Azione pauliana*, cit., pág. 129; ALLARA: *Delle obbligazione*, Torino, 1939, págs. 277 y sigs.

(118) MAIERINI: *Loc. cit.*, pág. 14; GOSATTINI: *Loc. cit.*, pág. 231. Para el Derecho español, CASTRO: *Loc. cit.*, pág. 225.

(119) Cfr. PACCHIONI: *Loc. cit.*, págs. 119 y sigs.

(120) Cfr. CICU: *Loc. cit.*, pág. 210.

(121) Por esta razón gran parte de la doctrina que defiende la naturaleza revocatoria de la facultad concedida a los acreedores se ve obligada a admitir que la impugnación y revocación de la renuncia es, dentro del mecanismo del artículo 1.001—o de sus concordantes—un trámite previo, destinado sólo a hacer posible la acción de los acreedores (así CICU: *Loc. cit.*, pág. 210), pero que por sí no es suficiente para conseguir la finalidad perseguida por aquéllos, que no es otra que la realización de sus créditos. Pero de esta manera cae por su base la consideración de la acción nacida del precepto mencionado como acción pauliana pura.

(122) Vid., no obstante, DE BUEN, en Notas a la trad. española de COLIN-CAPITANT, IV, pág. 141, donde se asimila la impugnación de la renuncia de la herencia por los acreedores a la impugnación de la renuncia de derechos por tercero perjudicado fundada en el art. 4 del C. c. Algún otro autor (cfr. CARIOTA-FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. es-

dores, basta la rescisión para que los derechos renunciados reintegren en el patrimonio deudor y puedan ser objeto de la acción de los acreedores (123). Tal sería el caso de los artículos 1.394 y 1.417 sobre renuncia fraudulenta de gananciales (124). El mecanismo de tales preceptos puede explicarse a través de una acción pauliana de efecto limitado, es decir, sólo parcialmente rescisoria. No cabe, sin embargo, aplicar la misma solución al caso del artículo 1.001 del Código civil. La rescisión de la renuncia de la herencia no basta para el fin perseguido por los acreedores. Será preciso, además, que el heredero acepte la herencia. Y la aceptación no puede obtenerse por la vía de una acción meramente rescisoria como es la pauliana.

Una acción rescisoria en ningún caso puede ir más allá de un efecto que no sea la ineficacia del negocio fraudulento y la restitución de las cosas (125) y en el caso del artículo 1.001 hay un efecto nuevo: que los acreedores pueden pedir al Juez que les autorice para aceptar la herencia en nombre del deudor (126).

Por todas estas razones parece que la teoría de la acción pauliana para explicar la naturaleza jurídica de la facultad conferida a los acreedores por el artículo 1.001 del Código civil es insuficiente. Ello ha inducido a parte de la doctrina científica a buscar otro camino, intentando explicar el artículo 1.001 a través del segundo de los medios generales de conservación de la garantía patrimonial que el derecho positivo concede a los acreedores, es decir, a través de la acción subrogatoria.

pañola, Madrid, 1956, pág. 117) favorece la aproximación entre ambas figuras cuando afirma que la renuncia de la herencia puede considerarse como renuncia al *ius delationis*. Así dice que si antes de la aceptación no se tiene todavía la titularidad del patrimonio hereditario y, por consiguiente, el llamado que renuncia, no abandona algo que ya tenía, también es verdad que el llamado tiene un derecho: el derecho de adquirir la herencia y que respecto de éste la renuncia es extintiva.

(123) Si el deudor renuncia su derecho de dominio, su derecho de usufructo o su derecho de crédito, la declaración de ineficacia de la renuncia produce como efecto que la titularidad del dominio, del usufructo o del crédito vuelva a ostentarla el deudor. Pero si el deudor renuncia la herencia a que había sido llamado, la declaración de ineficacia de la renuncia, no hace sino que siga en vigor el llamamiento o vocación, pero de ninguna manera provoca la adquisición de los bienes hereditarios por el deudor denunciante.

(124) Vide infra, págs. 70 y sigs.

(125) Al menos en los supuestos normales. Como ya hemos dicho anteriormente, la acción pauliana es, en nuestro actual derecho positivo, una acción normalmente rescisoria (cfr. arts. 1.291, 3.º y 1.295). Sin embargo, la finalidad última de esta acción es la restauración del equilibrio patrimonial que el fraude de acreedores ocasiona. De aquí que quepan dentro del marco de la acción pauliana todos los medios de restablecimiento de este equilibrio patrimonial: rescisión (art. 1.291), indemnización (art. 1.298), etc.

(126) RUGGIERO: *Instituciones*, III, págs. 343 y sigs.

2) *Teoría de la acción subrogatoria* (127).—Con el nombre de acción subrogatoria se conoce aquella facultad que la ley concede a los acreedores de ejercitar por sí los derechos y acciones que su deudor omite ejercitar (128). Así como la acción pauliana tenía por objeto evitar el empobrecimiento fraudulento del deudor, con merma de su propia solvencia, la acción subrogatoria se dirige a procurar la producción de un enriquecimiento del deudor que éste descuida, con merma también de su propia solvencia. Lo característico, pues, de la acción subrogatoria es el ejercicio por el acreedor de los derechos y acciones de su deudor. Se ha querido encontrar en el artículo 1.001 del Código civil un tipo de acción subrogatoria (129), sobre todo teniendo en cuenta las últimas palabras del párrafo primero del propio precepto legal: «aceptarla en nombre de aquél» (130). Los acreedores aceptan la herencia en nombre del deudor. No hacen otra cosa que ejercitar el derecho que el deudor tenía. Se trata, en definitiva, de un caso de acción subrogatoria (131), y, sin embargo, tan concepción tampoco deja de estar exenta de inconvenientes y dificultades, que deben examinarse detalladamente.

Se observa, en primer lugar, que el objeto de la acción subrogatoria son los derechos y acciones del deudor (132): «todos los

(127) El más antiguo defensor de la teoría de la acción subrogatoria para explicar la naturaleza de la acción de los acreedores frente al deudor que renuncia a la herencia es DOMAT: *Lois civiles*, II, 10, pr. cit., «porque es natural y de nuestro uso y de las reglas mismas del derecho romano que los acreedores puedan ejercitar todos los derechos y acciones de sus deudores».

(128) Cfr. bibliografía cit. en anterior nota 89.

(129) Efectivamente éste es el sentido que, al menos, han dado a los textos legales sus propios redactores. Efectivamente, ya en la Costumbre de Normandía, antecedente claro de los actuales textos legales, se hablaba de «hacerse subrogar» y BOURSIGOT: *Loc. cit.*, pág. 88, explica cómo, interpretando aquella costumbre, la jurisprudencia del Parlamento de Rouen, en dos sentencias de los años 1777 y 1778, decidió que el acreedor se subrogaba en el lugar del deudor renunciante, y según estimación previamente hecha, se hacía poner en posesión de los bienes de la sucesión hasta la concurrencia de su crédito. El mismo sentido parece conservar el redactor del Código civil francés, donde expresamente se dice que los acreedores se colocan en el sitio y lugar del renunciante.

(130) También la Relación al Rey del Código italiano de 1942 parece inspirada en este criterio. En el texto definitivo del artículo 524, contra la propuesta de la Comisión parlamentaria y el proyecto preliminar se suprimió la referencia a la declaración de ineficacia de la renuncia que éste hacía, dejando tan sólo lo relativo a la autorización para aceptar. Sobre ello, CICC: *Loc. cit.*, pág. 209.

(131) Defienden la caracterización de la acción derivada del art. 1.001 como un caso de acción subrogatoria, PACCHIONI: *Loc. cit.*, págs. 120 y 121; MESSINEO: *Istituzioni di Diritto privato*, Padova, 1940, pág. 701 y *Manuale de Diritto civile e Commerciale*, 1951, III, 2.º pág. 306; RUGGIERO: *Istituzioni*, III, pág. 344; NATOLI: *Loc. cit.*, págs. 45 y sigs. En la doctrina española, expresamente ROCA SASTRE: *La adquisición de la herencia*, cit., pág. 23.

(132) Cfr. LAURENT: *Op. cit.*, 16, núm. 282 y sigs.; BALDREY-LACANTINERIE: *Op. y loc. cit.*, núm. 392; PLANIOL: *Op. y loc. cit.*, núm. 280.

derechos y acciones del deudor con excepción de los que sean inherentes a su persona» (133). Qué sea lo que el legislador ha querido decir al hablar de los derechos y acciones del deudor, es cuestión debatidísima dentro de la doctrina civilista (134). Sin entrar ahora en la discusión de si esta expresión—derechos y acciones—encierra una redundancia por tratarse de términos sinónimos, o si, por el contrario, al hablar de derechos del deudor se hace referencia a lo que la técnica conoce con el nombre de derechos subjetivos, mientras «acciones del deudor» serán los medios de que para defender en juicio aquellos derechos dispone el deudor (135), es lo cierto que parece muy difícil configurar la aceptación de herencia como acto de ejercicio de un derecho subjetivo. Esta dificultad ha pretendido ser orillada partiendo de premisas no demasiado convincentes. Y así se ha dicho que el llamado a una herencia tiene, por el solo hecho de la delación, un derecho (136)—derecho, incluso, transmisible a los herederos—aun antes de la aceptación (137), cuyo derecho sería el que por medio de la aceptación se ejercitase. Este punto de vista, que luego examinaremos con mayor detalle (138), tiene, desde luego, apoyo en el artículo 1.006 del Código civil, donde se reconoce al llamado un derecho antes de aceptar la herencia. Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el derecho que él tenía (139).

Por otra parte se ha dicho que, aunque no se viera en la aceptación un acto de ejercicio de un derecho, no podría dudarse que se trataría de un acto de mera facultad (140), ejercitable también por los acreedores, ya que de ningún modo puede entenderse que el artículo 1.111 del Código civil, al mencionar los derechos y acciones del deudor, pueda interpretarse en sentido tan estricto que solamente acoja los que técnicamente sean derechos subjetivos, sino que, sin demasiada precisión técnica, se refiere a todos los poderes jurídicos capaces de suministrar a su titular un enriquecimiento patrimonial (141).

(133) Ver sobre ello especialmente LACRUZ BERDEJO: *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, «Anuario de Derecho Civil», III, 4, 1950, págs. 1100 y sigs.

(134) D'AVANZO: *La surrogatoria*, cit., págs. 142 y sigs.

(135) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 148 y 149.

(136) CASTRO, en el lugar cit., pág. 205.

(137) ALBALADEJO: *La sucesión a*jure transmissionis**, cit., págs. 13 y sigs.

(138) Ver infra, págs. 38 y sigs.

(139) Ver ROCA SASTRE: *El derecho de transmisión*, en «Estudios de Derecho Privado», cit., II, págs. 294 y sigs.

(140) LACRUZ: *Loc. cit.*, págs. 1.125 y sigs.

(141) LACRUZ: *Ibid.*, pág. 1.127, según el cual los autores del C. c. emplearon el término «derechos» en su acepción vulgar, en la cual tiene un ámbito tan extenso que abarca todas las facultades... La limitación del ámbito de la subrogatoria no puede hallarse en las susodichas palabras sin ter-

Aunque el inconveniente anteriormente expuesto desapareciera con las razones mencionadas, no por ello tendría camino libre la teoría que quiere ver en el artículo 1.001 una forma de acción subrogatoria. Hay otras razones para desecharla más graves y poderosas.

La acción subrogatoria supone siempre el ejercicio por los acreedores de derechos y acciones de su deudor. Por ello, presupuestos fundamentales de la subrogatoria son la titularidad del derecho en el deudor (142) y la falta de ejercicio por parte de éste (143). La inercia del deudor es requisito para la viabilidad de la subrogatoria. Ciertamente que no es precisa la malicia del deudor en la falta de ejercicio, ni mucho menos el ánimo de fraude (144). Basta una objetiva situación de falta de ejercicio de un derecho. Si el deudor, en cualquier momento, lo ejercita por sí, los acreedores no pueden ejercitarlo por subrogatoria (145). Tampoco pierde el deudor la libre gestión de sus intereses patrimoniales. No sólo puede ejercitar sus derechos, impidiendo de este modo el ejercicio por los acreedores, sino que puede ejercitarlos del modo como le parezca más conveniente a sus intereses, salva siempre la posibilidad de un fraude, impugnabile mediante la acción rescisoria.

Pues bien, estos requisitos indiscutibles de la acción subrogatoria serían, en todo caso, inaplicables al supuesto del artículo 1.001 del Código civil. Efectivamente, el artículo 1.001 parte del hecho de que un deudor llamado a una herencia la renuncie. Prescindiendo ahora de la existencia de derecho a la aceptación, que examinamos anteriormente, parece lo cierto que en el momento en que los acreedores se ponen en marcha, es decir, después de la renuncia, ninguna titularidad tiene ya el deudor (146). Si la tuvo, la perdió

giversar el sentido con que fueron usadas en ese lugar y en otros muchos del C. c.; los límites deben buscarse únicamente en la inherencia de la persona... Hay meras facultades cuyo ejercicio es justo que se permita a los acreedores. Y si los términos del C. c. dan pie para ello, nada aconseja reducir en un afán desmedido de precisión técnica el campo de acción de la subrogatoria a un ámbito más limitado del que exigen la letra de la ley y la equidad.

(142) Ver GRIOLET-VERGE: *Nouveau Code civil*, París, 1902-1905, II, 2.º, págs. 1082 y sigs. y bibl. allí citada.

(143) PACCHIONI: *Delle obbligazione in generale*, cit., págs. 990 y sigs.

(144) El fraude, requisito esencial de la acción revocatoria o pauliana, no juega papel alguno en la acción subrogatoria para cuya viabilidad basta la inercia del deudor objetivamente considerada, con independencia de la motivación que la conducta inactiva del deudor pueda haber tenido. (Cfr. CASTÁN: *Op. cit.*, III, pág. 173.)

(145) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 40 a 47.

(146) Por ello dice NICOLÒ: *Loc. cit.*, pág. 47, que el caso del art. 524 (del Código italiano) no puede considerarse aplicación de la acción subrogatoria, puesto que en él los acreedores ejercitan un derecho (de aceptar la herencia) que, por efecto de la renuncia del llamado, estaba para ellos definitivamente perdido. No se puede hablar de legitimación para ejercitar un derecho de otro más que cuando tal derecho subsista. Los acreedores del llamado no están legitimados para ejercitar un derecho de su deudor, porque este último había ejercitado ya, si bien negativamente, el derecho

por virtud de la renuncia (147). Se trataría, en todo caso, de un derecho ya ejercitado, sobre el cual—es obvio—no cabe posibilidad de acción subrogatoria (148).

Para reforzar esta idea de la diversidad entre la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil y la facultad conferida a los acreedores en el artículo 1.001, cabe todavía hacer alguna consideración adicional. En el artículo 1.001 del Código, la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio se hace previa autorización judicial. Podrán éstos (los acreedores) pedir al Juez que los autorice para aceptarla. Más tarde examinaremos el alcance de este requisito de previa autorización (149). Bástenos ahora el hecho de que la autorización judicial previa no es requisito para el ejercicio de la acción subrogatoria (150), aunque otra cosa en algún momento se haya sostenido (151). El ejercicio por los acreedores de un derecho del deudor no tiene por qué ser distinto del ejercicio normal por este último. Y si el deudor puede ejercitar sus derechos extrajudicialmente no se ve razón alguna para que los acreedores—en virtud de la facultad que la ley les confiere—no puedan hacer lo mismo (152). Otra cosa sería im-

de aceptar (la declaración de renuncia es indudablemente un acto de ejercicio de aquel derecho) y no se puede entender que subsista el presupuesto de no ejercicio por el titular que es esencial para admitir la posibilidad de la subrogatoria.

(147) LAURENT: *Op. cit.*, IX, pág. 543, dice, abundando en esta opinión de que para que la acción nacida de la renuncia de la herencia fuese un caso de acción subrogatoria, sería preciso admitir la posibilidad de que los acreedores ejerciten un derecho que no existe ya.

(148) En el mismo sentido de los autores antes citados, CASTRO: *Loc. cit.*, pág. 207; afirma que así la acción subrogatoria da la posibilidad de ejercitar los derechos y acciones del deudor, no se concibe cómo puede subrogarse el acreedor en un derecho que el deudor nunca tuvo (derecho a los bienes de la herencia) o que, si tuvo (derecho a aceptarla), lo renunció; es incomprensible cómo en virtud de un derecho a ejercitar derechos y acciones de otro se puede llegar a ejercitar derechos que éste no tiene.

(149) Vid. *infra*, págs. 62 y sigs.

(150) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 106-108.

(151) En general ha sido la doctrina francesa con base en los antecedentes históricos de la acción—que en muchos aspectos son hoy puras reminiscencias—, y en particular en la tradición del *pignus in causa iudicati datam*, lo que ha solido conferir a la acción de los acreedores el carácter de *subrogation judiciaire* (aceptan esta tesis MARCADE, DEMANTE, y COLMET DE SANTERRE, y TAULER; la rechazan DEMOLOMBE-LAROMBIERE, LAURENT, PLANIOL, BAUDRY. Sobre ello, especialmente, BOSCH: *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur*, París, 1902). En la doctrina italiana, por influencia francesa, aceptaron aquel criterio, LOMONACO: *Delle obbligazione e dei contratti in generale*, 1924, II, pág. 544, y STOLFI: *Diritto civile*, III, pág. 334. La doctrina moderna, sin embargo, rechaza unánimemente esta tesis.

(152) En el derecho español no existe base alguna para sostener la necesidad de una autorización judicial previa al ejercicio de la acción subrogatoria. El artículo 1.111 del C. c. se limita a decir que los acreedores pueden ejercitar los derechos y acciones del deudor con el fin de realzar cuanto se les debe, pero no exige ni que el ejercicio sea ante los Tribunales ni que previamente al ejercicio—judicial o extrajudicial—se obten-

poner el ejercicio judicial de un derecho contra lo que reclaman todas las exigencias del tráfico. Los acreedores que actúan por subrogatoria podrán acudir a los tribunales cuando el ejercicio extrajudicial no les resulte posible por oponerse el propio deudor o el tercero sujeto pasivo del derecho—*debitor debitoris*—o por cualquier otra causa. Lo que parece indudable es que ello no es necesario y, en cambio, en el artículo 1.001 la previa autorización judicial aparece como presupuesto ineludible de la aceptación de la herencia.

Aún una última razón demuestra la diversidad entre la acción subrogatoria y la facultad de los acreedores del artículo 1.001. Los acreedores que actúan por subrogatoria ejercitan los derechos de su deudor en la misma medida, con el mismo alcance y extensión que si fueran ejercitados por el propio deudor, su titular (153). El derecho ejercitado por los acreedores en virtud de subrogatoria produce en el patrimonio del deudor todas sus consecuencias (154). Aplicando esta idea al caso del artículo 1.001, resultaría que si los acreedores aceptasen la herencia en virtud de subrogatoria, tal aceptación surtiría los mismos efectos que si hubiese sido declarada por el deudor. Daría lugar a la toma del título o cualidad de heredero en el deudor llamado (cfr. art. 999, § 4, a contrario sensu); quedaría el deudor responsable de las cargas de la herencia, bien con todos sus bienes, si la aceptación fué pura y simple, bien sólo con los de la herencia, si lo fué a beneficio de inventario (cfr. artículo 1.003), etc. Y, sin embargo, del propio texto del artículo 1.001 resulta claramente que la aceptación aprovecha a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos y que el exceso, cuando lo haya, en ningún caso pertenece al renunciante, sino a las personas a quienes corresponda conforme a las reglas del Código civil (heredero sustituto—art. 774—; coheredero con derecho de acrecer—art. 981—; heredero abintestato—art. 912, 3.º—). No cabe, pues, pensar que la aceptación de los acreedores del artículo 1.001 se realice por subrogatoria, cuando las consecuencias de su ejercicio son diferentes de las que se hubieran producido si el derecho ejercitado por los acreedores lo hubiera sido por el propio deudor (155).

ga autorización. Ello nos induce a sostener la innecesaria en nuestro derecho del requisito que examinamos no sólo por aplicación del principio *ubi lex non distinguit...*, sino también por la conveniencia de convertir la acción subrogatoria en un remedio ágil y eficaz, lo que se impediría con la exigencia y la acumulación de trámites.

(153) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 34 y sigs.

(154) Así BAUDRY-LACANTINERIE: *Op. y loc. cit.*, núm. 644, cuando afirman que la acción o derecho ejercitados por los acreedores en vía de subrogatoria aprovecha al deudor, porque éste no ha dejado de ser titular de la acción o derechos ejercitados y sus productos no pueden retornar a nadie más que a él.

(155) En este sentido dice NICOLÒ: *Loc. cit.*, pág. 42, que, como consecuencia de no tener la acción de los acreedores la naturaleza de la subrogatoria, es por lo que el acto de los acreedores no influye en la esfera

3) *La teoría de la acción mixta* (156).—Los inconvenientes antes señalados en punto a la naturaleza jurídica de la facultad concedida a los acreedores del heredero renunciante en el artículo 1.001 del Código civil han querido ser obviados reconociendo que no se trata ni de una pura acción pauliana, ni de una pura acción subrogatoria, sino de la yuxtaposición de ambas acciones (157). Habría, según esta idea, una acción rescisoria cuyo único objeto sería la declaración de la ineficacia de la renuncia realizada en fraude de acreedores y una acción subrogatoria posterior, por cuya virtud, una vez rescindida la renuncia y trasladadas las cosas a la situación anterior, los acreedores ejercitarían la facultad de su deudor de aceptar la herencia (158). Es cierto que mediante el mecanismo de la yuxtaposición de acciones desaparecen algunos de los inconvenientes de los sistemas anteriores, pero es igualmente cierto que los más graves quedarían en pie. Se explicaría así que a la rescisión de la renuncia pudiera seguir la aceptación de la herencia (159), cosa que con la simple acción pauliana, cuyo único efecto es la rescisión, sería inexplicable. Se explicaría igualmente la propia aceptación—como ejercicio de derecho o facultad—que no podría admitirse en virtud de sólo la subrogatoria por no existir después de la renuncia derecho del deudor que ejercitar, ya que este derecho habría reingresado en el patrimonio del deudor a causa de la rescisión (160). Pero quedaría siempre el obstáculo más importante, como es el efecto limitado que el artículo 1.001 atribuye a la acción de los acreedo-

jurídico-patrimonial del deudor, el cual no adquiere el título de heredero ni deviene propietario de los bienes de la herencia, sino que produce sólo efecto en beneficio de los acreedores, los cuales pueden someter a acción ejecutiva los bienes hereditarios frente al nuevo titular que haya aceptado.

(156) Esta tesis, indicada ya por DEMOLOMBE: *Op. cit.*, núm. 144, la recoge modernamente BARASSI: *La successioni per causa di morte*, Milano, 1944, págs. 116 y sigs.

(157) Ver AZZARITI-MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte*, Padova, 1942, págs. 127 y sigs.

(158) A esta misma opinión parece inclinarse finalmente CASTRO: *Op. y loc. cit.*, quien, después de haber defendido el carácter revocatorio de la acción nacida del artículo 1.001 del C. c., dice que, una vez ejercitada la revocatoria, el derecho de aceptar la herencia queda sometido a la acción de los acreedores y, como es un derecho, el procedimiento ejecutivo a seguir es la acción subrogatoria (art. 1.447, 10, LEC y art. 1.111 del C. c.); los acreedores podrán entonces usar del derecho de aceptar la herencia.

(159) Ver, no obstante, las objeciones de LAURENT: *Op. y loc. cit.*, págs. 544 y sigs., en el sentido de que, aun después de revocada la renuncia por medio de la acción pauliana es muy dudoso que se devuelva al deudor el derecho de aceptar y que los acreedores puedan ejercitarlo por subrogatoria, ya que, conforme a la literal expresión del precepto, la herencia en ningún caso beneficia al renunciante, y el remanente se adjudica a las personas llamadas en virtud de su renuncia, lo cual viene claramente a indicar que, aun después de revocada la renuncia, no hay *ius adeundi* en que los acreedores puedan subrogarse.

(160) En el mismo sentido, MAIERINI: *Della revoca degli atti fraudolenti*, cit., págs. 130 y sigs.

res. La rescisión de la renuncia—objeto de la acción pauliana—, sólo parcialmente se produciría, sólo en la parte necesaria para cubrir los créditos de los accionantes, ya que el exceso no se adjudica al deudor, sino a las personas a quienes corresponda por haber aquél renunciado. Del mismo modo, el efecto de la aceptación—objeto de la acción subrogatoria—sería también parcial, por aprovechar no tanto al deudor, cuyo derecho se ejercitaría, como a los propios acreedores, lo cual sería contrario tanto a las reglas de la acción pauliana, que exige la ineficacia completa del acto fraudulento, como a las de la acción subrogatoria, que impone que el ejercicio por los acreedores de un derecho tenga el mismo alcance y extensión que si fuera ejercitado por él mismo (161).

El problema queda de esta manera en pie. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la facultad concedida a los acreedores por el artículo 1.001? (162).

Parece cierto que el hecho de no poder ver en el artículo 1.001 una derivación directa de la acción subrogatoria, ni de la acción pauliana, no excluye la existencia entre ellos de un estrecho parentesco. Más que derivación directa de uno a otro, parece existir una derivación de todos ellos de unos mismos principios generales: la responsabilidad patrimonial universal del deudor y el poder de los acreedores de conservar la solvencia del deudor. No dejan de tener alguna razón quienes afirman que la figura del artículo 1.001 es una figura intermedia entre la acción subrogatoria y la acción pauliana (163). Pero limitarse a decir que se trata de

(161) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 186 y sigs.

(162) Cabría todavía pensar, ya lo hemos indicado anteriormente, que la acción derivada del artículo 1.001 fuese una aplicación de la impugnación de las renunciaciones de derechos en perjuicio de tercero, conforme al artículo 4.º del C. c., según el cual los derechos concedidos por las leyes son renunciables a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero (cfr. DE BUEN: *Loc. cit.*, págs. 141 y sigs.). Pero esta solución no parece convincente: 1.º Por la dificultad que existe para equiparar la renuncia de derechos subjetivos y la repudiación de la herencia, conforme lo dicho supra, pág. 26. 2.º Porque la ineficacia de la renuncia en perjuicio de tercero parece derivar de su ilicitud conforme al propio artículo 4.º, es decir, se trataría de un acto absolutamente nulo, lo cual dejaría sin explicación la eficacia de la renuncia, en cuanto a no poder beneficiarse el deudor por la acción de sus acreedores y a la delación y, en su caso, adquisición de bienes en favor de los sucesivamente llamados; y 3.º Porque tampoco explicaría la legitimación de los acreedores, una vez declarada ineficaz la renuncia, para «aceptar la herencia en nombre y lugar del deudor».

(163) Cfr. VENZI: *Manuale de Diritto civile italiano*, Torino, 1929, págs. 726 y 727, y *Notas a Pacifici-Mauzoni*, IV, pág. 506; D'AVANZO: *La surrogatoria*, cit., págs. 186 y sigs.; *Commentario al Codice civile*, de D'AMELIO-FINZI: *Successioni e donazioni*, pág. 238, y *Delle successioni*, Firenze, 1941, pág. 341; PICARO: *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tarento, 1946, pág. 38. En la doctrina española, LACRUZ BERDEJO: *Notas a la traducción del Derecho de sucesiones*, de BINDER, Barcelona, 1953, pág. 182.

una figura intermedia en realidad es no explicar nada, mientras no se profundice en el examen de su sentido y de la estructura de su mecanismo, que es la tarea que no sólo no se debe eludir, sino que es menester realizar con todo detalle y atención.

4) *Replanteamiento del problema.*—Un planteamiento riguroso del problema exige proceder por etapas, separando cuidadosamente las diversas cuestiones que en él se entrelazan. Exige examinar la relación en que se encuentra la herencia meramente deferida con el patrimonio del deudor, averiguar después hasta qué punto la renuncia supone una mengua de la garantía patrimonial del renunciante y determinar, finalmente, la naturaleza de la legitimación que para aceptar otorga el artículo 1.001 a los acreedores.

A) *La herencia deferida y el patrimonio del deudor.*—El deudor—dice el artículo 1.911 del Código civil—responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Para explicar de una manera correcta y suficiente la naturaleza de la reacción de los acreedores frente a la renuncia de herencia en su perjuicio, el primer paso que debe darse consiste en averiguar la repercusión que la simple delación de la herencia produce en el patrimonio del heredero deudor (164). La delación de la herencia, es decir, el efectivo llamamiento a recoger la herencia, ¿qué repercusión patrimonial produce en el llamado? Con más claridad: entre el momento de la muerte del causante—suponiendo, para simplificar el problema, que coincidan la apertura de la sucesión y la delación de la herencia—y el momento de la aceptación o renuncia, ¿qué titularidad existe en el patrimonio del heredero deudor que pueda ser soporte de su responsabilidad para con sus acreedores? Cabe pensar, en este punto, tres hipótesis completamente distintas, cada una de las cuales necesitará particular examen y de cada una de las cuales pondrán extraerse consecuencias distintas al objeto de nuestro estudio. Una, que por el puro hecho de la muerte del causante, el llamado a la herencia la adquiere (165); otra, que la delación no atribuye al llamado más que un derecho a la sucesión, pero no adquiere la herencia sino hasta la aceptación (166), y, en fin, una tercera, que la simple delación no modifica en nada la capacidad del patrimonio del heredero deudor, para el cual la herencia es sólo una expectativa muy fundada o un bien futuro (167).

(164) ALBALADEJO: *La sucesión «iure transmissionis»*, cit., págs. 923 y sigs.

(165) GARCÍA VALDECASAS: *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, cit., pág. 89 y sigs., y *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, cit., págs. 991 y sigs.

(166) Si bien con efecto retroactivo, cfr. ROCA: *La adquisición y repudiación de la herencia en el derecho común y foral*, «Estudios», cit., II, págs. 1 y sigs.

(167) Solución mantenible en un puro sistema de adquisición por aceptación.

a) *La adquisición de la herencia.*—No es posible, dada la brevedad de estas líneas, replantear aquí la debatida cuestión del momento de adquisición de la herencia en el Derecho español (168), ni la polémica entre los partidarios del sistema germánico de adquisición de la herencia por el solo hecho de la muerte del causante (169) y el sistema mixto de adquisición por aceptación con retroacción de efectos al momento de la muerte del causante (170), ya que el sistema romano puro—adquisición por aceptación—parecen descartarlo plenamente los términos en que están concebidos los artículos 661 y 989 del Código civil.

Sin penetrar, como decimos, en una discusión que nos está vedada, dado el objeto perseguido, bastan a nuestro tema algunas consideraciones. El artículo 1.001 del Código civil español tiene su antecedente directo en el artículo 788 del Código civil francés, y el derecho francés, según está uánimemente reconocido, ha admitido el sistema de adquisición de la herencia por el simple hecho de la muerte del causante (171). La aceptación se manifiesta de este modo como una confirmación de la adquisición, pero en el momento de aceptar la herencia los derechos del causante están ya en el patrimonio del heredero. En el derecho francés, en el cual tiene su origen el artículo 1.001 de nuestro Código civil, al entrar los bienes hereditarios en el patrimonio del heredero por el solo hecho de la muerte del causante, pasan, también por este solo hecho, a formar parte del soporte de su responsabilidad patrimonial (172). Al estar en el patrimonio del heredero deudor desde la muerte del causante, antes de ser la herencia aceptada, los acreedores tienen derecho a considerarlos como formando parte de la garantía que la ley les concede, estando pendiente sólo de la confirmación que la aceptación supone. Por esta razón, cuando el deudor renuncia en su perjuicio pueden con razón sentirse defraudados y reclamar la aplicación de la porción hereditaria deferida al deudor al pago de sus créditos.

(168) Vid. los autores citados en anteriores notas; ver también GRAMMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.

(169) Sistema aceptado por el Código civil alemán (§ 1.942, conforme al cual «la herencia pasa al heredero llamado, sin perjuicio del derecho de repudiarla—adquisición provisional de la herencia—) y por el Código civil suizo («dos herederos adquieren de pleno derecho la universalidad de la sucesión desde el momento en que se abre», art. 540)

(170) En el Derecho italiano el problema se discutió bajo el imperio del antiguo Código (vid. GUERRERA: *L'acquisto dell'eredità*, «Riv. italiana Scienze giuridiche», 1923, pág. 483). El nuevo Código lo ha resuelto en su artículo 459, conforme al cual «la herencia se adquiere con la aceptación». El efecto de la aceptación se retrotrae al momento de apertura de la sucesión.

(171) En el Código civil francés la regla de adquisición *ipso iure* de la herencia resulta de los artículos 724, 777 y 784.

(172) Por ello con razón pudo decir LAURENT: *Op y loc. cit.*, que el artículo 788, semejante a nuestro 1.001, es una consecuencia muy lógica del nuevo principio que rige la transmisión de las sucesiones; las sucesiones

Es cierto que el trasplante del sistema al derecho español ofrece dificultades (173), aunque ciertamente podría encontrar apoyo en nuestros mismos textos legales: tal es artículo 661, tan debatido, conforme al cual los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones (174), o el artículo 440, según el cual la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adquirirse la herencia (175).

b) *La herencia deferida como bien futuro.*—Frente a la hipótesis anteriormente expuesta, cabría argumentar que la simple declaración de la herencia ninguna modificación produce en el patrimonio del heredero; que la modificación sólo se produce en el momento de la aceptación, aunque sus efectos se retrotraigan al momento de la muerte del causante.

Con apoyo de estas consideraciones cabría todavía añadir: en nada pueden considerarse los acreedores del heredero defraudados porque su deudor, al repudiar la herencia, no se desposee de nada, sino que se limita a declarar su voluntad de no recibir (176). El supuesto de aplicación del artículo 1.001 del Código civil es un heredero que repudia una herencia. «Si el heredero repudia la herencia...», dice el artículo 1.001. Los efectos de la repudiación

se transmiten de pleno derecho en virtud de la ley desde el instante de la apertura de la herencia.

(173) Los redactores del Proyecto de Código civil de 1851 aceptaron expresamente el sistema germánico en su artículo 554 que decía que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte no sólo en la propiedad, sino también en la posesión; reconociendo GARCÍA GOYENA: *Op. cit.*, II, págs. 10 y 11, que con ello se había preferido a la doctrina tradicional inspirada en el derecho romano la doctrina de los Códigos modernos. El Proyecto citado, en cuanto precedente, puede parecer favorable a la tesis de adquisición *ipso iure* de la herencia, pero si se piensa que su redacción fué sustancialmente modificada por el Código civil se llega justamente a la conclusión contraria.

(174) A juicio de GARCÍA VALDECASAS: *De nuevo sobre la adquisición de la herencia*, págs. 991 y 992, en tanto no sea derogado el artículo 661 ni siquiera cabe discutir que el principio básico de la adquisición de la herencia en nuestro derecho se ajusta al sistema de tipo germánico de un modo perfecto, siendo él único problema que el Código plantea el de la armonización de este principio básico con otros preceptos de inspiración romana contenidos en el mismo Código.

(175) El artículo 440, sin embargo, no debe tomarse en cuenta para decidir el sistema de adquisición hereditaria seguido por nuestro Código, porque el artículo 440 enfila otro orden de problemas. El artículo 440 no plantea la cuestión del momento de adquisición de la herencia, sino la cuestión de la transmisión de la posesión de los bienes hereditarios, conforme ciertamente con el principio francés de la «*saisine héréditaire*».

(176) La repudiación suele por esto ser definida como la declaración de voluntad de no querer ser heredero. Cfr. BINDER: *Op. cit.*, página 179: «Así como la aceptación de la herencia consiste en la declaración de voluntad de querer asumir la situación de heredero, la repudiación es la declaración de no querer ser heredero.»

—como los de la aceptación—se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. La renuncia de la herencia no es, pues, abandono de derechos ya adquiridos, sino manifestación de voluntad contraria a la adquisición. El heredero que repudia la herencia válidamente, nada ha adquirido, ni nada ha poseído (cfr. art. 440). Ninguna mutación se ha producido en su patrimonio. Nada ingresó en él que pudiera haber quedado sujeto a su propia responsabilidad. Ninguna disminución fraudulenta se operó en él (177). La herencia deferida, pero aún no aceptada, no es un bien presente en el patrimonio del deudor. Antes de la aceptación, para el patrimonio del deudor, los bienes hereditarios son, todo lo más, bienes futuros. Y los bienes futuros —aunque conforme a la dicción literal del artículo 1.911 del Código civil responden a las obligaciones del deudor—sólo pueden ser objeto de la acción de los acreedores al convertirse en presentes (178), si tal conversión llega a producirse. Los bienes futuros, en cuanto futuros, sólo pueden engendrar una expectativa. Cuando el heredero repudia la herencia sólo puede decirse que defrauda la esperanza, más o menos fundada, que los acreedores tuvieron acerca de su posible enriquecimiento, pero nada más.

c) *El sistema del «ius delationis»*.—Se trata de un sistema intermedio frente a los dos anteriores: no se dice que el heredero adquiera la herencia antes de la aceptación, pero tampoco que no adquiera nada, ni se produzca en su patrimonio el ingreso de titularidad alguna. Por el hecho de la muerte del causante y antes de la aceptación, el llamado tiene derecho a la herencia deferida (179), derecho que, por conferirse en virtud de la delación, suele denominarse *ius delationis* (180), o también, con más inexactitud terminológica, *ius transmissionis* (181). Nuestro Código civil hace algunas referencias a este derecho, como, por ejemplo, cuando se refiere a su transmisión hereditaria por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia (art. 1.006) (182).

El problema estriba entonces en determinar cuál es el contenido de este derecho del llamado a la herencia (183). Parece, en principio, que forman parte del contenido de este derecho atribuido al llamado en virtud de la delación, la facultad de aceptar y la

(177) El que repudia deja de adquirir más que enajena (*non alienat qui omittit hereditatum*), decía POTHIER: *Traité des divers sur les successions*, París, 1812, I, pág. 226.

(178) Cfr. MANRESA: *Comentarios*, VII, págs. 427 y sigs.

(179) CARIOTA-FERRARA: *Problemi di teorie generale nel diritto ereditario*, «Riv. Dir. Civ.», I, 1, 1955, págs. 14 y sigs.

(180) NICOLO: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. Messina, 1934.

(181) ROCA SASTRE: *El derecho de transmisión*, en «Estudios de Derecho Privado», cit., págs. 294 y sigs.

(182) ALBALADEJO: *Loc cit.*

(183) Sobre ello especialmente CICU: *Op. y loc. cit.* También STOLFI: *Note sue concetto di successione*, «Studi in onore de Cicu», Milano, 1954, II, págs. 463 y sigs.

de repudiar (184); igualmente son contenido de este derecho la facultad de realizar en los bienes hereditarios actos de mera conservación o administración provisional (185); la facultad de pedir la formación de inventario y la de deliberar (186); parece, por último, que el llamado a la herencia se halla legitimado por el solo hecho de la delación para ejercitar acciones posesorias (187). El *ius delationis* se asemeja, según esto, a una titularidad provisional (188) que sólo con la aceptación se consolida, tomando el llamado la cualidad de heredero y adquiriendo, con efecto retroactivo, los bienes de la herencia (189). Ahora bien, ¿qué contenido económico (190) tiene este derecho, que pueda constituir para los acreedores una forma de garantía patrimonial? La atribución de la titularidad del *ius delationis* no aumenta, de por sí, la garantía patrimonial, ni la solvencia del deudor (191). En un cierto sentido sólo la presunción de que el deudor aceptará puede aumentar la confianza de los acreedores. Pero esta presunción es un puro hecho que puede verse contradicho por el ejercicio de la facultad de renunciar, que es enteramente libre y voluntario (artículo 988). No puede decirse, en nuestro Derecho, que el deudor tenga obligación de enriquecerse para aumentar así la garantía de sus acreedores (192). No puede, por lo mismo, pensarse en una obligación de aceptar la herencia, pues—es menester insistir en ello—la aceptación y la repudiación son actos literalmente voluntarios y libres (193).

B) *La renuncia de la herencia y la solvencia del deudor.*—Tras el razonamiento expuesto en las líneas anteriores debemos penetrar ya en la segunda cuestión previa para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la facultad concedida a los

(184) Cfr. artículo 1.002, sobre pérdida de facultad de renunciar; artículo 1.006, «el derecho que él tenía», etc.

(185) Cfr. art. 999, § 4.º Sobre ello, GITRAMA: *Los supuestos de administración de herencia*, «Rev. Derecho Privado», 32, 371, 1948, págs. 97 y sigs.

(186) Cfr. arts. 1.010 y sigs., que hablan de «beneficio de inventario» y de «derecho de deliberar» (arts. 1.014, 1.016, etc.).

(187) Así puede deducirse del artículo 446 en relación con el 440. Sobre ello, CICU, en el lugar citado.

(188) Prescindiendo ahora de la discusión en torno a si la delación atribuye al llamado un derecho subjetivo, una simple facultad o una pura expectativa, lo que parece cierto es que la titularidad atribuida al llamado tiene carácter provisional, dada su finalidad instrumental. Sobre ello, CASTRO: *Derecho civil de España*, 1, pág. 566.

(189) Cfr. NATOLI: *Amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1949, página 44.

(190) Ver ALBALADEJO: *Loc. cit.*, págs. 923 y sigs.

(191) No obstante, la doctrina suele admitir la patrimonialidad del *ius delationis* en cuanto, potencialmente al menos, da derecho a relaciones patrimoniales (ALBALADEJO: *Loc. cit.*, pág. 925). La patrimonialidad del derecho de delación la pone también de manifiesto NATOLI: *Loc. cit.*, pág. 44.

(192) Sobre ello, *infra*, págs. 167 y sigs.

(193) *Supra*, pág. 128 nota (5).

acreedores en el artículo 1.001: a saber, la repercusión de la renuncia del heredero deudor en la solvencia del deudor. Desde este punto de vista nos podríamos preguntar si la renuncia de la herencia es un acto de preparación o de aumento de la insolvencia del deudor o es, por el contrario, un acto que impide la disminución de la insolvencia o, lo que es lo mismo, si hay en la renuncia un acto de empobrecimiento o enajenación fraudulento o un acto de falta de enriquecimiento (194).

a) *Renuncia en perjuicio de acreedores y enajenación fraudulenta*.—En el sistema de nuestro derecho positivo parece indudable que el deudor, al renunciar a la herencia que se le ha deferido, no realiza un acto de enajenación en fraude de sus acreedores, ni puede decirse que en nada se haya empobrecido (195). La renuncia de la herencia no supone un empobrecimiento del renunciante desde el momento en que la herencia renunciada no formaba parte de su patrimonio (196). La hubiera adquirido si hubiera aceptado. Al renunciarla se entiende que en ningún momento la poseyó, que en ningún momento fué suya (197). Mucho menos aún puede decirse que la renuncia de la herencia implique una enajenación o una transmisión de derechos: primero, por la antes dicha razón de que faltaría en el transmitente o enajenante —el que renuncia— la titularidad de los derechos, puesto que nada había adquirido, y, además, porque una construcción tal, obligaría a pensar en la existencia de una relación de transmisión entre el renunciante y el llamado en segundo lugar (sustituto, heredero abintestato, etc.). La herencia, transmitida del causante al primer llamado, pasaría de éste al llamado en segundo lugar. Y esto, en nuestro derecho, sólo ocurre en supuestos muy especiales en que se habla erróneamente de renuncia, como son la «renuncia» por precio a favor de todos los coherederos indistintamente y la «renuncia», aun gratuita, a beneficio de uno o más de los coherederos (198). Que en tales casos se habla de renuncia impropia-mente (199) lo demuestra el propio Código al decir que en tales

(194) NICOLO: *Loc. cit.*, pág. 229.

(195) Cfr. PACCHIONI: *Delle obbligazione in generale*, pág. 121.

(196) Cfr. VENZI: *Manuale*, cit., pág. 726.

(197) Arg. artículos 440 y 989 del Cod. civil.

(198) Cfr. artículo 1.000, núms. 2.º y 3.º, conforme a los cuales se entiende aceptada la herencia, «cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos (ap. 2.º) y cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente (ap. 3.º)».

(199) Cfr. CARIOTA FERRARA: *El negocio jurídico*, cit., pág. 117, cuando dice que «no va contra la exactitud de tal solución —la naturaleza unilateral de la renuncia— la indudable necesidad de aceptación en los casos en que la renuncia a la herencia se hace en favor de persona a la que, realizada la renuncia *sic et simpliciter* no favorecería o favorecería de modo diverso. En tales casos, ciertamente, se trata de una transmisión de derechos (enajenación) e implícitamente de aceptación de la herencia (*nemo dat quod non habet*)».

supuestos «entiéndese aceptada la herencia»; y se opera la doble transmisión, del causante al primer llamado y de éste a los beneficiarios de su renuncia (200). Pero para ello, para poder hablar de doble transmisión, es menester que la ley entienda aceptada la herencia, hablándose de renuncia impropia. La «renuncia» por precio del artículo 1.000 es la venta de la herencia del artículo 1.531 (201), y la renuncia gratuita del artículo 100 en el fondo no es otra cosa que una donación (202). Sin embargo, el efecto normal de la repudiación de la herencia es la delación en favor del llamado en segundo lugar (sustituto, heredero abintestato) o el acrecimiento en favor de todos los coherederos, en cuyos casos la transmisión se opera del causante al sucesor—segundo llamado—como si entre ellos no hubiera existido llamamiento alguno (203).

No puede verse por ello, en la renuncia de la herencia hecha por el deudor en perjuicio de sus acreedores, una enajenación, una desposesión o un empobrecimiento patrimonial. La renuncia de la herencia no es otra cosa que la declaración de voluntad de no ser heredero y de no adquirir los bienes de la herencia (204). El fundamento de la acción de los acreedores no puede por ello estar en la idea de que la renuncia disminuya su garantía, sino, si acaso, en esta voluntad de no adquirir que es, como claramente se observa, cosa muy distinta de enajenar.

(200) No parece que el artículo 1.000 del Código pueda tener otra explicación. En él se contempla una transmisión *mortis causa* del *decius* al heredero, puesto que la ley entiende que éste ha aceptado la herencia y, en consecuencia, ha adquirido los bienes hereditarios con efecto retroactivo a la fecha de la muerte del causante y una transmisión *intervivos* del heredero aceptante al extraño o a los coherederos a quienes vendió, cedió o donó su derecho en cuyo favor lo renunció gratuitamente o por precio. Se exceptúa siempre el caso de renuncia gratuita en favor de los coherederos a quienes debía acrecer la porción renunciada, en cuyo caso la ley afirma que la herencia no se entiende aceptada, sino auténticamente renunciada y el efecto se produce en virtud del acrecimiento.

(201) CARIOTA FERRARA: en *Loc. cit.*, pág. 118. Sin embargo, parece claro que el Código, aun concediendo los mismos efectos, ha distinguido la venta a todos los coherederos o a alguno de ellos (art. 1.000, 1.º) y la renuncia por precio en favor de todos o de alguno de los coherederos (artículo 1.000, 2.º y 3.º). A pesar de ello, cualquiera que sea la terminología legal y la que las partes puedan dar a un negocio, la renuncia por precio no puede ser otra cosa que una venta de herencia.

(202) Por la misma razón apuntada en la nota anterior, la transmisión de los bienes del heredero tácito aceptante a sus coherederos, con carácter gratuito, sólo puede encuadrarse en el marco de la donación, salvo el caso de que el mismo efecto se produjera en virtud del derecho de acrecer, siempre que concurren los presupuestos esenciales de este fenómeno hereditario (cfr. arts. 981 y 982 C. c.).

(203) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español*, III, pág. 282, «La repudiación da lugar, en los respectivos casos, al llamamiento de heredero sustituto, o al ejercicio del derecho de acrecer, o a la apertura, total o parcial, de la sucesión legítima».

(204) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, III, págs. 346 y sigs.

b) *Renuncia y no adquisición.*—La renuncia de la herencia, decíamos, entraña simplemente la declaración de la voluntad de no adquirir. La renuncia no es otra cosa que una falta de adquisición. Ahora bien, ¿hasta qué punto pueden los acreedores sentirse agraviados o perjudicados por el hecho de que su deudor no adquiriera algo que pudo adquirir? Los acreedores pueden legítimamente reaccionar contra una merma de la garantía patrimonial o enajenación fraudulenta (acción rescisoria). Pueden igualmente reaccionar frente a la inercia del deudor que deja de ejercitar sus derechos (acción subrogatoria). Pero, ¿pueden sentirse perjudicados por el hecho de que el deudor declare su voluntad de no adquirir? ¿Tiene el deudor obligación de adquirir? ¿Tienen los acreedores derecho a que el deudor adquiriera? He aquí la cuestión.

Es cierto que desde el derecho romano se viene admitiendo la existencia de fraude de acreedores no sólo en los hechos de libre y voluntario empobrecimiento—enajenaciones—, sino también en aquellos otros que tienen como consecuencia la pérdida o la no adquisición de un derecho (205). Mas para que en tales casos se pueda hablar de perjuicio de acreedores es preciso que el deudor esté obligado a hacer lo que no ha hecho (206). ¿Es admisible esta obligación del deudor de adquirir, para aumentar así la garantía de sus acreedores? Más concretamente, ¿está el deudor obligado a aceptar la herencia que se le defiere? Parece muy difícil la admisibilidad de una semejante obligación de adquirir (207).

No sería dificultad menor para admitirla el hecho de que se trataría en todo caso de una obligación cuyo contenido consistiría siempre en un «facere» de carácter personalísimo e incoercible (208), ni tampoco la dificultad de admitir la existencia de un derecho de ejercicio obligatorio (209). La supuesta obligación de adquirir—y el correlativo derecho de los acreedores a que su deudor adquiriera—estarán siempre en función de la suficiencia o insuficiencia del patrimonio del deudor para hacer frente a sus obligaciones. Si el deudor es perfectamente solvente y su patrimonio

(205) Cfr. Dig. 42, 8, 3 y 4.

(206) PAULO (libro sexagésimo octavo *ad Edictum*): en Dig. cit.: «In fraudem facere videri etiam eum qui non facit quod debet facere, intelligendum est, id est si non utatur servitutibus».

(207) No obstante haber sido, en alguna ocasión, mantenida por los canonistas la obligación del deudor de adquirir medios suficientes con que satisfacer a sus acreedores (ver *supra*, pág. 133), parece muy difícil que una obligación semejante pueda hoy admitirse, no con carácter de deber moral o de conciencia, sino con el de verdadera obligación jurídica.

(208) Por aplicación de la regla *nemo ad factum praecissi cogi potest*.

(209) Porque es esencial para la existencia de un derecho subjetivo que su ejercicio y defensa se dejen al arbitrio de la persona a quien el derecho ha sido atribuido (CASTRO: *Op. cit.*, I, pág. 573). Cuando el ejercicio de un poder jurídico se impone de manera necesaria no parece que pueda hablarse de derecho subjetivo.

suficiente para la satisfacción de sus deudas, no puede de ninguna manera admitirse la existencia de la pretendida obligación, sólo concebible en teoría cuando el deudor es insolvente o rayano en la insolvencia. Ahora bien, si en tal situación se le ofreciera, al deudor, junto a la herencia deferida, otra posibilidad de satisfacer enteramente sus deudas—v. gr., la aceptación de una donación ofrecida—, podría hablarse de la obligación de adquirir. ¿En los dos casos? ¿En uno sólo? Si el deudor aceptara la donación y renunciara a la herencia, ¿habría perjuicio de acreedores? Parece que no.

Ello lleva a pensar que, en último caso, nunca podría hablarse de una obligación específica de aceptar una herencia, sino, en último extremo, de una obligación genérica de mantener la propia solvencia, obligación cuya forma de realización sería en principio indiferente. Efectivamente, la solvencia del deudor es un bien de los acreedores, por cuya razón es por lo que la ley les protege, atribuyéndoles determinadas acciones dirigidas a conservarla, pero no impone al deudor ningún deber personal en este sentido. Ocurre, sin embargo, que de esta manera hemos vuelto al punto de partida sin haber averiguado la naturaleza de la acción del artículo 1.001.

c) *La legitimación para aceptar del artículo 1.001.*—Por las razones examinadas, la ley otorga a los acreedores acción para aceptar la herencia a que ha sido llamado su deudor. Los acreedores pueden aceptar la herencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.001. Ahora bien, ¿qué suerte de legitimación es ésta que se atribuye a los acreedores para aceptar?, ¿qué naturaleza reviste esta aceptación? Son problemas de muy difícil solución. El problema de la legitimación de los acreedores para aceptar la herencia deferida a su deudor es árduo. Resumidamente podría plantearse así: ¿aceptan los acreedores en virtud de un derecho propio o aceptan ejercitando un derecho de su deudor? Un examen ligero del artículo 1.001 podría inducirnos a pensar que los acreedores ejercitan el derecho de su deudor (210). «Podrán éstos (los acreedores)—dice el artículo 1.001—pedir al Juez que los autorice para aceptar *en nombre de* aquél.» Hay, pues, conforme a la expresión literal de la ley, una «aceptación en nombre del deudor». Lo que ya resulta más difícil es determinar de qué manera actúan los acreedores en nombre de su deudor. Parece que de ningún modo puede admitirse una representación—ni voluntaria, ni legal—del deudor por sus acreedores, toda vez que faltan aquellos supuestos fundamentales de toda representación, como son la realización del interés del representado y la atribución de los efectos jurídicos del negocio realizado por representación a la persona del representado (211). Mucho menos puede pensarse en una

(210) Cfr. PACCHIONI: *Op. y loc. cit.*, pág. 121.

(211) La realización del interés del representado y la atribución de los efectos jurídicos del acto realizado por representación a la persona del re-

gestión de negocios de otro sin mandato (212) o una «procuratio» *in rem suam* (213). Tampoco cabe hablar de una forma de sustitución en el ejercicio de un derecho—análoga a la que da lugar la acción subrogatoria (214)—, puesto que, como ya hemos anteriormente observado, no cabe pensar que el deudor que ha renunciado a la herencia deferida sea titular de ningún derecho, puesto que la titularidad que pudiera haber ostentado se ha extinguido por virtud de la propia renuncia. Todo ello parece conducirnos a la conclusión de que cuando el Código habla de aceptar *en nombre del deudor* no deja de emplear una expresión figurada sin ningún sentido técnico (215).

Pero, ¿puede decirse, en consecuencia, que ejerciten los acreedores un derecho propio? ¿Es que tienen los acreedores un derecho propio sobre la herencia que aceptan? Este problema—uno

presentado son esenciales a la idea misma de representación, sea aquélla voluntaria o legal (Cfr. BERTI: *Teoría general del negocio jurídico*, páginas 420 y sigs.) y, en el caso actual es evidente que ni uno, ni otro requisito concurren, pues es claro que la actuación de los acreedores—en nombre del deudor, según los términos de la ley— la realizan aquéllos en su propio interés, sin que en ningún caso pueda entenderse que los efectos jurídicos de semejante acto de aceptación de herencia se atribuyan a la persona del deudor, pues de la propia ley se desprende que la aceptación sólo aprovecha a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos y que el exceso, si lo hubiere, en ningún caso pertenecerá al renunciante. Estas someras consideraciones bastan para excluir la idea de representación en esta actuación de los acreedores «en nombre de» su deudor.

(212) Que no cabe hablar de gestión de negocios ajenos resulta igualmente del examen de los requisitos que la doctrina exige unánimemente a esta figura (Vid. CASTÁN: *Derecho civil español*, IV, págs. 769 y sigs.), y entre ellos que el gestor realice un interés del *dominus negotii*, no un interés propio, asumiendo la gestión con utilidad. No cabe hablar en el caso del artículo 1.001 de gestión de negocios de otro, cuando los acreedores actuantes, realizan y gestionan su propio interés y la utilidad que de la gestión pudiera obtenerse no habría en ningún modo de aprovechar al *dominus*, sino a los gestores.

(213) Teoría con la cual se obviaría la dificultad de que el representante actuara en su propio interés, pero no los demás inconvenientes de la teoría de la representación (D'AVANZO: *Loc. cit.*, pág. 136).

(214) Bajo el concepto de sustitución se engloban todos aquellos supuestos en que alguna persona realiza una determinada actividad en nombre propio y en el predominante o concurrente interés propio, pero destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial. En la sustitución existe siempre una determinada relación jurídica entre el sustituto y el sustituido, en virtud de la cual la ley legitima al sustituto para invadir la esfera jurídica del sustituido. La sustitución como concepto jurídico nació en el campo del derecho procesal, para recoger los supuestos de actuación en nombre propio para litigar por derechos ajenos, pero ha sido trasladada al campo del derecho sustantivo (CARNELUTTI: *Loc. cit.*, págs. 266 y sigs.) para explicar determinadas figuras jurídicas, como la acción subrogatoria y, por extensión, la acción de los acreedores por el artículo 1.001. Sobre ello, más ampliamente, LADARIA: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 83 y sigs.

(215) Cfr. LAURENT: *Op. y loc. cit.*, pág. 543.

de los más vidriosos que plantea la interpretación del artículo 1.001—exige hacer precisamente algunas consideraciones sobre la naturaleza de esta aceptación. La aceptación normalmente reviste la naturaleza de una declaración de voluntad (216), por virtud de la cual el llamado asume el título o la cualidad de heredero; adquiere los bienes de la herencia y se hace responsable de las cargas hereditarias—deudas del causante, deudas de la herencia, legados, etc—, bien sólo con los bienes de la herencia, bien incluso con los suyos propios. En la aceptación del artículo 1.001, aparte no proceder la declaración de voluntad del llamado a la herencia, sino de sus acreedores, es muy dudoso que se produzcan los efectos normales de toda aceptación (217). No es el llamado quien adquiere la herencia. La herencia, en virtud de esta anormal aceptación, va a aprovechar: en primer lugar, a los acreedores hasta el importe de sus créditos, puesto que con los bienes hereditarios van a ser satisfechos; al deudor llamado, en segundo lugar, no sólo en cuanto a la disminución de su pasivo que supone el pago de sus deudas, sino también porque las deudas del llamado sólo pueden entenderse pagadas con sus propios bienes, presuponiendo, en este sentido, la adquisición de los mismos. Si las deudas del llamado se pagaran con bienes de otro, su titular tendría siempre un derecho de repetición contra el verdadero deudor, puesto que habría pagado por él (218); en tercer lugar, aprovecha la herencia a las personas beneficiadas por la renuncia, a quienes se adjudica el remanente una vez satisfechos los créditos. Hay, pues, una doble adquisición de herencia: por el llamado que renunció, que adquiere los bienes necesarios para la satisfacción de sus acreedores, y por los beneficiados por la renuncia, que adquieren el exceso.

Sin embargo, el artículo 1.001 no resuelve el problema crucial, que consiste en averiguar quién toma, en virtud de esta aceptación, la cualidad o título de heredero y quien se hace responsable de las cargas hereditarias (219). No parece que hayan de ser los acreedores que, por sí, no tienen derecho alguno a la herencia, ni sobre los bienes hereditarios otro que no sea el de hacerlos objeto de su acción de ejecución (220). La responsabilidad por las

(216) Cfr. BINDER: *Loc. cit.*

(217) Ya GARCÍA GOYENA: pág. 218, decía que no hay en este caso una verdadera aceptación. En el mismo sentido, MANRESA: *Comentarios al Código civil*, VII, págs. 432 y sigs.

(218) Sobre ello BRUNELLI-ZAPPULLI: en *Loc. cit.*; ver también, *infra*, página 192.

(219) Es este problema, que luego examinaremos con mayor amplitud, el que ha suscitado las mayores perplejidades de la doctrina que duda si, en virtud de esta aceptación de los acreedores, son herederos los propios acreedores a quienes aprovecha, el deudor renunciante a quien, según la ley, no debe beneficiar la acción de los acreedores, o los terceros sucesivamente llamados a la herencia en virtud de la renuncia.

(220) CICU: en *Loc. cit.*, págs. 208 y sigs.

cargas hereditarias corresponderá a las personas que hayan adquirido los bienes hereditarios—el deudor llamado y los beneficiados por su renuncia—en proporción a sus partes. La consecuencia obligada de todo ello es un fraccionamiento contra la regla del artículo 990 de los efectos de la aceptación y de la renuncia.

Conclusiones.—En resumen, los acreedores, no ejercitan un derecho de su deudor, sino un derecho que la ley les atribuye directamente (221). Actúan *iure et nomine proprio*. Lo que acontece es que en la valoración de los intereses en juego—interés del deudor renunciante, interés de las personas beneficiadas con la renuncia, interés de los acreedores—, la ley otorga a este último una protección preferente. Y atribuye a los acreedores un derecho propio de aplicar al pago de sus créditos la porción necesaria de la herencia renunciada (222). Este poder que la ley concede directamente a los acreedores, cuyo interés se considera preferente, produce, en virtud de su fuerza expansiva, los efectos reflejos (223) que anteriormente hemos examinado: ineficacia parcial de la renuncia, adquisición por el deudor de la porción de bienes necesaria para el pago de los créditos y contracción del derecho de los beneficiados por la renuncia (224).

V.—REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN DE LOS ACREEDORES.

Debemos examinar ahora el problema de los requisitos o presupuestos del ejercicio del derecho de aceptación delimitado en líneas anteriores y, dentro de ellos, como primero en el orden lógico, el de los sujetos de dicha aceptación.

(221) D'AVANZO: *Delle Successioni*, cit., pág. 341.

(222) Quiérese decir con ello que el derecho que los acreedores ejercitan no es el *ius adeundi* que, si pudo ostentarlo su deudor, lo perdió por obra de la renuncia, ni un derecho de aceptación especial y autónomo que la ley les confiere a ellos directamente, como sostiene por ejemplo D'AVANZO. Los acreedores no tienen un derecho propio de aceptar la herencia renunciada, sino un derecho de aplicar al pago de sus créditos una porción de bienes o, si se quiere, un derecho de realizar unos bienes determinados para pago de sus créditos.

(223) Al hablar de efectos reflejos se intenta poner en claro que la facultad que ejercitan los acreedores no se dirige ni a revocar la renuncia por fraudulenta, ni a provocar una adquisición en el patrimonio de su deudor ejercitando el derecho que a este le compete. La acción de los acreedores tiene por objeto directo realizar unos bienes sobre los que, por una serie de razones extraordinarias que hemos analizado, la ley les concede un excepcional poder de agresión. Lo demás —la revocación parcial de la renuncia, la adquisición del deudor, etc.— son efectos que, de producirse, lo hacen por vía indirecta, de modo reflejo, como consecuencias obligadas de aquel poder preferente.

(224) Se sigue de todo ello que en el caso del artículo 1.001 no hay aceptación de la herencia, ni real, ni ficticia; que el acto de los acreedores no es un acto de aceptación; que lo único que en realidad hay es un acto, de naturaleza no negocial, un acto de ejercicio de un derecho de realización especialmente concedido por la ley.

1) *Legitimación activa.*—¿Qué personas están activamente legitimadas para aceptar la herencia conforme al artículo 1.001 del Código civil? El Código es en este punto extraordinariamente lacónico. Sólo con una expresión hace referencia a este problema: «...los acreedores podrán...». En principio, para aceptar en virtud del artículo 1.001, basta la cualidad de acreedor. Cualquiera que sea acreedor puede ejercitar el derecho concedido en el tantas veces mencionado precepto. Una expresión de tanta vaguedad como la que emplea el Código requiere, sin embargo, alguna puntualización.

A) *La cualidad de acreedor.*—La cualidad de acreedor en el sujeto activo exige la existencia actual del derecho de crédito. Y, a su vez, la existencia actual del derecho de crédito presupone el nacimiento del crédito—y con él la efectividad de las causas que en cada caso le hubieran dado origen—, así como la inexistencia de causas de extinción. Si el crédito no hubiese todavía nacido o se hubiese extinguido, el sujeto carecería de la cualidad de acreedor y se podría oponer a su acción la correspondiente excepción.

B) *El acreedor por obligación natural.*— En segundo lugar, parece necesario que el sujeto activo sea titular de un derecho de crédito perfectamente válido y tutelado por el derecho positivo. Por no tratarse de créditos perfectamente válidos no podrán accionar por el artículo 1.001 los acreedores cuyos créditos deriven de un negocio nulo, anulable o rescindible, salvo el caso de confirmación, cuando sea posible (225). Por no tratarse de créditos perfectamente tutelados, no legitima el artículo 1.001 a los acreedores por obligación natural. En la doctrina general del derecho de obligaciones se conceptúan como obligaciones naturales aquéllas que, por diversas causas, sólo producen un efecto imperfecto y no gozan de la tutela del ordenamiento jurídico. El efecto reconocido a las obligaciones naturales es la irretractabilidad de lo pagado en virtud de ellas—la *solutio retentio*—del derecho romano, así como la posibilidad de su alegación por vía de excepción (226). La doctrina parece acorde, sin embargo, en negarles la posibilidad de reclamación directa. El acreedor por obligación natural carece de

(225) Si un acreedor, cuyo crédito deriva de un negocio nulo, anulable o rescindible, entablara la acción conducente a aceptar la herencia repudiada por el deudor, éste o los terceros beneficiados por la renuncia (sustitutos, coherederos con derecho de acrecer, herederos abintestato) podrían oponer la ineficacia del negocio creador de su crédito. La oponibilidad de esta ineficacia por parte del deudor no ofrece duda alguna puesto que, al ser parte en la relación de crédito, su legitimación para impugnar por vía de excepción el negocio creador de éste es irreprochable. Mayores dudas ofrece la legitimación de los terceros beneficiados por la renuncia, quienes, si ante un caso de nulidad absoluta pueden alegar su condición de interesados, ante una situación de anulabilidad o de rescindibilidad no pueden ostentar la condición de «obligados principal o subsidiariamente» en virtud de la relación de crédito que el artículo 1.302 del Código civil exige, aunque sea evidente que soportan las consecuencias de aquella obligación.

(226) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil*, cit., III, págs. 52 y sigs.

acción para reclamar su crédito (227). Pues bien, esta carencia de acción del acreedor por obligación natural, impide que pueda ejercitar todas aquellas facultades—inherentes al derecho de crédito—destinadas a la conservación de la solvencia del deudor, puesto que la solvencia del deudor carece de interés para el acreedor imposibilitado de reclamar. Sería lógico que privándosele de lo más, como es la acción para reclamar su crédito, se le concediera lo menos, como es la facultad de asegurar la solvencia del deudor (228).

C) *El crédito condicional*.—Plantean también algún problema las modalidades de la obligación y, entre ellas, principalmente, el carácter condicional de la obligación. ¿Puede el acreedor, cuyo derecho de crédito es condicional, ejercitar el derecho concedido por el artículo 1.001? No parecen plantear problema las obligaciones bajo condición resolutoria, puesto que, conforme al párrafo segundo del artículo 1.113, producen los mismos efectos que las puras. La cuestión surge en torno a las obligaciones bajo condición suspensiva. En tales casos, según dispone el artículo 1.114, la adquisición de los derechos depende del acontecimiento que constituya la condición. Del artículo 1.114 parece deducirse que el acreedor no adquiere su derecho de crédito hasta tanto no se verifique el acontecimiento que lo condiciona. En tanto no acaece el evento condicionante, no puede hablarse de derecho de crédito, sino de expectativa de derecho. Lo cierto es, sin embargo, que aun antes del cumplimiento de la condición, goza el acreedor de alguna protección, por lo que más que titular de una mera expectativa debe ser considerado como sujeto de una titularidad provisional de una situación de pendencia (229), titularidad provisional que justifica determinados efectos, como es la realización de actos conservativos del derecho condicionado. Así dice el artículo 1.121 que el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. Esto nos llevaría a preguntarnos si el derecho de aceptar la herencia renunciada por el deudor tiene como finalidad la conservación del derecho de crédito. Cabría en este punto resucitar la antigua polémica—desarrollada en torno a la acción subrogatoria, pero aplicable a nuestro caso—sobre la función ejecutiva o conservativa de estas facultades de los acreedores (230), es decir, si tiende a conseguir el ingreso en el patrimonio del

(227) Cfr. RUGGIERO: *Instituciones*, II, págs. 16 y sigs.

(228) Cfr. NICOLÒ: *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., pág. 86; PACCHIONI: *Delle obbligazioni*, cit., pág. 94; D'AVANZO: *La surrogatoria*, cit., págs. 92 y 93.

(229) Sobre la titularidad del acreedor bajo condición antes de la realización de esta última, vid. CASTRO: *Derecho civil de España*, I, págs 611 y sigs. y bibliog. allf citada.

(230) Planteada en torno sobre todo a la acción subrogatoria. Sobre ello, D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 67 y sigs

deudor de bienes bastantes que puedan ser objeto de la agresión de los acreedores para la realización de sus créditos, o si se dirige simplemente a conseguir el mantenimiento de la garantía patrimonial del derecho de los acreedores. Si la función de estas facultades de los acreedores es de carácter ejecutivo, es obvio que no podrán ser ejercitadas por el acreedor *sub conditione*, cuyo crédito no es, naturalmente, realizable hasta después de cumplida la condición. Si se sostiene, en cambio, como en líneas anteriores hemos afirmado, que tales facultades no tienen otro objeto que el de conceder a los acreedores la posibilidad de mantener la solvencia del deudor que es su garantía natural, es clara la función conservativa. Aunque esta función conservativa podría encontrar algún obstáculo en la expresión literal del artículo 1.111, respecto de la acción subrogatoria (231), ninguna dificultad plantea en el caso del artículo 1.001, en el cual no es exigencia la finalidad ejecutiva de los acreedores. Una interpretación amplia y comprensiva de dicho precepto, en armonía con los principios más arriba examinados, debe permitir el ejercicio del derecho de aceptar la herencia renunciada con mera finalidad conservativa. Siendo ello así, no sólo ninguna dificultad hay en que pueda ser reconocida tal facultad al acreedor cuyo crédito se halla bajo condición suspensiva, sino que, además, cae bajo el ámbito estricto de poder que la ley le confía, pues siempre se trataría del ejercicio de una acción procedente a la conservación de su derecho (232).

D) *El crédito aplazado*.—De alguna manera semejante, pero mucho más claro es el caso del acreedor a término. El aplazamiento de la obligación no significa—como la condición suspensiva—que el acreedor no adquiera el derecho, sino que sus efectos se hallan diferidos. El acreedor a término adquiere su derecho y es titular del mismo desde luego. Lo único que ocurre es que no podrá ejercitarlo hasta el momento en que el término se cumpla. Por ello, la legitimación del acreedor, cuyo crédito se encuentra aplazado, para ejercitar las acciones conducentes a la conservación de su crédito—y, entre ellas, la aceptación de la herencia renunciada—es mucho más clara que la del acreedor bajo condición suspensiva, cuyo caso examinábamos antes, todo ello, prescindiendo de que en el supuesto de que el perjuicio ocasiona-

(231) El artículo 1.111 del Código civil admite el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe». Esta literal dicción del artículo 1.111 dificulta extraordinariamente en nuestro derecho positivo la posición que defiende la función conservativa de la acción y, por el contrario, abona la teoría de la función ejecutiva por dos razones: a) por exigir una previa persecución de los bienes de que está en posesión el deudor, como presupuesto de ejercicio de la acción; b) cuando señala de una manera concreta que el ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor tiene por finalidad la de «realizar cuanto se les debe».

(232) Arg. art. 1.121 del C. c. Con reservas, NICOLÒ: *Loc. cit.*, páginas 75-76. En contra, CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, pág. 210.

do al acreedor por el deudor con la renuncia de la herencia a que hubiese sido llamado fuese su propia insolvencia, siempre podría el acreedor, en virtud del número 1.º del artículo 1.129, negar al deudor todo derecho a utilizar el plazo y considerar vencida la deuda, con lo cual su posición sería idéntica a la del acreedor por obligación pura (233).

E) *El crédito garantizado*.—Alguna duda origina también la legitimación para ejercitar el derecho concedido en el artículo 1.001 de los acreedores cuyos créditos se hallan especialmente garantizados. El acreedor hipotecario y el pignoraticio—se dice—, facultados para realizar sus créditos sobre la cosas especialmente dadas en garantía—y por la misma razón, los acreedores que disfruten de cualquier otra garantía—, no quedan perjudicados por la acción de su deudor y no precisan la tutela especial que en el artículo examinado se establece. Y no cabe alegar—se añade— que el ejercicio de una tal protección podría tener como fin la prevención de la posible pérdida de la garantía, pues es el caso que la ley atiende a esta oportunidad con medidas de carácter específico (234) (suplemento, etc.). Pero, prescindiendo de la inexactitud de esta última afirmación, que en ningún caso sería aplicable a todo crédito garantizado, parece lo cierto que la tutela o protección especial que el derecho de garantía añadido al de crédito puede otorgar, no excluye, ni tiene por qué excluir, la tutela general que el derecho de crédito origina por sí mismo. El acreedor hipotecario y el pignoraticio son, es cierto, titulares de un derecho real de prenda o de hipoteca y pueden, por ello, realizar sus créditos sobre los bienes hipotecarios o pignorados, pero son antes acreedores y en tal sentido gozan de la protección general que el derecho les otorga (235).

F) *Los sucesores del acreedor*.—Legitimados para aceptar la herencia renunciada por el deudor están no sólo los acreedores originarios y directos, sino también sus causahabientes, es decir, las personas a quienes se haya transmitido el crédito en virtud de sucesión.

Si la sucesión se operó *mortis causa*, podrán aceptar los herederos del primer acreedor (arts. 669 y 1.256) que hubiesen sucedido a su causante en todos sus derechos, o el legatario a quien el acreedor hubiese legado su crédito (art. 870).

Del mismo modo, en los casos de cesión del crédito estará legitimado el cesionario, siempre que la cesión sea eficaz, frente al deudor (arts. 1.526 y 1.527) o el que pagó por el deudor al anterior acreedor, siempre que se admita la subrogación por pago (arts. 1.158 y sigs.).

G) *Liquidez y exigibilidad*.—Que el crédito no ha de hallarse vencido, ni ser líquido y exigible, para que el acreedor pueda

(233) Cfr. D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 93 al 96.

(234) Cfr. artículos 1.869 del C. c. y 115, 117, etc. (L.H.).

(235) Vid. NICOLO: *Loc. cit.*, pág. 85.

ejercitar la acción derivada del artículo 1.001, se deduce de lo dicho al examinar la legitimación de los acreedores cuyos créditos se hallaban sometidos a condición o término. Como pura medida de protección del crédito el ejercicio del derecho de aceptar la herencia renunciada no requiere ni que el crédito sea vendido, líquido o exigible (236).

H) *Carácter ejecutivo del crédito*.—Por la misma razón—la función conservativa y protectora de la facultad concedida en el artículo 1.001—, no es necesario que el acreedor ostente título ejecutivo (237).

I) *Tiempo del crédito*.—Mayores dificultades plantea el problema de la fecha del crédito. ¿Que acreedores se encuentran legitimados para ejercitar la acción concedida en el artículo 1.001? ¿Los acreedores cuyos créditos fuesen anteriores a la fecha de la renuncia o también aquellos cuyos créditos hubiesen nacidos en un momento posterior? (238). Es un problema espinoso el de la relación que guarda la fecha de nacimiento del crédito con el ejercicio de las facultades generales de protección y conservación del mismo. Tratándose del ejercicio de la acción de rescisión por fraude o acción pauliana, suele admitirse comúnmente que sólo los acreedores cuyos créditos fuesen anteriores a la fecha en que tuvo lugar la enajenación fraudulenta, están legitimados para pedir la rescisión (239). La razón es, se dice, que si fuesen posteriores los créditos, habrían nacido ya con la garantía disminuída (240) y que sólo en tal hipótesis—la del crédito anterior—sería posible hablar de un perjuicio (*eventus damni*) que el acto acarrea al acreedor (241). En materia de acción subrogatoria, en cambio, es opinión común la irrelevancia de la fecha del crédito: el acreedor está facultado para ejercitar los derechos y acciones de su deudor lo mismo si su crédito es anterior al momento de adquisición del derecho que si es posterior, por la razón de que el de-

(236) NICOLO: *Loc. cit.*, págs. 73 al 75; D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 99 y 100.

(237). En algún momento se ha indicado la necesidad de que el acreedor accionante derive su crédito de un título ejecutivo, es decir, reconocido por sentencia firme u otro acto de eficacia semejante que permita seguir contra el deudor un proceso de ejecución o, al menos, que se funde en título que tenga aparejada ejecución conforme al artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta opinión se halla fuertemente fundada en la creencia, que abonan algunos antecedentes históricos y algún texto de nuestro derecho, de que las facultades extraordinarias de los acreedores, a que venimos haciendo referencia, son medios concedidos por el ordenamiento jurídico para la realización o ejecución de los créditos. Sin embargo, admitido que son, como hemos intentado demostrar, medios de conservación de la garantía patrimonial, entendiéndose por tal la solvencia del deudor común, la necesidad del carácter ejecutivo cae por su base.

(238) LAURENT: *Principes du Droit civil*, IX, págs. 544 y sigs.; GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, II, pág. 218.

(239) CASTRO: *Loc. cit.*, pág. 210.

(240) CASTÁN: *Derecho civil español*, III, págs. 185 y sigs.

(241) D'AVANZO: *Loc. cit.*, pág. 99.

recho, desde el momento en que ingresa en el patrimonio del deudor, pasa a formar parte de la garantía común a todos los acreedores (242).

¿Qué pensar en el caso del artículo 1.001? Una primera dirección—de la que debe prescindirse por no justificar sus afirmaciones—entiende que sólo estarían legitimados para aceptar la herencia repudiada, los acreedores cuyos créditos existieran en el momento de la muerte del causante, sin que deban gozar de la ventaja concedida en el precepto citado, los acreedores por créditos contraídos con posterioridad a esa fecha (243). La opinión general pone, sin embargo, la línea divisoria en el momento de la renuncia de tal manera que sólo los acreedores anteriores al tiempo de la renuncia pueden ejercitar el derecho que les concede el artículo 1.001 (244). La razón es similar a la que se alega en el caso de la acción pauliana. Los acreedores posteriores conocen ya la garantía patrimonial disminuída. No puede decirse que sean perjudicados (245).

Sin embargo, esta dirección que excluye la legitimación de los acreedores posteriores a la renuncia para aceptar la herencia, aunque derive lógicamente de la premisa que se establece (la renuncia es el acto causante del perjuicio, luego sólo los créditos existentes entonces pudieron sufrirlo), no deja de chocar con dificultades prácticas, ni de conducir a resultados sorprendentemente extraños. Efectivamente, admitamos que sólo los acreedores anteriores a la renuncia están legitimados para ejercitar el derecho concedido en el artículo 1.001. ¿Puede ésto querer decir que son ellos los únicos posibles beneficiarios de las consecuencias del ejercicio de este derecho? Por efecto del ejercicio del derecho concedido en el artículo 1.001, los acreedores anteriores a la renuncia habrán hecho ingresar en el patrimonio del deudor común una serie de bienes, los pertenecientes a la herencia renunciada. Formando estos bienes parte del patrimonio del deudor común, ¿pueden quedar excluídos o pospuestos en su facultad de satisfacerse sobre ellos determinados acreedores? El derecho reconoce como principio general el de igualdad de todos los acreedores (*par conditio creditorum*), de tal manera que sólo las causas legalmente establecidas pueden dar lugar a preferencia o posposición. Y ningún precepto legal admite, como luego veremos más detenidamente, un derecho de prelación en favor de los acreedores actuantes frente a los acreedores que hubiesen permanecido inactivos. Por ello, y aunque en puro rigor sea preciso reconocer la legitimación de los acreedores anteriores a la renuncia

(242) D'AVANZO: *Loc. cit.*, págs. 98-99.

(243) Vid. MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 430.

(244) CICU: *Loc. cit.*, pág. 211; BUTERA: *Loc. cit.*, pág. 128.

(245) «Los acreedores posteriores a la repudiación no pueden reclamar el beneficio de este artículo, porque no pudo hacerse aquélla en fraude o perjuicio de acreedores o derechos que no existían al tiempo de hacerse» (GOYENA: *Loc. cit.*, pág. 218). También MANRESA: en el lugar citado.

y excluir la de los posteriores, parece muy difícil admitir que sólo los primeros queden beneficiados por las consecuencias del ejercicio del derecho. Pero, ¿cómo admitir que quede beneficiado por las consecuencias del ejercicio de un derecho una persona no legitimada para ejercitarlo en la misma medida que aquélla que no sólo poseía legitimación, sino que incluso soportó las dificultades del ejercicio? El dilema sólo puede resolverse de una de estas dos maneras: generalizando la legitimación para aceptar a todos los acreedores del heredero o reconociendo a los legitimados un derecho de exclusión o de preferencia sobre los bienes de la herencia. A nuestro juicio esta última solución es la que debe aceptarse por estas razones: que la falta de perjuicio priva de legitimación a los acreedores posteriores a la renuncia; que la falta de legitimación para ejercitar el derecho impide que puedan gozar de las ventajas que el mismo proporcione en la misma medida que aquéllos a quienes la ley lo atribuye.

J) *Mancomunidad y solidaridad.*—Debemos examinar ahora la legitimación del acreedor plural o, mejor dicho, de la pluralidad de acreedores. La pluralidad de acreedores puede presentarse de dos maneras: 1.^a, pluralidad en la titularidad de un crédito único; 2.^a, unidad en la titularidad de los créditos y pluralidad en el ejercicio del derecho de aceptación de la herencia.

En el primer caso—pluralidad en la titularidad del crédito—habrá que atender a la naturaleza de la relación jurídica existente entre los diversos cotitulares del derecho de crédito. Ello hará, en definitiva, aplicables las reglas de la mancomunidad o de la solidaridad de acreedores. Si los acreedores son solidarios, cualquiera de ellos podrá por sí ejercitar el derecho concedido en el artículo 1.001, para realizar la totalidad del crédito (246) aunque responda frente a los demás de la parte que les corresponda en la obligación. Tratándose de acreedores mancomunados la ley dispone que, siendo la prestación divisible, cada acreedor puede con independencia de los demás ejercitar su derecho por la parte que en el crédito le corresponde, pero siendo indivisible, habrán de proceder aquéllos conjuntamente. ¿Qué pensar del ejercicio del derecho de aceptar la herencia repudiada? ¿Puede ejercitarlo por sí cualquiera de los acreedores mancomunados o es precisa una acción conjunta de todos ellos? A mi juicio, la necesidad de la acción conjunta de los acreedores mancomunados es excepcional y sólo se produce cuando es absolutamente precisa, como es en el caso de indivisibilidad de la prestación. El reconocimiento de la posibilidad de una acción separada, incluso en la reclamación del cumplimiento, da base bastante para admitirla cuando se trata de realizar una medida de conservación del crédito, reforzando esta consideración, por otra parte, la analogía con las reglas de la comunidad de bienes.

En el segundo caso—unidad en los créditos y pluralidad en el

(246) Cfr. artículo 1.241 del Código civil.

ejercicio del derecho—no hay problema de legitimación. Cualquiera de ellos la posee sin duda. El problema es, entonces, de unidad de actuación. No hay entre los diversos acreedores relación alguna de cotitularidad, pero hay, sí, concurrencia en el ejercicio de un único derecho. El derecho concedido en el artículo 1.001 es un derecho potencialmente concedido a todos los acreedores. Esta atribución potencial no permite sin embargo hablar de pluralidad en la titularidad de derecho o facultad. El derecho se atribuye a cualquiera que sea acreedor, por sí y con independencia de los demás. La relación de pluralidad no se plantea en la titularidad del poder, sino en su ejercicio. No es que cada acreedor comparta su titularidad con los demás, porque cada uno es titular de la facultad derivada del artículo 1.001 por sí, con independencia de los demás. Es que al ejercitarse simultáneamente este derecho potencialmente concedido a varios, se origina la situación de pluralidad. Por ello si la pluralidad no está en la titularidad, sino en el ejercicio, más que de una forma de cotitularidad habrá que hablar de una forma de coejercicio, al cual deben aplicarse, por razón de analogía, las reglas del *litis consorcio*—aunque no exista en estricto sentido, pues la *litis* puede no existir—voluntario (247).

K) *Los créditos de hacer*.—Deben, por último, hacerse algunas consideraciones en relación con la naturaleza objetiva del crédito que el acreedor ostente. ¿De qué manera puede la naturaleza objetiva del crédito influir en la legitimación del acreedor para ejercitar el derecho de aceptación de la herencia repudiada? Debe tratarse de un derecho de crédito de naturaleza tal que pueda ser realizado a través de aquella medida, es decir, de un crédito realizable sobre los bienes del deudor. Esto parece querer decir que, a primera vista, el acreedor de una simple prestación de hacer o de no hacer, no está legitimado para ejercitar el derecho derivado del artículo 1.001 a menos que el crédito de hacer o de no hacer se haya convertido en crédito de dar (248).

2) *Legitimación pasiva*.—¿Contra quién debe dirigir el acreedor su acción? ¿Quién debe considerarse sujeto pasivo de su derecho?

A) *El deudor renunciante*.—Legitimado pasivamente debe estar el deudor que renunció a la herencia y contra él debe dirigirse en primer lugar la acción de los acreedores, puesto que él es una de las primeras personas sobre quien han de recaer los efectos del ejercicio del derecho.

(247) Ya que el *litis consorcio* necesario lo es por presuponer una situación de cotitularidad del derecho ejercitado. Sobre ello, PLAZA: *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1952, I, y bibliografía allí citada.

(248) Ello puede ocurrir por una pluralidad de causas: por hallar prevista la conversión del crédito de hacer en crédito pecuniario; por su conversión *ex lege* en pretensión de indemnización por incumplimiento; por existir un derecho, valuable en dinero, de ejecutar lo no hecho o deshacer lo mal hecho, a costa del deudor, conforme a los artículos 1.098 y 1.099 del Cód. civ., etc.

B) *Los beneficiados por la renuncia.*—Igualmente debe la acción de los acreedores dirigirse contra los terceros beneficiados por la renuncia (coherederos con derecho de acrecer, sustitutos, herederos abintestato) puesto que también su respectiva posición jurídica puede resultar modificada por la acción de los acreedores. En tal sentido debe además reconocérseles la facultad de oponerse a la pretensión de los acreedores (249).

3) *La renuncia de la herencia.*—Presupuesto objetivo del ejercicio del derecho de aceptación concedido a los acreedores por el artículo 1.001 es la renuncia de la herencia por el deudor a quien hubiese sido deferida. La renuncia del deudor debe ser perfectamente válida y regular. Ello exige: 1.º, que la sucesión de aquel de cuya herencia se trate haya sido abierta bien por muerte, bien por declaración de su fallecimiento (250); 2.º, que a la sucesión del fallecido haya sido llamado, legítima o testamentariamente, el deudor, luego renunciante, es decir que se haya producido la delación de la herencia a su favor; 3.º, que no se haya producido, con anterioridad a la renuncia, acto del llamado que pueda considerarse como aceptación tácita o adquisición *ex lege* de la herencia, es decir, que el llamado no haya perdido la facultad de renunciar; 4.º, que el deudor renunciante tenga la capacidad legal necesaria para renunciar la herencia que se le ha deferido; 5.º, que en la repudiación se hayan observado los requisitos de forma exigidos por la ley (cfr. art. 1.008). Si estas condiciones no se cumplen, es decir, si el deudor renunció a la herencia antes de la apertura de la sucesión o existió acto de aceptación tácita, o era incapaz para repudiar o no llenó las formalidades legales, los acreedores dispondrán de otros medios de impugnación de la renuncia pero no del derecho derivado del artículo 1.001 (251).

Si la renuncia se hubiese hecho antes de la apertura de la sucesión y de la delación de la herencia, sería ineficaz. Así resulta del artículo 991, conforme al cual nadie podrá aceptar ni repudiar una herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia. A la misma conclusión se llega a través del artículo 1.271 que contiene la prohibición de contratar sobre la herencia futura, de la cual se deduce la ineficacia de los pactos de *non succedendo*. De ello se deduce que si el deudor hubiese renunciado a la herencia antes de la apertura de la sucesión no entraría en juego el artículo 1.001, sino que los acreedores tendrían una acción ordinaria para reclamar la ineficacia de la renuncia. La misma acción de impugnación de la renuncia podrían ejercitar si el deudor era incapaz para renunciar o la renuncia no se hubiera hecho formalmente. Para el éxito de dicha acción los acreedores no necesitarían demostrar, como en el

(249) Cfr. BUTERA: *Loc. cit.*, pág. 129; CICU: *Loc. cit.*, pág. 211.

(250) Cfr. artículo 991 del Cód. civil.

(251) Ver MAIERINI: *Della revoca degli atti fraudolenti*, cit., págs. 128 y siguientes.

caso del artículo 1.001, que la renuncia les era perjudicial, sino simplemente su interés conforme a las reglas generales. La misma ineficacia de la renuncia, reclamable por los acreedores, resultaría en los casos de pérdida de la facultad de renunciar, bien por aceptación expresa o tácita (art. 999), bien por aceptación *ex lege* (arts. 1.000 y 1.002). En tales casos, una posterior renuncia del heredero sería un acto nulo que podría ser desconocido por los acreedores, quienes, a nuestro juicio, ni siquiera precisarían reclamar previamente la declaración de ineficacia de la referida renuncia, bastándoles dirigir su acción contra los bienes ya adquiridos por el heredero deudor, en virtud de su aceptación o de los actos a los cuales la ley la liga, porque, en tal supuesto, una excepción de renuncia de la herencia no sería viable.

El ejercicio del derecho derivado del artículo 1.001 presupone una renuncia perfecta de por sí, sin vicio alguno que la invalide, fuera de la irregularidad que suponga el haber sido hecha en perjuicio de acreedores.

La renuncia perfecta es un requisito de la facultad de aceptar de los acreedores. Faltando la renuncia, falta también aquella facultad. Ahora bien, ¿qué medidas pueden los acreedores adoptar en el caso de que su deudor, sin llegar a renunciar a la herencia, descuida también aceptarla? Suele admitirse, por parte de la doctrina, la posibilidad de ejercicio por los acreedores de la facultad de aceptar que el deudor no habría todavía perdido; ejercicio por los acreedores que no derivaría del artículo 1.001, sino del artículo 1.111 (252). Los acreedores, en virtud de su acción subrogatoria ejercitarían un derecho de su deudor. Contra esta posibilidad de aceptación por los acreedores, por acción subrogatoria, de una herencia ni renunciada ni aceptada por el deudor, se ha objetado, sin embargo, que la facultad de aceptar la herencia es siempre uno de los «derechos inherentes a la persona» cuyo ejercicio por subrogatoria excluye el mismo artículo 1.111. Se ha objetado igualmente que la existencia de un precepto especial —el artículo 1.001— inclina a pensar que sustituye para el caso concreto de aceptación de herencia a la regla general del artículo 1.111 (253). Pero ni uno ni otro argumento son convincentes. El primero, porque el carácter de derecho inherente a la persona de la facultad de aceptar, es insostenible cuando la propia ley, para otro supuesto distinto —el de herencia ya repudiada precisamente— admite su realización por los acreedores. El segundo, porque la *ratio legis* del artículo 1.001 no es la misma del artículo 1.111. El artículo 1.001 entraña una reacción contra una renuncia hecha en perjuicio de acreedores. La aplicación del artículo 1.111 al supuesto de herencia deferida al deudor significaría una reacción contra

(252) En la doctrina española lo estudia, ampliamente LACRUZ BERDEJO: *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, páginas 1.131 y sigs.

(253) LACRUZ: en el lugar citado.

una conducta omisiva del deudor que ni acepta, ni renuncia la herencia. No cabe, por tanto, hablar de una sustitución del artículo 1.111 por el artículo 1.001, desde el momento en que ambos contemplan supuestos distintos.

La inaplicación del artículo 1.111 al caso de herencia deferida al deudor, pero no aceptada, ni repudiada, resulta, a nuestro juicio, de la existencia de otras medidas, adoptables por los acreedores, que hacen innecesario el ejercicio de la acción subrogatoria, cuyo carácter subsidiario ha sido reiteradamente reconocido. Frente a una conducta omisiva del llamado a la herencia que ni acepta, ni renuncia, la ley otorga medios especiales, para que cualquier interesado pueda impedir la prolongación de la incertidumbre sobre la sucesión y los perjuicios que de tal situación podrían irrogarse. Esta especial medida tendente a impedir la prolongación de la incertidumbre, es la *interpellatio in iure* del llamado a la herencia que el artículo 1.001 del Código civil establece. Instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término que no pase de treinta días para que haga su declaración, apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada. El camino de los acreedores frente a la conducta omisiva de su deudor es la *interpellatio in iure*, para cuyo ejercicio están perfectamente legitimados dada su cualidad de terceros interesados. Si el deudor, llamado a la herencia, dentro del plazo que el Juez señale, acepta, queda el problema resuelto. Lo mismo ocurre si deja transcurrir el plazo señalado sin aceptar ni repudiar, pues en tal caso «se tendrá la herencia por aceptada». Solamente en el caso de que repudie la herencia, perjudicando a sus acreedores, habrá llegado el momento de que éstos ejerciten el derecho que les confiere el artículo 1.001. La *interpellatio in iure* como medida especial —y no el artículo 1.001— es lo que hace, a nuestro juicio, inaplicable al caso de la herencia deferida, pero no aceptada ni repudiada, la actuación por subrogatoria de los acreedores.

4) *El perjuicio de acreedores.* El segundo de los requisitos de tipo objetivo precisos para el ejercicio de la facultad concedida en el artículo 1.001 del Código civil es el perjuicio de acreedores. A su vez el perjuicio de acreedores, como presupuesto del ejercicio de la facultad de aceptar concedida en el artículo 1.001, puede ser contemplado o estudiado desde dos puntos de vista, objetivo el uno y subjetivo el otro. Desde un punto de vista objetivo, debe ser examinada la realidad del perjuicio como requisito de la acción derivada del artículo 1.001. Desde un punto de vista subjetivo, conviene preguntarse si la intención de perjudicar es elemento integrante del requisito genérico de «perjuicio de acreedores».

A) *La realidad del perjuicio.* Para poder hablar con rigor de la realidad de un perjuicio infligido a los acreedores con la re-

nuncia de la herencia, es menester que concurran dos circunstancias: una que afecta al patrimonio del deudor, que es su propia incapacidad para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones; otra que hace referencia a la herencia deferida y renunciada, que es su objetiva idoneidad para remediar la incapacidad patrimonial del deudor.

a) *La insuficiencia del patrimonio del deudor.* La primera condición necesaria para que pueda hablarse de perjuicios de acreedores, es la insuficiencia del patrimonio del deudor para hacer frente al cumplimiento de todas sus deudas (254). El artículo 1.001 no lo dice expresamente. Pero se deduce del sistema general. Así, del párrafo 3.º del artículo 1.291, según el cual son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores «cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba», que ha sido interpretado en el sentido de que el fraude de acreedores supone la falta de bienes del deudor (255); igualmente, del contexto del artículo 1.111 que exige la previa persecución de los bienes de que esté en posesión el deudor para que sea posible el ejercicio de la acción subrogatoria. El perjuicio de acreedores presupone la insuficiencia del patrimonio del deudor; que no hay bienes bastantes para pagar todas las deudas. Esta situación patrimonial, aunque nuestro derecho no sea en este punto rigurosamente exacto, puede ser denominada como insolvencia. Parece, en principio, que cuando nuestro Código civil habla de insolvencia (256), se refiere siempre a esta insuficiencia patrimonial. Por esto es por lo que decimos que el perjuicio de acreedores supone una situación de insolvencia o una situación de peligro de insolvencia.

Ahora bien, insolvencia no es sinónimo de concurso o de quiebra. El concurso y la quiebra exigen una insolvencia cualificada por la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1.º El carácter permanente de la insuficiencia patrimonial. La insolvencia meramente transitoria (falta de liquidez, etc.) no da lugar a concurso o quiebra, sino todo lo más a la adopción de las medidas preventivas de los mismos (257). 2.º El incumplimiento por el deudor de sus obligaciones corrientes. «El deudor que... hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes», dice el artículo 1.913 del Código civil. De sobreseimiento en «el pago corriente de sus obligaciones» habla el art. 874 del Código de Comercio. Y cabe perfectamente pensar una situación de insolvencia sin incumplimiento de obligaciones, bien por no ser éstas todavía corrientes, bien

(254) MANRESA: *Op. y loc. cit.*, págs. 429 y sigs.

(255) CASTÁN: *Op. cit.*, III, págs. 186 y sigs.; y Sentencia del T. S. de 20 de marzo de 1908.

(256) Ver, p. ej., artículos 1.071, 1.072, 1.129, 1.139, 1.145, 1.292, 1.467, 1.529, 1.660, 1.700, 1.732, 1.833, 1.843 del Código civil.

(257) Particularmente, la suspensión de pagos. Cfr. GARRIGUES: *Instituciones de Derecho Mercantil*, págs. 491 y sigs.

por atenderse al pago de las mismas. Es precisamente esta situación de insolvencia anterior al impago corriente de las obligaciones la que exige una mayor vigilancia por los acreedores y el momento quizá más oportuno para realizar las medidas de conservación de sus créditos. 3.º El concurso y la quiebra suponen una situación judicialmente declarada. La declaración judicial es indispensable para que, en rigor, pueda hablarse de concurso y de quiebra. A su vez, la declaración judicial presupone la instancia de acreedores para que aquel estado o situación sea declarado. Las situaciones de insolvencia en que falte la declaración judicial, porque los acreedores no tienen interés en pedirla o por cualquier otra causa, no pueden denominarse situaciones de concurso o de quiebra y, sin embargo, la insuficiencia patrimonial del deudor existe (258). Con todo ello se quiere decir que insolvencia, ni conceptual ni legalmente (259), es sinónimo de concurso o de quiebra. Por tanto, cuando se dice que «el perjuicio de acreedores» del artículo 1.001 del Código civil supone la insolvencia o insuficiencia patrimonial del deudor común, no quiere, ni mucho menos, decirse que exija su concurso o quiebra. Antes bien, el artículo 1.001 supone un deudor insolvente, pero no declarado en concurso o quiebra. Si hubiera mediado declaración de concurso o quiebra, el artículo 1.001 no sería, en rigor, aplicable; porque al ser inhabilitado el deudor para la administración de sus bienes (cfr. art. 1.914 del C. c.), la renuncia no habría sido válida, si hubiera sido posterior a la declaración, habiendo asumido la sindicatura la gestión de todos los negocios del concursado o quebrado.

La insolvencia debe también distinguirse de la situación deficitaria del patrimonio.—La situación deficitaria del patrimonio existe cuando el activo es inferior al pasivo. «El deudor cuyo pasivo fuese mayor que su activo», dice el artículo 1.913 del Código civil. En realidad, toda situación deficitaria—pasivo mayor que activo—significa situación de insolvencia. Pero la insolvencia puede existir aunque la situación del patrimonio no sea deficitaria: es decir, aun siendo el activo superior al pasivo, como ocurriría, por ejemplo, en todos aquellos casos en que, aun figurando en el activo bienes de valor superior al importe de las deudas, fueran todos o la mayor parte de ellos no realizables por los acreedores (260). La

(258) El concurso y la quiebra por su propia naturaleza de procedimientos de ejecución colectiva exigen la existencia de una colectividad o pluralidad de acreedores. Si existiera un solo acreedor que cubriera todo el pasivo de su deudor, podría pensarse en una situación de insolvencia que le autorizaría a adoptar medidas conservatorias, la del artículo 1.001 entre ellas, y sin embargo no cabría concurso ni quiebra, ni aun la posibilidad de pedirlo.

(259) El artículo 1.732 del Código civil habla, sin embargo, de «quiebra e insolvencia del mandante o del mandatario» y el artículo 1.843 de «quiebra, concurso o insolvencia».

(260) Como ocurrirá en todos los casos en que figuren valorados en el activo bienes de carácter no realizable, tales como concesiones administra-

medida de la insolvencia la da la diferencia entre el importe de las deudas y el valor de los bienes realizables.

De todo ello conviene retener que el «perjuicio de acreedores», a que se refiere el artículo 1.101 supone la insolvencia del deudor, entendiendo insolvencia como insuficiencia de los bienes del deudor para cubrir sus deudas, con independencia de que esta insolvencia pueda traducirse contablemente en un pasivo superior al activo o de que la insolvencia se canalice o no a través de un concurso o quiebra.

b) *La herencia beneficiosa*.—La segunda condición de tipo objetivo, para que pueda decirse que la renuncia del deudor perjudica a sus acreedores, es que la herencia sea objetivamente beneficiosa: que con el importe del caudal hereditario pueda disminuir o desaparecer la insuficiencia patrimonial del deudor común. No hay perjuicio cuando la herencia no es útil (261). Si el pasivo del caudal supera al activo, el heredero a nadie perjudica con su renuncia, ni los acreedores pueden pretender una reparación imposible (262). Si la herencia deferida al deudor es lo que se denomina una *hereditas damnosa*, no puede decirse que el deudor, a quien se le hubiese deferido, perjudica a sus acreedores al renunciarla. Para conocer el carácter beneficioso de la herencia deferida será menester inventariar los bienes que formen el caudal relicto, deduciendo después las deudas hereditarias (deudas del causante, deudas de la herencia, legados, etc.). Sólo si, una vez realizada tal deducción, resultara remanente, podría hablarse de la herencia beneficiosa y, consiguientemente, de perjuicio de acreedores.

B) *La intención de defraudar*.—Discute la doctrina si el perjuicio de acreedores a que se refiere el artículo 1.001 es al fraude de acreedores de que hacen mención los artículos 1.111 y 1.291, y si, por ello, además de exigirse la realidad del perjuicio (*eventus damnis*), se exige la intención de perjudicar (*consilium fraudis*) o, por lo menos, conciencia del daño que se causa a los acreedores (263). La acción por fraude exige, junto con el evento del daño producido, la conciencia del perjuicio que se les causa.

¿Ocurre lo mismo en el caso del artículo 1.001? La doctrina parte, para resolver la cuestión, de la diferente expresión terminológica empleada por la ley en uno y otro caso (264). Y así, mientras en uno se habla de «fraude», en el otro se habla simplemente de «perjuicio». Partiendo de la realidad de esta dualidad de expresión, dos direcciones doctrinales contrapuestas dan solución al problema: una, que defiende la equiparación de ambos términos, sosteniendo que para que los acreedores puedan aceptar la herencia re-

tivas de servicios públicos o de dominio público, etc. En este sentido, cfr. el artículo 1.448 de la L. E. C.

(261) MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 430.

(262) *Ibid.*

(263) MAIERINI: *Loc. cit.*, págs. 225 y sigs.

(264) SIMONCELLI: *Loc. cit.*, pág. 684.

nunciada, es preciso el fraude del deudor (265); otra, que sostiene la dualidad, exigiendo, en consecuencia, la existencia objetiva del perjuicio para que sea posible la acción de los acreedores (266).

La primera de las direcciones indicadas (267) afirma la identidad entre el «perjuicio» del artículo 1.001 y el *consilium fraudis* de la revocatoria. Es inexacto pensar, se dice (268), que en el caso de que el llamado hubiera renunciado en la falsa creencia de que se trataba de una *hereditas damnosa*, y, por ello, sin ninguna intención de defraudar a sus acreedores, estos pueden invocar el beneficio del artículo 1.001. Siendo la renuncia, se añade, un acto personal del heredero, el legislador no habría podido atacar sus efectos más que en caso de que hubiese sido hecha con fraude, pues el fraude es la única causa que, con arreglo a las reglas generales, permite a los acreedores la reclamación de la ineficacia de la renuncia previa a la aceptación por los acreedores (269).

Frente a ello se opone por la segunda dirección, a nuestro juicio mucho más exacta, una fuerte serie de argumentos. Es significativa, en primer lugar, la diferente expresión gramatical; y no es presumible que el legislador haya querido dar a dos expresiones gramaticales diferentes un equivalente sentido (270). En segundo lugar, porque no es lícito aplicar las reglas de la acción revocatoria cuando la acción derivada del artículo 1.001 no tiene, en sentido estricto, por objeto revocar la renuncia, pues la renuncia sigue siendo eficaz, en la parte que exceda del importe de los créditos. Si, por último, se quisiera buscar en la *ratio* del artículo 1.001 un argumento en favor de la diferencia, no sería difícil encontrarlo en el hecho de que la finalidad del artículo 1.001 no es, como de su mismo contexto se deduce, conceder a los acree-

(265) Así, GOYENA: *Op. y loc. cit.*, pág. 218; LAURENT: *Op. y loc. cit.*, página 545; DEMOLOMBE: *Op. y loc. cit.*, pág. 190. También el Código suizo que sólo reconoce la acción de los acreedores cuando el deudor haya renunciado «con objeto de causarles perjuicio» (art. 578).

(266) Así MESSINEO: *Manuale*, III, pág. 306; VENZI: *Manuale*, página 726; SIMONCELLI: pág. 648. También el nuevo Código civil italiano (art. 524) que admite la acción de los acreedores cuando el deudor ha renunciado en perjuicio de sus derechos, aun sin fraude.

(267) D'AVANZO: *Loc. cit.*, pág. 188.

(268) *Ibid.*, pág. 189.

(269) En la jurisprudencia francesa se cita un arrêt de Dijón, 27 de julio de 1898, conforme al cual una renuncia de herencia hecha por un padre en su propio derecho y en el de sus hijos menores, con objeto de regularizar una venta hecha por la viuda del difunto, reparando así un error involuntario que podía perjudicar a sucesivos adquirentes, «no revela la intención dolosa necesaria para que pueda producirse la nulidad de la renuncia», aun existiendo, se entiende, daño para los acreedores. La jurisprudencia española no se ha plateado el problema. Existe sólo una resolución de la D. G. R. de 2 de diciembre de 1892, conforme a la cual el artículo 1.001 sólo reconoce una aceptación *ficta* de la herencia, cual es la hecha por los acreedores en nombre del heredero «cuando éste repudia la herencia con el propósito de perjudicarles».

(270) LACRUZ BERDEJO: *loc. cit.*, pág. 1.132.

dores un arma de defensa contra una maniobra decididamente dolosa de su deudor, sino un medio de ataque para hacer posible la satisfacción de sus créditos, objetivamente perjudicados, con independencia del *animus* del deudor.

A esto no cabe argüir (271) que el artículo 1.001 sólo exige la realidad del perjuicio, separándose en este punto del proyecto de 1851 (272), porque el fraude se presume en los actos a título gratuito. Pero esta afirmación es inexacta porque, conforme dispone el artículo 1.297 del Código civil, donde se presume el fraude de acreedores es en aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito, precepto este último que concuerda con lo dispuesto en el artículo 643 del propio Código. El fraude se presume siempre en las enajenaciones a título gratuito. Y, con anterioridad lo hemos indicado ya, no puede decirse, en manera alguna, que la renuncia de la herencia sea un acto de enajenación. Precisamente, la renuncia de la herencia constituye una declaración de voluntad de no adquirir, y mal puede ser enajenado aquello que no llega a ser adquirido.

Tampoco es exacta la afirmación, deducida de la anterior, de que en las renunciaciones de derechos el perjuicio sustituye al fraude (273), pues, aunque de modo general pudiera admitirse (274), no sería en ningún caso aplicable al supuesto previsto en el artículo 1.001, donde tampoco puede hablarse de renuncia de derechos. La renuncia de la herencia no es una renuncia de derechos (275). Renuncia de derechos quiere decir manifestación unilateral de voluntad, en virtud de la cual una persona se desprende del derecho subjetivo de que es titular, el cual, por esta razón, se extingue. En la repudiación de la herencia hay una declaración de voluntad de no adquirir los bienes hereditarios a los que el renunciante había sido llamado. La renuncia de derechos presupone la titularidad del derecho que se renuncia en el renunciante. La renuncia de la herencia, por el contrario, presupone que el renunciante no ha llegado nunca a tener aquella titularidad.

De todo este razonamiento parece desprenderse que para la viabilidad de la acción derivada del artículo 1.001, los acreedores deberán probar que la conducta del deudor les ha perjudicado, abstracción hecha de que el deudor tuviera intención o conciencia del perjuicio que les causaba; es decir, sin necesidad de probar el carácter fraudulento de la conducta del deudor.

5) *La previa autorización judicial.*—La aceptación de la herencia por los acreedores del deudor renunciante debe ir inexcusamente precedida de la autorización judicial del juez de lo civil.

(271) MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 430.

(272) El artículo 831 del proyecto de 1.851 se refería a la repudiación «en fraude de acreedores».

(273) AUBRY-RAU: *Op. y loc. cit.*, pág. 417.

(274) Cfr. el párrafo segundo del artículo 1.º del Código civil.

(275) *Supra*, pág. 142 y sigs.

sablemente precedida de la autorización judicial. Así se desprende del texto mismo del artículo 1.001 del Código civil: «podrán éstos (los acreedores) pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél». La exigencia de una previa autorización judicial para que los acreedores puedan aceptar la herencia plantea algún problema de interés que no es lícito soslayar.

Interesa, en primer término, descubrir el fundamento de este requisito de previa autorización. También en este punto se encuentra la doctrina dividida, reflejándose en esta división los puntos de vista contrapuestos que se mantienen en torno a la naturaleza jurídica de la facultad de los acreedores que aquí examinamos.

Los que ven en ellos un tipo particular de acción subrogatoria, fundamentan en este mismo hecho la necesidad de la previa autorización. La previa autorización—dicen—es siempre necesaria para que el acreedor pueda subrogarse en los derechos y acciones de su deudor (276). Pero, en apoyo de esta afirmación, que no resulta, ni mucho menos, del texto del artículo 1.111 del Código civil, se cita precisamente el artículo 1.001, con lo cual parece que se incurre en una clara petición de principio. Aparte esta inconsistencia, hay dos serias objeciones que hacer: una, que la acción subrogatoria—como facultad insita en el mismo derecho de crédito—no precisa, de por sí, la previa autorización judicial; otra, que la facultad derivada del artículo 1.001 no es una acción subrogatoria, por lo cual, aunque en ambos casos se exigiera la autorización judicial—lo cual es, como vemos, falso—su fundamento no podría encontrarse en una identidad de naturaleza que no existe.

Los autores que califican la acción nacida del artículo 1.001 como tipo de acción rescisoria (rescisión *ob fraudem* de la renuncia) basan la exigencia de la previa autorización en la necesidad de declarar la ineficacia, parcial al menos, de esta misma renuncia. Tampoco esta afirmación parece segura (277). Por varias razones: primero, la dificultad, anteriormente señalada, de ver un tipo de acción pauliana, aun especial, en el artículo 1.001; segundo, que para la ineficacia de una renuncia fraudulenta debería exigirse una declaración judicial de ineficacia y no una mera autorización, y tercero, que el objeto de la autorización no es la ineficacia de la renuncia, sino la aceptación, pues es para aceptar para lo que los acreedores deben pedir autorización.

Por esto nos parecen más convincentes aquellas opiniones que ponen el fundamento del requisito de la previa autorización en la necesidad de llenar una finalidad puramente práctica (278): que por su propia autoridad no pueden los acreedores ocupar los bie-

(276) Dirección que se entronca con la teoría de la *subrogation judiciaire*. Vid. *supra*, pág. 157 y bibliografía allí citada.

(277) LAURENT: *Loc. cit.*, pág. 545-7.

(278) Vid. CASTRO: *Loc. cit.*, pág. 206.

nes de la herencia para reparar el perjuicio que la renuncia les ocasionó; que el ejercicio de su derecho de aceptar debe precisar la justificación de sus presupuestos (existencia del crédito, renuncia, perjuicio, etc.) (279). Solamente en la necesidad de llenar este fin meramente práctico puede encontrarse el fundamento de la previa autorización. En definitiva, significa esto: el llamado a una herencia, en virtud de un título propio (testamento o ley) puede ocupar los bienes y atribuirse la herencia aun sin declaración judicial; pero el acreedor, no llamado a ella, que pretende ocuparlos, con el fin de realizar su derecho, debe ser autorizado por el juez.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se nos ofrece como un acto de resolución emitido por un órgano jurisdiccional, acto de resolución, que funciona, respecto de los actos privados, en forma análoga a la de los demás actos de autorización.

¿Qué juez es competente para autorizar la aceptación de la herencia por los acreedores? La ley no lo indica de una manera expresa. Sin embargo, por razones obvias, la competencia debe atribuirse al juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato (arg., art. 1.014). Si la testamentaria o el abintestato se hallaran en tramitación, al juez que estuviese conociendo de ello deberán los acreedores dirigirse. En otro caso, al juez cuya competencia resulte de la regla general antes citada (art. 63, 6.º y 7.º de la L. E. C.).

¿Qué procedimiento deberá seguirse para conceder la autorización judicial? (280). La ley tampoco lo indica. Ni siquiera hay en ella base para saber si es o no precisa la contradicción. A nuestro juicio, la contradicción debe considerarse necesaria siempre. La autorización judicial, instada por los acreedores, debe tramitarse con citación del deudor renunciante y de los beneficiados por la renuncia, a quienes debe reconocerse el derecho de oponerse a las pretensiones de los acreedores. Surgiendo oposición, el expediente se convierte claramente en contencioso y deberá tramitarse como tal (281). En tal caso, se sustanciará como cuestión incidental dentro del juicio de testamentaria o de abintestato, si éstos se hallaren en tramitación, o en otro caso conforme a las reglas del juicio ordinario que en cada caso corresponda.

6) *Plazo de ejercicio*.—Cuestión ardua es también la de determinar el plazo dentro del cual pueden los acreedores ejercitar su derecho de aceptar la herencia renunciada. Guarda en este punto la ley, como en tantos otros, un silencio injustificable, que obliga a resolver una delicada cuestión de integración de la norma. La falta de un plazo de prescripción, expresamente establecido, como

(279) Vid. MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 430.

(280) Una exposición muy completa del problema en el derecho francés, puede verse en GRIOLET-VERGE, *Code civil annoté*, II, pág. 94.

(281) Arg. artículos 1.813 y 1.817 de la L. E. C.

el que existe en el Código civil italiano de 1942 (282), obliga a determinar de acuerdo con las reglas generales.

Las soluciones pueden ser dos: primera, aplicar el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.299, sobre la base de considerar la acción de los acreedores como una acción de rescisión por fraude de acreedores; segunda, aplicar el plazo de prescripción general del derecho de aceptar la herencia, que es, conforme tiene indicado nuestra jurisprudencia (283), el plazo de prescripción de las acciones personales que no tienen señalado tiempo especial, es decir, el de quince años.

La primera solución tiene dos inconvenientes: aplicar, por analogía, un plazo, que corresponde a una acción, cuya naturaleza no es idéntica a la que en este momento analizamos, con falta de la *eadem ratio decidendi*, y someter el ejercicio de la acción de los acreedores a un plazo de caducidad que puede resultar breve cuando los sucesivamente llamados no han adquirido todavía la herencia.

La segunda solución adolece, precisamente, del defecto contrario. No pueden los sucesivos adquirentes estar pendientes durante tan largo período de tiempo de ver decaída su adquisición—al menos parcialmente—.

A nuestro juicio, el plazo aplicable es el primero, más que por aplicación analógica del artículo 1.299, por el hecho de suponer el ejercicio del derecho de los acreedores impugnación de la eficacia de determinados actos jurídicos—la renuncia y las aceptaciones posteriores—, cuya firmeza no puede pender del transcurso de largos plazos de prescripción, sino de los plazos normales para la impugnación de la eficacia de los actos jurídicos (284).

VI.—LOS EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN

1) *El título o la cualidad de heredero.*—La primera de las consecuencias de toda aceptación de herencia es la atribución del título o cualidad de heredero. Cuando la herencia es aceptada por los acreedores, ¿a quién se atribuye aquel título o cualidad? Es obvio que no son los acreedores del llamado que renunció los herederos del causante, ni siquiera por ficción de la ley (285). Como quiera que la eficacia de la renuncia subsiste, desde el momento

(282) El ya citado artículo 524 del Cód. civil italiano establece un plazo de cinco años para que los acreedores ejerciten su derecho de aceptar la herencia repudiada por su deudor, plazo igual al que aquel derecho establece para el ejercicio de la acción revocatoria. Sobre ello, CICU: *Successioni per causa di morte*, pág. 213.

(283) Ver Sentencia de 20 de junio de 1928.

(284) Cfr. además del artículo 1.299 el artículo 1.301 del C. c.

(285) Como pretenden GOYENA: *en Loc. cit.*, pág. 211 y LAURENT: página 544.

en que al renunciante no debe aprovechar la herencia en aquello que exceda del importe de los créditos, parece que tampoco a éste es posible considerarle como heredero en el auténtico sentido de la palabra (286).

Los llamados sucesivamente que acepten la herencia encuentran, por otra parte, su atribución limitada por la detracción que los acreedores puedan realizar, detracción que puede, incluso, llegar al importe total de la herencia. ¿Hasta qué punto pueden ser considerados como herederos?

En otro orden de consideraciones parece cierto que por virtud de la aceptación los bienes hereditarios, o la porción de ellos que baste para cubrir los créditos, ingresan en el patrimonio del deudor, pues sólo en él pueden los acreedores proceder a la ejecución. Pensar otra cosa resultaría absurdo y sin base legal. No puede en manera alguna pensarse que los bienes se transmitan siempre a los aceptantes posteriores y que sea sobre el patrimonio de éstos sobre el que realicen sus créditos los acreedores. Para admitir esta hipótesis habría que aceptar previamente: 1.º La posibilidad de realizar los créditos en patrimonio distinto del patrimonio del deudor. 2.º Que la aceptación de herencia por los acreedores no fuera otra cosa que una facultad de separar, dentro del patrimonio de los aceptantes, los bienes procedentes de la herencia, a fin de poder ejecutarlos; y 3.º Que los aceptantes posteriores tuvieran un derecho de repetir contra el deudor renunciante por haberse hecho los acreedores *ex lege* pago con sus bienes propios (287), todo lo cual es en rigor absurdo.

Hay que admitir, pues, una cierta atribución patrimonial en favor del deudor renunciante, por virtud de la acción de los acreedores, atribución patrimonial sólo explicable en virtud de la toma de posesión del título de heredero. Y hay que admitir, por otra parte, que la atribución patrimonial que pueda verificarse en favor de los posteriores aceptantes se basa en la adquisición por éstos del título de herederos. La cosa no es grave respecto del posible acrecimiento de las cuotas de los coherederos que gozarán de tal derecho, puesto que su título existía ya, pero sí con respecto a los sucesivamente llamados que sin la renuncia no hubieran sido herederos. Sin embargo, dados los términos del artículo 1.001, no hay, a nuestro juicio, otro remedio que admitir la coexistencia excepcional del título de heredero en el primeramente llamado con el título de heredero en los sucesivamente llamados.

2) *La adquisición de los bienes.*—La conclusión antes expuesta nos resuelve el problema de la adquisición de los bienes. Se produce, aun en contra de las reglas generales de la sucesión, una

(286) MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 432.

(287) Sobre este derecho de repetición o de regreso de los aceptantes de la herencia contra el renunciante, vid. BRUNELLI-ZAPPULLI: en *Loc. cit.*

doble adquisición de los bienes hereditarios. Adquiere el deudor llamado, que renunció, la parte necesaria para cubrir los créditos de sus acreedores, y adquieren los sucesivamente llamados o los coherederos con derecho de acrecer el exceso, cuando lo hubiere. Si esta última adquisición—posterior, naturalmente a la renuncia—hubiera sido, sin embargo anterior a la aceptación por los acreedores, querrá decirse que queda disminuída y parcial—o totalmente—ineficaz por la acción de éstos. Qué consecuencias puede tener esta total atribución de la herencia—entre el momento de su aceptación y la acción de los acreedores—respecto a los actos realizados por los sucesivamente llamados es cosa que luego veremos. Por ahora basta la afirmación, irrefutable, de que la acción de los acreedores del llamado produce una doble adquisición de los bienes hereditarios.

3) *El pago de las deudas hereditarias.*—La responsabilidad del pago de las deudas hereditarias—acreedores del causante, legatarios, albaceas, etc.—debe pesar sobre los adquirentes de los bienes hereditarios en proporción a la parte que reciban del caudal relicto. Quedan obligados al pago de las deudas hereditarias el renunciante y los sucesivamente llamados que hubieren aceptado la herencia (288).

La responsabilidad del renunciante debe limitarse, por su misma cualidad de renunciante, al importe de los bienes hereditarios, no por la ficción de que la aceptación que realizaran sus acreedores debe entenderse a beneficio de inventario, sino porque no siendo otra la finalidad de esta aceptación para el pago de estos acreedores, no es posible reconocer una responsabilidad *ultra vires* del renunciante. Lo único que ocurre es que a la hora de determinar la medida de la atribución de bienes a su favor será preciso tener en cuenta no sólo el importe de los créditos de sus propios acreedores, sino la parte de las deudas de que tales bienes sean responsables.

¿Y la responsabilidad de los adquirentes por llamamiento sucesivo? Si aceptaron con posterioridad a la acción de los acreedores, la adjudicación de bienes en su favor debe hacerse después de pagados con los bienes hereditarios no sólo los acreedores del primer llamado, sino también los de la herencia. Se les adjudicará el remanente.

Si habían aceptado con anterioridad a la acción de los acreedores, su aceptación queda, además de ineficaz, al menos parcialmente, subordinada al resultado de aquella acción. Su responsabilidad en el pago de las deudas hereditarias es, desde luego—con independencia de que hayan aceptado pura y simplemente o a beneficio de inventario—proporcional a la parte de bienes que hayan de recibir. Puede hacerse efectiva, bien liquidándose primero por el primer llamado o por sus acreedores todas las cargas

(288) Sobre ello, LAURENT: pág. 547.

de la herencia y adjudicándoseles después el remanente, como en el caso anterior, bien recibiendo los bienes suficientes para hacerse ellos mismos cargo del pago de las deudas hereditarias.

Debe en este punto advertirse todavía: 1.º Que sobre los bienes hereditarios son preferentes los acreedores de la herencia a los acreedores del llamado que renunció. 2.º Que la acción de los acreedores de la herencia no puede nunca dirigirse contra los acreedores aceptantes, sino contra los que ostenten el título o condición de herederos, es decir, el primer llamado y los llamados sucesivamente que hubieran aceptado, en la forma y medida que determinan los artículos 1.084 y siguientes del Código civil.

4) *Operaciones hereditarias. Comunidad. Partición.*—La aceptación de la herencia por los acreedores debe traer como consecuencia lógica la posibilidad de que intervengan, en sustitución de su deudor, en todas las operaciones hereditarias: inventario, nombramiento de albaceas y de administradores, etc. Les legítima asimismo, para intervenir en la administración de los bienes hereditarios, o en la comunidad que resulte de la herencia. Les legítima, por último, para pedir la partición e intervenir en todas las operaciones particionales.

5) *Posición de los llamados sucesivamente.*—Vimos, en su momento, cómo, en concepto de legítimos interesados, aun antes de aceptar la porción vacante, tienen derecho a ser citados y a formalizar su oposición a la pretensión de los acreedores. Tienen igualmente derecho a pedir la excusión de los bienes del deudor (289) y a que de los bienes hereditarios sólo sea distraída para pago de los créditos la cantidad necesaria, teniendo precisamente en cuenta aquellos bienes del deudor.

Se pregunta si pueden también pagar por sí mismos a los acreedores, liberando así los bienes de la herencia y repetir luego contra el deudor, sin que éste pueda oponer que los créditos debieron ser pagados con los bienes que ellos mismos poseen. Para resolver este problema es menester distinguir si el pago de los acreedores se hizo antes o después de la aceptación por éstos del artículo 1.001. Si los sucesivamente llamados pagan a los acreedores antes de ser la herencia aceptada por éstos, comoquiera que esta aceptación es una facultad que puede o no ser ejercitada, se subrogan en los derechos de aquéllos frente al deudor y adquieren todos los bienes de la herencia. Si pagan después de la aceptación por los acreedores podrán repetir contra el deudor, pero adquirirán, en su día y previa ejecución, los bienes que respondían del pago; a saber, los que el deudor adquirió por acción de sus acreedores.

Cabe, por último, preguntarse por la eficacia de los actos de disposición realizados por los aceptantes sucesivamente llamados

(289) Así lo reconoce con general unanimidad la doctrina. Vid.: VENZI: *Manuale*, pág. 727; SIMONCELLI: *Diritto privato italiano*, pág. 684.

antes de la aceptación de los acreedores. Si medió buena fe, el tercero debe quedar firme en su posición. Sólo podrán los acreedores del primer llamado reclamar de los llamados en segundo lugar aquello en que se hubiesen enriquecido injustamente. Si hubiesen procedido de mala fe—como cómplices de fraude del deudor—la enajenación podría ser rescindida por la acción pauliana (290).

6) *Posición de los acreedores.*—Los acreedores accionantes se encuentran, lo vimos ya anteriormente, en una mutua relación de *litis consortes* que no plantea ahora problema alguno.

La cuestión surge al dilucidar la relación entre los acreedores accionantes y los no accionantes, sobre todo si sobre los bienes adquiridos por el deudor en virtud de la aceptación, tienen los acreedores aceptantes un derecho de prelación sobre los no intervinientes, que debe ser negativamente resuelto, puesto que la ley no concede privilegio alguno al acreedor que ejercita la facultad del artículo 1.001, sobre los no intervinientes, ni puede admitirse una derogación del principio de *par conditio creditorum*, que por su naturaleza excepcional debería ser siempre restrictivamente interpretado.

VII. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.001 A LOS LEGADOS

La facultad concedida por el artículo 1.001 a los acreedores del heredero que renuncia a la herencia, ¿es aplicable a los acreedores del legatario que renuncia al legado? En principio parece que la técnica aplicable a la sucesión a título particular debe ser la misma de la sucesión a título universal. Una diferencia hay, sin embargo: aunque en alguno de sus preceptos el Código habla de aceptación del legado (cfr. arts. 889 y 890), parece lo cierto que ésta no reviste naturaleza semejante a la aceptación de la herencia. El legado se adquiere desde el momento mismo de la muerte del testador. El legatario —dice el art. 881— adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador y lo transmite a sus herederos. El legado ingresa desde ese momento en el patrimonio del legatario deudor. La renuncia del legado no es una declaración de voluntad de no adquirir, de no recibir. Cuando el legatario renuncia al legado se desprende de algo que había ya adquirido. La renuncia del legado es, por ello, un acto de empobrecimiento del deudor, una enajenación en definitiva. Por virtud de la renuncia el legado se refunde en la masa hereditaria, acrece a los colegatarios que tengan tal derecho o lo adquiere el legatario sustituto (art. 888).

Cuando la renuncia del legado perjudica a los acreedores no parece que pueda aplicarse la regla del artículo 1.001, sino que

basta el simple ejercicio de la acción pauliana (291). Los acreedores del legatario están suficientemente protegidos por la acción pauliana ordinaria frente a la renuncia del legatario. Bastará la rescisión de la renuncia para que el legado reingrese en el patrimonio del deudor. No se ofrece la dificultad que en el caso de herencia, donde la rescisión de la renuncia no era suficiente para que los bienes ingresaran en el patrimonio del deudor. Es por esta razón por lo que, aunque otra cosa piense algún sector de nuestra doctrina (292), no nos parece que de la renuncia del legado derive la facultad del artículo 1.001, sino la acción pauliana ordinaria del artículo 1.111.

VIII. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.001 A LA RENUNCIA DE GANANCIALES

En dos preceptos de nuestro Código civil, al reglamentar la renuncia de gananciales, se hace remisión al artículo 1.101. Es el primero de dichos preceptos el artículo 1.394, conforme al cual la renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar en escritura pública y «los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1.001». El párrafo último del artículo 1.418, al regular la liquidación de la sociedad de gananciales, reitera la disposición, anteriormente citada del artículo 1.394, diciendo que «en el caso de renuncia quedará siempre a salvo el derecho concedido a los acreedores por el artículo 1.001». ¿Qué quieren decir estos preceptos? Que los acreedores del cónyuge que renuncia en su perjuicio a los gananciales obtenidos pueden pedir al juez «que les autorice para aceptar en nombre de aquél», parece que no, desde el momento que la ley no exige una expresa declaración de voluntad para aceptar los gananciales. Hay aceptación de la herencia. No hay aceptación de gananciales. La herencia se adquiere con la aceptación. Los gananciales se adquieren durante el matrimonio, aunque constituyan una comunidad que, sólo al disolverse al matrimonio, se divide y liquida. El cónyuge que renuncia a sus gananciales no está, como el heredero que renuncia a la herencia, declarando una voluntad de no adquirir, sino abdicando de algo que legítimamente le pertenecía. La renuncia de gananciales es por ello una desposesión—como la antes examinada en el caso del legado—a la que en principio podría ser aplicable la rescisión *ob fraudem*, es decir, la acción pauliana ordinaria. ¿Qué quieren, pues; decir los artículos 1.394 y 1.418 al remitirse al artículo 1.001?

(291) NICOLÒ : *Loc. cit.*, pág. 231.

(292) MANRESA : *Loc. cit.*, pág. 432.

La remisión sólo parece aplicable en un doble sentido: 1.º En cuanto al efecto parcial de la renuncia que seguirá subsistente en el remanente una vez cubiertos los créditos de los accionantes. 2.º En la necesidad de la previa autorización judicial para el ejercicio del derecho de los acreedores. No cabe, sin embargo, hablar de aceptación por parte de éstos. Se trata simplemente de un derecho de aplicar al pago de los créditos la parte necesaria de los gananciales renunciados.

La acción de petición de herencia

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Civil
en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: *Consideraciones generales.—Naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia:* 1. La acción de petición como acción real. 2. La acción de petición de herencia como acción personal. 3. La acción de petición de herencia como acción mixta.—*Legitimación activa:* 1. Legitimación del comprador de herencia. 2. La acción de petición de herencia en la herencia legitimaria. 3. La acción de petición de herencia y al albaceazgo y administración de la herencia.—*Legitimación pasiva.—Efectos de la acción de petición de herencia:* 1. Relaciones entre el heredero verdadero y el aparente: a) Enajenaciones. b) Frutos. c) Pérdidas y deterioros de las cosas hereditarias. d) La cosa juzgada y el heredero verdadero. 2. Relaciones entre el heredero verdadero y los terceros.—*Prescripción de la acción hereditaria.*

CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los efectos más importantes que produce la aceptación de una herencia destaca la facultad que tiene el heredero de reivindicar los bienes de la sucesión con la llamada acción de petición de herencia.

Un estudio general de la misma no lo poseemos en nuestro Derecho. La doctrina (1) ha dedicado atención preferente a ciertos aspectos de la actuación del heredero aparente, o bien a cuestiones parciales que surgen de la petición de herencia.

Es nuestro propósito la exposición total de la problemática de este instituto.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

Uno de los múltiples problemas complejos que presenta la acción objeto de nuestro examen es el relativo a la determinación de su exacta naturaleza. La postura de los autores varía, según fijen su atención

(1) JORDANO BAREA: *La teoría del heredero y la protección de los terceros.* Anuario de Derecho Civil", tomo III, págs. 668 y ss.

TRULLENQUE SANJUÁN: *La "actio petitio hereditatis."* "Revista General del Derecho", 1948, págs. 395 y ss.; 466 y ss.

sobre cualquiera de los elementos que entren en juego en la materia: la restitución de los bienes, la cualidad personal del heredero, la naturaleza de la herencia, etc. Vamos a exponer cada una de las teorías que sobre la cuestión se pueden dar.

I: *La acción de petición como acción real.*

No cabe duda de que la a. p. h. puede considerarse como real, siempre y cuando admitamos que el patrimonio hereditario es un objeto único, sobre el cual el heredero tiene un derecho absoluto, de la misma forma que puede ser propietario de una cosa corporal. En una palabra, la herencia tendría el carácter de una «universitas», dando a este término la significación de algo que trasciende de los objetos individuales que componen el patrimonio hereditario, y resultado, a su vez, de la consideración del mismo como un todo único. A juicio de MESSINEO (2), ello permitiría la comprensión de algunos fenómenos que se dan en el ámbito de la sucesión hereditaria, tales como el paso de las deudas hereditarias al heredero, el hacer posible la posesión de los bienes hereditarios aun sin el elemento de hecho (*corpus*), el motivo por el cual una herencia onerosa es una herencia, y la entrada del heredero en las relaciones particulares como consecuencia inmediata de la sucesión en la totalidad indistinta e indeterminada de las relaciones patrimoniales.

La idea de la herencia como «*universum ius*» ha sido seguida en nuestra Patria por algunas decisiones jurisprudenciales. La resolución de 1 de diciembre de 1927 veía en la herencia una entidad independiente en cierto modo de los elementos que la componen, dando base, junto con otras resoluciones del mismo sentido, a la construcción del llamado derecho hereditario «*in abstracto*».

Prescindiendo en este momento de la exposición de los intrincados problemas que plantea la doctrina de las universalidades, notemos tan sólo cómo la doctrina en esta materia se inclina unánimemente a rechazar la posibilidad de que frente a los bienes que forman el patrimonio hereditario exista un objeto sobre el cual el heredero tenga un derecho distinto del que le corresponde sobre aquéllos (3).

(2) *L'eredità e il suo carattere di "universum ius"*. "Rivista di Diritto Civile", 1941, págs. 365 y ss.

(3) BONFANTE sometió a una revisión, por lo que al Derecho romano se refiere, la tesis tradicional de la herencia como «*universitas*». La misma es palabra introducida por influencias greco-orientales en el período justinianeo. En el derecho clásico no existía un único acto de adquisición, sino traspaso en bloque de un conjunto de cosas, un único acto de transmisión. Vid. sus trabajos: *La successio in universum ius e l'universitas; Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e in il diritto moderno; La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti giuridici vari*», Torino, 1926, t. I. Contra: BORTOLUCCI: *La hereditas come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto*. "Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano", vol. XLII, 1934, págs. 150 y ss.

ALBERTARIO, *La critica della critica*, "Bulletino" cit., págs. 550 y ss., rebate los puntos de vista en que se apoya la tesis de BORTOLUCCI. Modernamente,

FERRARA (4), a quien sigue CHAMORRO (5), afirma que el derecho sobre el complejo no expresa más que la "relación de titularidad" sobre las cosas que ya pertenecen a alguien. CASTRO (6), exigiendo la determinación exacta del objeto para la existencia del derecho subjetivo, excluye a la "universitas" como objeto de derechos. Sobre el patrimonio no existe un derecho subjetivo, sino una titularidad o cualidad jurídica que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos. BARBERO (7), en un fundamental trabajo sobre la materia, rechaza la posibilidad de que la "universitas" sea considerada como poseyendo una realidad ontológica. A su juicio, no es más que un modo lógico de concebir esos distintos objetos que componen el patrimonio, únicos que poseen realidad lógica, modo, por otra parte, relativo, que depende más que nada de un dato formal: la consideración legal. Por ello ve en el juicio de petición de herencia una muestra de la consideración de la misma en este sentido. Según Cossío (8), "si concebimos la herencia como un objeto de derecho distinto de los elementos distintos que la integran habíamos de llegar a una conclusión absurda, porque, una de dos: o ese derecho real recae sobre la totalidad de la masa (bienes, derechos, obligaciones), en cuyo caso puede ocurrir que representando ésta solamente un pasivo en la hipótesis de que no hubiera bienes de ninguna clase, se dé un derecho sobre una masa de deudas, lo que carece de sentido, o bien tal derecho recae sólo sobre el posible activo, en cuyo caso no se trataría propiamente de un derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los elementos restantes "deducto aere alieno". Pero este derecho no sería sobre bienes determinados, porque entonces se identificaría con los derechos concretos que sobre esos mismos bienes recayesen, siendo ociosa tal duplicación, sino sobre una porción que aún no se habría determinado, y que tal vez, en realidad, no pudiera nunca llegar a determinarse por no existir o por quedar totalmente absorbida por las deudas (en el supuesto de beneficio de inventario). Se trataría, pues, de un derecho que podía carecer de objeto, lo cual es jurídicamente imposible, o de una manera expectativa, que sólo se convertiría en derecho en el caso de que pagadas las deudas quede remanente hereditario."

BIONDI: *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romaneae*, "Ius", 1955, págs. 254 y ss., vuelve a la concepción de la "universitas".

(4) *Trattato diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pág. 748.

(5) *Los derechos hereditarios*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, tomo CLXIX, págs. 312 y ss.

(6) *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, págs. 583 y s.

(7) *La universalità patrimoniali*, Milán, 1936, págs. 2 y ss.; 50 y ss.; 82 y ss., y págs. 244 y s.

(8) *Instituciones de derecho hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, páginas 297-298. Dice LACRUZ (*Derecho de sucesiones* de J. BINDER, trad. esp. y notas del citado autor, Barcelona, 1953, pág. 281) que nunca es objeto de la p. h. el caudal reflecto concebido como un objeto único, como una cosa universal.

Es decir, no podemos basarnos para admitir el carácter real de la acción de petición en una supuesta unidad de la herencia con independencia de los bienes. Es común a los defensores de esta tesis (9) la alegación de que si la herencia no tuviese el carácter de "universum ius", sería superflua la acción de petición, bastando que el heredero ejercitase la acción de reivindicación ordinaria respecto a los derechos sobre bienes singulares. Sin embargo, esto no significa precisamente que la herencia se conciba como unidad abstracta. Una cosa es que el heredero pueda reivindicar *todos* los bienes de la herencia mediante el ejercicio de una sola acción, y otra que *todos* esos bienes formen un único objeto. Este mismo argumento pudiera esgrimirse, como lo hace BARBERO, para afirmar el carácter lógico de la universalidad hereditaria. Además, se olvida que si la acción ha de dirigirse contra el que posee, resulta que si los bienes son poseídos por más personas, no por un solo heredero aparente, la misma no puede tener por objeto ya un todo unitario. Si, por el contrario, la acción se dirige contra un solo poseedor, es claro que éste no posee los bienes como "poseedor de la herencia", por haberse confundido con su patrimonio. La *individualización* de dichos bienes como elementos de la herencia se hará entonces probando que sobre cada uno de ellos tenía la titularidad el difunto (10). Desde otro punto de vista puede criticarse la tesis en examen. Si admitiésemos, con BIONDI (11), que la herencia presenta una característica particular respecto a otras universalidades en las que no existe la formación de una unidad nueva y diversa, sobre las cuales, en una palabra, se constituyen las mismas relaciones que sobre las cosas particulares; y es que, por el contrario, se considera verdaderamente como una entidad "per se", sobre la que el heredero tiene un derecho nuevo y diverso del que posee sobre cada uno de los elementos singulares que la componen, ¿cómo —nos dirá CICU (12)— se puede pedir la entrega de una entidad calificada como abstracta y se puede utilizar la petición de herencia para la reivindicación de parte del patrimonio hereditario?

Después de este examen escueto de la posibilidad de fundar el carácter real de la acción de petición en una doctrina ontológica de la herencia como universalidad, podemos preguntarnos si de las conclusiones negativas deducidas hemos de afirmar que la acción hereditaria no tiene un carácter real. A esta postura llega TRULLENQUE (13)

(9) MESSINEO: *L'eredita* cit.; BIONDI: *I beni*, Torino, 1956, pág. 116.

(10) Vid. CICU: *Successioni per causa di morte*, Milán, 1954, pág. 224. Niegan también la existencia de esa entidad abstracta: NICOLO, *Successioni nei diritti*, "Nuovo Digesto italiano", tomo XII, parte I, pág. 986; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milán, 1953, págs. 50 y s.; MENGONI, *L'istituzione di eredere "ex certa re" secondo l'art. 588, comma 2, C. c.*, "Rivista di diritto e procedura civile", 1948, págs. 754 y ss.

(11) *I beni*, pág. 116.

(12) *Ob. y loc. cit., supra.*

(13) *La actio petitio hereditatis*. "Revista General del Derecho", 1948, pág. 469.

cuando nos dice que la misma es una acción universal fundada en un derecho absoluto no real, pues sobre este ente inconcreto y vago como es la herencia no se puede ostentar derecho real alguno. LACRUZ BERDEJO (14) tampoco estima acertado calificar de real a la petición de herencia por el hecho de dirigirla contra cualquier poseedor que tenga las condiciones para ser legitimado pasivamente que después diremos, pues el reconocimiento del derecho sucesorio del demandante, que forma su fase esencial, se logra mediante acciones personales.

Indudablemente, la afirmación de TRULLENQUE es cierta, aunque no de modo absoluto. Ella no significa que neguemos en el heredero la existencia de un derecho a la reivindicación de todos y cada uno de los bienes que forman el patrimonio hereditario. No cabe duda de que a este respecto la herencia es considerada como un objeto, no distinto de los singulares bienes, sino producto de una ficción legal que responde a una necesidad: la de evitar que el heredero tenga que acudir a las acciones que ha recibido del difunto para poder pedir la restitución de los bienes hereditarios. El heredero reclama los bienes hereditarios, a los que tiene derecho por su título, que es universal. Para darnos exacta cuenta de lo que representa la conceptualización de la herencia "sub specie universitatis", pensemos que la petición de la misma es lo que la acción reivindicatoria a la propiedad. El derecho del heredero a los bienes de la sucesión postula la restitución de los mismos, y ese es el motivo por el que se ejercita la acción.

Por otra parte, tampoco podemos afirmar que el reconocimiento de la cualidad hereditaria se logra mediante el ejercicio de las acciones personales, ya que no poseemos en nuestro Derecho esa distinción, dentro de la petición de herencia, entre la acción en que puramente se pretende el reconocimiento del título hereditario —es decir, una acción puramente declarativa— y aquella que tiene por objeto la restitución de bienes hereditarios. Por el contrario, en nuestro sistema, la "vindicatio hereditatis" se presenta con la especialidad de ser una acción distinta de las que existen en la sucesión concedida por la ley al heredero, que exige, como toda acción de condena, la previa declaración o constatación del derecho. No se ejercitan, por tanto, dos acciones distintas para conseguir la misma finalidad.

Opinión original es la que ha mantenido SCHLESINGER (15). Para dicho autor, el derecho subjetivo del heredero debe considerarse como absoluto, y por ello la acción tiene naturaleza real, en cuanto nace de la violación de ese derecho absoluto. El heredero tiene el derecho de pretender de todos los terceros que ninguno se atribuya los bienes hereditarios, y por tanto, verificándose tal cosa, es necesario la eliminación de la situación jurídica creada, con la restitución al heredero del bien en cuestión. Entonces, decimos nosotros, siguiendo el mismo razonamiento, debíamos admitir que la acción que le corresponde al titular de un derecho de crédito lesionado —no se olvide que también los

(14) *Ob. cit.*, pág. 282.

(15) *La petitione di eredita*, Torino, 1957, pág. 199.

derechos de créditos llevan en sí esa obligación de respeto a cargo de los terceros (16)— sería una acción real, cosa que está en desacuerdo con el carácter personal que siempre se le atribuye.

En el fondo, lo que se pretende al hablar de ese derecho absoluto es considerar como derecho real el derecho del heredero sobre la herencia (17), entendida como “universitas” ontológica.

2. *La acción de petición de herencia como acción personal.*

Ha sido PILLET quien ha mantenido radicalmente la tesis de que el objeto de la petición de herencia no es más que la declaración de la cualidad de heredero (18). Una vez hecha esta declaración a su favor, con el ejercicio de las acciones que le ha transmitido el difunto, y no por medio de la petición, el heredero obtiene la restitución de los bienes hereditarios que se encuentran en poder del heredero demandado.

Toda acción de petición de herencia, según esta concepción, comprende dos acciones distintas, siendo la primera particular del heredero. Una acción de declaración de derechos hereditarios fundamenta el ejercicio de las acciones que pertenecen al difunto. La única acción que tiene el heredero y que no tenía aquél es la petición de herencia, acción compleja, que consta de dos elementos; uno de carácter fijo y otro variable. El primero es la acción declarativa del derecho hereditario, preliminar indispensable de toda persecución ejercitada contra una persona que niega en el reclamante un derecho de sucesión que ella pretende atribuirse. El elemento variable es la acción hereditaria, objeto último de aquella persecución que da a la precedente el interés que le falta para ser actuada, de acuerdo con la regla “donde hay interés hay acción”. Ahora bien, supuesto de que se reivindicue un patrimonio, subordinado ello al resultado de la discusión preliminar sobre la herencia, ¿cuál es en este caso la acción a la cual precede la

(16) Vid. nuestro trabajo: *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*. “Revista de Derecho Notarial”, abril-junio 1958.

(17) L. FERRI. Recensión a la obra de Schlesinger. “Rivista di diritto e procedura civile”, 1957, pág. 753.

(18) *Essai sur la nature de la pétition d'héritité*. “Revue critique de législation et de jurisprudence”, París, 1884, págs. 210 y ss. Es de notar que la doctrina pandectística discutía si la petición de herencia era una “vindictio hereditatis” en el sentido objetivo (la herencia) o en el subjetivo (el derecho hereditario). WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*. Trad. ital., Torino, 1925, vol. III, pág. 367, nota 3) cree que esta controversia es ociosa. Si se parte de la concatenación de los conceptos, parece innegable que para los romanos la p. h. aparece como la reivindicación de una cosa. Pero esta cosa consta de derechos, respecto a los cuales el actor afirma que son suyos, o, en otros términos, que él es heredero del difunto. Pero también en la reivindicación el actor afirma que la cosa es suya, es decir, que tiene el derecho de propiedad sobre la misma, y, sin embargo, ninguno dice que la reivindicación sea “non rei”, sino “dominii vindictio”. Un valor práctico puede tener la opinión de que la p. h. mira a la “hereditas” en sentido subjetivo, si con ella se quiere llegar a la consecuencia de que la acción hereditaria puede establecerse sin retención de hecho de la herencia, frente a la simple impugnación verbal del derecho hereditario.

petición de herencia? No hay duda alguna de que se trata de una acción que no estaba en la sucesión. Nadie puede reivindicar un patrimonio de la misma manera que una cosa singular perdida. Es precisamente esta circunstancia de hecho lo que determina a conceder esta facultad o acción general al heredero. A falta de un texto legal que diga que el derecho del titular sobre un patrimonio no es complejo, sino simple, hemos de entender, basados también en la identidad entre derecho y acción, que esa facultad de orden general al heredero no es única, sino una serie de acciones diversas correspondientes a los distintos derechos de que ese patrimonio se halla compuesto. El heredero no tiene que ejercitar separadamente las mismas. Presentan la más estricta conexión, y deben de ser comprendidas todas en una misma demanda.

En análogo sentido se expresa un importante sector de la doctrina más moderna (19). Según la misma, lo que en realidad se quiere en la petición de herencia es el reconocimiento de la cualidad de heredero, y no la restitución del bien, que es una consecuencia del reconocimiento antedicho. La base fundamental de esta concepción se apoya en centrar todo el peso de la acción sobre el aspecto declarativo. Significativas son las palabras de NICOLO sobre la materia. En la petición de herencia —dice (20)— la declaración del derecho y lo relativo a la condena tiene una configuración distinta de la normal, ya que, en términos generales, mientras la función de declaración, preliminar a la de condena, se desenvuelve sobre el mismo objeto (relación o estado litigioso) sobre el cual deberá incidir la sentencia de condena, por el contrario, en nuestra acción la declaración se refiere, no ya al particular derecho controvertido, sino a la cualidad de heredero del actor, y la condena, a la particular relación aducida en juicio.

La tesis de la p. h. como acción personal es inadmisibles. Al pensamiento de PILLET se le ha opuesto que va contra la tradición, porque la petición ha sido siempre considerada como conteniendo a la vez la declaración de heredero y la restitución de bienes hereditarios (21). Por otra parte, la distinción entre la acción que el heredero ejercita por sí mismo y la del difunto no es exacta. Es falsa, dicen PLANIOL y RIPERT (22), en la hipótesis de que la petición se traduzca, no en una mera reivindicación, sino en una acción de división o de reducción (heredero omitido, reservatario desconocido dirigiéndose contra los herederos o legatarios universales). El actor no se vale enton-

(19) NICOLO: *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. "Annali Messina", 1934-1935, pág. 117; MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, parte 2, Milán, 1952, pág. 453; PINO: *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, pág. 85, n. 26.

(20) *Op. cit.*, págs. 117 y s.

(21) BAUDRY-LACANTINIERE ET WAHL: *Traité théorique et pratique de droit civil*. "Des successions", tomo I, París, 1905, pág. 673.

(22) PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *Traité pratique de droit civil*. "Successions", París, 1928, pág. 398.

ces de las acciones del difunto, sino de sus derechos personales a la partición o a la atribución de la reserva.

Además, si nos fijamos en el articulado de nuestro Código civil dedicado a la petición, observaremos claramente cómo el objetivo fundamental de ésta es la reivindicación de los bienes hereditarios. El artículo 1.016 habla de "acción para reclamar la herencia". El artículo 1.021, más concretamente, dice en su comienzo: "El que reclame judicialmente la herencia de que otro se halle en posesión". En este mismo sentido se expresa la jurisprudencia. La sentencia de 18 de marzo de 1951 afirma que mediante la p. h. puede reclamarse toda una masa hereditaria con su activo y pasivo, sin concretar nominalmente sus componentes.

De la naturaleza de la acción declarativa se deduce la imposibilidad de encajar en ese molde la auténtica petición hereditaria. Precisamente la doctrina y la jurisprudencia ha considerado unánimemente que no todo poseedor de los bienes hereditarios está legitimado pasivamente en el juicio de petición. Si nos encontrásemos en presencia de una mera actuación en declaración de la cualidad de heredero, no existiría ningún inconveniente para que pudiese ser propuesta la p. h. contra todo poseedor, dado que la sentencia declarativa no tiene fuerza por sí misma para provocar una inmediata ejecución (23). Por el contrario, en la realidad jurídica ocurre qué, invocado por el poseedor un título de adquisición singular, queda a salvo de la posibilidad de ser obligado a la restitución por la petición.

Ello no significa, sin embargo, que el heredero no pueda pedir la declaración de su cualidad, a lo cual tiene perfecto derecho como cualquier titular de una relación jurídica en el caso de que se discuta. Lo único que quiere decir es que la p. h. no se confunde con una acción meramente declarativa. El ejercicio de la acción hereditaria *presupone* la cualidad de heredero en el actor, que la ha de probar. El juez comprueba ésta, pero no hace declaración expresa acerca de la misma únicamente. De la misma manera que en la acción reivindicatoria, en la que el titular ha de ser propietario y probar su cualidad, el actor en el juicio de petición prueba su derecho a la herencia y pide su entrega. Si se accede a esto último, es porque se le ha estimado como tal heredero (24).

(23) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 346. La sentencia de 3 de mayo de 1944 declaró, en cuanto a los efectos de la acción, que "se detiene en los límites de una declaración o expresión jurídica del pretendido derecho, y sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas el ulterior proceso".

(24) TRULLENQUE (*Ob. cit.*, págs. 467-473) no acierta a ver la diferencia entre la mera acción declarativa y la mera prueba del título de heredero con el que se reclama la herencia. "El primer propósito—dice—que persigue la p. h. es obtener el reconocimiento del título de heredero... y ahora ya es tiempo de afirmar que a esta acción se le debe asignar carácter declarativo" (pág. 467). Después distingue otra acción que mira a la restitución de los bienes hereditarios. ¿Distinta? Parece que no, ya que afirma: "a esa acción que *completa el contenido* de la p. h. la calificamos nosotros de acción universal

Pero suponiendo que la que se reivindicase por medio de la p. h. fuera el simple título de heredero, ¿cómo podría explicarse el hecho de que la acción pueda ser dirigida contra el que posee sin ningún título? De modo evidente se comprueba en ese supuesto que la restitución de los bienes hereditarios es lo que se persigue en ella.

Dentro de la tendencia a ver en la p. h. una acción personal, cabe señalar un grupo de autores que ven en la misma la defensa del "status" de heredero. El fundamento de ello consiste en explicar el fenómeno sucesorio producido por la adquisición de bienes del difunto, mediante la previa atribución de una cualidad personal —el título de heredero— a una determinada persona (25). Tal tesis ha sido acerbamente criticada por CICU (26). Ni por el modo de operarse la transferencia de bienes —mediante el subentrar del sujeto en el puesto del difunto— ni de los particulares efectos que la ley atribuye a ello, se puede deducir que la cualidad de heredero sea una cualidad personal. Si se quiere hablar de ella, hay que hacer notar que no tiene otro significado que el de la indicación de la cualidad de la herencia, así como el adquirente de cualquier bien o complejo de bienes tiene la cualidad de propietario o titular del derecho relativo a los mismos. La cualidad de heredero deriva de que ha sido llamado en la totalidad de los bienes o en una cuota de ellos.

En el fondo, lo que se quiere expresar con esta idea es el distinto significado que tiene el heredero en el Derecho romano y moderno. En el primero, la adquisición del patrimonio en bloque derivaba de la titularidad previa del título de heredero. En los Códigos modernos, el título de heredero y el fundamento mismo de la herencia dependen exclusivamente de la atribución de la universalidad o una cuota de bienes. Por lo que se refiere a nuestro Derecho, es necesario tener en cuenta las dos condiciones fundamentales de la institución; que quede patente la voluntad del testador de nombrar heredero y, además, que éste lo sea en la totalidad o en una parte alicuota de la herencia (27).

fundada en un derecho absoluto no real" (pág. 469). Con ello se llega a resultados contradictorios con las reglas de la p. h. La primera acción, como el mismo autor reconoce (pág. 469), se puede proponer contra todos (¿querrá decir contra todos los poseedores de los bienes hereditarios, que son los únicos que le niegan de hecho su cualidad al heredero?); pero entonces tendríamos que legitimar pasivamente a todos esos terceros contra los que se propone la acción declarativa cuando se trata de la restitución de los bienes hereditarios, ya que, recordemos, esa segunda acción va englobada con la primera, lo cual, como veremos al tratar de la legitimación pasiva, es totalmente inexacto. TRULLENQUE no ha hecho el estudio de dicha legitimación pasiva, con lo cual no ha podido apreciar la falta de fundamento de su tesis. También por ello admite la imprescriptibilidad de la acción de petición (pág. 472), dado que anteriormente había declarado imprescriptible la acción declarativa del título, en contraste con la jurisprudencia y con la verdadera esencia de la p. h.

(25) NICCOLÓ: *Ob. cit.*, págs. 109 y s.; VOCINO: *Ob. cit.*, págs. 44 y ss.; NATOLI: *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milán, II, págs. 75 y s.; TRULLENQUE: *Ob. cit.*, pág. 468.

(26) *Ob. cit.*, págs. 16 y ss.

(27) IGLESIAS SANTOS: *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho*

3. La acción de petición de herencia como acción mixta.

En el derecho moderno (28), de la consideración de los fines que se pretenden conseguir con el ejercicio de la acción, llegan ciertos autores a afirmar que la p. h. tiene una naturaleza mixta; contiene, a su vez, una demanda en reconocimiento de la cualidad de heredero —y por ello es personal— y una reivindicación general del patrimonio —por lo que es real (29)—.

No cabe admitir este criterio. La acción mixta, calificala por la jurisprudencia y la doctrina de concepto artificioso, resultado de una acumulación de acciones que obliga a discernir a efectos de competencia cuál es la principal y cuál la subordinada, no es fundamento para asentar en él la naturaleza de la p. h. “No cabe hablar —dice GUASP (30)— de acciones mixtas, desde el momento en que no existen derechos mixtos como una categoría distinta de los absolutos y relativos, reales y personales; por otra parte, el reservar esta denominación para los supuestos de acumulación procesal de una acción personal y una acción real tampoco es admisible, porque en tal caso debe de determinarse la competencia con arreglo a la que se considere como acción principal y no por aplicación de las normas contenidas en el número 4 del artículo 65. De este modo llegamos al resultado de que las acciones mixtas no existen en cuanto tales.”

De esta teoría a la negación de la autonomía de la p. h. no hay más que un paso, y por ello se ve por MIRIDI (31) en la acción here-

moderno. “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, tomo VI, páginas 37 y ss., en especial 58-61; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, Madrid, 1954, pág. 24, nota 25.

(28) En el Derecho romano, dice BIONDI (*Diritto ereditario romano*, Milán, 1954, pág. 387), se encuentra la p. h. entre las acciones mixtas, concebidas “tan in rem quam in personam” (Inst. 4, 6, 20). Sin embargo, no es explícitamente incluida entre dichas acciones en el mencionado pasaje, sino que como tal es considerada en el Código (3, 31, 7). A ello se llega porque podían deducirse mediante ella derechos personales, “praestationes”. Justiniano consideró que las prestaciones alteran el carácter real de la acción. Participa, pues, la p. h. de la acción real, en cuanto se puede ejercitar contra cualquiera; de las acciones personales, en cuanto deducen una responsabilidad. Vid. en el mismo sentido, ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, 1934, pág. 541. Según LONGO (*L’hereditas petitio*, Padova, 1933, págs. 76 y ss.), los juristas postclásicos y justinianos, fijando su atención no en los motivos procesales—la estructura de la fórmula en el juicio de la p. h. era del todo análoga a la “vindicatio”, es decir, a una “actio in rem”—, sino en el objeto, construyen una “actio mixta tan in rem quam in personam”. En el Derecho moderno, al contrario, no se niega el carácter real—dentro de las doctrinas mixtas—porque recaiga sobre derechos personales, sino por la cualidad de heredero que se pretende sea reconocida. Vid. sobre la naturaleza de la acción en el Derecho Romano, GARCÍA GARRIDO: *La “hereditatis petitio”*. “Anuario de Historia del Derecho”, 1956.

(29) BAUDRY-LACANTINIÈRE: *Ob. cit.*, pág. 675; ROSSEL Y MENTHA: *Manuale de droit civile suisse*, tomo II, 2.ª ed., pág. 206.

(30) *Ob. cit.*, pág. 350. Vid. las sentencias de 7 de diciembre de 1940 y 2 de julio de 1941.

(31) *Contributo allo studio della “petitio hereditatis”*. Temi Emiliana, 1931, II.

ditaria una naturaleza personal, real o mixta, según los objetos que se reclamen; créditos, cosas corporales u objeto de ambas categorías.

La crítica hecha por BAUDRY-LACANTINERIE a esta tesis, también sostenida por autores franceses, se basa en que la p. h. recae sobre una universalidad, y no sobre valores determinados. Por otra parte, la acción no será mixta si en la sucesión hay objetos corporales e incorporales. Este carácter sólo se le puede dar teniendo en cuenta que ella es a la vez personal y real (32).

Pero esta argumentación no es válida. Ni la p. h. recae sobre una universalidad, ni impide que se reivindique parte de la masa hereditaria solamente, ni es posible admitir la existencia de tal acción mixta, como hemos dicho. La acción hereditaria tiene una independencia y sustantividad indudable frente a las que posee el heredero del difunto como consecuencia de la sucesión. Si el heredero actuase mediante éstas, tendría que probar una serie de presupuestos que no le hacen falta acudiendo a la p. h. Sólo podría obtener la restitución cuando prueba la pertenencia del derecho, si obra en sede petitoria, o cuando concurren los presupuestos del despojo, si lo hace en la posesoria (33). En el mismo sentido, dice LACRUZ BERDEJO (34), que las acciones singulares presuponen la cualidad de heredero, y en la p. h. dándose por válidos los títulos que sirvieron al causante para adquirir los bienes, lo que se discute es precisamente esa cualidad que el demandado niega.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como principio general se puede afirmar que puede utilizar la acción todo heredero, sea testamentario o legítimo, haya aceptado o no la herencia a beneficio de inventario, etc. La duda surge cuando no sólo hay un heredero llamado, sino varios. ¿Puede ejercitar el coheredero la petición?, y en caso afirmativo, ¿qué objeto tendrá la misma? No cabe ninguna dificultad en aplicar la norma general antedicha que permitirá al coheredero el ejercicio de la acción. La discrepancia puede surgir respecto de la segunda cuestión.

El Derecho romano parece acoger el criterio de legitimar al coheredero sólo por su parte (35), seguido en la actualidad por la doctrina italiana ante el silencio del nuevo Código sobre la materia (36). En nuestro Derecho pudiera argumentarse en favor de la persecución de la herencia en conjunto, basados en la doctrina jurisprudencial relativa al ejercicio de las acciones de la comunidad por cualquiera de los

(32) *Ob. cit.*, pág. 672 y nota 2.

(33) SCHLESINGER: *Ob. cit.*, págs. 177-178.

(34) *Ob. cit.*, pág. 271.

(35) Dice ULPIANO (D. 5, 4, 1, 1): "qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo iure: ed ideo sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu totam hereditatem possideas."

(36) MESSINEO: *Ob. cit.*, pág. 453; SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 16.

titulares. "Debe considerarse como doctrina inconcusa —señala la sentencia de 4 de abril de 1921— la de que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros, sin que les perjudique la adversa o contraria" (37).

Contra ello también se puede alegar que es discutible la aplicación de la citada doctrina, cuando lo que se ejercita es la acción de petición, es decir, una acción completamente distinta de las que existen en la sucesión —y, por tanto, en la comunidad hereditaria—, que la ley concede al heredero para su defensa. Pero resulta difícil pensar que, no existiendo atribución determinada y específica a favor del coheredero que la ejercida precisamente por el hecho de la indivisión, sea posible la reclamación de una parte y no del total.

Puede ocurrir que el coheredero accione contra el poseedor de la herencia, no creyéndole un poseedor sin ningún derecho a la herencia, sino un heredero en todo aquello en lo que no lo es él. El supuesto es similar al que se produce cuando un coheredero reclama de los demás su cuota. Entonces, la acción de petición tiende a confundirse con la acción para pedir la división de la herencia. Dado que lo que se pretende es ejercitar la acción para pedir la restitución de su parte, la reclamación de la partición se encontraría incluida en la acción de petición de herencia. Pero son dos cosas distintas, a nuestro juicio. Al heredero puede interesarle no la determinación concreta sobre los bienes hereditarios de su derecho, sino que se le restituya la parte que siendo propiedad de él está en manos de los otros coherederos. Con la petición puede intentar esto último. La acción de petición, dicen acertadamente PLANIOL y RIPERT (38), sería previa a la partición, ya que ésta supone que la cualidad de heredero no es negada por ninguno de los coherederos, sin que ello signifique una distinción de juicios (39), pudiéndose acumular en el mismo juicio las dos acciones (40).

(37) ROCA SASTRE: *Notas a la trad. esp. de la obra de KIPP: Derecho de sucesiones*. Barcelona, 1951, tomo I, pág. 378. LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 278) dice: "El coheredero, de ordinario, sólo podrá ejercitar la acción en beneficio de la comunidad hereditaria." FERRANDIS VILELLA (*La comunidad hereditaria*. Barcelona, 1954, pág. 161) cree que, por la función que realiza, la p. h. tiene un carácter semejante al de la acción reivindicatoria. El coheredero puede ejercitar la acción de petición de herencia por la cuota que le corresponde y, si la acción prospera, aprovechará también a los otros herederos.

(38) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de droit civil*. París, 1948, tomo III, pág. 727.

(39) CICU: *La divisione ereditaria*. Milán, 1947, pág. 62.

(40) DEGNI: *Petizione di eredità*. "Nuovo Digesto Italiano", tomo IX, página 1115. SCHLESINGER (*Ob. cit.*, pág. 17) dice que la acción de petición no es previa a la división. Previa a ésta es la declaración de la cualidad de heredero, lo cual no es el resultado al que tiende la p. h. Se lleva, como fácilmente se aprecia, hasta sus últimas consecuencias el carácter restitutorio de la petición, olvidando que eso mismo se pretende al afirmar la prejudicialidad de la acción petitoria respecto a la divisoria. Sólo que, en este caso, el coheredero no quiere la entrega de bienes concretos y determinados, sino tan sólo la parte que le

Una vez aclarado el principio general dominante en la legitimación activa de la p. h., vamos a examinar algunos supuestos donde puede parecer dudosa su utilización.

1) *Legitimación del comprador de herencia.*

Ha sido CICU (41) quien en la actualidad ha negado la posibilidad de que el comprador de una herencia puede ejercitar la p. h. El adquirente de la herencia no sucede ni al difunto ni al heredero, no existiendo frente a aquél las razones que justifican el trato de favor dado al heredero con la concesión de la acción. Admite, no obstante, que pueda obrar en este sentido mediante la acción subrogatoria (42).

Esta tesis presupone una idea fundamental; la acción de petición corresponde *únicamente* al heredero. Ello lo deducimos de la necesidad de acudir a la vía subrogatoria en que se ve el comprador. No olvidemos que, conforme al artículo 2.900 del Código italiano de 1942, el acreedor, para asegurar que serán satisfechos o conservados sus derechos, podrá ejercitar los *derechos y acciones que corresponden al propio deudor* contra los terceros, siempre que el deudor no lo haga, y que dichos derechos y acciones en cuestión tengan contenido patrimonial, no tratándose de aquellos que por su naturaleza o por disposición legal sean de imposible utilización por quien no sea titular de los mismos.

La cuestión creemos que se enfoca erróneamente de este modo. Una cosa es que el comprador de la herencia no tenga una *autónoma* acción de petición frente al poseedor de la herencia, y otra muy distinta que, debido a los efectos producidos por la venta de la herencia, el comprador no adquiera dicha acción. No existe ningún motivo para tener vinculada ésta a la persona del heredero, desde el momento en que se supone su carácter patrimonial y transmisible al considerarla objeto de la acción subrogatoria. No puede aislarse, pues, como se ha pretendido por algún autor (42 bis), lo relativo a la naturaleza de la p. h. de la posibilidad de que pase al adquirente de los bienes hereditarios.

Pero aun prescindiendo de todas estas consideraciones, la tesis de CICU sería inaceptable para nuestro Derecho, donde la acción subrogatoria tiene una finalidad propiamente ejecutiva, a diferencia de la regulada por el Código italiano. Caso contrario, realmente se podría afirmar que el comprador no tendría casi nunca la posibilidad de utilizar la p. h., por tener que aguardar a que se produzcan todos los pre-

corresponde en la comunidad. Si le interesa aquella atribución, pedirá también la división de la comunidad hereditaria.

(41) *Successioni...* cit., págs. 231 y s.

(42) Admitían la legitimación del comprador con anterioridad a la posición de CICU: N. COVIELLO: *Delle successioni*, pág. 302, Nápoles, 1932; DEGNI: *Ob. cit.*, pág. 1115; AZZARITI-MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte*, Padova, 1948, pág. 144.

(42 bis) SCHLESINGER: *Ob. y loc. cit. supra*.

supuestos del artículo I.III, cuando normalmente le interesa su ejercicio con independencia de la solvencia o insolvencia del heredero.

La doctrina española, al enfrentarse con el problema de la legitimación activa del comprador, recurre a la sentencia de 24 de febrero de 1909 (43). En efecto, el Tribunal Supremo reconoció dicha legitimación, pero parece dudosa la aplicación general de esta doctrina, ya que en el contrato de compraventa de herencia sometido a la consideración del Alto Tribunal se había pactado de una manera expresa y clara la subrogación del comprador en los derechos que pudieran corresponder a los vendedores. A nuestro juicio, y aunque no haya pacto expreso, el comprador ejercitará la p. h., dado que la misma se entiende transmitida con la venta.

Es algo que podemos perfectamente considerar como provecho o ventaja derivada de este negocio. Si esa misma doctrina científica afirma que el comprador se beneficia de la porción en que puede ensancharse su cuota como consecuencia del derecho de acrecer, por la renuncia de los interesados a los legados, fideicomisos o modos impuestos al heredero, dado que es de naturaleza en la venta de herencia que el comprador recoja todo cuanto hubiera correspondido al heredero de no haberla vendido, con más razón tenemos que dar la titularidad activa de la petición a éste contra todo aquel que posea bienes hereditarios (43 bis).

2) *La acción de petición de herencia en la herencia legitimaria.*

Conviene distinguir, tratándose de esta clase de herencia, la p. h. de determinadas acciones que le competen al legitimario en defensa de su derecho. La acción de reducción, regulada en los artículos 819 y 820 del Código civil, por medio de la cual el legitimario se dirige contra los titulares de bienes del difunto, de los cuales éste dispuso superando el límite en que puede jugar la autonomía de la voluntad, tiene unos perfiles distintos de la petición. Es verdad que el legitimario —dejando aparte el problema de la naturaleza de su posición— se dirige contra dichos poseedores para la restitución de bienes, pero si observamos los sujetos pasivos de la acción de reducción veremos, anticipando ideas, que no se dan los requisitos que se requieren para poder ser demandados con la petición: posesión de los bienes a título de heredero o sin título alguno. Tanto el donatario extraño que sufre la reducción como los herederos forzosos sujetos pasivos de la misma acción, por exceder el importe de lo donado, bien de la parte de libre disposición o de la porción reservada por la ley, tienen un título que, una vez alegado, paraliza la acción petitoria.

Desde el punto de vista objetivo, PINO, autor de una monografía

(43) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 278. ROCA SASTRE: *Problemas de la venta de herencia*. "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo VII, página 677.

(43 bis) Vid. FEDELE: *La compraventa dell'eredita*. Torino, 1957, página 197.

dedicada a la tutela de los derechos del legitimario, distingue ambas acciones (44) sobre la base de que la "causa-petendi" es distinta en ambas; en la petición de herencia se quiere el reconocimiento de la cualidad de heredero, mientras en la reducción se pretende la eliminación de los actos lesivos producidos por una liberalidad. Si se tiene en cuenta lo que hemos dicho al tratar de la naturaleza jurídica de la acción, donde pusimos de relieve la inexactitud que supone la tesis de PINO, la distinción cae por su base y se puede ver, además, un mismo objeto en ambas acciones; restitución de bienes hereditarios.

La identificación de la p. h. con otro de los medios dados por la ley al legitimario para defensa de su porción hereditaria, la "actio ad supplementum", por ejemplo, dependerá de la postura que se adopte en torno a la calificación del legitimario como heredero. Si de acuerdo con la doctrina más convincente negamos esta cualidad al legitimario, no podemos decir entonces que dicha "actio" sea la misma petición de herencia actuando en la herencia legitimaria.

3) *La acción de petición de herencia y el albaceazgo y administración de la herencia.*

Por lo que respecta al ejercicio de la acción por parte de los albaceas y administradores hereditarios, hay que distinguir supuestos perfectamente diferenciados. En primer lugar, si el albacea no tiene más facultades que las señaladas legalmente en el artículo 902 del Código civil, no estará legitimado activamente en la petición. No encaja ello en ninguno de los cuatro apartados de la mencionada disposición legal. Ello no excluye que, conforme al apartado tercero, en virtud del cual pesa sobre el mismo la obligación de sostener la validez del testamento en el juicio y fuera de él, pueda ser demandado, junto con los herederos, por aquellos que pretenden para sí esta cualidad.

Cabe, por otra parte, que el testador amplíe esas facultades legales, y dé al albacea el derecho de administrar los bienes hereditarios. Entonces surge la pregunta, extensiva también al administrador, ¿pueden utilizar dichas personas la petición para reclamar bienes hereditarios?

A juicio de GITRAMA (44 bis), el administrador, ya venga designado por el testador, por la ley, por el juez o por los interesados, sea el heredero o un extraño, es el llamado a ejercitar las acciones que corresponden a la herencia contra los mismos sucesores o contra terceros, ya se trate de acciones posesorias o definitivas, reales o personales, cuando fuere procedente. Pero de esta afirmación general no podemos deducir la legitimación activa en los supuestos planteados, ya

(44) *Ob. cit.*, pág. 85. Desde el aspecto subjetivo, anota que la posición del favorecido por la liberalidad se basa en un título que proviene del difunto, mientras la del demandado por la petición está privada de título o se basa en uno que no proviene del difunto. ¿Y el heredero aparente—preguntamos—que se cree heredero en virtud de un testamento revocado?

(44 bis) *La administración de la herencia*, Madrid, 1950, pág. 171.

que la misma supone como principio general únicamente la posibilidad de su utilización por parte del heredero. Cabría admitir, por tanto, al albacea con facultades de administración y al simple administrador esa legitimación, si estimásemos la tesis de la representación como explicación de la naturaleza jurídica de los cargos de albacea y de administrador. Pero, como es cabido, tal cosa es rechazada por la doctrina (45). No obstante, concluimos, dichas personas, mediante las acciones reivindicatorias oportunas, podrán obtener la misma finalidad, e igualmente podrán poner en práctica la acción petitoria si han sido expresamente facultadas por los herederos.

LEGITIMACIÓN PASIVA

En la petición de herencia, como en cualquier otra clase de acción, ha de darse un sujeto pasivo con determinadas características, contra quien se puede dirigir válidamente el titular de la misma. Por lo que hace referencia a nuestro Código, nos dice el artículo 1.021: "El que reclame judicialmente una herencia de que otra se halla en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados."

Como se aprecia, de la citada disposición no se puede inferir unas reglas generales acerca de las personas contra las cuales se propone la acción, ni tampoco manifiesta la clase de posesión en que deben encontrarse, ni el título por el que éstas poseen bienes hereditarios, por sólo mencionar algunos problemas que la legitimación pasiva de la acción presenta.

Los dos conceptos fundamentales que dominan esta materia son los de "possessor pro heredere" y "possessor pro possessore". GAYO (46), si bien con referencia al interdicto "quorum bonorum", considera como p. pro h. al que es heredero o cree serlo, y p. pro p. al que sin título alguno posee una cosa hereditaria o toda la herencia a sabiendas que no le pertenece. ULPIANO (47) afirma, por el contrario, que posee como heredero quien se cree heredero, pero equipara al mismo al que sabe que no es heredero. A su juicio, el "bonorum possessor", el poseedor de bienes simplemente, posee como heredero. Múltiples dudas han suscitado estas dos tesis contradictorias, lo cual no es de extrañar si se recuerda la afirmación de BESELER, que supone en los 58 fragmentos que componen el título III del libro V del Digesto sobre la petición de herencia unas 222 alteraciones (48), cre-

(45) GITRAMA: *Ob. cit.*, págs. 156 y ss. SÁENZ DE SANTAMARÍA: *Nota sobre los albaceas y contadores partidores*. "Anuario de Derecho Civil", tomo VI, 1953, págs. 385 y ss.

(46) *Instituta*. 4, 144.

(47) D. 5, 3, 9 y 11.

(48) FUENTESECA. Recensión a la obra de DENOYER: *Le défendeur de la pétition d'héritité privée en Droit Romain*, París, 1953, en "Anuario de Historia del Derecho", tomo XXIV, 1954, pág. 719.

yéndose que los compiladores han alterado el pensamiento de ULPIANO. LONGO (49) afirma que ha sido obra de éstos la mutación en los presupuestos de la legitimación pasiva que establecieron los clásicos, con la extensión del concepto de p. pro h. al poseedor que sepa no ser heredero. El p. pro p. es el que ni siquiera se estima heredero, sea de buena o mala fe. El que, interrogado —señala ULPIANO (50)— por el motivo de su posesión, dice simplemente: porque poseo.

Discutido también en la doctrina romanística es si el criterio que sirve para diferenciar a las dos clases de poseedores es de derecho sustancial o formal. DI PAOLA (51) y KASSER (52) hacen depender del comportamiento del demandado en el juicio su calificación como p. pro h. o pro possessore. Se consideraba en el primer caso, si opone al demandante el ser heredero o poseer las cosas hereditarias por este título. Recientemente TALAMANCA (53) ha impugnado la tesis procesalista, y cree con LENEL (54) que es el criterio de derecho sustancial el definitivo, o sea, la convicción que tenga el demandado acerca de su posesión.

En resumen, la doctrina se encuentra de acuerdo en admitir la legitimación del p. pro h. tan sólo en la época de la "legis actione" (55). Introducido el procedimiento formulario, la p. h. alarga su esfera de acción en cuanto a los legitimados pasivamente. Ya no sólo el p. pro h., sino el p. pro p., son los sujetos contra los cuales se puede dirigir el heredero verdadero (56). SANTI DI PAOLA (57), sin embargo, basado en un criterio procesal de distinción, ha negado la legitimación pasiva del p. pro p., cuya legitimación es tratada en las fuentes en relación con el interdicto "quam hereditatem", y no en la p. h. El p. pro h., en tal caso, sería el único legitimado pasivamente en la acción hereditaria.

El Código de Napoleón y el italiano de 1865 guardan silencio en materia de legitimación pasiva, lo mismo que el nuestro. No obstante, la doctrina acudió para llenar esta laguna a los principios recogidos en la compilación justiniana que hemos expuesto. Se legitima tanto el

(49) *Ob. cit.*, págs. 6 y ss.

(50) D. 5, 3, 11 y 12.

(51) *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milán, 1954, págs. 46 y ss.

(52) *Die Passivlegitimation sur hereditatis petitio*, Zeitschrift der Savigny, 1950, págs. 99 y ss.

(53) *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditas petitio»*, Milán, 1956, págs. 18 y ss. Critica TALAMANCA la base de la tesis procesal constituida por un fragmento de ULPIANO (D. 5, 3, 12) y una constitución de Arcadio y Honorio (C. 3, 31, 11).

(54) *Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio*, en Z. S. S., 1926, págs. 4 y ss.

(55) Vid. LONGO: *Ob. cit.*, págs. 2 y ss.; BIONDI: *Diritto ereditario...* cit., páginas 391 y ss.

(56) Vid. DE FRANCISCI: *Síntesis histórica del derecho romano*, Trad. esp., Madrid, 1954, pág. 537; IGLESIAS: *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, 1950, vol. II, pág. 226.

(57) *Ob. cit.*, págs. 74 y s. Para la crítica de esta tesis y fundamentos en que se apoya principalmente en ULPIANO (D. 5, 3, 42), vid. KASER: *Ob. cit.*, páginas 94 y ss.; TALAMANCA: *Ob. cit.*, pág. 32, nota 81 y págs. 53 y ss.

que posee las cosas hereditarias a título de heredero como sin título alguno (58).

En el derecho germánico, por el contrario, la legitimación pasiva queda mucho más limitada que en el sistema romano. Sólo se puede dirigir la p. h., según resulta del párrafo 2.018, contra quien ha obtenido algo a costa de la herencia y basado en un derecho hereditario que no le corresponde. En una palabra, el p. pro h. de las fuentes. El Código suizo, en los artículos 598 y 599, menciona como sujeto pasivo de la acción al "poseedor": ¿sigue el sistema alemán o el romano? ROSSEL y MENTHA (59) reconocen que la cuestión es discutida, pero se inclinan a creer que el poseedor será aquel que se estime titular de derechos de naturaleza posesoria.

En la actualidad el Código italiano de 1942, respondiendo a la opinión de la doctrina formada bajo la vigencia del Código precedente, declara en el artículo 533 que la p. h. puede darse contra quien posea los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno (60).

En nuestro Derecho, a pesar de que el artículo 1.021 alude sólo al "poseedor", creemos, de acuerdo con la jurisprudencia, que la doctrina romana es la que debe prevalecer. La sentencia de 18 de mayo de 1932 declara que "la p. h. compete al heredero por testamento o sucesión intestada contra cualquiera que posea los bienes hereditarios en concepto de heredero, o a título universal, o la mera posesión sin título singular alguno". Estas mismas afirmaciones contiene la sentencia de 12 de noviembre de 1953 (61). En la doctrina, MANRESA (62) y DE DIEGO (63) son partidarios de este criterio amplio de legitimación.

En vista de esta posición, cabe que nos preguntemos acerca del significado de las tres expresiones usuales: posesión en concepto o a título de heredero, posesión sin título alguno y posesión a título singular.

(58) POLACCO: *De las sucesiones*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, págs. 139 y ss.; DEgni: *Ob. cit.*, pág. 1115; AUBRY ET RAU: *Cours de droit civil français*, tomo X, París, 1918, pág. 3 y nota 4; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL: *Ob. cit.*, pág. 684; PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *Ob. cit.*, pág. 404.

(59) *Ob. cit.*, pág. 206.

(60) FASIANI: *Sull'azione di petizione di eredità*, Roma, 1948, págs. 18 y s. Cree, aisladamente, que el artículo 533 se refiere al p. pro h. No es sinónima la expresión "sin título alguno" que en el mismo se utiliza de p. pro p. Se refiere al heredero que se cree tal sin tener un fundamento para ello más o menos discutible.

(61) Sin embargo, otras sentencias parecen sostener la legitimación pasiva del p. pro h. tan sólo. Así, la de 28 de enero de 1892, en la que se dice: "Considerando que si bien la acción de petición de herencia contra el que posee a título de heredero y no contra el poseedor a título singular..." La de 12 de abril de 1952 parece acoger esta doctrina, aunque creemos que en el segundo considerando—donde podría fundarse la semejanza—no contiene un pronunciamiento general acerca de la legitimación pasiva, sino que se limita a contemplar el supuesto de hecho base del pleito, en el que se accionaba contra quien venía reputándose heredero en virtud de título universal.

(62) *Comentarios al Código Civil*, tomo VII, pág. 514.

(63) *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo III, Madrid, 1932, página 464.

De acuerdo con los precedentes del instituto y la doctrina (64), podemos decir que posee en concepto de heredero, no sólo quien así se reputa fundado en un título —testamento nulo o revocado—, sino el que sin título posee las cosas hereditarias en tal concepto y no en otro. En una palabra, el p. pro h. de las fuentes romanas. Poco importa, pues, la buena o mala fe con la que actúa a estos efectos. Igualmente hemos de decir que poseedor a título singular es no sólo quien se estima en tal concepto, porque tiene un título singular, sino que alega, aun falsamente, ese título. La no oposición de cualquier título o falta de creencia —de buena o mala fe— en la cualidad de heredero, hace que el poseedor sea legitimado como p. pro p.

El problema se presenta cuando se trata del comprador de una herencia, no de bienes concretos e individualizados. Sustituye al heredero en la titularidad del patrimonio hereditario, pero ¿cabe que contra él pueda ser dirigida la petición?

En el Derecho Romano, un pasaje de ULPIANO (65), interpolado por los compiladores (66), da una solución afirmativa. Se concede al heredero verdadero una acción útil contra el comprador. En igual sentido se pronuncia categóricamente en la actualidad el B. G. B. equiparando en el parágrafo 2.030 al que adquiere una herencia por contrato de un poseedor de la misma con un p. pro h.

En la doctrina moderna han de señalarse dos posiciones bien definidas. Por una parte, la mantenida por la doctrina italiana, y por otra, la francesa. Pero antes de deducir las consecuencias que ello tiene en orden a la legitimación pasiva, importa hacer una advertencia. Ante todo, hay que tomar partido acerca de la protección al adquirente de una herencia del heredero aparente, y si se acoge la postura negativa, no por ello tendremos resuelta la cuestión de la legitimación. El comprador de una herencia puede no hallarse protegido en su adquisición, y, sin embargo, no es posible su persecución por la acción de petición.

Los autores franceses (67) señalan que la regla general de protección a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, sufre una excepción en lo que se refiere al comprador de herencia. La cesión de derechos sucesorios es para el cesionario un acto de naturaleza especulativa, y es justo que soporte los riesgos de un asunto mal estudiado. Además, el comprador sustituye al heredero aparente, no pudiendo

64) Vid. DE BERARDINIS: *La condizione giuridica dell'ereditare apparente nel Codice civile italiano*. "Archivio Giuridico", tomo LXXIII, 1904, págs. 248 y ss. MIDIRI: *L'ereditare apparente e i diritti dei terzi con lui contrattanti*. "Rivista di Diritto Civile", 1930, págs. 332 y ss.

(65) D. 5, 3, II, 4.

(66) LONGO: *Ob. cit.*, págs. 35 y ss.

(67) DONNEDIEU DE VABRES: *Les actes de l'heritier apparent*. "Revue trimestrielle de droit civil", 1939-1940, págs. 401-403; CREHIEU: *De la validité des actes accomplis par l'hereditier apparent*, "Revue trimestrielle" cit., 1910, pág. 68. Vid. los trabajos citados de MIDIRI y DE BERARDINIS; JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*. "Anuario de Derecho Civil", tomo III, págs. 697 y ss.

invocar en consecuencia la cualidad de tercero frente al verdadero titular.

Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, LAURENT (68) sostiene la legitimación, siempre que el comprador haya adquirido una "universitas", no bienes concretos y determinados. Entonces no sería un poseedor a título singular, sino a título universal. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL (69) afirman que si la herencia ha sido cedida, el poseedor de la misma es solamente el legitimado. AUBRY y RAU (70) distinguen la adquisición de derechos sucesorios y la adquisición de objetos hereditarios individualmente considerados. El comprador de aquéllos, como poseedor a título universal, sucede al heredero en la obligación de restituir que pesaba sobre él. Por lo que respecta al segundo, no es la p. h. la que procede, sino la acción reivindicatoria.

La doctrina italiana, por el contrario, bajo la vigencia del Código de 1865 seguía un sistema radicalmente opuesto. Partiendo de la norma contenida en el artículo 933, según la cual quedaban protegidas las adquisiciones de terceros de buena fe y por título oneroso, se preguntaba si el legislador había incluido en la misma la venta de la herencia. MAJERINI (71) dice que el artículo 933 comprendía la venta de la herencia, porque se trataba de una convención a título oneroso. No es exacto decir que el comprador de la herencia se encuentra en la condición misma del poseedor en concepto de heredero, cuya posición se coloca con todos sus derechos y obligaciones. El comprador no es un sucesor a título universal, sino a título particular, y por ello se debe considerar como un tercero que adquiere del heredero aparente. En el mismo sentido, MIRIDI (72) observa que el artículo 933 no establece ninguna diferencia entre ambas clases de ventas. Nada obsta a ello el que una norma referente a la evicción en esta compraventa —el artículo 1.545, igual a nuestro 1.531— diga que el heredero no estaba obligado a garantizar más que su propia cualidad de heredero. No significa esto que el tercero no está garantizado frente a la compra de herencia, sino que se refiere a la posible evicción de las cosas singulares, por las cuales no es lícito al comprador el accionar en juicio de evicción, habiendo adquirido la herencia así como se encuentra, sin ninguna especificación.

El nuevo Código de 1942 ha seguido esa misma senda, y dispensa la misma protección en el artículo 534 a los adquirentes de buena fe, sin que quepa la discriminación entre la adjudicación de una cosa simple o de una herencia.

La doctrina española (73) admite la protección del tercero de buena

(68) *Principes de droit civil*, tomo IX, Bruselas, 1878, pág. 589.

(69) *Ob. cit.*, pág. 684.

(70) *Ob. cit.*, pág. 4 y nota 7.

(71) *Studi intorno all art. 933*, en *La Legge*, 182, cit. por DE BERARDINIS: *Ob. cit.*, pág. 280.

(72) *Ob. cit.*, págs. 346 y 352.

(73) Vid. MELON INFANTE: *La posesión de los bienes muebles, adquiridos de*

fe y a título oneroso, en consonancia con el artículo 464 del Código civil para los muebles, y 34 de la L. H. para los inmuebles. Sin embargo, el comprador de una herencia no goza de la protección antedicha, ya porque es simplemente un adquirente a título singular del heredero aparente no pudiéndose equiparar a la posición que ocupa éste respecto de la herencia —p. por h.— (74), ya porque ni desde el punto de vista de la fe pública puede encontrar protección, al estimarse total la inadaptación de los principios hipotecarios al derecho hereditario “in abstracto”, dado que los mismos se refieren a derechos sobre “cosas singulares” (75).

La legitimación pasiva del comprador la mantiene ROCA SASTRE (76) fundado en la sentencia de 28 de enero de 1892, por la cual sólo puede estar legitimado pasivamente el poseedor en concepto de heredero. No creemos que pueda defenderse esta doctrina, en tanto que, objetivamente, el comprador de una herencia no posee en concepto de heredero. Para resolver esta cuestión no hay más que seguir el cauce trazado por la jurisprudencia. Si la misma excluye de los sujetos pasivos de la acción a los que alegan un título singular, únicamente hemos de preguntarnos si el comprador de una herencia posee a título singular. No hay duda de que el comprador sucede a título singular al cedente de los derechos hereditarios, única persona en quien permanece la cualidad de heredero.

Supuesto, en resumen, que la legitimación pasiva en la p. h. la tiene el p. pro p. o pro h., ¿qué solución hemos de adoptar cuando se trata de terceros adquirentes de estos poseedores? Volvemos a hacer la misma indicación que en la venta de herencia; la distinción entre protección de la buena fe y la clase de acción que se puede actuar caso de que exista algún tercero no protegido. Si los terceros han adquirido de acuerdo con la L. H. —artículo 34— o con el Código civil —artículo 464— no podrán ser demandados por el heredero aparente. Si no caen bajo los supuestos de aplicación de tales artículos, solamente será ejercitable contra ellos la acción reivindicatoria, por tener un título singular de adquisición. Esta postura, derivada de las directrices jurisprudenciales, es radicalmente contraria a la que mantiene el artículo 533 del nuevo Código italiano. Según el mismo, el heredero verdadero puede actuar tanto contra el p. pro h. como pro p., como contra quien de ellos traiga causa, apartándose en este punto de la tradición histórica.

Siendo, como se puede deducir de nuestra exposición, la posesión por parte del demandado el eje en torno al cual gira la legitimación pasiva de la p. h. es necesario exponer algunas cuestiones con la misma relacionadas. ¿Ha de probar el demandante que el demandado

buena fe, equivale al título, Barcelona, 1957, págs. 75 y ss., y autores citados en nota 124.

(74) JORDANO BAREA: *Ob. cit.*, págs. 696 y ss.

(75) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1954, páginas 545 y ss.

(76) *Problemas...* cit., págs. 671 y 677.

posee como heredero o como simple poseedor? SCHLESINGER (77) lo afirma de modo rotundo. Lo contrario equivaldría —dice— a dejar al arbitrio del demandado la eficacia de la p. h., ya que con sólo la simple alegación de un título singular obligaría al heredero a recurrir al ejercicio de las acciones singulares con el consiguiente perjuicio.

Pero un examen detenido de la cuestión nos revela la falsedad de esta argumentación. El hecho de que se exija como base de la legitimación pasiva la posesión del heredero aparente, no nos puede llevar a la consecuencia de que sea el demandante quien haya de probar el título en cuyo concepto posee el demandado. Si precisamente la acción petitoria tiene como una de sus finalidades dar la facilidad al heredero que pide la restitución de los bienes hereditarios de poder actuar mediante una acción que no requiere la prueba de unos derechos de una manera tan fuerte como la acción reivindicatoria, por ejemplo, ¿no sería desvirtuar esta finalidad el obligarle a la prueba difícil del carácter de la posesión del demandado, que supone la averiguación de toda una serie de actos que pueden haber sido realizados sobre los bienes hereditarios? En el derecho moderno no existe aquella “interrogatio in iure” que señalan las fuentes romanas en materia de petición de herencia. A ella se refiere ULPIANO cuando dice que posee como p. pro p. quien *interrogado* por qué posee, responde: porque poseo (78). La doctrina romanística se encuentra dividida acerca de si tal “interrogatio” se puede interpretar en sentido técnico, es decir, si tiene como efecto el aclarar mediante la “responsio” del preguntado, y con carácter vinculante para el “iudex privatus”, alguno de los presupuestos de la legitimación pasiva del demandado, teniendo como sanción para el caso de respuesta falsa o de falta de ella la concesión contra el demandado de acciones diversas, según los casos, que llevaban consigo una agravación de la responsabilidad de éste y una facilitación en la carga de la prueba. TALAMANCA (79) mantiene en la actualidad la no existencia de una “interrogatio” en sentido técnico en el supuesto de ejercicio de la p. h. Por el contrario, en el derecho moderno, al heredero verdadero le bastará alegar tal cualidad y su derecho a la restitución. No perjudica en nada la alegación que pueda hacer el demandado de la existencia de un título singular que le legitima para poseer, en suma, un hecho obstativo a la pretensión de aquél, que tiene la obligación de probar. Esto se deduce de los principios generales de la carga de la prueba.

ROCA SASTRE (80) enfoca el caso desde un ángulo distinto, coincidente en el fin con los autores que pretenden hacer gravitar sobre el heredero verdadero la obligación de probar la legitimación del demandado. Del artículo 448 del Código civil se deduce —dice— que el poseedor tiene a su favor la presunción de que posee en concepto de

(77) *Ob. cit.*, págs. 59 y ss.

(78) D. 5, 3, 12.

(79) *Ob. cit.*, págs. 18 y ss.

(80) *Notas... cit.*, pág. 378.

dueño, y a menos que no se pruebe lo contrario, y el actor habrá de demostrar este extremo en la p. h. Pero con ello se olvida que desde el momento en que el heredero justifica su legitimación activa, está negando el título de dueño al demandado. En una palabra, no tiene que probar la posesión del demandado, sino la cualidad hereditaria con que actúa.

En relación con la posesión del demandado se plantea otro problema. El artículo 1.021 dice, al referirse al mismo: "El que reclame judicialmente la herencia de que otro se *halle* en posesión." ¿Qué quiere decir se *halle*? ¿Significará la necesidad de que la posesión sea actual, o bien puede ser suficiente que el demandado haya tenido en el pasado la misma? La doctrina es unánime en considerar que la posesión ha de ser actual (81). Ahora bien, no hay que olvidar que, como señala POLACCO (82), al heredero verdadero se le abren dos vías: o repetir del demandado lo que éste haya obtenido si la cosa hereditaria ha sido enajenada por él, o bien dirigirse en reivindicación contra el adquirente de mala fe. En una palabra, que, a pesar de que la posesión de los bienes hereditarios no la tiene en el momento en que se plantea la demanda de petición, cabe la legitimación pasiva del poseedor anterior por lo que respecta a los bienes que han entrado en su patrimonio. Se puede decir, en tal sentido, que la posesión actual se refiere a los mismos.

En nuestra doctrina, DE DIEGO (83) sostiene que puede ser demandado también "quien dejó de poseer con dolo, aun contra él, y por razón de su dolo podrá dirigirse la acción". Indudablemente se refería a la doctrina de las fuentes romanas. ULPIANO nos dice, en relación con el S. C. JUVENCIANO —que condenaba a los poseedores de bienes que habían procedido a su ocupación a sabiendas que no les pertenecían y que antes de la contestación de la demanda se hubiesen desprendido de ellos de la misma forma que si hubieran sido poseedores actuales—; "también el dolo pasado se ha de comprender en la petición de herencia" (84). Naturalmente, decimos por lo que respecta a nuestro Derecho, el que con "dolo malo *dessit possidere*" es demandado únicamente por su responsabilidad.

Intimamente vinculada con los problemas que la posesión plantea en el sujeto pasivo de la p. h. se encuentra la cuestión de saber la naturaleza que la misma tiene. Del texto del artículo 1.021 y sentencias jurisprudenciales citadas, se deduce que únicamente se hace mención del "poseedor". ¿Excluye ello la posibilidad de legitimación pasiva del mero detentador? Indudablemente, no. Si la petición de herencia es respecto a la adquisición de bienes hereditarios lo que la reivindicatoria al derecho de propiedad, admitiéndose la legitimación pasiva en esta última respecto del mero detentador, ¿qué inconveniente existe en extender el principio a la acción petitoria?

(81) Vid., por todos, SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 87.

(82) *Ob. cit.*, pág. 169.

(83) *Ob. cit.*, pág. 467

(84) D. 5, 3, 25, 2.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la situación en que se puede encontrar el detentador. Cabe que el mismo lo sea en virtud de una relación jurídica creada con el causante del heredero verdadero, y puede éste, como sucesor en la relación jurídica en cuestión, actuar por medio de las acciones posesorias correspondientes en defensa de su derecho. Sin embargo, también se podrá intentar la acción de petición, dado que la conducta del detentador niega sus derechos hereditarios. Sería compatible la función de restitución que se pretende actuar por medio de aquélla, y el simple reconocimiento de la posesión superior del demandado (85). Supuesto análogo es el que se origina del hecho de que el detentador se considere un p. pro h. o pro p. Estaría legitimado pasivamente en la p. h., y habría que probar esa inversión de la posesión, en vista del artículo 436 del Código civil. El heredero pediría, pues, la restitución de su posesión en ambas situaciones.

Por último, queda por examinar el problema relativo a la posible legitimación de los poseedores de derechos para ser demandados por la p. h.

La dificultad deriva de aplicar la norma general de legitimación pasiva —posesión de los bienes hereditarios— a los poseedores de derechos, ya que, como es sabido, la doctrina no es unánime en la admisión de una quasi-possessio, análoga a la posesión de cosas corporales.

A nuestro juicio, para la debida solución de dichas dificultades, es necesario partir de los diferentes supuestos que se pueden ofrecer en esta materia. Por un lado, la figura del heredero aparente. Frente a éste, el heredero verdadero reclama la restitución de la herencia. Esta palabra —herencia— es la que usan los artículos 1.021 y 1.016 al hablar de la p. h., y si el Código civil considera como herencia todos los bienes, derechos y obligaciones del causante —artículo 659— no cabe duda de que el heredero aparente puede verse demandado para la devolución, junto con las cosas corporales, de los créditos. La posesión de que hablan los artículos en cuestión y las decisiones jurisprudenciales no es la posesión en sentido técnico y específico, bajo cuyo ámbito cabría plantear el problema desde el punto de vista de la posesión de los créditos.

Pero puede ocurrir que no estemos en presencia de una reivindicación total y absoluta de la herencia, sino que el deudor, supongamos, de un crédito hereditario niegue al heredero su cualidad, atribuyéndosela él mismo. Entonces, dice CÍCU (86), la acción de petición podrá ejercitarse dirigida a probar esa cualidad, a la realización de una actividad hereditaria, en nada diferente de la acción que sobre la base del título de heredero tiende a recuperar una cosa corporal hereditaria. Se pretende con ello, por tanto, la aplicación de un mismo medio —la p. h.— porque existe coincidencia en el fin. Esta es la postura que siguió el Derecho Romano en la materia. Existen en el Digesto textos

(85) SCHLESINGER: *Ob. cit.*, pág. 77 y notas 71 y 72.

(86) *Ob. cit.*, pág. 232. Contra SCHLESINGER: *Ob. cit.*, págs. 81 y ss

de ULPiano en que se dice que “también puede pedirse al deudor de la herencia, como poseedor de un derecho” (87), y que “puede pedirse la herencia no solamente al deudor del difunto, sino también al deudor de la herencia” (88). Un texto del mismo jurista es el que sirve de atención a la doctrina. “Si un deudor de la herencia —afirma ULPiano— (89) no quiere pagar, no precisamente porque diga que él es heredero, sino porque niegue o dude que la herencia pertenezca al que la pida, no es obligado por la petición de herencia”. Lo cual, indica LONGO (90), permite sustentar el principio de que existe esa legitimación pasiva en el deudor cuando se crea heredero.

En realidad, la p. h. quedaría englobada, en el supuesto de que la herencia se hallase integrada nada más que por créditos creyéndose el deudor de los mismos heredero, en el ejercicio de la correspondiente acción declarativa de la cualidad hereditaria y proclamación consiguiente de que posee la titularidad de esos créditos (91).

EFFECTOS DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

El ejercicio de la acción hereditaria hace surgir una serie de relaciones entre las distintas personas que toman parte en él. Por un lado, se han de considerar las que median entre el heredero verdadero y el p. pro h. o pro p. Por otra, las existentes entre el heredero verdadero y los terceros que han adquirido sus derechos de los mencionados poseedores.

I. Relaciones entre el heredero verdadero y el aparente.

En ningún artículo de nuestro Código se contiene una disposición acerca de lo que por heredero aparente hemos de entender. Pero teniendo en cuenta todo lo que llevamos dicho acerca de la legitimación pasiva, podemos decir que heredero aparente es el que posee como heredero, no habiendo sido llamado a una verdadera sucesión.

La generalidad de la doctrina sobre la materia aplica a la misma las normas relativas a la posesión (92). Del artículo 433 del Código civil se deduce que heredero aparente de buena fe es aquel que ignora

(87) D. 5, 3, 13, 15.

(88) D. 5, 3, 16, 3.

(89) D. 5, 3, 42.

(90) *Ob. cit.*, pág. 60. Sobre la interpretación de este fragmento. Vid. TALAMANCA: *Ob. cit.*, págs. 144 y ss.

(91) Estamos de acuerdo con SCHLESINGER (*Ob. y loc. cit., supra*) en que tratándose de créditos, no cabe una p. h., aunque no por las razones que apunta, la mayoría de las cuales sólo valen para el derecho italiano, sino porque a nadie se le puede ocurrir pedir la restitución de un crédito de la misma manera que una cosa corporal. Se discutirá su titularidad únicamente, la cual quedará precisada a favor del heredero verdadero, mediante el ejercicio de una acción declarativa que concordará en el resultado con el que se obtendría si no hubiera impedimentos para admitir la propia p. h.

(92) Vid. por todos. MIDIRI: *Ob. cit.*, págs. 332 y ss.

que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide. En la sucesión o título hereditario ha de haber algo que, ignorado por él, ha dado lugar a su entrada en posesión de la herencia. GABBA (93) requiere un título, no gratuitamente imaginado, sino aparente, e idóneo o hábil por naturaleza para conferir el derecho hereditario. La doctrina admite generalmente el título putativo o supuesto como base para fundar la buena fe del heredero aparente (94).

Sin embargo, existen otras tendencias en torno a la buena fe del heredero aparente. Así, CONTRI (95), llevando el criterio subjetivo hasta sus últimas consecuencias, dice que se debe considerar también de buena fe al heredero aun no existiendo un título putativo como asiento de la misma. Su base es la tesis de BONFANTE sobre la buena fe como concepto ético y social. Esta doctrina ha sido agudamente criticada por DE BERARDINIS (96). Según este autor, el legislador italiano de 1865, por lo que respecta al heredero aparente, tenía dos sistemas a los que atenerse; el sistema romano, recogido por el derecho canónico y francés, y el sistema germánico. El primero admitía en el heredero aparente la buena fe subjetiva, aunque reconoce que es dudoso si para el Derecho romano eran herederos de buena fe los que no tenían título. El segundo sistema difiere del precedente. Según el parágrafo 797 del Código austríaco, para entrar en posesión de los bienes hereditarios es necesario pedir al juez la adjudicación de la herencia. Este no puede acceder a ello sino mediante la prueba del mejor derecho a suceder mediante un título: el heredero aparente no puede decirse de buena fe, por tanto, mientras no presente un título.

El Código italiano se aleja de la legislación austríaca en cuanto a la adjudicación de la herencia, pero no pierde de vista el título, requerido implícitamente por la misma en el heredero aparente. Si el Código de 1865 no lo dice expresamente, ha sido por su diversa construcción del sistema sucesorio, y por la referencia al artículo 701 —semejante a nuestro 433—, al cual se daba un carácter general.

MONTÉL (97), no obstante, mantiene una posición muy parecida a la de CONTRI, tomando ideas de SOTGIA sobre la apariencia jurídica. A su juicio, heredero aparente de buena fe es aquel que se computa como heredero, creyendo ser tal. No es necesario que exista un título ni que sea errónea su opinión. Tampoco hace falta la existencia de título de hecho idóneo para la adquisición de la cualidad hereditaria. Según CICU (98), en el nuevo Código se ha hecho referencia solamente al estado subjetivo de buena fe, prescindiendo de cualquier título de derecho o de hecho.

Por último, heredero aparente de mala fe será, como consecuencia

(93) For italiano, 1886, 1830, cit. por MIDIRI: *Ob. cit.*, pág. 633.

(94) JORDANO BAREA: *Ob. cit.*, pág. 679.

(95) *L'ereditare apparente di buona fede*. Firenze, 1902.

(96) *Ob. cit.*, págs. 261 y s.

(97) *Sul concetto di ereditare apparente di buona fede*. "Rivista de diritto civile", 1933, págs. 20 y ss.

(98) *Ob. cit.*, pág. 236.

de lo expuesto, quien no reúna los requisitos de la posesión de buena fe que exige el artículo 433.

Con estas ideas generales acerca del posible sujeto pasivo de la p. h., vamos a estudiar en concreto los efectos que sus actos sobre las cosas hereditarias producen para el demandante.

a) Enajenaciones.

En el Derecho Romano el texto fundamental que sirve de base para la determinación de la responsabilidad del heredero aparente es el S. C. JUVENCIANO, al cual hace referencia ULPIANO en el Digesto, libro V, título 3, fragmento 20. Fué dado en contemplación principalmente de la reivindicación de los "bona caduca", o porciones hereditarias vacantes que en virtud de las leyes demográficas de Augusto correspondían al Fisco, pero, según el jurista citado, también se aplica por lo que respecta a las herencias. La doctrina se resiste a estimar como clásica esta extensión, creyéndose producto de una confusión de los compiladores entre dicho S. C. y otro de Adriano, que hacía referencia a la "usucapio pro heredere" (98).

El S. C. hace una distinción entre los poseedores de buena y de mala fe, pensándose que son términos equivalentes a los repetidamente usados de p. pro h. y p. pro p. (99). Para los primeros, se ordena que restituyan el precio de los bienes hereditarios vendidos, no sus intereses (100). Para los segundos, el precio real de la cosa y sus frutos (101).

La restitución del precio por el heredero aparente de buena fe no dejaba de suscitar dudas a los juristas, dudas que ULPIANO recoge. ¿Constituía el enriquecimiento el límite de aquélla? Según el citado jurista, el texto del S. C. es ambiguo —decía el mismo que los poseedores de buena fe debían restituir el precio que a poder de ellos hubiese llegado (pervenise) procedente de la venta de los bienes hereditarios— y, por tanto, era posible interpretarlo en el sentido de la obligación de devolver el precio que quedaba en su poder, es decir, operaba el principio de restitución en que se hubiesen enriquecido, el cual aparece consagrado en otros textos también (102).

Hay que anotar la existencia de otro pasaje de ULPIANO en el que se hace una distinción, con sus efectos correspondientes, en la misma enajenación del poseedor de buena fe. Si ha sido hecha por un motivo de necesidad —el pago de una deuda hereditaria— rige la regla general antes citada. Si lo ha sido por capricho, no responde del precio, sino del valor del fundo y de los frutos (103).

(98 bis) APPLETON: *Le vrai et le faux senatusconsulte Juventien*. Revue Historique de droit française et étrangère. 9, 1930, págs. 1 y ss. Vid. FUENTESECA, Recensión cit. DÉNOYEZ: *Le senatus-consultus Juventium*. Nancy, 1926, páginas 78-104.

(99) BIONDI: *Diritto ereditario ... cit.*, pág. 403. Sobre esta cuestión. Vid. LONGO: *Ob. cit.*, págs. 134 y ss.

(100) D. 5, 3, 20, 6.

(101) D. 5, 3, 20, 12.

(102) D. 5, 3, 20, 6. Vid. BIONDI: *Diritto ereditario... cit.*, págs. 405 y s.

(103) D. 5, 3, 20, 2.

Por la generalidad de la doctrina se ha considerado —en el derecho actual— que la enajenación de bienes hereditarios por el heredero aparente lleva consigo la entrada en juego del principio de la subrogación real (104). Por lo tanto, la p. h. será también el medio mediante el cual el heredero verdadero consiga del aparente la restitución del equivalente obtenido por la mencionada enajenación.

Es de destacar, sin embargo, la opinión contraria de SCHLESINGER (105), que basa su tesis en el artículo 535, p. 2 del Código italiano de 1942. Dice dicho artículo que el poseedor de buena fe que ha enajenado también de buena fe una cosa de la herencia está obligado a restituir al heredero el precio o la contraprestación recibida. Si ambas cosas fueron debidas, el heredero adquiere el derecho de conseguirías. Por lo tanto, dice, no cabe hablar de subrogación real, ya que:

a) No toda disposición que se dirige a asegurar al heredero verdadero un valor sustitutivo del bien enajenado podrá calificarse como aplicación del principio de subrogación real, sino solamente una disposición que estableciese la adquisición automática en el patrimonio del heredero de la contraprestación de la enajenación. El artículo 535, p. 2, no significa esa adquisición.

b) La acción dada al heredero verdadero en este caso es una acción personal. El derecho a reivindicar el valor de una cosa no puede ser más que un derecho de crédito.

c) La subrogación real, entendida como sujeción de la contraprestación a la misma disciplina particular a la que estaba sujeto al bien enajenado, es admisible solamente cuando se trata de un complejo de bienes, a los que suele atribuir la naturaleza de “universitas”, consideración que no puede establecerse más que por el legislador con una norma a propósito. ¿Dónde se encuentra —pregunta SCHLESINGER— la norma que establece el principio por el cual todo cuanto ha sido adquirido con medios de la herencia debe ser considerado como parte de la misma herencia?

En verdad, no nos explicamos cómo puede mantenerse la negación de la subrogación fundada en estos pilares. Que la misma tiene su campo de aplicación en el terreno de las universalidades también, es algo que toda la doctrina acepta. Pero ello no lleva a la consecuencia de que ha de ser el propio legislador quien declare expresamente la existencia de tal “universitas”. Tal cosa se deduce de las disposiciones legales contenidas en el Código, y si la “universitas” da vida a un nuevo objeto jurídico, entendido como centro unitario de atracción de una particular disciplina jurídica (106), basta recor-

(104) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 278; DE DIEGO: *Ob. cit.*, pág. 467; ROCA SASTRE: *Notas... cit.*, pág. 390; FONCILLAS: *El heredero aparente*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1931, pág. 164. Vid. argumentos en MARC LAURIOL: *La subrogation réelle*. Tomo 2, París, 1954, págs 262 y s.

(105) *Ob. cit.*, págs 108 y ss.

(106) Vid. PUGLIATI: *Riflessioni in tema di “universitas”*. “Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile”, 1955. págs. 955 y ss.

dar el derecho hereditario "in abstracto", el beneficio de inventario, ejemplo clásico de los llamados "patrimonios separados", la misma existencia legal de la p. h., para afirmar el carácter de "universitas" que tiene la herencia. Ello es independiente, claro está, de su conceptualización lógica u ontológica.

El derecho al valor de una cosa es, sin duda, un derecho de crédito, pero no entraña esto que la acción de la que se ha de valer el heredero sea personal. Se olvida lo que tantas veces hemos indicado: la facultad concedida al heredero para la restitución de la masa hereditaria, compuesta, bien por los bienes originarios, o por los que hayan entrado en virtud de la subrogación.

Por todo lo dicho, creemos erróneo el exigir esa disposición en la que se expresa la adquisición automática por el heredero de la contraprestación producida por la enajenación. Tal cosa se puede ver contenida en el artículo 197 del Código civil. Pero en la p. h. la ley no tiene necesidad de declarar principio semejante, dado que precisamente lo que se va a discutir en el juicio de petición es la titularidad de ese patrimonio hereditario. Triunfante el heredero verdadero, tiene derecho a la herencia tal y como se encuentra en el instante de la restitución —salvo, naturalmente, las consecuencias de la mala fe en orden a la restitución del precio de la cosa enajenada—. En una palabra, es entonces cuando, obtenida la sentencia favorable, se declara de modo implícito el ingreso automático en su patrimonio de la contraprestación obtenida por la enajenación de bienes del mismo, cuya titularidad le correspondía desde la muerte del "de cuius", en virtud del principio de la retroacción de los efectos de la aceptación —artículo 989 del Código civil—.

Ahora bien, ¿cabe la aplicación de las reglas que las fuentes romanas contienen para regular los efectos de la posesión de la herencia según sea de buena o de mala fe el poseedor de la herencia?

La doctrina acepta para el derecho moderno la misma postura que el C. S. JUVENCIANO (107). El heredero aparente de buena fe restituirá el precio obtenido por la enajenación de la cosa. El de mala fe podrá ser demandado por el valor de la cosa enajenada.

Hasta aquí hemos contemplado el supuesto en que el precio o contraprestación recibida como consecuencia de la enajenación se encuentra en poder del heredero aparente. Pero puede ocurrir también que en el momento en que se ejercita la p. h. haya sido consumido por aquél. ¿Deberá, no obstante, restituirse? Frente a la afirmación de cierto sector de la doctrina que acoge la solución del Derecho romano de la restitución del sobrante que reste (108), creemos que se impone la devolución del precio íntegro. Dos disposiciones concretas podemos citar en el Código civil que abonan tal tesis: los artículos 197 y 1.897.

(107) Vid. nota 104: MIDIRI: *Ob. cit.*, págs. 345 y ss. DE BERARDINIS: *Ob. cit.*, págs. 267 y ss.

(108) Vid. POLACCO: *Ob. cit.*, pág. 165.

Cuando estamos en presencia de una enajenación a título gratuito, se acepta el criterio de ULPiano (109). El poseedor de buena fe, hasta el momento en que contra él se ejercita la p. h., hace una serie de actos sobre las cosas hereditarias creyéndolas propias. Por ello se permite la donación, ya que “ni aun si hubiese hecho donación —dice el jurista romano— se entenderá que se hicieron más ricos”, enriquecimiento que, como es sabido, constituye el límite de la responsabilidad del heredero aparente de buena fe.

b) Frutos.

En el Derecho romano regía la regla “fructus augent hereditatem”. La responsabilidad del poseedor de buena fe no existía en cuanto a la restitución de los “fructus consumpti”, pero era obligado a restituir los existentes en el momento de la demanda. En nuestro Derecho, la jurisprudencia otorga los mismos derechos al heredero aparente de buena fe que al poseedor en tal concepto (110). Por tanto, a pesar de la producción de los frutos a costa de la herencia, por razones de equidad y por creerse adquiridos mediante título legítimo, cabe la excepción de la no restitución de los frutos de la herencia. El de mala fe responde de los percibidos y dejados de percibir —artículo 455—.

c) Pérdidas y deterioros de las cosas hereditarias.

Rigen las mismas normas que en materia de posesión.

d) La cosa juzgada y el heredero verdadero.

El heredero aparente antes de la demanda de restitución de la herencia puede haber sido parte en procesos entablados respecto de los bienes hereditarios. ¿Tiene alguna eficacia la sentencia dictada frente al verdadero? Desde luego, hay que partir del abandono de tesis superadas (111), que negaban dicha eficacia como consecuencia de la nulidad de los actos que el heredero aparente hubiere concluido sobre la herencia. La protección de la buena fe de los terceros suple esa falta de poder dispositivo, pudiéramos decir, y, por tanto, nos encontraríamos, si aceptásemos dicha doctrina, sin fundamento alguno para mantenerla.

A nuestro juicio, la excepción de cosa juzgada no podrá ser alegada frente al heredero verdadero, ya que ni se daría la identidad de personas y calidad con que se actuó en proceso anterior, que, como es sabido, exige el artículo 1.252 del Código civil para que la presunción de cosa juzgada produzca plenos efectos. Entre el heredero verdadero y el aparente no existe ninguna relación que pueda llevar a la identificación antedicha. La opinión de MATTIROLI (112), que, por el contrario, es consideraba representado en juicio por el apa-

(109) POLACCO: *Loc. cit. supra*. FONCILLAS: *Ob. cit.*, pág. 563. Vid. D. 5, 3, 25, ff. Si el donante ha recibido remuneraciones, ha de restituirlas. Es una especie de permuta a juicio de ULPiano.

(110) Vid. Sentencias de 6 de julio de 1899 y 12 de octubre de 1901.

(111) Vid. autores citados por FONCILLAS: *Ob. cit.*, pág. 97.

(112) *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Vol. V, Roma, 1905, páginas 90 y s.

rente, es inexacta, porque tal ficción no reposa en fundamento legal alguno (113).

COVIELLO (114) piensa, sin embargo, que así como el verdadero heredero debe respetar los negocios jurídicos celebrados por el aparente con terceros de buena fe y a título oneroso, así también debe respetar las sentencias que el que adquirió a título oneroso y de buena fe del heredero aparente obtuvo contra éste. Esta opinión es errónea, porque confunde dos cosas distintas: la eficacia de la buena fe que legitima la adquisición hecha por el tercer adquirente, y la presunción de cosa juzgada. El heredero verdadero se verá obligado a respetar las consecuencias de un proceso entablado por el adquirente contra el tercero por cuestiones derivadas del negocio jurídico que con él concertó habiendo intervenido la buena fe y el título oneroso, simplemente por la fuerza legitimadora de la buena fe. La cosa juzgada no se le podrá alegar, toda vez que no se cumplen los requisitos del artículo 1.252. Pero ello no es óbice para que el heredero verdadero pueda probar la falta de buena fe y perseguir la reivindicación de la cosa hereditaria.

SCADUTO (115) sustenta una tesis muy parecida. Normalmente, dice, coincide la legitimación procesal y la sustancial. Si el artículo 933 del Código italiano de 1865 legitima al heredero aparente en lugar del verdadero para los negocios de derecho privado, puesto que la norma que disciplina la legitimación para los actos de derecho sustancial vale para la legitimación procesal, el mismo principio del artículo 933 es de aplicación a los actos procesales. Pero con razón opone ALLORIO (116) que, aun admitiendo ese paralelismo entre legitimación procesal y sustancial de modo exacto, hay que tener en cuenta que la norma del artículo 93 es una excepción al principio cardinal, según el cual cada uno está autorizado para realizar los actos jurídicos que se refieren a sus propias relaciones jurídicas. Tendría que existir una norma idéntica en el terreno procesal para poder ir a una aplicación directa de la excepción en este terreno. La aplicación analógica, única posible, es prácticamente imposible, ya que la cosa juzgada nace de la relación procesal, al cual no se puede aplicar la calificación de onerosidad o gratuidad.

Para salvar esta objeción, SCADUTO califica como gratuita u onerosa la relación que se ha hecho valer en el litigio, con lo cual estamos dentro de la posibilidad de actuación de la buena fe del tercero que ha contraído dicha relación y, en consecuencia, de su legitimación adquisitiva. Pero aun así existen determinados supuestos en donde no encaja la onerosidad ni la gratuidad. Por ejemplo, la sentencia de que

(113) Vid. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Ob. cit.*, pág. 732; CICU: *Ob. cit.*, pág. 246.

(114) *Doctrina general de derecho civil*. Trad. esp., Méjico, 1949, pág. 643.

(115) *Eredere apparente, eredere vero e processo*. Foro italiano 1938, I, 1.416.

(116) *Processo e apparenza giuridica*. "Rivista di diritto processuale civile", 1940, II, págs. 68 y ss.

finaliza un proceso iniciado contra el "de cuus" y proseguido con el heredero aparente para el reconocimiento natural de un hijo de aquél.

Únicamente cabría, a nuestro juicio, la absoluta oponibilidad de la cosa juzgada al heredero verdadero si estimáramos a la apariencia como principio general aplicable en cualquier situación. El tercero que con el heredero aparente litiga, lo cree legitimado para actuar en juicio. El creería siempre que ha actuado contra el heredero verdadero, y podría alegar la identidad de personas y cualidad del artículo 1.252 en virtud de ese principio general de la legitimación de la apariencia. Pero la doctrina se inclina a rechazar una aplicación incondicionada del mismo (116 bis).

2. *Relaciones entre el heredero verdadero y los terceros.*

Ya hemos dicho anteriormente la tendencia general de la doctrina a la protección de los mismos en determinadas circunstancias. Pero la duda nace de aquellos casos en los que puede existir una persecución eficaz de los mismos. El heredero verdadero, ¿ha de demandar al heredero aparente por la restitución con exclusión del tercero?, ¿puede elegir entre estos sujetos, como quiere CICU?, ¿es posible acoger la tesis de POLACCO del ejercicio de las acciones que le competen contra cada uno?

Nos inclinamos hacia esta solución última. Puede convenirle al heredero seguir estos dos procedimientos, porque la enajenación se haya hecho por un precio inferior al valor de la cosa —no interesándole entonces pedir simplemente la restitución del precio al heredero aparente—, siendo consecuencia del pleito el conocimiento de datos que le permiten ir contra el tercero. Naturalmente, que en este caso restituirá a su vez el precio que ha obtenido mediante la p. h.

Lo normal será que se accione contra el adquirente de manera directa para la restitución de la cosa, y el precio lo reciba éste del heredero aparente citado de evicción. Lo único que se destaca con lo expuesto es que la enajenación a un tercero que no reúne los requisitos legales para su protección, no queda fundamentada, y, por tanto, hecha inatacable, como si le hubiesen dado aquéllos, en el supuesto de que el heredero verdadero accione contra el aparente para la restitución de la herencia.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN HEREDITARIA

Nuestro Código civil declara expresamente prescriptible la acción de p. h. El artículo 191, al referirse a la sucesión a que estuviese llamado el ausente, dice que su parte acrecerá a los demás coherederos,

116 bis) Vid. VERGA: *Osservazioni in tema di apparenza*. "Rivista de Diritto privato", 1940, I, págs. 193 y ss.; STOLFI: *L'apparenza del diritto*. Módena, 1934; JORDANO: *Ob. cit.*, págs. 711 y ss.; TALON MARTÍNEZ: *La apariencia jurídica*, «Revista Jurídica de Cataluña», julio-agosto 1952, pág. 367; LADARIA CALDENTY: *Legitimación y Apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.

si no existen personas con derecho propio para reclamarla. Tanto los unos como los otros deberán hacer inventario con intervención del Ministerio Fiscal, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento. A continuación agrega el artículo 192: "Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción." Igual pensamiento revela el artículo 1.016 al autorizar la aceptación de la herencia a beneficio de inventario ó con derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción de petición.

Evidentemente, el artículo 1.016 está mal redactado. Prescindiendo de la cuestión de si es posible extenderlo a la aceptación en general (117), lo que se observa es la impropiedad de hacer depender la existencia del derecho de aceptar de la p. h., cuando precisamente esta acción tiene por base la aceptación de la herencia por el heredero. Cabría suponer exacta la doctrina en él contenida únicamente en el supuesto de que el legislador hubiese tenido presente como base del mismo una de las formas de aceptación tácita de la herencia. Según el artículo 999, esta forma de aceptación es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sin la cualidad de heredero. La p. h. requiere en su titular la cualidad de heredero. Su ejercicio daría lugar a una aceptación de la herencia. Partiendo de este hecho, la interpretación del artículo 1.016 sería como sigue: Dado que la p. h. tiene un término de prescripción, la aceptación tácita de la herencia por su ejercicio sólo podría hacerse durante dicho plazo. Sin embargo, no hay nada que nos permita fundamentar como interpretación general del mismo tal cosa.

Pero sea ello lo que fuere, lo cierto es que siempre queda en pie el mismo problema: ¿Qué quiere decir el legislador cuando habla de prescripción de la acción para reclamar la herencia? ¿Se admite un plazo de prescripción extintiva con independencia de la prescripción de la herencia como "universitas" o de los elementos singulares que la componen, o bien se refiere a la usucapión de dichos bienes, lo cual no impide al heredero verdadero reclamarlo? ¿Qué plazo ha de aplicarse a la prescripción legal?

La cuestión de la prescripción en la p. h. aparece dificultosa en el Derecho romano, base en que moldea la acción moderna. En la compilación justiniana encontramos dos textos antagónicos. Una Constitución de TEODOSIO del 424 (C. 7, 39, 3) dice que como las acciones reales especiales, así tampoco se extienden a mayor espacio de treinta años las acciones sobre una universalidad y las personales. Pero otra de DIOCLECIANO (C. 7, 34, 4) afirma que a los que piden una herencia no les puede perjudicar la "praescriptio longi temporis", siendo, no obstante, oponible la misma por el poseedor de una cosa hereditaria a tí-

(117) Vid. ALBADALEJO: *La sucesión a iure transmissionis*, «Anuario de Derecho Civil», tomo V, pág. 931, nota 43.

título singular, ya que, como es sabido, no podía ser demandado sino por la reivindicatoria. En opinión de BIONDI (118), dado que la prescripción constituye un principio general y la Constitución de TEODOSIO menciona explícitamente a la p. h. al referirse a las acciones que tienen por objeto una universalidad, es de pensar que la inclusión de la de DIOCLECIANO sea un “despiste” de los compiladores. Por tanto, prescribía la acción petitoria por el transcurso de treinta años, pero no la cualidad de heredero, de carácter exclusivamente personal. No obstante, podían ejercitarse aquellos derechos hereditarios que todavía no habían prescrito.

¿Es susceptible de aplicación esta solución para nuestro Derecho? DE DIEGO (119) acepta el término de treinta años, aunque sin aclarar si es necesario para ello la posesión por parte del heredero aparente durante ese tiempo de los bienes hereditarios, o bien se trata de una pura prescripción extintiva. Tal vez pensase en la primera postura, ya que cita la sentencia de 28 de octubre de 1928. ALBADALEJO (120) cree, de acuerdo con la sentencia de 20 de junio de 1928, que la p. h. es personal, prescribiendo a los quince años.

A nuestro juicio, no podemos apoyarnos firmemente en determinadas declaraciones jurisprudenciales en materia de prescripción de p. h. La sentencia de 20 de junio de 1928 sentó la doctrina de la acción personal respecto a la acción para declarar la nulidad de un testamento, encargándose de diferenciar dicha acción de la p. h. y partición de bienes, que tiene como lógico soporte la cualidad de heredero en el demandante. La de 28 de octubre de 1928, que sienta la doctrina según la cual la p. h. prescribe por la posesión constante durante treinta años de los bienes heredados, cae en el error de ignorar la existencia dentro de la herencia de distintas clases de bienes —muebles e inmuebles— en relación a los cuales existen diversos plazos de usucapión. En este defecto inciden las sentencias de 15 de abril de 1932 y 12 de abril de 1951, cuando declaran que siendo la herencia un “universum ius”, aunque constituída por bienes de distinta condición, ésta es extraña a los efectos de la prescripción, para la que sólo hay que tener en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada (121). El Tribunal Supremo se basa en la teoría ontológica de la “universitas”, que, como hemos visto, se encuentra abandonada en la actualidad. Pero, no obstante, no manifiesta el Alto Tribunal si esa dependencia de la prescripción de la naturaleza de la p. h. supone la imposibilidad de que durante el plazo en que puede ejercitarse son susceptibles de usucapión los bienes hereditarios o no (122).

(118) *Diritto ereditario ... cit.*, pág. 390.

(119) *Ob. cit.*, págs. 468-470.

(120) *Ob. y loc. cit.*, supra.

(121) LAURENT (*Ob. cit.*, págs. 590 y ss.) mantiene este crismo criterio. Vid. refutación en BAUDRY-LACANTINERIE: *Ob. cit.*, pág. 402; PLANIOL-RIPERT-MAURY VIALLETON: *Ob. cit.*, pág. 402.

(122) A nuestro juicio nada obsta para que antes de los treinta años pueda

La buena doctrina está representada por las sentencias de 18 de marzo de 1932 y 12 de noviembre de 1953, las cuales declaran de manera simple que la p. h. tiene un plazo extintivo de treinta años.

Este criterio romano de nuestra jurisprudencia ha sido abandonado en la legislación y doctrina italiana. El artículo 533 del nuevo Código ha establecido la imprescriptibilidad de la p. h. dejando a salvo el derecho de oponer al heredero la prescripción adquisitiva de los derechos sobre los bienes hereditarios ganada por el que la alega (123). Bajo la vigencia de la legislación anterior, POLACCO (124), con referencia a la norma del artículo 44, semejante a nuestro 192, decía que la prescripción de la p. h. se refería al derecho de aceptar la herencia, que duraba treinta años. RUGGIERO (125) mantenía la imprescriptibilidad, al encontrarse conectada la acción con la cualidad de heredero. Ambos criterios son inadmisibles. El primero, porque es más que dudoso que el legislador confunda la p. h. con el derecho de aceptar, y el segundo, porque el objeto fundamental de la acción es la restitución de los bienes hereditarios, no la simple declaración de la cualidad de heredero.

ser adquirido un bien de la herencia por usucapión, dados los términos en que se expresan los arts. 1.962 y 1.963 del Código civil.

(123) SCHLESINGER (*Ob. cit.*, pág. 186) dice: "es lícito dudar de la oportunidad de establecer la imprescriptibilidad de la acción de petición".

(124) *Ob. cit.*, págs. 175 y s.; GUERRERA: *Imprescrittibilita dell'azione petizione d'eredita*. Giurisp. ital., 1929, IV, 101 y ss.

(125) *Istituzioni di diritto civile*. Vol. II, Nápoles, 1923, pág. 711 y nota 2. En igual sentido, H. GATTI: *Petición de herencia*, Montevideo, 1955.

Transmisión de minas. Necesidad de autorización administrativa

CIRILO MARTIN - RETORTILLO

I

CRECIENTE INTERVENCIONISMO

La nueva Ley de Minas de 19 de julio de 1944, que tan importantes reformas ha consagrado, viene suscitando criterios dispares, sobre todo al tratar de fijar el alcance y significado de los preceptos de la misma, que imponen como necesaria «la autorización administrativa» para la válida transmisión de los «permisos de investigación» (art. 15), así como para «las ventas, cesiones, arriendos, subarriendos, gravámenes o cualquier otra forma de transmisión por actos *inter vivos*», de las concesiones de explotación minera o sencillamente a los contratos de arrendamiento (artículo 35).

Ciertamente que esta innovación choca con la arraigada tradición del principio de autonomía de la voluntad, y ello explica en cierto modo la posición doctrinal de los que influidos por esa tradición han limitado en exceso el alcance de la reforma. Es verdad que, como decía un ilustre tratadista, al hombre de derecho ilusionado románticamente por las instituciones clásicas del Derecho civil, le repugna y, en cierto modo, le mortifica el que por una medida de policía o de salud pública, la Administración cercene o limite de alguna forma la libertad humana, que tan amplio campo de acción tenía en las normas de Derecho privado, e inevitablemente propende a relegar a último término el alcance de esas medidas de tipo administrativo, y de eficacia meramente informativa a fines estadísticos, a fines fiscales, etc.

En el caso que nos ocupa entendemos que no es admisible semejante degradación. La Ley de Minas ha impuesto con carácter imperativo la *autorización administrativa* como requisito necesario para la válida celebración de los negocios jurídicos que supongan transmisión o gravamen de la propiedad minera.

Para valorar en sus justos límites la reforma entendemos necesario contemplar, siquiera sea de modo sumario, la honda transformación operada en estas últimas décadas, tanto en el mundo

jurídico como en el político. Sólo así podrá apreciarse el alcance de esta reforma, que no hace sino recoger el criterio imperante en el campo del Derecho.

Los civilistas han reconocido ya la honda transformación que viene operándose en el campo del derecho, tanto por los cambios políticos como por los acontecimientos de orden económico y social que se han producido, sobre todo a partir de la primera guerra europea (1)

SPOTA dice que existe una evidente transformación de las instituciones del derecho privado que guarda congruencia con las necesidades sociales de hoy día, con el creciente desarrollo del derecho-función, o sea, con la noción de la función social en el ejercicio de los derechos, con la solidaridad social que se observa de más a más, y todo ello determinado por los factores económicos, morales y sociales, que va asumiendo una fisonomía que soporta el parangón con las transformaciones del mismo derecho público (2). Transformaciones de las que tan brillantemente se ocupara hace treinta años el profesor de Burdeos LEÓN DUGUIT (3).

Lo indudable es que cada día se acusa con más intensidad la publicización del derecho privado y no solamente en lo que al derecho de propiedad se refiere, sino a los demás sectores del Derecho civil.

El Profesor PÉREZ SERRANO, con la maestría en él característica, precisamente se refería a las transformaciones operadas en materia de contratación en los términos siguientes:

«Haciendo rapidísima excursión por este campo contractual,

(1) Según DUALDE, más importancia tiene la invasión conocida con el nombre de intervencionismo económico con que pretenden ponernos en orden y hacernos felices estos modernos Estados-Providencia.

El régimen de las tasas y la política de precios han arrebatado la libertad de contratación en todos los productos intervenidos en los dos extremos fundamentales de la compra: en el objeto que se vende y en el precio que se paga.

Merced a una distribución estatal no se puede contar más que una determinada cantidad de productos sujetos a intervención, y no por un precio debatido entre comprador y vendedor, sino según una tarifa de máximos fijada por el Estado.

A medida que mengua el contrato voluntario, sostiene el que fué ilustre Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, decrece la dignidad humana. *Los imperativos contractuales*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo II, fas. VI.

Según CASTRILLO SANTOS, el principio de la autonomía de la voluntad sirve a un sistema de propiedad privada, libre tráfico o de economía impulsada por tanteos individuales al que debemos las gigantescas construcciones y también los excesos del capitalismo, por su espíritu de empresa y el impulso del interés nacional. *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo II, fas. II.

(2) *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. I, pág. 60. Buenos Aires, 1950.

(3) *Las transformaciones del Derecho civil*. Traducción Posada. Madrid.

advertimos en seguida no pocas novedades que restringen el espacio, antes casi ilimitado, en que los contratantes podían moverse. De una parte, y en virtud de tendencias modernas de la economía, han quedado fuera del comercio jurídico bastantes materias; de otro lado, aun en las que no resultan *extra commercium*, tasas y topes han venido a cercenar considerablemente la libertad de pacto. Y como sería injusto, sobre todo en las etapas de transición posteriores a un cataclismo, permanecer impasible ante las probables injusticias del *status quo ante*, se han abierto paso figuras como las del contrato «corregido» o la del contrato «dictado», cuyos términos modela el Poder público, imponiendo los únicos términos posibles para la estipulación. Añádase el tipo de los «contratos obligados» tintados de cierto carácter público o institucional y el cuadro estará completo» (4).

En el principio de autonomía de la voluntad ha perdido vigencia al conjuro de esos fenómenos políticos, económicos y sociológicos a que antes nos hemos referido. Ya el Maestro De Diego había dicho. esta autonomía ha de encontrar sus límites en la función de orden jurídico general del Derecho objetivo de dar la justa preferencia a los intereses de la comunidad frente al interés particular de salvar las fundamentales bases morales y económicas de la vida común. Y cuando posteriormente una concepción exagerada de lo que se llamó totalitarismo, el principio de libertad que en forma tan castiza había consagrado nuestro Ordenamiento de Alcalá, quebró totalmente, el Profesor LARENZ afirmaba, “respecto al contrato en Derecho privado —en la Alemania nacional-socialis-

(4) Conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1950, sobre «El Derecho civil y los ricos».

DURAND, en *La contrainte legale dans la formation du rapport contractuel*, en «Rev. Trim. de Droit Civil, 1944», expone que el principio de libertad contractual que dominaba al inicio del siglo XIX en el Derecho del contrato ha sufrido numerosos atentados en el Derecho moderno; ya el contrato es dirigido o dictado y está sometido a un Estatuto legal.

El Profesor ALVAREZ GENDIN, en un interesante trabajo, *Proyección del Derecho público sobre el Derecho privado*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 50, decía: «Hoy la libertad contractual en la relación privada como dogma jurídico hasta el punto de ser conocida su defensa por los juristas y pandectistas alemanes bajo la rúbrica de dogma de la voluntad o de la libertad de la voluntad sin otras limitaciones que las leyes, la moral o las buenas costumbres en el orden público, como dicen en su Código civil (arts. 1.271 y 1.275), quiebra ante la defensa del débil económicamente hablando—interés social—o por requerirlo el bien general—interés público—en diversos sectores de las relaciones jurídicas» (Contrato de Trabajo, Arrendamientos, Transportes, Contratos de Abastecimiento y Suministro de artículos de primera necesidad), y tras un detenido análisis del problema concluye: «El interés público, unas veces; otras el interés social, han inducido a limitar la autonomía de las partes restringiendo la contratación mediante normas inspiradas en el Derecho público, o sobre las cuales se proyectan las luces del Derecho público, aunque por fuerza de la Historia y de las normas básicas de las relaciones jurídico-privadas, las cuales siguen en gran parte subsistentes, la competencia de jurisdicción es atribuida a los Tribunales ordinarios.

ta—, ya no cabe considerarlo aisladamente, sino como proceso de realización del Derecho, como configuración del orden del pueblo en sus bases económicas a través de la cooperación autorresponsable del individuo (5).

Tales ideas cristalizaron en las Ordenaciones jurídicas de la época, precisamente como meta salvadora frente a las desviaciones que el exagerado individualismo había podido producir (6).

(5) *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, traducción de GALÁN y TRUYÓ, Madrid.

(6) Así en el *Fuero del Trabajo* se dice: «La producción nacional constituye una unidad económica al servicio de la Patria. Es deber de todo español defenderla, mejorarla o incrementarla. Todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la Nación.»

El pensamiento del Gobierno Nacional lo expuso el Ministro de Industria y Comercio, señor SUANCES, en el Pleno de las Cortes de 1950, en los siguientes términos: «El Estado reconoce el inmenso e insustituible valor de la iniciativa privada, fuente inigualada del progreso. Es decididamente contrario de toda teoría o criterio de estatificar industrias, comercio; en general, cualquier actividad de tipo económico. Pero cree también que no puede renunciar a ningún medio lícito para lograr el más rápido desenvolvimiento económico del país, base insustituible de la mejora de las condiciones de vida de grandes sectores españoles. En ese cambio ha de vencer inercias y resistencias y ha de alentar, empujar o, en su caso, sustituir aquella iniciativa cuando se muestre ausente o premiosa o cuando descubra métodos contrarios a las elevadas finalidades que se persiguen. El Gobierno es intervencionista exclusivamente en el grado preciso para garantizar la satisfacción de una necesidad o un superior interés nacional, y es antiintervencionista en cuanto conoce perfectamente los defectos e inconvenientes del sistema, y repugna los intervencionismos no indispensables en cuanto traban y frenan la libre actividad. Las intervenciones siempre parciales y limitadas no durarán ni un día más de lo preciso, pero tampoco ni un día menos.»

El problema ha sido discutidísimo y ha provocado una copiosa y apasionada bibliografía que no de este lugar recoger, pero no queremos silenciar el pensamiento autoridádísimo del Sumo Pontífice Pío XII, que a partir desde el momento de su pontificado ha insistido sobre el tema y que admirablemente se manifestó en la Encíclica *Summi Pontificatus*, de octubre de 1939, en la que dice: «Es, por tanto, noble prerrogativa y misión del Estado inspeccionar, ayudar y ordenar las actividades privadas e individuales de la vida nacional para hacerlas converger armónicamente al bien común; el cual no puede determinarse por concepciones arbitrarias ni recibir su norma, en primer término, de la prosperidad material de la sociedad, sino más bien el desenvolvimiento armónico y de la perfección natural del hombre para la que el Creador ha destinado la sociedad como medio.

Considerar el Estado como fin al que debe subordinarse y dirigirse todo, sólo podría tener consecuencias nocivas para la prosperidad verdadera y estable de las naciones. Y esto, ya este dominio ilimitado, se atribuye al Estado como mandatario de la nación, del pueblo o sólo de una clase social; ya lo reclama el Estado como absoluto señor independiente de todo mandato.»

Recientemente, el Padre J. GOENAGA, en un interesante trabajo que titula *Una amenaza perenne: el estatismo*, en la revista «Hechos y Dichos» de julio de 1957, recoge el pensamiento del Papa reinante en los términos siguientes:

«Todo el Pontificado de Pío XII ha sido una incondicional defensa del hombre frente a sus enemigos y de modo especial frente al Estado esclavista. Pero en los últimos meses ha multiplicado sus advertencias contra la creciente invasión estatal. Mencionaremos solamente algunas de sus frases

El peligro estriba en un avance inconsiderado en la línea intervencionista, si llega a empequeñecer en demasía la iniciativa privada, y que con tantas y complejas «intervenciones», se merme tanto la personalidad humana, que falta de estímulo, no ya de tipo económico, sino de los muy relevantes de orden moral, se vea aniquilada y condenada a un ostracismo infecundo. Interesa mucho evitar que se produzca la degradación humana, pues nada ni nadie podrá suplir el poder creador del alma humana.

El intervencionismo o dirigismo por parte de la Administración, no solamente resta libertad de movimientos a los particulares, sino que en muchos casos paraliza y detiene esa iniciativa e impulso de los particulares. El control oficial llega a una suspensión de movimiento por parte de los administrados obligándoles a tener que solicitar de la propia Administración su reanudación. Si la pretensión deducida a tal fin es atendible, entonces la Administración, *autoriza* que los solicitantes elaboren el acto o negocio jurídico proyectado, y así se logra aquella «remoción de límites» que según Ranelletti es característica del acto administrativo de autorización.

Mas no todo intervencionismo es nocivo, no nos obcequemos en ello, sobre todo cuando concurren circunstancias de escasez, de inseguridad en el tráfico, que puedan motivar situaciones gravemente perturbadoras para la vida de la Administración. La intervención sabiamente llevada, con diligencia y celo, puede evitar los estragos que deriven de una actuación arbitraria y caprichosa de los ciudadanos.

El intervencionismo es más intenso en todas las legislaciones, cuando afecta a bienes o cosas de dominio público, es decir, a los actos de aprovechamiento o explotación realizado a virtud de concesiones públicas. Esto explica también la innovación que consagra la nueva Ley de Minas. No se olvide que según el preámbulo

pronunciadas en dos discursos del mes de marzo: uno a los dirigentes de Empresa italianos; otros a un grupo de jóvenes berlineses inocentes de la omnipotencia de un Estado pagano.»

El Papa más que recordarlos a estos jóvenes un pasado que aún tiene abiertas las llagas, les indicó la causa primera de tantos errores y calamidades: la ignorancia del principio basilár de que toda autoridad viene de Dios y está vinculada a Dios. El Estado no es un valor absoluto: no existe una omnipotencia del Estado, sino solamente una potencia del Estado». Y tras atinados comentarios concluye el articulista citado: Finalmente, el Papa aconseja que no se favorezca el intervencionismo del Estado, pidiéndolo como sucede con demasiada frecuencia, sobre todo «en materias económicas y sociales». Efectivamente, la invasión estatal no obedece únicamente a su inclinación natural, al desbordamiento. Es también consecuencia de nuestras constates llamadas. Con su mentalidad de mendigo, el hombre moderno está siempre dispuesto a llamar a la puerta del Estado. Allí van todos en busca de milagros: los capitalistas, amos e industriales lo mismo que los obreros y los agricultores o los comerciantes, los profesores no menos que los médicos. Aún los que teóricamente se declaran enemigos de toda diferencia estatal, protestan con frecuencia porque el Estado no hace esto y lo otro.

de ésta, todas «las sustancias minerales, orgánicas o inorgánicas son bienes de la Nación», que el Estado puede explotar directamente. Y como en definitiva late la idea de que es el Estado quien otorga su disfrute a virtud de la concesión, ha considerado lógico imponer como requisito esencial para los cambios de propiedad o de disfrute, la expresa autorización del Organó administrativo que otorga la concesión directamente interesado en que la explotación de la mina sea todo lo fecunda y continuada que las exigencias de la economía en una coyuntura determinada exijan. En definitiva, una trayectoria análoga a la que rige para otras concesiones de obras o servicios públicos, que tienen ya tradición y arraigo en el régimen jurídico español.

II

ACUSADA TRADICIÓN LIBERAL

Es de todos conocido que nuestra legislación civil del pasado siglo muestra una acusada tradición liberal, como consecuencia de las ideas reinantes en el mundo y de la directa influencia que la Revolución Francesa imprimió en los movimientos políticos de dicha época.

Este espíritu liberal y de exagerado individualismo se proyectó de un modo especial en dos vertientes distintas: en lo político y en lo económico. En lo político, con una concepción de un Estado auténticamente *gendarme*, totalmente inhibido de lo que no fuese de mera defensa del orden, sin vibración alguna en cuanto a las actividades sociales de los ciudadanos a los que dejaba actuar con plena libertad de movimiento, fiel a los dogmas de los *derechos del hombre* que tuvieron solemne consagración en la Revolución Francesa y que fueron bandera de la agitación política habida en España durante el turbulento siglo XIX.

En lo económico, como consecuencia de esa inhibición política, imperó el principio de *dejar hacer, de dejar pasar*, con una libertad omnimoda para contratar, ya que imperó como dogma el principio de la autonomía de la voluntad y se mantuvo sin limitación alguna la idea del derecho de propiedad más absoluto y pleno de los titulares del mismo. Cada uno hacía de sus cosas lo que quería, lo que entendía convenirle sin que el Estado se inmiscuyese para nada en el juego de la voluntad y en la explotación de las cosas a ellos pertenecientes.

Todavía, si cabe, tratándose de la propiedad minera, el principio absolutista de la autonomía de la voluntad se manifestó más acusado, recogiendo las ideas ultraliberales e individualistas de los hombres que inspiraron la legislación minera del pasado siglo. Para convencernos de ello, basta considerar los términos de la exposición de motivos de las bases generales para la nueva legisla-

ción de minas aprobadas por Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1958, en la que —entre otras cosas— se decía :

«En cuanto al temor de que una vez concedida la mina el dueño de ella la pudiera dejar inexplorada, es de todo punto infundado porque, en primer lugar, la cuota que anualmente paga es un estímulo al trabajo ; estímulo aún mayor es su propio interés ; y es sobre todo principio absurdo, antisocial y disolvente el de arrancar a un propietario lo suyo porque no lo explote o porque lo explota mal, o porque la manera de explotarlo no satisface a la Administración ; con estos principios y con la actual Ley de Minas, aplicada a las demás industrias, la propiedad desaparecería bien pronto y España se trocaría en un inmenso taller nacional o en un inmenso caos comunista.

»Vieja y desacreditada es la idea de que la acción del Estado sobrepuje en la industria al interés particular ; y si en algún ramo se pone de manifiesto lo absurdo de semejante doctrina, es precisamente en la industria minera...

»Concédase libertad al minero, déjesele distribuir su capital y su tiempo como mejor le convenga, protéjale el Estado como protege a los demás trabajadores, y si la industria minera no alcanza de este modo la perfección absoluta, porque la perfección no es de humanas sociedades, al menos llegará a una relativa, que debe ser el límite racional a que se aspira.»

Tan elocuentes y expresivos son los párrafos transcritos que ahorra toda consideración y comentario para demostrar el acusado liberalismo y sentido individualista que inspiró la legislación minera del pasado siglo, que inevitablemente hubo de provocar bien pronto graves trastornos y nocivas consecuencias para la explotación y utilización de la riqueza minera nacional. Ya en el Decreto de 16 de junio de 1905, al aprobar el Reglamento General para el régimen de minería, se denunciaba la urgente necesidad de poner término «a los continuados conflictos que surgen y a las dificultades casi insuperables que en la práctica se ofrecen» en la explotación minera, y que según el legislador de 1905 obedecen a dos distintos criterios, nacidos unos del régimen restrictivo de la legislación de 1895, y consecuencia los otros «del principio liberal implantado por el Decreto-Ley de 1868, dándose lugar con ello a las mayores anomalías e incongruencias».

No es extraño, por tanto, que se mantuviera vivo el espíritu individualista tan acusado en el ordenamiento jurídico de la minería, tras la larga vigencia del mismo. De ahí toda la doctrina, tanto de los órganos administrativos como de los Tribunales de justicia, claborada en las distintas contiendas habidas entre mineros entre sí y entre mineros con la Administración pública, que consagra casi sin excepción las ideas de libertad absoluta en cuanto al régimen de explotación de las minas y en cuanto a los negocios jurídicos de enajenación o arrendamiento de las mismas.

Cualquier obra que a principios de siglo se ocupó de los problemas jurídicos de minería, acusa claramente el principio individualista, y casi unánimemente rechazan toda limitación, toda restricción, sobre todo cuando éstas vienen impuestas por la Administración pública. Es más: se llega a considerar como atentatorio al derecho de propiedad cuando se intenta ordenar de alguna manera los movimientos económicos de las minas e incluso hubo que vencer fuerte resistencia cuando por imperativo de los avances sociales y de las exigencias de medidas de seguridad social se dictan normas de amparo para los trabajadores mineros, o, sencillamente, a los puros fines de estadística se impone a los explotadores mineros que faciliten datos de producción o del rendimiento obtenido en sus minas.

Dominaba la idea de una plena autonomía de voluntad y de un derecho de propiedad verdaderamente absoluto, y de ahí que se rechazase toda intervención de la Administración pública en cuanto al tráfico de la producción minera y en cuanto a la transmisión *inter-vivos* de las concesiones y explotaciones mineras.

III

PRECEDENTES INMEDIATOS DE LA NUEVA LEY

En abierta contradicción con las características de la vieja legislación minera española, introduce la Ley de 1944 importantes innovaciones, tanto en el régimen de explotación, como en lo que atañe al tráfico comercial de la propiedad minera; pero bueno es considerar lo que pudiéramos llamar antecedentes inmediatos de esta Ley de 19 de julio de 1944, ya que ello puede ayudar a una acertada interpretación de sus preceptos.

A tal efecto, debemos citar la Ley de 7 de junio de 1938, en cuyo artículo 6.º se preceptúa, que «sin la autorización expresa del Ministerio de Industria y Comercio, queda prohibida la venta, gravamen, cesión, arrendamiento y permuta de pertenencias mineras».

La exposición de motivos de esta Ley, surgida en plena guerra civil, es harto expresiva y justifica cuidadosamente la nueva Ordenación, como garantía de los derechos inalienables de la Nación, y razona esta modalidad intervencionista como acto de defensa del Estado, frente a posibilidades que pudieran perjudicar de alguna manera tanto a la economía como a la soberanía del Estado.

Con carácter en cierto modo de Reglamento, de la Ley indicada, se publica la Orden de 28 de julio de 1938, en la que de una manera clara y muy destacada se regula el procedimiento para obtener la «autorización administrativa», que se considera impres-

cindible para la validez de los actos de transmisión o gravamen de la propiedad minera.

Dicha «autorización» se establece con el carácter de requisito previo al contrato en cuestión. Así, el artículo 1.º dispone que los *proyectos* de contrato que se pretendan celebrar en lo sucesivo, referentes a ventas, gravamen, cesión arrendamiento o permuta de pertenencias, deberán ser presentados por cualquiera de las partes contratantes, ante la Jefatura del Distrito Minero donde radique la concesión, o concesiones afectadas por la transacción, a los efectos del artículo 6.º de la citada Ley de 7 de junio de 1938. Según el artículo 3.º, las Jefaturas de Minas informarán sobre si deben autorizarse tales contratos y aportarán cuantas observaciones juzguen oportunas al mejor cumplimiento.

En su artículo 4.º ordena que la Jefatura de Minas, una vez formulado el informe, lo remitirá con toda la documentación presentada al Ministerio de Industria, dentro del término de treinta días a partir de la fecha en que los contratos hubiesen sido presentados en la misma. El Ministerio, si no considera suficiente la información remitida para juzgar el contrato que se pretenda celebrar, solicitará por conducto de la correspondiente Jefatura los esclarecimientos o ampliaciones que estime necesario.

Es decir, que la Administración pública, representada por la Dirección general de Minas, tiene plena autoridad para tras el examen de los antecedentes remitidos por los interesados, aceptarlos o pedir las ampliaciones necesarias hasta que estime justificadas las circunstancias tanto de orden jurídico como económico que deban concurrir para que se autorice el contrato proyectado, de modo especial en cuanto a la capacidad minera del adquirente, que ha de actuar totalmente desligado de empresas extranjeras o de aquellos grupos económicos que el Estado Nacional estimase contrario a sus directrices políticas y patrióticas.

Por eso el artículo 6.º preceptúa que una vez completa la información, el Ministerio concederá o denegará la autorización solicitada para la celebración del acto o contrato proyectado, comunicando la resolución recaída a los interesados por conducto de la Jefatura de Minas.

Además de las dos disposiciones citadas, se dictaron otras complementarias que en cierto modo acusaban la misma inspiración. De modo especial debe citarse la Ley 23 de septiembre de 1939, en la que principalmente se dió nueva Ordenación a la clasificación de sustancias minerales con variantes de segundo orden, pero que en cierto modo significaban una corroboración al sentido intervencionista de la Ley de julio de 1938. Debe citarse igualmente lo que pudiéramos decir una jurisprudencia copiosa integrada por buen número de resoluciones de la Dirección general de Minas, que mantuvo inflexible el principio de ser necesaria «la autorización administrativa» tanto para las ventas como para los arrien-

dos de minas. Precisamente de dicha autorización administrativa se hacía depender la posible utilización y explotación de las minas por los adquirentes bien de la propiedad o del uso de las mismas. Coincidió ello con la etapa de máximo intervencionismo en lo que se llamaba la obtención de «cupos», tanto de lubricantes como del material de transportes; sin la *autorización administrativa*, el adquirente tenía una mera expectativa, ya que ni se le ad-«de facturación»; en definitiva, no tenía sin esa *autorización administrativa* lo que se llamaba con acertada expresión, «personalidad minera».

La Guerra de liberación no fué sólo un episodio que había de ventilarse sólo en los campos de batalla, sino que impuso un encauzamiento de las actividades económicas del país para alcanzar las metas sociales perseguidas imponiendo así una mutación fundamental en el ordenamiento jurídico del país. Quiso el Estado español evitar que las minas, «que son bienes de la Nación» según frase de la Exposición de Motivos de la ley, fuesen a manos de los elementos hostiles o al menos adversos al mismo, bien por su posición antisocial o política (separatismos disociadores, marxismo, vinculación a potencias extranjeras) o sencillamente por una actitud económica contraria al interés de la nación, verbigracia: acaparadores de concesiones, agiotistas y especuladores al servicio de potencias extranjeras, que la nueva legalidad no los consideró «aptos», más concretamente, merecedores de que la Nación les otorgare el dominio o el uso de parte de su patrimonio.

Tuvo así la reforma un claro sentido defensivo de la soberanía económica del Estado. La batalla de la producción se mantiene viva aun cuando felizmente no se oiga ya el estampido del cañón. Pero el Estado vese obligado a mantener un régimen jurídico excepcional que asegure el obligado servicio impuesto al subsuelo español y evite interferencias de intereses extranjeros, e incluso de potencias con intereses encontrados con España si a pretexto de una libertad de contratación los concesionarios de explotaciones mineras pudieran operar a su libre arbitrio.

Las consecuencias jurídicas de la nueva concepción social y política que inspiró el Movimiento Nacional se dejó sentir bien pronto, quedando abolido totalmente el sistema de la vieja legislación de 1868 que refrendara Ruiz Zorrilla, para llegar a consagrar el principio de que las minas siendo integrantes del patrimonio de la Nación, las otorga el Estado y todo movimiendo especulador alrededor de ellas tiene que ser previamente autorizado por la Administración pública, surgiendo así el típico «contrato dirigido» a tono con el pensamiento jurídico dominante hoy en todos los Estados. Es la situación que serenamente describe SPOTA cuando siguiendo a JOSSERAND nos dice: El contrato escapa visiblemente y cada vez más a la acción común y deliberada de las partes; cesa de ser un acuerdo (*entente*) que se verifica bajo la égira de la li-

bertad, realizada por el juego de las voluntades iguales y autónomas, para llegar a ser una operación dirigida, sea por los poderes públicos, sea por uno solo de los contratantes que impone su fórmula; por una parte, intrusión sin cesar más decisiva de los poderes públicos en la vida de los contratos y, por otra, frecuente preparación unilateral de estas operaciones: he ahí dos fenómenos jurídicos, económicos y sociales que privan al contrato, al menos en amplia medida, de su carácter tradicional de *mutuus consensu*, de acuerdo libremente concluidos que lo torna, si así se lo puede expresar, *menos contractual* y que en el fondo en grados variables según los casos es un *contrato dirigido* (7).

El contrato, añade, ha cesado de ser libre para llegar a ser dirigido, «el derecho nuevo realiza una socialización, al mismo tiempo que una publicización del contrato». Este momento, es un esfuerzo tentado con el objeto de adoptar el derecho contractual a una situación económica y social nueva; responde a razones de oportunidad, a necesidades prácticas, más que a una concepción a priori.

Esas razones de oportunidad, esas necesidades prácticas que apuntaba Jossierand son las que inspiraron al legislador español para recoger en la ordenación de derecho minero esa honda transformación que supone abolir el régimen de libertad contractual por el auténtico dirigismo. Con razón afirmaba FEDERICO DE CASTRO que el derecho positivo presupone una actividad política (8). En definitiva el derecho español ofrece precedentes bien significativos en esta evolución, más exactamente en esta transformación en cuanto al régimen contractual. Basta fijarse para ello en lo acaecido en los contratos de arrendamientos urbanos y en la aplicación del llamado derecho de emergencia en cuanto a la fijación de precio de las cosas tasadas. El Tribunal Supremo ha sancionado ya en la sentencia de 27 de enero de 1955, reiterativa de la de 13 de junio de 1950, la distinción que la doctrina científica había elaborado años antes en relación al llamado «derecho necesario» y declara que «la legislación especial de arrendamientos urbanos tiene el carácter de derecho necesario y por eso en ella se proclamó el principio de que sus disposiciones no podrían ser derogadas por la voluntad de los particulares, careciendo de eficacia aquellos pactos que las partes convinieran en los contratos en oposición a las disposiciones legales, y en su consecuencia los beneficios otorgados por tal legislación a los arrendatarios no podrían ser renunciados por éstos...» Lo propio puede señalarse en la ya abundante jurisprudencia en materia de contrato de trabajo, etcétera, etc.

La doctrina, con rara unanimidad, acepta hoy la diferenciación entre normas de *derecho necesario* y normas de *derecho volun-*

(7) *Ob. cit.* Tomo I. Parte General vol. 3, pág. 286.

(8) *Derecho civil de España* Madrid, 1942, pág. 30.

tario; las primeras son imperativas e inderogables por la voluntad de las partes, mientras que las segundas se limitan a suplir dicha voluntad encauzándola o complementándola.

IV

LA NUEVA LEY DE MINAS

Surge la nueva Ley de Minas tras lenta elaboración, impuesta en cierto modo con alguna perentoriedad, nada más terminada la contienda civil, con unos precedentes muy acusados que merecieron refrendo por el Gobierno Nacional durante su actuación en Burgos.

La Ley de Minas de 19 de julio de 1944, como es natural, recoge los principios jurídicos y económicos imperantes en el momento de su promulgación, más acusados aún en los años que precedieron, dedicados a la elaboración de la misma. España había liquidado su guerra, sufría los quebrantos de la devastación y, por otra parte, las naciones organizadas en régimen liberal y parlamentario habían impuesto torpemente un cerco económico que no merecía este pueblo hidalgo y valeroso (9).

A las exageraciones del liberalismo del siglo pasado, que tan nocivas consecuencias produjeron en el orden económico, había de sucederle un régimen jurídico que salvaguardase los derechos de la nación y que evitase que el patrimonio minero, por los medios jurídicos normales, fuese a parar precisamente a extranjeros que tan viva hostilidad habían mostrado para España, o a elementos u organizaciones en pugna con los principios del Gobierno Nacional o, sencillamente, que por su actitud, más o menos egoísta, pudieran crear trabas para el proceso económico del país o que de alguna manera atentasen a la economía nacional.

Se inspira la nueva Ley en la defensa primordialísima de la «economía nacional» y de ahí que la regulación del régimen para la explotación y para el comercio de la minería surja con una clara y directa intervención del propio Estado, empeñado en fortalecer la economía pública, y para ello se adopta un sistema de impulso y fomento de la actividad minera, pero dejando a salvo en todo momento lo que tantas veces invoca el texto, los «supremos intereses nacionales» (10).

(9) Es instructiva la pequeña discusión en la Comisión de las Cortes, sobre todo alguna de las enmiendas presentadas que acusaban una tendencia nacionalizadora.

(10) ALVAREZ GENDIN, en la conferencia que pronunció en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid sobre *La naturaleza pública del dominio minero*, publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1948, tras un minucioso análisis del problema, y reflexiones sobre el criterio publicístico de la propiedad minera dice: *La Naturaleza pública del dominio mi-*

En la exposición de motivos de la Ley de 19 de julio de 1944 se encara el legislador con las leyes anteriores, a las que tilda de estar «saturadas de espíritu individualista y carentes del obligado sentido armónico con los supremos intereses nacionales», leyes que por su excesivo liberalismo condujeron—se dice en dicho preámbulo—«a un despilfarro de nuestras riquezas mineras... y lo que es más sensible aún, a la injerencia a veces descompasada de elementos extraños en la propiedad, disfrute y explotación de estas riquezas».

Realmente en la nueva Ley de Minas se ha operado una auténtica «publicización» que naturalmente choca con la tradición extremadamente liberal del régimen jurídico minero español. Pero antes se había operado una honda transformación en el régimen jurídico del Estado, principalmente en las naciones que como Italia y Alemania ejercieron especial ascendencia en los juristas y en los gobernantes en los años anteriores a la promulgación.

No en balde la constitución de Weimar de 1919 si garantizaba la propiedad privada, por primera vez el texto constitucional contenía la siguiente declaración: «La propiedad obliga». Por otra parte, los avances del socialismo con la constantes admoniciones de los Pontífices, contribuyeron a que aun en países de tradición liberal se afianzase el principio de la función social de la propiedad y de las prestaciones, que por un sentido de solidaridad nacional o de caridad humana, la propiedad tenía que efectuar, y como, por otra parte, el Estado ensanchaba su actividad de manera extraordinaria convirtiéndose en impulsor de la riqueza nacional, ello explica que al promulgarse la nueva Ley se sancionase un régimen claramente intervencionista y de acusado sentido nacional con las inevitables interferencias, tanto en lo que afecta a la explotación y laboreo como en lo referente a las trans-

nero se observa en la misma declaración de principio del preámbulo de la Ley, para que las concesiones mineras dejen siempre a salvo el derecho supremo de la Nación, velando al propio tiempo por el mejor aprovechamiento de los criaderos minerales, y salvaguardados estos intereses primordiales se otorga por la ley las mayores garantías y facilidades al desenvolvimiento de la iniciativa privada...

Se establecen los principios... que obligan a investigar las minas y mantenerlas en actividad admitiendo excepciones razonables y justas.

La Administración no debe velar sólo por la ciudadanía del concesionario, sino por la solvencia y garantía de que seguirá explotando o pondrá en marcha la mina concedida, en suma, de que estará dispuesto a ejercer una función social. Civilistas insignes han reconocido ya la legitimación de ciertas limitaciones de los derechos privados impuestas por la Administración pública. Recordemos, a este efecto, la afirmación de Wolff, de que, «además de las prescripciones del Derecho privado, regulan el contenido de la propiedad numerosas normas de Derecho público, en su mayoría relativas a los inmuebles, mencionando, al efecto, «las prescripciones que restringen el derecho del propietario a disponer por negocio jurídico, como las leyes y disposiciones de las autoridades que prohíben o limitan las enajenaciones».

Tratado de Derecho civil. Derecho de cosas. Tomo III. Vol. I, pag. 309.

misiones de esta propiedad minera y demás negocios jurídicos relacionados con la misma (11).

Completando el sentido y orientación de esta ley, el Reglamento para la aplicación de la misma aprobado por Decreto de 9 de agosto de 1946, aún destaca con perfil más acusado las limitaciones públicas que el nuevo Ordenamiento Jurídico impone a la propiedad minera.

Así el artículo 9 de este Reglamento autoriza a que los explotadores de sustancias minerales de la sección A puedan acogerse a los beneficios de la Ley de Expropiación Forzosa.

El artículo 12 prevé que por «superiores necesidades de interés nacional» el Estado requiera al propietario de terrenos donde existan sustancias de dicha sección a que le efectúe la explotación de las mismas. Vuelve el artículo 16 a considerar el caso de sustancias de la Sección A, «necesarias por razones de superior interés nacional» en que el dueño del terreno no se encargara de su explotación, estableciendo un procedimiento para llegar a su perfecta explotación.

El artículo 30 consagra una excepción en cuanto a la participación extranjera en el capital de la Sociedad explotadora cuando así lo aconseje el «interés nacional».

El artículo 74, después de establecer que dentro del perímetro de un permiso de investigación no podrá otorgarse otro permiso, autoriza para que el Estado, «por razones de interés nacional», obligue el titular de dicho permiso a que amplíe sus trabajos para investigar otras sustancias, y caso de no verificarlo pueda investigarlas el propio Estado. El artículo 117 permite que «por causa de interés nacional», el Estado obligue a los concesionarios de explotaciones mineras para que amplíen sus investigaciones, estableciéndose seguidamente normas detalladas para declarar «el interés nacional», determinante de esa ampliación.

El 146 autoriza al Estado para que obligue a la formación de cotos a los concesionarios de sustancias que «hayan sido declaradas de interés excepcional», y el artículo 110 dispone que el Es-

(11) ENRIQUE TAULET, en *Algunos aspectos de la Intervención estatal*, conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, sostiene: «que nos encontramos frente a un tipo de propiedad un poco extraño, hasta el punto de que, prácticamente, después de la nueva legislación, el concesionario de una mina ya no puede considerarse propietario de la misma, estándole prohibida la renuncia y abandono de la concesión».

También PUYUELO opina que la nueva Ley de Minas «está inspirada en un principio de intervencionismo del Estado, y una tendencia a dirigir, regular y fomentar la economía nacional, acentuando tal sistema incluso en cuanto a las sustancias de carácter terroso (las de la Sección A), que la legislación anterior abandonaba al propietario del terreno, pues prevé el caso de que pueda llegarse a su explotación por el Estado, cuando tratándose de superiores necesidades de interés nacional, el dueño no la realice, a pesar de haber sido invitado a ello». *Derecho minero*. Edit. Rev. de Derecho privado, pág. 51.

tado podrá reservarse zonas de terrenos de cualquier extensión perfectamente limitada donde existan o se presuma la existencia de sustancias minerales «de interés especial para la economía o la defensa nacionales».

Como puede apreciarse, juega constantemente en el nuevo ordenamiento jurídico de las actividades mineras la idea de «interés nacional» con distintas expresiones, pero siempre con el mismo alcance limitativo y de subordinación, de lo privado, de lo meramente patrimonial individual a lo público y nacional. Mas ahora no se trata de mera limitación, el intervencionismo aquí cala más hondo, imponiéndose con carácter constitutivo esencial inexcusable para la validez de los contratos sobre el tráfico de las minas.

Siendo esto así, ¿qué de particular tiene que haya impuesto como necesaria la nueva Ley de Minas *la autorización administrativa* para las transmisiones, gravámenes, arriendos y subarriendos de las minas? El Reglamento, cumpliendo su función de complemento de la norma principal, ha recalcado en sus preceptos esta exigencia, y en su artículo 119 bien claramente establece que para las ventas, cesiones, arreglos, subarriendos, gravámenes o cualquier forma de transmisión *inter vivos* de concesiones de explotaciones para hacerlo a favor de españoles *será preciso solicitar la correspondiente autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles*. De tal forma que sin esa autorización no se efectúa la transmisión y, por ende, no se devenga el impuesto de derechos reales ni el de timbre, pues antes no hay contrato.

No hay duda, a nuestro modesto parecer, que *la autorización administrativa* es requisito previo al contrato. Así se deduce del texto del Reglamento al decir: «La Jefatura comunicará la Orden de la Dirección General al interesado, que *sólo entonces*, y en caso de su autorización, podrá formalizar el Contrato de un modo válido.»

En definitiva, se trata de una restricción de una limitación más a la libertad de contratación, análoga a las que por razones de tipo social se establecieron en el contrato de trabajo o en el de arrendamiento. Es una exigencia constitutiva del negocio jurídico transmisorio tanto del uso, como del dominio de la concesión minera.

V

NEGOCIOS JURÍDICOS CONDICIONADOS POR LA LEY

Según LEHMANN no constituye condición, en sentido propio, los requisitos legales, para la validez del negocio, las llamadas «Condiciones Iuris», en contraposición con las condiciones del negocio o de las partes (12).

(12) H. LEHMANN: *Tratado de Derecho civil*. Vol. I. Traducción Navas. Ed. Rev. de Derecho privado, pág. 400.

La voluntad de las partes no puede producir efectos que el ordenamiento jurídico desapruébe. Establecido por éste un requisito de forma ha de ser observado por las partes, y lo mismo si se trata de una licencia o autorización impuesta por la Administración pública, de tal forma que si las partes empeñadas en mantenerse en el reducto de su libérrima libertad no cumplimentan el trámite impuesto como necesario para la validez del negocio jurídico, aunque éste quede elaborado entre partes no lograría validez ni eficacia alguna.

Como acertadamente dice LEHMANN, los preceptos que establecen los requisitos para la conclusión válida de un negocio no pueden derogarse por voluntad de las partes en tanto se hallan establecidos en atención a la seguridad de tráfico, habida cuenta del carácter público de ésta. Añade tan docto autor que para un gran número de acuerdos negociales se ha establecido la necesidad de *autorización* por un Organismo público.

Para RUGGERO no se tiene por condición «si el hecho condicional es presupuesto necesario para la existencia del negocio jurídico», es decir, si se expresa como condición lo que el ordenamiento presupone ya y exige para dar eficacia a la voluntad de las partes (13).

Entre los autores modernos quizá haya sido M. MESSINEO el que con mayor amplitud y detalle haya estudiado el problema de las *Conditio Iuris* y, sobre todo, el que ha sabido profundizar sobre la naturaleza jurídica de las mismas. Según el profesor de Milán la denominada *Conditio Iuris* no es verdadera y propia condición y, por consiguiente, tampoco elemento accidental; es la figura principal de la condición impropia; la misma constituye más bien un presupuesto lógico, de naturaleza legal o bien un requisito objetivo al que está subordinada la *eficacia* y alguna vez la misma *validez* del negocio; sin él, por tanto, el negocio no puede ser eficaz o no puede nacer aun cuando las partes se hayan abstenido de hacer depender de él la suerte del negocio mismo (14).

La *Conditio Iuris*, a diferencia de la condición propia, no constituye parte de la declaración de voluntad, en cuanto tiene su raíz en la Ley o en la misma finalidad objetiva del negocio, y por eso es un hecho extrínseco lógicamente persistente al negocio (esto

(13) *Instituciones de Derecho civil*. Ed. Reus. Traducción S. Suñer y Santa Cruz. Vol. I, pág. 293.

(14) *Manual de Derecho civil y comercial*. Traducción Sentís Melendo. Tomo II, pág. 466. Buenos Aires.

OERTMANN define la *conditio iuris* como un supuesto de eficacia del negocio jurídico; de su doctrina, A. FALKENSTEIN hace una amplia y sistemática exposición en «Rev. de Derecho Inmobiliario», núm. 69. Según la tesis de OERTMANN adolecen de defecto insubsanable aquellos actos que carezcan de un requisito de forma que la legislación aplicable considera indispensable para su existencia.

a diferencia de la condición propia, la cual trae su origen exclusivamente de la declaración de voluntad del sujeto).

Por tanto, la *Conditio Iuris* influye sobre la suerte del negocio, pero influye *al extra* y no como la condición propia *al intus*. Mientras la condición propia es un elemento intrínseco del negocio producido por la voluntad de las partes, la *Conditio Iuris* es un presupuesto legal de naturaleza objetiva y no elemento accidental como la condición propia.

El reflejo práctico de que la *Conditio Iuris* no es condición en sentido técnico está en la nueva aplicabilidad de las normas reguladoras de la condición propia y, «sobre todo, del principio de la retroactividad: de ahí que el negocio viene a ser *ex nunc*, o sea, desde el momento en que sobreviene la *Conditio Iuris*. No hay retroactividad, y ello demuestra el que no pueda equipararse en el orden jurídico a la llamada condición suspensiva surgida por imposición de las partes, según afirma MESSINEO (15). También BERTI marca la diferencia entre la condición y los presupuestos legales de validez del negocio jurídico.

En la llamada condición de derecho se trata de un presupuesto erigido por la Ley, bien sea por una razón de Policía de Tráfico o sencillamente de mera salud pública o de honestidad ciudadana, sobre todo cuando por imperativos económicos o de tipo político se limita la libertad de tráfico de ciertas cosas o sectores de la economía que en período normal operan sin restricción de ningún género.

En definitiva, el veto puesto a la libertad de contratación se mantiene con ampliaciones más concretas y determinadas. Los Códigos civiles ya contenían la declaración de libertad de pactos y condiciones siempre que no fuesen contrarias a «las leyes, a la moral ni al orden público». Ahora las nuevas restricciones también las impone la Ley, el orden público, pero no es la Ley sustantiva, la Ley civil, de donde dimanen estas limitaciones o prohibiciones de todo pacto que contradiga la ordenación civil, que era la aludida en los viejos Códigos, porque atentase a los derechos legítimos, a la herencia futura, a la autoridad familiar, a la culpa, etcétera etc.; la restricción viene de la Administración pública con investidura de Ley, pero de orden económico, político o social, siempre con investidura legal que las partes deben acatar plenamente.

Hay en el momento actual un imperativo que se sobrepone a todo, la exigencia de las masas nacionales que quieren tener asegurados sus mantenimientos, y ello impone a los Estados medidas coercitivas para una mayor producción, para una utilización plena de la riqueza nacional, imponiendo inexcusables obligaciones para el tráfico, circulación y distribución de los productos que se ob-

(15) *Obra citada*, pág. 468.

tengan, unos por su carácter alimenticio y por cubrir necesidades de primer orden han de enajenarse a precios preestablecidos y para su circulación han de acompañarse de guías, etc.; otros productos han de atenerse forzosamente a los Organismos de la Nación, bien por necesitarlos para la defensa nacional o para utilizarlos como medios de pago en el extranjero; de ahí surgen numerosas restricciones que aparecen como condiciones básicas de ciertos negocios jurídicos o más exactamente como requisitos o presupuestos que las partes contratantes han de observar y acatar para la validez y eficacia de sus pactos o convenios.

Según VON TUHR, no constituyen condición «los hechos que han de concurrir por imperio de la Ley con las declaraciones de voluntad de las partes para completar los factores de hecho de un contrato o de otro negocio jurídico cualquiera». Estos requisitos del contrato—añade—que no responden a la voluntad de las partes sino a la exigencia de la Ley suelen denominarse condiciones jurídicas. Pone de ejemplo VON TUHR el contrato de compraventa sujeto al consentimiento de un tercero, que no puede considerarse como una compraventa condicionada a la convalidación; no tiene efectos retroactivos, sino que surte efectos *ex nunc* (16).

Los tratadistas alemanes modernos analizan esta cuestión con verdadero detalle y legitiman estas limitaciones de origen administrativo contemplando los acaecimientos de esta última época. Así el Profesor KARL LARENZ nos dice que el Estado puede controlar también el intercambio de bienes dejando en libertad a las partes para concluir el contrato y estructurar libremente las condiciones contractuales, pero haciendo depender la validez jurídica del concepto adoptado del asentimiento que al mismo ha de dar una autoridad. El otorgamiento o la negativa del asentimiento puede bien quedar totalmente encomendado al criterio de la Autoridad, o ésta sólo podrá negarle cuando concurren determinados presupuestos. Precisan, ante todo, asentimiento los negocios relativos al tráfico de fincas por disponerlo así la Ley de 26 de enero de 1937 al exigir un asentimiento de la autoridad, entre otras cosas la transmisión formal de una finca agrícola o forestal. La razón para ello fué originariamente el evitar que el patrimonio agrícola fuese adquirido por quienes no fueran agricultores, con fines especulativos, dando lugar a ello a que el destino de tal patrimonio que constituye la alimentación del pueblo tuviese que quedar frustrado (17).

A ello se sumaron más adelante razones de política de precios. Después de la guerra sustituyeron a la «notificación sobre el tráfico de fincas» los artículos IV y siguientes de la Ley del Consejo

(16) *Tratado de las obligaciones*. Traducción W. Roces. Madrid. Tomo II, pág. 218.

(17) *Derecho de obligaciones*. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1958. Tomo I, pág. 82.

de control número 45, y en la zona británica el artículo III del Decreto número 84. Según el artículo IV de esta Ley precisan asentimiento los contratos de arrendamiento de uso y disfrute.

La Ley alemana de creación de zonas de Colonización urbana de 22 de septiembre de 1933 impone el asentimiento para la transmisión formal de una finca que se encuentre en un territorio declarado «zona de colonización urbana».

En la jurisprudencia, según LARENZ, se han establecido los siguientes principios para los negocios que precisan asentimiento:

En tanto no se determine que el asentimiento ha de concurrir al concluir el contrato puede este otro otorgarse con posterioridad. En tal supuesto, hasta tanto el asentimiento se otorga o se deniega, el negocio estará en situación de «nulidad pendiente». Será nulo cuando el asentimiento se deniegue definitivamente.

Durante la situación de pendencia están las partes vinculadas en el sentido de que la resolución literal es nula, a menos que esté expresamente reservada (18).

Entre los civilistas españoles modernos el Profesor ALBALADEJO ha estudiado este problema en términos bien claros y precisos. A su juicio, los requisitos de eficacia del negocio jurídico pueden ser legales o voluntarios. Si son legales—exigidos por la Ley en *abstracto* para el tipo de negocio de que se trate—es precisa siempre su concurrencia para que cualquier negocio concreto perteneciente a ese tipo despliegue su eficacia (19).

Cuando la eficacia de un negocio se hace depender de un acontecimiento incierto, pero esta dependencia procede de la naturaleza del negocio o la dispone el Ordenamiento jurídico, en vez de establecerla arbitrariamente el sujeto se califica a tal acontecimiento de «condición de derecho»—en el sentido de impuesta por el derecho—, *Condicio Iuris*, contraponiéndola a la *impuesta* por voluntad del sujeto que se califica condición de hecho, *condicio facti*.

Las condiciones *iuris* son requisitos legales de eficacia y, consiguientemente, no son parte constitutiva del negocio sino circunstancias *externas* a éste, pero sin cuya concurrencia tal negocio no despliega aún sus defectos.

Al referirse a la naturaleza jurídica de la situación creada por el negocio antes de que la condición se cumpla, entiende ALBALADEJO que «habida cuenta que el derecho definitivo no se adquirirá sino cuando la condición se cumpla, creemos preferible hablar de que la celebración del negocio crea una expectativa de producción a los efectos de éste, atribuyendo, pues, al adquirente eventual una expectativa de adquisición». Esta expectativa tuvo

(18) *Obra citada*, pág. 84.

(19) *Condición, término y modo*, en «Revista de Derecho Notarial», de julio-diciembre 1957.

la misma naturaleza que el derecho a que tiende, formando parte del patrimonio del titular si aquél es patrimonial.

Como ya hemos dicho, el artículo 67 del Reglamento de 9 de agosto de 1946 para el régimen de minería preceptúa que los permisos de investigación podrán ser transferidos, «previa» autorización de la autoridad que los hubiese otorgado, mediante petición del titular. El texto del reglamento es bien claro, *la autorización administrativa* tiene que ser previa a la transferencia; lo aclara perfectamente el párrafo tercero al decirnos que «autoriza la transmisión», y una vez formulada ésta, el titular deberá ponerlo en conocimiento de la Jefatura.

El artículo 119 del citado Reglamento exige autorización de la Dirección General de Minas para las ventas, cesiones y arriendos, subarriendos, gravámenes o cualquier forma de transmisión *inter vivos* de concesiones de explotación minera, y el párrafo segundo de este artículo preceptúa que sólo cuando se ha obtenido la autorización podrá formalizarse dicho contrato de un modo válido.

De esta manera el nuevo Ordenamiento Jurídico de la propiedad minera impone de modo imperativo para la validez de los negocios jurídicos por los que se transmita la propiedad o el uso de las minas un requisito esencial, sin cuya concurrencia el contrato no existe; el negocio jurídico ideado no es válido, quedando convertido en una mera convención preparatoria o más exactamente en un mero antecedente del negocio jurídico intentado. Sin la autorización administrativa la transmisión o gravamen ideado se convierte en mera tentativa sin eficacia jurídica alguna. Solamente cuando tras la oportuna solicitud, debidamente documentada y razonada, se tramita el correspondiente expediente, la Administración pública, valorando las circunstancias del caso, otorga la autorización o, como dicen los autores alemanes, «asiente» a que se realice dicha transmisión, ésta se tendrá por efectuada a contar de la fecha en que tras dicha autorización se otorgue la escritura correspondiente.

Se ha establecido, por tanto, una auténtica *condicio iuris*, un presupuesto de inexcusable observancia para la validez del negocio jurídico que de ninguna forma puede equipararse a una condición propiamente dicha y, por ende, sin que quepa en este caso hablar de efectos retroactivos (19').

Como dice el maestro CASTÁN, «se llama condición al hecho o suceso mismo al que se subordina los efectos del negocio»; en la transmisión minera no hay tal subordinación, sino, al contra-

(19') La *condicio iuris* a diferencia de la condición propia —dice MESSI NEO— no es producto de la voluntad de las partes *ni constituye* elemento intrínseco de las *declaraciones de voluntad* en cuanto tiene su raíz en la ley o en la misma finalidad objetiva del contrato, es un hecho extrínseco, preexistente al contrato.

rio, no se trata de que las partes difieran la validez a la obtención de la autorización administrativa, sino que ésta es previa, más exactamente: es requisito básico impuesto por la Ley para que el negocio jurídico surja y alcance validez. La concurrencia de voluntades entre el comprador y vendedor de una mina, entre el arrendador y arrendatario de ésta, es totalmente inoperante cuando tiene lugar sin que se haya obtenido la autorización administrativa y sin ésta no podía facturar ni obtener cupo alguno el nuevo adquirente.

En el mundo jurídico no se admiten ensayos o tentativas más o menos especulativas; es un mundo de realidades, y de ahí que no puede hablarse de contratos válidos sino cuando se elaboran los mismos con absoluta observancia de las normas legales. Los contratos prohibidos por la Ley no tienen eficacia alguna. Concluimos haciendo nuestra la afirmación de H. LEHMANN de que *la voluntad de las partes no puede producir efectos que el ordenamiento jurídico desapruébe*. Son inderogables por la mera voluntad de las partes las normas jurídicas que regulan la seguridad del tráfico de las cosas, habida cuenta del carácter público que tienen tales preceptos.

En definitiva, se ha producido el fenómeno que señalaba PUG BRUTAU de que «las normas de Derecho necesario han convertido ciertas relaciones originariamente contractuales en relaciones que implican la preponderancia de obligaciones de origen legal y significan, por tanto, cierta regresión del concepto de contrato al de *status* (20).

Según BETTI, estos presupuestos legales de validez del negocio jurídico están ligados al mismo «por un nexo objetivo de subordinación jurídica independiente de la mención que las partes puedan hacer de él, mientras que la condición establece en cambio un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio y un evento extraño y, por tanto, es creación exclusiva de la autonomía de las partes». La *condicio iuris* no es condición verdadera porque no consiste en un hecho; constituye, en cambio, un presupuesto indefectible de naturaleza legal o bien un elemento objetivo al que está subordinada la eficacia y a veces la validez misma del contrato.

VI

AUTORIZACIÓN, PERMISOS Y LICENCIAS

Examinemos, aunque sea brevemente, estos conceptos que no están suficientemente diferenciados en nuestro derecho positivo. La

(20) *Fundamento de Derecho civil*, doctrina general del Contrato. Tomo II. Vol. I, pág. 55.

Los *controles preventivos* y la *necesidad de autorizaciones* para el ejercicio de actividades económicas y planes económicos que el Estado promueva determinan, según MESSINEO, una restricción directa del libre juego de la *voluntad* de los contratantes.

acción administrativa se exterioriza de distintas formas, unas veces reconociendo y legitimando derechos de los particulares al ejercicio incondicional de derechos preexistentes, otras veces afectando su actividad a condición resolutoria o sencillamente consolidando una situación de hecho circunstancial y transitoria de mera tolerancia.

Es frecuente el intento de equiparar el *precario* a las situaciones derivadas de una *autorización* o de un *Permiso*, sin darse cuenta que no responde generalmente en la vida administrativa a un fin de mera generosidad, de mera condescendencia, sino al ejercicio de un derecho, y aun en los casos en que se otorgan *graciosamente* obedecen, o al menos deben obedecer, a un fin de carácter público, puesto que van encaminados a incorporar en cierto modo al favorecido a la tarea de colaboración para la satisfacción de necesidades o de exigencias reclamadas por el público o por importante sector del mismo. Sin olvidar que la *autorización* propiamente dicha responde a un derecho del que la obtiene y ello impide toda equiparación con el *precario*.

Otras veces la *autorización* o *licencia* lo impone la Autoridad como presupuesto inexcusable para la validez de ciertos actos o contratos o como medio legitimador de la actividad ciudadana. Por ej. el arriendo de una línea de transporte, sea de viajero o de mercancías, la tenencia de armas, el cambio de ubicación de una fábrica o taller. La autorización es en otros casos medio de control de la actividad económica y tiene fuerza constitutiva por disposición expresa de la Ley, de tal forma que su omisión determina la ilicitud de una conducta que amparada por la autorización o permiso deviene lícita y correcta.

La doctrina científica desde RANELLETTI ha usado el término «autorización» para indicar la habilitación pública para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente.

Gustavo VIGNOCCHI sostiene que la noción de la autorización deducida de la doctrina imperante en estos últimos decenios se compendia en los principios siguientes: La autorización es un acto autónomo, una manifestación jurídica de voluntad con funciones no constitutivas de un derecho unido, pero consistente en «una remoción de límites» para el ejercicio de un derecho preexistente. Ella influye sobre la validez del acto a ella subsiguiente o sobre la licitud de un hecho material. La autorización es un control preventivo, no sólo en un significado estrictamente jurídico, sino también de hecho, diversamente, por tanto, que la aprobación. Su función de control se actúa a través de un sintético examen de la posición de derecho o de hecho del sujeto controlado; por estas razones ella debe normalmente preceder al acto por autorizar (21).

(21) *La natura giuridica dell' autorizzazione Amministrativa*, por GUSTAVO VIGNOCCHI. Cedam Padova, 1944, pág. 13.

La Legislación minera emplea, en la nueva ordenación, la expresión de

Ciertamente que no está en nuestro derecho definido con la debida precisión el contenido jurídico de la *autorización* y menos de las que se otorgan con cláusula de precariedad. Ni siquiera hay unidad de criterio, pues varía su estimación en las Leyes de una y otra rama.

Según VIGNOCCHI el acto de *autorización* viene generalmente considerado como aquel acto a través del cual se ejercita una *remoción de límite*; y la afirmación categórica de RANELLETTI, de la existencia de un derecho precedente a la autorización por ésta condicionado en su ejercicio, no será desmentida.

Sin embargo, nuevamente surgen posiciones discrepantes recusitando el tema de la constitutividad del acto de autorización, pero con un significado y un fin distinto, de crítica principalmente de la teoría de RANELLETTI. Quien principalmente ha desarrollado esta posición crítica ha sido ORTOLANI (22), quien sostiene que en la mayor parte de los casos en los cuales la ley habla de *autorización*, no se da «una remoción de límites» como la naturaleza de la *autorización* verdadera y propia exige, sino que se trata de la constitución de derechos *ex novo*, citando en apoyo de su tesis textos legales italianos que a nuestros fines no interesa recoger.

Ello no obstante, VIGNOCCHI cree que RANELLETTI demostró claramente por qué el acto de autorización no es una creación de nuevos derechos, y al efecto cita la autorización de uso de arma, en la que el derecho base del ciudadano a la propia defensa personal no puede considerarse estimable quede limitado en su ejercicio por razones que hacen referencia a la seguridad pública (23).

Mantiene VIGNOCCHI la diferencia entre *autorización* y *aprobación*, basándola en una diversa posición de juicio del órgano controlante, manifestado en forma analítica y *a posteriori*, para el caso de aprobación, mientras que para la *autorización* aquél viene necesariamente en forma de juicio sintético, antes de la exteriorización de una concreta actividad. El mismo significado terminológico es contrario a la identificación; *autorizar* es cosa distinta que aprobar, aunque ambas palabras indiquen una actividad permisiva que se realiza a través de un análisis de situaciones preexistentes.

Define VIGNOCCHI la autorización como «aquel particular acto de control preventivo caracterizado por la función de condicionamiento de la eficacia de un supuesto jurídico precedente, limitadamente a la posibilidad de ejercicio de particulares poderes de él derivados, y con el fin de asegurar que la actuación de tales poderes se realice conforme a criterios de interés público-social (24).

«permiso» como sinónimo de autorización, ya que la facultad de investigación que confiere al titular no puede equipararse a una concesión.

(22) *Autorizzazione e approssimazione*, en «Estudios en honor al Profesor Santi Romano», 1949, 55; pág. 19.

(23) Pág. 21. *Ob. cit.*

(24) Pág. 107. *Ob. cit.*

CACCIASAGLIA (25) opone al término *concesión* el de *licencia*, afirmando que el contenido de ésta es muy vario, pues a veces tiene el significado de concesión de menor importancia, otras el de autorización. Señala como a determinadas licencias —pesca en aguas demaniales, busca de minerales...— la ley le atribuye carácter de autorización sin tener en cuenta que la autorización como acto administrativo no determina en los destinatarios el nacimiento de un derecho, sino que sólo hace posible el ejercicio de un derecho o de un poder que ya le pertenece.

Esta variedad de significado deriva de la falta de uniformidad de los órganos legislativos en la formulación de las disposiciones legales. Sería preferible, a juicio de este autor, usar la expresión *autorización* todas las veces que en la Ley de Seguridad Pública se trata de remover un límite puesto por la ley por razón de interés público a la libertad individual y la de *concesión* a todos los casos en que se trata de dar vida a un derecho antes inexistente o bien usar la locución *licencia* siempre con el significado de *autorización* según estima D'ALESSIO.

El profesor Silvio LESSONA (26), con admirable precisión menciona entre los más importantes tipos de actos constitutivos o innovativos: a) las *concesiones* y b) las *autorizaciones*.

En la *concesión*, la Administración pública confiere a otro el ejercicio de un poder o de un derecho suyo, o bien limitando su propio poder o su propio derecho constituye un nuevo derecho o poder en ventaja de otro. En el primer caso se habla de *concesiones traslativas*; en el segundo, de *concesiones constitutivas*.

Las *concesiones verdaderas y propias* son actos unilaterales revocables a voluntad del concedente siempre que esto sea en función del interés público y no por un acto de hostilidad al concesionario o por otro segundo fin, en cuyo caso la revocación sería ilegítima.

Se acostumbra hoy, especialmente en la jurisprudencia a dar el nombre de *concesiones-contratos* o de *concesiones bilaterales* a verdaderos contratos de derecho administrativo (cuyo objeto es la más de las veces, la gestión de un servicio público) de los cuales surgen para los contratantes recíprocamente derechos y deberes con la consecuencia de la obligación por parte de la Administración de indemnizar (siquiera sea dentro de límites restringidos) al particular contratante cuando ella estime resolver por razones

(25) MICHELANGELO CACCIAPAGLIA: *Le concessioni amministrative comunali*. Bari, 1952; pág. 54.

(26) *Introduzione al Diritto amministrativo e suoi principi*. Firenze, 1952; pág. 78.

A. M. SANDULLI, en su *Manuale di Diritto Amministrativo*. Nápoles, 1952, entiende que los actos permisivos, mediante los cuales la Administración renueva los límites puestos por interés público al ejercicio por parte de los súbditos de potestades o facultades inherentes a derechos que le son propios suelen ser designados con el nombre de *autorización*. Pág. 240.

de público interés, el vínculo contractual. Tal expresión la considera impropia LESSONA, y fuente de equívocos, por estimar a las llamadas concesiones-contratos como algo absolutamente distinto de las concesiones.

b) Las *autorizaciones*. Con ellas la Administración pública consiente a un sujeto el ejercicio de una actividad libre o de un derecho propio y preexistente, actividad o derecho que no pueden ejercitarse si antes la autoridad competente no constata que se han verificado las condiciones impuestas en interés público a tal ejercicio.

Las autorizaciones se distinguen de las concesiones porque mientras éstas atribuyen al sujeto un derecho nuevo, aquéllas consienten sólo el ejercicio de un poder o de un derecho que es propio potencialmente de la esfera jurídica del sujeto, pero que no puede libremente ejercitarse en perjuicio para el interés público.

Coincidiendo con LESSONA el profesor SAYAGUES LASO (27), define la *autorización* como el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistentes. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la Administración que remueve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo.

Coinciden los tratadistas en considerar la *autorización* como acto unilateral aunque se otorgue a instancia del interesado, precisamente para llevar a efecto un derecho propio. Además como simplemente *habilita* para relizar un acto o hecho o ejercer un derecho el interesado —dice SAYAGUES— queda en libertad de decidir si lo realizará o no; el «otorgamiento de la autorización no le obliga a ejecutar lo autorizado». En cuanto al debatido problema de si es constitutiva o meramente declarativa, entiende el ilustre Profesor de Montevideo, que como el poder o derecho cuyo ejercicio se autoriza, preexiste al acto de autorización se dice que ésta no es constitutiva. En realidad no lo es en relación al poder o derecho cuyo ejercicio se permite y que existe desde antes, pero viene a tener efectos constitutivos respecto a la capacidad o competencia de la persona autorizada.

FLEINER (28), dice que la Ley en ocasiones hace depender de un examen y del permiso de la autoridad la realización de ciertas actividades a los cuales el individuo tiene derecho a virtud de su personalidad y de su propiedad. El otorgamiento de una licencia gubernativa no depende de la libre voluntad de la autoridad. El ciudadano tiene un derecho subjetivo a la licencia, si no se opone a la ejecución de su actividad ningún obstáculo de policía determinado en la Ley. Entiende que la licencia gubernativa no con-

(27) *Tratado de Derecho Administrativo*. I. Montevideo, 1953; pág. 415.

(28) *Instituciones de Derecho administrativo*. Traducción por S. A. Gen-din. Edit. Labor, S. A., 1933; pág. 318.

cede un nuevo derecho al ciudadano. Declara solamente que para la actividad del peticionario, y fundado en derecho vigente, no existen impedimentos de policía. Por tanto, la licencia gubernativa no origina ningún derecho subjetivo.

El propio FLEINER, cuando el terreno de los principios pasa a la contrastación de éstos con el derecho positivo, declara «que la legislación moderna presenta una serie de gradaciones desde la obligación más estricta hasta el más libre arbitrio».

Tal es la realidad que conviene tener muy en cuenta para no dejarse seducir por la figura de la *autorización condicionada* o con cláusula de revocabilidad, que es lo que induce a considerarla como acto precario sin tener en cuenta la fundamental diferenciación que aún estas autorizaciones o permisos administrativos ofrecen.

La policía tiene el deber de proteger el Derecho público, la seguridad y el orden público. La vida común y social expone al particular a peligros que amenazan su salud, su vida y su propiedad. Es misión de la «policía de seguridad», en sentido amplio, dice FLEINER, proteger el patrimonio del individuo con no menor energía que el del Estado.

La nueva Ley de Minas ha impuesto de manera expresa la necesidad de «la autorización administrativa» para los actos y contratos transmisivos de la propiedad o del uso de las mismas. La autorización habilita al titular de la propiedad minera para disponer y accionar un derecho anterior, cual es el de propiedad minera, que por imperio de la ley tenía en cierto modo congelado o, más exactamente, en estado pasivo. Esa autorización administrativa vuelve a la vida activa el derecho de disposición la posibilidad de vender o gravar, bien entendido que la resolución administrativa no constriñe a que se efectúe tal enajenación, no le vincula al titular propietario con la Administración pública, sin perjuicio de la vinculación que pueda tener con el otro contratante.

Como acertadamente advierte ALVAREZ GENDIN, «la intervención administrativa no es mayor en este caso que la que un Ayuntamiento tiene sobre el propietario de un solar que quiere edificar, para lo que precisa tener la licencia pertinente, a fin de ajustarse a las prescripciones administrativas prevenidas en las Ordenanzas de construcción o de Policía Urbana» (29). Aunque realmente no sea idéntica la situación en uno y otro caso, es indudable que en el nuevo Ordenamiento jurídico se ha establecido con todo el significado característico, una verdadera *autorización* administrativa, para la validez de los actos y contratos de transmisión o gravamen de las minas. Sin que la Administración otorgue la autorización no hay cesión posible, no hay cambio a todos los efectos legales en la titularidad minera. El Estado otorgó la concesión

(29) *Manual de Derecho Administrativo Español*. Barcelona, 1954; página 565.

a. A; y entretanto éste no obtenga del propio Estado la *autorización* para «vender», «ceder» la concesión minera que le fué otorgada, cualesquiera que sean los convenios que ultime con B, no tendrán éstos validez ni eficacia alguna.

La *aprobación* administrativa sanciona y refrenda lo hecho por quienes pueden hacerlo, es trámite convalidatorio; la *autorización* permite y habilita a los autorizados para realizar actos o contratos válidos.

VII

REPERCUSIONES CIVILES DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA MINERA

Esta es quizá la cuestión que más hondamente apasiona, y que ha sido objeto de examen por doctos juristas sin que hasta el momento se haya logrado la unidad de criterios, en espera, sin duda, de que las resoluciones jurisprudenciales definan y delimiten el verdadero alcance de tales autorizaciones.

PUYUELO, en su interesante *Tratado de Derecho Minero*, después de sostener que «la transmisión de propiedad minera, como la de otra clase de propiedad, está sujeta en cuanto al aspecto civil de la cuestión al Código civil, concluye afirmando que tal autorización «es una formalidad de carácter administrativo cuya omisión no invalida el contrato no afecta a las obligaciones que nacen de aquél, aunque desde luego le prive de eficacia ante la Administración, que no reconocerá como explotador al adquirente sin su previa autorización» (30).

Esta tesis la considera inadmisibile LADISLAO G-ARANGO en un interesante trabajo, y la contradice con razones muy atinadas que, en síntesis, son las siguientes:

a) La llamada propiedad minera no es una clase o categoría de la ordinaria, pues el mismo Código civil la califica de especial, y la doctrina la enmarca dentro del cuadro de los derechos reales administrativamente estructurados. Precisamente por esta causa el Código civil nos reenvía en su artículo 427 a la legislación especial minera. El Reglamento General de Minería es de ejecución de la Ley de Minas, según el artículo 76 de la misma. Los artículos 35, 119 y 120, respectivamente, de la Ley del Reglamento contienen normas sobre las facultades de disposición de tal propiedad especial, que en virtud de lo antedicho son de primaria aplicación, sin que quepa desvirtuar el claro mandato legal basándose en el sistema espiritualista del Código civil.

b) El artículo 35 de la Ley de Minas y los concordantes de su Reglamento, se expresan en términos absolutos, sin excepción

(30) *Obra citada.*

alguna, y, por tanto, no caben distingos en cuanto a su aplicación en una esfera o en otra.

c) Sería absurdo que el Estado no reconociera la validez o eficacia de una transmisión o gravamen y a la vez siguiera la norma contraria, como ocurriría de admitir la teoría contraria.

d) La invocación del artículo 64 no basta, pues se limita dicho precepto a establecer una pura regla de competencia sin que ello desvirtúe el artículo 35 de la Ley. A nadie se le ocurrió pensar que los Tribunales ordinarios deben sólo aplicar las Leyes comunes u ordinarias y no las especiales, pues ello significaría ir contra todo nuestro sistema jurídico y muy especialmente contra terminantes preceptos de la Ley orgánica (31).

Reducir la «autorización administrativa» a una mera formalidad administrativa, a un trámite más, nos parece inaceptable dados los términos tan concretos y expresivos de la norma legal, y teniendo muy en cuenta la finalidad que en la exposición de motivos de la misma se le asignan.

No se trata de una simple formalidad a los puros fines de estadística o de tipo fiscal como acontece por ejemplo con la obligada nota de toma de razón que ha de estamparse en todas las escrituras públicas después de la liquidación de Derechos reales, a efectos del Registro de Rentas y Patrimonio, o para el fichero de Préstamos Hipotecarios, etc., etc.

Es demasiado simplista tal consideración. Y no parece conforme a los fines perseguidos por la norma tal configuración.

Por otra parte, si como el propio PUYUELO sostiene, la omisión de la autorización priva al acto transmisorio de eficacia ante la Administración, «que no reconocerá como explotador al adquirente sin su previa autorización», ¿qué queda entonces del contrato?, ¿para qué se otorga éste? Los contratos tienen una razón práctica de existencia.

No puede olvidarse la especial relevancia que en estos contratos tiene el que la Administración le considere y reconozca como tal adquirente, de tal forma que sin ese reconocimiento nadie se atreverá a ultimar los contratos de compra de mina o de arriendo de la misma, pues limitados éstos a los puros efectos civiles, quedarían sin contenido económico al estar privados de realización.

En efecto, sin ese reconocimiento, sin esa autorización por parte de la Administración pública, dichos contratos prácticamente no serían nada, puesto que:

α) El adquirente no tendría personalidad en las múltiples relaciones con la Administración minera ni podría hacer valer sus derechos ante los respectivos Organismos de la Administración pública.

(31) *Derecho hipotecario minero*, en «Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario», Madrid, enero 1956.

b) No se les suministraría el explosivo necesario para la explotación ni se les permitiría montar el polvorín necesario para tal fin.

c) Ni obtendría los cupos de gasolina o gas-oil, reservados para la industria de la minería, que tan extraordinaria importancia ofrecen, sobre todo en los períodos de restricción, en los que sin ese suministro resultaría antieconómica y dificultosa la explotación de las minas.

d) Ni le asignarían «cupo» para la facturación por ferrocarril para embarque, etc.

e) Ni podría optar a la adjudicación de vehículos cuando se distribuyan por la Autoridad competente para facilitar el transporte minero.

f) Ni podría legalizar la situación del personal minero que escogiese para efectuar los trabajos de las minas, sobre todo en relación con la prestación del servicio militar del mismo, etc.

g) Ni podría conseguir «cupo» de carriles y demás utensilios necesarios para una normal explotación minera.

h) Ni podría participar de las ventajas de economatos mineros y de otras preferencias concedidas con frecuencia para los titulares.

i) Ni tampoco podría hacer valer los derechos políticos y sindicales que como tal minero pudiera corresponderle.

Luego si no teniendo «personalidad minera» prácticamente no iba a poder explotar la mina, no es fácil creer que nadie adquiriera o arriende una mina por el capricho de exhibir un contrato que ninguna ventaja económica le proporcionaría. Es precisamente, en esta clase de negocios, lo fundamental y básico el ostentar una personalidad plena que le permita el aprovechamiento integral de la explotación minera.

Los contratos son válidos o no a todos los efectos jurídicos, tanto civiles como administrativos; es anacrónica la diferenciación de ser válidos a unos efectos e inválidos a otros, sobre todo después de las transformaciones operadas en el mundo jurídico que, como hemos visto anteriormente, tanto han restringido el principio de libre contratación, considerado mucho tiempo reducto inexpugnable aun para los más audaces avances del intervencionismo estatal. Por otra parte, este intervencionismo actualizado en los tiempos presentes al conjuro de una serie de fenómenos y circunstancias presentes en el ánimo de todos, sería una ficción si las normas que el Estado estatuye para imponer tal sistema no tuviesen la transcendencia necesaria para hacer depender de dichas normas la validez y efectividad de los negocios que quiere dirigir y controlar (32).

(32) VILLAVICENCIO ARÉVALO ha estudiado *La facultad de Disposición en ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Tomo III. Fas. IV. Hay derechos, dice el Profesor de Barcelona, que bien por imposibilidad de adquisición, bien por im-*

Acertadamente lo decía G. ARANGO y CANGA: no se puede admitir que la operación objeto de intervención sea válida y surta sus efectos en el terreno privado y en cambio no logre categoría alguna en el terreno del Derecho público, precisamente en el campo donde el negocio en cuestión ha de tener mayores y más trascendentales repercusiones había de tener.

Parece como si la Administración pública que otorga las concesiones no quisiera despegarse de ella, sino al contrario, mantener constante su intervención en lo por ella creado y vigilar así la realización de los fines económicos de la explotación que si de modo principal interesan al concesionario, igualmente pueden efectuar al propio Estado. De ahí la importancia extraordinaria que tiene esta autorización administrativa, sin cuya obtención no tendrá vida la transmisión o arriendo de las minas, y ni siquiera en el orden civil las estipulaciones acordadas podrán merecer otra calificación que el de mero acto preparatorio. La autorización administrativa aquí es una auténtica medida defensiva para evitar que vayan las minas a manos «enemigas» o al menos «hostiles», al propio Estado.

Por su extraordinario relieve, dada la autoridad alcanzada, especialmente en el campo del Derecho civil, por el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona, recogemos en este trabajo su comunicación publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, Órgano de los Colegios Notariales de España. En sus números XIII y XIV (julio-diciembre 1956) en la Sección de «Fórmulas y Problemas de Práctica Notarial», con referencia a minas, tras la exposición del artículo 35 de la Ley de 9 de julio de 1944, y los correspondientes preceptos del Reglamento general de Minería de 9 de agosto de 1946, bajo la rúbrica *Obligaciones del Notario autorizante*, dice así:

El Notario no debe autorizar los actos de referencia (se refiere a los de transmisión, gravamen o arriendo de minas), sin la preceptiva autorización.

Asimismo le impone la legislación la obligación de consignar en la escritura que el comprador, arrendatario o subarrendatario, se somete a las condiciones establecidas en su otorgamiento; asimismo que se compromete al desarrollo de los proyectos aprobados para las mismas.

Y bajo la rúbrica *Sanción* concluye:

Los actos realizados en contravención a la legislación examinada serán nulos, debiendo los infractores ser sancionados con la multa autorizada en el artículo 210 del Reglamento.

posibilidad de disponer de ellos en su titular, bien por ineptitud para ser objeto de disposición en sí mismo, no pueden ser adquiridos... La adquisición requiere la posibilidad de disponer de una situación jurídica y la posibilidad de adquirir en el nuevo futuro titular...

La facultad de disponer, por tanto, es limitada en cuanto su ejercicio,

VIII

ASPECTO HIPOTECARIO DE LA CUESTIÓN

Extraordinario interés hipotecario tiene esta cuestión tanto si se considera desde el punto de vista de un derecho real administrativo, como si se contempla el aspecto meramente civil condicional de esta clase de negocios. De ahí la atención que al asunto han prestado nuestros más ilustres hipotecaristas.

RAMÓN DE LA RICA, muy atinadamente, ajustándose a los términos de los artículos 119 y 120 del Reglamento de Minería, estima que se impone la autorización administrativa previa (33), aun cuando opina, lo más interesante, en punto a su repercusión hipotecaria, es lo relativo a caducidad y cancelación de las concesiones singularmente cuando existen Terceros Registrales con derechos inscritos sobre la mina.

ROCA SASTRE no se detiene, propiamente dicho, a estudiar con la solidez en él característica esta cuestión, limitándose simplemente a enunciarla sentando el criterio de que, aunque la letra de la disposición parezca impedir que la autorización administrativa sea posterior al contrato, hay razones de índole práctica favorables a la intervención administrativa posterior, apoyándose en un argumento de analogía recogida en resoluciones de la Dirección General sobre la autorización previa por el Ministerio de Hacienda para ciertas actividades de las Sociedades mercantiles en los casos que así lo exigiera la Ley de noviembre de 1942. Pero el propio ROCA formula esta conclusión contestando afirmativamente a la pregunta que él mismo se formula sobre si debe considerarse vigente, convenientemente adaptada a la legislación actual, la Orden de 28 de julio de 1938. Lo que no comprendemos, conociendo el celo y probidad científica de ROCA SASTRE, cómo silencio en su interesante obra el Reglamento de Minería de 1946, donde este problema tiene una más precisa y concreta regulación que la mencionada Orden ministerial de julio de 1938. Es más, cuando en unas páginas antes, concretamente en la 270, enuncia la legislación vigente sobre minas, se limita a decir que «está constituida por la Ley de 19 de julio de 1944» (34).

GARCÍA ARANGO cree, sin reservas, que LA RICA tiene razón y añade: «Así lo reconoce, en definitiva el Tribunal Supremo. El mandato del Reglamento que ejecuta e interpreta la ley es claro y debe cumplirse, y he dicho el Reglamento y también la Ley, por respeto a dicho Tribunal, aunque en mi fuero interno creo que

en el sentido de que la Ley puede determinar en algunos casos que el acto dispositivo verificado no tenga eficacia jurídica o que para tenerla necesite de ciertos condicionamientos.

(33) *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*. Madrid, 1949. Segunda parte, pág. 107.

(34) *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948. Tomo III.

éste no está en lo cierto, pues gramaticalmente «autorizar» implica tanto «como dar a una autoridad o facultad para hacer alguna cosa», que no es lo mismo que aprobar.

Expone seguidamente la repugnancia que la mayor parte de los civilistas sienten por las mal llamadas autorizaciones administrativas que les impele a atenuar en todo lo posible sus efectos en el orden privado y recuerda, como contrapartida, que según JERÓNIMO GONZÁLEZ, las limitaciones en la facultad de disponer pueden estar determinadas por la Ley (legales), por un acto administrativo (administrativas), por providencia judicial (judiciales) o por el querer de los particulares (voluntarios). El artículo 26 de la Ley Hipotecaria, dice GARCÍA ARANGO, se refiere a las limitaciones en la facultad de disponer, ordenando que las establecidas por la Ley, que son expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica y no necesitarán inscripción separada especial y surtirán sus efectos como limitaciones de dominio, mientras que las que deban su origen inmediato a una resolución administrativa serán objeto de anotación preventiva. A la luz de tal doctrina científica y legal, añade, no me parece dudoso el calificar la limitación de que se trata de legal, con todas sus consecuencias.

Ha sido ANGEL SANZ el que últimamente ha abordado esta cuestión con el acierto y profundidad característica en tan prestigioso Notario. Para resolver la cuestión de si los actos condicionales deben ser o no inscribibles, entiende SANZ que es preciso examinarla separadamente en dos tipos de condición: la *conditio iuris* y la *conditio facti*.

La *conditio iuris* de Derecho o legal no es propiamente una condición en sentido técnico, sino un requisito o elemento propio del negocio, impuesto por su propia naturaleza, exigido por la Ley en atención a determinadas circunstancias; ejemplo típico del primero es el matrimonio, que opera como *conditio iuris* de las capitulaciones matrimoniales; ejemplo de lo segundo pueden ser ciertas autorizaciones exigidas por la Ley, para determinados actos dispositivos, como la autorización del Ministerio de Industria para los actos de enajenación y gravamen de minas (35).

Contra la inscribibilidad de los actos sujetos a condición suspensiva pueden darse, a juicio de ANGEL SANZ, dos razones fundamentales:

- a) En primer lugar la de que el acto sujeto a ella no produce hasta que se cumpla la condición efecto transmisivo o constitutivo de derecho real. El titular que trasmite o grava sigue siendo titular íntegro del derecho. Si, pues, la transmisión o gravamen no tiene lugar mientras la condición

(35) *Instituciones de Derecho hipotecario*. Tomo II. Madrid, 1953, páginas. 368 y sigs.

está pendiente parece indudable que no nos hallamos ante un acto inscribible, y su inscripción es una anomalía dentro de nuestro sistema.

- b) En segundo lugar la inscripción del acto sujeto a condición suspensiva, encierra una anomalía indiscutible; esta inscripción no proclama el verdadero titular del derecho, toda vez que el adquirente no lo adquiere mientras no se cumpla la condición; en cambio, el titular verdadero y actual, esto es, el transferente, constará en la inscripción anterior. Esta anomalía se percibe claramente cuando se trata de actos transmisivos. Si se transmite el dominio bajo condición suspensiva y se hace la inscripción a favor del adquirente condicional, resultará que el último titular inscrito no es verdadero titular inscrito y lo es en cambio, el de la inscripción anterior, esto es, el transferente. Ello es debido a que la inscripción que se haga participa en cierto modo del mismo carácter condicional que el acto inscrito y es evidente que el asiento de inscripción por su propia naturaleza es contrario a este carácter condicional.

Atinadas en extremo nos parecen las consideraciones expuestas por ANGEL SANZ, a las que nos permitimos añadir que la *conditio iuris* no es condición propiamente dicha; no es el aditamento que las partes contratantes erigen como determinante de la validez de la operación convenida, sino un requisito que por imperativo de la ley se establece y que determina su cumplimiento la validez de tal negocio jurídico con eficacia desde el momento mismo que se cumpla tal exigencia legal, sin posibilidad de darle retroactividad alguna a la fecha en que las partes hubieran planeado o proyectado el contrato en cuestión (36).

Cerramos estas consideraciones con la resolución de la Dirección General de Registros de 27 de marzo de 1957. Una vez más el Centro directivo acredita su gran pericia y su depurada técnica, de ahí el interés extraordinario que ofrece esta resolución. Se trataba del recurso formulado contra la denegación del Registro de la Propiedad a inscribir la escritura de compraventa de varias minas y fincas pertenecientes a una Sociedad minera sin la autorización correspondiente de la Dirección General de Minas y Combustibles; tramitado el recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia dicta auto confirmatorio de la nota del Registro de la Propiedad, y la Dirección General, confirmando el auto apelado, resuelve, consignando, entre otros, los dos considerandos siguientes:

(36) No olvidemos que como advierte la Sentencia de 25 de mayo de 1957 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo el canon de superficie doctrinal y tradicionalmente viene conceptualizado como el reconocimiento del dominio del Estado sobre la riqueza oculta en el subsuelo; ese *dominio* de la nación se proyecta en el tráfico del uso o de la propiedad de las minas, exigiendo la previa autorización para todo cambio o alteración de la mina.

Considerando que el artículo 35 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 prohíbe transmitir a extranjeros por actos *inter vivos* la concesión de explotaciones y dispone que cuando se trate de españoles, la Dirección General de Minas y Combustibles autorizará las transferencias, y en tanto no se cumpla este requisito, desenvuelto en el artículo 115 del Reglamento de Minería, no podrá el Notario autorizar legalmente la escritura ni aun con las advertencias hechas a los contratantes de que procuren obtener la expresada autorización para poder inscribir el documento en el Registro de la Propiedad.

Considerando que la transferencia de las dos heredades descritas en los apartados 9.º y 10 de la misma escritura, requiere, asimismo, haber acreditado que se dió conocimiento a la Jefatura de Minas de la transmisión proyectada, porque así lo preceptuó el artículo 120 del Reglamento citado, toda vez que tales fincas integran un conjunto por hallarse afectadas a la explotación minera, como con acierto afirma el Presidente de la Audiencia; y respecto de la finca décima podrían también añadirse los claros términos en que se encuentra descrita en relación a los lavaderos, talleres, escombreras, pozo, cargadero, etc., que revelan indudable afección a la explotación minera.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Premios Castán Tobeñas

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación convoca la adjudicación de tres premios "Castán Tobeñas" que se destinan a premiar trabajos originales, no publicados ni premiados con anterioridad, y que versen sobre los siguientes temas:

La empresa y su estructura jurídica.

Régimen de las asociaciones y las corporaciones en nuestro derecho actual y en las perspectivas de su reforma.

Estudio comparativo de las disposiciones en materia procesal vigentes en España, especialmente en el orden del derecho laboral; contencioso-administrativo; económico-administrativo y justicia municipal, con vistas a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Podrán concurrir a los premios indicados los que siendo Licenciados en Derecho presenten, en triplicado ejemplar, los trabajos dirigiéndolos al Secretario de la Academia en cuyo poder han de obrar antes de las veinte horas del día 31 de marzo de 1960.

R. E. D.

Ciclo de Conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Dentro del ciclo organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos pronunció su anunciada conferencia el Catedrático de Derecho procesal y Secretario de la Administración de Justicia don Vicente Herce Quemada, que desarrolló el tema «Bases sobre organización y funciones del Secretariado de la Administración de Justicia». Inició su docta exposición analizando los orígenes del cargo de Secretario, diferenciando la figura del Escribano, mero copista, de la del Secretario propiamente dicho, cuyo nacimiento oficial puede establecerse en una Decretal de Inocencio III del año 1216, que ordenaba la figura del fedatario como documentador de la verdad, caso de que surgiera cuestión sobre el proceso del Juez, es decir, dándole la categoría de funcionario público y revistiendo el cargo de autonomía y necesidad; rebate la tesis de que el Secretario sea un Auxiliar de los Tri-

bunales, y con citas de Chiovenda, Rosenberg y Redenti pone de relieve su función cooperadora, que se cifra en la documentación.

Es la Ley del Notariado de 1862, dice, la que al terminar con la corruptela de los oficios enajenados, separa la fe pública en notarial o extrajudicial y la judicial y, dentro del campo de la terminología, cree que bien podría ser aplicada a los actuales Secretarios la de Notario Judicial, o en virtud de su función asesora, «dar cuenta», según frase legal, la de asesores procesales.

En el Secretario concurren, según el conferenciante, el triple carácter de Jefe de Servicio o de Oficina (la secretaría), de funcionario encargado de la documentación (fe pública judicial) y de profesional del Derecho procesal, con la misión de asesorar al Juez y de velar por la pureza del procedimiento, calidades todas que son ampliamente estudiadas y desarrolladas. Estudia comparativamente el cargo del Secretario español con la figura del Rechtspfleger alemán y el Master inglés, haciendo resaltar la amplitud de las funciones de ambos cargos; dentro de la organización judicial alemana, estudia el Urkundsbeamter, o encargado de la documentación, y el Rechtspfleger propiamente encargado de los asuntos judiciales, glosando las diversas actividades de ambos funcionarios, de carácter principal y esencial; por lo que respecta al Master inglés, lo presenta como conocedor de cuestiones interlocutorias y no procesales, como las relativas a la administración de sucesiones, liquidación de sociedades, venta y distribución de bienes sujetos a carga, división de bienes inmuebles, tutela y administración de bienes de menores, etc., y con el carácter de adjuntos, como encargados de la motivación del fallo oralmente pronunciado por el Magistrado.

Terminó su brillante conferencia sentando las siguientes bases:

a) Debe desaparecer la errónea concepción que cataloga al Secretario entre los *Auxiliares*, ya que es un miembro integrante del Tribunal que asume en el proceso una función autónoma.

b) Es conveniente un cambio de nombre, desterrando los de Escribano y Secretario.

c) El Secretariado debe seguir constituyendo un Cuerpo separado de la Carrera judicial, en el que se ingrese exclusivamente mediante oposición con título de Licenciado en Derecho, pero con el complemento de unos cursos en Escuela de formación profesional, dirigida por Secretarios experimentados y en la que se enseñe técnica procesal.

d) El Secretario en calidad de Jefe del Servicio debe tener amplias facultades disciplinarias sobre sus subordinados.

e) Se debe conferir al Secretario la ordenación del proceso y la resolución de una serie de asuntos, así como la actividad administrativa denominada jurisdicción voluntaria, con la garantía, para las partes o solicitantes, de poder impugnar las resoluciones del Secretario ante el Juez, pudiéndose utilizar el actual recurso de reposición—de esta forma tendría una justificación de la que hoy carece—en el que sería oído el Secretario que dictare la resolución impugnada.

Pertenciente al mismo ciclo, el Catedrático de Derecho romano y Magistrado del Tribunal Supremo don José Arias Ramos pronunció una brillante disertación versando sobre reflexiones basadas en su experiencia personal y en la observación directa de ciertas peculiaridades en orden a la adecuación a la función judicial de quienes han consagrado sus esfuerzos a la tarea docente, presentando los acicates y obstáculos que pueden presentarse en el tránsito de una a otra función, todo ello enmarcado en los límites del Tribunal Supremo como único grado al de posible acceso de los docentes.

De aquí el título de la conferencia "Los docentes en la Administración de Justicia", afirmando por vía preliminar la superioridad del Juez técnico sobre el lego como garantía de su acierto en las funciones jurisdiccionales, para lo que estudia el proceso clásico romano con la institución del *Iudex arbiter* y el carácter de su sentencia, así como la superación de los puntos de vista mantenidos a este respecto por el romanista W. Lassak, hoy sometidos a revisión por Brogini, y de la contemplación del *Consilium*—Cuerpo de Asesores adjuntos a los órganos decisorios—deduce la conclusión de que no es exacto que el ejemplo del pueblo romano sea argumentado en pro de la figura del Juez lego y, por el contrario, la necesidad de su tecnicismo es cada vez más imperiosa. dada la abundante legislación que en la actualidad debe interpretarse y aplicarse. Distingue el *Iure docenti* del *Iuris dicente*, señalando como defecto de posible incurrancia del primero el hábito docente de la consideración de doctrinas opuestas y tesis eclécticas que de poco sirven en el ámbito de la administración de justicia, donde existe la imperiosa necesidad de pronunciarse el juzgador por soluciones concretas, abandonando toda deleitación por medir pros y contras, planteables únicamente en el terreno puramente especulativo.

Considera la especialización del Juez docente como una singular ventaja, porque el inconveniente que pudiera apuntarse por su vinculación al trato de una sola materia, en contraste con la universalidad jurídica que debe manejar el Magistrado es mínimo, teniendo en cuenta la existencia de reglas, métodos y labores comunes y fundamentales a todas las ramas del Derecho y porque la diversidad de Salas, con competencia en distintas materias de derecho, pueda allanar aquel inconveniente apuntado; el inconveniente derivado del afán de novedad científica, propio del docente, y el cauteloso, prudente y conservador culto rendido al precedente jurisprudencial por el Juez lo obvia el conferenciante trayendo a colación la lección de medida que dió Roma con sus virtudes cardinales *gravitas, et constantia*, recordando el Magistrado profesional las flexibles y suaves vías de reforma que tiene en sus manos, y el docente, en cuanto Juez, la otra lección de medida y cautela, llegando así a una provechosa resultante de fuerzas.

Trata a seguido de la adaptación al estilo formal, sin que ello suponga la existencia de una escisión entre el docente y el jurisdiccional, más libre y personal el primero y sometido a ciertas cortapisas el segundo, obstáculo que, dice, es más aparente que real, al tener que compartir el docente en los órganos colegiados un estilo nacido en la colaboración, siendo de interés a este respecto dos reflexiones: a) La indispensable colaboración de todos

los miembros del Tribunal a fin de lograr la unidad jurisprudencial; y b) Que cuando se trata de sentenciar y sentar jurisprudencia no es siempre fácil la discriminación entre lo que atañe al fondo del asunto y lo que es mera modalidad o manera de decir. Finalmente consideró cómo al docente que no ha ejercido la abogacía, puede resultar algo enojoso el detalle de la práctica procesal, y precisamente en este punto cree sinceramente que la administración de justicia, en éso que tiene de administración, está muy necesitada de racionalizaciones y mecanizaciones simplificadoras del proceso, ya que las puertas y ventanas de los Tribunales no deben de cerrarse a las modernas corrientes de simplificación y eficiencia. Concluyó su interesante conferencia con la afirmación de que si bien con la incorporación de la función docente a la judicial pueden presentarse algunas dificultades de adaptación, éstas son fácilmente superables, y resultará de su logro una beneficiosa colaboración en la tarea de la justicia, y en un juego de cesiones y comprensiones mutuas, se avocará a una resultante de tendencias en equilibrio y sin extremismos unilaterales.

JESÚS CARNICERO
Magistrado.

II. DICTAMENES

Intervención de albaceas y de contadores partidores testamentariamente designados, habiendo un solo heredero actual sujeto a fideicomiso condicional y varios legatarios.

Así como el diagnóstico médico requiere el conocimiento específico anatómico y fisiológico del enfermo al que corresponde, del mismo modo el dictamen jurídico exige que previamente se concrete el supuesto de hecho al que la consulta se refiere. Ello es así porque no se trata de resolver en general una cuestión teórica, sino de solucionar un caso práctico concreto. No se discute el sentido genérico de ciertas cláusulas o frases, sino el que debe asignárseles en la arquitectura de un determinado testamento y en atención a los supuestos en el mismo previstos y contemplados.

EXAMEN DEL TESTAMENTO

En el testamento abierto de, otorgado a las del día ... de de debe destacarse al efecto :

a) Una institución de heredero, que puede estar gravada de sustitución fideicomisaria. El instituido D. mientras «no se case y tenga descendientes legítimos» está gravado de restitución, condicionado a que muera sin haberlos tenido. Igual gravamen impone a la sustituta, vulgar y fideicomisaria, si resultase heredera universal de la testadora. Siguen en la misma cláusula unas manifestaciones y la expresión de los deseos de la testadora respecto de su título nobiliario, de las que puede deducirse su deseo de que bienes y título se reúnan por el mismo heredero.

b) Numerosos legados y mandas, unos en metálico, otros de joyas, algunos de bienes inmuebles, cuyo cumplimiento ha de requerir en ciertos casos su determinación específica (en el ordenado de las fincas de la testadora enclavadas en cierto término municipal o aldea), en otros su distribución (la de las fincas sitas en entre sus legatarias), y en el último legado ordenado hace falta incluso la determinación de las legatarias, es decir, de quienes reúnan la cualidad exigida por la testadora para serlo.

c) La designación de albaceas, mancomunados y solidarios, «con la sola limitación de aquellas facultades y limitaciones que no puedan ejercer con arreglo a derecho» y específicamente «facultándoles para realizar toda clase de actos de administración, liquidación de cuentas, hacer cobros y pagos, enajenaciones de muebles e inmuebles, retirar efectos y valores en

depósito de cuentas corrientes u otras imposiciones, representar la testamentaria en juicio y fuera de él, conferir poderes y cuantas más atribuciones se precisen para cumplir esta mi última voluntad». Es de notar, además, que al ordenar la testadora la cláusula anterior, después de disponer el legado de los muebles de su casa, ordena a los albaceas que mientras la testamentaria no esté terminada «tengan y guarden» las llaves de sus casas.

d) La designación de contadores partidores para que verifiquen la partición de su herencia.

Al final, tanto de la cláusula del albaceazgo como de la cláusula de designación de contadores partidores, la testadora dispuso literalmente: «terminando de plazo para efectuarlo tres años después de ser requeridos por los herederos para que lo hagan».

SITUACIÓN AL FALLECER LA TESTADORA

Vive el heredero instituido en primer término no habiendo contraído matrimonio. E igualmente viven sus dos hermanos a favor de los cuales eventualmente puede operarse la restitución de la herencia en virtud de lo ordenado por la testadora.

El heredero instituido en primer lugar, declara que está dispuesto a aportar dinero de su propio peculio para pago de deudas, gastos y legados «si bien, en cuanto a estos últimos, hasta el límite que alcancen los bienes de la herencia, pues no cree que hubiera de responder nunca de los legados ilimitadamente».

Así lo manifiesta en el requerimiento que por acta autorizada por el Notario D. hizo a los albaceas y contadores partidores el a fin de que los primeros se abstuvieran de actuar como tales y que a los segundos conste que no recaba su intervención por considerarla imposible por haber un solo heredero, dejando a salvo la posibilidad de que «realicen la división o partición de las fincas sitas en legadas a».

En el mismo requerimiento,, en su «condición de herederos fideicomisarios condicionales», manifiestan que tampoco recaban la actuación de los albaceas ni de los contadores partidores y dan expreso asentimiento a las entregas de legado que efectue el único heredero que ahora existe.

DETERMINACIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO

Por una parte tenemos el del actual heredero, que anuncia estar dispuesto a pagar de su propio peculio deudas y gastos así como los legados «hasta el límite que alcancen los bienes de la herencia».

De otra, los fideicomisarios condicionales, para quienes no puede ser indiferente qué bienes se adjudiquen al heredero para pago de dichas deudas, gastos y legados en metálico, pues estos bienes quedarían libres del fideicomiso condicional.

De otra tenemos los legatarios de cantidad, para quienes no puede ser indiferente, cómo se cuente, valoren y, en su caso, enajenen los bienes de

la herencia, especialmente después de la afirmación hecha por el heredero actual en acta notarial de pagarlos hasta el montante del caudal heredado.

También hay que ponderar el interés de los legatarios de fincas señaladas genéricamente, con referencia al término municipal o al lugar donde las poseía la testadora, en aquéllas se especifiquen y concreten sin omisión; el de las legatarias de los muebles y efectos de la casa de en que sean custodiados conforme ordenó la testadora. Así como la incompatibilidad de intereses del heredero en la determinación de las sirvientas que reúnan los requisitos exigidos por la testadora para la atribución del legado dispuesto en el último lugar.

PRECEPTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL SUPUESTO
A DICTAMINAR

Conocidos los hechos debemos buscar el derecho aplicable:

1.º El principio general de Derecho de que la voluntad del testador es ley de la sucesión (ss. 13 febrero 1841, 24 marzo 1857, 6 abril 1866, 10 diciembre 1867, 26 marzo 1870, 16 abril 1879, 29 abril 1882, 1 febrero, 13 y 17 abril, 10 octubre y 13 noviembre 1883, 12 octubre 1885, 29 septiembre 1886, 22 junio 1887, 26 marzo y 22 junio 1888, 15 marzo 1890, 13 febrero 1891, 29 marzo 1893, 28 abril 1894, 19 noviembre 1925, etc.).

2.º Artículos 892, 894, 901, 902, 903 y 904 del Código civil, referentes a los albaceas. En especial: El 901 que declara que «los albaceas tendrán todas la facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes». El 902 que detalla las facultades de los albaceas a falta de determinación por el testador, a saber: 1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo. 2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero. 3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él. 4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes. Y el 903 que regula la venta de bienes muebles por los albaceas.

3.º El artículo 1.057 1.º C. c. «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de la muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos».

4.º Artículo 14 párrafo final de la Ley Hipotecaria: «Cuando se tratare de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante». El Reglamento Hipotecario, en su artículo 82 interpreta restrictivamente la excepción a la inscripción de los bienes hereditarios mediante instancia del heredero único, en supuesto de haber «persona autorizada según el título sucesorio para adjudicar la herencia», haciendo la

salvedad para este caso de «que en este segundo supuesto la única persona interesada en la herencia resultare ser dicho heredero».

5.º Las sentencias del Tribunal Supremo de 1 febrero 1906 y 18 abril 1928 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 noviembre 1930 que han declarado que la actuación del comisario en el plazo legal no puede ser reemplazada por el acuerdo de los herederos, sin la adquiescencia de aquel.

6.º La sentencia de 31 de mayo 1913—en supuesto de institución de heredero único, en el cual uno de los albaceas testamentarios contadores y ejecutores demandó al heredero para realizar las operaciones testamentarias después de concluido un pleito sobre nulidad de una cédula testamentaria del que se había desentendido el contador y después de haber cumplido el heredero totalmente las únicas mandas pías ordenadas por la causante— declaró en su primer considerando que no hay contradicción entre admitir el carácter de albacea y contador partidor del demandante y lo que declara en el segundo considerando «que el inventario, el avalúo, la liquidación del caudal hereditario no son operaciones aisladas e independientes, sino factores obligados, que relacionados entre sí, conducen a la de partición y la integran, y que en tanto hay que realizar ésta en cuanto se impone la necesidad de dividir la masa hereditaria por existir más de una persona participe en ella al efecto de determinar los derechos de cada uno e individualizar la propiedad de las cosas hasta entonces indivisa, es evidente que no precisa el practicarla cuando por no haber más que un heredero único, como acontece en esta litis, le sirve el testamento de título justificativo de su dominio en la herencia que se le transmitió desde la muerte del causante», concluyendo que no se infringía el 1.057 C. c. al excluir de las facultades concedidas al actor el ejercicio de las facultades contenidas en dicho precepto legal, porque al no existir el fin a que estaban dirigidas resultan innecesarias al cumplimiento de las disposiciones testamentarias».

(La S. de 14 enero 1903 no trata de la cuestión que nos ocupa, pese a que con referencia a la misma se citan fragmentos de uno de sus considerandos. En su supuesto, la heredera de dos tercios del caudal y la albacea encargada de distribuir el otro tercio eran la misma persona, que pleiteaban con los recurrentes gravados con unos censos de los que la herencia era titular).

7.º La Resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de abril 1945, que en su considerando final resolvió, «que la negativa a inscribir la escritura de origen de este recurso se apoya en que la partición fué practicada por el heredero contra lo dispuesto por el *decursus*, que confirmó el encargo a dos contadores nombrados en el testamento, y los argumentos esgrimidos por el recurrente de que se trata de una simple manifestación de herencia hecha por el heredero único que adquiere sin coparticipes, acreedores, ni modalidades específicas así como de que la sencillez del testamento hace ociosa la intervención del contador, no parecen decisivos, ni disculpan la actuación del Notario, que debió haber hecho constar la renuncia o la caducidad del encargo conferidos por la testadora

o por lo menos estaba obligado a consignar las particularidades justificativas del caso tal y como los interesados se las manifestaran».

Algunos autores (Sanz Fernández, González, Palomino, La Rica y Roan) señalaron que la doctrina del inciso final del artículo 14 L. H. era contraria a la de la Sentencia de 31 mayo 1913 y criticaron la Res. 26 abril 1945. Posiblemente sus observaciones dieron lugar al inciso final del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, aclaratorio del sentido del artículo 14 L. H. Con ello se ha llegado a la exacta doctrina de que la designación de comisario, contador partidador, etc., se impone al heredero único y limita sus facultades si en la herencia existe alguna otra persona interesada (interés que no existía en el supuesto de la S. de 31 de mayo 1913).

Como ha dicho con toda su autoridad científica Roca Sastre (II, páginas 602 y sigs.). «A primera impresión produce extrañeza esta posibilidad de Comisario cuando sólo se haya instituido un único heredero, puesto que la figura del Comisario parece presuponer normalmente la existencia de varios herederos, constituyendo un órgano imparcial destinado a evitar las cuestiones judiciales que podrían suscitarse entre ellos al tratar de hacer la partición. Sin embargo, no siempre es así puesto que si bien puede no haber varios herederos si cabe existan varios interesados en la herencia, que, a título de legitimarios, legatarios, etc., deban percibir bienes hereditarios, lo que hace idónea y útil la designación de Comisario».

Así señala Roca Sastre, entre otras de las funciones del comisario partidador, en caso de haber heredero único, la de formar hijuela de bienes adjudicados para pago de deudas hereditarias, la de determinar la parte libre y la parte gravada de fideicomiso, la liquidación de los legados ordenados por el causante, etc. Y en resumen concreta: «En una palabra, en el caso de heredero único, la función del Comisario está indicada, salvo cuando por la simplicidad del supuesto sucesorio el heredero acapare la totalidad de los bienes o valor hereditario».

VALOR DE LA FRASE EMPLEADA Y REPETIDA EN EL TESTAMENTO CON REFERENCIA A LOS ENCARGOS CONFIADOS A LOS ALBACEAS Y A LOS CONTADORES PARTIDORES, QUE DICE: «TENIENDO DE PLAZO PARA EFECTUARLO TRES AÑOS DESPUÉS DE HABER SIDO REQUERIDOS POR LOS HEREDEROS PARA QUE LO HAGAN»

El heredero actual y los posibles fideicomisarios, alegan esa repetida frase, para deducir de ella que en el caso presente no hay herederos sino heredero único y que si los herederos no requieren la actuación de los albaceas y de los contadores partidadores ni unos ni otros pueden actuar.

A juicio nuestro esa invocación tergiversa la frase transcrita, claramente orientada únicamente a señalar el término final de la actuación de unas y otras funciones encomendadas.

Si la testadora hubiese querido hacer depender la actuación de sus albaceas y contadores de que los herederos la requirieran, sin duda lo habría expresado con alguna de las fórmulas comunes, que se usan hoy día habitualmente para expresarlo, alguna corrientemente utilizada por el mismo Notario autorizante del testamento.

Los múltiples intereses creados por el propio testamento en la sucesión causada por la testadora, vedan esa interpretación que excede de la letra de la disposición e incluso contradiciría alguno de los encargos hechos expresamente (v. gr. los de guardar las llaves, administrar) y no corresponde al espíritu cauteloso del testamento en todas sus cláusulas dispositivas.

La testadora habla de herederos y no de heredero, y no hay que olvidar que usualmente se llama heredero tanto al fiduciario como a los fideicomisarios. Con ello indicó que si siguiendo la terminología común designaba, por lo menos en potencia, varios herederos, a todos ellos y no solamente al primero les facultaba para requerir a los albaceas y a los contadores partidores para que cumplieran sus respectivas misiones, si estos no las realizaban espontáneamente o a solicitud del primer instituido. La posibilidad de que deban hacerse adjudicaciones para pago de deudas y gastos o legados en metálico, adjudicaciones que estarían libres del fideicomiso condicional, justifica que la testadora haya autorizado que se requiera la actuación de albaceas y contadores partidores por cualquiera de los herederos eventuales y, por ello, el que emplease en plural la palabra «herederos».

Pero ese requerimiento, por las razones que antes hemos dicho, sólo puede significar el inicio del cómputo de un plazo final (*dies ad quem*), nunca el inicio de un plazo inicial (*dies a quo*).

INTERVENCIÓN QUE CORRESPONDE EN LA HERENCIA CUESTIONADA A LOS ALBACEAS
Y A LOS CONTADORES PARTIDORES DESIGNADOS, TENIENDO EN CUENTA LAS
DISPOSICIONES DE BIENES QUE HACE LA TESTADORA.

A *Función de los albaceas.*

El encargo dado por la testadora expresamente, la protección de todos los intereses antes analizados y lo dispuesto en los artículos 901 a 903 del Código civil, determinan para el supuesto que examinamos las siguientes funciones para los albaceas:

1.^a Guardar las llaves de las casas de la testadora, con lo que garantizarán los intereses de los legatarios de bienes muebles y de metálico (incluso contra cualquier sustracción) y serán garantía para la distribución de los bienes, a fijar por los Contadores, entre la porción fideicomitada y los que se hayan de adjudicar para pago de gastos, deudas y legados en metálico.

2.^a Liquidar cuentas y hacer cobros y pagos, cosa que no sólo interesa al heredero actual y a los eventuales fideicomisarios, sino también a los legatarios.

3.^a Administrar la herencia durante el período de ejecución testamentaria en interés de todos los que deriven algún derecho del testamento.

4.^a Retirar efectos y valores en depósito de cuentas corrientes u otras imposiciones. Operaciones de las que se puede decir, igualmente, que resulta evidente el interés de los legatarios.

5.^a Determinar las sirvientas que reúnan las condiciones necesarias

para gozar del legado de y determinar la cuantía a entregar a las sirvientas de la finada que no reúnan aquellas condiciones.

6.^a Enajenar muebles e inmuebles, para pagar gastos, deudas y legados, si el heredero no facilita efectivamente (no basta que meramente lo prometa) dinero para satisfacerlos todos, pues el heredero por su interés contrapuesto a los legatarios no puede señalar el límite del valor de los bienes hereditarios; ni enajenarlos él, con posible perjuicio de los legatarios que no hayan sido íntegramente satisfechos.

B). *Función de los contadores partidores.*

Aplicando a nuestro supuesto la doctrina elaborada por la jurisprudencia, podemos fijarla en las siguientes actuaciones:

1.^a Formar el inventario del caudal, cuidando de precisar las fincas poseídas por la testadora en y todos los demás bienes muebles, inmuebles, valores y metálico que integren el caudal relicto.

2.^a Contar, es decir, valorar el activo y el pasivo. Operación fundamental en la sucesión de que nos ocupamos, especialmente después de la declaración hecha ante Notario por el heredero de «que no cree que hubiera de responder de los legados ilimitadamente», «sino hasta el límite que alcancen los bienes de la herencia». Límite que no puede fijar el heredero unilateralmente, pues es parte con intereses encontrados a los legatarios.

3.^a Distribuir o partir entre sus dos legatarios los bienes legados ubicados en, como reconoce el propio heredero actual.

4.^a Determinar los bienes que se adjudiquen al heredero para pago de las deudas, gastos y legados que satisfaga éste de su propio peculio. Operación particional de la competencia de los contadores partidores según Resoluciones de 9 octubre 1901, 24 junio 1902, 18 agosto 1909, 29 abril 1913, etcetera, etc., e importantísima en nuestro caso, pues supone la delimitación de la porción que quedará gravada con el fideicomiso condicional establecido por la causante.

5.^a En caso de que el heredero no aporte metálico suficiente para realizar los indicados pagos, los contadores partidores deberán señalar los bienes que los albaceas habrán de enajenar para su pago atendiendo la disposición del artículo 903 del C. c. y lo dispuesto por la testadora.

6.^a Cuidar de que en la adjudicación del remanente al heredero actual se haga constar y se especifique en el Registro de la Propiedad en la inscripción de los inmuebles, la afección de los bienes adjudicados a título de herencia al gravamen de su restitución fideicomisaria, en su caso y en su día, a favor de los fideicomisarios condicionalmente designados por la testadora.

La contraposición de intereses entre el heredero actual y los demás interesados en el caudal relicto, evidente en el testamento y que destaca todavía más el heredero con las reservas que hace respecto al pago de los legados dispuestos por la testadora, hacen imprescindible, en cumplimiento de lo ordenado por ésta, la intervención de los albaceas y los contadores partidores, en quienes la causante depositó su confianza.

INFLUENCIA DEL REQUERIMIENTO HECHO POR LOS HEREDEROS CON RESPECTO A LAS FACULTADES DE LOS ALBACEAS Y CONTADORES PARTIDORES: SI HAN QUEDADO REVOCADAS O MERMADAS, O PUEDEN PROCEDER SIN MÁS TRÁMITE A PRACTICAR LAS OPERACIONES TESTAMENTARIAS, QUE A CADA UNO INCUMBEN, SIN NECESIDAD DEL CONCURSO DE LOS HEREDEROS.

Atendiendo a que, como hemos visto:

1.º La voluntad del testador es ley de la sucesión allí donde no choque con normas limitativas.

2.º Las facultades de los albaceas y contadores partidores, dentro de su ámbito y durante su término de actuación, se imponen a la voluntad de los herederos.

3.º En nuestro caso, deben velar unos y otros por el sagrado cumplimiento de la voluntad solemne de la causante y por los legítimos intereses de todos los interesados en el caudal relicto, contrapuestos posiblemente a los del heredero actual.

No ofrece duda que los albaceas y contadores partidores deben obedecer al mandato que la causante les confió, aun en contra de la voluntad de los herederos voluntarios y sin necesidad del concurso de éstos, que si lo riegan deberán soportar todos los mayores gastos y pechar con los perjuicios que con su actitud ocasionaren a los demás interesados en el caudal hereditario y a los ejecutores de la voluntad de la causante.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI

DERECHO CIVIL

I. Parte General.

LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIASTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta el 31 de diciembre de 1960* (Justicia. Orden 12 diciembre 1958; B. O. 23) (1).

Esta disposición se coloca en línea cronológica con las Ordenes de 3 de febrero de 1955 (2), 16 de diciembre de 1955 (3) y 26 de diciembre de 1956 (4).

II. Derecho de Obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: *Se enumeran determinados supuestos que se consideran con carácter general como justas causas para oponerse a la denegación de prórroga fundada en no ocupación de la vivienda durante más de seis meses en el curso de un año* (5) (Justicia. Decreto de 31 de octubre de 1958; B. O. de 26 de noviembre).

Se considerarán justas causas a los efectos del artículo 62, 3.º de la L.A.U., sin perjuicio de las que judicialmente proceda declarar en cada caso:

1.º El nombramiento por Decreto para cargo que determine el pase a la situación de excedencia especial, o que lo determinaría, si el nombrado fuese funcionario público, implicando, en ambos casos, cambio de residencia para el interesado.

2.º El traslado de los funcionarios civiles a lugar distinto de su residencia habitual, siempre que se produzca dentro de los cuatro años precedentes a la fecha en que deban cesar en el servicio activo.

3.º El traslado de los militares durante los cuatro años anteriores a la fecha en que legalmente hayan de cambiar de guarnición por consecuencia de cambio de situación.

4.º La residencia habitual, por razón de destino público o de actividades mercantiles o laborales de carácter privado, en las provincias españolas y plazas de soberanía de Africa.

(2) Vid. A. D. C., t. VIII, f. 2.º págs. 536 y sigs.

(3) Vid. A. D. C., t. IX, f. 1.º, pág. 199.

(4) Vid. A. D. C., t. X, f. 1.º, pág. 189.

(5) Art. 62, 3.º L. A. U., Texto refundido de 13 de abril de 1956.

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAMBIO DE DESTINO EN INTERÉS DEL ESTADO: *Se establecen los requisitos necesarios para que el Estado pueda adquirir inmuebles urbanos u ocupar los que ya sean de su propiedad a fin de destinarlos a la instalación de dependencias o servicios públicos, cuando anteriormente hubieran estado adscritos a servir de hogar familiar* (Justicia. Decreto de 8 de enero de 1959; B. O. 12).

A) EXPOSICIÓN.

1) *Ambito material.*

1') Adquisición por el Estado de edificios que habiendo sido construídos para vivienda vayan a ser destinados a la instalación de servicios o dependencias públicas (art. 1.º).

2') Utilización para instalaciones de los servicios y dependencias públicas de locales que con anterioridad hubieran estado destinados a hogar familiar (art. 2.º).

2) Requisitos.

1') *En general.*—Las indicadas adquisiciones o utilizaciones deberán ser autorizadas por Orden aprobada en Consejo de Ministros, previa instrucción de un expediente en que se acredite la necesidad y conveniencia de la instalación que se pretende y la situación del problema de la vivienda en la localidad, así como la importancia de la transformación atendido el número de edificios que resulten afectados. Los Gobernadores civiles informarán en el expediente en vista del Registro de peticiones (6) y de cualquier otra circunstancia que consideren oportuna (arts. 1 y 3).

2') *Excepción.*—Bastará la autorización mediante Orden del Ministro del Departamento respectivo cuando se trate de viviendas ocupadas por razón de su cargo por funcionarios o empleados de la Administración del Estado en edificios de su propiedad y con oficinas o instalaciones de servicios públicos anejos (art. 4).

B) OBSERVACIONES. Dos cuestiones interesantes plantea el presente Decreto: una, la de su legalidad; y otra, derivada de la anterior, la de su impugnación en vía contencioso-administrativa.

La primera (cuestión sustantiva) hay que resolverla comparando lo que la L.A.U. permite en lo que este Decreto autoriza, a fin de determinar si ha habido o no extralimitaciones.

La disp. ad. 1.ª de la L.A.U. (recogida literalmente en el preámbulo del Decreto) proviene que «hasta que el Gobierno, por considerar aumentar la disponibilidad de viviendas, decrete lo contrario, ningún local destinado anteriormente a hogar familiar podrá ser dedicado en lo sucesivo, de modo principal, a otros fines». La limitación que establece se circunscribe a hogares familiares, concepto al parecer más estrecho que el de vivienda en sentido legal. De entender lo contrario, ésto es, de equiparar ambos conceptos, se excluye toda ulterior discusión, puesto que a tenor del art. 4.º 2 de la L. A. U. «los locales ocupados por dependencias del Estado... serán reputados como viviendas a los efectos de esta ley». Por otra parte, la habitación concedida al Gobierno admite como único fundamento el que éste considere aumentada la disponibilidad de viviendas. Hay que hacer, a este respecto dos precisiones: una, que no es necesaria la desaparición total del llamado problema de la vivienda, sino sólo su mitigación; y otra, que evidentemente no sólo autoriza para decretar el cese en todo el ámbito nacional, sino también (implícitamente) para el levantamiento gradual de la limitación

(6) A que se refiere la disp. ad. 2.ª de la L.A.U.

en cada localidad. Lo que no autoriza la disposición adicional 1.ª de la L.A.U. y, sin embargo, parece permitir el Decreto comentado, es cambiar el destino sobre la base de sobreponer la conveniencia de otros intereses públicos al interés social que protege la indicada norma prohibitiva y que se entiende subsistente y obligado respeto hasta tanto no aumente la disponibilidad de viviendas. Es cierto que el Gobierno es el Organó al que compete apreciar este extremo; pero, parece que incurrirá en vicio de desviación de poder si estimando que tal circunstancia no se ha producido resuelve el cambio de destino en atención a otros fines, aun cuando éstos sean también públicos.

El preámbulo del Decreto busca un nuevo apoyo en el art. 76 de la L.A.U. Este precepto exime al Estado y a otros entes públicos de la carga de justificar la necesidad a efectos del desahucio, bien se trate de viviendas o de locales de negocio, cuando «tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios». No cabe duda que si se estima justificado desahuciar una vivienda (incluso hogar familiar) por necesitarla para oficina o dependencia del Estado, a «fortiori» cuando se trata de local actualmente desocupado. De entenderse así, igual que ocurriría antes al tratar del art. 4.º, 2 de la L.A.U. (aunque por otra vía), quedaría totalmente resuelto el problema. Pero, si se entiende, como parece reconocer el propio Decreto en el párrafo 2.º de su preámbulo, que la disposición adicional 1.ª viene a incidir sobre el propio art. 76, limitando transitoriamente su operatividad, por su base el apoyo que se pretendía. En cualquier caso, lo que sí debe resaltarse es el mayor ámbito del art. 76 en comparación con el Decreto, ya que aquél protege a otros, entes públicos (Iglesia, entre locales y corporaciones de Derecho Público) y éste sólo se ocupa del Estado.

La otra cuestión (adjetiva) es la de su posible impugnación en vía contencioso-administrativa. A este efecto hay que partir de la ilegalidad del Decreto, lo cual, según se ha expuesto, resulta discutible. La impugnación puede actuarse en dos direcciones: directamente contra el Decreto o indirectamente contra los acuerdos del Consejo de Ministros (o del Ministro de que se trate en su caso).

La primera plantea un problema de legitimación de difícil solución en el presente supuesto; hasta el punto de que no parece posible, en la práctica, su impugnación (vid. art. 28 Ley de 27 de diciembre de 1957 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

La segunda sólo puede prosperar si el acuerdo del Consejo de Ministros o del Ministro de que se trate, ajustándose al Decreto, infringe la disposición adicional primera de L.A.U.; pero no, cuando aquellos Organos resuelvan *teniendo en cuenta* «la situación del problema de la vivienda en la localidad y la importancia de la de la transformación, atendiendo el número de aquéllos que resulten afectados» (según ordena el Decreto) y «por considerar aumentada la disponibilidad de viviendas» (conforme autoriza la L.A.U.).

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DEMÁS DE RESPONSABILIDAD LÍMITADA: RESERVAS: IMPUESTO SOBRE EL CAPITAL: *Se suspende la obligación de aportación suplementaria por reservas establecidas en la Ley de 31 de diciembre de 1946 para los supuestos de ampliaciones de capital; igualmente, se suspende la exacción del impuesto que la misma ley creaba para gravar los casos en que no se realizara aportación suplementaria* (Decreto-Ley de 24 de octubre de 1958; B. O. de 1 de noviembre. Para su aplicación se ha dictado la Orden de Hacienda de 13 de noviembre de 1958; B. O. 17).

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: SOCIEDADES DE INVERSIÓN MOBILIARIA: *Se dicta un nuevo régimen jurídico para las Sociedades de inversión mobiliaria que*

pretendan disfrutar de los beneficios fiscales que se establecen; la presente ley deroga y sustituye a la anterior de 15 de julio de 1952 (Ley de 26 de diciembre de 1958; B. O. 29).

DERECHO PROCESAL

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: PROCEDIMIENTOS ESPECIALES: EXTRADICIÓN: *Se regulan los requisitos, el procedimiento y los efectos de la extradición, quedando subsistentes las normas sobre la materia contenidas en la Ley de Enjuiciamiento criminal y disposiciones concordantes* (Ley de 26 de diciembre de 1958; B. O. 29).

OTRAS DISPOSICIONES

I. ENTIDADES ESTATALES AUTÓNOMAS: *Se definen y regulan en sus diferentes manifestaciones: Organismos autónomos, servicios públicos centralizados y organismos creados para la administración de fondos especiales y Empresas nacionales* (Ley 26 de diciembre de 1958; B. O. 29).

a) *Régimen jurídico.*

1) *Ambito material.*

1) *Aspecto positivo.*—«Las disposiciones de la presente Ley son aplicables, con las excepciones que en ella se indican, a las Entidades o Administraciones que tienen a su cargo la prestación de determinados servicios públicos estatales o el ejercicio de actividades de cualquier clase que coadyuven a su realización, mediante el empleo en uno y otro caso de recursos de cualquier índole que no procedan del Presupuesto del Estado o que, procediendo de él, les sean entregados para el cumplimiento de los fines o funciones que les sean propios.

Quedan sometidos a las disposiciones de esta Ley:

A) Los Organismos autónomos (1).

B) Los servicios administrativos sin personalidad distinta de la del Estado, bien se trate de servicios públicos centralizados, dotados total o parcialmente con subvenciones (2), bien de Cajas, Comités, Juntas, Comisiones

(1) El artículo 2.º los define como «Entidades de Derecho público, creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público.

(2) Con arreglo al artículo 3.º, los servicios públicos centralizados... son aquellos que en atención a sus circunstancias, tienen consignada la totalidad o la mayor parte de sus dotaciones, en los Presupuestos Generales del Estado, en forma de subvención, sin la especificación y clasificación por capítulos, artículos y conceptos con que figuran en dichos presupuestos los créditos relativos a los demás servicios públicos centralizados.

y, en general, de Organismos que tengan a su cargo exclusivamente la administración y distribución de fondos (3).

C) Las Empresas nacionales (4) (art. 1.º).

2º) Aspecto negativo: «Las disposiciones de la presente ley no son de aplicación:

A) A las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y a las del Comercio, Industria y Navegación.

B) A las Organizaciones de Regentes, reconocidas por la legislación de Aguas.

C) A las Entidades oficiales de seguros sociales obligatorios y complementarios de la previsión social.

D) A las entidades oficiales de seguros privados en cuanto a las operaciones técnicas que realicen derivadas de la recaudación de primas y del pago de indemnizaciones.

E) Al Instituto Nacional del Libro.

F) Al Instituto Español de Moneda Extranjera en cuanto a las operaciones técnicas que tenga a su cargo» (art. 5.º).

2) *Ambito temporal.*—«La presente ley entrará en vigor desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado...*» disp. final 1.º).

3) *Derecho supletorio.*—«Las disposiciones de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública y las complementarias, modificativas o interpretativas de la misma, regirán como derecho supletorio...» (disposición final 3.º).

b) *Organismos autónomos.*

1) *Creación.*—«... habrá de ser autorizada siempre por una ley» (artículo 6.º, 1).

2) *Regulación.*—«Salvo precepto expreso en contrario... se regirán por sus disposiciones peculiares en cuanto estén conformes en las normas que para ellos se establecen en la presente ley» (art. 6.º, 2).

3) *Competencia y capacidad.*—«Los Organismos autónomos no podrán realizar funciones que no les estén expresamente asignadas en sus disposiciones funcionales o en las que en lo sucesivo se dicten para modificarlas, ni dedicar sus fondos a finalidades distintas de los que constituyan (su objeto...)» (art. 7.º).

4) *Prelación.*—«... tienen derecho de prelación, en concurrencia con otros acreedores, excepto el Estado y los que lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en un Registro público, para el cobro de las cuotas que les correspondan como consecuencia de la aplicación de los recursos, tasas y exacciones que tengan establecidos» (art. 16).

(3) «Los Organismos creados para la administración de fondos especiales son aquéllos que tienen a su cargo, exclusivamente, la gestión de recursos destinados a la dotación complementaria, de los gastos de personal y material de algún servicio público. Si su actuación se extendiera al cumplimiento de finalidades distintas... tendrán a los efectos de... esta ley, la consideración de Organismos Autónomos» (art. 3.º, 2).

(4) «... son aquéllas creadas por el Estado, directamente o a través de Organismos autónomos para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas» (art. 4.º).

5) *Prerrogativas procesales.*

1') *Acción ejecutiva.*—Las disposiciones sobre la materia de la Ley de Administración y Contabilidad (5) para la Hacienda pública son aplicables a la cobranza de los créditos de los Organismos autónomos que procedan de sus ingresos de Derecho público (art. 17, inciso primero) (6).

2') *Exención de la ejecución procesal.*—«Las obligaciones contraídas por los Organismos autónomos no podrán ser exigidas por el procedimiento de apremio, excepción hecha de los créditos liquidados a favor de la Hacienda pública y de los asegurados con prenda o hipoteca. En su consecuencia, el cumplimiento de las resoluciones firmes de toda clase de Autoridades y Tribunales de los que se deriven responsabilidades y obligaciones económicas a cargo de dichos Organismos, corresponderá exclusivamente a éstos...» (artículo 13).

6) *Bienes.*—Los que «el Estado adscriba a los Organismos autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria. Los Organismos que reciban dichos bienes no adquieren su propiedad...» (art. 10).

7) *Contratación y ejecución directa de obras y servicios.*—Se acomodará a lo dispuesto en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública y demás disposiciones aplicables al Estado, con algunas modificaciones y excepciones que se especifican (arts. 41 al 48).

8) *Impugnación de actos.*

1') *Actos sujetos al Derecho administrativo.*—«Contra los actos y disposiciones generales... que sean firmes en vía administrativa podrá interponerse recurso contencioso administrativo con arreglo a... la ley de dicha jurisdicción» (art. 77, 1).

2') *Actos no sujetos al Derecho administrativo.*—Los interesados podrán ejercitar ante la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, en la misma forma y con los mismos requisitos que si se tratara de la Administración centralizada. La reclamación previa a la vía judicial se dirigirá siempre al Organismo supremo del Organismo, y la decisión se acordará por éste si, con arreglo a las disposiciones orgánicas por que se rija, tuviese competencia para ello, y, en otro caso, por el Ministro Jefe del Departamento de que el mismo dependa (art. 78).

c) *Servicios administrativos sin personalidad jurídica.*—Se regirán por las mismas disposiciones aplicables al Estado, salvo las excepciones que determina esta ley (art. 84).

d) *Empresas Nacionales.*

1) *Regulación.*—Se regirán, en general, por las normas del Derecho mercantil, civil y laboral (art. 91).

2) *Forma.*—«... habrán de ser constituidas precisamente como Sociedades Anónimas de fundación simultánea a su creación, y la participación que tengan en su capital el Estado o los Organismos autónomos deberá ser

(5) De 1.º de julio de 1911.

(6) «Los procedimientos a que hayan de acudir para hacer efectivos los demás créditos se ajustarán a las normas establecidas por los Derechos civil y mercantil» (art. 17, i, f).

siempre mayoritaria salvo que por la Ley se autorice expresamente una menor participación» (art. 92, 1).

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Se señalan los procedimientos especiales, por razón de su materia, que continúan en vigor después de la publicación de la Ley de 17 de julio de 1958, reguladora del procedimiento administrativo* (7) (Presidencia. Decreto de 10 de octubre de 1958; *Boletín Oficial* del 28).

«Se consideran procedimientos administrativos especiales a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 los siguientes:

- 1.º Los procedimientos en materia de expropiación forzosa (8).
- 6.º Los procedimientos especiales en materia de gracia del Ministerio de Justicia.
- 7.º Los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecario y Notarial, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión.
- 8.º El procedimiento sobre nacionalidad.
16. El procedimiento ante las Juntas de Detasas.
17. El procedimiento de disciplina académica.
21. Los procedimientos relativos a la propiedad industrial en sus diversas modalidades.
27. El procedimiento de desahucio administrativo.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Se fija el horario mínimo de despacho al público en oficinas del Estado* (Presidencia. Orden de 8 de noviembre de 1958; B. O. del 13).

El horario mínimo será de diez a una y media de la mañana, todos los días laborables en las oficinas de la Administración del Estado y sus organismos autónomos en todo el territorio nacional, salvo en las de Caja que hayan de sujetarse a horarios bancarios y que, por tal motivo, podrán adelantar su hora de cierre.

Para establecer un horario mínimo diferente será preciso justificar debidamente la necesidad en el correspondiente expediente, que será resuelto por la Presidencia del Gobierno, publicándose dicho horario mínimo especial en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la Provincia en que radique la oficina de que se trate.

4. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD (COLEGIO NACIONAL DE): *Se aprueba el nuevo Reglamento* (Justicia. Orden 15 octubre 1958; B. O. 30).

5. AGUAS: POLICÍA: *Se dicta el Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces, en desarrollo de lo autorizado por la Ley General de Aguas de 13*

(7) Vid. exposición y comentarios a esta Ley en A. D. C., t. XI, f. 4.º, páginas 1198 y sigs. Teniendo en cuenta la heterogeneidad de la materia administrativa, el artículo 1.º de la Ley de 17 de julio de 1958 asignaba carácter supletorio a sus normas de procedimiento, en defecto de las que regulan los procedimientos especiales, y el párrafo 3.º de la disposición adicional 1.ª determinaba un plazo de tres meses para que el Gobierno enumerase estos procedimientos especiales.

(8) Vid. A. D. C., t. IX, f. 1.º, págs. 201 y sigs.

de junio de 1879 arts. 226 y 227) (Obras Públicas. Decreto 14 noviembre 1958; B. O. 2 diciembre).

6. MINAS: HIDROCARBUROS: *Se dispone un régimen jurídico especial, quedando como supletoria la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 (Ley 26 diciembre 1958; B. O. 29).*

7 PLAN DE URGENCIA SOCIAL DE BARCELONA: *Se adaptan las normas de la Ley de 13 de noviembre de 1957, reguladora del Plan de Urgencia Social de Madrid a Barcelona (Vivienda. Decreto 21 marzo 1958; B. O. 1 abril) (9).*

8. PLAN DE URGENCIA SOCIAL DE ASTURIAS: *Se adaptan las normas de la Ley de 13 de noviembre de 1957, reguladora del Plan de Urgencia Social de Madrid, a la provincia de Asturias (Vivienda. Decreto 10 octubre 1958; B. O. 30) (9).*

(9) Vid. Ley 13 noviembre 1957, en A. D. C., t. XI, F. 1.º, pág. 278.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BELTRAN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo: «La obligación legal de alimentos entre parientes». Salamanca, 1958. Publicaciones de la Universidad Acta Salmanticensia (Derecho, t. III, núm. 3), un vol. de 62 págs.

El joven profesor, y hoy catedrático de Derecho civil, ha publicado una monografía sobre los «alimentos», aunque de propio intento haya acotado su trabajo a los llamados, por la doctrina, *ex lege*, es decir, a aquellos que el ordenamiento jurídico impone en base a una relación de familia o parentesco. Han quedado excluidos de su estudio las figuras de la deuda de alimentos, correspondientes (según el título de su creación) al negocio jurídico unilateral (testamento, legado) y bilateral (contrato), *ex gratitudine* (donación) y *ex delicto* (como consecuencia de un acto ilícito). Se trata, pues, en esta obra de la sistematización y análisis de la deuda de alimentos entre parientes recogida por el Código civil. Para ello, divide, en ocho epígrafes fundamentales, su estudio.

Dentro del primero, correspondiente a «delimitación» hace referencia a las siguientes cuestiones: a) El deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente y la obligación legal de alimentos entre parientes. b) El deber de los padres de alimentar a los hijos no emancipados y la estricta obligación legal de alimentos entre ascendientes y descendientes. c) La prestación alimenticia del donatario y la estricta obligación legal de alimentos. d) La obligación legal de alimentos entre parientes y el aseguramiento de los medios de subsistencia de una persona mediante acto «inter vivos» y «mortis causa».

El segundo epígrafe responde al concepto y caracteres de la obligación legal de alimentos entre parientes. Se especifica que es una obligación legal, que es de cumplimiento recíproco, no susceptible de compensación, que es irrenunciable, intransmisible, no susceptible de transacción ni compromiso, que es gratuita, así como el estudio de su naturaleza jurídica.

El epígrafe tercero trata el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes. El cuarto se refiere a los presupuestos de dicha obligación: a) el vínculo de parentesco; b) el estado de necesidad en el alimentario; c) la posibilidad económica en el alimentista.

El epígrafe quinto contiene las materias que hacen referencia a los sujetos de la obligación legal de alimentos entre parientes, analizándose las siguientes cuestiones: 1) *Parentesco legítimo*: a) La obligación alimenticia entre cónyuges. b) La obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes legítimos. c) La obligación alimenticia entre padres e hijos legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de éstos. d) La obligación alimenticia entre hermanos. 2) *Parentesco natural*. 3) *Parentesco ilegítimo*. 4) *Parentesco legal*.

El sexto epígrafe trata del concurso de varios sujetos en la obligación legal de alimentos, analizándose lo referente al concurso de varios obliga-

dos a la prestación de alimentos y el concurso de varios sujetos con derecho a alimentos. Por último, los epígrafes séptimo y octavo, se refieren al objeto y cuantía de la prestación de alimentos y a la extinción de la obligación legal de alimentos.

He aquí el panorama de cuestiones de la obra cuya tesis central es la ya expuesta por la doctrina italiana, de que el fundamento de la obligación legal de alimentos está en el derecho a la vida, configurado como un «derecho de la personalidad» (1). Cree que una de las características propias de la obligación alimenticia es que la hacen incompatible con la naturaleza de la típica y pura obligación patrimonial. Pero ello no es obstáculo, afirma, para que el «contenido» de la obligación alimenticia sea estrictamente «patrimonial», es decir, económico. Son valores económicos, son prestaciones de contenido patrimonial las que debe realizar el alimentista: alimentos, vestido, habitación, etc. Y se deben prestar, precisamente, porque el alimentario carece de patrimonio, se encuentra en estado de necesidad y está necesitado de valores económicos. Por paradójico que parezca —concluye— la obligación alimenticia contiene una prestación con un contenido más acusadamente patrimonial que la mayoría de las obligaciones patrimoniales.

Sin embargo, echamos de menos en la obra reseñada una serie de cuestiones que permitirían aclarar este aspecto del contenido patrimonial de la deuda de alimentos tales como el estudio de la necesidad según una situación determinada, la causa específica de la deuda, los problemas que plantea la facultad de opción (en especie, y en casa del alimentado, o en dinero) en la prestación de alimentos, las cuestiones de concurrencia entre alimentistas y alimentantes, los debidos en el extranjero y entre extranjeros, y la consideración especial de la cuantía de las alteraciones monetarias.

Hubiera sido también de interés tener en cuenta la opinión de los clásicos en materia de alimentos, tanto la insuperable obra de Surdus, como las de Gentius, Colerus y Castillo de Sotomayor. Para el Derecho español se ha prescindido de los estudios de Monzón, Garia Alejaldre, Mirette, Otto y Crespo, Gómez de la Serna, Ferrer Picabia, Rico Gambarte, Alvarado, García Fernández, Puig Peña, Prieto Castro, Ortega, Barthe Porcel, Piat y Herce.

No obstante, su estudio brilla por las dotes de clara exposición y buena sistematización de las cuestiones tratadas.

JUAN HERNÁNDEZ CANUT

HELLMER: «Systematik des Bürgerlichen Rechts und angrenzender Gebiete». Berlín, 1958. Edit. Duncker y Humblot. Un vol. de 125 págs.

Los civilistas alemanes son conscientes del nuevo camino recorrido por el Derecho en estos últimos cincuenta años. La aparición de nuevos esquemas y el establecimiento de nuevas normas ha conducido a una problemática de nuevos planteamientos. Es curioso observar cómo la dogmática tradicional resiste a las más duras pruebas y es la que menos ha sufrido con

(1) Vid., especialmente, TEDESCHI: «Gli. Alimenti», en Trattato, de Vasolli, I-2.

las alteraciones y cambios. Los cuadros pandectista se siguen respetando y se aplican aunque las nuevas fuerzas y situaciones los vigoricen y renueven.

El tener que resolver los problemas cotidianos, los conflictos de intereses creados por una nueva situación económica y política ha repercutido en las nuevas directrices legislativas. Las distintas relaciones y poderes sociales sitúan al hombre, y su medio jurídico, ante imperativos, renunciadas y mermas a su libertad. Por un lado, se pretende una igualdad absoluta a costa, precisamente, de obtener relativas libertades, sin que se consigan las metas propuestas. Por otro lado, reina el empirismo más craso con el oscurecimiento de los principios éticos y la estrechez de los horizontes espirituales.

Los dos sectores jurídicos mundiales más influyentes, el que pretende una anglosajonización de la jurisprudencia continental europea, y el que sigue la perspectiva ideal del sistema romano-cristiano, se debaten por el logro de una expresión jurídica que armonice las conquistas sociales de nuestro tiempo.

Los sistematizadores y teóricos, tales como el autor del libro que hoy reseñamos, pretenden llevar a esquemas didácticos las nuevas conquistas y posturas. Desde que la pandectística decimonónica deslindó claramente los objetivos públicos y privados de la esfera personal de los individuos en sociedad, hasta las diferentes escuelas y posiciones actuales, no se ha dejado de estudiar las cuestiones de integración y de divergencia que ello entraña. La propia fuerza de la vida ha rebasado los esquemas y parcelas que el teórico había cuidadosamente elaborado, y el civilista se encuentra hoy inmerso dentro de terrenos que desde décadas no había entrado o que por purismo había soslayado.

Actualmente sucede lo contrario. El civilista tiene que sopesar los diversos elementos sociales y todos ellos confluyen para el juicio de su norma y decisiones. La sociedad moderna, advertirá HELLMER, en su obra, no es desde largo tiempo una mera reunión de individuos que se mantiene por una finalidad conjunta. Son muchas y diversas las fuerzas sociales que actúan, como el arte, la ciencia, el Estado y la Iglesia, las fábricas y las industrias, la economía y la política, el Derecho y la legislación, la justicia y la administración, la ciencia y la técnica, los partidos y las comunidades, los órganos de la opinión pública, la prensa, la radio y el cine. Hoy ya no hablamos del señor López y del señor Pérez como pertenecientes a la sociedad, dice este autor, sino que pluralizamos de estos señores como miembros de ella. Falta, en definitiva, el valor individual dentro del conjunto social.

Todo ello es importante para este autor y juega un papel especial para el Derecho. Hasta hace poco, los tres campos más característicos del Derecho eran el administrativo, el civil y el penal. Actualmente nuevos territorios han aparecido: el fiscal, el económico, el social, el arrendatício, el laboral y el de la inventiva o autoría, sobre los cuales no se sabe a ciencia cierta cuál debe ser su mejor encuadramiento y ordenación. Esta singular ampliación o ensanchamiento del Derecho ha repercutido en los planes de enseñanza. Su conocimiento se impone aún en las especializaciones más diversas y desde los grados más elementales hasta los más superiores: el Derecho es el patrón o dueño del poder social, concluirá HELLMER. Para

este autor, el origen del Derecho no es anterior a la sociedad. Las relaciones de los individuos entre sí tienden a crear las situaciones de paz y de libertad. Un orden de paz es el Derecho. Así para él, toda modificación social supone en primera línea una modificación de su Derecho. Cree que no existe la ciencia sin el Derecho, puesto que la ciencia es un poder social que sólo se puede lograr en la paz social. De ahí que el Derecho sea dependiente de los demás poderes sociales.

Para HELLMER, la significación del Derecho está en que es un punto de vista de la libertad y de la realización vital del individuo. Ahora bien, si en la etapa anterior a nuestro actual clima es la de un desarrollo de la *individualidad*, hoy en día estamos ante la del señorío de la *colectividad*. Pero el Derecho está en nuestra sociedad, según este autor, porque es un producto de nuestro espíritu, de la voluntad y no de la naturaleza del hombre, sino de los poderes sociales. HELLMER saca la consecuencia de que las leyes no son siempre Derecho y el Derecho no necesita de las leyes. Cree que el espíritu humano, desde todas sus facetas, puede ser el poder creador del Derecho legal, y dentro de todos los ámbitos científicos las normas de paz y de orden social contribuyen a la creación del mismo.

Hasta aquí se puede apreciar el pensamiento del autor en torno a la consideración de las actuales fuerzas sociales que desbordan al civilista tradicional y que le obligan a enmarcar en los viejos cuadros, o en otros nuevos, las figuras que se presentan. Su intento no deja de ser original, aunque sus ideas son muy discutibles. Ante todo, el autor ha tratado de dar a los iniciadores en el estudio del Derecho privado una serie de conocimientos jurídico-civiles, una visión panorámica, concentrada y sistematizada de los ingredientes y elementos más fundamentales que lo componen. No obstante, la síntesis esquemática que presenta de las instituciones del Derecho civil alemán, y de sus nuevos territorios desglosados, se acoje a la sistemática pandectística, presentando la «Parte General» del B. G. B., y de sus dos partes más evolucionadas: el «Derecho de obligaciones» y el «Derecho de cosas». Se añaden, además, los esquemas de la materia mercantil, procesal, laboral y del Registro de la propiedad.

En definitiva, se trata de una visión sintética y compleja del Derecho privado realizada por un profesor adjunto alemán, atento a las necesidades y exigencias reales de las generaciones estudiosas, acuciadas por una visión un tanto rápida y simplista, al modo de la vida universitaria de nuestro tiempo.

J. BONET CORREA

Le rôle de la volonté dans le Droit. Paris, 1958. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Un vol. de 270 págs.

El papel o función que desempeña la voluntad en el Derecho es el título de una obra colectiva que constituye una nueva serie de los «Archives de Philosophie du Droit».

La doctrina jurídica francesa siempre ha tratado con preferencia el tema de la voluntad y también con un método propio. Conforme a sus tenden-

cias individualistas, conforma toda su controversia e investigación sobre el problema central de la autonomía de la voluntad, en parangón con otras tendencias europeas, especialmente en contraste con la doctrina jurídica alemana. Esta última se esfuerza en construir toda una dogmática alrededor de la voluntad de las partes, mediante un análisis objetivo de la misma y de sus manifestaciones.

En general, se advierte una tónica en estos estudios de la doctrina francesa sobre la voluntad: la añoranza ante la decadencia actual del voluntarismo jurídico. La crisis de la voluntad, de su principio más fundamental, el de la autonomía privada, se ve acosado y sustituido por el voluntarismo estatal. En la vida pública de las relaciones privadas el contagio es también patente; la contratación en masa obliga a actuar con un sistema de voluntad dirigida, dictada por una de las partes. Ha desaparecido del voluntarismo jurídico clásico lo que pudiéramos llamar el intercambio de voluntades discutible, armonizado y concordante. Ante las planificaciones actuales se cuenta tan sólo con el plan general de desarrollo, con la apetencia de una de las parte, restando para la otra únicamente un mínimo de intervención, ya para su adhesión o bien para su repulsa. El jurista actual, en la mayor parte de los casos, es un compromisario de esta planificación y la fuerza de los hechos y de la situación le impide discernir la justicia o injusticia de los casos. La crisis de los dogmas clásicos de la voluntad es bien patente.

El volumen está dividido en tres partes. La primera tiene los cinco estudios fundamentales de la obra, que firman los prestigiosos profesores siguientes: ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*; BATAIFFOL, *Le rôle de la volonté en Droit international privé*; VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*; TERRE, *Volonté et qualification*; RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemands du XIX^e siècle*.

La segunda parte de la obra contiene crónicas y estudios, concluyéndose con una tercera dedicada a bibliografía.

J. BONET CORREA

MELON INFANTE, Fernando: «La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial». Bosch, editor. Barcelona, 1958. 193 págs.

La presente monografía es la tesis doctoral presentada por su autor para el correspondiente ejercicio del supremo grado universitario en la Universidad de Madrid. Tema perfectamente acotado, como conviene a tal intento, y que se desarrolla, sin un solo fallo lógico, con rigor de sistema, a todo lo largo de la exposición. Tal es el primer juicio que comienza mereciendo la obra que vamos a comentar.

El tema que se estudia es muy concreto: el artículo 85 del Código de Comercio. En la introducción nos dice el autor, con razón, que ha merecido muy poca atención de los comentaristas del Derecho mercantil, sin duda a consecuencia de su aparente sencillez. La bibliografía que acompaña al libro, sea en notas o en el correspondiente apéndice final, lo demuestra también.

Tampoco la Jurisprudencia patria ha tenido ocasiones para interpretarlo y aplicarlo. El autor señala solamente dos sentencias (de 21 de mayo de 1919 y de 19 de junio de 1945) como interesantes; y aun siendo tan pocas son marginales de los problemas que el autor ha sabido desvelar y resolver. Ciertamente, pues, esta obra era necesaria para iluminar todos los aspectos de la irreivincabilidad de las adquisiciones de mercancías en los establecimientos mercantiles.

Desde luego, produce no poca perplejidad que un artículo de apariencia tan sencilla como el 85 de nuestro Código de Comercio haya dado materia —y, por cierto, elaborada en muy bueno y conciso estilo forense— para casi doscientas páginas. Pero es que Melón Infante no ha omitido nada que pudiera ser importante para su intento. La obra consta de tres partes. La primera —«historia de la norma»— es de un alto interés. Tanto, que después de destacar lo que importa de los derechos romano, germánico y francés, viene a demostrarnos algo que ni siquiera se había apuntado antes: Que el artículo 85 del Código de Comercio constituye nada menos que la culminación o broche de un «sistema típicamente español», en materia de irreivindicabilidad de mercaderías (pág. 57). Esta afirmación resulta fundada en un exhaustivo recorrido por todos los Fueros locales de nuestra Edad Media, sobre los cuales estima —como los profesores Valdeavellano y Merea— que «los principios germánicos rigieron en nuestro Derecho de la Reconquista» (pág. 53). Tratando concretamente de estos, en su relación directa con el tema que le ocupa, Melón Infante observa muy certeramente que la recepción del romanismo a través de las Partidas del rey sabio no fué efectiva, como fuerza legal, hasta el Ordenamiento de Alcalá; pero aun entonces, como las partidas quedaron como derecho supletorio, en materia de adquisición de mercaderías, siguieron vigentes los principios germánicos que estaban patentes en numerosos fueros. Sin embargo, el avance doctrinal del romanismo reconoce el autor que fué incesante y señala que en el siglo XIX (obra de Asso y De Manuel) había triunfado ya plena y absolutamente. En el Proyecto de Código de Sainz de Andino no había ni restos de aquel sistema, pero sí en el de García Goyena. La redacción dada al artículo 85 vino a representar una resurrección, en toda su fuerza, del sistema español de la irreivindicabilidad (pág. 85).

En la segunda parte —«condiciones de aplicación de la norma»— hace Melón Infante un estudio de los requisitos que, según su criterio, no siempre coincidente con el de las autoridades en la materia, contiene tal precepto, y que son: 1.º, que la adquisición se lleve a efecto en almacén o tienda; 2.º, que exista buena fé en el adquirente, y 3.º, que el objeto de la adquisición sea una mercadería (pág. 92). En el desarrollo ordenado y consecutivo de cada uno de estos tres puntos mantiene tesis muy bien fundadas. Así, las conclusiones descriptivas sobre tiendas y almacenes (pág. 101); la aplicación del precepto a las compraventas civiles, y no sólo a las mercantiles (págs. 107 y 108); la exigencia del requisito de la buena fe, contra la opinión del profesor Garrigues y al lado de la de Gay Montellá, pero fundándolo en un elenco de razones históricas, lógicas, morales y literales; el supuesto de aplicación del artículo 464 del Código civil en vez del artículo 85 del Código de comercio (pág. 143), etc.

La tercera parte —«eficacia de la norma»— se dedica, en dos apartados, a dilucidar el efecto esencial o principal, es decir, la irreivindicabilidad a favor del adquirente, y el efecto secundario o derivado, la extinción de la propiedad de la mercadería por el que era su primitivo propietario. En este punto es digno de ser destacado el interés que presta al autor a los problemas que pueden derivarse de la relación o interferencia del precepto mercantil comentado con el artículo 22 de la Ley de Hipoteca mobiliaria de 1954, apoyándose, para este concreto caso, en los muy documentados estudios que a la cuestión dedicaron Vallet de Goytisolo, Gómez Acebo y Camy, entre otros.

Melón Infante concluye su interesante y valioso estudio haciendo una propuesta de nueva redacción del artículo 85 del Código de Comercio y caracterizándolo como precepto de Derecho necesario (no dispositivo) y afirmando que en todo caso deberá ser aplicado por el Juzgador en virtud del principio *iura novit curia* (pág. 173).

En síntesis, una obra digna del premio extraordinario que la Facultad de Derecho de Madrid le ha otorgado recientemente.

DR. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

Catedrático de Derecho Mercantil

Resultado de la encuesta sobre «Formas típicas o tradicionales de la contratación del disfrute de la tierra o del ganado», realizada por los alumnos en los cursos de 1948-49 al 1954-55, bajo la dirección del profesor titular ilustrísimo señor don Manuel María de Zulueta y Enríquez. Un vol. de 128 páginas. Madrid, 1958.

Instituto Nacional Agronómico, Escuelas Técnicas Superior de Ingenieros Agrónomos, Cátedra de Derecho Agrario.

I. El ingeniero agrónomo y doctor en Derecho Manuel María de Zulueta y Enríquez, tuvo, en verdad, una feliz iniciativa al promover esta encuesta cuyos frutos se nos ofrecen hoy en la publicación reseñada. Hacía falta en España actualizar el mapa de nuestro Derecho Agrario vivo o consuetudinario, realizando para ello una nueva explotación de la realidad social. En los libros de Derecho civil, e incluso en los que especialmente se consagran al tema de los arrendamientos o de las aparcerías, sus autores estimaban obligatorio incluir un capítulo sobre «formas de estos contratos que se practican en las diversas regiones españolas», pero el relleno de unas cuantas páginas lo venían realizando con la copia de obras anticuadas ya, si bien, por ello, no menos meritorias, como las de Costa o las diversas Memorias de carácter regional en que venían recogidas colecciones de tipos contractuales (1).

El paso hacia adelante, la renovación en esta materia puede decirse que, en gran medida, la consigue este trabajo aquí comentado; aunque se pre-

(1) Por ej. la de Ruiz-Funes, *Derecho Consuetudinario y Economía popular de la provincia de Murcia*. Madrid, 1916.

sente como tarea escolar, realizada por ingenieros y no por juristas, es obvia su enorme utilidad desde el punto de vista del Derecho Agrario, el gran valor de orientación y guía que puede tener para el legislador, para el juez, para todo quien guste de conocer el Derecho en su totalidad viviente y no sólo en esa cristalización parcial que representa la Ley.

II. Para el romanticismo, la costumbre en su variopinta realidad regional, era la fuente del Derecho por excelencia; ligada con las ideas de pueblo y raza, sublimada por el misterio que rodea su creación, la costumbre parecía la norma ideal, por su perfecta adaptación a la realidad. Sin embargo, la codificación, como es sabido, representó en sí misma, el triunfo de la *lex scripta* y nuestro artículo 6.º se cuidó mucho de subrayar la superioridad de aquélla sobre la costumbre al no admitir a ésta más que como coadyuvante o supletoria, pero no *contra legem*.

En la reacción que se produce modernamente contra el espíritu individualista del Código, se manifiesta, por una parte, la revancha de los Derechos forales y, por otra, de la costumbre, a la que éstos daban por cierto gran beligerancia. Asistimos, pues, a una exaltación de lo consuetudinario, pero tal vez no al modo romántico considerándolo como superior a la Ley, como la creación del genio popular, etc.; lo consuetudinario interesa hoy, porque se aspira a una visión total del Derecho. Este no se encuentra en los Códigos, sino en la vida; se habla así de «derecho vivo» o «viviente» recordando la famosa frase de Ihering —sólo lo que se aplica efectivamente en la realidad es Derecho—. Se contraponen, pues, la Ley que se ha hecho letra muerta a aquella otra que, encajada en la realidad, se vivifica a diario con la aplicación. Es esta contraposición la que interesa, aparte de aquella otra entre D. escrito y D. consuetudinario; también hay costumbres en desuso, que fueron y ya no son, del mismo modo que existen normas olvidadas. La dirección del «legal realisme» o de la «jurisprudencia sociológica» o «experimental», del «Derecho vivo», significan, a mi modo de ver las cosas, un nuevo planteamiento de la cuestión. Nos interesa saber lo que ocurre en la realidad cotidiana, cómo las partes usan de la libertad de pacto, qué direcciones adopta la composición de intereses contractual, hasta qué punto las leyes son respetadas y practicadas y en qué medida se las ha preterido o, incluso, se las vulnera derechamente o por inaplicación.

Frente al optimismo de los exégetas, frente a la soberbia del conceptuismo, se impone hoy la vuelta hacia la realidad. Afirmaba yo en un trabajo que el Derecho del XIX había olvidado la «circunstancia» en que vive el hombre; pues bien, a esa «circunstancia» (yo soy yo y mi circunstancia) pertenece también el Derecho que efectivamente se vive.

El Derecho Agrario, como inscrito que está en la reacción de los hechos contra el Código, se apoya en esta vuelta a la realidad y así va a descubrir en ella un arsenal riquísimo de instituciones peculiares, un Derecho del campo distinto del vivido en la ciudad. A este nuevo espíritu se debe, sin duda alguna, la obra que estoy comentando.

III. Como se deduce de todo lo expuesto, los métodos de observación alcanzan ahora gran valor; la estadística, la encuesta, la simple descripción, si se quiere, cuentan como factores del trabajo jurídico.

El método seguido, en este caso, ha sido el de la encuesta, o sea que,

atendiéndose los alumnos a unos criterios básicos, han indagado en una serie, bastante extensa y representativa, de comarcas agrícolas, cuáles eran las formas de los contratos aplicados; han realizado una serie de «catas» o «tomas» dentro de la superficie amplísima del agro español; el resultado de todo ello es lo que ahora se publica en este volumen, precedido de un resumen que, para cada contrato, traza el director de la encuesta señor Zuñeta.

Claro está que una representación total de la realidad española hubiera sido más interesante, pero hay que reconocer las dificultades, prácticamente invencibles, que hubiera tenido; siempre pecaría de incompleta o inexacta y, además, hubiera perdido efectivamente en rigor y finura de percepción. El cuadro que aquí se nos presenta resulta bastante completo y, como he dicho, representativo, pues hay algo de todas las regiones y, dentro de éstas, de las principales comarcas.

El que la encuesta se haya llevado a cabo por técnicos y no por juristas es indudable que le merma algún valor (jurídico), pero la verdad es que los contratos o formas de explotación de la tierra son algo que concierne no sólo al Derecho, sino también a la Economía y a la Sociología; además, si los juristas no lo hacen, no ha de extrañarnos que lo hagan los demás. Los juristas actuales no se dignan ocuparse, en muchos casos, de los problemas nuevos; prefieren los temas clásicos y tradicionales. De ahí que en la vida moderna se observe el curioso fenómeno de una intervención cada día mayor de los técnicos en cuestiones jurídicas, cosa que no deja de ser preocupante. Yo pienso en las ventajas que tendría una obra de este tipo realizada por el Notariado español, un informe correspondiente a cada distrito notarial sobre los contratos allí practicados, una labor, pues, mucho más amplia y realizada por juristas especializados en el conocimiento directo de la realidad.

IV. Entrando ya en el contenido de la obra, aludiré una vez más a su apasionante interés. Los ojos descansan con la lectura de un trabajo informativo, repleto de curiosidades, coloreado por el costumbrismo de las regiones, esmaltado de una terminología campesina llena de gracia y de carácter.

El objeto de la encuesta se nos aparece amplio: contratos de arrendamiento, de aparcería, contratos para efectuar plantaciones arbóreas o arbustivas, de cesión de tierras para efectuar mejoras, de arrendamiento de ganado, de aparcería pecuaria, de cesión de tierras.

Una buena idea ha sido el estudio del arrendamiento que, sólo con error, puede considerarse como un contrato regulado casi íntegramente por la Ley; las leyes arrendaticias, no obstante su acusada obligatoriedad, no dejan de sufrir las amputaciones y adaptaciones que exigen en cada caso las peculiaridades comarcales. Hay normas imperativas, como las de la renta bloqueada y dirigida administrativamente, que, en algunas regiones no se aplican; ¡qué gran lección!, las partes prefieren hacer honor a su palabra o a la de sus antepasados, antes que acogerse a un beneficio sobre cuya justicia habría mucho que hablar. La mayoría de los informantes, constatan la tendencia hacia la desaparición del arrendamiento. El proceso de compra de las fincas arrendadas por los colonos era algo que existía en la vida real antes de que lo consagrara la Ley de 1954; siempre que los cultivadores han dis-

puesto de numerario, han comprado la tierra y con razón se alude en la encuesta a aquella época del mercado negro en que muchos campesinos hicieron dinero.

Muy variadas resultan las formas de aparcería recogidas, lo mismo agrarias o de cultivo que pecuarias. Pero en todas ellas se observan ciertas constantes subrayadas por Zulueta en el resumen; por ejemplo, la participación del propietario o concedente no supera nunca el cincuenta por ciento de los productos. Cuando sólo se aporta el trabajo por una parte, generalmente es un tercio de los frutos y cosechas lo que viene a sustituir al salario. La aparcería, en cambio, no está en decadencia, sino que, según los informantes tiende a propagarse como refugio que buscan los propietarios frente al régimen arrendaticio. Cierto que la aparcería puede convertirse en arrendamiento, pero esta norma —absurda en cuanto divide el cultivo, al referir la conversión a la parte proporcional de tierra— no ha tenido gran aplicación práctica. La aparcería vive inmersa en el Derecho de costumbres y las partes, que la contratan sobre bases de confianza mutua y de buena fe, no suelen hacer uso de los derechos que la Ley ha establecido en contra o al margen de nuestro magnífico Derecho consuetudinario.

La aparcería es un contrato para épocas de crisis jurídica y de crisis monetaria; no nos ha de extrañar pues su empleo en nuestros días; con todo, más bien que hacia la aparcería los propietarios tienden al cultivo directo, porque también en aquel contrato temen la evolución favorable al cultivador.

Por cierto, que en la lista de los contratos investigados por los alumnos de la Cátedra de D. Agrario, encuentro a faltar lo que yo llamaría contratos de realización de faenas a la parte; no se refieren al disfrute de la tierra, no sirven para basar en ellos la realidad de la empresa agraria, pero son de gran interés; constituyen una rama de la gran familia de los contratos parciarios. Es por ejemplo, el caso de la trilla realizada por máquina a un tanto por ciento del trigo obtenido, o la recogida de aceitunas al tercio... En relación con éstos, se hubiera podido estudiar el contrato de trabajo agrícola; se hubiera observado la tendencia a convertirse en un contrato a la parte; como en muchos casos se mixtifica de aparcería: el obrero agrícola tiene derecho a sembrar x kilogramos de trigo, a medias o al tercio o todo para él, utilizando, claro está, para ello, tanto la tierra como los útiles del amo; otras veces, se le da en cierto cultivo —generalmente el más oneroso, como es el de la remolacha— una parte, de un tercio por ejemplo. Estas tendencias del contrato de trabajo son de lo más interesante, porque apuntan hacia la futura organización de las empresas agrarias.

En materia de ganadería, además de las formas de aparcería hay otros fenómenos muy interesantes en la realidad, como es el contrato de compañía que no es propiamente hablando una sociedad civil, sino una forma de comunidad consuetudinaria; cada comunero o atajero (como se le llama en Aragón) aporta tierra de pastos y tiene derecho a llevar un número de cabezas proporcionando a su importancia, los gastos se sufragan proporcionalmente, luego, separa las crías y productos, ya que las ovejas conservan su individualidad, llevan la «señal» o «marca», el contrato es pues una

mera comunidad de explotación. Otras veces, la fusión de intereses se acentúa cuando el ganado se aporta sin señalar y, entonces, la figura jurídica que surge puede encajarse más bien en la sociedad civil.

Los pastores son un tipo de trabajadores agrícolas que va caminando con mayor rapidez hacia la participación; tienen derecho generalmente a llevar en el rebaño ovejas de su propiedad, francas de gastos. De otro modo, resulta difícil encontrar quienes guarden el ganado.

En suma, está agonizando el arrendamiento, mientras que el contrato de trabajo, ahora el más importante en el agro, se orienta hacia formas parciarias, viniendo en este punto a prestar grandes servicios, el clásico contrato de aparcería.

Interesantes son también las referencias contenidas en la obra que venimos comentando, a los contratos de cesión de terreno para plantar o para realizar mejoras o los de cesión de terrenos entre familiares; en cuanto a éstos, no hubiera dejado de ser curioso estudiar las comunidades tácitas familiares, esas formas de asociación en que el contrato de trabajo o el de sociedad, aparece subsumido en una relación dominada por el afecto y la cohesión familiar, o analizar y descubrir en esta misma línea, cómo la prestación de trabajo a la empresa del padre por los hijos solteros es retribuida unas veces, las menos, en dinero, otras, permitiendo que el hijo siembre algo para él en las fincas de aquél; otras en el anticipo de herencia o la desigualdad en el reparto de los bienes dejados por testamento, lo que viene a compensar las diversas aportaciones realizadas por cada uno de los varones.

V. Una labor extraordinaria, sugestiva y útil ha sido la realizada por los alumnos del señor Zulueta, labor que puede dignamente constituir el punto de partida para otra más ambiciosa que abarcara la totalidad del D. vivido en el campo, sin la cual no podrá realizarse nunca un adecuado reajuste de nuestros contratos agrarios, ni del contrato de trabajo y aun de nuestro D. patrimonial familiar y sucesorio.

ALBERTO BALLARÍN

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN y GARCIA-GALAN CABABIAS: «Arrendamientos Rústicos». Instituto de Estudios Agrosociales. Madrid, 1958. Volumen II, 439 págs.

Presentada por el Instituto de Estudios Agrosociales en una edición de agradable portada y tipografía, el libro de los dos ilustres magistrados de la Audiencia Territorial de Madrid, no es, ni mucho menos, una recopilación más de Derecho positivo y de doctrina del Tribunal Supremo como pudiera a primera vista pensarse.

El libro tiene algo que no es Ley ni Jurisprudencia y que, a mi modo de ver, resulta fundamental: me refiero a los epígrafes de sistematización que sólo con un profundo conocimiento de la materia podían colocarse en un orden rigurosamente científico. Es esto lo que constituye la novedad y el mérito enorme de este tipo de trabajo que requiere, por otra parte, una paciente tarea previa de laboratorio, una lectura íntegra de las disposiciones legales

y de las resoluciones de la Sala I, V (ahora VI) y de la Dirección General de lo Registros y del Notariado seguida de la selección, con arreglo a un esquema o sumario, de los textos básicos.

Curioso ensayo este de convertir en libro ordenado y claro el material que pudiéramos llamar normativo en sentido amplio, ensayo que nos plantea casi el apasionante problema de los límites entre la doctrina científica y la que forma el Tribunal Supremo con su diario quehacer de interpretación y aplicación del Derecho; porque ¿en las sentencias se contienen sólo preceptos o es que, además, se forman conceptos? En realidad, tanto en la Jurisprudencia como en la Ley hay las dos cosas, criterios de conducta para los subditos, por una parte, y, por otra, calificaciones jurídicas que son necesarias para completar aquéllos.

Sin embargo, de la elaboración doctrinal o científica del Derecho no se puede prescindir, por que ni la Ley ni el Tribunal Supremo pueden comprometerse en una serie de calificaciones y de definiciones que, por lo demás, aunque fuera total, siempre dejaría en manos del comentarista la labor de crítica y de renovación.

En todo caso, libros como el de Rodríguez-Solano y García Galán prestan una enorme utilidad, pues sirven para que los interesados sepan en cada caso a qué atenerse, en cuanto a normas obligatorias y a su interpretación más segura; cierto que la innata movilidad del Derecho social, lanzado siempre hacia delante, excluye el recurso de revisión por infracción de doctrina legal, pero aun así y todo, la Sala V (ahora la VI) suele ser fiel a sus criterios y no los cambia con facilidad, por lo que reviste un enorme interés el conocerlos con el orden y la precisión que alcanzan en esta obra, situados en torno al precepto correspondiente.

El sistema de clasificación adoptado, dentro del ámbito de cada precepto que encabeza un capítulo, es de sabor clásico, bien que, a veces, se observan ciertos fallos.

Se trata primero del concepto y elementos de los arrendamientos, caracteres de la legislación, para seguir con los elementos objetivos e subjetivos del contrato, elementos formales y efectos, derecho y obligaciones de las partes, arrendamientos del Estado, provincia o municipios y Corporaciones de Derecho público, el retracto, compromisos adquiridos por el adquirente y la sucesión en los derechos arrendaticios.

En el II volumen, que es el que ahora acaba de aparecer, se contiene la parte que corresponde a los artículos 19 al 50. La de los artículos restantes queda reservada para un tomo III que se promete —y Dios quiera que llegue— en el preámbulo.

Con esta recopilación, el jurista dispone de un arsenal inapreciable para su trabajo y se anticipa ya, facilitada en grado sumo, la obra de unificación y modernización que el legislador tendrá que realizar en esta materia de arrendamientos rústicos, que dicho sea en honor de la verdad, no adolece del casuismo y de los defectos de sistema y aun de redacción que han sido propios de otras ramas legislativas.

Felicitemos, pues, a los dos autores, muy conocidos ya por otras obras, en las que, por cierto, han demostrado ser capaces no sólo de recopilar y ordenar —que ya es mucho— sino del comentario agudo y de la construc-

ción científica; y felicitamos también al Instituto de Estudios Agro-sociales por la sabia iniciativa de promover y patrocinar una obra tan útil y de tan elevado tono como la que comentamos.

ALBERTO BALLARÍN

SIMONETTO: «Los contratos de crédito». Traducción española de Martínez Valencia, con anotaciones y comentarios para el Derecho español de Fuentes Lojo. Barcelona, 1958. Editorial J. M. Bosch. Un vol. de 516 págs.

La magnífica obra de SIMONETTO, ya conocida entre los especialistas del Derecho civil español, es vertida ahora del italiano a nuestro idioma y puesta al avance de todos con unas apreciables notas del conocido publicista Fuentes Lojo. La labor es digna de toda alabanza, dado que son pocos los estudios y trabajos de privatistas que abordan esta materia bifronte de lo económico y lo jurídico, tal como se unen y amalgaman en los contratos de crédito.

El propio SIMONETTO ya lo advierte en su introducción. Dice que la ciencia jurídica, si la confrontamos con los estudios de los economistas, ha dedicado al crédito y a los negocios de crédito una atención relativamente escasa. No faltan, es cierto, obras monográficas sobre contratos especiales pero aún las más apreciables se resienten de la unilateralidad del aspecto o del problema particular de que se ocupan. Falta, dice nuestro autor, una visión panorámica o de conjunto. Sobre todo nos parece que muchos juristas, aferrados a viejas tradiciones, han rechazado indebidamente las aportaciones suministradas por la experiencia de economistas cultivadores de otras ciencias. Quizás se ha creído, concluye SIMONETTO, que cada uno de los problemas enunciados pueda resolverse en un problema diverso respecto a los otros, que en cada investigación se deba proceder independientemente y, concretamente, que el problema jurídico no tenga nada que ver con los demás.

Este punto de vista, añadirá este autor, es equivocado por dos razones. En primer término el legislador dicta sus normas bajo el impulso de motivos morales, políticos, económicos, psicológicos, etc., por lo que sería vano de tratar de comprender la ley, que es la fuerza resultante, sin conocer los componentes, es decir, aquellas otras fuerzas o tendencias que han hecho que la fuerza-ley tome una determinada dirección. Los varios aspectos del problema antes expuestos, del mismo modo que integran momentos esenciales en la formación de la ley, deben constituir otros tantos elementos de su interpretación. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el fenómeno del crédito no puede ser estudiado sobre la ley, porque solamente quien ha estudiado previamente el fenómeno se halla capacitado para acercarse a la ley e interpretarla. Existe un mínimo común denominador que hace aplicables, dentro de ciertos límites, en la investigación jurídica, los resultados obtenidos por otras ciencias y viceversa; hay un sendero obligado que todas las investigaciones deben seguir, utilizando los recíprocos resultados para abreviar la fatiga del camino y hacer más asequible y probable la llegada a la meta. SIMONETTO dice que este

mínimo común denominador o camino forzoso, está constituido por la comprensión del fenómeno en su realidad objetiva, la comprensión de la naturaleza del crédito (no de la naturaleza jurídica o económica, etc., sino de la naturaleza práctica del fenómeno), o sea, del mecanismo práctico a través del cual se realiza el crédito. Así, para afirmar o negar que el cobro de intereses es inmoral o que los intereses son económicamente injustificados, para indagar cual sea la postura recíproca de los valores satisfechos o sacrificados en las operaciones de crédito, es necesario comprender la naturaleza de tales operaciones, la cualidad de los intereses negociales, el mecanismo práctico del crédito e incluso de las prestaciones de las partes; es necesario especialmente determinar cuál es la prestación que el acreedor concede a cambio de los intereses, problema arduo, cuya solución es indispensable para todas las disciplinas que se ocupan de la función crediticia, si se quiere evitar obtener resultados que, fundados sobre intuiciones carentes de valor científico, no pueden resistir posteriormente el examen crítico más superficial.

Cree que mientras los moralistas pueden fijarse en la intuición social del fenómeno, mientras la economía puede estudiar el aspecto cuantitativo y puede conformarse, en la faceta cualitativa, con posiciones mixtas y eclécticas, y así sucesivamente, la ciencia jurídica, por el contrario, debe atribuir con absoluta certeza gravámenes, obligaciones y sanciones. Ello exige el encuadramiento sistemático del negocio de crédito entre las categorías jurídicas generales. A tal fin, SIMONETTO pretende saber cuál es el mecanismo del crédito, cuáles son sus prestaciones típicas y cuál es el nexo que las relaciona. No le parece que sea posible afrontar directamente los problemas relativos a la interpretación de la ley, cuando las normas que regulan la materia aparecen dispersas en el Código y un observador superficial puede considerarlas con frecuencia contradictorias, haciendo posible la abstracción de principios generales comunes a la categoría de los contratos de crédito y provocando la aplicación de normas diversas a instituciones que cumplen una idéntica función, sobre la base de supuestas anomalías determinadas por la diversidad de naturaleza jurídica o económica del fenómeno.

El autor ha realizado su estudio con un método escrupulosamente deductivo, que justifica el plan general de trabajo: en la primera parte, utilización de los elementos de verdad contenidos en las diversas teorías, para lograr una construcción unitaria del mecanismo del crédito y consiguientemente la individualización de los elementos del negocio de crédito; en la segunda parte, estudio de la naturaleza jurídica de estos elementos singulares, y en la tercera, examen de los principales contratos de crédito, con el fin de determinar fundamentalmente la naturaleza jurídica de la categoría en su perfil unitario.

De gran utilidad son las notas acopladas correspondientes al Derecho español, dejándose advertir en la traducción ciertos modismos de lenguaje e italianismos, que jurídicamente ya tienen entre nosotros su acepción consagrada (por citar un ejemplo, «principio nominalístico», de todos conocido por principio nominalista). Por lo demás, hay que agradecer a estos juristas españoles su labor y trabajo.

URÍA, Rodrigo: «Derecho Mercantil». Madrid, 1958. 857 págs.

En el panorama, ya fecundo, de la literatura española de Derecho mercantil, este libro del profesor Uría aparece como la más reciente novedad y, más atentamente contemplado, como el último tramo de la evolución de la ciencia a que el autor se dedica. Nadie negará, tras de leerlo, que nos encontramos ante la obra de un maestro. Este carácter magistral del autor y de la obra impone al autor del comentario una grave responsabilidad, y obliga a una especial seriedad y a alguna meditación.

El profesor Uría ofrece su Derecho mercantil acaso en el momento de plenitud de su vida científica y docente. La exposición completa y compendiada de una disciplina jurídica puede pensarse y emprenderse en dos maneras radicalmente diversas. Puede ser un punto de arranque para una obra total y más amplia, pero puede ser también un punto de llegada. Este segundo modo de hacer una obra me parece más ingrato y duro, pero presenta una mayor garantía, cuando la obra se logra. El «Derecho Mercantil» del profesor Uría es, en este sentido, una obra lograda; y lograda frente a las ásperas dificultades que el empeño suponía. No estará de más señalar, someramente, cuáles son estas dificultades que el autor va superando con un pulso firme.

En este orden de ideas merece preferencia la claridad como virtud no sólo infrecuente y difícil, sino también de una gran importancia. Encuentro en esta obra un gran empeño por la claridad. Claridad no sólo significa fácil inteligibilidad, sino también, y aun antes, accesibilidad. Para lo primero bastará hablar o escribir un lenguaje llano y sencillo, tanto en la palabra como en la construcción gramatical. Para lo segundo, más arduo, es necesario poner el concepto que se vierte al alcance del lector. Cuando una obra está destinada —como preferentemente lo está la que comentamos— para servir de instrumento de trabajo universitario, la labor de poner los conceptos al alcance de sus destinatarios, de hacerlos accesibles, es doblemente penosa. Y lo es, porque en una obra de este tipo hay que comenzar por explicarlo todo. La persona que por primera vez se enfrenta con una disciplina la ignora por completo, salvo acaso el rótulo. Es menester, por ello, desmenuzar las ideas, incluso las que nos parecen más evidentes o sencillas. La claridad, como fácil inteligibilidad y como accesibilidad de los conceptos, parece la primera virtud necesaria en toda obra de carácter general, que se da, desde luego, en la que comentamos.

La segunda gran dificultad de toda obra expositiva, como de todo empeño docente, es el hallazgo del interés por el tema. Llegar a interesar, despertar el interés es poner en camino de aprender.

El profesor Uría ha dado a su Derecho Mercantil un tono específicamente moderno, al que más tarde nos referiremos con mayor amplitud, y este tono y esta preocupación por los problemas modernos contribuyen a dar a la obra un gran interés, no sólo para los que se inician en el estudio de la disciplina, sino para todas las personas que sienten la preocupación de estar al día o sólo curiosidad por los problemas jurídicos.

Interesar es, además, hacer ver lo que en la realidad, en la vida jurídica hay de problemático. Toda la labor de los juristas, volcada hacia el ha-

llazgo de la norma más justa o de la interpretación más exacta de la norma en vigor, es siempre problemática. Precisamente por esto la actividad jurídica adquiere un aspecto peculiar dentro de la actividad intelectual. Pues bien, presentar esta realidad como problemática es obligar a pensar. Y pensar es ya comenzar a interesarse. Cabría distinguir, en este sentido, dos grandes grupos de obras jurídicas: aquellas que todo nos lo dan tan absolutamente resuelto, que parecen terminar en sí mismas, y aquéllas otras que nos hacen adivinar o intuir que hay algo más, que ponen en marcha nuestra imaginación y nuestro pensamiento. El gran mérito del maestro verdadero —y el profesor Uría ha sabido imprimir a su obra también este sello magistral— consiste en poner al discípulo en condiciones de superarle, lo que ciertamente no se logrará cuando la obra del maestro no haga adivinar lo que hay, o puede haber detrás de ella.

Cuando se intenta hacer una exposición compendiosa de una disciplina científica, aun se presenta otra gran dificultad: la dificultad misma del compendio, que no se le presenta, por ejemplo, al autor de un tratado. *Compendiar una disciplina científica obliga a realizar un grave sacrificio. El autor tiene que sacrificar gran parte de sus conocimientos para presentar solamente lo esencial, lo indispensable. El profesor Uría nos confiesa este sacrificio en sus palabras preliminares. Ha prescindido de las largas enumeraciones de teorías, de opiniones doctrinales, muchas veces farragosas, de la exposición de sistemas legislativos extraños, para descargar la enseñanza y conseguir una obra verdaderamente docente.*

Examinadas así, a grandes trazos, estas virtudes primeras del Derecho Mercantil del profesor Uría, podemos ya pasar a analizar su contenido. La recensión no puede, en este punto, limitarse a ser, como es lo usual, un ligero informe de las materias de que en la obra se trata. Si así fuera, nuestra recensión podría resumirse diciendo que la obra trata en sesenta y un capítulos de todo el derecho mercantil, desde el concepto y sistema de la asignatura hasta las averías, la asistencia y el salvamento. La recensión —sobre todo la recensión de una obra de carácter general— tiene que ser más honda y tratar de calar en lo que la obra representa dentro de una particular rama de la ciencia del derecho y lo que en ella haya de novedad y de aportación original a la misma. Lo primero que llama poderosamente la atención en el «Derecho Mercantil» del profesor Uría es su ensayo de superación de la sistemática tradicional de esta disciplina. Esta sistemática tradicional, comúnmente llamada pandectista, dividía el derecho mercantil en tres partes, dedicadas respectivamente a «personas» (comerciantes y sociedades), a «cosas mercantiles» (mercancías, dinero y títulos valores) y a «contratos mercantiles». A estas tres partes, cuyo criterio de diferenciación es más o menos claro, se unían otras dos, cuya conexión lógica con las anteriores no llega a verse con perfecta claridad: una, dedicada al estudio de la quiebra y de la suspensión de pagos; otra, que comprende el estudio del llamado derecho marítimo.

Uría supera la sistemática tradicional del derecho mercantil. Ordena las instituciones jurídico-mercantiles en torno a los conceptos claves de empresario, como sujeto de la moderna actividad económica organizada en empresa, y de empresa, como organización de esta actividad. Fácil será

comprender que el autor se sitúa en la línea, hoy generalizada entre nuestros mercantiles, que concibe su disciplina como derecho de las empresas, o, al menos, de las empresas organizadas en forma mercantil o, como más exactamente dice el propio Uriá, como «Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios». Pero lo cierto es que, si la doctrina mercantilista, tras una penosa investigación, había conseguido situar el derecho mercantil como derecho de las empresas —resultado cuya exactitud no puede comentarse en este lugar—, no había intentado construirlo sistemáticamente tomando a la empresa —su objeto— como criterio lógico de ordenación. La obra del profesor Uriá tiene el mérito evidente de haber señalado este camino como necesario para operar con rigor intelectual y de haber intentado él mismo una construcción sistemática del derecho mercantil como derecho de las empresas, enormemente sugestiva y original. Todo el derecho mercantil trata de agruparse en torno a los conceptos de empresa y empresario. Empresa y empresario se convierten un poco en el «leit motiv» del libro.

El sistema del derecho mercantil, precedido de una Introducción, en la que se exponen el concepto y las fuentes de la asignatura, se descompone en cuatro partes, dedicadas respectivamente a la estructura de la organización mercantil, al estatuto jurídico del empresario, a los instrumentos jurídicos del tráfico mercantil y a las situaciones anormales del empresario.

La primera parte —«Estructura de la organización mercantil»— comprende el estudio de los conceptos de empresa, empresario y establecimiento mercantil, personal colaborador del empresario, medidas de protección de la empresa (propiedad industrial, comercial, etc.), contabilidad y Registro.

La segunda parte —«Estatuto jurídico del empresario»— se dedica al estudio de la persona titular de la empresa, en sus dos posibles manifestaciones, empresario individual y empresario social, destinando a esta última una mayor atención.

La tercera parte —«Instrumentos jurídicos del tráfico mercantil»— se destina al estudio de los contratos mercantiles y de los títulos «de crédito», concebidos ambos como instrumentos de que el empresario se sirve para alcanzar su finalidad.

La última parte, como «Situaciones anormales del empresario», estudia la regulación de su insolvencia: suspensión de pagos y quiebra.

Como parte separada del sistema, bajo el título, nuevo en la técnica española, de «Derecho de la navegación», se estudia las instituciones jurídicas del tráfico marítimo y aéreo, cuyo estudio separado se justifica, a juicio del autor, por el respeto a una vieja tradición y por la diferencia de sus principios respecto de los que rigen el derecho mercantil terrestre.

Toda esta innovación sistemática me parece muy importante. A la estructura tradicional pandectista —personas, cosas, contratos— sucede una nueva estructura «empresarista» —empresario, empresa, contratos de empresa—. Hay en ello una buena dosis de rigor intelectual, porque es menester ajustar el esquema lógico de la asignatura al concepto que de la misma se sustenta. Este ensayo de configuración efectiva del derecho mercantil como teoría de la empresa marca —es necesario reiterarlo— un camino que puede

ser fecundo para la evolución posterior de esta ciencia, un camino que tendrá, seguramente, muchos seguidores.

Rasgo característico de este libro del profesor Uría que comentamos, es una constante preocupación por dar al derecho mercantil un tono específicamente moderno, por ajustar la exposición, no tanto al esquema anticuado ya del Código de Comercio, como sobre todo a la realidad jurídica actual. Ello ha obligado al autor, a más de la innovación metodológica ya analizada, a una considerable ampliación del contenido tradicional del derecho mercantil. Esta ampliación del contenido tradicional, fundada en la preocupación de dar una visión actual de la asignatura, llama también poderosamente la atención del lector. Es notable, sobre todo, en materia de contratos mercantiles. Así, en el estudio de las compraventas especiales, de los contratos afines la compraventa (contrato estimatorio, contrato de suministro), contratos de obra por empresa, contratos de colaboración (contratos de mediación y de edición, contratos cinematográficos), seguro de automóviles; también en el estudio del derecho real de hipoteca (hipoteca en garantía de cuentas corrientes, de títulos endosables y al portador, de establecimientos mercantiles, de maquinaria industrial, de aeronaves). Es notable igualmente en materia de Derecho de la Navegación (contrato de construcción de buques, régimen jurídico de las aeronaves, «time-charter», etc.).

En algún aspecto, esta ampliación del contenido tradicional del derecho mercantil a una mentalidad de tipo civilista puede parecer intrusión en materia exclusiva del derecho civil (v. gr., en materia de derecho de hipoteca, de los llamados contratos de colaboración, etc.). El autor justifica razonablemente su postura. Instrumentos jurídicos del tráfico mercantil son todos aquellos fenómenos jurídicos —relaciones, situaciones, negocios, contratos—, a través de los cuales trata un empresario de realizar su empresa. Hay un contrato mercantil cuando el contrato se engarza en el orden económico de una empresa. El contrato mercantil es un contrato de empresa. Es —nos dice el autor— un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de la empresa que ejercita. Con ello el autor que, conscientemente, ha prescindido de la inconcreta teoría de los actos de comercio como criterio delimitativo del derecho mercantil —hasta el punto de omitir su exposición en la introducción— trata de salvar la dificultad máxima del derecho mercantil: su delimitación respecto del civil en el punto de máxima fricción que es, claro está, el derecho contractual. Sin embargo —cabría argüir— un contrato de empresa, un acto que el empresario realiza con el designio de realizar la finalidad peculiar de la empresa a que se dedica, es, sin duda, el contrato de trabajo, que el autor decididamente excluye de la exposición. Por otra parte, el engarce en el orden de la empresa tampoco coadyuva a encontrar una diferencia sustancial entre los contratos civiles y los contratos mercantiles que, en rigor, no existe. Hay contratos que las leyes mercantiles regularon por primera vez (transporte, seguro) y contratos en los cuales las leyes mercantiles introdujeron accidentales modificaciones en el régimen de los contratos civiles para dar al tráfico jurídico una mayor flexibilidad, pero la diferencia sustancial no existe. El derecho mercantil ha sido, en este sentido únicamente la vía de renovación, de modernización si se quiere, de ajuste con las necesidades mo-

dernas, de unas instituciones tradicionalmente civiles. Es lo que se ha llamado, cuando la norma de derecho especial ha revertido al derecho común, la comercialización del derecho civil. Por esto digo que acaso a mentes civilistas de criterio estricto pueda parecer intrusión el estudio de algunas de sus más caras instituciones —preseñiéndolo de la postura extrema con arreglo a la cual todas las mercantiles son por su esencia civiles— dentro de un libro de derecho mercantil. Sin embargo, ello está razonablemente justificado. Más aún, me parece un mérito importante de esta obra. Por varias razones: porque es cierto que muchos de estos actos civiles, al pasar a pertenecer a la serie orgánica de la actividad económica constitutiva de la empresa toman una peculiar configuración y unas singulares características que merecen ser atentamente examinadas; porque es conveniente, desde un punto de vista teórico y muy útil desde un punto de vista práctico señalar las claras conexiones, incluso sistemáticas, de las instituciones civiles con la materia mercantil; porque es provechoso también para los civilistas contemplar cómo se estudian con un criterio y un método mercantilista las propias instituciones, lo que puede contribuir a encontrar en ellas facetas o matices que, en otro caso quizá pasaran desapercibidos.

No es posible indicar en estas líneas, necesariamente breves, la multiplicidad de los problemas que esta obra excelentemente nos va sugiriendo. Ello, por sí solo, nos demuestra algo que habíamos anticipado ya: que el «Derecho Mercantil» del profesor Uría pertenece a este excepcional género de libros que, además de ser bueno como manual para el aprendizaje del Derecho, útil como libro de consulta para los juristas y para los profesionales de la actividad económica y financiera y valioso como aportación doctrinal, tiene la rara virtud de sugerir, de descubrir, de despertar el interés por este mundo ideal, extraño que es la ciencia del Derecho.

LUIS Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *Consideraciones sobre pedagogía jurídica*, AUM, vol. XVI, núm. 1-2, curso 1957-1958.

Indicaciones en torno a la enseñanza del Derecho, fijando por separado la atención en el discente, el docente, la materia objeto de la docencia y el método de enseñanza. El ideal de éste estriba en que el profesor ponga toda su actividad científica a su servicio.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *Observaciones sobre la reforma del Código civil (La Ley de 24 de abril de 1958)*, RGLJ, tomo 205, núm. 4, octubre 1958; págs. 426-453.

Después de una somera indicación de las modificaciones sufridas por el texto del Código se indica que la operada por la ley de 24 de abril de 1958 es, sin duda, la fundamental. Apreciados los motivos de esta reforma, a la que se califica de oportuna y en cierto modo, de momento, suficiente, pues no era la ocasión de emprender la redacción de un Código nuevo, se examinan breve y claramente, las variaciones que esta ley ha introducido con relación a la situación jurídica de la mujer, las introducidas en relación al régimen económico-familiar y las operadas en el Derecho sucesorio en relación a los derechos del cónyuge viudo y del hijo adoptivo.

BOBBIO, Norberto: *Alcuni argomenti contro il Diritto Naturale*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 253-263.

Las críticas, nuevas y viejas, en torno al Derecho natural pueden agruparse en dos direcciones, según que se hayan fijado en el sustantivo o en el adjetivo de la expresión Derecho natural, o sea, según que hayan negado que el Derecho natural sea Derecho o se haya negado que el Derecho propiamente dicho pueda calificarse de natural. En la primera dirección suelen manifestarse los juristas; en la segunda los filósofos. Después de ofrecer unas consideraciones críticas sobre ambos tipos de argumentos y de resumir éstos en seis, indica el autor no afectan a la función histórica del Derecho natural, ni suprimen la exigencia de éste de no aceptar como valores últimos los impuestos por la autoridad

o por la fuerza. No afectan a la existencia de valores morales superiores a la Ley positiva, ni a su contenido, sino sólo a su motivación.

CASÁN TOBEÑAS, José: *Horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho*, RGLJ, tomo 205, núm. 4, octubre 1958; págs. 389-425.

El término «unificación» es equívoco y encierra significados diversos, pudiendo hablarse de unificación interna o internacional, general o particular, bilateral o multilateral y legislativa o jurídica, debiendo, asimismo, distinguirse la unificación propiamente dicha de la armonización o aproximación de Derechos. Para lograr la unificación es un valioso instrumento el Derecho comparado, siendo el fundamento de la misma la unidad humana, la «comunicabilidad» de los Ordenamientos y ciertas razones prácticas, y debiendo vencer obstáculos de diversa índole. No todos los sectores del Derecho presentan las mismas facilidades o dificultades para la unificación. Como métodos de ésta destacan la recepción del Derecho extranjero, las leyes uniformes, los tratados internacionales, etc. A continuación se indican las principales realizaciones en materia de unificación, terminando con una referencia a la unificación en España.

FASSÓ, Guido: *San Tommaso giurista laico?*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 272-277.

Con motivo de la reciente publicación de Cotta sobre «Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino» (Turín, 1955), y después de afirmar el valor actual que para los juristas católicos tiene la doctrina de Santo Tomás, delimita el autor los conceptos «actualidad» y «modernidad» aplicados a las doctrinas del Santo.

FASSÓ, Guido: *Oggettività e soggettività nel Diritto Naturale*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 264-271.

El actual renacimiento del Derecho natural tiene un evidente carácter político: viene a ser una reacción o defensa contra los Estados totalitarios. Frente a ellos se reafirma la existencia de un sistema de normas superiores cuya validez no está sujeta al arbitrio de quien detenta el poder; la existencia de unos «derechos del hombre» superiores al Ordenamiento positivo. En este aspecto de salvaguardia de la persona humana, presenta prioridad el derecho subjetivo natural sobre el Derecho natural objetivo.

HURTADO BAUTISTA, Mariano: *El perfil temático de la actual Filosofía del Derecho*. AUM, vol. XV, núm. 3-4, curso 1956-1957; págs. 211-226.

El perfil de la actual Filosofía del Derecho comienza a trazarse a lo largo de un complejo proceso histórico-doctrinal, cuyo inicio se puede fijar

en 1870, fecha que marca la reacción contra el positivismo, especialmente bajo el signo del neokantismo formalista de la escuela de Hamburgo. La temática se centra en el Derecho natural, en la teoría general del Derecho, aplicación de los principios de éste a los diversos sectores de la vida social, constantes históricas del Derecho positivo. A esto ha de añadirse la historia de la propia Filosofía y la consideración del Estado en un plano filosófico.

LUQUE, Juan Emilio: *El abuso del derecho como subversión de la certidumbre de la norma jurídica*, RJC, año LVII, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 425-456.

Crítica de la doctrina del abuso del derecho, que el autor considera como un peligro para el logro de la paz por la justicia. En toda norma hay un contenido moral y una necesidad de certidumbre, la cual resulta subvertida por la doctrina del abuso del derecho. Con ella es moralmente imposible que los Tribunales esquiven los desaciertos. La llamada «dulcificación del derecho por la equidad» no puede realizarse a costa de la justicia. Tanto el *ius strictum* como la equidad son instrumentos para el logro de la justicia, pero ésta es imposible sin la certidumbre de la norma. Abrir el portillo de la arbitrariedad es condenar a desaparición el mismo Derecho; no se le dulcifica; se le elimina.

SELB, Walter: *Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im internationalen Privatrecht*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 3; págs. 341-349.

La crítica injustificada a la doctrina de Martín Wolff en torno a las calificaciones en el Derecho internacional privado es un caso extraño de duración incomprensible de puntos de vista sin fundamento. Comparación de la doctrina de Wolff con las doctrinas formuladas para su crítica.

2. Derecho de la persona.

ALBADALEJO, Manuel: *La causa*, RDP, abril 1958, págs. 315-328.

Después de esbozar las concepciones objetiva y subjetiva en torno a la causa, así como la conceptualización unitaria, se afirma que en nuestro Derecho la causa es de la obligación y no del contrato, a pesar de la imprecisión terminológica del Código civil. En él se recoge la tesis objetiva en torno a la causa, en la cual, con referencia a la atribución patrimonial, podría distinguirse entre «causa de la atribución» y «causa del negocio jurídico» que provoca dicha atribución. Esto lleva a la consideración de los motivos, de los fines subjetivos, del fin objetivo y típico y de la plu-

ralidad de fines objetivos. Termina el trabajo con referencias al problema de la causa en ciertos tipos específicos de negocios: indirectos, fraudulentos, abstractos y fiduciarios.

ALBADALEJO, Manuel: *Ineficacia e invalidez del negocio jurídico*, RDP, julio-agosto 1958; págs. 603-616.

La ineficacia, en el sentido de no producción de efectos por un negocio jurídico, puede ser inicial y posterior. La ineficacia puede provenir de causas externas a un negocio válido o de invalidez del propio negocio. Dentro de la invalidez se estudian la nulidad (supuestos, consecuencias, conversión del negocio) y la anulabilidad (impugnación, convalidación).

COFANO, Giuseppe: *Il diritto alla riservatezza della nostra vita intima*, DG, año 73, núm. 4, abril 1958; págs. 250-254.

Consideraciones y sugerencias en torno a la cuestión de si en la legislación italiana se tutela, y en qué límites, la esfera de reserva personal de cada uno contra las intromisiones ajenas a las divulgaciones y contra la utilización de las circunstancias de nuestra vida íntima. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales del «derecho a la reserva personal».

DE GIOVANNI, Biagio: *La volontà e il diritto*, DG, año 73, núm. 7, julio 1958; págs. 498-507.

El problema del papel de la voluntad en el derecho es objeto de estudio en el campo de las relaciones privadas: la atención se ha fijado ante todo en el aspecto estructural y funcional de la voluntad. El problema fundamental, en el estudio de la voluntad, radica en la coexistencia del ordenamiento jurídico y la voluntad del individuo; en la aclaración del significado que, en un determinado ordenamiento, puede asumir la autonomía de la voluntad; en la fijación de la posición de la autonomía privada y la posición del orden jurídico.

FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido: *Los conflictos de nacionalidad ante los Tribunales españoles e hispano-jalifianos*, RDG, año XV, núms. 169-170, octubre-noviembre 1958; págs. 952-964.

Consideraciones generales, después de unas indicaciones sobre la nacionalidad como vínculo con un Estado, sobre los conflictos positivos y los conflictos negativos de nacionalidad, ante el Derecho español y el marroquí. En los conflictos positivos el juez procurará inducir de las circunstancias del individuo su verdadera nacionalidad: aquella que manifiesta entre las varias que se le atribuyen. Soluciones posibles en los casos de conflictos negativos: criterio dominante en contra de la apatridia.

JORDANO BAREA, Juan B.: *El negocio fiduciario*, RDP, marzo 1958; páginas 211-220.

Introducción a la doctrina del negocio fiduciario. Delimitación de la figura, elementos característicos en su mecanismo. Generalidades, negocios de confianza y negocios fiduciarios, negocio fiduciario *cum amico* y *cum creditore*, fiducia y fides, negocio fiduciario de tipo romano y de tipo germánico, negocio fiduciario y «trust».

JORDANO BAREA, Juan B.: *Problemática del negocio fiduciario*, RDP, junio 1958; págs. 515-533,

El problema de la causa en relación con el negocio fiduciario: posiciones doctrinales diversas y crítica de las mismas, con referencia especial a la abstracción de la causa en este tipo de negocio. Se estudia después la posición de las partes en el negocio fiduciario en relación con la voluntad y con el «intento jurídico» y el «intento económico» que entraña el negocio. Referencia a la admisibilidad del negocio fiduciario en el Derecho español.

JORDANO BAREA, Juan Bautista: *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, RDP, octubre 1958; págs. 827-836.

Indicadas las posiciones doctrinales sobre si el negocio fiduciario es un negocio abstracto o causal, adopta el autor una posición ecléctica, entendiéndose que el negocio fiduciario puede concebirse de ambas formas. Cabe perfectamente desde un punto de vista teórico, tanto el negocio fiduciario abstracto como causal. En cuanto a la estructura, se considera el negocio como unitario, con un aspecto real y otro obligatorio, e informado todo él por una causa atípica: la «causa fiduciae». El examen del supuesto de quiebra del *accipiens* en el negocio fiduciario es objeto de consideración especial al estudiar sus efectos.

KRAUSS, G.: *Zur Problematik des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes*, EF, año 5, cuaderno 4, abril 1958; págs. 120-122.

Glosas a un trabajo de Böckenförde sobre el párrafo primero del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, según el cual todas las personas son iguales ante la ley. Repercusión de este principio en la actividad judicial.

3. Derecho de cosas.

BARTHE PORCEL, Julio: *Las servidumbres prediales urbanas en la época de San Raimundo de Peñafort (siglos XII y XIII)*, AUM, vol. XVI, núm. 1-2, curso 1957-1958; págs. 151-166.

Notas para el estudio en los siglos XII y XIII de las servidumbres urbanas de medianería, luces y vistas, vertiente de tejados, paso. Útiles. Cuadros comparativos de las principales fuentes jurídicas: «Costums» de Valencia, Tortosa, Ordinacions den Sanctacilia y Fueros de Soria, Zorita y Teruel, Libro de los Fueros, Fuero de Jaca y Fuero Viejo.

BENEYTO, Juan: *Libel Risk*, IJ, núms. 180-181, mayo-junio 1958; págs. 823-841.

Es frecuente que en los concursos literarios convocados en Gran Bretaña se haga figurar una cláusula relativa al «libel risk». Se exige que el texto que se envía al concurso aparezca sin que la editorial pueda correr el riesgo de libelo. Jurisprudencia inglesa en torno a esta materia.

FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Nuevas consideraciones en torno al régimen jurídico de la mínima unidad de cultivo*, RGD, año XIV, núm. 165, junio 1958; págs. 586-603.

La legislación sobre unidades mínimas de cultivo ha provocado contradictorias opiniones en la doctrina española. Algunas de ellas ponen en peligro la misma existencia de la institución. El autor indica los actos contrarios a la legislación sobre dichas unidades mínimas de cultivo y la sanción a estos actos o las medidas oportunas para conseguir la efectividad de la mínima unidad.

LA REVISTA: *La legitimación activa del comunero*, RJC, año LVII, núm. 3, marzo-junio 1958, págs. 322-325.

La legitimación del comunero para el ejercicio de acciones se hace derivar del artículo 394 del Código civil. Así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo. Crítica de una sentencia de la Audiencia de Barcelona a la luz de la anterior doctrina. La sentencia niega a una cusufructuaria la legitimación activa para una acción resolutoria de un contrato de arrendamiento.

LATOUR BROTONS, Juan: *Capacidad para ocupar y abandonar*, AUM, vol. XV, núm. 3-4, curso 1956-1957; págs. 251-257.

La tesis que ha de aceptarse como principio general es la de que, por ser de la derrelicción un acto de disposición, sólo podrá realizarse por quien

tenga libre disposición de sus bienes, o sea, plena capacidad jurídica (sic). El autor manifiesta que esta regla tiene una importante excepción: las cosas adquiridas por ocupación o por donación simple se pueden abandonar a base de una exclusiva voluntad natural.

LONARDO, Antonio: *Prescrizione di servitù costituita a favore di un edificio da costruire*, DG, año 73, núm. 3, marzo 1958, págs. 153-166.

El artículo 1.029 del Código civil italiano permite la constitución de servidumbres a favor de un edificio por construir, lo cual plantea el problema de determinar previamente la naturaleza jurídica de esta constitución y las consecuencias en orden a la prescripción de las indicadas servidumbres. Antes de la construcción del edificio el derecho de servidumbre está suspensivamente condicionado a esta construcción; es un derecho en estado potencial. La prescripción comienza, pues, a correr desde el día en que el derecho puede ejercitarse, y en la situación aludida la servidumbre no puede ser ejercitada.

MARTÍN PÉREZ, Antonio: *Sobre la preferencia adquisitiva del artículo 396 del Código civil*, RGLJ, tomo 204, núm. 4, abril 1958; págs. 537-567.

Comienza el estudio con una panorámica doctrinal en torno a esta preferencia adquisitiva, generalmente mirada con disfavor, y a la que el autor atribuye una finalidad propia y positiva, si bien ha de ceder ante la preferencia del arrendatario ocupante. Seguidamente se analiza la preferencia adquisitiva del artículo 396 en su indiscutible forma de tanteo y en su más discutida de retracto, si bien deslindándola de su pretendida analogía con el retracto de comuneros.

WILCKENS, Uwe: *Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum?*, ACP, tomo 157, 1958: págs. 399-409.

La jurisprudencia y la doctrina alemana entienden que en el supuesto de que el robado no sepa dónde está su cosa, pero conozca la ulterior enajenación de ella, puede, en base al § 816 BGB, exigir el precio de la enajenación; si tratándose del robo, ratifica la enajenación (que es en principio ineficaz) (§ 935) por lo dispuesto en el § 185, II, del BGB. En relación con esta hipótesis plantea el autor la cuestión de si la reclamación del producto de la enajenación es necesariamente renuncia definitiva a la propiedad de la cosa. Afirma que, a su juicio, el propietario no tiene entorpecimiento jurídico para ratificar la disposición del no titular bajo la condición resolutoria de reparación de la cosa.

4. Obligaciones y Contratos.

ASTORQUI, Antonio: *Una duda sobre los artículos 64 y 65 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos: ¿Deberá ser incluido en la selección el inquilino de una vivienda que además sea comunero de la finca en que la vivienda se encuentre?*, RDG, año XV, núms. 169-170, octubre-noviembre 1957; págs. 965-971.

Una finca con varias viviendas pertenece en copropiedad a varios comuneros. Unas viviendas están arrendadas a extraños y una de ellas a un comunero que, además de tal es, pues, inquilino. Otro de los comuneros necesita vivienda y decide establecerse en la finca común. Niega, pues, la prórroga a los inquilinos por necesitar para sí la vivienda. ¿Deberá ser incluido en la selección de negación de prórroga el inquilino que también es comunero de la vivienda que habita? Consideración de hipótesis en la relación derivada de las circunstancias: inquilino, comunero, arrendador.

CARBONE, Vincenzo: *La fideiussione*, DG, año 73, núm. V, mayo 1958; páginas 321-333, núm. 6, junio 1958; págs. 417-434.

Reseña la doctrina y jurisprudencia italianas en materia de fianza: noción, fianza por obligaciones futuras o condicionales, la solidaridad de la fianza, subfianza, pluralidad de fiadores, relaciones entre fiador y deudor principal, extinción, las pólizas de fianza.

DI SABATO, Franco: *In tema di fideiussione per obbligazione di indeterminato ammontare*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 227-234

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación italiana de 31 de enero de 1957 en la que se establece la doctrina de que también la fianza prestada para una obligación de monto indeterminado debe considerarse válida siempre que no falte el requisito de la determinabilidad.

DOCAVO, Manuel: *Una Ley de importancia transcendental sobre convenios de trabajo*, RGLJ, tomo 204, núm. VI, junio 1958; págs. 857-867.

La Ley sobre convenios colectivos de trabajo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 25 de abril de 1958, cambia el sistema vigente en esta materia en España al conceder a los Sindicatos, por medio de sus convenios, la facultad de crear un derecho objetivo. Concepto de los convenios, fines de los mismos, legislación extranjera y breve examen de la ley española.

FERNÁNDEZ ASIAIN, Eugenio: *Desahucio por causa de obras realizadas por el arrendatario*, RGD, año XIV, núm. 160-161, enero-febrero 1958; págs. 22-29.

Estudio exegético del artículo 114, número 7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos: antecedentes, interpretación sistemática y jurisprudencia. En relación con el abuso del derecho entiende el autor no procede la resolución del contrato por obras realizadas por el arrendatario cuando dicha resolución suponga manifiesto exceso en relación con la obra ejecutada.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo: *Arrendamientos Urbanos. Necesidad de consignar las rentas debidas para poder recurrir en apelación de procesos sobre resolución de contrato*, RGD, año XIV, núm. 168, septiembre 1958; págs. 827-830.

En todos los procesos incoados con posterioridad al 13 de mayo de 1956, fecha de vigencia de la Ley de arrendamientos nueva y tramitados con arreglo a sus disposiciones (y aunque en algún caso se apliquen preceptos sustantivos de la Ley antigua) para admitir el recurso interpuesto por el inquilino arrendatario o subarrendatario es preciso que acredite estar al corriente en el pago de la renta o la consignación de su importe, en el plazo y forma previsto en el contrato. En los recursos de suplicación e injusticia notoria precisa consignar además los plazos que vayan venciendo durante la tramitación del recurso.

GAMILLSCHEG, FRANZ: *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiville im internationalen Vertragsrecht*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 3; págs. 303-341.

Voluntad contractual y autonomía de las partes en el Derecho contractual, en el ámbito de las normas del Derecho internacional privado. Entiende el autor que a las partes debe estarles permitido por las normas de colisión de la *lex fori* elegir el Derecho por el que debe regularse el contrato entre ellas. Si no lo han hecho, es preciso que el juez, en concepto de ejecutor de su voluntad, lleve a cabo esta elección. Al hacerlo actúa *más como parte* que como juez, y debe apreciar y valorar circunstancias de experiencia, tiempo, lugar.

LA REVISTA: *Pactum est duorum consensus atque conventio*, RDEA, año IV, núm. 12, marzo-abril 1958; págs. 161-165.

Comentario del principio general del Derecho, según el cual el pacto es el consentimiento y la convención de dos: consideraciones generales, la autocontratación (posiciones doctrinales).

LA REVISTA: *Jurisprudencia sobre la acción para reclamar mejoras por el poseedor lanoado*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 243-249.

Jurisprudencia de las Audiencias territoriales en relación con el problema de las mejoras que reclama el poseedor que ha de abandonar la finca.

LORENZ, Werner: *Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 3; págs. 265-302.

El contrato de arbitraje y el fallo arbitral tienen actualmente un radio de acción amplísimo en el tráfico jurídico de carácter internacional. En este importante estudio, después de aludir a la significación del arbitraje en el ámbito indicado, se examina la relación comparativa entre el fallo arbitral privado y la sentencia estatal, considerando a continuación el fundamento o base del contrato de arbitraje en su relación con la actividad procesal y en relación con el contrato principal en el que va incluida la cláusula compromisoria. Referencias comparativas: Suiza, Francia, Derecho anglo-americano. El autor entiende que el contrato de arbitraje no es una actividad procesal, sino más bien un contrato jurídico-obligatorio que regula futuras y posibles relaciones procesales inter partes.

HERRERO NIETO, Bernardino: *Aspectos patrimoniales del Derecho del trabajo*, RDP, febrero 1958; págs. 124-140.

Continuación del trabajo iniciado en el número anterior de la misma revista. En el presente se ocupa, bajo el epígrafe «Trabajo y patrimonio del trabajador», de cuestiones varias relacionadas con el salario: naturaleza, contenido de la relación jurídico-laboral, responsabilidad patrimonial, créditos por salarios, etc. A continuación se refiere a la *inenvargabilidad del salario* y al problema de la posible proyección al régimen de cuotas de los seguros sociales de la doctrina de los procedimientos separados.

LLUIS Y NAVAS BRUSI, Jaime: *Las restricciones al trabajo de extranjeros en España*, RGLJ, tomo 205, núm. 3, septiembre 1958; págs. 219-313.

Amplísimo estudio de la cuestión relativa al trabajo de los extranjeros en España, con arreglo al siguiente sumario: fundamento de las medidas restrictivas, Historia, Naturaleza jurídica, Fuentes del Derecho sobre trabajos de extranjeros, Clases, Requisitos de aplicación; las restricciones, Efectos de la extranjería laboral, Caducidad y prescripción, Disposiciones excepcionales, Respeto a las normas restrictivas, Protección penal, e Intervención administrativa.

MENÉNDEZ PIDAL, Juan: *La antigüedad en el empleo de los trabajadores*, RDP, septiembre 1958; págs. 732-740.

Consideraciones casuísticas y descriptivas sobre el elemento antigüedad en el contrato de trabajo y en el ámbito de la seguridad social.

OLMEDILLA, Jesús: *Sobre el significado y naturaleza jurídica del derecho de acceso a la propiedad de fincas rústicas*, RDP, mayo 1958; págs. 429-438.

Con el derecho de acceso a la propiedad reconocida al arrendatario de fincas rústicas por la ley de 1954, el nivel jurídico de dicho arrendatario se eleva del arrendamiento a la compraventa. Esto es una consecuencia o aspecto más de la «patrimonialización» de los derechos que reconocen las leyes especiales en materia arrendaticia. El derecho de acceso a la propiedad es para el autor, un derecho real de realización de valor.

ORTIZ RICOL, Gregorio: *Valoración jurídica del daño moral*, RDEA, año III, núm. 12, marzo-abril 1958; págs. 141-160.

Concepto del daño moral (daño no patrimonial); reparación del daño moral (consideración doctrinal, panorama legislativo europeo). Legislaciones hispanoamericanas. Referencia especial al problema en el Derecho español.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Objeto da obrigação. A prestação. Suas espécies, conteúdo e requisitos*, BMI, núm. 74, marzo 1958; págs. 15-283.

Con proyecto de articulado para la reforma del Código portugués, amplísimo estudio doctrinal sobre la prestación como objeto de la relación obligatoria. En el articulado proyectado se configura la prestación afirmando: «La prestación, que es objeto de la obligación, puede consistir en una acción o en una omisión y no ha de tener necesariamente un valor pecuniario. Se destina a satisfacer un interés del acreedor, aunque esté desprovisto de valor pecuniario. El interés, sin valor pecuniario, del acreedor sólo puede dar lugar a una obligación, cuando sea digno de protección jurídica».

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Efeitos dos contratos. Princípios Gerais*, BMI, núm. 74, marzo 1958, págs. 333-369.

Si en el futuro Código civil portugués existe, como se proyecta, una parte general donde se incluya la teoría del negocio jurídico, no hay que tratar en la parte de las obligaciones de toda la disciplina de los contratos, sino sólo de sus efectos en lo que se relacione con la teoría de las obligaciones. Estudio, con proyecto de articulado, de los efectos del contrato. Eficacia general, prohibición de enajenar, derecho de goce incompatibles, interpretación e integración, eficacia real, ley inter partes.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Promessa pública*, BMI, núm. 74, marzo 1958; págs. 285-331.

Estudio para la reforma del Código civil portugués. «Aquel que, mediante anuncio público, dice el articulado en el proyecto, promete una pres-

tación a quien se encuentre en una determinada situación o lleve a cabo determinado acto, queda obligado por la promesa desde que ésta se ha hecho pública». El promitente, a no haber declaración en contrario, queda obligado con aquellos que lleven a cabo el acto o se encuentren en la situación prevista aunque no hayan obrado en consideración a la promesa.

PAN MONTOJO, FRANCISCO: *Los extranjeros y la vigente Ley de arrendamientos urbanos*, julio-agosto 1958; págs. 616-634.

Estudio de los contratos de arrendamiento urbano pactados por extranjeros con relación a fincas sitas en España. Régimen anterior a la ley de 1946, Ley de 1946 y Ley vigente de 1955. Minucioso examen de supuestos.

PASCUAL CASTÁN, SANTIAGO: *Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen de locales destinados a escritorios, oficinas, depósitos y almacenes*, RGD, año XIV, núm. 164, marzo 1958; págs. 512-517.

Bajo la anterior Ley de Arrendamientos existía la ficción de que los locales destinados a nuevo escritorio u oficina, almacenes y depósitos se asimilaban a las viviendas. La nueva Ley otorga a dichos locales la condición de «locales de negocio», si bien con ciertas excepciones. Principales directrices sobre los arrendamientos indicados en la nueva Ley.

PINTO RUIZ, JOSÉ: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios, durante el año 1957*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958, págs. 199-225.

Tras una breve introducción doctrinal en torno a los presupuestos y mecanismo de la indemnización de daños y perjuicios, se analizan las sentencias sobre la materia, dictadas en 1957, en relación a: el daño, al momento en que nace la obligación indemnizatoria, a las distintas especies de responsabilidad (objetiva, contractual y aquiliana).

RODRÍGUEZ-AGUILERA, C.; PERÉ RALUY, JOSÉ: *La acción directa del arrendador contra el subarrendatario en la LAU*, RJC, año LVII, núm. 4, julio-agosto 1958, págs. 495-498.

La acción que el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos confiere al arrendador contra el subarrendatario se justifica por el deseo de reforzar con mayor precisión las garantías de aquél contra éste. La norma es, en cierto modo, superflua, porque la responsabilidad del subarrendatario frente al arrendador se derivaba ya de los artículos 1.551 y 1.902 del Código civil. Estudio del precepto de la LAU.

ROTONDI, Mario: *Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil*, RDP, septiembre 1958; págs. 723-731.

Para la delimitación y distinción entre las figuras de la «comunidad» y de la «sociedad» no es aconsejable atender al elemento de la *affectio societatis*, sino que es preferible fijarse en el criterio diferencial de la ganancia que ha de obtenerse y repartirse en común. Este criterio viene a ser confirmado por el nuevo Código civil italiano (arts. 2.247 y 2.248). El criterio distintivo entre sociedad civil y sociedad mercantil debe ser objetivo y encontrar su fundamento en el mismo texto de la ley. La actividad de la empresa debe ser el factor en relación con el cual se plantee la cuestión.

SCHeyHING, Robert: *Leistungskondition und Bereicherung «in sonstiger Weise»*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 4; págs. 371-390.

Las normas sobre el enriquecimiento injusto adquieren, sobre todo con la Compilación de Justiniano, el carácter de una institución de equidad, carácter que el posterior desarrollo histórico reafirma y que se conserva en la actualidad. La distinción entre enriquecimientos como consecuencia de prestación y enriquecimientos «en otra forma» tiene importancia para muchos aspectos prácticos de las acciones de enriquecimiento. Delimitación de ambas formas, a base de fijación del concepto «prestación» a los efectos de esta materia.

TORRENTE, Andrea: *La responsabilità indiretta della Publica Amministrazione*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 278-290.

En materia de responsabilidad de la Administración confluyen principios de Derecho público y principios de Derecho privado. De aquí derivan las dificultades de tratamiento jurídico de la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos, que dominada por el Derecho público debe reabsorberse de nuevo por el Derecho privado. Esta reabsorción responde tanto a exigencias político-legislativas como sistemáticas. En cuanto a las primeras basta pensar que la actuación plena y completa de la figura del Estado de Derecho no puede tolerar una duplicidad de tratamiento respecto al acto ilícito, entre el ente público y el ente privado. En cuanto a las segundas, es suficiente que el resarcimiento del daño es materia típicamente privatística.

TRILLO NOVAL, Alfredo: *La crisis de la noción de contrato y su repercusión en el Derecho privado y en el Derecho del trabajo*, RGD, año XIV, número 168, septiembre 1958; págs. 818-822. Núm. 169-170, octubre-noviembre 1958; págs. 930-954.

El ambiente liberal instaurado por la Revolución Francesa tuvo una repercusión decisiva en el Derecho privado, que se configura sobre la base

de la igualdad y de la libertad humana, cual si éstos fueran conceptos incommovibles en la sociedad. El concepto libertad es más profundo de lo que creyó el liberalismo, que creyó poder configurar la sociedad a base del libre juego de la oferta y la demanda. El contrato va cambiando de naturaleza y cada vez con mayor intensidad se le va tratando como un fenómeno social hasta el punto que la libertad individual y la autonomía de la voluntad privada retroceden ante el intervencionismo de los poderes públicos y el contrato libre tiende a convertirse en contrato dirigido. Repercusión de este fenómeno en el Derecho privado y en el laboral.

ZIPPELIUS, Reinhold: *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg*, ACP, Tomo 157, 1958. cuaderno 4, págs. 390-398.

Antijuridicidad de conducta y antijuridicidad de resultado. Se trata de un problema penal con ciertas repercusiones civiles que se centran en esta afirmación: También en el deber de indemnización de daños derivado de actos ilícitos no basta la simple causalidad de una conducta, sino que es preciso que el daño sea originado por una conducta prohibida.

5. Derecho de Familia.

ARNOLD, Egon: *Zur Neuregelung der Schüsselwahl*, EF, año 5, cuaderno 6, junio 1958; págs. 193-197.

El § 1.357 del BGB, referente a la llamada «potestad de llave» de la mujer casada, ha recibido nueva redacción como consecuencia de la Ley de equiparación de 1957. Antes la mujer actuaba como representante del marido; ahora actúa en base a un poder propio, pero con eficacia para el marido. Exégesis de la nueva norma.

BAUR, Fritz: *Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año 5, cuaderno 7, julio 1958; págs. 252-259.

Aspecto de la equiparación de sexos en Alemania (Ley de 1957) en relación con problemas concursales y de ejecución forzosa: presunción de propiedad, derecho de separación, especialidades derivadas del régimen legal de bienes de «comunidad de ganancia», especialidades surgidas del régimen de comunidad de bienes en sus diversas formas.

BOSCH, F. W.: *Zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am. 1 Juli 1958*, EF, año 5, cuaderno 7, julio 1958; págs. 241-243.

En el Derecho de Familia alemán del siglo xx pueden distinguirse tres fases: a) Desde el 1 de enero de 1900 al 31 de marzo de 1953 (régimen

del BGB). b) Desde el 1 de abril de 1953 al 30 de junio de 1958 (vigencia del principio constitucional de igualdad de sexos, pero sin desarrollo legislativo). c) Desde el 1 de julio de 1958 en adelante (vigencia de la Ley de equiparación). Aportaciones bibliográficas a esta Ley.

BOSCH, F. W.: *Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht*, EF, año 5, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1958; págs. 289-298.

Rasgos y aspectos fundamentales de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en el nuevo Derecho de Familia alemán, instaurado por la Ley de equiparación de 1958. Referencia especial al régimen matrimonial de bienes.

DORING: *Schlüsselgewalt und Arzthonorar*, EF, año 5, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 358-361.

Entre las muchas cuestiones que suscita la nueva configuración de la «potestad de la llave» (nueva redacción del § 1.357 del BGB) destaca por su especial importancia práctica la siguiente: ¿actúa la mujer dentro de esta potestad cuando contrata a un médico para su asistencia personal? Frente a las opiniones de Arnold y Lauterbach, el autor opta por la respuesta negativa.

FERRARA, Alma: *Transcrizione del matrimonio canonico e limite dell' ordine pubblico*, DG, año 73, núm. 7, julio 1958; págs. 509-514.

Una reciente sentencia del Tribunal de Nápoles (1 marzo 1958) se enfrenta de nuevo con la *vexata quaestio* de la no transcribibilidad del matrimonio canónico por razones de orden público: «Es inválida, como contraria al orden público, la transcripción de un matrimonio canónico contraído entre personas entre las que exista *impedimentum criminis*.» Comentario y fijación del concepto orden público a los efectos indicados. Posibilidad o no de su invocación en materia de matrimonio canónico con efectos civiles.

FINKE, F. I.: *Zum neuen Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz)*, EF, año 5, cuaderno 10, octubre 1958; págs. 405-410.

Con la puesta en vigor de la Ley de equiparación de sexos de 1957 no han terminado en Alemania las reformas en el Derecho de Familia. Al haber finalizado la segunda legislatura sin votar la Ley que unificara y modificara ciertas disposiciones del Derecho de Familia (Proyecto de 1955), en junio de 1958 se ha reelaborado el Proyecto que se encuentra en estudio en las Cámaras. Introduce modificaciones en las siguientes mate-

rias: impugnación de la legitimidad, filiación ilegítima adopción, dispensas matrimoniales y reconocimiento de sentencias extranjeras en cuestiones de matrimonio. Todo ello destinado a restablecer la unidad legislativa en el Derecho de Familia, reintegrando al BGB disposiciones dispersas.

GERNHUBER, Joachim: *Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung*, EF, año V, cuaderno 7, julio 1958; págs. 243-251.

Antes de la Ley de equiparación de 1957 sólo la mujer tenía obligación de trabajar para su marido en el hogar o en el negocio de éste, cuando ello era usual, en función de las circunstancias en que los cónyuges vivían. Después de la Ley indicada (nuevo § 1.356, II, BGB) esta obligación pesa ahora igual sobre la mujer que sobre el marido. Comentario a la nueva situación creada en relación con el deber de «co-trabajo» de los cónyuges.

HABSCHIED, Walter, J.: *Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht*, EF, año V, cuaderno 6, junio 1958; págs. 202-209.

Jurisprudencia alemana reciente en torno a procesos por materia matrimonial: nulidad de matrimonio, invalidación, divorcio, declaración de culpabilidad de uno u otro cónyuge (cuestión clave para la reglamentación de los alimentos).

HEINRICH, Dieter: *Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im internationalen Privatrecht*, EF, año V, cuaderno 4, abril 1958; págs. 122-125.

Intento de aclaración de algunas cuestiones dudosas en relación con la impugnación de la legitimidad de un hijo en el ámbito del Derecho internacional privado: la cuestión previa de la validez o nulidad del matrimonio, importancia de la nacionalidad del marido o de la madre al tiempo del nacimiento del hijo, madre no alemana, pero con estatuto personal alemán, impugnación por el ministerio público.

KRAUSS, Günther: *Zwangszivilehe und Bonner Grundgesetz*, EF, V, cuaderno 7, julio 1958; págs. 259-263.

La garantía institucional del matrimonio y de la familia contenida en el artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn ¿supone la obligatoriedad del matrimonio civil? La eventual protección del matrimonio civil ¿presupone la prioridad de éste ante el casamiento eclesiástico? Recientemente se han contestado en sentido afirmativo estas cuestiones. El autor pretende demostrar que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la imposición del matrimonio civil no deriva del § 67 de la Ley alemana sobre el estado de las personas

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El matrimonio civil de los católicos*, AUM, volumen XV, núms. 3-4, curso 1956-1957; págs. 227-250.

Notas al Decreto de 26 de octubre de 1956 y textos que lo interpretan, precedidas de una referencia al artículo 42 del C. c. y a los preceptos administrativos dictados para su aplicación.

MANS, Jaime: *Nulidad de matrimonio*, RJC, año LVII, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 511-522.

Comentario a una sentencia de la Rota de 20-IV-1956, referente al miedo indirecto como posible causa de nulidad de matrimonio. Oscuridad del canon 1.087, en contraste con la norma clara de la Iglesia Oriental que determina que el miedo para invalidar el matrimonio ha de haber sido inferido para arrancar el consentimiento. La sentencia admite el miedo indirecto.

MONTEL, Alberto: *Scelta fra il rito matrimoniale civile e quello canonico*, DG, año 73, núm. 2, febrero 1958; págs. 73-74.

Brevísimas consideraciones sobre el valor y significado del acto de elección entre el rito canónico y el rito civil para la celebración de una u otra clase de matrimonio. Valoración crítica de una sentencia del Tribunal de Nápoles de 7 de noviembre de 1957 que entendió que la elección que el ciudadano ejercita entre uno u otro rito matrimonial no es un acto jurídico por sí separable del matrimonio y susceptible de impugnación separada del matrimonio, el cual es el único acto jurídicamente apreciable y relevante.

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO: *La ricerca della paternità nel Diritto venezuelano*, DG, año LXXIII, núm. 4, abril 1958; págs. 241-249.

En el Derecho venezolano la investigación de la paternidad comenzó admitiéndose en casos taxativos, y actualmente (Código civil de 1942) se admite sin limitación, exigiendo la prueba de la relación carnal entre los progenitores al tiempo de la concepción. En relación con el problema en el Derecho venezolano el autor se enfrenta con estas dos cuestiones: a) ¿Cómo debe entenderse la posesión del estado del hijo natural? b) ¿Es suficiente o debe ser también exigida la prueba de la relación carnal entre los progenitores cuando la demanda es interpuesta no con relación al padre, sino con relación a sus herederos?

SCHLER, Wolfgang: *Nochmals: Zur Behandlung der Staatsbürgerschaftsfrage im internationalen Privatrecht*, EF, año V, cuaderno 11, noviembre 1958; páginas 410-411.

Glosas complementarias a la nota de Schwimann (reseñada en esta sección) sobre el problema de los «matrimonios de nacionalidad».

SCHOELLER, Ingeborg: *Restitution of Conjugal Rights*, EF, año V, cuaderno 5, mayo 1958; págs. 153-157.

La figura del Derecho inglés llamada «Restitution of Conjugal Rights», viene a ser equivalente a la institución alemana de la acción para el restablecimiento de la comunidad matrimonial de vida entre los cónyuges. Estudio de la acción de «restitution of Conjugal rights», comparada con la institución alemana: concepto de las «conjugal rights», legitimación activa, excepciones a la acción, ejecución de sentencia.

SCHWIMANN, Michael: *Zur Behandlung der Staatsbürgerchaftsese im internationalen Privatrecht*, EF, año V, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1958; págs. 223-307.

Tratamiento por el Derecho internacional privado de los «matrimonios de nacionalidad» (contraídos con el único fin de obtener una nacionalidad para finalidades ulteriores). Comentario a una sentencia de 10-XII-1957, dictada por el Tribunal de Munich, en la que se declara nulo el matrimonio contraído por una húngara con un italiano en Budapest con el solo fin de poder expatriarse de Hungría en concepto de italiana. No medió consumación ni comunidad doméstica.

SCHWIND, Fritz: *Eherechtliche Probleme des österreichischen Konkordats*, EF, año V, cuaderno 7, julio 1958; págs. 263-266.

El Concordato austríaco comenzó a regir en 1934, pero perdió totalmente su eficacia como consecuencia de la anexión de Austria a Alemania en 1938. Recupera su vigencia en 1945. En el artículo VII se determina que la República austríaca reconoce efectos civiles al matrimonio contraído con arreglo al Derecho canónico. Ejecución y aplicación de esta norma en su desarrollo pormenorizado.

SEBASTIÁN IRANZO, Víctor: *Sobre interpretación del canon 1.017. Naturaleza de la obligación que surge de los sponsales*, RGD, año XIV, núm. 163, abril 1958; págs. 370-378; núm. 164, mayo 1958; págs. 490-497.

De los sponsales nace: 1) Un interés sobre el matrimonio no garantizado por el Derecho objetivo. 2) Una obligación de contraer matrimonio en el fuero interno. 3) En ambos fueros una obligación alternativa con carácter facultativo: o celebrar el matrimonio o reparar daños. 4) En ambos fueros una «leve» obligación de fidelidad de contraer matrimonio. 5) Obligación de justicia en los dos fueros. El autor resume su opinión manifestando que de los sponsales surge una obligación principal de contraer matrimonio y una accesorio con valor de subrogante de resarcir daños.

SIMO SANTOJA, Vicente-Luis: *La escuela estatutaria española ante los conflictos de competencia legislativa en materia matrimonial*, RDG, año XIV, número 164, mayo 1958; págs. 498-511.

Los conflictos legislativos en materia de regímenes matrimoniales son quizá una de las cuestiones que más han contribuido a la formación del Derecho internacional privado. Estudio de la cuestión en los autores de la escuela estatutaria española: Palacio Rubios, Ripoll y Cáncer, Rodrigo Suárez, Gregorio López, Antonio Gómez, Matienzo, Covarrubias y Barbosa de Luna.

THIELE, Wolfgang: *Miteigentumserwerb der Ehegatten an dem während der Ehe angeschafften Hausrat*, EF, años, cuaderno 4, abril 1958; páginas 115-120.

Doctrinal y jurisprudencialmente es discutida en Alemania la cuestión de si los objetos del hogar común adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio pertenece en copropiedad a ambos, si sólo les pertenecen en sociedad o si son exclusiva propiedad de un cónyuge. El autor distingue supuestos en que los cónyuges obtienen copropiedad (por cuotas y no en mano común) y supuestos en que surge entre ellos una relación de sociedad. Es preciso apreciar la forma de actuación del cónyuge adquirente.

THIELE, Wolfgang: *Die Nahtstellen von Erbrecht und Güterrecht in der Zugewinngemeinschaft*, EF, año V, cuaderno 11, noviembre 1958; páginas 393-398.

La Ley de equiparación de sexos alemana de 1957 no regula unitariamente la respectiva división patrimonial de los cónyuges a la terminación del régimen legal de bienes (comunidad de ganancia). Se prevé una «liquidación sucesoria» (incremento de la porción hereditaria del superviviente en un cuarto de la herencia) y una «liquidación de derecho matrimonial patrimonial» (nivelación de la ganancia propiamente dicha). Interferencias entre ambas formas de liquidarse el régimen legal. Dificultades prácticas.

ULMER, K.: *Über die Notwendigkeit einer Fristverlängerung für des inkrafttreten der Normen des Gleichberechtigungsgesetzes betreffend den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft*, EF, año V, cuaderno 4, abril 1958; págs. 113-115.

La Ley alemana de equiparación de sexos de 18 de junio de 1957, que establece como nuevo régimen legal de bienes la «comunidad de ganancia», entró en vigor el 1 de julio de 1958. Proponía el autor una prórroga de ese plazo en lo tocante precisamente al régimen legal de bienes que, a su juicio, contradice la «equiparación», cuando la «comunidad» se liquida por muerte de un cónyuge.

ULMER, Kurt: *Verboten das Wesen der Ehe den güterrechtlichen Zugewinnausgleich beim Tode des Ausgleichberechtigten?*, EF, año V, cuaderno 7, julio 1958; págs. 251-252.

Es contrario a la propia esencia del matrimonio el que el viudo tenga que «nivelar» la ganancia (en el nuevo régimen legal de bienes alemán) con los herederos de su mujer premuerta. No lo es, en cambio, el tener que realizar esta nivelación con su mujer divorciada (aunque estuviera declarada culpable).

WAGENBAUR, Rolf: *Zur Frage der vermögensrechtlichen Ansprüche des mitarbeitenden Ehegatten*, EF, año V, cuaderno 4, noviembre 1958; páginas 398-402.

En el párrfo 2.º del nuevo § 1.356 del BGB (redacción Ley de equiparación) se impone a ambos cónyuges el deber de «co-trabajar» en la profesión o negocio de su consorte. Cuando esto sea usual en atención a las circunstancias en que los cónyuges vivan. Ello plantea el problema de la participación material del cónyuge que «co-trabaja» en los rendimientos obtenidos. Cuestión a resolver jurisprudencialmente. No derivan directamente pretensiones indemnizatorias de la norma indicada.

WAHLE, Karl: *Eine «skandalöse Begründung» des österreichischen Obersten Gerichtshofes*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 3; págs. 349-357.

El autor defiende la fundamentación de los tribunales austriacos a la negativa de conceder una acción de perturbación del matrimonio contra el perturbador. La defensa se hace contra la posición de Boehmer, defensor acérrimo de esta acción, y que a juicio del autor, se ha expresado en términos inadmisibles para la jurisprudencia austriaca.

6. Derecho de Sucesiones.

ANGUERA DE SOJO, Oriol: *La cuarta marital*, RJC, año LVII, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 459-464.

Dictamen a un complicado supuesto de acción para reclamar el complemento de la cuarta marital, existiendo capitulaciones a favor de la reclamante y existiendo hijos de un matrimonio anterior del marido de dicha reclamante. Notas de la revista al anterior dictamen (págs. 464-472).

ESCOBAR, Eloy: *De la «data indirecta» en los testamentos notariales*, RDP, octubre 1958; págs. 847-850.

Consideraciones sobre la posibilidad de determinación indirecta de la fecha de los testamentos notariales y ológrafos, en relación con el pro-

blema de la nulidad y validez de los mismos. El trabajo está hecho sobre la jurisprudencia francesa.

HAMPEL, Herbert: *Zur Pflichtteilsregelung bei der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten*, EF, año V, cuaderno 5, mayo 1958; págs. 162-166.

Cuando, en el nuevo régimen legal de bienes instaurado en Alemania por la Ley de equiparación, la «comunidad de ganancia» se termina por muerte de un cónyuge, la «nivelación de la ganancia» a favor del superviviente se realiza incrementando su porción hereditaria en una cuarta parte de la herencia. Repercusión de esta norma en fijación de la «legítima» del cónyuge. Criterios doctrinales diversos. Apreciación crítica. Supuestos de determinación de la legítima a base de la porción hereditaria incrementada.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier: *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio*, RGLJ, tomo 204, núm. 4, abril 1958; páginas 471-536.

Mientras que el beneficio de inventario es una figura en favor del heredero para evitar que la *damnosa hereditas* grave su patrimonio, el beneficio de separación es una figura en favor de los acreedores para evitar que la situación económica del heredero pueda perjudicarles al tener que concurrir con los acreedores personales de éste. En el presente estudio el autor se enfrenta con la segunda de las instituciones indicadas en el Derecho español. Se comienza aludiendo a la separación de patrimonios resultantes del beneficio de inventario; se hace después referencia a una especial separación de bienes en los supuestos de aceptación pura conservando la herencia indivisa; luego se estudia el problema en relación con los legados, para terminar aludiendo a la separación implícita en la herencia declarada en concurso o quiebra.

MORENO QUESADA, Bernardo: *Sobre garantía registral del pago en el legado de cosa ajena*, RCDI, año XXXIV, nums. 364-365, septiembre-octubre 1958; páginas 700-708.

Siendo el legado de cosa ajena el legatario debe asegurar su cumplimiento mediante la anotación preventiva propia de los legados de género o cantidad, pero, junto a ella, cuando la cosa haya entrado en el patrimonio del heredero debe proceder el legatario solicitar una nueva anotación: ésta ya de las que se regulan en el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, sobre bienes determinados.

PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: *La desheredación en el Código civil español*, RDEA, año III, núm. 12, marzo-abril 1958; págs. 93-140.

Delimitado el concepto se estudian las relaciones con la indignidad, se analizan los requisitos y se indican los distintos sujetos pasivos (descendientes, ascendientes, cónyuge). El efecto de la desheredación estriba en la exclusión de la cualidad de heredero; referencia a la impugnación de la desheredación y al perdón del ofendido y su eficacia. Supuestos concretos: desheredación por el reservista, desheredación en la sucesión testada, desheredación del cónyuge inocente.

TABOADA ROCA, Manuel: *Los llamados contadores solidarios. Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación*, RGD, año XIV, nums. 160-161, enero-febrero 1958; págs. 12-21; núm. 162, marzo 1958; págs. 258-279.

No es adecuada la denominación de «contadores solidarios». Los ejecutores testamentarios pluripersonales pueden actuar sucesivamente o de forma simultánea, en cuyo caso valdrá como partición la que realicen todos de acuerdo o la que decida la mayoría. El que los contadores no puedan ser designados solidariamente, no significa que entre los varios nombrados no pueda surgir, en ciertos casos, una responsabilidad solidaria. Aunque se emplee en el testamento la incorrecta denominación de «contadores solidarios» ninguno de ellos debe considerarse nombrado con este carácter, debiendo actuar de acuerdo con los demás nombrados, como si se le hubiese designado «mancomunadamente».

ROCA SASTRE, Ramón María: *Compatibilidad de la detracción de la cuarta falcidia y la legítima*, RJC, año LVII, núm. 3, mayo-junio 1958; páginas 303-314.

Es vieja la disputa en torno al problema de si el heredero que sea a la vez legítimo puede o no puede detraer, además de su legítima, la cuarta falcidia. Examinadas las distintas opiniones el autor opta por la solución afirmativa, ofreciendo abundante argumentación en apoyo de su tesis.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Las reservas en el cap. V del tit. IV, lib. III del Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, redactado por la Comisión de juristas catalanes*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 135-165.

Amplio estudio de las reservas viudal y lineal en el texto indicado en el epígrafe. Análisis separado de los sujetos, los bienes, la extinción, la enajenación de los bienes reservados, en la primera. En la segunda, supuestos de aplicación de los bienes. Propuesta de un nuevo articulado.

II. DERECHO HIPOTECARIO

DEMELIUS, Heinrich: *Berichtigungsklage und Löschungsklage*, ACP, tomo 157, 1958, cuaderno 4; págs. 361-371.

Estudio comparativo de Derecho alemán y de Derecho austriaco en torno a las acciones de rectificación y de cancelación en las respectivas reglamentaciones del Registro inmobiliario. Diferencias materiales y de procedimiento. Considera el autor que el Derecho registral alemán y el Derecho registral austriaco son como un árbol que, con raíz común, se manifiesta en dos grandes ramas.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Teoría del Registro de la propiedad como servicio público*, RCDI, año XXXIV, núms. 364-365, septiembre-octubre 1958; páginas 601-658.

Finalización del amplio estudio del autor sobre la materia. En este número de RCDI se refiere a la organización del Registro de la Propiedad: elementos orgánicos del Registro como servicio, la unificación institucional y funcional, elementos externos e internos de la organización y elementos orgánicos de jerarquización.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte General.

BOLLAIN ROZALEM, José: *El nuevo Reglamento del Registro mercantil*, RDM, volumen XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; págs. 137-151.

Continuación del examen del nuevo Reglamento del Registro Mercantil. En el presente número de RDM se examinan los artículos 44 a 68: Título II del Reglamento.

BONET CORREA, José: *Reseña del Derecho mercantil alemán del periodo 1955-1957*, RDM, vol. XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; págs. 87-117.

Reseña informativa del Derecho mercantil, en el período indicado; influencia del factor económico, político e internacional. Aspectos doctrinal, legislativo y jurisprudencial en los diversos ámbitos de la disciplina: comerciante individual y empresa, propiedad comercial e industrial, derecho de autor, patentes y licencias, sociedades, títulos, obligaciones, concurso, Derecho marítimo.

PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: *Aspecto histórico del Derecho mercantil*, RDM, vol. XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; págs. 7-38.

Esbozo de los aspectos fundamentales de la evolución del Derecho mercantil, como producto histórico, desde sus comienzos hasta llegar al mo-

mento actual. Graves problemas actuales como consecuencia de las «especializaciones» y de la transformación de conceptos e instituciones impuesta por la realidad del tráfico.

2. Comerciantes y Sociedades.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *La firma de la acción por los administradores*, RDP, junio 1958; págs. 533-539

Exégesis del número 7 del artículo 43 de la ley de sociedades anónimas, según el cual «el título de la acción expresará necesariamente: 7.º la firma de uno o varios de los administradores». Se defiende, con amplia argumentación, la posibilidad de firma con estampilla.

SPARANO, Vincenzo: *Sulla co-produzione di opera cinematografica*, DG, año LXXII, núm. 1, enero 1958; págs. 6-13.

En la coproducción cinematográfica es fundamental la determinación de la naturaleza jurídica del acuerdo entre los productores que deciden la coproducción de un film. Entiende el autor se trata de una relación de carácter asociativo. Mecanismo y contenido de esta sociedad, posiciones subjetivas, sucesión por un productor, finalización, etc.

3. Cosas mercantiles.

GUIMERA PERAZA, Marcos: *La notificación del protesto y la acción ejecutiva*, RDP, octubre 1958; págs 836-846.

Exégesis del artículo 517, párrafo 1.º del Código de Comercio referente a la notificación notarial del protesto que ha de hacerse a librador y endosantes cuando el portador de una letra protestada dirija su acción, antes que contra ellos, contra el aceptante. Problemas prácticos y enfoque doctrinal de ellos. Ante una letra que tenga legitimadas notarialmente las firmas de los interesados o se halle intervenida por agente o corredor que esté vencida, impagada y protestada, el autor estima: 1.º, que podrá ejercitarse la acción cambiaria por vía ejecutiva directamente contra el aceptante, y despacharse la ejecución sin otro requisito; 2.º, que podrá interponerse la acción cambiaria de regreso contra librador, endosantes o avalistas sin otra formalidad que el protesto, y con igual resultado procesal; 3.º, que para conservar vivas las acciones contra los demás en caso de insolvencia del demandado, es cuando ha de hacer la notificación del protesto; 4.º, que las diligencias preparatorias de la ejecución, a fin de obtener el reconocimiento judicial de la firma, han venido a ser sustituidas por la legitimación notarial de las firmas; 5.º, que la notificación notarial prevenida en el artículo 1429, número 4.º de la LEC tiene el mismo efecto que la del

artículo 517 del Código de Comercio: conservación de acciones por sí el demandado no es solvente.

MARTÍNEZ VAL, JOSÉ María: *La letra de cambio como documento privado*, RJC, año LVII, núm. 3, marzo-junio 1958; págs. 315-321.

Posible eficacia material, y problemas procesales, derivados de la existencia de una letra de cambio a la que faltan algunos de los requisitos esenciales del artículo 444 del Código de Comercio. La letra es en todo caso un documento privado, pero solemne; cuando le faltan requisitos queda reducida a ser, sin más, un documento privado.

FELLIZI, Luigi Giovanni: *Cessione della provvista dopo l'accettazione di altra cambiale*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 235-239.

En el caso de emisión de una letra de cambio librada con cesión de provisión, el librado no puede oponer al cesionario la excepción de haber aceptado antes de la cesión otra letra, por el mismo crédito, emitida con anterioridad por el mismo librador. Es doctrina, que el autor comenta, sentada por la Corte de Casación italiana en Sentencia de 28 de mayo de 1957.

4. Obligaciones y Contratos.

ARILLAGA, JOSÉ Ignacio de: *Cajas de seguridad en los Bancos*, RDP, julio-agosto 1958; págs. 635-649.

Completo estudio del contrato de «cesión de cajas de seguridad»: Concepto, antecedentes, función económica, caracteres, naturaleza, elementos, efectos, pluralidad de titulares, responsabilidad, extinción. A juicio del autor el contrato de cesión de cajas de seguridad es un contrato innominado que debe regirse, en primer lugar, por los Estatutos del Banco y, después, por las normas contenidas en el Código civil sobre arrendamiento de cosas y por las que el Código de Comercio contiene respecto al depósito, aplicando unas u otras según que afecten al aspecto de uso de la caja o al de guarda de la misma (sic).

LASHERAS-SANZ, ANTONIO: *Calificación jurídica de las reservas matemáticas del seguro*, RDP, mayo 1958; págs. 411-428.

Indicado cómo surgen y cómo actúan las reservas matemáticas en los seguros, se examina la llamada propiedad de dichas reservas a base de las facultades integradoras del dominio: disposición, uso, abuso, disfrute y vindicación. Después de este examen se afirma que la reserva no es propiedad del asegurador. Se trata más bien de un derecho crediticio del que paga las

primas o del asegurado: un privilegio establecido por ley especial a un crédito de índole técnica.

PASCUAL ARRANZ, Carlos: *El contrato de expedición*, RJC, año LVII, número 4, julio-agosto 1958; págs. 499-509.

El contrato de expedición no goza de una reglamentación autónoma en nuestro Derecho; las alusiones que a él contiene el Código de Comercio, a través de la figura del comisionista de transporte, lo hacen dependiente del contrato de transporte terrestre. El autor se refiere a la naturaleza del contrato de expedición, entendiéndolo que es un tipo cualificado del mandato: en su perfección, es un mandato; en su ejecución, un transporte. Objeto del contrato, formas de prestación, contenido (derechos y obligaciones, acciones, obligación de asegurar, derecho de retención) y jurisprudencia.

ROLDÁN, Eulogio: *Algunas consideraciones sobre el contrato mercantil de transporte por carretera*, RDM, vol. XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; páginas 131-135.

Cuestiones prácticas surgidas en relación con el contrato de transporte terrestre por carretera: plazo del transporte, caría de porte, transporte en camiones de retorno, transporte de equipajes.

5. Derecho Marítimo y Aeronáutico.

ECHEVARRÍA, L.: *Notas sobre el transporte marítimo*, RDM, vol. XXVI, número 69, julio-septiembre 1958; págs. 119-121.

Comentarios a algunas cuestiones prácticas que plantea el contrato de transporte marítimo en la realidad: ejecución del transporte, *heavy lift*, *ad valorem rates*, descarga en turno, fletes especiales, peso y medida, divisas, etcétera.

JULIÁ ANDREU, Gabriel: *El impago de flete en el puerto de destino del cargamento*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 249-256.

Al llegar un buque al puerto de destino del cargamento, pueden apreciarse dos momentos sucesivos: 1.º, el cargamento permanece a bordo del buque; 2.º, el cargamento ha sido ya desembarcado. Examen del impago del flete en relación con los dos momentos indicados.

SÁNCHEZ DEL REY, José Luis: *Arribada forzosa. Enjuiciamiento y comentario sobre un capitán o patrón del siglo XVIII*, RDM, vol. XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; págs. 125-130.

Comentario a un curioso supuesto de arribada forzosa, ocurrido en el siglo XVIII. Posición jurídica del capitán: credibilidad del mismo, principio de autoridad, preponderancia a ultranza del cargador.

6. Derecho de quiebra.

JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, Juan Domingo: *La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio*, RDM. vol. XXVI, núm. 69, julio-septiembre 1958; págs. 39-83.

Precedido de unas consideraciones doctrinales sobre los conceptos insolencia y quiebra, se examina el fundamento de la ineficacia de los actos realizados en situación de insolencia, para enfrentarse a continuación con la institución de la llamada retroacción de la quiebra. Análisis del artículo 878 del Código de Comercio: opiniones doctrinales en torno al mismo, crítica de las mismas. A juicio del autor es preciso distinguir en el artículo 878 dos clases de actos: 1) los celebrados con posterioridad a la fecha de declaración de quiebra; 2) los anteriores a esta fecha pero posteriores a aquella a que se han retrotraído los efectos de la misma. La acción de ineficacia del artículo 878 tiene la naturaleza de acción rescisoria. Efectos de la acción de ineficacia.

LA REVISTA: *Comentario a la jurisprudencia concursal del Tribunal Supremo del año 1957*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 183-198.

Comentarios críticos a las Sentencias que, en materia concursal, ha dictado el Tribunal Supremo en materia de procedimiento concursal.

TORRES DE CRUELLS, Joaquín: *La extensión de la quiebra de las sociedades*, RJC, año LVII, núm. 2, marzo-abril 1958; págs. 179-182.

Demostrado que en la legislación francesa y en la italiana la quiebra de una sociedad debe *extenderse* también a sus dirigentes, dueños y principales accionistas en los supuestos en que la evidencia del fraude y de la ficción lleven a considerar a la sociedad como un ente con simple *facies externa*, se esbozan los caminos por los que la figura de la *extensión de la quiebra* podría aplicarse en Derecho español: la legitimación, la simulación, la apariencia.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte General.

BRÜHL: *Der Prozesskostenvorschuss nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año V, cuaderno 6, junio 1958; págs. 197-202.

Una de las cuestiones más discutidas durante el período de reforma del Derecho de Familia alemán en aras a la equiparación jurídica de los sexos fué la relativa a si subsistía o no la obligación del marido de anticipar cos-

tas a su mujer. El nuevo § 1.360 a, en su párrafo 4.º determina que si un cónyuge no está en condiciones de soportar las costas de un litigio que afecte a un asunto personal, el otro cónyuge está obligado a anticiparle estas costas siempre que esto esté de acuerdo con la equidad. Comentario de la nueva norma.

CARRERAS, Jorge: *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC*, RJC, año LVII, núm. 4, julio-agosto 1958; págs. 473-494.

Las medidas cautelares, para gozar de esta finalidad, han de tener una finalidad asegurativa y estar preordenadas a un proceso pendiente. El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una norma en blanco en el sentido de que el juez ha de tomar las medidas que autoriza *según las circunstancias*. Amplia y ordenada exégesis de esta norma: aparición de documento en el que consta claramente la obligación de hacer, no hacer o entregar cosa específica y adopción de medidas para asegurar la efectividad de la sentencia.

GARCÍA VALDECASAS. Alfonso: *Aspectos del fraude procesal*, RDP, febrero 1958; págs. 107-123.

Después de conceptuar el fraude a la ley como uno de los significados del fraude, el autor se ocupa de dicha figura en los supuestos en que su campo de actuación es el proceso: más concretamente la actividad procesal de las partes. Se distinguen las dos clases de fraude procesal: bilateral y unilateral; se señalan las hipótesis del primero y se delimita el segundo en relación con el abuso del derecho, el dolo, la falsedad y la injusticia manifiesta. Referencias casuistas a la alegación del fraude.

MANDRIOLI, Crisanto: *Difetto di legittimazione processuale, sanatoria e onere della notificazione al contumace*, RDDC, año IV, núm. 3, mayo-junio 1958; págs. 239-248.

El defecto de legitimación *ad processum* del actor puede ser eliminado mediante una manifestación de voluntad del sujeto que suponga la regularización; tal «sanatoria» opera retroactivamente haciendo desaparecer el interés en la excepción, salvo el que tenga lugar la decadencia. No es indispensable, en el sentido del artículo 292 del Código de Procedimiento Civil, la notificación al contumaz de la comparecencia con la cual el legitimado *ad processum*, constituyéndose en juicio, hace suya la demanda interpuesta por el *falsus procurator*, ganando el defecto de representación. Sentencia, y comentario del autor, del Tribunal italiano de casación de 6 de mayo de 1957.

PASTOR, Wilhelm: *Die Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, año V, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1958; págs. 298-303.

Aspectos materiales y procesales de la nueva norma contenida en el § 1360 a, párrafo IV, que impone a los cónyuges el recíproco deber de anticiparse costas procesales. Se trata de un precepto introducido *ex novo* por la Ley de equiparación, de 1957, como consecuencia de las enconadas polémicas que suscitó la cuestión al elaborarse la Ley.

REYES MONTERREAL, José María: *Procedimiento para reclamar mejoras el poseedor lanzado*, RJC, año LVII, num. 2, marzo-abril 1958; págs. 227-242.

El autor trata de concretar qué normas de procedimiento deben aplicarse para la reclamación de mejoras, labores o plantíos que el arrendatario o, en general, el poseedor lanzado formule cuando su posesión cese, y en vista de que la ley de Enjuiciamiento no ha previsto las graves cuestiones procesales derivadas del arrendamiento.

ZAFFAROLI, Fausto: *Note sulla «reconventio reconventionis»*, RDD, año IV, número 3, mayo-junio 1958; págs. 291-235.

El problema de determinar si el actor contra quien se ha interpuesto una demanda reconvenzional puede, a su vez, reconvenir es uno de los temas más importantes que presenta la teoría y la práctica de la «reconvencción». Estudio histórico, de doctrina extranjera y de Derecho italiano vigente. Termina el autor afirmando que el principio *reconventio reconventionis non admittitur* no sufre más que excepciones aparentes. Se trata, en realidad, de fenómenos procesales que se relacionan con principios distintos de aquellos que dominan la figura de la reconvencción.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María: *La relación procesal en el Derecho de la Iglesia*, RDG, año XIV, núm. 160-161, enero-febrero 1958; págs. 2-11.

Descripción de los elementos de la relación procesal en el Derecho Canónico: I. Sujetos de la relación (órgano jurisdiccional, las partes canónicas); II. Objeto de la relación (acción canónica); III. Constitución de la relación procesal canónica; IV. Vicisitudes críticas del proceso canónico (crisis por razón del sujeto, crisis objetiva); V. Terminación (sentencia canónica y terminación anormal: renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción, caducidad de la instancia).

3. Procesos especiales.

ANDROLI, Virgilio: *Ancora sulla figura del Ministro Giudice nella costituzione della Repubblica*, DG, año LXXIII, núm. 1, enero 1958; págs. 1-5.

Dualidad de concepciones (de la Corte de Casación y del Consejo de Estado) en torno a la figura del Ministro-juez en la Constitución italiana. Mientras que el Consejo de Estado entiende que los fallos de la figura indicada, como juez especial, son impugnables por defecto de jurisdicción de la que debe conocer dicho consejo, la Corte de Casación entiende la corresponde a ella ese conocimiento.

GAUL, H. F.: *Einstweilige Unterhaltsregelung zugunsten des unehelichen Kindes während der Aussetzung des Unterhaltsprozesses analog §§ 940 ZPO, 1716 BGB?*, EF, año V, cuaderno 5, marzo 1958; págs. 157-162.

Fijación provisional de alimentos al hijo ilegítimo en tanto dure la tramitación del proceso en torno a la cuestión. Crítica de ciertas prácticas judiciales alemanas en esta materia.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Sobre la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, RGD, año XIV, núm. 166-167, julio-agosto 1958; págs. 706-711.

Breves comentarios en torno al problema de la cuantía en el recurso contencioso-administrativo conforme a la nueva reglamentación del mismo. Generalidades, cuantía a efectos de timbre y normas y directrices de la jurisprudencia.

TORRES CRUELLS, Joaquín: *Consideración procesal de los síndicos de la quiebra*, RGD, año XIV, núm. 162, marzo 1958; págs. 280-287; núm. 163, abril 1958; págs. 379-401.

Considera el autor que los síndicos de la quiebra tienen en el Derecho español una naturaleza esencialmente privada, pero con una tutela de Derecho público y cumpliendo por vía de excepción este carácter. Se describe su nombramiento, la impugnación de éste, las atribuciones de los síndicos (funciones de gestión y funciones de representación) y su sustitución, separación y cese de atribuciones.

VACAS MEDINA, Luis: *Sobre la administración de las masas concursales*, RDP, abril 1958; págs. 329-339.

Especialidades características de la administración de los bienes que forman objeto de un procedimiento concursal. Afirmado por el autor se trata

de una administración en el sentido que tiene en Derecho Público, y que tiende a la enajenación de un patrimonio, se analiza lo relativo al nombramiento de los administradores, al carácter de su cargo y a las condiciones (técnicas o no) de dichos administradores.

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 Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review. (Londres.)
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (Milán).
 RDLC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 REDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue International de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
 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).
 RS = Rivista delle Società (Milán).

- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencias y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

Precio aplazado: Su cancelación

(Notas a la Resolución de 30 de abril de 1958). (*)

SUMARIO: 1) Legislación de 1909. 2) Ley de Reforma de 1944. 3) Texto refundido de 1946. 4) Reglamento Hipotecario de 1947. 5) Resolución de 30 de abril de 1958: A) Antecedentes. B) Doctrina. C) Comentario: a) Naturaleza de la expresión del precio aplazado. b) Sus efectos bajo la legislación anterior. c) Carácter de la ley de Reforma 1944-46. d) Aplicación del artículo 98 de la ley. e) Crítica.

(*) Hace más de doce años el entusiasta registrador de la Propiedad de la villa de La Orotava, JOSÉ FERNÁNDEZ MIRÓN, de acuerdo con el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, organizó un ciclo de conferencias que había de desarrollarse en la antigua Sala de lo Criminal de la excelentísima Audiencia Provincial. Inauguró el curso él mismo, disertando sobre «La nueva Ley Hipotecaria».

Le seguí yo, a la sazón notario de Güimar, desarrollando el tema, entonces de actualidad, «El precio aplazado y la reforma hipotecaria». Esto fué exactamente el viernes día 14 de junio de 1946.

Porque es que el precio aplazado había tenido para mí mucho atractivo desde que en el segundo ejercicio de nuestras oposiciones de ingreso al Notariado (año 1944) hubimos de desarrollar por escrito el siguiente tema: «Resolución de la venta por el no pago del precio aplazado: sus repercusiones hipotecarias».

Aquella conferencia no se publicó. Nueva bibliografía vino a agotar el tema, y aquellas notas quedaron inéditas; relegadas a la carpeta de VARIA, mientras que otros temas, más sugestivos y acuciantes, ocupaban mis ratos de *publicista jurídico*.

Mas he aquí que se dicta la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 1958* («B. O. del E.» del 1 de septiembre de 1958) que vuelve a poner sobre el tapete la cuestión, siempre actual, del precio aplazado en la compraventa, en su repercusión frente a tercero. Esta vez, en el terreno del derecho transitorio. Y por su causa se me actualiza aquel recuerdo, repaso las notas de hace años y encuentro que existe un interés vigente en determinar qué pasa con la mención—dicho sea sin el sentido técnico que la define—de haberse aplazado el precio de una compraventa inscrita en el Registro con anterioridad a la vigencia de la ley de Reforma Hipotecaria y su texto refundido de 1944-1946.

Este es el motivo de las presentes líneas, que tienen mucho de exégesis de Jurisprudencia y algo de recuerdo de aquel tiempo que ya me parece tan lejano.

1) LEGISLACIÓN DE 1909.

Bajo el imperio de la ley hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, el precio aplazado vivió regulado, fundamentalmente, por los artículos 10 y 38.

El artículo 10 disponía:

«En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago.»

Y el artículo 38 preceptuaba:

«En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de la causas siguientes:

... 2.º Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago.)

Con estos solos dos preceptos, la doctrina civil e hipotecaria formó su composición de lugar. Y en síntesis, la mayoría de los autores formularon las siguientes conclusiones:

1.º Es preciso hacer constar en el Registro la forma de pago del precio; y en caso de haber sido éste aplazado el término, interés y demás condiciones que resulten del título presentado.

2.º Dicho aplazamiento, hecho constar en el Registro, perjudica a tercero, conforme se deduce de la regla *dos negaciones afirman*, que se desprende del texto del artículo 38 Ley hipotecaria, interpretado a *contrario sensu*.

3.º El aplazamiento del pago del precio no es propiamente una mención, en sentido técnico, pese a la dicción del artículo 10 de la Ley. Tal declaración vino expresamente formulada en la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1933, para la que se trata, tan sólo, de una *condición especial del contrato*, de obligada constancia en el asiento.

Hubo autores que se alzaron contra esta interpretación. Así, Roca Sastre (1), la reputa contraria al Derecho civil, donde la acción resolutoria nunca puede afectar a terceros. Apuntemos que, en su terminología, la mención del precio aplazado es una «reserva autenticada», con los efectos que a ellas adscribe Roca; para quien, además, la acción dimanante del aplazamiento del precio es una verdadera acción rescisoria.

Y, sobre todo, González Palomino (2), que entiende que para que produzca efecto contra tercero la acción resolutoria «no bastaba el hecho de quedar aplazado el pago del precio; era necesario pactar la condición resolutoria». Y después de enumerar todas las subvenciones que esa interpretación produce en la naturaleza de la compraventa, de las obligaciones, de la culpa y de la buena fe, concluye, al criticar la Resolución citada de 1933,

(1) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1941, pág. 122.

(2) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *La adjudicación para pago de deudas*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo I, Madrid, Reus, 1943, pág. 300.

diciendo que los autores que sostienen tal postura olvidan que *la negación de una negación no es siempre una afirmación.*

Pero el hecho fué, repetimos, que la mayoría de los autores siguió entendiendo que la mención del aplazamiento de pago del precio, por sí sola, producía efectos contra tercero, al menos, en el campo hipotecario con base en lo dispuesto en el citado artículo 38.

2) LEY DE REFORMA DE 1944.

Y llegó la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que introdujo en el artículo 11 la locución inicial, que es lo medular de la reforma:

«La sola expresión del aplazamiento del pago del precio no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice...»

Con ello, se liquidó la cuestión de la trascendencia de la mención del aplazamiento del precio con respecto a terceros, aun hipotecarios. Pero entonces, y como era natural, la doctrina—al menos la mejor parte de ella—se planteó un problema conexo: habida cuenta de tal reforma, ¿qué debería suceder con las menciones de precio aplazado ya consignadas en el Registro? O formulado en otros términos: ¿La Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 debería tener efecto retroactivo? Conocido es el principio general de la irretroactividad de las leyes, plasmado en el artículo 3.º del Código civil:

«Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.»

Y, sin embargo, buena parte de esos autores se esforzó en demostrar que la Ley de Reforma debería tener carácter retroactivo.

Así, Flórez de Quiñones (3), después de criticar el que por el portillo del artículo 10 aún podrán penetrar en el Registro algunos derechos personales, sostiene que esa mención debe ser cancelada a instancia de parte, tanto por lo que se refiere a las que se produzcan en lo sucesivo como «para las referencias anteriores», ya que—dice—«el artículo 11 tiene una finalidad puramente aclaratoria, y por eso debe admitirse su efecto retroactivo». Deduce, como consecuencia, que las expresiones del aplazamiento del precio no pueden producir efecto alguno, sin ninguna clase de excepciones.

González Palomino (4) después de criticar a Roca que, con su fórmula de reservas autenticadas, convierte los derechos de crédito en *pseudoderechos reales*, en este caso por la simple mención del precio aplazado; sostiene rotundamente que la nueva ley tiene «naturaleza de norma de interpretación auténtica, y, por consiguiente, como tal, efecto retroactivo». Y después de calificar la expresión del aplazamiento de pago del precio de una transmisión de «carga inmortal», entiende que es mero derecho de

(3) VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ: *La extinción de cargas y la nueva ley hipotecaria*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo III, Madrid, Reus, 1946, pág. 121.

(4) GONZÁLEZ PALOMINO: *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria (a propósito de una conferencia de Vicente Flórez de Quiñones)*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, tomo II, páginas 293 y sigs.

obligaciones, puro derecho de crédito, expresión de un derecho personal, sin más efectos que los puramente obligacionales *inter partes*, por lo que debería cancelarse al amparo del artículo 98.

Angel Sanz (5) sostiene, por su parte, que, «no hace la nueva Ley otra cosa que recoger la doctrina que aquí se ha sostenido. Su alcance, no es, pues, el de rectificar o modificar la Ley, sino el de restablecer la recta inteligencia de sus preceptos, desvirtuados por una errónea interpretación doctrinal y jurisprudencial. De este alcance puramente aclaratorio de la Ley, se deriva una importante consecuencia la nueva Ley tiene en este aspecto efecto retroactivo y, por consiguiente, las constataciones de aplazamiento de pago del precio, aunque hubieran sido hechas en el Registro antes de la entrada en vigor de la Ley, no surtirán en ningún caso efectos frente a tercero». Concluyendo: «En este punto, que se limita a aclarar la legislación precedente habrá de seguir el principio fundamental, según el cual las leyes y normas aclaratorias tienen efecto retroactivo». Reiterando más adelante (6) al concretar el artículo 99 (hoy 98): «La finalidad meramente aclaratoria del artículo 11 de la nueva Ley impone su eficacia retroactiva y, por ello, las expresiones de aplazamiento del precio no producen efecto alguno, aunque hayan sido practicadas las inscripciones antes de 1 de julio de 1945... Su introducción indica el deseo del legislador de referirlo a toda clase de derechos personales, ya haya tenido lugar su ingreso en el Registro antes o después de la Ley; siendo aplicable, por tanto, en este punto con carácter retroactivo dicho precepto».

Esta es, pues, la clara postura de Flórez, Palomino y Sanz: *la ley de reforma de 1944 tiene efectos retroactivos en este punto, y, por tanto, carece de toda clase de efectos la mención del aplazamiento de pago del precio, que podrá ser cancelada a instancia de parte*.

En cambio, Roca Sastre ha sostenido diferente postura. Así, aunque primeramente (7) al tratar del artículo 34 y de la fe pública, dice: «Respecto al problema de Derecho transitorio que plantean las reformas introducidas por la nueva ley en estas materias, creemos que tales reformas tienen plena aplicación, en general, a las situaciones existentes antes de su vigencia, salvo cuando se disponga lo contrario».

Luego (8) volvió sobre el tema. Y, dice: «Este nuevo artículo (el 11) significa, para la acción de cobro del precio debido, una nueva confirmación del criterio antes imperante; *pero respecto de la acción resolutoria por impago, constituye un cambio radical*», y se pregunta: «Esta nueva norma, ¿tiene efecto retroactivo? Creemos que una regla general transitoria, que no debía faltar en la Ley de Reforma Hipotecaria, había de atribuir efectos retroactivos a las modificaciones por ellas introducidas, pues las reformas en la organización y régimen de la propiedad inmobiliaria son de acentuado interés público. Pero dicha ley, a pesar de tantas disposiciones transitorias que no son tales, guarda silencio en este punto, lo

(5) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, Navarro, sin año (1945?), pág. 89.

(6) Obra citada, pág. 344.

(7) ROCA SASTRE: *Instituciones de derecho hipotecaria*, tomo I, segunda edición, Barcelona, Bosch, 1945, pág. 269.

(8) Obra citada, tomo II, 1946, pág. 230, y nota 1.

cual plantea un grave problema, pues dado lo dispuesto en el artículo 3.º del Código civil, no hay más remedio que decidirse en favor de la no retroacción». Y se pronuncia en contra de la tesis de Sanz ya que—reitera—«la ley de 1944 ha modificado radicalmente el criterio del régimen anterior».

3) TEXTO REFUNDIDO DE 1946.

Con fecha 8 de febrero de 1946 se publica el texto refundido de la Ley hipotecaria. Y al redactar de nuevo el artículo 10, siguiendo las indicaciones reiteradas de los autores, sustituye la frase *se hará mención*, por la más técnica de *se hará constar*.

También se suprimió lo preceptuado en el número 2.º del antiguo artículo 38.

Como es sabido, quedó redactado así el artículo 98:

«Los derechos personales no asegurados especialmente... no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada.»

Y la parte pertinente del artículo 37 reza ahora:

«Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

... Cuarto. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero.

a) ...

b) Cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiere sido cómplice en el fraude. *El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.*»

Con lo que se eliminó la posible mala fe del adquirente. Pero no se resolvieron los problemas de los efectos retroactivos de la reforma, ni la cancelación de las menciones antiguas de precios aplazados.

4) REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947.

Posteriormente, el Reglamento hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, dispuso en su artículo 51, regla 7.ª, *ni fine*:

«Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9.º de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes:

... Séptima: ... En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley *ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente.*»

Con ello, para el futuro—desde 1947—se prohíbe toda *mención* de aplazamiento del precio, si no hay una *garantía* especial que lo asegure. Con lo que se hace inútil lo prevenido en el artículo 10 de la Ley, al menos en cuanto al precio aplazado. Preferible hubiera sido suprimir toda alusión al precio y su forma de pago, como propugnaron varios autores de los que comentaron la ley de reforma.

El problema, pues, de la retroactividad de lo dispuesto para el futuro,

con respecto al precio aplazado, siguió en pie. Roca, posteriormente al Reglamento (9) reitera su conocida tesis de la no retroactividad.

5) RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1958.

Vamos ahora con el comentario a la Resolución de 30 de abril de 1958, que motiva estas líneas.

A) ANTECEDENTES.

En escritura otorgada el 3 de junio de 1924 se vendió una finca, por precio que quedó aplazado para ser abonado en los tres años siguientes: (1925, 1926 y 1927), al interés del 6 por 100 anual; luego el comprador la aportó a una sociedad anónima, con fecha 7 de marzo de 1925. El 30 de diciembre de 1954, la entidad segregó una parte de la finca y la vendió a un tercero, que inscribió su derecho, reteniendo parte del importe hasta que se le justificase que la referencia registral de aplazamiento del pago del precio que figuraba en la inscripción de la finca matriz había sido cancelada. Por escrito de 15 de abril de 1955, se solicitó la cancelación por caducidad de la citada *mención*.

El Registrador denegó la cancelación:

1.º Por no tratarse de una *mención*.

2.º Por tratarse de una condición especial del contrato, que con arreglo a los artículos 10 y 38 de la Ley Hipotecaria de 1909 produce efectos entre las partes y respecto a terceros.

3.º Y porque se necesita el consentimiento del posible perjudicado por la cancelación y de sus derechohabientes, o resolución judicial declarándolos decaídos de su derecho, conforme a los artículos 128 y 209 de la Ley Hipotecaria (de que como se sabe, regula la prescripción hipotecaria).

Contra ella interpuso recurso la entidad citada, fundamentalmente sosteniendo que al no estar garantizado con hipoteca, «no surte efecto contra tercero y queda relegada a la condición de derecho personal».

El Registrador informó, manteniendo su criterio; y el Presidente de la Audiencia confirmó la nota.

B) DOCTRINA.

La Dirección, después de otros pronunciamientos que aquí no interesan, comienza por decir que (Considerando 3.º) «en el excepcional supuesto de que indebidamente se hubiere inscrito alguno [algún derecho] que no tuviere naturaleza real, conforme preceptúa el artículo 98 de la Ley, se cancelará por el Registrador a instancia de parte interesada». Pero luego (Considerando 5.º y último), estima que «extendido el asiento que se pretende cancelar durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que establecía la *anulación o rescisión en perjuicio de tercero, aunque hubiere inscrito su derecho, si constaba en la inscripción no haberse pagado todo o parte del precio de cosa vendida*, precepto modificado por la ley actual, sin que ninguna de las disposiciones transitorias haya atribuido efecto retroactivo a dicha modificación, ha de aplicarse el principio general con-

(9) *Derecho Hipotecario* tomo II, *Registro de la Propiedad*, Barcelona, Bosch, 1948, pág. 340, nota 1.

tenido en el artículo 3.º del Código civil», descartando luego la aplicación del artículo 98 actual por no tratarse de una mención en sentido técnico, sino de una circunstancia que forma parte del contenido del negocio inscribible.

Y confirma los defectos 2.º y 3.º de la nota del Registrador.

C) COMENTARIO: He aquí en sinopsis, las declaraciones de las resoluciones:

a) *Naturaleza de la expresión del precio aplazado.*

Confirma la tesis de la Resolución de 17 de enero 1933, sosteniendo no se trata de una mención, sino de una *circunstancia del negocio*.

b) *Sus efectos bajo la legislación anterior.*

Sienta aquí la Dirección una grave afirmación: *la ley de 1909, establecía la anulación o rescisión en perjuicio de tercero si constaba en la inscripción no haberse pagado el precio.*

Y esto hemos visto que fué discutido, y que es más que discutible. No existe tal declaración en la ley anterior, sino que se extrae, como hemos visto, de la interpretación de las dos negaciones contenidas en el antiguo artículo 38. Como bien dijo González Palomino, «la negación de una negación no es siempre una afirmación».

c) *Carácter de la ley de reforma 1944-46.*

Sostiene la Resolución en este punto que la ley de reforma vino a modificar la situación anterior con lo que, de acuerdo con la tesis de Roca ya expuesta, estima que no puede dársele efecto retroactivo. Además, al no existir ninguna disposición transitoria que así lo establezca, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 3.º del Código civil, que proclama el principio de la irretroactividad de las leyes.

No ha compartido el Centro Directivo la opinión formada por Flórez, Palomino y Sanz, que sostenían que la ley de reforma tenía una finalidad puramente *aclaratoria*, es una norma de interpretación auténtica, por lo que debía tener efecto retroactivo.

d) *Aplicación del actual artículo 98 de la ley.*

Como consecuencia de todo ello, excluye la aplicación de ese precepto. Aunque no dice cuál haya de ser el procedimiento de cancelación aplicable.

e) *Critica.*

He aquí como la expresión del precio aplazado, que parecía *desterrada*, ya del Registro cuando no se garantizara especialmente, cobra nueva vida, y se convierte en algo más que un derecho real; es un derecho *intangibile*, en todos sus sentidos.

En efecto: la expresión del aplazamiento del precio, que comenzó siendo una mención (doctrina comúnmente aceptada); que pasó luego a ser una *condición especial del contrato* (resolución de 1933); que en la terminología de Roca era nada menos que una *reserva autenticada*, lo que a juicio de Palomino la convertía en un *pseudo derecho real*, que llevaba camino de ser una *carga inmortal*; a la que por ser un mero derecho personal, la ley de reforma de 1944 (artículo 11) le privó de todo eficacia respecto de tercero; a la que el Reglamento hipotecario cerró las puertas del Registro (art. 51, regla 7.º), prohibiendo su indicación en el asiento, y, con ello, haciendo inú-

til lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley; y a la que le es aplicable la norma de cancelación de derechos personales prevenida en el artículo 98; a esta expresión se le da ahora vida, sin que se exprese cual haya de ser el procedimiento idóneo, pero impidiendo que desaparezcan del Registro esas verdaderas *escorias registrales*, como acertadamente las calificó Roca hace tiempo. Por esto decimos que son ahora un derecho algo más que real, verdaderamente intangible. ¿Es esto lógico? ¿Es ni siquiera conveniente? Con toda franqueza, estimamos que no.

Bien está que esas *expresiones* continúen en el Registro aun siendo meros derechos personales. Pero si no aspirar a que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 51 del Reglamento para los futuros aplazamientos de pago de precio, sin garantía, deban desaparecer los anteriores a la ley de 1944 del Registro, actuando de oficio el Registrador, al menos parece imprescindible se acceda a la pretensión por parte interesada de su cancelación, de conformidad con el artículo 98 de la Ley.

MARCOS GUIMERA PERAZA

Notario

II. RESOLUCIONES

A cargo de Antonio LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: *El registrador está facultado para apreciar, en los expedientes administrativos de apremio, si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento y en consecuencia si quedan suficientemente garantizados los derechos de los interesados.*

a) El problema planteado en este recurso, consiste en dilucidar si puede inscribirse en el Registro la escritura de venta de una finca, otorgada por un auxiliar de la agencia Recaudatoria a consecuencia de un expediente de apremio a cargo del contribuyente, quien manifestó al autorizarse la escritura, que no podía otorgar la transmisión de la finca embargada y subastada, puesto que a ella únicamente le pertenecía el usufructo vitalicio de la misma y era la nuda propiedad de otras personas.

b) De las formalidades del expediente, reflejadas en la escritura, aparece que, con excepción de la citación hecha a la deudora para que compareciese a otorgar la escritura, las restantes notificaciones practicadas no consta que se hayan acomodado a los preceptos reglamentarios aunque se empleen fórmulas de carácter general que pudieran dar lugar a entenderlo, y, por tanto, no resulta probado que, conforme al artículo 102 del Estatuto de Recaudación, se citara a la interesada a fin de que presentase el título de adquisición y que al ser sólo usufructuaria se notificase el procedimiento al nudo propietario para su conocimiento, puesto que se enajenaba el pleno dominio de la finca. (Res. de 21 de marzo de 1958. «B. O.» de 4 de junio de 1958).

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *No es necesario presentar en el registro escrituras de adaptación de estas compañías, cuando ya se consideran por sí "adaptadas" al acomodarse perfectamente a lo que en dicha ley se dispone. Validez de acuerdo de transformación de sociedad de responsabilidad limitada en anónima. Transmisión de participaciones sociales. Duración del cargo de consejero.*

a) Ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ni el Reglamento del Registro Mercantil, exige que se presente en el Registro escrituras de adaptación de estas Compañías, cuando ya se consideran por sí adaptadas, al acomodarse perfectamente a lo que en dicha Ley se dispone; por lo que al presentarse a inscripción un acto realizado por una Sociedad que se halle

en estas condiciones, el Registrador calificará tal adaptación conforme a los antecedentes que consten en el Registro, si son bastantes, o con vista a la escritura de constitución y estatutos, si fuere necesario, y procederá a la extensión del asiento solicitado si el acto en cuestión y los artículos estatutarios que deben legalizarlo no están en contradicción con la Ley, o los suspenderá o denegará cuando no resulten cumplidos los referidos requisitos, haciendo constar por nota al margen de la primera inscripción de la Sociedad, y al principio del título, la expresión de «adaptada» o «no adaptada», conforme a lo que dispone el Decreto de 29 de febrero de 1952.

b) Ha de estimarse válido el acuerdo de transformación en Anónima de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, si este cambio de forma se acordó por unanimidad, en Junta, a la que asistió una mayoría de socios que representaba más de los dos tercios del capital social, es decir, con plena observancia de lo ordenado en el artículo 17 de la Ley, si bien tal acuerdo no podrá ser inscrito en el Registro sin que previamente conste cumplido en éste el requisito de la adaptación que, como inexcusable, establece la Disposición transitoria 2.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

c) El requisito de que la transmisión de participaciones sociales, conste en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, no ha sido cumplido en este expediente, puesto que la alegación de que el acuerdo de transferencia pactado en la Junta figura en la escritura discutida, por lo que resulta elevado a público, no puede ser tenida en cuenta, ya que en dicha escritura sólo se encuentra una breve referencia de la transmisión en la parte expositiva, sin que aparezca el consentimiento necesario de ambas partes interesadas, que no estuvieron presentes en el acto, ni consta que el otorgante tuviere el poder referido para realizarlo, pues su comparecencia ante el Notario lo fué a fin de otorgar la escritura de transformación de Sociedad Limitada en Anónima.

d) El artículo 30 de los Estatutos de la Sociedad transformada, al establecer que los consejeros desempeñarán su cargo mientras la Junta General no acuerde su cese, se halla en contradicción con el artículo 72 de la Ley, que ordena que los administradores designados no podrán ejercer su cargo por un plazo superior a los cinco años, aunque puedan, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos. (Res. de 18 abril de 1958. «B. O.» de 2 de julio.)

CANCELACIÓN DE EXPRESIÓN DE APLAZAMIENTO DE PAGO DE PRECIO: *Inscrita una escritura de compraventa durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1909 no procede cancelar la expresión del aplazamiento del pago del precio por el medio establecido por el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, por no tener dicha expresión el carácter de una mención en sentido técnico. Al no existir en la vigente Ley Hipotecaria ninguna disposición transitoria que haya atribuido efecto retroactivo a la modificación en este punto, ha de aplicarse el principio general contenido en el artículo 3.º del Código civil.* (Res. de 30 de abril de 1958. «B. O.» de 1 septiembre.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958

¿Puede una medio hermana del descendiente, conforme al artículo 811 C. c., reclamar a una hermana de doble vínculo de éste, que era heredera universal de la madre reservista?

La sentencia de 5 de diciembre de 1958 se ha referido al siguiente supuesto:

A estuvo casado sucesivamente con B y C. De su primer matrimonio tuvo dos hijos, D y E, y del segundo otros dos, F y G. Fallecido A, su hijo de las segundas nupcias F le heredó algunos bienes, los cuales, al ser asesinado F, heredó abintestato de éste su madre, C. Muerta C (segunda esposa de A), la sobrevivieron una hija suya del segundo matrimonio de A (con C) y hermana de doble vínculo de F, la demandada G, y una hijastra, hija del primer matrimonio de A con B, hermana de vínculo sencillo de F, la demandante E, y, además, vivían dos nietos de A y B, hijos de otro medio hermano de F, el premuerto D.

G, la hermana de doble vínculo de F, como única heredera abintestato de la madre de ambos, C, se posesionó de los bienes que ésta había heredado de F, y que éste, a su vez, había habido de su padre, A. Los nietos de A hijos del premuerto D nada reclamaron; pero sí la otra hija de su primer matrimonio, E, la medio hermana de F, que invocando la reserva demandó la mitad de aquellos bienes.

Posibles soluciones del supuesto de hecho planteado.

Este problema podía tener las siguientes soluciones:

a) Considerar que al heredar G a C, por ser pariente de segundo grado del descendiente F (como hermana suya de doble vínculo) perteneciente a la línea de donde los bienes procedían (como hija del otro ascendiente A, de quien los hubo F), quedaba cumplido el fin perseguido por el 811 sin necesidad de exceptuar el Derecho común de sucesiones. Así, cumplida la *ratio* del 811, el sentido restrictivo con que ha de ser interpretado debe impedir toda aplicación que innecesariamente altere el Derecho sucesorio común, pues éste no debe ser exceptuado sino en cuanto la finalidad de la norma excepcional lo exija.

b) Estimar que el artículo 811 no sólo obliga al ascendiente a reservar a favor "de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden" (como dice su letra) —sin crear un derecho individual de cada uno de ellos a la reserva—, sino que, al contrario, dispone de los bienes reservables adjudicándolos a quienes en virtud de la propia norma legalmente les corresponde, es decir, estableciendo una nueva forma de suce-

sión forzosa en dichos bienes. Y, en este supuesto, cabría dar las siguientes soluciones al caso contemplado:

b₁) Según la opinión de Scaevola (1), asignar los bienes reservables por cabezas a todos los parientes de la línea de A que se hallen dentro del tercer grado de parentesco con F, de modo que la reserva correspondería por partes iguales a G, E y cada uno de los hijos de D (si es que no hubiera otros parientes —tíos o abuelos paternos de F— que reunieran esa condición). Con este criterio, E sólo podría tener derecho a una cuarta parte de los bienes reservables.

b₂) Según el sistema riguroso de proximidad de grado y distribución por cabezas en cuestión, se repartirían por partes iguales entre los dos parientes de segundo grado de F, es decir, entre G y E (y en caso de haber vivido los abuelos paternos de F, éstos por cabezas hubieran compartido con ellos los bienes reservables).

b₃) Aceptar el criterio anterior con el injerto del derecho de representación a favor de los hijos del premuerto hermano D, supuesto en el cual G sólo habría podido reclamar un tercio de los bienes reservables, pero no la mitad.

b₄) Aplicar las reglas de la sucesión intestada de F de modo que correspondería repartir los bienes en cuestión con arreglo a los artículos 921 y 949, recibiendo la hermana de doble vínculo doble porción que los de vínculo sencillo. Con ese criterio, la mitad de los bienes correspondería a G, una cuarta parte a los hijos de D y la otra cuarta parte a la demandante E. De haber sobrevivido abuelos paternos de F o alguno de ellos, éstos hubieran excluido, según este criterio, a dichos hermanos y sobrinos.

b₅) Seguir la opinión (poco armónica con el entendimiento imperante desde la sentencia 16 diciembre 1892 de que el tercer grado de parentesco se refiere al descendiente) de que la línea y el grado son referidos al ascendiente de quien procedían los bienes, es decir, a A. Criterio que parece ser el aceptado por la sentencia que comentamos, pues afirma que la reserva "sólo comprende los bienes adquiridos por el hermano fallecido a título de herencia de su padre, respecto al cual, y por ser el progenitor común de los tres hermanos, las dos hermanas litigantes, recurrente y recurrida, se hallan en idéntica posición de línea y grado", salvando expresamente que no hubiera "venido al recurso el supuesto solamente aludido en el mismo, de que la existencia de los sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, lo que impide su examen en esta sentencia".

Razones que, cualquiera de las dos alternativamente, justificaría el derecho exclusivo a los bienes de la hermana de doble vínculo demandada.

La posición que hemos expuesto con la letra a), defendida en el recurso y rechazada en la sentencia, puede fundamentarse alternativamente en dos razones, cualquiera de las cuales, con independencia de la otra, la justificarían plenamente. Son:

1) Que dejando el reservista descendencia común al otro ascendiente de quien procedían los bienes, desaparece la necesidad de la reserva, por estar fundada ésta en la ausencia de esa línea común (2) —véase el supuesto que para

(1) Quintus Mucius Scaevola, "Código civil" XIV (4.ª ed. Madrid 1944), art. 811, II. F. 1.ª cuestión, págs. 267 y ss.

(2) Tesis defendida por La Gaceta del Notariado, Contestación de la Redacción a una

defenderla planteó Alonso Martínez (3)— y psicológicamente en el temor de que el reservista, que no deja descendencia común o que, aun habiéndola, además tiene descendencia no común, preferirá sus parientes consanguíneos a los de la línea de procedencia de los bienes, que sólo lo son suyos por afinidad. Al dejar únicamente descendencia común, ese estímulo psicológico normal en el pariente afín de inclinarse a sus consanguíneos, no se da, y, por ello, es innecesaria esa protección excepcional. Por lo cual, no hay razón para que los hijos comunes sean protegidos, en ese caso, más intensamente que en los supuestos normales (4), y si su ascendiente les priva del tercio libremente disponible será por especiales razones no comprendidas en las que motivaron la norma excepcional del 811. Aboanan esta tesis: el fin del 811, explicado por su inspirador, el mismo supuesto expuesto para justificarlo y el carácter restrictivo que, como norma singular y excepcional que es el 811, debe presidir su interpretación.

II) Que, aun cuando en ese supuesto no se exceptuase la reserva, ésta sólo debería jugar para impedir la salida de los bienes en cuestión, por mediación del reservista, fuera de la línea de su procedencia; pero que, en tanto por el juego normal de dichas normas comunes no se produzca ese resultado, el precepto excepcional del art. 811 queda cumplido, sin necesidad de alterarlas ni exceptuarlas.

Argumentos, en contra de la razón I, considerados por la sentencia 5 diciembre 1958, y su crítica.

El Tribunal Supremo, en la comentada S. de 5 diciembre 1958, ha rechazado la primera de las razones que hemos expuesto por estimar:

1.º) Que, "aunque por la índole excepcional de la institución que regula [el 811] no sea susceptible de interpretación extensiva, el sentido estricto en que debe ser aplicado, tampoco permite, aun dentro de su vigor conceptual, sustraer de su ámbito situaciones claramente comprendidas en el precepto" (final del primer considerando).

Este argumento de la Sentencia no puede convencernos por su carácter exegético puramente lógico formal —método hoy en bancarrota—. La interpretación finalista lleva a otro resultado, pues al interpretar la letra según su *ratio* deben admitirse todas aquellas distinciones y salvedades que su finalidad exija.

Consulta. año XIX, núm. 29 (20 julio 1890); Manuel Redondo Reinoso, "Nueva reserva establecida en el Código civil" en "La Reforma Legislativa", año XIX, núm. 693 (22 junio 1897), págs. 195 y s.; Manuel R. Cadabal, "Sobre el artículo 811 del Código civil", en R. G. de L. y J., XCVI (primer semestre 1900), págs. 107 a 109; Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", VI-2.º (2.ª ed. Madrid 1910), núm. 142, pág. 1015; y también se inclinó por ella Amadeo de Fuenmayor Champín, "Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código civil", en R. D. P., XXX, págs. 352 y ss.

(3) Manuel Alonso Martínez. "El Código civil y sus relaciones con las legislaciones forales" (nueva ed. Madrid, 1947), págs. 185 y ss. En ese supuesto el padre premuerto sólo dejó un hijo común de corta edad, que falleció poco después, heredándole su madre, que por lo tanto carecería totalmente de descendencia común al padre del descendiente premuerto.

(4) Explicación que ya fué dada por Redondo Reinoso (loc. cit., pág. 196): "porque estos (los descendientes comunes), al fin, en su día, heredan a su madre, de la que se presume no ha de malvender los bienes por perjudicarles; mientras que si no se lo impidieran obligaciones de reserva, no sólo malbarataría los bienes a fines de que no pasaran a los parientes de su marido, sino que también podría disponer de ellos por testamento".

Como escribió el Padre Francisco Suárez (5), cuando las palabras de la ley no son adecuadas a la razón de la ley, se han de restringir aquéllas a ésta. Y como, siguiendo a Santo Tomás (6), dijo Vázquez de Menchaca (7), “se defraudaría la ley cuando seguimos sus palabras o escritos, apartándonos de su espíritu”. No importa que la finalidad de la ley no aparezca escrita, cuando resulta —como en el caso presente— claramente conocida por sus antecedentes legislativos, de modo que reúna los requisitos —que exigía el P. Suárez (8)— de ser *adecuada e intrínseca y cuasi constitutiva del objeto de la misma ley*. El Digesto (I-III, 29) llegó a sentenciar que “*in fraudem vero qui solus verbis legis sententiam cis circumvenit*”.

Casi todas las sentencias del Tribunal Supremo de la época más próxima al Código civil fueron consecuentes en interpretar el 811 según su finalidad y procuraron, en cada caso, situarse ante su *mens legis*. Así lo hizo la sentencia de 4 enero 1911, aunque su argumentación no fuera del todo certera. Más tarde, después de la desviación de la sentencia 8 octubre 1930, la de 25 marzo 1933 volvió a estar *atenta* —al decir del actual Presidente del Tribunal Supremo— “*al espíritu de dicho texto legal*” (9). Pero, así como en otras materias (v. gr., al interpretar el art. 464 C. c.) el Tribunal Supremo ha sabido sustraerse de las construcciones dogmáticas y no ha perdido el contacto con el fin perseguido por la ley, en cambio, en materia de reserva lineal a partir de los fallos —a nuestro juicio, poco afortunados— de 10 noviembre 1953, 8 junio 1954 y 30 mayo 1956 (el segundo de ellos, que contradujo las sentencias concordes del Juzgado y de la Audiencia de Madrid, tuvo que negar, para ello, en sus considerandos una serie de principios básicos reiteradamente repetidos por la jurisprudencia anterior) ha perdido el hilo de su interpretación en su orientación finalista, por culpa de construcciones exegético dogmáticas, que hoy llevan ya bastantes años de retraso doctrinal, y a las que la jurisprudencia contemporánea de la norma había sabido sustraerse.

2.º) Que, con la tesis de que al no existir diversidad de línea, en supuesto de que el reservista sólo deje descendencia común, queda satisfecha la *ratio legis* del precepto y “*dada su aplicación a posteriori*” —objeta la sentencia— “*bastaría que el reservista dispusiera de los bienes a favor de uno cualquiera de los varios reservatarios que pudieran estar llamados por la ley, y, por tanto, quedaran dentro de la línea de su origen, para anular los derechos de los restantes, al quedar satisfecha la razón y finalidad del precepto, conclusión, como fácilmente se advierte, de todo punto insostenible*” (segundo considerando, hacia el final).

(5) Padre Francisco Suárez, S. J., “Tratados de las Leyes y del Dios Legislador”. L. VI, cap. V, núm.º 4 (versión castellana de J. Torrubiano Ripoll, Madrid 1918), LVI, página 80.

(6) Santo Tomás de Aquino, “Tratado de la Justicia y el Derecho” (Suma Teológica II-II, Quest 57 y ss.), T. I. (presentación y comentarios por Joaquín Ruiz-Jiménez Cortés, Madrid 1946) Quaest. CXX Art. *primus*, núm. 3 (pág. 466).

(7) Fernando Vázquez de Menchaca, “Controversiarum illustrium aliorumque usu frequentium”, Lib. I, cap. XLVI, núm. 5 (reimpresión Valladolid 1939, págs. 64 y s. s.).

(8) P. Suárez, J. S., op., lib. y cap. cit., núm. 6 (vol. cit. pág. 83).

(9) José Castán Tobeñas, “Bibliografía —La verdad sobre el 811— (Contrastación de opiniones; jurisprudencia civil o hipotecaria)”, en Rev. Crit. de Der. Inmob. XI (enero 1935), págs. 67 y ss.

Lo que, en verdad, nos parece *de todo punto insostenible* es este razonamiento por la petición de principio que, en el mismo, es lo que más fácilmente se advierte. ¿En qué se funda ese considerando para entender que cada uno de los reservatarios tiene un derecho individual a participar de los bienes reservables? La inconsecuencia del criterio de estimar que los bienes reservables han de ser distribuidos por partes iguales entre los parientes de la línea más próximos en grado, resulta de los mismos argumentos esgrimidos por Manresa (10) en su defensa; ya que —a su juicio— *el pensamiento rector del 811, "se respeta siempre que los bienes quedan en el tronco, en poder de un pariente u otro, o de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse o pulverizarse..."*. Pero, acerca esta inconsecuencia y sobre el origen de aquella petición de principio, aún volveremos a insistir.

La concurrencia de las condiciones de reservatario y de legitimario del reservista y la absorción de aquélla por ésta, no es en sí fundamento o razón, sino resultado o consecuencia de otras razones.

Las sentencias de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933 arguyeron a favor de la exclusión de la reserva cuando el ascendiente, a su vez, deba legítima a los descendientes de la persona de quien proceden los bienes, que de otro modo se contravendría el artículo 813 C. c.

La sentencia de 5 diciembre 1958 despliega casi toda su artillería dialéctica frente a esa afirmación de la antigua jurisprudencia y contra ella declara, al comenzar su segundo considerando, que:

"el discutido artículo ni en su espíritu ni en su letra, como dice la mencionada sentencia de 8 octubre 1930, distingue ni excepciona, respecto a la obligación de reservar, entre unos hermanos y otros; ni resulta exacto que en los casos de las pretendidas excepciones, ya exista o no la diversidad de líneas a que se alude, la finalidad o "ratio legis" de la reserva quede plenamente lograda o satisfecha con la forzosa cuota legitimaria del descendiente común, porque:

1.º *"la cuantía de los bienes heredados con la cualidad de reservables puede exceder de aquella cuota"*.

2.º *"deja sin racional explicación el que la conjunción de dos causas distintas de deber, el de la reserva y el de la legítima, puedan reunirse en una sola anulando la otra"* (en el discurso de ese razonamiento se dice, además, que *"cuando tanto se discute si en la reserva lineal el reservatario sucede al descendiente causante de la misma o al ascendiente reservista, y, por tanto, si la masa de bienes reservables ha de excluirse o no del caudal por éste relicto —Ss. 8 octubre 1930, 8 abril 1931, 18 abril 1942, etc.— con el consiguiente influjo en la computación de la legítima de los hijos del reservista"*, y que la legítima y la reserva difieren, como se dijo en la sentencia 30 mayo 1956, *"tanto por el patrimonio de que se nutren —el privativo del reservista en ésta; el del causante de la reserva en aquélla— como por la trayectoria y destino que la Ley señala en los bienes de una y otra procedencia no siempre coincidente"*).

3.º *"mientras la legítima constituye únicamente una parte alícuota de la*

(10) José María Manresa y Navarro, "Comentarios al Código civil español", T. VI (6.ª ed. Madrid 1932), art. 811, II, A, págs. 254 y ss. y Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 73, págs. 363 y ss.

herencia, susceptible de pagarse con cualquiera bienes de la misma, la reserva, salvo limitadas excepciones, afecta ordinariamente a bienes concretos y determinados que no pueden ser sustituidos y han de entregarse "in specie".

4.º "la obligación de satisfacer la legítima del descendiente común no excluye la posibilidad de que a voluntad del descendiente reservista, ya por la vía del tercio de libre disposición, ya haciendo uso de la facultad del artículo 636 del Código, los bienes de puro origen reservables, en que por su abolengo familiar, u otras especiales consecuencias, concurran particulares motivos de afección para los parientes del cónyuge de que proceden, pasen a personas, no ya extrañas a la familia del mismo, sino situadas en manifiesta contraposición de sentimientos o antagónica rivalidad en ella, como en el caso, no tan infrecuente que merezca desdeñarse, de que existan vínculos poco lícitos entre los favorecidos y el reservista"... y "los aludidos bienes, en todo o en parte, podrían resultar excluidos de la legítima y seguir un rumbo distinto al establecido en el art. 811, en perjuicio igualmente del descendiente preterido".

5.º "la extinción de la reserva, que sería su consecuencia", permitiría "llevar a la inadmisibile conclusión de eliminar toda participación en ella, en provecho exclusivo del legitimario común y en contra del precepto del artículo 811, a otro pariente de igual grado del descendiente que dé causa a la reserva y dentro de la misma línea de que los bienes proceden, por el solo hecho, absolutamente indiferente al efecto, de que el favorecido pertenezca a la línea del reservista".

Antes de analizar estos argumentos, queremos subrayar que al exponer las razones en defensa de que la hermana de doble vínculo no tuviera que entregar a la de vínculo sencillo del descendiente participación alguna de los bienes discutidos, no hemos aducido, ni incluido en ninguna de las dos razones alternativas cualquiera de las cuales justificaría dicha solución, el argumento de la absorción de la reserva en la legítima de los descendientes comunes. Esta absorción —sea total o sólo parcial— la estimamos como una consecuencia y no como una razón. Las auténticas posibles razones las hemos expuesto antes. Si, en virtud de la expresada con el núm. I, juega la legítima y desaparece la reserva, no es porque ésta sea desplazada ni sustituida por aquélla, sino porque desaparecida una limitación (la reserva) —por no darse la ratio legal— sólo queda la otra (la legítima). Y si es en virtud de la razón II, que la medio hermana no puede reclamar los bienes en cuestión a la hermana de doble vínculo, es porque la reserva ya queda cumplida (en su espíritu y en la letra del 811) al suceder totalmente a la reservista en los bienes discutidos su única hija, común al otro ascendiente bien sea a través de la voluntad testamentaria de aquélla o de su sucesión intestada, y si los bienes reservables se computan entre la herencia del reservista para calcular la legítima de la descendencia común es porque de ese modo quedan cumplidos conjuntamente los fines de ambas instituciones, pero no porque una excluya a la otra.

Por eso, las heterogéneas razones del segundo considerando de la S. 8 diciembre 1958 nos parecen marginales.

De ellas, a nuestro juicio, pecan de petición de principio la declaración inicial y el quinto argumento —pues, como seguimos insistiendo e insistiremos después, la letra ni la ratio del 811 prohíben ni impiden que los bienes reservados

pasen íntegramente a manos de uno solo de los miembros del grupo familiar del que no quiere la norma que los bienes salgan— y el subargumento que, en el segundo, recoge de la S. 30 mayo 1956 —ya que tampoco resulta del 811 que a todos los efectos los bienes reservables queden excluidos de la herencia del reservista, sino que únicamente limita el posible destino de los mismos.

Otras razones sólo señalan las diferencias que median entre los elementos objetivos de las legítimas y de los bienes reservables (tercer argumento y penúltimo subargumento del segundo), pero estas diferencias no impiden que ambas limitaciones puedan ser cumplidas conjuntamente, o concretamente la reserva en la persona de los legitimarios del reservista, cuando éstos, además, reúnan las condiciones exigidas en el 811.

La posibilidad de cumplimiento conjunto no supone —en contra de lo dicho en el argumento central segundo— que se anule uno de los deberes, es decir, concretamente el de reservar, sino que precisamente al ser satisfecha la legítima de la descendencia común, se satisface, a la vez, en cuanto al montante de ésta, no sólo la *ratio* sino también la letra del 811, *puesto que así los bienes discutidos no se separan de la línea ni del grado de parentesco de los cuales este precepto no quiso que salieran*.

Y, finalmente, la posibilidad que anuncia el argumento primero y desarrolla el cuarto, es la que únicamente creemos merecedora de especial atención. Contempla el supuesto de que a través de la disposición del tercio libre escapen a su línea bienes comprendidos en el supuesto previsto en el artículo 811. Podría ser replicada esta objeción con cualquiera de las razones, que antes hemos expuesto (I y II), con las que se justificaría la total atribución de los bienes a la hermana de doble vínculo del descendiente y única hija común sobreviviente de la reservista y del otro ascendiente. Pero de forma distinta:

Si la razón fuese que al dejar el ascendiente supérstite una descendencia únicamente común desaparece la razón de la reserva —por no plantearse el supuesto que motivó el 811 y por no darse en el ascendiente los especialísimos estímulos que justificaron la reserva impuesta—, los peligros de que los bienes sean dispuestos fuera de su línea de origen son, ni más ni menos, los mismos que se darían en cualquier otro caso no contemplado en el 811, e igualmente la posibilidad de que el tercio libre pase a personas unidas al causante por vínculos poco lícitos (posibilidad que no legitima una norma general prohibitiva de la libre disposición del tercio libre y que, todo lo más, justificaría una causa de indignidad o *urpitud* genérica, independiente de la reserva del 811).

Si la razón fuera que la reserva queda cumplida al ser atribuidos todos los bienes a la hermana de doble vínculo del descendiente, el argumento de que la legítima de ésta puede no agotar los bienes reservables, sólo implicaría que en cuanto éstos excedan de aquélla no podrían ser atribuidos a persona que no reuniese la condición de reservatario. Pero no requeriría que tuvieran que corresponder a una o varias personas determinadas de las que ostenten esa condición.

No importa que la reserva del 811 exceda de la legítima de los descendientes comunes si por disposición testamentaria o por la sucesión intestada del reservista aquélla es respetada íntegramente en dicho exceso.

Afirmaciones de la S. 5 diciembre 1958 acerca de la atribución de los bienes reservables. Su incongruencia con la letra y la "ratio" del precepto y con el propio criterio interpretativo afirmado por la misma sentencia.

Dichas afirmaciones las clasificaremos en dos grupos:

Primer grupo: afirmaciones de atribución y no exclusión.

a) Que "se marca 'ex ministerio legis' la trayectoria hereditaria de determinados bienes" (primer considerando, que concuerda con las Ss. 8 octubre 1930, 8 junio 1954 y 30 mayo 1956, pero contradice no sólo las Ss. de 4 enero 1911 y 25 marzo 1933, sino incluso aquellas que han entendido la reserva no como nueva forma de sucesión, sino meramente como institución limitativa de los derechos legitimarios del ascendiente, como las Ss. 16 enero 1901, 7 noviembre 1912, 26 noviembre 1943 y 1 febrero 1957).

b) Que "es inadmisibles conclusión eliminar de toda participación en ella [en la reserva], en provecho exclusivo del legitimario común..., a otro pariente de igual grado del descendiente que dé causa a la reserva y dentro de la misma línea de que los bienes proceden" (segundo considerando, razonamiento del inciso "finalmente").

Ninguna de estas afirmaciones concuerda con la letra del 811, que habla de que el reservista estará obligado a reservar, pero que no dice que directamente se atribuya, asigne ni distribuya los bienes en cuestión. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua *reservar* no es transmitir, atribuir ni disponer, sino guardar o separar para un destino determinado o para un fin o para una o varias personas. *La reserva puede cumplirla el reservista sin necesidad de que la ley sustituya totalmente su voluntad*, cosa que se deduce del texto del 811, ya que la *obligación de reserva*, como toda obligación, puede ser cumplida voluntariamente.

Y tampoco concuerdan con la *ratio* del 811, que sólo es la de impedir la salida de los bienes de una línea familiar dada (Ss. 30 diciembre 1897, 29 octubre 1907, 19 noviembre 1910, 2 enero 1929, 25 marzo 1933, 26 noviembre 1943, 11 julio 1955 y 1 febrero 1957).

Segundo grupo: afirmaciones de distribución.

c) Que "los artículos 921 y 949 del citado cuerpo legal, relativos a la participación hereditaria de los medio hermanos..., únicamente es aplicable en la sucesión abintestato directa de los hermanos entre sí", pero no a la reserva lineal del 811, "sin perjuicio de lo que pudiera resolverse si procediera de otro hermano" [y no de otro ascendiente, como en el caso de autos] (considerando tercero, inicio de su razonamiento).

d) Que RESPECTO AL PADRE (de quien heredó el descendiente los bienes discutidos) "por ser el progenitor común de los tres hermanos, las dos hermanas litigantes, recurrente y recurrida, SE HALLAN EN IDÉNTICA POSICIÓN EN LÍNEA Y GRADO, aunque sean hijas de distinta madre" (tercer considerando, razonamiento central).

Estas dos últimas afirmaciones nos sugieren las siguientes observaciones:

1.º) Del mismo modo que las dos anteriores, contradicen la declaración final del considerando primero de la propia sentencia, definidora de que, si bien el 811

no es susceptible de interpretación extensiva, debe ser aplicado en sentido estricto. Contradicción evidente, ya que *ni de la letra ni del espíritu de este artículo se puede deducir ninguna de las afirmaciones de la sentencia acerca de la atribución y reparto igualitario en identidad de grado de los bienes reservables*. Interpretación la de ese fallo que, por lo tanto, será extensiva (a pesar de considerar, el mismo, que no cabe en el 811) en cuanto extiende y acentúa la intensidad de la reserva sea para limitar las legítimas del reservista o, en mayor grado, la ya limitada disponibilidad de éste. Y no se diga que del precepto resulta que los reservatarios suceden al descendiente, como el fideicomisario sucede al fideicomitente y no al fiduciario, porque entonces —como dijo Jerónimo González (11)— *“habría que llegar a la conclusión de que el artículo está mal redactado.”*

2.º) Falta de congruencia entre la afirmación del segundo considerando, que atiende al grado de parentesco *con el descendiente*, y el razonamiento central del tercer considerando, que se apoya en la circunstancia de *“hallarse [demandante y demandada] en idéntica posición de línea y grado” respecto del ascendiente* de quien procedían los bienes, para decidir la inaplicación de los artículos 921 y 949 C. c.

3.º) Difícil armonización de esa determinación de preferencia o igualdad mediante computar el grado de parentesco con relación al ascendiente de quien proceden los bienes y el criterio, dominante hasta ahora, de computarlo desde el descendiente (Ss. 16 diciembre 1892, 8 noviembre 1906, 30 diciembre 1912, 24 mayo 1915 y 1 julio 1955, que lo declaran expresamente, y Ss. 10 enero 1901, 27 enero 1909, 11 marzo 1927, 2 enero 1929, 14 junio 1945 y 2 marzo 1956, que sin expresa declaración, lo han aplicado). Disparidad sólo armonizable en caso de estimar que, en la reserva, el tercer grado se computa desde el ascendiente para señalar el límite de personas con derecho a la reserva y, en cambio, para señalar la preferencia entre los parientes así delimitados se atiende a su proximidad de grado con relación al ascendiente de quien proceden los bienes. Pero el mecanismo resulta, con ese criterio, demasiado complejo y difícil de compaginar en la pauta de interpretación estricta del 811 expresamente propugnada en su primer considerando por la sentencia comentada.

4.º) Inconcordancia con la letra de ley, exegéticamente interpretada, ya que ésta impone una obligación de reservar a favor de los parientes que reúnan las condiciones exigidas, pero no dispone ni atribuye directamente los bienes, ni dice que deban dividirse por igual entre los que sean más próximos en grado. De modo que, para ser congruente con un criterio puramente literal y lógico formal de distribución, habría que atribuirlos por cabezas absolutamente a todos los parientes que se hallen en las circunstancias de línea y grado de parentesco, como hemos dicho que propugnó Scaevola.

5.º) Incongruencia con la finalidad de la norma, que tampoco requiere que se siga el criterio de preferencia por proximidad de grado, sino que se limita a exigir que los bienes no salgan de ese ámbito familiar.

(11) Jerónimo González Martínez, Intervención en el caso propuesto por Ossorio y Gallardo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, ver Rev. Gral. de Leg. y Jur. 144 (primer semestre 1926), pág. 16.

Razones en favor del argumento de que la reserva lineal queda cumplida cuando, con arreglo a las normas sucesorias comunes aplicadas a la sucesión del reservista, los bienes reservables quedan en el ámbito familiar querido por el 811.

Según nuestra opinión, la hermana de doble vínculo del descendiente, como única heredera de su madre, no tenía por qué compartir con su medio hermana ningún bien de los que heredó de aquélla, aun cuando se estimara que la reserva lineal los afectaba. Es decir, que aun considerando que esta reserva no se esfuma, si el ascendiente reservista al morir deja sólo descendencia íntegramente común al otro ascendiente, los bienes reservados que a estos hijos comunes correspondan en la herencia del reservista no deben ser compartidos con ningún otro reservatario (sea padre o madre del otro ascendiente o hijos de un matrimonio anterior a éste, es decir, en este caso, medio hermanos del descendiente de la línea de los bienes).

Nuestra afirmación se fundamenta escalonadamente en los siguientes puntos básicos:

a) *El 811 no atribuye derechos individuales a los reservatarios. No les llama directamente como sucesores —universales ni singulares— del descendiente, ni de ninguno de los dos ascendientes. Simplemente prohíbe que los bienes pasen del reservista a personas no comprendidas en la línea familiar y grado de parentesco determinados en el propio precepto.* Como demostración de este aserto, son suficientes:

1.º *La letra del 811, según la cual el ascendiente reservista “estará obligado a reservar”. Recordemos el sentido del verbo reservar y que el texto de la ley no atribuye ni dispone, sino sólo limita o sujeta la libre disponibilidad del reservista (12).* 2.º *La finalidad perseguida, no sólo queda perfectamente satisfecha con esa interpretación, sino que ésta, además, corresponde mejor a dicho fin, que es negativo (de impedir, no permitir) como la solución propugnada (limitación de la libre disponibilidad en el ámbito personal de los posibles adquirentes). Lo que no quiere el 811 es que los bienes salgan de su línea familiar por la doble interposición prevista en el supuesto contemplado (13).* 3.º *El carácter de ius singulare del 811, limitativo del derecho común de sucesiones para una finalidad singularísima, que requiere su interpretación ceñida a su ratio y, por lo tanto, restrictiva en cuanto exceda de ésta; según la cual el derecho sucesorio común (sucesión testada, intestada o forzosa del reservista) no debe ser limitado más que para cumplir el fin perseguido y de ningún modo cuando con el mero cumplimiento de dichas normas comunes quede satisfecha la finalidad querida en el 811 (14).*

b) *El 811 no excluye totalmente los bienes reservables de la herencia del reservista, sino que sólo restringe su posible destino impidiendo disponer de ellos fuera de cierto ámbito familiar y limita, en esos mismos términos, las normas de su sucesión intestada.* Y, para sancionar su disposición, permite a

(12) Véase lo que al respecto afirmamos en nuestro trabajo “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, I, § 1.º, 6, pág. 23 y s. y en An. Dr. Civ. X-II, págs. 347 y s.

(13) Ver nuestro trabajo cit., I, § 1.º, núms. 4 y ss., págs. 18 y ss. y An. Dr. Civ., cit., págs. 342 y ss.

(14) Ver op. ref. I, § 2.º, núms. 10 y ss., págs. 29 y ss. y An. Dr. Civ. cit., páginas 343 y ss.

los reservatarios reivindicar (15) aquellos bienes reservados que, por las normas comunes, escaparían a su destino. Esta afirmación (16) no es sino un corolario inevitable de la anterior, porque es consecuencia de que el Derecho común que regula los derechos del reservista y su sucesión, sólo debe limitarse en cuanto lo exija la finalidad perseguida por la reserva lineal. Pero, también resulta de la identidad funcional que tienen las dos reservas (17), pues en el régimen de la *vidual* en el Código civil, los bienes reservables no integran la herencia del ascendiente premuerto (18) y, en cambio, hay datos que inclinan a entender que con respecto a los descendientes comunes se comprenden en la del reservista (19).

c) *La sucesión testada o intestada del reservista, así como las legítimas que la limitan, cuando los legitimarios sean a la vez reservatarios, en cuanto con su aplicación no se incumpla la limitación impuesta al reservista por el 811, deben ser aplicadas y respetadas.* He ahí la consecuencia final de los dos anteriores asertos. Ineludible, si aquéllos son exactos, como nosotros creemos.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

(15) Felipe Clemente de Diego ("Instituciones de Derecho Civil-Español" III, Madrid 1932, pág. 202) la califica de "especie de reivindicación familiar o lineal a favor de determinados parientes". Sánchez Román (op. y vol. cit., núm. 139, pág. 986) la había llamado *acción de reversión*. En contra la comentada Sentencia de 5 diciembre 1958, dice que no se trata de una verdadera reivindicación sino más propiamente de una acción de petición de herencia.

(16) Véase ensayada en nuestro ref. trabajo II, § 2.º, 16 en An. Dr. Civ. XI-III, páginas 756 y ss.

(17) La nomenclatura del 811 y la referencia del 968 indican esa identidad institucional. Confirman esa idea las explicaciones de Alonso Martínez (op. cit., págs. 188, 190 y 191), que señala como temperamento adoptado por la Comisión, a indicación suya, el extender la reserva a favor de los abuelos y tíos del difunto. En la Memoria del Tribunal Supremo de 1898, su Presidente Aldecoa, calificó la *reserva* de entidad jurídica que ofrece dos variedades, la *ordinaria* de los arts. 968 a 980, y la *extraordinaria* del 811. Ese criterio fué defendido como indiscutible por tan caracterizados defensores como Manresa (op. y vol. cit., I, B, págs. 249 y ss.), Rafael de Ureña ("Bienes reservables. Consulta", en R. G. L. y J. 87 —2.º semestre 1896—, pág. 101) y Sánchez Román (op. y vol. cit., núm. 132, página 988, nota 2).

(18) Lo creemos así: a) Porque sería muy forzado estimar que los reservatarios derivasen su derecho del padre o madre premuerto, puesto que el supérstite los heredó o recibió de éste sin limitación alguna (ver art. 974) ya que las restricciones sólo surgen por su hecho posterior, sea las segundas nupcias (art. 968) o el nacimiento de un hijo natural (artículo 980). b) Porque sería más difícil aún considerarlo así cuando el reservista no hubiera recibido los bienes del supérstite, sino de un hijo de su primer matrimonio o de otra persona en consideración al difunto (art. 969). c) Porque conforme al art. 973, la sucesión de los bienes reservables es independiente de la herencia del cónyuge premuerto ("*aunque en virtud de testamento, hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia*").

(19) Véanse las facultades de desheredar y mejorar que los arts. 973, § 2.º y 972 reconocen al reservista. Respecto la primera creemos que se refiere al cónyuge viudo y no al premuerto, porque ni resulta supérflua pese a la facultad de mejorar, no sólo en caso de reservatario único, sino también por lo que se refiere a la legítima estricta de los reservatarios (ver lo que expusimos en el trabajo "Las reservas en el Capítulo V del Título IV, Libro III del Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, redactado por la Comisión de Juristas Catalanes", en Rev. Jurídica de Cataluña LVIII (marzo 1958, páginas 144 y ss.). Respecto la facultad de mejorar, la llamada del 972 al 823 no puede explicarse satisfactoriamente si no es considerando que los bienes reservables integran la herencia del reservista y se computan para calcular el tercio de mejora de los hijos comunes.

II. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO, Carlos FERNANDEZ RODRIGUEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, GOMEZ ISABEL, Antonio del HOYO, Domingo IRURZUN, Manuel OLIVENZA, José María PEÑA, José PERE RALVY y José A. PRIETO con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA MÁXIMA «IURA NOVIT CURIA»: *Esta máxima faculta al juzgador a que pronuncie su decisión en contemplación a las normas pertinentes, aunque no hayan sido alegadas por las partes.* [S. 20 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

2. ACTOS CONTRARIOS A LA NORMA: ARTÍCULO 4.º DEL CÓDIGO CIVIL: *Este precepto no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad.*

AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO DE MONEDA EXTRANJERA: EFECTOS DE SU OMISIÓN: LEY DE 4 DE MAYO DE 1948: *La falta de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera no provoca la nulidad de pleno derecho del negocio civil realizado, para lo cual sería necesario precepto claro y terminante que así lo declare.*

COPROPIEDAD: GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN: ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO CIVIL: *Los gastos realizados por uno de los condueños en la cosa común, que elevaron considerablemente su valor, sólo pueden conceder al que los hizo las acciones pertinentes para exigir su reembolso, conforme el artículo citado, sin que puedan afectar para nada al problema de propiedad o titularidad ni variar las cuotas ideales de cada uno de los interesados en la comunidad.* [S. 8 de abril de 1958; no ha lugar.]

3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD: ARTÍCULO 3.º DEL CÓDIGO CIVIL: *La no retroactividad no es una ley para el legislador, sino simplemente un consejo de prudencia; pero, en cambio, para los Tribunales constituye una regla absoluta de cuya observación no puede excusarle sino el legislador mismo*

FUNCIÓN MODIFICATIVA O INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY VIGENTE DE 1956 FRENTE AL ARTÍCULO 70 DE LA DEROGADA DE 1947: *El artículo 57 (extinción de usufructo) de la nueva ley no autoriza para que sea considerado que interpreta el artículo 70 de la ley anterior, pues lo que hace es modificar el texto de éste, según ya se hace notar en la exposición que precede a la Ley de Bases y en el número 1.º del antecedente del Texto articulado.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY VIGENTE DE 1956; DERECHO TRANSITORIO: CONTRATOS PACTADOS POR USUFRUCTUARIO COMO ARRENDADOR: *La acción promovida contra la arrendataria sobre resolución del contrato por fallecimiento de la usufructuaria arrendadora debe sujetarse por las prescripciones de la ley anterior debido a que el caso fué iniciado durante su vigencia y a que el número 1.º de la Disposición Transitoria 2.ª de la vigente ley determina que el ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación precedente, cuando se hubiera iniciado judicial o extrajudicialmente antes de la vigencia de la ley se regirán por la precedente.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DEROGADA: CONTRATOS OTORGADOS POR USUFRUCTUARIO: *Según reiterada jurisprudencia que por su uniformidad constituye doctrina legal, el artículo setenta de la Ley de 1946 no derogó el cuatrocientos ochenta del Código civil en cuanto declara resueltos al fin del usufructuario los contratos que haya celebrado el usufructuario.* [Sentencia 14 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

4. **ACTOS PROPIOS:** *Reconocida por los actores la cuantía y la certeza del préstamo en las cartas obrantes en autos, este reconocimiento es incompatible con la petición de nulidad que postulan en su demanda, por la fuerza vinculante de los actos propios.* [S. 27 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

5. **TÍTULOS NOBILIARIOS: CESIÓN:** *Es válida conforme al artículo 12 del Decreto de 27 de mayo de 1912 la cesión del título nobiliario verificada en favor del hijo varón único de la cedente sin que se descubra ningún otro aspirante al título o que resulte perjudicado por su cesión, ya que carecen de aplicación al caso las limitaciones que aquel precepto establece.* [Sentencia 26 de mayo de 1958; ha lugar.]

6. **NEGOCIO JURÍDICO: DOLO:** *No constituye dolo el hecho de los vendedores de no dar conocimiento al comprador de las gestiones anteriores realizadas por un organismo oficial para expropiar parte de la finca objeto del contrato, pues aquéllos ignoraban que en aquel momento tal organismo continuara en su propósito y que para el comprador la causa del contrato fuese la totalidad de la finca.*

ERROR ESENCIAL: *Siendo para el comprador la causa del contrato la integridad de la finca vendida, la posibilidad de que por una expropiación forzosa no pudiera disponer de la totalidad de la finca y que el vendedor ignora tal circunstancia en el momento de celebrar el contrato constituye un error esencial que da lugar a la nulidad.* [S. 21 de junio de 1958; ha lugar en parte.]

7. **LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO: NEGOCIOS JURÍDICOS «MORTIS CAUSA»:** **«FORMA DAT ESSE REI»:** *Los negocios jurídicos «mortis causa», por no servir directamente al tráfico, son, en general, formalistas, en cuanto a la exigencia de ciertos requisitos que deben concurrir en su conclusión con el carácter de preceptivos e inderogables por voluntad individual.*

TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS: ARTÍCULO 682 DEL CÓDIGO CIVIL: *Siendo uno de los testigos instrumentales primo hermano de la legataria es inhábil para testificar y nulo el testamento, ya que refiriéndose el legado al usufructo del tercio de libre disposición y no contraerse a «algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, no le alcanzan los términos de la excepción del párrafo segundo del artículo 682, que de ningún modo admite ampliaciones. [Sentencia 19 de junio de 1958; no ha lugar.]*

8. INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: *Si bien el tema de la interpretación de los contratos puede tener acceso a la casación por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., es inadmisibile enfrentar sólo la particular opinión del recurrente a la del tribunal sentenciador cuando aquélla exige aceptar como premisa una clara precisión contractual acomodada a su interés, y la interpretación del juzgador ha tenido en cuenta la finalidad económica del negocio en el momento de su perfección y en su desarrollo.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Los requisitos que para apreciarlo han de concurrir son enriquecimiento, daño, empleo de medios reprobados para obtener aquél, así como falta de justificación y causa. [S. 25 de enero de 1958.]*

9. PODER: INSUFICIENCIA: CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Evidenciado sin esfuerzo interpretativo, por su claro y terminante texto literal, que el poder no facultaba para otorgar un contrato de cesión de participaciones sociales, debe ser casada la sentencia que sostiene otra cosa, pretendiendo dar al mandato un alcance de que carece y que notoriamente rebasa el poder conferido.*

PODER INSUFICIENTE: AUTORIZACIONES TELEGRÁFICAS: ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: *Para completar o ampliar las facultades del apoderado notarial no puede considerarse que valga la ambigua frase empleada en el contrato privado con referencia a unas indeterminadas «autorizaciones telegráficas», sólo eficaces cuando previamente se haya admitido este instrumento de contratación y los despachos reúnan los signos convencionales cosvenidos. [S. 27 de octubre de 1958; ha lugar.]*

10. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: CONCEPTO: *Los documentos auténticos deben hacer por sí mismos prueba de su contenido, sin necesidad de deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis, según exige reiteradísima jurisprudencia de esta Sala.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Si la interpretación dada por el Tribunal «a quo» a los contratos es racional no procede la casación ni aun cuando cupiese alguna duda acerca de su absoluta exactitud, ya que aun cuando sean de igual categoría la interpretación de una Sala y la del recurrente en casación, la lógica y el Derecho imponen la preferencia de la primera. [S. 4 de junio de 1958.]*

11. ACTA NOTARIAL, ACTA DE LA GUARDIA MUNICIPAL: *Las actas notariales son documentos auténticos en cuanto certifican del hecho presenciado por*

el notario, dotado éste de fe pública de la que carecen los guardias municipales, debiendo estarse, por tanto, a lo que dice el acta del notario y no a lo contrario sostenido en la levantada por la Guardia Municipal.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: LEY DE 1956: *La destrucción del muro existente en el patio, el cambio de situación del lavadero y la construcción de una nueva cocina de mayor altura que la anterior, son obras que alteran la configuración, sin que legitime su realización el que sean beneficiosas. [S. 26 de noviembre de 1958; ha lugar.]*

12. **DOCUMENTOS PRIVADOS: VALOR DE LA FIRMA:** *Cuando se advera la autenticidad de la firma que los autoriza (bien por reconocimiento de las personas a quienes perjudica, bien por dictamen pericial y otros medios en su defecto), hacen prueba de la exactitud de su contenido conforme al artículo 1.225 del Código civil; sin que por ello se pueda afirmar que se establezca una identificación absoluta de la legitimidad de la firma con la autenticidad del cuerpo del escrito que la precede y con la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad hechas en él, sino simplemente la prueba de un hecho que ha de prevalecer mientras no se desvirtúe por otras pruebas. [S. 5 de mayo de 1958; no ha lugar.]*

13. **DOCUMENTOS PRIVADOS: COPIA FOTOGRÁFICA:** *Los documentos privados que sólo por copia fotográfica, sin autenticidad alguna, obran en autos, no pueden ser apreciados por cuanto carecen en absoluto de eficacia probatoria, a tenor del artículo 1.225 del Código civil, según determinan los artículos 603 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no darse el supuesto que determina el 512 de la misma. [S. 17 de mayo de 1958; no ha lugar.]*

14. **PRUEBA: CARÁCTER DE LOS ARTS. 1.248 DEL C. C. Y 659 L. E. C.:** *Los artículos 1.248 del C. c. y 659 de la L. e. c. tienen carácter admonitivo y son, por tanto, inhábiles para fundar en ellos el recurso de injusticia notoria.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Los tribunales de instancia son soberanos en orden a la apreciación de la prueba.*

TESTIGO ÚNICO: *El tribunal de instancia puede apoyar sus fallos en la prueba de testigos, tanto si es uno como varios. [S. 22 octubre 1958; No ha lugar.]*

15. **NEGOCIOS JURÍDICOS INEXISTENTES: CONCEPTO:** *Negocio jurídico inexistente es el que carece de algún elemento esencial, a saber, el consentimiento, la causa o el objeto, o también la forma en aquellos negocios en que ésta es exigida como requisito «ad solemnitatem».*

NEGOCIOS JURÍDICOS INEXISTENTES: CARACTERES: *La inexistencia es perpetua e insubsanable; no cabe prescripción de la acción o excepción que en aquélla se funde.*

INEXISTENCIA DE PARTICIÓN: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN: *Infringe el artículo 1.261 del C. c. y la doctrina jurisprudencial la sentencia que, des-*

pués de estimar inexistente la participación obrante en un documento privado por haberse verificado cuando el recurrente tenía trece años y no estaba constituido el Consejo de Familia, acoge la acción de prescripción de la acción. [S. 25 octubre de 1958; ha lugar.]

16. NULIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: ESTIPULACIONES AL ARBITRIO DE UNA DE LAS PARTES: *Por virtud de lo dispuesto en los artículos 1.115 y 1.256 del Código civil, los contratos y las obligaciones cuyo cumplimiento se deje, en todo o en parte, al arbitrio de uno de los contratantes son nulos, afectando no sólo a la cláusula en la que esto se disponga, sino también a todo el negocio.* [S. 1 de diciembre de 1958; ha lugar.]

Los tres agentes generales y directores de un importante grupo de empresas dedicadas a seguros y reaseguros habían convenido distribuir entre sí las comisiones sobre primas con arreglo a las disposiciones estipuladas en la llamada regla cuarenta y una de reaseguros y su reglamento, como las partes denominaron a las estipulaciones que ellas mismas habían celebrado. El régimen de distribución de estas comisiones era distinto, según que se hubieran derivado de contratos obtenidos personalmente por cualquiera de los agentes o no. A dicho convenio se añadió una cláusula por virtud de la cual «la clasificación de dichos negocios en directos y personales, etc..., se hará por el comité de los tres agentes generales, por mayoría de votos, en el momento de la obtención de cualquier seguro o reaseguro».

Los demandantes—dos de los tres agentes—acudieron al Juzgado pretendiendo una distribución de las comisiones devengadas durante un determinado período de tiempo por partes iguales. El demandado sostuvo que la liquidación debía de hacerse atribuyéndole a él un 50 por 100 y un 25 por 100 a cada uno de los otros dos.

La Audiencia decidió este punto de acuerdo con el criterio del demandado. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y, en segunda sentencia, establece una distribución por partes iguales.

El fundamento sustancial de la sentencia es el siguiente: «Que los actores, en el motivo primero de su recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., acusan a la sentencia recurrida de infringir por interpretación errónea los artículos 1.115 y 1.256 del Código civil, ya que, en el considerando 8.º, tras estimar que en la regla 41 de reaseguros y en el reglamento para su aplicación el cumplimiento de determinada obligación depende de la voluntad de los deudores y el de cierto contrato del arbitrio de uno de los contratantes, en lugar de declarar la nulidad de la obligación principal y del contrato, se limita a tener por nulas las cláusulas en que se producen aquellas anomalías, motivo que es estimable...».

17. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: «DIES A QUO» PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO: ARTÍCULO 1.969 DEL CÓDIGO CIVIL: *Una constante jurisprudencia viene interpretando dicho artículo en el sentido de que al expresarse en él que el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que la acción pudo ejercitarse se refiere de manera no forta a la posibilidad legal de hacerlo, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones o circunstancias per-*

sonales del titular del derecho cuando la ley así lo determine o prefije como excepción. [S. 13 de junio de 1958; no ha lugar.]

II. Derechos reales.

1. DESLINDE DE FINCAS: ARTÍCULO 385 DE CÓDIGO CIVIL: *Dicho precepto, al establecer el deslinde de conformidad con los títulos, no lo hace de modo absoluto puesto que pueden ser contradictorios en ciertos puntos o estimarse que no pueden tomarse en cuenta en aquellos particulares en que son dudosos u objetos de discusión.*

REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: OXHAUSTIVIDAD: *Tampoco es exacto que la sentencia impugnada no resuelva sobre el amojonamiento solicitado, cuando claramente dispone que al determinarse la línea divisoria por el deslinde se irán colocando hitos al efecto.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Para que el error de hecho invalide el fallo es preciso que sea sustancial para los efectos del mismo.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: CERTIFICACIÓN DEL INSTITUTO GEOGRÁFICO Y CATASTRAL: *No puede reconocerse el carácter de documento auténtico para los fines de la casación a una certificación del Instituto Geográfico y Catastral con referencia a un deslinde de índole jurisdiccional cuando su texto, que en el motivo se transcribe literalmente, se dice «a la vista de la documentación catastral correspondiente», la cual, según ha declarado esta Sala, no tiene la eficacia de documento auténtico en casación. [Sentencia 24 noviembre de 1958; no ha lugar.]*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Son requisitos esenciales, título legítimo de dominio o, en su defecto, la posesión continuada durante el plazo marcado para la prescripción ordinaria o extraordinaria, el dimanar la identidad de tales bienes (situación, cabida y linderos de la finca) que los mismos se hallan poseídos o detentados por el demandado. Tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de instancia y que únicamente puede ser impugnado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.*

ACCIÓN REIVINDICADORA: CARGA DE LA PRUEBA: *Conforme a la doctrina en general del «onus probandi», en las demandas reivindicatorias el actor ha de justificar de modo concreto los tres requisitos esenciales. [S. 29 de abril de 1958; no ha lugar.]*

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Para el ejercicio de la acción ejercitada por la parte actora son precisos los requisitos esenciales: título de dominio, identificación de la finca y conocimiento exacto de la persona o personas que poseen o detentan los bienes objeto de la reivindicación. [S. 14 mayo 1958; no ha lugar.]*

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Debe hallarse la cosa en la posesión o tenencia de aquel a quien se demanda, el cual, en caso contrario, no*

puede ser condenado a la entrega de lo que no posee. [S. 23 septiembre 1958. no ha lugar.]

5. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Los requisitos exigibles para el éxito de la acción reivindicatoria son: un título de dominio cuya existencia este completamente demostrada, una inequívoca identificación de la finca o fincas que se intentan vindicar y un conocimiento exacto de la persona o personas que detentan los bienes y que, por tanto, están legitimadas pasivamente para soportar el ejercicio de la acción.*

USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: *Carece de base la usucapion cuando la posesión de los demandados no lo fué en concepto de dueños, sino por títulos que o tienen otra condición (la mera tenencia) o implican que el poseedor actuaba «alieno nomine».* [S. 10 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

6 ACCIÓN REIVINDICATORIA: PRUEBA DEL DOMINIO EN EL ACTOR: *No cabe acoger el motivo de casación alegado de que el demandante no aportó título de dominio ni acreditó la posesión inmemorial de las fincas cuya propiedad reclama, porque (sobre haber declarado la Sala sentenciadora en méritos de la apreciación de la resultancia probatoria, que las fincas pertenecían al actor) no cabe olvidar que el recurrente, tanto en el documento de supuesta compraventa como en el expediente posesorio, manifiesta que las hizo suyas por compra que le otorgó la apoderada del demandante, cuya compra supone, por su parte, un explícito reconocimiento de ser éste dueño de las mismas, a quien, por considerarlas suyas, se las compraba.*

FE PUBLICA REGISTRAL: ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: *Al no darse una inscripción anterior de las fincas de que se trata y ser la suya la primera que con relación a las mismas se practicó, este titular no puede nunca ser considerado tercero hipotecario.*

FE REGISTRAL: BUENA FE EN EL TERCERO: *La carencia de buena fe, exigible al tercero hipotecario, priva también de este carácter al otro recurrente, ya que las circunstancias que se dan en su adquisición (compra a su cuñado a los pocos días de ser este citado de conciliación, previa la demanda inicial de estos autos) indujeron a presumir la simulación de tal compraventa, motivando la declaración de nulidad de la misma, hecha por la Sala sentenciadora.* [S. 26 de junio de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES.—Por lo que se refiere al aspecto hipotecario de la presente sentencia, cabe hacer notar la exactitud de la doctrina que niega al inmatriculante la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conforme con la opinión inconcusa de que dicho precepto tiende a dar seguridad a quien adquiere confiado en lo que el Registro pública. Sorprende, en cambio, el razonamiento del Tribunal Supremo en cuanto al otro requirente, a quien niega la cualidad de tercero hipotecario por su falta de buena fe, cuando, en rigor, declarada y firme en casación, el carácter simulado de la compraventa estipulada, lo correcto parece que ha de ser negarle la cualidad de adquirente —puesto que su adquisición simulada es nula, no es adquisición—, en vez de definirlo como comprador de mala fe. (D. I.)

7. ACCIÓN REIVINDICATORIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: NUDO PROPIETARIO: *Es inexacto que la nuda propietaria no pudo ejercitar su derecho hasta el fallecimiento de la usufructuaria y que, por tanto, no pudo correr contra ella el plazo de la prescripción, pues ningún precepto legal le impedía reivindicar, en todo caso, la nuda propiedad.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: PRESCRIPCIÓN: *Si bien es cierto que la acción reivindicatoria puede tener un lapso prescriptivo de treinta años, ello está condicionado a lo establecido para la adquisición del dominio o Derechos reales por usucapión, por virtud de lo cual, contra la prescripción con título y buena fe que se consuma por el transcurso de diez años entre presentes, queda enervada por la adquisición del dominio la acción de treinta años.*

USUCAPIÓN: JUSTO TÍTULO: *El que adquirió por compra a un heredero aparente puede usucapir porque su título es apto para transmitir el dominio, aun siendo anulable, ya que puede ser purificado por la prescripción y ratificado.*

COMPRAVENTA OTORGADA POR HEREDERO APARENTE: *En la adquisición de quien compró al heredero aparente medio un vicio que afectaba a la titularidad del vendedor, pero el contrato no es inexistente, sino simplemente anulable a instancia de parte y que puede ser ratificado. [S. 14 de abril de 1958; no ha lugar.]*

8. PROPIEDAD DE BIENES MUEBLES: GANADO: PRUEBA: TERCERÍA DE DOMINIO: *Además de otros documentos, obran en los autos guías de circulación de ganado que acreditan su compra por el tercerista y recibos del pago del precio, todo lo cual demuestra la existencia de título que corrobora la presunción de propiedad que la posesión lleva consigo. [S. 29 de mayo de 1958; no ha lugar.]*

9. ACCIÓN NEGATORIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No existe obstáculo para que todos los herederos, de mutuo acuerdo, ejecuten con plena validez y eficacia actos de disposición o de otra índole—ejercicio de la acción negatoria—sobre los bienes que les pertenecen desde que sobrevino el fallecimiento de su causante.*

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: *Contrayéndose el pleito a una acción negatoria de una acción negatoria de una servidumbre de luces y vista no inscrita en el Registro de la Propiedad, no entra en juego el artículo citado en cuanto previene que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, ya que las inscripciones registrales han de subsistir.*

CASACIÓN: VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: *No constituyen doctrina legal a efectos de los recursos de casación. [S. 7 de junio de 1958; no ha lugar.]*

10. TRADICIÓN: LA ENTREGA DE LA COSA EN LA COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: [S. 10 de junio de 1958] (III, 12).

11. USUCAPIÓN: POSESIÓN DEL COMPRADOR CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: [Sentencia 10 de junio de 1958] (III, 12).

12. USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: POSESIÓN INIDÓNEA: *La posesión por mera tolerancia del dueño no es idónea para generar el dominio por usucapión extraordinaria, puesto que este modo de adquirir sólo releva de la buena fe y del justo título.* [S. 11 de junio de 1958; no ha lugar.]

13. COSA COMÚN: ACCIÓN DE DIVISIÓN: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL USUFRUCTUARIO: *La comunidad recae tanto sobre la propiedad de la cosa como sobre el usufructo y por ello es posible que el propietario accione frente al usufructuario para pedir la división de la cosa poseída en común.*

PACTO DE INDIVISIÓN INDEFINIDA: NULIDAD: SUBSISTENCIA DEL USUFRUCTO DESPUÉS DE LA DIVISIÓN: *El pacto de indivisión indefinida o mientras viva cierta persona es ineficaz por oponerse al artículo 400 del Código civil, norma de derecho necesario; la declaración de nulidad de este pacto no contradice las normas sobre duración del usufructo, pues este derecho subsiste después de la división.* [S. 17 de mayo de 1958; no ha lugar.]

La demanda se ejercita por el pleno propietario de la mitad de una casa contra el usufructuario de la otra mitad que se oponía a la división y en la cual estaban conformes los nudo propietarios. El interés de esta sentencia estriba en que forma jurisprudencia con la de 14-XII-1898. La doctrina no ve inconveniente en que el usufructuario pueda, en su condición de comunero, ejercitar el derecho de pedir la división y disolución de la comunidad (Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, p. 131). Pero vid. las observaciones de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1953, pp. 276 siguientes, para quien la verdadera razón decisiva de la sentencia de 1898—cuyos razonamientos se reproducen en la que anotamos—está en que el usufructuario tiene interés en la acción de división y de aquí la legitimación que le reconoce el Tribunal Supremo, mientras que eran innecesarias las afirmaciones referentes a la existencia de comunidad entre ambos.

Sobre el pacto de indivisión, vid. BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., pp. 336 siguientes (G. G. C.).

14. COPROPIEDAD: GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN: ARTÍCULO 393 DEL CÓDIGO CIVIL: [S. 8 de abril de 1958] (I, 2).

15. PROPIEDADES ESPECIALES: AGUAS: DERECHOS LEGITIMAMENTE ADQUIRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY ESPECIAL: *El derecho de propiedad de los regantes no alfardeos del término de Calatorao, establecido en la llamada Concordia de 1.634, ha sido dejado a salvo por el artículo 257 de la Ley de Aguas.*

PROPIEDADES ESPECIALES: AGUAS: ACCIÓN PARA PEDIR EL RECONOCIMIENTO DEL DOMINIO: *Es indudable la existencia de esta acción, sin que pueda decirse que la falta de título de propiedad constituye un obstáculo para tal declaración, pues es equivalente la posesión con buena fe a título de dueño durante siglos.* [S. 22 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

16. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: PERFECCIONAMIENTO DE UN INVENTO CONOCIDO: *Revistiendo originalidad cualquier procedimiento, bien constituya invento por su completa novedad o represente tan sólo una perfección de otros previamente conocidos, este perfeccionamiento puede ser objeto de patente siempre que envuelva una mejora que no pueda ser tildada de secundaria o revele un resultado positivo y una mayor efectividad por las ventajas que sobre lo conocido represente.* [S. 29 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

17. COSAS MUEBLES Y OBJETOS QUE SE HALLEN DENTRO DE LA COSA RAIZ: ARTÍCULO 449 DEL CÓDIGO CIVIL: INTERPRETACIÓN: *El referido precepto ha de entenderse en todo caso con la limitación del segundo párrafo del artículo 346, excluyendo de su ámbito las caballerías y otras cosas que no tengan por principal destino amueblar las habitaciones; los semovientes mucho menos pueden incluirse en la calificación de «objetos» a que también alude el citado artículo 449.*

TERCERÍA DE DOMINIO: SU FINALIDAD: *La única finalidad de la tercería de dominio es acreditar el dominio, no del ejecutado, sino del tercerista sobre los bienes embargados.* [S. 24 de octubre de 1958; no ha lugar].

18. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO: CONSOLIDACIÓN DOMINICAL: *Para que el nudo propietario adquiera el pleno dominio y la posesión real de la finca no es necesaria la entrega o tradición de la cosa usufructuada y su formalización mediante escritura pública, pues ambos efectos se producen «ipso iure» por el solo hecho de la expiración del término.*

POSESIÓN: DE LA COSA USUFRUCTUADA AL EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO POR EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO: *En tal momento, la posesión del (ex)usufructuario sobre la cosa resulta desprovista de todo título propio y sólo es concebible en nombre del dueño, por lo que la tenencia material en que se mantenga no afecta ni a la extinción del usufructo ni a la consiguiente adquisición del pleno dominio y posesión real de la cosa por parte del nudo propietario.*

DERECHO DE RETENCIÓN POR EL USUFRUCTUARIO: NATURALEZA: ARTÍCULO 522 DEL CÓDIGO CIVIL: *El derecho que al usufructuario concede este precepto no impide la extinción del usufructo, sino que la supone, y no tiene otra alcance que un derecho de garantía que cesa en el momento mismo en que queden reintegrados los desembolsos.*

EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO: ASIENTO DE CANCELACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ARTÍCULO 82 DE LA LEY HIPOTECARIA: *Es obvio, que si en las escrituras de constitución y prórroga del usufructo consta la fecha de su extinción, para producir, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme al párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no se requiere el otorgamiento de nueva escritura.* [Sentencia 19 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: La única duda que tal vez pueda plantear esta, por lo demás, intachable sentencia, se refiere a la doctrina expuesta acerca del

derecho de retención atribuido al usufructuario y su alcance. En concreto, si es cierto que el derecho de retención que el Código civil concede al usufructuario no impide la extinción del usufructo.

Porque si bien la tesis parece cierta e indiscutible en cuanto al derecho de retención nacido, en general, de la norma del artículo 522, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 502. Este precepto parte de la hipótesis de que la cosa usufructuada exija la realización de reparaciones extraordinarias que son de cuenta del propietario, según dispone el 501. Y prevé el supuesto de que, siendo indispensables para la subsistencia de la cosa, no las hiciera el propietario, que las verifique el usufructuario y que tales obras provoquen un aumento de valor en la finca.

El párrafo segundo del citado artículo 502 establece en favor del usufructuario el derecho a exigir del propietario el abono de tal aumento de valor, ejercitable al concluir el usufructo. Y caso de negativa del propietario a la satisfacción de dicho importe, el párrafo tercero concede al usufructuario el derecho «a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos».

Hay que entender, puesto que las reparaciones extraordinarias son de cuenta del propietario, que el importe de dichas reparaciones efectuadas por el usufructuario le es reembolsable y que en la medida en que tienden puramente a la conservación de la cosa, sin aumentar su valor, se rigen por la regla general del artículo 522. El usufructuario adquiere un crédito contra el propietario, crédito que nace en el momento de extinguirse el usufructo y que está privilegiado por el derecho de retención que al acreedor se le atribuye.

Pero en la medida en que los gastos verificados por el usufructuario exceden de lo necesario para la subsistencia de la cosa y llegan a provocar un aumento de valor en ella, el crédito que para su reintegro nace en favor del usufructuario tiene un régimen que estimamos distinto del anterior, pues aunque el Código habla de la fecha en que concluya el usufructo (artículo 502, 2.º) y siga manteniendo el término «derecho de retención» (artículo 502, 3.º) no cabe olvidar la última frase de este último párrafo «hasta reintegrarse con sus productos», pues ella implica un «ius fruendi» que parece incompatible con la idea generalmente admitida sobre la naturaleza y efectos del derecho de retención como puro derecho de garantía.

A pesar de que el artículo 487 le niega el derecho a ser indemnizado por las mejoras útiles o de recreo que verifique en los bienes usufructuados, el 502, viene a concederle el reembolso por «el aumento de valor» (mejora en su más estricto sentido) que tuviese la finca como consecuencia de reparaciones extraordinarias. Se le concede un crédito contra el propietario y un crédito cuyo privilegio es evidente, así como también que no se trata de un simple «ius retentionis», puesto que se le autoriza a continuar en el disfrute hasta que con los frutos percibidos pueda compensarse de su crédito. Creemos que esta continuación en el disfrute puede configurarse como una asimilación a un derecho anticrético, de difícil configuración, o (lo que parece más exacto) como una revivificación del usufructo, a despecho de la causa de extinción sobrevenida.

Por ello, hay que estimar que siendo exacta la tesis de la Sentencia del 19 de noviembre de 1958, por lo que se refiere al derecho de retención establecido en el artículo 522, no puede ser extendida sin previo estudio al derecho que con el mismo nombre y aparentemente, análoga naturaleza, concede al usufructuario el artículo 502 del Código civil. (D. I.)

SERVIDUMBRE DE AGUAS: USUCAPIÓN: POSESIÓN DEL FUNDO DOMINANTE: NO puede atribuirse influjo alguno a la circunstancia de que la usucapiente no haya explotado directamente la finca por haberla tenido arrendada, porque el dueño, con arreglo al artículo 431, Código civil, no pierde la posesión de la cosa por darla en arrendamiento.

SERVIDUMBRE DE AGUAS: USUCAPIÓN: TÍTULO: *Tampoco puede negársele el título por el hecho de haber sido canalizadas las aguas, por consecuencia del contrato celebrado por un hermano de la usucapiente, sin intervención ni conocimiento de ésta, y cuando el origen del aprovechamiento se declara anterior a la fecha de dicho contrato. [S. 30 de junio de 1958; no ha lugar.]*

20. **SERVIDUMBRE DE PASO: PORCIÓN SEGREGADA Y VENDIDA SIN SALIDA A CAMINO PÚBLICO:** *Aunque la finca que se segregó y vendió sin salida a camino público está enclavada entre fincas del enajenante y de otras personas, no es de aplicación el artículo 564 del Código civil, sino el 567 ya que la situación creada se originó por un acto volitivo exclusivo del vendedor, el cual debe facilitar la salida al camino, sin indemnización, constituyéndose la servidumbre por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto con ello fuese conciliable, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público, debiendo ser su anchura la que baste a las necesidades de este predio.*

COMPRAVENTA DE PORCIÓN SEGREGADA Y SIN SALIDA A CAMINO PÚBLICO: CONDICIÓN TÁCTA: *Al no estipularse de manera expresa, en el contrato de compraventa condición alguna prohibitiva de que pudiera el comprador reclamar del vendedor la concesión de la servidumbre legal de paso por el terreno que, después de la segregación practicada, quedó bajo el dominio del enajenante, hay que presumir racional y fundamentalmente que si dejó de pactarse tal condición es porque existió la callada u oculta de que dicho paso sería facilitado por el propio vendedor a través de la finca matriz.*

COMPRAVENTA: SANEAMIENTO: *Desde el momento en que el vendedor pretende impedir el disfrute del paso a camino público y por su predio al comprador de la porción segregada, es obvio que trata de privarle del goce normal de lo transmitido y de ahí que, surgida la colisión, deba resolverse coactivamente en contra suya y obligarle a dar el paso que se interesa. [Sentencia 7 de junio de 1958; ha lugar.]*

21. **JUICIO EJECUTIVO: HIPOTECA: FIJACIÓN DE DOMICILIO Y PRECIO PARA LA SUBASTA:** *La designación en la escritura de hipoteca de domicilio y fijación del precio de la finca para la subasta, son aplicables a todos los procedimientos que el acreedor estaba facultado para seguir, y no sólo al del artículo 139 de la L. H. [S. 12 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

III. Derechos y Obligaciones.

1. **OBLIGACIONES BILATERALES: ARTÍCULOS 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO:** *La resolución de los contratos sinalagmáticos fundada en el incumplimiento por una de las partes de su respectiva prestación, puede tener eficacia: Primero, por declaración de la otra, hecha extraprocesalmente, si no es impugnada luego en juicio con éxito, y segundo, por la demanda de la perjudicada cuando no opte por el cumplimiento con la indemnización de los daños y perjuicios realmente causados, siempre*

que se acredite, además, una actitud persistente y rebelde de la adversa a la satisfacción de los pactados o un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.

CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN: *La cláusula penal sustitutoria de los daños y perjuicios en la hipótesis de incumplimiento por parte del comprador exige ser establecida con la claridad.* [S. 4 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

2. OBLIGACIONES BILATERALES: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: SEÑALAMIENTO DE PLAZO POR LOS TRIBUNALES: *El Tribunal «a quo» puede utilizar rectamente la facultad de arbitrio que el párrafo tercero del artículo 1.124 le concede por causas justificadas, al señalar a los interesados un nuevo plazo para el cumplimiento.*

3. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: SENTENCIA DECLARATIVA DE LA EXISTENCIA DE UN CRÉDITO: *No puede entenderse que la sentencia dictada en un juicio de desahucio, aun por falta de pago, de carácter limitado al solo fin de decretar el desalojo de un local, pueda tener el alcance declarativo de la existencia de un crédito comprendido en el apartado B) del número tercero del artículo 1.924 del Código civil.* [S. 2 de julio de 1958; ha lugar.]

4. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CRÉDITOS POR DESCUBIERTOS EN LA COTIZACIÓN POR SEGUROS SOCIALES: RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1958: *Antes de la vigencia de esta Ley (que incluye como inciso E) del número tercero del artículo 1.924 del Código civil las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral y que no tiene efecto retroactivo), los créditos que sin privilegio especial constasen en escritura pública gozaban de preferencia sobre las cuotas laborales.*

LEGITIMACIÓN PASIVA «AD CAUSAM»: ACTOS PROPIOS: TERCERÍA DE DOMINIO: *Instadas por el Instituto Nacional de Previsión en la Magistratura del Trabajo y en un solo procedimiento de apremio las reclamaciones por cuotas laborales, sindicales y de Mutualidades, no puede, sin contradecir sus actos anteriores, oponer ahora la falta de legitimación pasiva, ya que la personalidad reconocida para actuar en nombre de esas entidades, envuelve necesariamente la de ser sujeto pasivo contra el que han de dirigirse las demandas de tercera a que diesen lugar los apremios seguidos en uso de facultades y no contra los Organismos en cuyo beneficio actuó dicho Instituto.*

EXCEPCIONES: ARTÍCULO 533, 7.º DE LA LEY -E ENJUICIAMIENTO CIVIL: FALTA DE PREVIA RECLAMACIÓN EN VÍA GUBERNATIVA: INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: *Dada la autonomía con que se desenvuelven el Instituto Nacional de Previsión y organismos colaboradores del mismo que realizan sus funciones en relación con los seguros sociales obligatorios, no cabe asimilar las reclamaciones contra ellos deducidas a las formuladas contra la Hacienda pública para exigir la reclamación previa en la vía gubernativa.* [S. 3 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

5. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: ACTA DE MANIFESTACIONES: TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: *El crédito que consta en manifestación del deudor en acta no puede gozar de la relación del constituido en escritura pública.* [S. 17 de junio de 1958; no ha lugar.]

El requirente de un acta notarial manifiesta «que las treinta y cinco mil pesetas que ha ingresado en este día en el Instituto Nacional de Colonización se las han facilitado, en cumplimiento de lo que tienen convenido privadamente, los cónyuges doña... y don...». Señalando las diferencias entre el acta y la escritura, el Tribunal Supremo niega que aquel tipo de documentación dé al crédito el carácter de privilegiado.

6. PRELACIÓN DE CRÉDITO: EMBARGO: *El embargo no modifica ni afecta a la naturaleza jurídica de la obligación para cuya efectividad coactiva se decreta; en la concurrencia de créditos, su preferencia ha de discriminarse por la naturaleza y fecha de los títulos, sin tener en cuenta la de los embargos.*

PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CRÉDITOS QUE CONSTEN POR SENTENCIA FIRME: PREFERENCIA: *Aun admitiendo a los solos efectos dialécticos el efecto retroactivo de la sentencia lo tendría para la existencia real del crédito en aquella fecha, pero no para la preferencia, ya que el párrafo último del artículo 1.924 claramente determina que la preferencia para el cobro viene dada por orden riguroso de la fecha de la sentencia.* [S. 13 de junio de 1958; no ha lugar.]

7. PAGO: MONEDA EXTRANJERA: ART. 1.170 C. C.: *Si se entrega moneda extranjera con el deber de devolverla ha de regir, en primer lugar, la devolución en especie, y, en segundo lugar, de no ser ello posible, según la cotización que rija al momento del pago.*

LIQUIDEZ DE LA DEUDA: PAGO DE INTERESES: *La extensión cuantitativa de la obligación de pago será fija, determinada y líquida cuando se conozca la equivalencia de la moneda de pago, con la moneda extranjera, y no debe condenarse al pago de intereses cuando todavía es líquida la cantidad reclamada y adeudada.* [S. 9 de noviembre de 1958; estimatoria.]

8. VICIOS DEL CONTRATO: ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: *No existe, si lo pactado fué la venta de todas fincas de la vendedora que llevaba un arrendatario, atendiendo a su cabida real, aunque ésta fuese mayor o menor que la expresada en el contrato, si luego aparece que aquella era propietaria de otras que cultivaba otro arrendatario.* [S. 14 de abril de 1958; no ha lugar.]

9. VENTA DE COSA AJENA: *El hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla; ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato y podrá determinar, en sustitución de aquella, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento si no quisiere o no pudiere adquirir lo que libremente se comprometió a entregar.*

La licitud de la venta de cosa ajena se halla reconocida por la autorizada doctrina de la Dirección General de los Registros (R.R. de 6 diciembre

1898 y 2 septiembre 1902), y aparece ya sancionada por la Jurisprudencia en sentencias de este Tribunal (entre otras 1 marzo 1949 y últimamente la de 27 mayo 1957).

SISTEMA DE ADQUISICIÓN HEREDITARIA: ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA: *No obstante la frase del artículo 661 «desde el momento y por el solo hecho de su muerte», para que los herederos sucedan al difunto en todos sus derechos y obligaciones se requiere, además, la aceptación de la herencia.*

COMUNIDAD HEREDITARIA: ENAJENACIÓN DE BIENES CONCRETOS POR UNO O VARIOS HEREDEROS DURANTE LA INDIVISIÓN: *El heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo, no sólo la cuota ideal que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada, en todo caso, al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias. [Sentencia. 5 de julio de 1958; no ha lugar.]*

10. **COMPRAVENTA AMISTOSA:** *La favorable disposición de la vendedora para moderar el precio de las compraventas no implica la existencia de un «amicus donandi». [S. 10 de junio de 1958; no ha lugar.]*

11. **PAGO DE GASTOS POSTERIORES A LA VENTA: DERECHOS ARANCELARIOS DE ADUANAS: FECHA DE SU DEVENGO:** *Los derechos arancelarios de Aduanas no se devengan por el mero ingreso de las mercancías en las oficinas de ese orden, sino por su despacho para la importación, lo cual no puede tener lugar hasta que no se cumplan los requisitos precisos para su retirada y sea autorizada la importación. Y por ser indiscutible que esta autorización tuvo lugar después de otorgarse la escritura de compra, es indiscutible que la obligación de pago es posterior a ésta, y con arreglo a las cláusulas tercera y quinta de la misma no es de cuenta de la vendedora que sólo se había obligado a liberar los bienes vendidos de cualquier obligación que sobre ellos pesara y hubiese sido devengada entre cierta fecha anterior y la del otorgamiento de la escritura. [S. 23 de octubre de 1958; no ha lugar.]*

ANTECEDENTES: *El 7 noviembre 1945, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre compró a una sociedad anónima un solar y la maquinaria que se relacionaba en la escritura, estableciéndose en la cláusula quinta que la compradora quedaba liberada «de cualquier obligación que pudiera pesar sobre los bienes vendidos, aunque hubiese sido devengada en el período comprendido entre el treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro y la fecha del otorgamiento de esta escritura». La maquinaria se hallaba, pendiente de despacho, en las Aduanas de Irún y Port-Bou. Obtenido el permiso para su importación, la adquirente ordenó al agente de Aduanas que realizase las operaciones precisas para hacerse cargo de la maquinaria, lo que éste verificó, siendo la misma transportada a Madrid. El agente presentó facturas por los conceptos de transporte, almacenaje y derecho arancelarios de Aduanas. Fracasadas las gestiones amistosas, la entidad compradora verificó el pago íntegro y presentó demanda de juicio*

declarativo de mayor cuantía contra la vendedora en reclamación de los gastos de almacenaje y derechos arancelarios. El Juzgado estimó la demanda en cuanto a los gastos de almacenaje, absolviendo del resto, y su sentencia es confirmada por la Audiencia en todas sus partes. Interpuesto recurso de casación por el abogado del Estado, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar.

OBSERVACIONES: La principal alegación del único motivo del recurso era que para determinar la fecha de existencia de la obligación de pago de los derechos arancelarios no hay que atenerse al momento en que se hicieron efectivos a la Hacienda, pues la obligación nació en el momento en que las mercancías ingresaron en la Aduana, fecha anterior al otorgamiento de la escritura. Y se hace ver que los derechos de almacenaje estaban devengados y no pagados, igual que los de Aduanas, por lo que ambas obligaciones debían haber tenido el mismo trato, y, sin embargo, la sentencia recurrida se lo había dado diferente.

Con gran acierto y clara doctrina, el Tribunal Supremo destruye la argumentación tal como arriba se ha extractado. Nos limitaremos a añadir que en el actual sistema administrativo español, por la aplicación conjunta de las Ordenanzas de Aduanas y del sistema de licencias establecido por el Ministerio de Comercio, las mercancías (aunque se hallen en Aduana) no pueden entrar en España sin el permiso de importación, que es el documento previo indispensable para que pueda verificarse el despacho, con el consiguiente devengo de los derechos arancelarios; y que tal despacho ha de verificarse precisamente en favor del titular de aquel permiso, y no de otra persona.

Los derechos arancelarios se devengan por la importación, y ésta es el efectivo ingreso de la mercancía en territorio nacional. Y es evidente que este ingreso no sobreviene sino cuando las mercancías son despachadas de Aduanas con apoyo en el permiso de importación correspondiente cuando, como en el caso de autos, éste es necesario. Y siendo este devengo posterior al otorgamiento de la escritura, es claro que no podía la entidad compradora apoyarse en la reseñada cláusula quinta para eludir su pago.

Esta idea misma nos sirve para deshacer el error en que incide el recurso equiparando almacenaje y derechos arancelarios, si se tiene en cuenta que el almacenaje no es sino un acto que devenga «tasa de servicios» y no «derechos» de importación de mercancías, las cuales sólo pueden devengarse cuando la importación se realice. Sin ánimo de extender más este comentario, baste fijar la atención en un ejemplo, entre otros que podrían presentarse, como el de las mercancías que después de ingresadas en el recinto administrativo de la Aduana, muelle o almacén, son objeto de re-exportación. Habrán devengado la correspondiente tasa de servicios, pero en modo alguno derechos arancelarios por importación ya que no han sido efectivamente importadas. (D. I.)

12. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: CONCEPTO: *Por el «pactum reservati domini» el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta un determinado término, o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio (donec pretium solvetur) que viene pagado a plazos.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: ESENCIA: *El pacto consiste en que el traspaso de propiedad es diferido «ipso iure», sin necesidad de ulterior consentimiento, a un término determinado o a la realización de un acontecimiento también determinado.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: FUNDAMENTO: *Se funda en la misma naturaleza esencial de la venta como contrato bilateral conmutativo, que debe*

subsistir no sólo en el momento estático de la conclusión del contrato (consistiendo entonces en la necesidad de que sean pactadas y determinadas las dos atribuciones patrimoniales correlativas—el llamado sinalagma genético)—, sino también en el momento dinámico de la ejecución del contrato (consistiendo entonces en la necesidad de que ambas prestaciones sean realizadas—el llamado sinalagma funcional)—.

Como excepción a la regla de simultaneidad de la entrega y pago del precio, que no conviene al comprador, se aplaza la atribución patrimonial ejecutada por el vendedor, esto es, la transmisión del derecho, hasta el momento en que el precio sea pagado por completo.

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: NATURALEZA: *Es una condición limitativa de uno de los efectos naturales de la compraventa, que no afecta a la perfección, por cuanto de dicho pacto no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, sino que afecta a la consumación del contrato y consiste en una estipulación expresa de las partes, por virtud de la cual el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: VALIDEZ: RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL: *Falta de una regulación positiva en nuestra Patria, esta Sala ha declarado la validez del pacto de reserva de dominio en su sentencia de dieciséis de febrero de mil ochocientos noventa y cuatro, seis de marzo de mil novecientos seis, treinta de septiembre de mil novecientos catorce, treinta de noviembre de mil novecientos quince, catorce de enero y seis de febrero de mil novecientos veintinueve, veinte de mayo de mil novecientos treinta y dieciséis de marzo de mil novecientos treinta y dos.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: LICITUD: *No pudiendo decirse, en tesis general, que sea un pacto prohibido por el Derecho en atención a que la libertad de contratación no reconoce más valladar que la triple salvedad contenida en el artículo 1.255, es notorio que se trata de un pacto lícito en Derecho, implícitamente autorizado por nuestra legislación desde el instante mismo en que contiene sanciones penales para los que lo contravengan.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: ENTREGA DE LA COSA: *La entrega de la cosa no se entiende como tradición dominical por falta de «ánimus» a estos efectos, sino que se transfiere únicamente la posesión material para sólo su uso y disfrute mientras no adquiera la propiedad el comprador mediante el pago del precio total convenido, según lo pactado.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: EFECTOS «INTER PARTES»: COMPRADOR: *El comprador es un verdadero precarista, que no puede prescribir la cosa, si dispone de ella responde de apropiación indebida y tiene obligación de conservarla como prenda y garantía del contrato celebrado.*

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS: ACREEDORES DEL COMPRADOR: *«Aunque los acreedores del comprador no deberían, en principio, poder proceder ejecutivamente contra la cosa hasta que el precio no hubiese sido pagado por completo, como, por otra parte, aquélla se encuentra en posesión del comprador que prácticamente suele disponer de*

ella con plena libertad como propietario, engañando a sus acreedores que fácilmente pueden creerlo definitivo propietario, contra el rigor de los principios, la Ley debe tutelar la buena fe de aquéllos, pero dentro de ciertos límites, exigiendo una cierta publicidad, como la de que conste la cláusula por escrito que tenga fecha cierta anterior a la ejecución.» [S. 10 de junio de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Es muy de estimar el laudable propósito de esta sentencia que con rigor científico y precisa terminología trata de aclarar los conceptos en torno a la figura del pacto de reserva de dominio, tan aplicada en la práctica como falta de estudio doctrinal. La acertada ponencia del excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón delimita con exactitud importantes extremos, si bien a nuestro juicio, no llega a la esencia de la posición jurídica de las partes. No parece que la situación del comprador con pacto de reserva de dominio pueda ser equiparada a la de un simple precarista cuya posesión arranque de la mera tolerancia del dueño de la cosa. Hay que entender que su posesión no es tan precaria que no se halle protegida por los interdictos, incluso contra el propio vendedor. Por lo que se refiere a éste, tampoco puede considerársele como dueño pleno y absoluto, y es evidente que la eventual acción reivindicatoria que pueda ejercitar debe quedar paralizada ante el comprador en tanto éste no haya incumplido sus obligaciones contractuales.

Tal vez el estudio de esta importante y compleja cuestión deba arrancar de una revisión terminológica, sin que el intérprete se deje impresionar por una frase («reserva de dominio») que no por tradicional tiene que ser exacta.

El último apartado del resumen de la sentencia, es copia textual; no parece de absoluta claridad. (D. I.)

13. **COMPRAVENTA DE INMUEBLES; RESOLUCIÓN POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO; REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL:** *Al hacer el vendedor la notificación de que quedaba resuelto el contrato, se limitó al celebrado en 21 de mayo de 1952, silenciando el anterior de 1 de mayo de 1951 que no sólo constituía su antecedente sino que lo integraba, y el cual fué cumplido en su mayor parte; y así, por no referirse al todo y sí sólo a una parte, y omitir el ofrecimiento de cumplir él las obligaciones que de la resolución se derivaban, es ineficaz tal requerimiento, por lo cual pudo el comprador ofrecer el pago y consignar posteriormente el precio convenido. [S. 4 de junio de 1958; no ha lugar.]*

ANTECEDENTES: *En documento privado de fecha 1 de mayo de 1951 se vendió una finca en ciento diez mil pesetas, entregándose en el acto diez mil, y quedando aplazado el resto para ser satisfecho la mitad en 1 de mayo de 1952, y la otra mitad, en igual fecha del año siguiente; las cantidades aplazadas devengarían un interés del seis por ciento anual. Se verificó oportunamente el pago del primer plazo y sus intereses, mediante la entrega por la compradora de cincuenta y tres mil pesetas, y pocos días más tarde, el 21 de mayo de 1952, se otorgó escritura pública de compraventa en la cual se hacía constar como precio de la finca la suma de cincuenta y tres mil pesetas, que quedaba íntegramente aplazado hasta el día 1 de mayo de 1953, sin devengo de intereses. Vencido el plazo sin que el precio fuese satisfecho, el vendedor requirió notarialmente a la compradora, conforme al artículo 1.504 del C. c., dando por resuelta la venta y exigiendo la devolución de la finca. La compradora, que no había contestado al requerimiento,*

requirió a su vez al vendedor por acta notarial de fecha 11 de junio siguiente, ofreciéndole el pago del precio aplazado, que el vendedor rechazó. Plantada por éste la demanda, la compradora consignó el precio y reconvinó. Tanto el Juzgado como la Audiencia absolvieron a la demandada, y estimando en parte la reconvencción declararon cumplida con la consignación de las cincuenta y tres mil pesetas, su obligación de pago del precio aplazado, condenando al actor a otorgar la oportuna carta de pago de la citada cantidad como último plazo de la compraventa. El vendedor recurrió en casación por infracción de ley y el Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso.

OBSERVACIONES: Las resoluciones recaídas en este proceso parecen dictadas con apoyo en un criterio de equidad, único medio de salvar los dos escollos principales: consagrar un enriquecimiento injusto a favor del vendedor si se daba lugar a la resolución, o incidir en vicio de incongruencia en el caso de que, para evitarlo, se condenase al actor a la devolución de las cantidades percibidas.

De todas formas, queda revelada la insuficiencia y vaguedad del texto del artículo 1.504, evidentemente necesitado de un serio estudio doctrinal que aclare sus requisitos de fondo y forma, su naturaleza, finalidad y efectos. Es de lamentar que la presente Sentencia no haya aprovechado la oportunidad para fijar aquellas características, así como su naturaleza documental como verdadera acta de requerimiento o de simple notificación.

14. RETRACTO LEGAL: PLURALIDAD DE RETRAYENTES Y DE INMUEBLES: *Al formalizar la solicitud de retracto, es necesario que se asigne y puntualice la relación de cada uno de los retrayentes con cada uno de los inmuebles ya que, aparte otras consideraciones, es manifiesto que al no determinarse en la demanda ni en el pleito el nexo arrendatizio que vincula a cada demandante en un precio concreto, autónomo y señalado, que no podría atribuírsele en calidad de retrayente.*

COMPRAVENTA: REQUISITOS: PRECIO: *La escritura de compraventa de las fincas que se pretende retraer adolece de un evidente defecto de nulidad, puesto que carece de la estipulación de precio correlativo a la transmisión dominical que se dice efectuar, cuyo requisito es absolutamente indispensable para la formalización legal de la compraventa y aun para la existencia del contrato*

PRINCIPIO REGISTRAL DE LEGITIMACIÓN DEL CONTRATO: PRESUNCIÓN: *El artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece una presunción, pero esta presunción no excluye una demostración en contrario, como lo ha sido la practicada en la presente litis, que justifica plenamente la forma de validez del título.*

ASIENTOS REGISTRALES: NULIDAD: ART. 33 LEY HIPOTECARIA: *Las inscripciones registrales practicadas en orden a la compraventa de que se trate no pueden hallarse dotadas de eficacia jurídica por el doble concepto de referirse a un acto substantivo nulo y contrario a la ley, y de que la copia documental utilizada, al añadir un precio que no aparece en la escritura a matriz o documento original resulta infiel al mismo, y carece de todo*

valor. Y como, según el artículo 33 Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, es visto que no puede juzgarse en los aludidos asientos registrales el pretendido derecho de los recurrentes. [S. 7 de julio de 1958; no ha lugar.]

15. RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA DEL DERECHO: JUSTIFICACIÓN DE LA BREVEDAD DEL PLAZO: *El derecho potestativo que el citado precepto concede al retrayente ha de ser ejercitado dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 1.524, y cuya brevedad se justifica por la necesidad de garantizar la seguridad del tráfico y la certeza de las adquisiciones por justos títulos.*

RETRACTO DE COLINDANTES: «DIES A QUO» PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO: *Afirmado por el Tribunal «a quo» que el retrayente tuvo pleno conocimiento de la venta y sus condiciones el día 20 de marzo (sin que haya evidenciado el error en tal apreciación) y que la demanda se presentó el 28 de abril siguiendo es obvio que aquél ejercitó su derecho extemporáneamente; y frente a tal afirmación no cabe invocar que la inscripción registral de la finca vendida tuvo lugar el 20 del propio mes de abril, puesto que el Registro de la Propiedad, por ser público, atestigua la existencia de una fecha «erga omnes», que pudo muy bien ser conocida con anterioridad por el interesado. [S. 8 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

16. RETRACTO DE COMUNEROS: PRINCIPIO INSPIRADOR: SALVEDADES: *Si bien es principio que inspira el retracto de comuneros el deseo de evitar el aumento de la copropiedad (por estar conforme la doctrina científica que esta situación se presta a producir consecuencias dañosas en lo económico, en lo jurídico y en lo moral), este deseo ha de procurarse conciliar con el también de evitar que no sirva, por el contrario, para defensa de quien, desentendiéndose de su compromiso anterior, trata de ejercitar un derecho nacido de una posición equívoca en beneficio propio o de obtener mayor lucro en el precio al no prestarse a cumplir la venta en su nombre realizada.*

OBSERVACIONES: La doctrina de esta Sentencia respecto al retracto de comuneros, que ha quedado arriba recogida mediante la transcripción literal de parte de su tercero y último considerando, no deja de producir extrañeza. Por supuesto que los hechos que daban origen al litigio eran confusos y complicados, pero hay que estimar que el punto crucial a resolver en la prueba practicada era el de si el retrayente había o no conferido poder juntamente con los demás condueños para la enajenación de la cosa común. Y la solución correcta, en consecuencia, la de dar lugar al retracto si se consideraba probado que el actor no concedió el poder para enajenar ni consintió esta enajenación, y rechazarlo en caso contrario por ser incompatible el ejercicio de la acción de retraer con el consentimiento ya prestado para la venta, entre otras razones que al efecto podrían aducirse.

17. RETRACTO DE COMUNEROS: COMUNIDAD: TITULARIDAD DOMINICAL SOBRE EL SUELO Y SOBRE EL SUBSUELO: *Cualquiera que fuese la conceptualización y alcance de los derechos del propietario del suelo con relación a los subsuelos y la de los dueños de éstos relativamente a aquél, aparecerán siempre*

con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición; así no demostrada la existencia de la comunidad, es improcedente la acción de retracto ejercitada. [S. 23 de octubre de 1958; no ha lugar.]

18. RETRACTO DE COMUNEROS: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *El retracto legal por su naturaleza limitativa del principio de la libre contratación ha de ser manifestado en forma restrictiva.*

CONSIGNACIÓN INSUFICIENTE: *Cuando es conocido el precio de venta no puede admitirse la demanda si no se consigna su total importe, sin que la cantidad ofrecida, contraída a la demanda originada y derivada de la venta parcial primeramente realizada, pueda amparar la acción después ejercitada.*

PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *El hecho de que en el acto de conciliación se ofreciera el pago de la totalidad de la adquisición, no es suficiente, por cuanto no basta la promesa de realizarlo por enervar el derecho del adquirente, siempre que sea conocido el precio de la transmisión como aquí sucede por el Registro de la Propiedad donde son públicas las inscripciones que en él figuran. [S. 9 de julio de 1958; no ha lugar.]*

19. DONACIÓN ENCUBIERTA: CAUSA ILÍCITA: *Es ilícita la causa de la donación encubierta de todos los bienes que revela el propósito de despojar totalmente a los legitimarios de sus derechos.*

DONACIÓN: REQUISITOS DE FORMA: *Puede reputarse clásica y constante la doctrina de este tribunal, que sostiene que la auidex de la donación encubierta no puede estimarse cuando faltan todos los requisitos de forma que garantizan su eficacia. [S. 7 de octubre de 1958; no ha lugar.]*

Esta sentencia viene a corroborar la de 23 de junio de 1923, comentada en el ANUARIO VI (págs. 1.003 y ss.) por el profesor De Castro.

20. TRANSACCIÓN: PACTO DE CONTINUACIÓN DE UNA COMUNIDAD HEREDITARIA: [Véase S. 12 de diciembre de 1958] (VI, 5).

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.571 DEL CÓDIGO CIVIL: *El arrendamiento de industria está sometido al Código civil, según el artículo 4.º de la L. A. U. de 1946, siendo aplicable por tanto el artículo 1.571 que establece una causa más de desahucio no mencionada en el 1569 del mismo Código civil. [S. 17 de octubre de 1958; no ha lugar.]*

2. ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DIFERENCIA ENTRE SOLAR Y LOCAL DE NEGOCIO: *El arrendamiento de un solar se rige por el Código civil; la diferencia esencial y más ostensible entre el solar y el local de negocio se halla*

en que éste es apto con construcciones apropiadas para servir de sede material o física al ejercicio, con establecimiento abierto, de una actividad de industria, comercio o de enseñanza de orden lucrativo, mientras que el solar supone una extensión de terreno comprendida en el casco de las poblaciones y sus zonas de ensanche destinada a futura edificación, aunque por el momento está dedicada a uso y utilizaciones económicas compatibles con su actual estado y cerrada sobre sí para el mejor aprovechamiento, el artículo 1.º de la vigente LAU sigue el mismo criterio que la anterior.

«LITIS PENDENTIA»: *No existe entre un juicio declarativo ordinario y un juicio posesorio, por ser ambos de distinta naturaleza y porque las resoluciones recaídas en los juicios de desahucio no producen cosa juzgada material.*

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: *Sólo son admisibles cuando se alegan como normas supletorias en defecto de ley y de costumbre aplicable a los puntos controvertidos.*

PRUEBA: *La certificación del Registro Mercantil acreditativa de que la entidad demandada tiene su domicilio en el inmueble no es prueba de que lo arrendado sea un local de negocio, pues no pueden perjudicar al arrendador los actos y convenios del arrendatario realizados con terceros en orden al establecimiento del domicilio social. [S. 14 de octubre de 1958; no ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1956: ALCANCE DE LA NORMA GENERAL SOBRE RETROACTIVIDAD: *La forma de retroactividad querida por el legislador en la disposición transitoria 1.ª es de grado mínimo o atenuado debiendo resolverse por las normas del derecho derogado, los hechos que, bajo la vigencia de éste hayan tenido lugar, salvo disposición en contra.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1956: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR FALTA DE NECESIDAD DEL INQUILINO: DERECHO TRANSITORIO: *Es aplicable la disposición transitoria 15 a la denegación de prórroga con base en las causas 4.ª y 5.ª del artículo 62 de la LAU, siendo preciso que la ocupación de dos o más viviendas cuyo uso no sea indispensable y el hecho de tener el inquilino vivienda desocupada disponible, se produzca o siga produciéndose tras la entrada en vigor de la nueva Ley. [S. 12 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

La anterior sentencia ha sido dictada en un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia dictada resolviendo un recurso de suplicación. El Ministerio Público invocó la infracción de la disposición transitoria 15 de la LAU, sosteniendo, de acuerdo con el criterio dominante en los Tribunales de instancia, que el artículo 62 debe considerarse incorporado al capítulo XI de la referida Ley —por la norma de remisión del art. 114 causa 11— a efectos de la indicada transitoria. La sentencia de casación aplica esta última disposición a la denegación de prórroga por las causas 4.ª y 5.ª del artículo 62, que en rigor se refieren a supuestos de falta de necesidad por parte del inquilino aunque

hay que reconocer que la expresión « *siga produciéndose*» puede engendrar alguna confusión referida al supuesto de disponibilidad de dos o más viviendas, ya que si bastara realmente, para la denegación de prórroga, que la ocupación de las mismas iniciada antes de la vigente LAU se prolongara con posterioridad a ésta quedaría desvirtuada la disposición transitoria 15 que habla de « *hechos iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley*».

4. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PRECIO EXCESIVO: *Puede ejercitarla el arrendatario cuando se vende por el propietario la sexta parte de la nuda-propiedad indivisa de su piso.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: *El dueño del piso de una casa no ostenta el carácter de comunero respecto a los demás pisos en que su propiedad esté dividida. Por tanto, carece de preferencia frente al arrendatario de otros pisos que quieran ejercitar el retracto o la acción de nulidad. [Sentencia 12 de junio de 1958; ha lugar.]*

5. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO ARRENDATICIO: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: *Dada una comunidad que no tuvo su origen en herencia o legado, la división de la cosa común y la adjudicación de viviendas a los comuneros, concede a los inquilinos de éstas el derecho de retracto establecido en el párrafo tercero del artículo 48 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que los adjudicatarios puedan alegar el retracto preferente a que se refiere el artículo 50 de la misma Ley por carecer de la cualidad de condueños. [S. 22 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

6. DERECHO DE RETRACTO: PLAZO: *Los Tribunales no pueden entrar en el examen del expediente administrativo seguido ante el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional al objeto de obtener el correspondiente préstamo, porque esta censura es función de otra jurisdicción, y en consecuencia concedido el préstamo queda prorrogado el plazo para el ejercicio del retracto en los cuatro meses que previene el Decreto-ley de 29 de noviembre de 1952. [S. 21 de abril de 1958; no ha lugar.]*

7. «*DIES A QUO*» PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO: CONOCIMIENTO PERFECTO DE LA ENAJENACIÓN: *Conforme a la legislación derogada los plazos para el ejercicio de la acción de retracto a que se refería el artículo 64, se contarán desde que la transmisión fuera inscrita en el Registro de la Propiedad, y a falta de tal inscripción desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta, conocimiento que, según la Jurisprudencia, ha de ser completo y referido a todos los pactos y condiciones estipulados, sin que baste la mera noticia de la enajenación. Y verificada la notificación mediante la remisión por medio de Notario de la copia literal de la escritura de compraventa, es visto que el conocimiento de tal acto jurídico por el retrayente fué perfecto y, por tanto, que desde tal día comenzó a correr el plazo que para ejercitar la acción tenía.*

REQUISITOS: CONSUMACIÓN DE LA VENTA: *Aunque la acción de retracto exige para su viabilidad que la venta haya sido consumada, la consumación no la determina la inscripción de tal acto en el Registro de la Propiedad, sino la tradición real y simbólica de la cosa vendida. Y ésta se verificó no sólo por la presunción del artículo 1.462 del Código civil, sino porque en la propia escritura pública se declara expresamente que el comprador queda posesionado del piso que adquiere por el solo hecho del otorgamiento de aquélla.* [S. 11 de octubre de 1958; no ha lugar.]

8. NOTIFICACIÓN AL INQUILINO: *La mera suscripción de un impreso no es formalidad bastante para que sea válida la notificación si no se entrega la cédula, papel escrito o carta cuyo contenido se ha de poner en conocimiento de la persona con la que se documenta la diligencia.* [S. 31 de octubre de 1958; no ha lugar.]

9. RETRACTO: PLAZO: *En todos los casos del artículo 64 de la Ley derogada para que pueda comenzar a contarse el plazo para el ejercicio del retracto es indispensable que la transmisión de la finca se notifique al inquilino por conducto notarial, aun en el supuesto de que la venta se hubiere inscrito en el Registro.*

FINCA REGISTRAL: *La unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca que en el Registro aparece como una sola en la realidad está formada por varias.* [S. 17 de junio de 1958; ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR UN CONDÓMINO: *Un condómino puede ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento, cuando necesite la vivienda para sí.*

EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO: *Sucedándose las prórrogas sin solución de continuidad, la facultad de negarlas puede ejercitarse dentro del transcurso de cualquiera de ellas, como dice la sentencia de 23 de enero de 1953.* [S. 25 de enero de 1958; no ha lugar.]

La sentencia recae en un caso al que era aplicable (y es aplicada) la anterior L.A.U. El Tribunal Supremo al desestimar el recurso, afirma la analogía del supuesto discutido con los de las sentencias de 26 de abril de 1951 y de 7 de julio de 1954, en las que se declaró que la acción resolutoria del contrato por parte del condómino que necesite la vivienda para sí nace de la facultad que establece el art. 394 del Código civil, de servirse los condueños de las cosas, conforme a su destino.

11. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *En el supuesto del artículo 71, apartado c) de la L.A.U. de 1947, no se requiere que el deber de resistencia nazca al propio tiempo del matrimonio, pues, la obligación de residir que existía y subsiste después del matrimonio complementa las dos circunstancias que la Ley prevé.*

EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *Ya viene declarado por reiterada doctrina de esta Sala que la necesidad surge con el proyecto formal de matrimonio.* [Sentencia de 29 de enero de 1958; no ha lugar.]

12. **DONACIÓN DE VIVIENDA:** *El artículo 79 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos no impone ninguna limitación ni condición a las donaciones de vivienda para su validez y eficacia.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 10 DE LA L.A.U. DEROGADA: *Dicha disposición se aplica solamente a los casos en los que la vivienda se ha adquirido por compraventa y no a aquellos en los que lo fué por donación.* [Sentencia de 17 de octubre de 1958; no ha lugar.]

Indica claramente la sentencia que el arrendador, aunque está obligado a no infringir un orden de preferencia entre los pisos de lo que es propietario cuando se opone a la prórroga por necesidad de ocupación de la vivienda, puede disponer libremente por donación de cualquiera de las viviendas, aunque sea con objeto de que la ocupe para su uso personal el donatario.

13. **NECESIDAD DEL PROPIETARIO: CARÁCTER DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: LEY 1946:** *Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación no pueden ser estimadas como Corporaciones de Derecho público para los efectos excepcionales y privilegiados de ocupar sus propias fincas sin obligación de acreditar la necesidad.*

SUBARRIENDO: CONVIVENCIA DE PARIENTES: *No es subarriendo sino convivencia onerosa permitida por el artículo 27 L.A.U 1946 el hecho de que, sin autorización del arrendador, figure al frente de la agencia de Seguros instalada en el piso, y con el carácter de apoderado mercantil, un hermano del arrendatario que comparte con é la vivienda en compensación parcial de sus servicios.* [S. 24 de octubre de 1958; no ha lugar.]

14. **DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO: REQUISITOS:** *El hecho de la ocupación del local de negocio reconstruido constituye el presupuesto básico e ineludible para el ejercicio de cuantas acciones competan al arrendatario, siendo de caducidad el plazo señalado en el artículo 106 de la L. A. U. de 1946.* [S. 20 de junio de 1958; ha lugar.]

15. **LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN POR MUERTE DEL ARRENDATARIO: RENUNCIA DE DERECHOS EN FAVOR DE UN COHEREDERO:** *Cuando se trata de varios herederos no es obligatorio que todos ellos continúen en la relación arrendaticia de que era titular su causante, sino que pueden renunciar en favor de alguno o algunos de los restantes, sin que esta renuncia sea una cesión constitutiva de traspaso.* [S. 29 de octubre de 1958; no ha lugar.]

16. **LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN EN EL DERECHO ARANCELARIO:** *Es indudable que los hijos menores de edad, representados por su madre, pueden ejercitar el indicado derecho de sucesión, puesto que la madre tiene po-*

testad sobre sus hijos, sean legítimos o naturales, no emancipados, para representarlos.

SUCESIÓN EN EL DERECHO ARANCELARIO: REQUISITOS: *No es necesario para ejercitar este derecho la previa declaración de herederos abintestato.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO Y TRANSFERENCIA DE LA CONTRIBUCIÓN INDUSTRIAL: *La transferencia de la contribución industrial no implica por sí sola traspaso del negocio, si no va acompañada de otros actos que induzcan a estimarlo así.*

FILIACIÓN: CONDICIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO NULO POR DIVORCIO ANTERIOR DE UNO DE LOS PADRES: *Los hijos nacidos de un matrimonio afectado de nulidad por razón de ser el padre divorciado de anteriores nupcias, gozan de la condición que tenían al ser declarada la disolución del matrimonio, conforme a las Leyes de 12 de marzo de 1938 y 23 de septiembre de 1939. [S. 19 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: *Se había discutido la legitimación de los hijos por haber nacido de posteriores nupcias de un padre divorciado. El Tribunal Supremo aplicando la disposición transitoria, cuarta de la Ley de 23 de septiembre de 1939, les reconoce su condición de hijos legítimos. (L. D. P.)*

17. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN COPROPIETARIO ADMINISTRADOR PARA EL DESARUCIO: *El copropietario, que es administrador de la finca, está legitimado activamente para pedir la resolución del arrendamiento, pues es un acto de administración.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de una mampara de madera, sujeta a un soporte mediante tornillo, por no formar parte del inmueble al no estar adherida de una manera fija, es mueble conforme al artículo 335 del Código civil y no altera la configuración de la cosa arrendada. [S. 8 de noviembre de 1958; ha lugar.]*

18. RESOLUCIÓN: MOMENTO EN EL QUE HA DE HABERSE PRODUCIDO LA CAUSA: *La resolución procede si se ha dado la causa que la motiva, aunque dicha causa haya cesado.*

PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *Según una reiterada jurisprudencia la utilización de la dirección y del teléfono del arrendatario por su futuro hijo político, que no convivía con él, y el disfrute de parte del local arrendado por dicho futuro hijo político para las transacciones propias de su actividad mercantil, son hechos que ofrecen base suficiente para presumir vehementemente una transmisión del uso que ha de reputarse ilegal, en cuanto no se operó por un subarriendo consentido expresamente y por escrito ni por un traspaso con la observancia de los requisitos que marca la Ley, únicos títulos legitimadores del expresado tránsito del uso de un patrimonio a otro.*

SUBARRIENDO Y CONTRATO DE DEPÓSITO: DIFERENCIAS: *No cabe confundir con el depósito la transmisión de un local, aunque con destino a la guarda, de-*

posito o almacén de cosas sometidas a la gestión directa del subarrendatario. [S. 31 de octubre de 1958; no ha lugar.]

19. TRASPASO: PRESUNCIONES: LEY A. U. DE 1956: *Es lógico presumir el traspaso si concurren los hechos siguientes: sustitución personal en la contribución industrial, inscripción en la Cámara de Comercio del nuevo titular del negocio y empadronamiento de éste con el carácter de comerciante en el lugar del comercio.*

DEFECTOS PROCESALES DEL RECURSO: LEY DE A. U. DE 1956: *Si se denuncia en el recurso que el actor no ha probado el traspaso, ha de hacerse al amparo del número cuarto y no del tercero del artículo 136 L.A.U. de 1956.* [S. 27 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

20. TRASPASO: PRESUNCIÓN: *De ser padre e hijo el cedente y el cesionario no se deduce legítimamente que no exista cesión.* [S. 14 de octubre de 1958; no ha lugar.]

Conviene observar que la cesión constaba por una prueba documental directa.

21. TRASPASO ILEGAL: PRESUNCIÓN: *Según la presunción mantenida por la jurisprudencia, está probada la transferencia del uso de la cosa tocada siempre que un tercero, extraño a la relación arrendaticia ocupe la cosa y ejercite el uso con consentimiento del arrendatario, si el demandado no prueba la existencia de otra causa jurídica distinta del traspaso presumido, legitimadora de aquella situación o apariencia continuada con significación de estado o posesión.*

TRASPASO ILEGAL: PRESUNCIÓN: CAUSAS QUE LA EXCLUYEN: *Existe una transferencia de la cosa arrendada cuando el cesionario, hijo del arrendatario, actúa en el local en nombre propio y por propia cuenta, sin declarar que obra en representación y por cuenta y en nombre ajeno.*

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: *El representante que no da a conocer esta cualidad ostenta la de titular o dueño del negocio frente a toda persona extraña al mismo, y, por ende, frente al arrendador.* [S. 21 de octubre de 1958; no ha lugar.]

El arrendatario de un local destinado a bar era de hecho incapaz para explotar el negocio por motivos de salud y el bar era explotado por un hijo suyo en nombre propio, y por propia cuenta sin dar a conocer a nadie si se hallaba ligado a su padre por una relación de representación. Estos hechos son suficientes, según el T. S., para servir de base a la resolución del contrato de arrendamiento.

22. TRASPASO: PRESUNCIÓN: CONTRIBUCIÓN FISCAL: *La titularidad fiscal de un establecimiento industrial o mercantil, a nombre de persona distinta del arrendatario, lleva implícita la del negocio en él explotado; pero este principio no impide que, atendidas tales circunstancias particulares de cada caso, se estime lo contrario.* [S. 23 diciembre de 1958; no ha lugar.]

23. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: *Arrendado un local para «Colegio Academia», sin determinar las enseñanzas a que había de dedicarse, el hecho de que en ese local se den unas u otras enseñanzas, por profesores que no sean los de plantilla del colegio, no es causa de resolución, si no se prueba que de tales enseñanzas no era empresario el arrendatario, sino tercera persona.*

CONSENTIMIENTO PARA OBRAS: *Ni el artículo 149 de la Ley de 1946 ni el 114 de la vigente L. A. U., exigen que el consentimiento del arrendador para llevar a cabo obras que modifiquen la configuración sea escrito.* [S. 9 de octubre de 1958; no ha lugar.]

24. CONSENTIMIENTO OBRAS: *La presencia del arrendador en las obras no implica consentimiento tácito, que exige la realización de actos que exterioricen de manera evidente el propósito de permitirlos.* [S. 11 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

25. CONSENTIMIENTO TÁCITO PARA OBRAS: *El consentimiento tácito tiene la misma fuerza que el expreso cuando los actos en que se funda son suficientemente expresivos.* [S. 13 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

26. PRUEBA: *El dictámen de un arquitecto no examinado como perito, la certificación expedida por una Subdelegación de Medicina y el testimonio de un expediente municipal instado por el arrendador carecen de eficacia para demostrar el error de hecho por no ser auténticos.*

REQUERIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: *No son válidos los dirigidos al arrendatario para que haga obras, vedadas por el contrato, en propiedad ajena sin autorización del dueño.* [S. 17 de octubre de 1958; no ha lugar.]

27. ALTERACIÓN DE LA COSA COMÚN: LEY DE 1946: *Para hacer obras que impliquen alteración de la cosa común se precisa el consentimiento de todos los condueños, según el artículo 397 del Código civil.* [S. 8 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

28. ARRENDAMIENTO DEL LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS DE ADAPTACIÓN: *A pesar de la cláusula del contrato que prohíbe hacer obras, si el local se arrienda para un determinado fin, se presume que el propietario autoriza las obras necesarias para adaptar el local a ese fin.* [S. 12 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

29. OBRAS MODIFICADAS DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL: *Es incontrovertible que las obras modificativas de la configuración del local arrendado han de ser juzgadas conforme a la legislación vigente en el momento de su realización.*

Reconocido por ambas partes que la construcción del tabique divisorio se efectuó durante la vigencia de la Ley derogada, aunque la sentencia recurrida se funda inadecuadamente, para estimar la acción resolutoria, en la causa 7.ª del art. 114 de la vigente Ley en vez de la 5.ª del

149 de aquella, la improcedencia del recurso es obvia por cuanto ambas disposiciones son idénticas en su contenido, sancionan de igual modo la transgresión y conducen, en consecuencia, al mismo resultado.

OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL: *No es lícito modificar la distribución del local arrendado por la sola voluntad del arrendatario, construyendo un tabique divisorio en lo que era una sola nave.* [S. 15 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Vid. la Sentencia de 2 de abril de 1954, citada por este fallo.

30. ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: LEY DE 1956: *La alteran los hechos siguientes: construcción de una paredilla de ladrillos; de un nuevo pavimento sobre el que el local tenía y la transformación de un escaparate en puerta y una puerta en escaparate.* [S. 7 de octubre de 1958; no ha lugar.]

31. LOCAL DE NEGOCIO: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de una plataforma de madera, por estar completamente aislada de los muros, no teniendo apoyo en ellos, sin que tampoco los soportes tengan entrada en el pavimento, no altera la configuración.* [S. 27 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

32. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU DE 1946: OBRAS NO CONSENTIDAS EN PATIO: *Cualquier modificación realizada en alguna de las partes principales o accesorias de la casa arrendada, afecta al todo y es causa determinante de la resolución del contrato.*

LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU DE 1946: CONFIGURACIÓN: *Se altera la configuración al transformar en patio cerrado el de uno común que era abierto.* [S. 5 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

33. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LA LEY DE 1956: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La alteran la construcción de un sótano y de una chimenea; convertir una nave en cuatro habitaciones mediante tres tabiques; e instalar en el suelo un molino, anteriormente empotrado en la pared.* [S. 16 de diciembre de 1958; desestimatoria.]

34. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LA LEY DE 1956: ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La altera la construcción de un «entrepiso o altillo».* [S. 19 de noviembre de 1958; desestimatoria.]

35. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: LEY DEROGADA: *Las afirmaciones del tribunal de instancia de que las obras efectuadas no varían la configuración y que han sido realizadas con el consentimiento del arrendador, sólo pueden ser combatidas demostrando, conforme a la causa 4.ª del artículo 173 LAU, el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, y no en base al n.º 3.º del mismo artículo 173, por infracción de los artículos 1.281 a 1.286 C. c. y 149, 5.ª LAU, lo cual da lugar a defecto formal del recurso, haciéndole inadmisibile.* [S. 27 de octubre de 1958; no ha lugar.]

COMENTARIO: No estamos de acuerdo con la doctrina de esta Sentencia. Distinguiremos las dos cuestiones:

1.ª Si han sido o no realizadas las obras con el consentimiento del arrendador. En el recurso se denuncia la infracción de los artículos 1.281 a 1.286 del Código civil y el cauce adecuado no es otro que el del número tercero del artículo 173 de la LAU, como muy bien señala la Sentencia de 4 de diciembre de 1956. Desde luego, que el error en la apreciación de la prueba ha de basarse en el número cuarto, pero el caso que nos ocupa encaja mejor dentro del número tercero, pues se denuncia infracción de los artículos 1.281 a 1.286 del Código civil. Habría de basarse en el número cuarto, por ejemplo, si la sentencia recurrida entendiera que han sido consentidas las obras sin tener en cuenta un aumento adicional del contrato que expresamente las prohibiera.

2.ª Las obras realizadas no varían la configuración. Para combatir esta afirmación entiende la sentencia que el cauce adecuado es también el del número cuatro. Tampoco estamos de acuerdo. El recurso habrá de basarse en el número cuatro o en el tercero, según se resuelva el problema previo de si aprecia cuando unas obras determinadas alteran o no la configuración es cuestión de hecho o de derecho. En el primer caso, habrá de basarse en el número cuarto; en el segundo, en el tercero. El Tribunal Supremo que en sentencias de 10 y 16 de octubre de 1956 entendía que era cuestión de hecho en las de 30 y 31 de enero de 1957, sienta la doctrina concreta... El concepto configuración es cuestión de derecho y no de hecho, y su apreciación corresponde al juzgador. En la Sentencia de 31 de enero de 1957, dice que si se ataca la afirmación del Tribunal de Instancia de que una obra modifica o no la configuración ha de hacerse en base al número tercero del artículo 173 LAU, pues «la equivocación, de existir al calificar la trascendencia de las obras, no sería de la prueba de las concretamente realizadas, sino de la interpretación de la hipótesis de una norma jurídica», la contenida en el número quinto del artículo 149 LAU.

Para terminar diremos que nunca o casi nunca se discute la obra realizada (cuestión de hecho; atacable de la causa cuarta del art. 173); sino si ésta modifica o no la configuración (cuestión de derecho; en este caso ha de hacerse apoyándolo en el número tercero del repetido artículo, denunciando la infracción del núm. 5.º del art. 149).

Sería conveniente que el Tribunal Supremo mantuviera un criterio uniforme, pues, si no al interponer un recurso habrá que basarlo en ambos números tercero y cuarto, para que no se declare inadmisibile. (J. M. P.)

36. DAÑOS DOLOSAMENTE CAUSADOS EN LA FINCA Y CONDUCTA DOLOSA DEL ARRENDATARIO NO PRODUCTORA DE DAÑOS: *Para que entre en juego la causa de resolución número cinco del artículo 149 de la L. A. U. —hoy artículo 114, 7.ª—, es menester que con torcida intención se causen daños en la finca que sean imputables al inquilino, sin que sea aplicable cuando la conducta maliciosa del arrendatario, cualquiera que fuera su objeto, no tuvo como resultado la producción de un daño.* [S. 3 de diciembre de 1958; ha lugar.]

LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L.A.U. DEROGADA: INFRACCIÓN DE LEY: *Las normas de derecho procesal no legitiman el recurso por infracción de precepto legal, ni tampoco el de injusticia notoria.*

ACTIVIDADES PELIGROSAS DEL ARRENDATARIO: *La peligrosidad debe valorarse objetivamente; es peligrosa la manipulación con fuego, calor y llama en el departamento interior de un edificio en el que se almacenan materiales de fácil combustión, y gases envasados a presión cuya mezcla con el aire es explosiva; no es necesaria la imprudencia personal del arrendatario.*

CARGA DE LA PRUEBA: *El conocimiento de la peligrosidad por el arrendador en el momento de celebrarse el contrato, debe deducirse de éste, o probarse por el arrendatario.*

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA»: *Procede siempre que la resolución decretada se haya pedido, y se base en los hechos alegados.*

DERECHO TRANSITORIO: *Según la disposición transitoria 15 LAU vigente, los hechos iniciados después de entrar en vigor la nueva Ley quedan sometidos a ella. [S. 7 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

38. ACTIVIDADES PELIGROSAS E INCÓMODAS: DEFECTOS DE INSTALACIÓN SUBSANALES: *Procede el desahucio si en el local arrendado tienen lugar actividades peligrosas e incómodas, pues la construcción del horno llevada a cabo por el demandado está en abierta oposición con las Ordenanzas por no guardar las debidas distancias con la pared interior del inmueble, ni ser adecuada la salida de humos, causando con ello molestias a los vecinos; es inoperante la posibilidad de subsanar estos defectos si no se hizo a tiempo de evitar la causa originaria de la resolución.*

ABUSO DE DERECHO: *No está formulada con manifiesto abuso de derecho la acción ejercitada por el arrendador, al ser obligatorio su ejercicio cuando lo solicita la mayoría de los inquilinos, como acontece en la presente litis. [S. 2 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

No es totalmente convincente la generalización de la doctrina sentada en esta sentencia sobre el abuso de derecho. La acción de resolución por actividades peligrosas o incómodas puede ejercitarse por el arrendador a su propia iniciativa, o a iniciativa de los demás inquilinos o arrendatarios; si lo pide la mayoría de estos últimos, el ejercicio de la acción resolutoria es obligatorio para el arrendador, configurándose una especie de sustitución procesal obligatoria, pues se fuerza a este último a actuar en juicio por un interés ajeno en nombre propio (puede suceder que personalmente esté convencido de la improcedencia de la acción que debe ejercitar). Sobre la doctrina de la sustitución procesal cfr. ss. 6 de noviembre de 1941 y 21 de noviembre de 1958. Pero en cualquier caso nos parece que es posible estimar el abuso de derecho en el ejercicio de la acción (G. G. C.).

39. EXPROPIACIÓN FORZOSA DE LOCAL DE NEGOCIO: DERRIBO PARA EDIFICAR: ORDENACIÓN DE SOLARES: DERECHO DE RETORNO SEGÚN DECRETO 5-IX-1952: *La legislación arrendaticia impone al arrendador la obligación de respetar la subsistencia de la situación anterior, no obstante la nueva construcción del inmueble, limitando su libre disponibilidad con el derecho de retorno del arrendatario. El nuevo edificio habrá de construirse sobre la parte del solar que no haya sido objeto de expropiación en virtud de expediente con arreglo a la ley de Ordenación de Solares. [Sentencia 14 octubre 1958; no ha lugar.]*

Unos mismos hechos permiten a los sujetos de la relación arrendaticia fundar pretensiones contradictorias. Se trata de la inclusión de la finca en el Registro público de Solares y de la iniciación del expediente administrativo para la expropiación forzosa de una parte del inmueble. El arrendatario al amparo del D. 5-IX-52 solicita se declare su derecho de retorno a la nueva finca en las condiciones que señala el artículo 104 LAU 1946. En vía reconvenicional los arrendadores piden la resolución del contrato al amparo de la causa 8.ª del artículo 149 de la misma ley. La pretensión del arrendatario triunfa sustancialmente en ambas instancias, e interpuesto recurso de injusticia notoria es desestimado.

40. LAU DEROGADA: PÉRDIDA POR SINIESTRO: *El 50 por 100 a que se refiere el artículo 151 L.A.U. derogada hay que referirlo al coste total de la obra necesaria para volver el inmueble a su utilización normal, y no a la parte de dichas obras que afecten en concreto al local objeto del arrendamiento.*

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL: *Los Tribunales, ante varios dictámenes, pueden aceptar las apreciaciones de uno u otro, o acoger parcialmente las que en los mismos se establecen, o llegar a una conclusión derivada de su estudio conjunto, siempre que no se aparten de las reglas de la sana crítica. No incurre en manifiesto error en la apreciación de la prueba la sentencia que extrae la media aritmética del importe de las obras señalado en tres dictámenes periciales.*

ANALOGÍA: *Sólo es aplicable cuando la materia no está expresamente regulada en la ley.*

CARÁTER DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE SOLARES: *Es de orden administrativo y no puede invocarse en casación. [S. 27 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

41. L.A.U. DEROGADA: DECLARACIÓN MUNICIPAL DE RUINA: DESAHUCIO: *Acreditada la firmeza del acuerdo municipal, no impugnado administrativamente en tiempo y forma, procede decretar el desahucio sin que los Tribunales civiles puedan enjuiciar la actividad de la Administración en sus relaciones de imperio y subordinación con sus administrados.*

DEFECTO, FORMALIZACIÓN, RECURSO: *La infracción de las normas de Derecho procesal y las del Derecho administrativo no legitiman la aplicación de la causa 3.ª del artículo 173 L. A. U. derogada. [S. 12 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

42. L.A.U. DEROGADA: DECLARACIÓN MUNICIPAL DE RUINA: *La declaración de ruina hecha por la Autoridad municipal en el expediente contradictorio seguido al efecto es el supuesto de hecho base sobre el que actúa el número 9 del artículo 149 de la L.A.U. derogada, sin que los Tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan corregir la declaración municipal, estando, además, revisado el expediente en la jurisdicción contencioso-administrativa que lo declaró ajustado a derecho. [S. 10 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

43. PERFECCIÓN DEL TRASPASO: LEY DE 1946: *El traspaso se ha perfeccionado y consumado mediante el otorgamiento de la escritura y entrega del precio y de la cosa objeto del contrato, sin que afecte a su validez entre los contratantes la omisión de la notificación al arrendador a que se refiere el apartado f) del artículo 45 L.A.U., que podrá dar lugar a la resolución del arrendamiento, pero que no hace que el contrato de traspaso sea nulo.*

TRASPASO: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR OMISIÓN DE LA NOTIFICACIÓN A QUE SE REFIERE EL APARTADO f) DEL ARTÍCULO 45 L.A.U. DE 1946: *Si en el contrato de traspaso se exoneró al arrendatario cedente de esa obligación, poniéndola a cargo del cesionario, éste debe pechar con las consecuencias de la omisión de la notificación del traspaso al arrendador, y, por tanto, sufrir la pérdida derivada de la resolución del arrendamiento por omisión de la notificación del traspaso al arrendador por el arrendatario.* [S. 4 de noviembre de 1958; ha lugar.]

44. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L.A.U. 1955; INTERPRETACIÓN: CONTRATO ÚNICO A FAVOR DE LOS SUCESIVOS ADMINISTRADORES DE LOTERÍAS: *La intención de las partes fué la de dotar a la Administración de Loterías* de local sin tener en cuenta la persona del Administrador, lo cual implica, no la existencia de sucesivos contratos, sino la de un contrato único.* [S. 6 de octubre de 1958; no ha lugar.]

La acción fracasó por estar mal planteada la demanda. El arrendatario-subarrendador se dirige contra el actual Administrador de Loterías, pretendiendo que se declare la inexistencia del subarriendo al no haber sido parte en el primitivo contrato celebrado con un antecesor suyo. Se desestima la demanda por la doctrina que se sienta en el texto al interpretar el contrato. Nos parece, sin embargo, que al no gozar el subarriendo de la prórroga forzosa, la resolución del contrato podrá instarse en cualquier momento.

45. SUBARRIENDO: ADQUISICIÓN DEL LOCAL POR EL SUBARRENDADOR: CONTINUACIÓN DEL SUBARRIENDO: *Es doctrina reiterada de esta Sala—Sentencias de 15 de febrero y 1 de marzo de 1957—, que la causa 6.ª, apartado A) del artículo 152 de la L.A.U. antigua no es aplicable cuando, como en el supuesto litigioso, el arrendatario, lejos de perder la posesión de la cosa, continúa en ella no ya el título de arrendatario, sino por otro de rango superior cual el de dominio, que le permite mantener al subarrendatario en el goce de la cosa arrendada sin limitación alguna.* [S. 30 de octubre de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: En esta sentencia, de interés como las por ella citadas para el análisis teórico del subarriendo como relación jurídica, se trataba del subarriendo de un local de negocio. El Tribunal Supremo, al declarar que continúa el subarriendo, aunque el subarrendador pase a ser propietario del local y, por ello, se extinga el contrato de arrendamiento, añade: «*máxime en el presente caso, en el que [dice aunque] el propio recurrente se obligó, al concertar el traspaso, a respetar el subarriendo que ahora pretende resolver, con olvido de la doctrina de los actos propios y de que el incumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes.*»

Conviene subrayar, respecto a la doctrina reseñada, lo siguiente:

1.º Que el subarriendo es una relación jurídica verdaderamente *depen-*

diente del arrendamiento en su constitución, según se desprendería claramente del artículo 14 de la Antigua LAU. En otros términos, esto significa que no puede estipular un contrato de subarriendo quien no es realmente arrendatario.

2.º Que una vez nacida, la relación subarrendaticia puede llegar a ser autónoma con relación al arrendamiento, y, por tanto, puede sobrevenir a éste, con tal que el subarrendador adquiriera, simultáneamente a la resolución del arrendamiento, un título respecto a la finca superior al de arrendatario. Esta solución del Tribunal Supremo, la cual puede parecer en pugna con la redacción del artículo 152 de la LAU derogada, se inspira probablemente en consideraciones de equidad más que en una lógica jurídica puramente formal. Es en el terreno de la equidad en el que la sentencia debe discutirse y en él podrían oponerse tal vez algunos puntos de vista a los que posiblemente ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo.

Por último, respecto a la referencia que el Tribunal Supremo hace a la doctrina llamada de los actos propios, conviene indicar que la obligación de respetar al subarrendatario asumida por el subarrendador en su contrato con el propietario deberá ser considerada como una estipulación en favor de tercero, configurada en el artículo 1.257, II del Código civil. (J.A.P.).

46. SUBARRIENDO: NATURALEZA: *El subarriendo, como su nombre indica, es un contrato de arrendamiento de segundo o ulterior rango, así en el orden del tiempo como en el de la dependencia o subordinada existencia. No es un derecho real de uso.*

SUBARRIENDO: EXTINCIÓN POR TERMINAR EL ARRENDAMIENTO: *El principio que con carácter general informa la doctrina científica, la legislación y la jurisprudencia uniforme es el de que no puede subsistir el subarrendamiento, extinguido el arrendamiento.*

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN PASIVA Y EFICACIA DE LA SENTENCIA FRENTE AL SUBARRENDATARIO: *El subarrendatario no tiene que ser necesariamente demandado en los procesos instados con la pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento. Los ocupantes del local por título derivado del arrendatario condenado, pueden ser lanzados en ejecución del fallo sin una nueva declaración judicial innecesaria. [S. 28 de enero de 1958; no ha lugar.]*

V. Derecho de familia.

1. DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: IMPOSIBILIDAD DE CONVERTIR EN CONTENCIOSO EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: *Pese a los términos de generalidad en que está redactado el artículo 1.817 de la L.E.C., no es aplicable a los expedientes incoados para la constitución del depósito judicial de mujer casada.*

DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: SU ADMISIBILIDAD ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE SEPARACIÓN: *Pese a los términos en que está redactado el encabezamiento del artículo 68, no pudo ser la intención del legislador que precediera la admisión de la demanda de divorcio, o de nulidad del matrimonio a la adopción de las disposiciones que el propio precepto instituye.*

DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: SUS REQUISITOS: *Basta la manifestación del propósito de intentar demanda de divorcio para que se acceda a la solicitud del depósito.*

DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO POR EL SENTIDO DE LAS NORMAS REFORMADAS: *La intención del legislador al promulgar el vigente Código civil la revela, abundando en ella, la reforma introducida en el mismo por la Ley de 24 de abril del año actual.*

DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: PREVIA SEPARACIÓN DE HECHO: *La previa separación de hecho y la falta de obstáculos por parte del marido para que la mujer interponga acciones judiciales no impiden que la mujer pueda obtener, si lo pide, su depósito judicial.*

DEPÓSITO JUDICIAL DE MUJER CASADA: SUS EFECTOS: DETERMINACIÓN DE LOS ALIMENTOS DE LA MUJER: *La fijación de alimentos provisionales a la mujer es una consecuencia indeclinable de la disposición 4.ª, del artículo 68 del Código civil. El artículo 1.883 de la L.E.C., faculta al Juez para que, previa petición de la mujer provisionalmente separada y con audiencia del marido, fije el auxilio económico necesario para la subsistencia de aquélla, hasta que se interponga y admita la demanda de separación matrimonial. [S. 31 de octubre de 1958; no ha lugar.*

La mujer, mediante escrito de 22 de noviembre de 1954, había acudido al Juzgado solicitando se procediera a la constitución de su propósito por proponerse entablar la oportuna demanda de divorcio. Formulada oposición por el marido, el Juez dictó auto, declarando contencioso el expediente y remitiendo a las partes al juicio correspondiente.

Iniciado por la mujer un juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando se declarase procedente el depósito judicial y se dispusiese la práctica de las correspondientes diligencias, se tramitó con oposición del marido y se dictó sentencia, estimando la demanda de la mujer, sentencia que fué confirmada por otra de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de abril de 1953.

Interpuesto recurso de casación por el marido, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar por las razones que más arriba se expresan.

OBSERVACIONES: Plantea la sentencia que comentamos una serie de cuestiones de derecho matrimonial, de gran interés, pues han ganado actualidad por virtud de la reforma introducida en el Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958.

a) La conversación en contencioso de un expediente de jurisdicción voluntaria de constitución de depósito y la viabilidad de éste en los casos de previa separación de hecho. La mujer demandante que solicitó su depósito judicial con propósito de presentar demanda de divorcio en 1950, no ha obtenido una resolución firme, accediendo a ello hasta el año 1958. Ocho años para conseguir la constitución de un depósito judicial de mujer casada, parece un tiempo excesivo. Lo ha hecho posible el auto del Juez de Primera Instancia que, en virtud de la oposición del marido, declaró contencioso el expediente y remitió a las partes al juicio declarativo que correspondiera. Efectivamente, así lo dispone el artículo 1.817 de la L.E.C., enclavado entre las disposiciones generales a todos los actos de jurisdicción voluntaria y, no

cabe duda, que el expediente de depósito de personas (art. 1.881 y sigs.), es un acto de jurisdicción voluntaria. El Tribunal Supremo denuncia el error en que se incurría. El expediente—dice—fué declarado contencioso «a virtud de oposición del marido, por la aplicación indebida que el Juez de Primera Instancia hizo del artículo 1.817 de la L.E.C., pues, pese a los términos de generalidad en que está redactado, no es de aplicación a todos los actos de jurisdicción voluntaria comprendidos en el Libro Tercero de dicha Ley, por lo prevenido en el artículo 1.824, en el que se declara, no son extensivas las disposiciones de los artículos que le proceden a los actos regulados expresamente, si se oponen a lo que se ordena respecto a ellos, como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia de este Tribunal, al conocer en el fondo de recursos provenientes de expedientes de depósito de mujer casada, declarados contenciosos» (considerando 1.º). Se confirma de esta manera una doctrina que parece correcta y que había sido ya establecida, entre otras sentencias, en la de 14 de enero de 1914.

Sin embargo, en algún momento el propio Tribunal Supremo había mantenido la tesis contraria. La Sentencia de 21 de marzo de 1907 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mujer contra el auto de la audiencia que convirtió en contencioso el expediente, en virtud de la oposición del marido. Entendió entonces el Tribunal Supremo que, en un caso muy semejante al actual, que viviendo la mujer separada de hecho del marido, es improcedente la constitución del depósito, por faltar la razón de la ley, pues, su seguridad y libertad están garantizadas sin necesidad de acordar una separación que ya existe, doctrina esta última correcta también. La única duda surge en punto a si el depósito de la mujer previamente separada de hecho, que es innecesario, ha de acordarse cuando ella lo pide o debe ser desestimada semejante pretensión. El Tribunal Supremo en esta Sentencia que comentamos, sin negar la innecesariedad, afirma categóricamente que nada impide que el depósito se constituya. Sobre ello, puede verse, LUIS, «El problema de la pertinencia del depósito en los casos de previa separación de hecho», R. G. L. J., 1955, páginas 95 y siguientes.

La doctrina de la imposibilidad de convertir en asunto contencioso un expediente de depósito es acertada. Seguramente el error del pleito que decide esta Sentencia de 31 de octubre de 1958, ha sido de la propia demandante que solicitó un previo depósito, cuando nada impedía que interpusiera directamente la demanda de separación y que acató la resolución del Juez convirtiendo en contencioso el expediente, acudiendo al juicio ordinario, cuando acaso hubiera sido camino más práctico el recurso de apelación contra dicho auto.

La doctrina que comentamos es todavía aplicable, pues, aunque la Ley de 24 de abril de 1958 ha suprimido el depósito, como institución específica, continúan subsistentes las muy parecidas medidas de separación provisional de los cónyuges que han de acordarse antes de iniciarse o una vez iniciado el procedimiento.

b) La admisibilidad del depósito antes de la interposición de la demanda de separación. El marido recurrente había sostenido la inadmisibilidad del depósito de la mujer antes de la interposición de la demanda de separación, con fundamento en el texto literal del artículo 68 del Código civil, conforme al cual «interpuestas y admitidas las demandas de que habla el artículo anterior se adoptarán, mientras durase el juicio, las disposiciones siguientes: ... 2.º Depositar a la mujer en los casos y forma prevenidos en la L.E.C.»; pero el Tribunal Supremo rechaza tal interpretación, pues, al remitirse el Código a los casos y a la forma prevenidos en la L.E.C., es claro que admite uno de ellos—determinado en el número 1.º de su artículo 1.880—, como es el de la mujer que se «proponga intentar demanda de divorcio».

El problema se halla hoy plenamente resuelto a través de la modificación introducida en el Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958 que ha establecido, al efecto, dos grupos de medidas, uno, las que pueden denominarse previas o provisionalísimas, anteriores a la interposición de la demanda (art. 67), y, otro, las que siguen a la admisión de dicha demanda,

que son las propiamente provisionales (art. 68). La mujer que se proponga demandar la separación, antes de presentar la demanda, puede pedir que se la separe provisionalmente de su marido y que se le señale un domicilio, o, si es menor de edad, la persona bajo cuya custodia haya de quedar.

Acaso el punto de mayor interés de esta sentencia que comentamos, sea el acudir a la nueva Ley para interpretar la norma antigua que era, sin duda, la aplicable al caso debatido. Se afirma que la reforma de 1958 revela cual fué «el sentir del legislador al promulgar el vigente Código civil». Pero el camino es ficticio porque el legislador actual no ha venido a revelar la voluntad del legislador de 1889, ni la Ley de 1958 puede considerarse como una interpretación auténtica del texto modificado del Código civil. En definitiva, porque lo que debe tratarse de encontrar no es la voluntad o el sentir del legislador, sino el sentido de la norma más adecuado a su razón y a su fin. Precisamente, sin embargo, de este problema, la interpretación que se da al antiguo artículo 68 es acertada. (L. D. P.)

2. SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES: VALIDEZ DE UNA TRANSACCIÓN PARA LA SEPARACIÓN FUTURA APROBADA POR LA AUTORIDAD ECLESIASTICA: *Si bien es cierto que en el fallo ejecutorio de la autoridad eclesiástica se decreta el divorcio con todos los efectos canónicos y civiles por acuerdo voluntario de los cónyuges, este acuerdo, atendida la expresión de la sentencia, sólo puede hacer referencia al divorcio en sí mismo, sin que puedan entenderse comprendidos en la misma otros efectos.* [S. 8 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

El Tribunal Eclesiástico había acordado la separación de los cónyuges. Al mismo tiempo había aprobado una transacción celebrada entre ellos sobre determinados efectos económicos del matrimonio—cesión de un derecho de retracto perteneciente al marido, a cambio de una renuncia de la mujer a perseguir los actos fraudulentos de aquél—. El auto del Tribunal Eclesiástico, declarando la firmeza de la sentencia y disponiendo su ejecución, hizo ésta extensiva a lo transigido, por entenderlo comprendido entre los efectos de la sentencia.

Los Tribunales civiles, en cambio, entendieron que esta transacción era nula, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1.458, 1.811 y 1.814 del Código civil.

Interpuesto recurso de casación, al amparo del artículo 1.695 de la L.E.C. por haberse proveído con contradicción con lo ejecutorio, el Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

Sin entrar de lleno en el aspecto sustantivo del asunto, el Tribunal Supremo desestima el recurso porque, cuando se trata de aplicación del artículo 1.695 de la L.E.C. a lo que ha de atenderse no es a las ampliaciones más o menos sustanciales que un auto posterior introduce en la ejecutoria. A juicio del Tribunal Supremo la ejecución de la transacción estaba comprendida en el auto del Tribunal Eclesiástico que ordenaba la ejecución de la sentencia, pero no en la Sentencia canónica. Por ello, sin entrar en el fondo del asunto desestima el recurso. (L. D. P.)

3. BIENES PRIVATIVOS Y BIENES GANANCIALES: ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL: *El distinto carácter de los bienes que en el matrimonio existen, ora pertenecientes a la comunidad, ora como privativos de cada uno de los cónyuges, no depende, constante éste, de la voluntad de cada uno, ni es bastante, según*

reiterada jurisprudencia, la declaración de cualquiera de ellos para alterar la presunción del artículo mil cuatrocientos siete.

CASACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *La conceptualización de gananciales dada por la Sala sentenciadora a los bienes objeto de la tercera, como afirmación de hecho que es, sólo puede ser atacada con éxito demostrando el error que hubiera podido padecerse, pero jamás por la mención de los preceptos cuya infracción se acusa.* [S. 26 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

4. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: MULTAS AL MARIDO: TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO: *La tercera de dominio, como medio reivindicatorio de una propiedad desconocida o negada, es un procedimiento inadecuado a una litis cuyo sustancial objeto y finalidad es determinar si los bienes gananciales deben responder de la multa impuesta al marido, si deben ser preferentes otros créditos o cargas que pesan primordialmente sobre esos bienes, si previamente debe hacerse exclusión de otros, o si, en fin, ha de concretarse al embargo a la parte que pueda corresponder al marido, pues, todo ello, evidentemente, no envuelve una acción reivindicatoria.*

PLEITOS INCIDENTALES DE LA VÍA DE APREMIO: SU OBJETO LEGAL: TERCERÍA DE DOMINIO Y DE MEJOR DERECHO: *Según reiterada doctrina en estos pleitos incidentales de la vía de apremio, como lo son las tercerías, no pueden plantearse ni resolverse otras cuestiones que las específicas de su objeto legal: dominio de los bienes embargados y preferencia de cobro entre varios créditos contra el mismo deudor, tercera de dominio aquélla y de mejor derecho ésta.* [S. 4 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

5. FILIACIÓN: CONDICIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE POSTERIORES NUPIAS DE UN PADRE DIVORCIADO. [Véase S. 19 de noviembre de 1958.]

VI. Derecho de sucesiones.

1. SISTEMA DE ADQUISICIÓN HEREDITARIA: ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. [Véase Sentencia 5 de julio de 1958, III, 9.]

2. REPUDIACIÓN DE HERENCIA: DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO; OPOSICIÓN: *Aunque los hijos del causante pueden renunciar a la herencia en el momento oportuno, no procede oponerse a la declaración de que les correspondía la calidad de herederos abintestato, y si podían rechazarse a «posteriori», las consecuencias de la misma derivadas, no era posible anticiparse a un pronunciamiento obligado, en virtud de disposición legal.*

COLACIÓN: DERECHO CATALÁN: VALORACIÓN DE LOS BIENES COLACIONABLES: LEY DIECINUEVE, TÍTULO VEINTE, LIBRO SEXTO DEL CÓDIGO DE JUSTINIANO: *A falta de disposición del Derecho catalán y del canónico, es preciso acudir al Derecho romano, en el cual, si bien no existe precepto que claramente resuelva a qué momento debe referirse la valoración de los bienes colacionables (como consecuencia de que la colación no se concebía más que haciéndola «in corpore»), al volver a la masa hereditaria los bienes mismos, su valor te-*

nia que tomarse, como el de los demás, en la misma época de la apertura de la sucesión, porque como expresa la indicada Ley, no deben valorarse con relación a distinta época bienes que están confundidos y mezclados todos en la herencia.

CUARTA UXORIA: DERECHO CATALÁN DERECHO ROMANO SUPLETORIO: *Las Novelas 53 y 117 de Justiniano establecen la «cuarta uxoria» con carácter obligatorio en favor de la viuda pobre e indotada.*

CUARTA UXORIA: DERECHO CATALÁN: NATURALEZA: *Dado su carácter de sucesión forzosa en la herencia del marido y consistir en una participación determinada, es preciso considerarla como legítima—y no como deuda legal, ni aseguramiento de bienes—, y reconoce a la viuda pobre e indotada la calidad de heredera de su marido. [S. 21 de junio de 1958; no ha lugar.]*

3. RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL: SUS SINGULARES CARACTERÍSTICAS: *La reserva lineal del artículo 811 ofrece características singulares que impiden confundirla con otras instituciones más o menos afines fundadas en supuestos diferentes, y descarta la hipótesis de que resulte absorbida y postergada por la legítima de los descendientes cuando, como en el recurso se pretende, a la muerte del ascendiente reservista sólo queda una descendencia común del mismo y del cónyuge premuerto de quien proceden los bienes.*

RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811: DISPOSICIÓN POR EL RESERVISTA EN FAVOR DE RESERVATARIOS: *El reservista no puede disponer de los bienes a favor de uno cualquiera de los varios reservatarios que pudieran estar llamados por la Ley, y, por tanto, quedaren dentro de la línea de su origen, para anular los derechos de los restantes.*

RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811: NATURALEZA PROCESAL DE LA ACCIÓN EJERCITADA: *Cuando se pretende la declaración del carácter reservable de unos bienes y la cualidad de reservatario en el demandante, no se trata del ejercicio de una acción reivindicatoria propiamente dicha, sino más bien de una acción de petición de herencia. [S. 5 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

4. PARTICIÓN HEREDITARIA PRACTICADA POR LOS HEREDEROS: *Exige para su validez la declaración de voluntad de cada uno de éstos, expresiva de su conformidad en el modo y manera en que han de dividirse y adjudicarse la totalidad de los bienes a cuya indivisión se pone término, constituyendo un todo orgánico sobre cuyo conjunto ha de coincidir el simultáneo consentimiento. [S. 16 de junio de 1958; no ha lugar.]*

5. COMUNIDAD HEREDITARIA: PACTO DE CONTINUACIÓN DE LA INDIVISIÓN: TRANSACCIÓN: *No se crea una nueva comunidad de bienes, sino que se continúa la comunidad hereditaria, cuando todos los herederos, al fallecimiento de uno de ellos, anteriormente encargado de la administración, además de reconocer a éste un haber por su gestión, convienen que el patrimonio del causante y el haber del heredero fallecido permanezcan indivisos. [S. 12 de diciembre de 1958; ha lugar.]*

6. COMUNIDAD HEREDITARIA: ENAJENACIÓN DE BIENES CONCRETOS POR UNO Ó VARIOS HEREDEROS DURANTE LA INDIVISIÓN. [Véase S. 5 de julio de 1958, III, 9.]

7. EFECTOS DE LA PARTICIÓN ENTRE LOS HEREDEROS: TÍTULO DE PROPIEDAD: *El testamento por sí sólo no es título de propiedad para que uno de los herederos reclame para sí, frente a otros coherederos bienes determinados de la herencia, y hay que reconocer que el título está constituido en este caso por el testamento y la partición conjuntamente.*

PROMESAS DE NO MEJORAR: PROMESA RELATIVA: *La promesa de no mejorar establecida en la cláusula cuarta de la escritura de capitulaciones matrimoniales hay que entenderla en su total contenido de que promete no mejorar a ningún otro hijo ni disponer tampoco del tercio de libre disposición en perjuicio de su hija contrayente, cuya participación mínima en la herencia llega a fijarse cuantitativamente al estipularse que «habrá de percibir por lo menos la octava parte de la totalidad de la herencia de su madre»; y así no cabe duda de que es una promesa de mejorar no absoluta, sino relativa; ni de que en cuanto no alcance a esa parte, la otorgante de las repelidas capitulaciones no se despojó de su facultad de mejorar a otros hijos, por lo cual es válida la distribución que, fuera de esa porción, hizo de su herencia. [S. 14 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

8. TESTAMENTO: CARACTERES: ACTO PERSONALÍSIMO: ARTÍCULO 670 DEL CÓDIGO CIVIL: *Establecido en la cláusula testamentaria que «la nuda propiedad de dicho tercio se lega y manda al hijo o hija, nietos de la testadora e hijos del legatorio don..., que éste, al otorgar testamento mejora en sus propios bienes», aparece con una claridad perfecta que la testadora no designa legatarios a todos los nietos, sino al que resulte mejorado por su madre en sus propios bienes, dependiendo, por consiguiente, la designación del legatario de la voluntad de un tercero, por lo cual la cláusula referida aparece incursa en el artículo 670 del Código civil. [S. 26 de junio de 1958; no ha lugar.]*

9. TESTAMENTO: CONTENIDO: DISPOSICIONES IMPROPIAS: RUEGOS O CONSEJOS: *Las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el «deu cuius» al rango de normas de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia, en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o afectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio.*

VOCACIÓN TESTAMENTARIA: FIDEICOMISO: RUEGO O CONSEJO: *No cabe entender que existiese vocación testamentaria en favor de los nietos, por falta de un mandato testamentario en forma de fideicomiso obligatorio para los hijos del causante, cuando éste, sólo expresó un ruego o consejo de carácter efectivo-familiar.*

PROHIBICIONES DE ENAJENAR IMPUESTAS EN TESTAMENTO: *Del examen del testamento no aparece disposición alguna prohibitiva de enajenar el patrimonio industrial, sino antes bien, ruegos y encargos del testador hacia*

sus hijos de conservarlo dentro de la familia, sin generar, por tanto, auténticos mandatos de imperativa observancia para sus inmediatos descendientes. [S. 24 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

10. TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS: ARTÍCULO 682 DEL CÓDIGO CIVIL. [Véase S. 19 de junio de 1958, I, 7.]

11. TESTAMENTO: INSTRUCCIONES RESERVADAS: ARTÍCULO 785, 4.º DEL CÓDIGO CIVIL: *Este artículo prohíbe que se instituya heredero o legatario a una persona para que aplique o invierta bienes hereditarios según instrucciones reservadas, y no es aplicable cuando la institución de heredero se ha hecho sin ese encargo.* [S. 23 de mayo de 1958; no ha lugar.]

12. VOCACIÓN TESTAMENTARIA: FIDEICOMISO: RUEGO O CONSEJO. [Véase Sentencia 24 de noviembre de 1958, 9.]

13. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: NULIDAD DE LA ENAJENACIÓN HECHA POR EL FIDUCIARIO: *Los fideicomisarios pueden pedir la nulidad de las enajenaciones hechas por el fiduciario, aun en el caso de que la sustitución sea condicional, si hay certeza de que la condición ha de cumplirse, y como medida preventiva para la conservación de los derechos expectantes que les corresponden.*

USUCAPIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA: *Para ambos es requisito esencial que la posesión sea en concepto de dueño.* [S. 6 de marzo de 1958; no ha lugar.]

NOTA.—La condición consiste en que muera sin hijos una persona. En el momento de la enajenación tiene ochenta y cinco años y es soltera, por tanto morirá sin hijos.

14. NULIDAD DEL TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE: FIRMA FALSA: *Si bien para su validez no es requisito formal el de la firma del otorgante —artículos 700 y 702 en relación con el 695— es nulo cuando dicha firma es falsa.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL Y TESTIFICAL: *Corresponde al tribunal de instancia apreciar el resultado de las pruebas de peritos y testifical.* [S. 24 de octubre de 1958; no ha lugar.]

15. CATALUÑA: HEREDAMIENTO EN CAPITULACIONES: IRREVOCABILIDAD: *La Constitución «A foragitar frauds», la doctrina científica y la del Tribunal Supremo, sostienen la irrevocabilidad del heredamiento catalán establecido en capitulaciones matrimoniales; estando entre los contados casos de excepción el mutuo disenso, o conformidad de todos los que intervinieron en su otorgamiento y la de los terceros que por el heredamiento resultaron favorecidos.*

CATALUÑA: NULIDAD DEL ACTO REVOCATORIO: *Si en el acto revocatorio no medió verdadera voluntad de renunciar a la donación, ni menos medió ánimo de liberalidad, ni recibió ninguna contraprestación, tal acto es nulo radicalmente por carencia de los requisitos 1.º y 3.º del artículo 1.261 del Código civil.*

CATALUÑA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE INEXISTENCIA O NULIDAD: *Esta acción es imprescindible, pues, lo que, en principio, es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo.*

CATALUÑA: SIMULACIÓN: *Es inexistente, por carencia de causa, la venta simulada, en la que no existe en realidad precio.* [S. 21 de abril de 1958; no ha lugar.]

16. CUARTA UXORIA: DERECHO CATALÁN: NATURALEZA: LEGISLACIÓN APLICABLE. [Véase S. 21 de junio de 1958, IV.]

17. SUCESIÓN INTESTADA EN NAVARRA: APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: *Sólo el Código civil es de aplicación a la sucesión intestada en su integridad en todo el territorio nacional, con la sola excepción en casos especiales de Aragón y Vizcaya.*

SUCESIÓN INTESTADA EN NAVARRA: BIENES TRONCALES: *No puede sostenerse la tesis de que la regulación de la sucesión intestada relativa a bienes troncales está sustraída al Código civil.* [S. 10 de diciembre de 1958; ha lugar.]

Véase sobre este tema «Anuario de Derecho Civil», XI, 2, 1958, pág. 594 y sigs. y allí observaciones.

DERECHO MERCANTIL

1. EMPRESA: SIGNOS DISTINTIVOS: CONFUSIÓN DE MARCAS: *La confusión a que alude el artículo 125 número 1.º del Estatuto de Propiedad Industrial se produce cuando una marca está integrada por dos elementos, el segundo de ellos una palabra muy corriente en el lenguaje vulgar y comercial, y el primero una palabra de empleo muy escaso y de mayor sonoridad que coincide con una marca ya registrada, y en la que se fijará más el público por ser más representativa y absorber más la tónica de la frase.* [S. 21 de marzo de 1958.]

2. MARCA DE FÁBRICA: COMPETENCIA ILÍCITA: ERROR O CONFUSIÓN: *La estructura general de las marcas y colocación en ellas de todos sus elementos es la que atrae la atención del consumidor y consiguientemente la que puede inducir a error o confusión.* [S. 8 de febrero de 1958; estimatoria.]

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *La acción de nulidad del acuerdo social aprobatorio del balance y cuenta de pérdidas y ganancias limita su alcance a la demostración de la inexactitud del balance; no cabe admitir que en este procedimiento se haga la corrección del balance, formulando uno nuevo.* [S. 17 de marzo de 1958.]

4. LIBROS DE COMERCIO: VALOR PROBATORIO: *Las facultades soberanas de la Sala de instancia no se limitan por las normas que regulan el valor de los libros de comercio cuando su fuerza probatoria se conjuga con otros elementos de prueba.*

LIBROS DE COMERCIO: APRECIACIÓN: CONTRADICCIÓN EN EL FALLO: *No hay contradicción en el fallo cuando la Sala de una parte reconoce la eficacia de la contabilidad mercantil para eximir al demandante de una rendición de cuentas que se le exigía en reconvencción y se la niega por otra en cuanto a una cuenta corriente cuyo saldo a su favor reclamaba. [S. 28 de septiembre de 1957; desestimatoria.]*

5. LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN CAUSAL: *La doctrina de que el giro de letras significa una mera facilidad para el pago, sin influjo en la competencia para conocer de la acción causal, no se refiere al caso en que el lugar del contrato, el la residencia del acreedor, el de libramiento y aceptación de la letra y el de domicilio del deudor sean uno mismo, pues cuando se trata de una misma plaza respecto de unos y otros ninguna facilidad representa en orden al lugar del pago, y, por tanto, la designación de un domicilio en la letra sólo puede interpretarse como lugar del cumplimiento de la obligación, sin que el haber cambiado de domicilio el deudor con posterioridad al giro de las letras pueda alterar la competencia para conocer de la demanda. [S. 26 de junio de 1958.]*

6. LÍMITES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LEGISLACIÓN DE TASAS: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO CIVIL: *La libertad contractual no alcanza hasta el extremo de admitir que la voluntad de las partes pueda obrar a su arbitrio, entre los preceptos limitativos de ésta aparece el artículo 4.º del Código civil.*

Si un contrato infringe la legislación de tasas dictada en interés de la sociedad para contener el agio de las cosas a precios abusivos, procede aplicar el artículo 4.º del Código civil; la nulidad proveniente de este artículo no puede ser otra que la absoluta, no la relativa.

COMPRAVENTA BASADA EN UNA CAUSA TORPE: CONSECUENCIAS: *Admitido que la causa torpe de la venta no constituía delito o falta, la sentencia recurrida al condenar al demandado a satisfacer la diferencia entre el precio pactado y el legal del vehículo, infringe el artículo 1.306 del Código civil, que impide cuando la culpa está de ambos contratantes el que ninguno de ellos pueda repetir lo dado ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido. [Sentencia 9 de enero de 1958.]*

7. COMPRAVENTA: SANEAMIENTO: VICIO OCULTO: *Cuando la acción ejercitada fué la redhibitoria por vicio oculto de uno de los elementos de la cosa vendida, no puede alegarse después en casación que la entrega se pactó bajo condición suspensiva de prueba o ensayo a satisfacción de la compradora y que la prueba efectuada se limitó a ese mismo elemento, sin extenderla a los demás integrantes de la cosa, a los que no se atribuyó en la demanda vicio alguno.*

COMPRAVENTA: SANEAMIENTO: DEMOSTRACIÓN DEL VICIO OCULTO: *No procede la acción de saneamiento cuando la avería no viene motivada por deficiencia de la cosa, sino por la imprevisión en el manejo de la misma, aparte*

de que el mero hecho de la avería no es suficiente para demostrar el vicio oculto, cuya existencia debe demostrar la parte que pide el saneamiento. [S. 21 de noviembre de 1957; desestimatoria.]

8. COMPRAVENTA MERCANTIL: VICIOS DE FABRICACIÓN: No se puede hablar de vicios de fabricación ni de infracción de los artículos 336 y 342 del Código de comercio cuando un empleado, por encargo de su principal, comprador en el contrato, examina, pesa, presencia el envase y retira a su contenido las mercancías y se alegan los vicios cuando han pasado los plazos establecidos en los mencionados artículos para reclamar por las causas concretas y determinadas en los mismos. [S. 17 de octubre de 1957; desestimatoria.]

9. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: ENAJENACIÓN POR EL GESTOR DE LA COSA APORTADA POR EL PARTÍCIPE: El gestor que aporta posteriormente a una sociedad que constituye con un tercero, como si fuera propio, un camión propiedad de su asociado, que quedó fuera de la nueva sociedad, ha de responder del precio a su propietario. [S. 15 de noviembre de 1957; desestimatoria.]

10. PRÉSTAMO MERCANTIL: No es préstamo un contrato en el que uno de los contratantes aporta todas las existencias que constituyen el fondo propio del negocio y el otro el local en que se desenvuelve su actividad.

LEY DE USURA DE 23 DE JULIO DE 1908: APLICACIÓN A LAS OPERACIONES MERCANTILES: En las operaciones mercantiles, al estar presididas por el ánimo de lucro, deben aplicarse las normas especiales de la citada ley sólo en circunstancias muy cualificadas.

LEY DE USURA: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES: La facultad que otorga el artículo 2.º de la mencionada Ley se refiere exclusivamente a los Tribunales para formar libremente su convicción y no autoriza a aquéllos ni a los litigantes para prescindir de los requisitos de forma que la Ley procesal exige, ni llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia. [S. 2 de diciembre de 1957; desestimatoria.]

11. TRANSPORTE: FALSEDAD EN LA DECLARACIÓN DEL REMITENTE: La acción de la entidad porteadora para exigir la responsabilidad del remitente por falsedad en la declaración, que es la que recoge el artículo 120 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles, tiene como trámite previo la comprobación en tiempo hábil y forma preestablecida de la sospecha de falsedad, comprobación que ha de hacerse antes de la devolución del resguardo, siendo de aplicación obligada el artículo 353 del Código de comercio, que mediante el canje de la mercancía por la carta de porte tiene por consumado el contrato y por canceladas las respectivas acciones y obligaciones. [S. 20 de marzo de 1958; desestimatoria.]

12. SEGURO DE DAÑOS: RELACIÓN ENTRE DAMNIFICADO Y COMPAÑÍA ASEGURADORA: El damnificado no puede entablar acción directa contra la compañía aseguradora, por no existir entre uno y otra vínculo contractual alguno, pero es incuestionable que tiene expedito el ejercicio de la acción contra el

asegurado, com directo obligado con relación a él, y conjunta y «subsidiariamente» contra la compañía aseguradora.

ABORDAJE: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: CULPA CIVIL: VALOR DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL CONSEJO DE GUERRA: *Aquellas conclusiones de la sentencia penal (abordaje fortuito) sólo entrañan la valoración que al Tribunal militar merecieron los hechos enjuiciados y no pueden impedir que la Sala sentenciadora, al conocer de los que le fueron sometidos en el ejercicio de su propia jurisdicción bajo un aspecto jurídico diferente como constitutivo de una culpa meramente civil o extraordinaria, lo valore a su vez en consecuencia de modo distinto por el resultado de las alegaciones y pruebas que en esta vía tuvieron lugar. [S. 27 de mayo de 1958; no ha lugar.]*

COMUNIDAD NAVAL: NATURALEZA JURÍDICA: APLICACIÓN DEL ART. 225 DEL C. DE C.: *La comunidad de propietarios de un buque sólo en sentido muy limitado, caracterizado por el ejercicio de una actividad común con fin de lucro, puede reputarse una compañía mercantil, ya que el artículo 589 del C. de c. obliga a presumirla como tal, puesto que ni su origen puede estar siempre en la convención de los copropietarios como en los casos de la «communio incidens», ni tiene una razón social, ni goza de personalidad jurídica.*

Es dudosa la aplicación del artículo 225 del C. de c. a una compañía de tan singular estructura como la comunidad naval.

VENTA DEL BUQUE COMÚN: FACULTADES DE LOS MAYORITARIOS: APROBACIÓN DEL REMATE: *Correspondiendo a los mayoritarios decidir la venta del buque, esta facultad resultaría ilusoria si hubieran de contar necesariamente con el acuerdo de la minoría para determinar las condiciones de la venta, entre las que figura la reserva de aprobar al remate, explícitamente autorizada por el artículo 2.051 de la L.E.C., el cual no puede entenderse limitado al caso de dueño único o de varios conformes con la venta.*

VENTA DEL BUQUE Y CONTRATO DE FLETAMENTO: *La existencia de un contrato de fletamento nunca entraña la nulidad de la venta o adjudicación del buque; antes bien, en el caso de que el comprador cargue por su cuenta el buque antes que el fletador, según el artículo 689 del C. de c. es el contrato de fletamento y no el de venta al que se rescinde.*

COMPRAVENTA: INERACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.449 DEL C. C.: *Por reservarse el solicitante de la subasta la aprobación del remate, no puede afirmarse que el señalamiento del precio queda al arbitrio de uno de los contratantes, ni, por tanto, estimarse infringido el artículo 1.449 del C. c.*

COMPRAVENTA: PROHIBICIONES: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Por aplicación del principio «odiosa sunt restringenda», la prohibición contenida en el número 2.º del artículo 1.459 del C. c. sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva. [S. 22 de febrero de 1958.]*

OBSERVACIONES: El tema de la naturaleza jurídica de la comunidad naval al que, entre otros se refiere esta interesante sentencia, tiene además de un alto interés teórico, una gran trascendencia práctica; de su solución depende la aplicación a esta figura del régimen general de las sociedades mercantiles. Aunque no han faltado notables intentos de configurar la comunidad naval como una sociedad con características propias y carente de personalidad jurídica (JORDANO BAREA, *Comunidad y Sociedad entre los Copropietarios del Buque*, «A. D. C.» 1957, págs. 458 sigs.), la doctrina mercantilista más autorizada estima que se trata de un condominio de tipo especial y no de una sociedad (GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2.ª edic. págs. 579 sigs.; URÍA, *Derecho Mercantil*, página 715). La postura de la sentencia a este respecto dista de ser clara y terminante. Demasiado pegada a la letra del art. 589 del C. de c. (a la que no cabe atribuir gran valor en un código de lenguaje tan poco técnico como el nuestro de comercio) parece acoger, aunque con grandes reservas, la tesis de la compañía mercantil, y al propio tiempo reproduce los argumentos que precisamente ha empleado la doctrina para rechazar la idea de la sociedad. De manera más resuelta y consecuente con sus propios argumentos, la sentencia de 10 de diciembre de 1955 mantuvo la tesis de la «comunidad de tipo especial». Esta es también la conclusión a que debiera haber llegado la presente sentencia. Si se admite, y así lo hace la sentencia explícitamente, que la comunidad naval puede tener un origen no voluntario (*communio incidens* que, como señala GIRON TENA, *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho marítimo*, Valladolid, 1958, págs. 55, es actualmente el supuesto más frecuente de comunidad naval), forzosamente ha de abandonarse toda idea de sociedad más o menos especial, para seguir la tesis de la comunidad. También hubiera sido deseable una declaración más categórica de la sentencia en punto a la aplicación del artículo 225 del C. de c. a la comunidad naval. No puede, en efecto, caber la menor duda de que este precepto no es aplicable en modo alguno a esta antigua institución.

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA OBJETIVA EN LOS PROCESOS ARRENDATICIOS: DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO: *La competencia se determinará atendiendo al contrato de arrendamiento, que indicará si se alquiló para vivienda o para local de negocio, siendo irrelevante la posterior modificación del destino de la finca que constituye una infracción contractual realizada por el arrendatario.* [S. 31 de octubre de 1958; no ha lugar.]

En este sentido, según los considerandos de la sentencia, se pronuncian las sentencias de 18 de mayo de 1949 y de 30 de marzo de 1953.

2. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CAUSA TERCERA: *La infracción de normas procesales no legitima el recurso de injusticia notoria autorizado por la causa tercera de la L. A. U. de 1947, porque, según reiterada y uniforme jurisprudencia, la protección de esta causa no alcanza más que a la de la de Derecho sustantivo o material.*

Por tanto, no procede por esta vía alegar la infracción de los artículos 158 a 166 de la mencionada Ley. [S. 25 de enero de 1958; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Conviene indicar el interés práctico y teórico de la calificación de los artículos mencionados como normas procesales. Algunos

de los derechos establecidos por dichos artículos hubiesen podido tal vez, en efecto, ser considerados como derechos sustantivos.

3. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: POR QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL JUICIO: *Para que pueda prosperar el recurso, fundado en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio originarias de indemnización, es inexcusable haber pedido la subsanación de la falta, careciendo, por tanto, de eficacia las infracciones procesales si fueron consentidas.* [Sentencia 23 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

El recurrente había dejado firme el auto denegatorio de la prueba pericial, por lo que el Tribunal Supremo estima que no procede el recurso.

III. SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Rafael IZQUIERDO

I. Derecho Civil.

1. FINCA URBANA CONSTRUÍDA AL AMPARO DE LEY ESPECIAL: Los arrendamientos regidos por Leyes especiales protectoras, tienen el carácter de verdaderos contratos normados en los que predomina sobre la voluntad de los otorgantes, las normas contenidas en ellas que no pueden ser modificadas.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: No es aplicable la limitación que establece el art. 3.º, núm. 3.º de la L.A.U. de 1956, a las viviendas acogidas al Decreto Ley de 19 de noviembre de 1948, pues, al no estar dicha disposición comprendida en la Disp. final 2.ª, aunque sus preceptos tienen prioridad sobre la L.A.U., rige ésta en materia de competencia y procedimiento. (Sentencia de 20 de marzo de 1958; desestimatoria.)

2. REVISIÓN DE RENTAS: Si la declaración de la renta percibida por el arrendador, no se hace dentro del trimestre natural, conforme exige el artículo 1.º, párrafo 3.º, del Decreto de 21 de mayo de 1943, no se enerva el derecho que reconoce al inquilino el artículo 103 L.A.U. de 1956, aunque se haya hecho antes de la presentación de la demanda. (Sentencia de 26 de septiembre de 1958; desestimatoria.)

3. CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: Al no distinguir el artículo 36 L.A.U. de 1946, entre la cesión a extraños o a parientes próximos respecto a los que cabe la subrogación hay que entender que tal artículo y el plazo de caducidad que en él se determina comprende también el caso de subrogación a dichos parientes. (Sentencia de 30 de abril de 1958; desestimatoria.)

4. CESIÓN: VIVIENDAS ACOGIDAS A LA LEY SALMÓN: Aunque, conforme a las Leyes de 10 de noviembre de 1942 y 25 de junio 1935 es nula la cesión de las viviendas acogidas a la denominada Ley Salmón, es aplicable en el supuesto de que haya tenido lugar, el plazo de caducidad que establece el artículo 25 de la L.A.U. de 1956. (Sentencia de 27 de mayo de 1958; desestimatoria.)

5. CONVIVENCIA: DERECHO TRANSITORIO: Estando probado que con anterioridad a la vigencia de la L.A.U. de 1956, convivían con el arrendatario dos matrimonios con sus hijos es evidente la aplicación de la Dis. Trans. 5.ª, de la citada Ley que impone el respeto a dicha situación y que no viene

obligado el inquilino a pagar el diez por ciento por cada uno de los que exceden de dos ya que no se sobrepasa tal número (Sentencia de 12 de mayo de 1958; estimatoria.)

6. CONVIVENCIA: HUÉSPEDES: No se puede considerar un matrimonio como un solo huésped, pues lo forman dos personas distintas y el artículo 21 L.A.U. de 1956, a diferencia del 18 no hace ninguna distinción. (Sentencia de 20 de mayo de 1958; estimatoria.)

7. HOSPEDAJE: Al no definir la L.A.U. de 1956 ni el C. C. el hospedaje, puede considerarse de acuerdo con el art. 26 de la derogada que está constituido por tres elementos: a) ocupación de la vivienda; b) prestación de la manutención, y c) retribución mediante precio, y siendo así, no puede estimarse huésped, ni conviviente a quien se limitó a comer eventualmente, pernoctando en otro lugar. (Sentencia de 9 de julio de 1958; desestimatoria.)

8. CONVIVENCIA: SUBARRIENDO PARCIAL: La identificación legal entre la convivencia reguladora en el art. 27 L.A.U. de 1946 y el subarriendo parcial es absoluta y las peculiaridades sólo entran en juego respecto al arrendador. (Sentencia de 22 de septiembre de 1958; desestimatoria.)

9. SUBROGACIÓN: VIVIENDAS ACOGIDAS A LA LEY SALMÓN: Aunque el artículo 2.º de la Ley de 10 noviembre de 1942 y el 3.º del Decreto Ley de 4 de febrero de 1955, prohíben absolutamente en cuanto a las viviendas a que se refieren toda clase de cesión, no puede estimarse que existe esta si aunque se notificó al propietario no llegó a efectuarse. (Sentencia de 5 de mayo de 1958; desestimatoria.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: DEFECTOS EN LA NOTIFICACIÓN AL INQUILINO: Es en la contestación a la demanda donde el inquilino debió alegar la omisión de un requisito en la notificación que preceptúa el artículo 82 L.A.U. de 1946, cual es no expresar la razón por la que se le ha elegido, pues dicho defecto quedó convalidado por las actuaciones judiciales posteriores, sin que sea posible alegarlo y discutirlo en el recurso de suplicación. (Sentencia de 12 de marzo de 1958; desestimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: REQUERIMIENTO DEFECTUOSO: No produce efectos el requerimiento en el que no se hace constar de un modo concreto el nombre de la persona que necesita la vivienda, ni la causa de la necesidad en que se funda. (Sentencia de 26 de abril de 1958; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: Existe, conforme al art. 63 párrafo 2.º, Causa 4.ª de la L.A.U. de 1956, cuando se declara probado que se ha decretado la expropiación forzosa de toda la finca que ocupa el arrendador, y que la Administración pública ha ordenado el desalojo de la misma, y no se infringe el núm. 2.º del art. 65, si esta necesidad es coetánea al requerimiento. (Sentencia de 6 de mayo de 1958; desestimatoria.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: No es necesario que el período de seis meses que establece el artículo 62, núm. 3.º, L.A.U. de 1956, sea ininterrumpido, sino que basta para la aplicación de tal precepto

que se justifique la falta de ocupación durante más de seis meses al año, ya sea continuada o ininterrumpidamente. (Sentencia de 12 de mayo de 1958; desestimatoria.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Se debe estimar la causa 5.ª del art. 62 L.A.U. de 1956 de denegación de prórroga, cuando está acreditado que el inquilino demandado al tiempo que habita en un piso de la actora posee en propiedad pro indivisa con otra persona dos casas de reciente construcción destinadas a la venta por pisos.* (Sentencia de 27 de junio de 1958; estimatoria.)

II. Derecho Procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: ABUSO DE DERECHO: *Si los litigantes no accionaron, ni los juzgadores aplicaron la doctrina del abuso de derecho, es manifiesto que constituye una alegación nueva que no puede prosperar por el cauce del recurso de suplicación.* (Sentencia de 21 de abril y 11 de julio de 1958; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. LÍMITES: DEFECTOS PROCESALES: *No pueden combatirse en este recurso los vicios del procedimiento o errores «in procedendo».* (Sentencia de 2 de marzo de 1958; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LÍMITES: DEFECTOS PROCESALES: *Las infracciones de preceptos procesales, quedan al margen del recurso de suplicación.* (Sentencia de 5 de mayo de 1958; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES: *No es posible en este recurso plantear ni pretender una nulidad de actuaciones, máxime si no se han agotado antes los recursos ordinarios.* (Sentencia de 12 de mayo de 1958; desestimatoria.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PÉREZ RALUY

I. Derecho civil.

LOCAL DE NEGOCIO Y PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA DE HOSPEDAJE: *El hecho de hospedar a cuatro personas en un piso no supone necesariamente la conversión del arrendamiento de vivienda en local de negocio.*

RESOLUCIÓN POR HOSPEDAJE NO AUTORIZADO: *Es causa de resolución el hecho de que el inquilino, autorizado por el arrendador para tener tres huéspedes, albergue uno más, sin consentimiento del arrendador (Sentencia de 26 de septiembre de 1958; no ha lugar.)*

ABUSO DE DERECHO: DERECHO TRANSITORIO: *Aunque la L. A. U. de 1946 no hiciera referencia al abuso del derecho, el principio que repudia el abuso del derecho era aplicable aun bajo la vigencia de dicha Ley, por virtud de su general admisión en nuestro ordenamiento a través de la jurisprudencia (Sentencia de 11 de diciembre de 1958).*

OBSERVACIONES: *En sentido contrario se pronunció la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 9 de abril de 1957.*

SUBARRIENDO DE VIVIENDA: PRESUNCIÓN: *La amistad entre el inquilino y las personas que con él conviven, no desvirtúa la presunción de que dichas personas ocupan la vivienda a título subarrendaticio.*

SUBARRIENDO DE VIVIENDA DE CARÁCTER PRIVILEGIADO: CONSECUENCIAS DE SU NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Es causa de resolución la existencia de subarrendatarios en el número consentido por el artículo 18 de la L. A. U., si no se realizó la notificación prevista en dicho artículo ni el arrendador dió su consentimiento (Sentencia de 16 de octubre de 1958; no ha lugar).*

DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO: PRÓRROGA FORZOSA: *El arrendatario que voluntariamente desiste de su derecho a la ocupación de la vivienda, abandonándola por completo con entrega de las llaves al arrendador carece del derecho a la prórroga forzosa (Sentencia de 6 de noviembre de 1958; no ha lugar).*

OBSERVACIONES: *El arrendatario que haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 57 de la L. A. U. pone unilateralmente término a la relación arrendaticia en la fase de prórroga de la misma, realiza un acto de desistimiento del contrato y no una renuncia a la prórroga forzosa, como con defectuosa terminología se expresa su actuación en tales ocasiones, creando no*

poca confusión en torno a la llamada renuncia del beneficio de prórroga forzosa, renuncia absolutamente ineficaz en los arriendos tutelados por la L. A. U. El juego de los artículos 56 y 57 de la referida Ley puede compendiarse diciendo que en la fase de duración del arriendo previsto en el contrato, no cabe el desistimiento unilateral de las partes —salvo el del arrendatario con las condiciones establecidas en el artículo 56— y en la de prórroga forzosa cabe el libre desistimiento del arrendatario.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO USO: *La simple presencia de mobiliario y efectos no equivale a la ocupación si no va acompañada de la presencia física y corporal del inquilino* (Sentencia de 30 de septiembre de 1958; no ha lugar).

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO USO: *Procede la denegación de prórroga si la vivienda es ocupada sólo por una sirvienta del inquilino, tratándose de una ocupación aparente y fingida* (Sentencia de 3 de noviembre de 1958).

OBSERVACIONES: Se trataba de un arrendatario que tenía su domicilio en otro inmueble de la misma población y que pretendió conservar la otra vivienda instalando en ella a una sirvienta; en supuestos de este tipo, no siempre será fácil determinar si lo procedente es la denegación de prórroga por no uso o la resolución del contrato con base en las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 de la L. A. U. En relación con el no uso debe recordarse otra sentencia de la propia Audiencia de Barcelona, con arreglo a la cual, las visitas esporádicas a la vivienda no desvirtúan el no uso (Sentencia de 2 de diciembre de 1958).

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO USO: PRUERA: *Del hecho de estar cortado el suministro de gas, luz y agua, durante el año anterior a la presentación de la demanda, en la vivienda, se infiere de manera clara y terminante el no uso de la vivienda.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NO USO: JUSTA CAUSA: *No basta para acreditar la justa causa un certificado médico acreditativo de proceso pulmonar progresivo que requiere reposo, ya que tal enfermedad no es la más apropiada para que el inquilino haya dejado de habitar su vivienda y se haya instalado en una habitación de un hotel de la misma población* (Sentencia de 17 de noviembre de 1958; no ha lugar).

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OCUPACIÓN DE DOS VIVIENDAS: *Cabe la denegación de prórroga si una persona tiene en arriendo dos viviendas, una en la que habita con su familia legítima y otra ocupada por su hijo natural, mayor de edad, y la madre de éste* (Sentencia de 3 de octubre de 1958; no ha lugar).

OBSERVACIONES: Se basa la sentencia en la consideración de que el padre natural no está obligado a proporcionar alimentos ni habitación a su hijo durante su mayoría de edad y en que, la madre de dicho hijo es totalmente extraña al inquilino y no puede reclamar habitación a éste. La propia L. A. U. reconoce al padre arrendador el derecho a proporcionar alojamiento a sus hijos legítimos y naturales— independientemente de la edad de los mismos.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: NOVIAZGO: *No basta la existencia de un noviazgo para denegar la prórroga, ya que precisa que el proyecto de matrimonio se revele por actos positivos y de notoria importancia.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: PRUEBA: *No es suficiente que dos testigos afirmen que se va a contraer matrimonio, precisando la existencia de indicios ciertos e inequívocos del propósito de contraerlo (Sentencia de 5 de noviembre de 1958).*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD: MATRIMONIO PROYECTADO: *No es preciso que al término del año de preaviso se haya contraído el matrimonio en que la necesidad se basa, bastando la existencia o persistencia en tal tiempo de la necesidad de contraerlo (Sentencia de 27 de octubre de 1958; no ha lugar).*

OBSERVACIONES: Pese a la referencia de la nueva Ley arrendaticia a la exigencia de que la necesidad exista al término del plazo de preaviso, la generalidad de la doctrina de suplicación sigue entendiendo vigente la doctrina jurisprudencial que admitía la viabilidad de las denegaciones de prórroga por necesidad aunque la acción se ejercitara sobre la base de un matrimonio meramente proyectado, solución que desde luego en la más satisfactoria para la satisfacción del interés tutelado por la norma; en el mismo sentido que la indicada deben citarse sendas sentencias de 2 de marzo y 5 de octubre de 1957 de la Audiencia Territorial de Valencia y de 4 de junio de 1957 de la de Barcelona; en cambio, una sentencia de 23 de noviembre de 1956 de la Audiencia de Oviedo parece exigir que el matrimonio se haya celebrado al tiempo de ejercitarse la acción.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *El concepto familia comprende sólo las personas que viven en la casa bajo la autoridad del señor de ella (Sentencia de 25 de enero de 1958; ha lugar.)*

OBSERVACIONES: Contra el criterio de ambos jueces de instancia la Sala ha aceptado como noción de familia un concepto en extremo restrictivo con base en el cual se niega la condición de familiares a unos parientes del inquilino no muy próximos y no sometidos a la patria potestad del mismo; tal concepto supone una restricción, del alcance muy amplia que una interpretación literal de las nociones de familia y familiares impone, y, por otra parte, no parece el más adecuado en relación a un precepto cual el artículo 64 de la L. A. U. en el que es lógico que se tienda a mantener la estabilidad de los arriendos que benefician a mayor número de ocupantes. La concepción restrictiva de la Sala se funda en una idea distinta de la intención del legislador, suponiendo que la voluntad de éste fué favorecer a los arrendatarios con mayor número de cargas familiares.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE SUBARRIENDO: NECESIDAD: *No es causa de necesidad el hecho de que se quiera proporcionar habitación independiente a un niño de tres años que duerme en la habitación de sus padres, dada la corta edad del niño y la superficie —24 metros cuadrados— de la habitación (Sentencia de 18 de noviembre de 1958; no ha lugar).*

OBSERVACIONES: Sin duda influyó en la resolución, el hecho de que la subarrendataria era una mujer anciana que desde largos años venía ocupando la habitación objeto del litigio; las consideraciones de equidad —en el sentido de *pietas* o *benignitas*— primaron sobre los imperativos del derecho estricto, imponiendo una solución discrepante con la de la generalidad de los fallos de instancia dictados sobre similares supuestos de hecho.

REVISIÓN DE RENTA: NOTIFICACIÓN DE INCREMENTOS: *Si el arrendatario contesta al requerimiento, sin admitirlo ni denegarlo, tal actitud equivale a la no contestación al mismo y, por tanto, el efecto que produce es el correspondiente a la aceptación tácita del incremento* (Sentencia de 11 de diciembre de 1958: no ha lugar).

REVISIÓN DE RENTA PARA SU ACOMODACIÓN A LA BASE FISCAL: ABUSO DEL DERECHO: *No cabe invocar el abuso del derecho para enervar la acción del inquilino que con base en los debidos presupuestos ejercita la acción del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Sentencia de 25 de noviembre de 1958; ha lugar).

OBSERVACIONES: Doctrina absolutamente correcta es la de este sentencia; el principio del abuso del derecho, por su propia naturaleza, es inoperante para actuar en materias cual la de la indicada revisión, en la que el superior interés jurídico-público que tutela la norma excluye toda posibilidad de mitigar el rigor del derecho estricto. Recuérdese, no obstante, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de junio de 1956 hizo invocación de la doctrina del abuso del derecho como argumento complementario en la desestimación de una pretensión revisoria por la que se intentaba reducir la renta a la base fiscal constituida por una cifra irrisoria.

II. Derecho procesal.

COMPETENCIA: VIVIENDA TRANSFORMADA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Arrendado un local para vivienda, con posterioridad, el arrendatario lo transformó unilateralmente en local de negocio y el arrendador dejó que transcurrieran más de quince años sin ejercitar acción alguna impugnatoria, las cuestiones que ulteriormente se susciten sobre tal arriendo se hallan sometidas a las reglas de competencia relativas a locales de negocio* (Sentencia de 24 de noviembre de 1958; ha lugar).

OBSERVACIONES: Un tanto aventurada parece la tesis expuesta; si a efectos de competencia hay que estar a la naturaleza inicial del contrato, sin que tengan relieve las mutaciones unilaterales de destino —sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1953, 20 de diciembre de 1955 y 31 de enero de 1957— no se advierte cómo el transcurso del plazo de prescripción de las acciones enderezadas a sancionar una violación contractual, pueda suponer una mutación en la naturaleza del contrato.

RECURSO DE SUPPLICACIÓN CONTRA LAS QUE NO ES ADMISIBLE: *El recurso de suplicación no se da contra las posibles infracciones cometidas en las providencias o autos dictados durante la sustanciación del juicio, porque dicho recurso, según el artículo 132 de la L. A. U., sólo se da contra las sentencias (Sentencia de 31 de octubre de 1958; no ha lugar).*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

MELÓN INFANTE, Carlos: *El Derecho de familia en Alemania. Orientaciones y tendencias desde la promulgación del BGB hasta la actualidad.* 1959-1-3

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero.* 1959-1-127

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La acción de petición de herencia.* 1959-1-199

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Transmisión de minas. Necesidad de autorización administrativa.* 1959-1-235

3. VIDA JURÍDICA

4. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

5. BIBLIOGRAFÍA

6. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

7. JURISPRUDENCIA.