

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1968.

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 II



ABRIL-JUNIO
MCMLVIX

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español (*)

J. GIRON TENA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I.—*La evolución del Derecho español.*

II.—*La Ley de 17 de julio de 1951.*

A) Problemas de repercusión de las directrices contemporáneas generales del régimen de la S. A. en la materia de responsabilidad de administradores.

1. Problema de ilimitación de responsabilidad.
2. Consecuencias en el problema de responsabilidad del tratamiento del órgano administrativo en su relación con el conjunto de la estructura de la S. A.

- a) Relación entre órgano administrativo y Junta General.
- b) Transpersonalización de intereses y de responsabilidad.

B) Exposición del sistema de preceptos de la Ley.

- 1. Orientaciones generales.
- 2. Tratamiento específico de la responsabilidad.
 - a) Problemas dogmáticos.
 - b) Problemas político-jurídicos.

El tema de la responsabilidad de los administradores de la S. A. —quizá como ningún otro— aparece indisolublemente unido a las concepciones generales que de la S. A. se tengan. Por esta razón, para poder hacer juicio exacto de las normas que, concretamente, tratan de responsabilidad hay que explicárselas en el marco de la ideología que sobre la S. A. haya tenido el legislador. Por esto, procuraremos ir tratando esta materia concediendo tanta atención a los preceptos como al conjunto de ideas generales sobre la

(*) El presente trabajo es la versión en castellano de una conferencia pronunciada—con las adecuadas adaptaciones—el 8 de septiembre en la «Faculté Internationale de Droit Comparé», de Luxemburgo, con cuya autorización se publica.

S. A. con los que aquéllos se relacionan y haciendo preceder esto a aquello. Con esta orientación general, nuestro plan consistirá en hacer una exposición de dos partes: primeramente veremos, con brevedad, la evolución histórica del Derecho español hasta la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y luego examinaremos ésta con mayor atención. A su vez, en el estudio de esta última, examinaremos la actitud de la Ley ante las consecuencias en materia de responsabilidad de los problemas contemporáneos de la S. A., que, como hemos de ver, versan fundamentalmente sobre la posible ilimitación de responsabilidad de los administradores, relación entre Junta General y Consejo y transpersonalización o no de interés social y de responsabilidad y, luego, ya en ese cuadro, expondremos el sistema de normas de la Ley que, específicamente, se ocupan de la responsabilidad de los administradores, con los problemas dogmáticos, de política-jurídica y técnicos que ha tratado de resolver la Ley española.

I. Examinaremos primeramente como se ha dicho *la evolución del Derecho español*. Así se comprenderá mejor la ley vigente.

Hay que tomar como punto de partida la fase constituida por el proceso de cristalización de los elementos que caracterizan como tipo especial a la S. A. y cuyo proceso podríamos decir que es una transformación de lo que era Política y Administración, en Derecho y específicamente Derecho Privado como corresponde al tránsito del *ancien régime* al individualismo liberal y democrático.

Nos conviene ahora recordar, aunque sean conocidas y repetidas, cosas de este tránsito tanto en lo referente a la Historia General como a la de la S. A.

Como es sabido, en esta fase de transición de los siglos XVIII y parte del XIX, según los países coexisten de un lado el antiguo régimen—monarquía absoluta, organización social estamental, mercantilismo económico—, y de otro lado los presupuestos históricos de su transformación, todos engarzados a la confianza en la Razon, que originará una corriente renovadora y reformista que comienza sometiendo a revisión al Gobierno, la Ciencia, la Religión, la Economía, la estructura social para llegar finalmente en el siglo XIX al Liberalismo en el seno del Estado Nacional que sustituye al Estado monárquico, que desea una Sociedad individualista e igualitaria, una economía que funcione por sí misma a virtud de una supuesta armonía interna, una ciencia secularizada. Específicamente en el plano económico conviene recordar que el tránsito se dará desde el «mercantilismo» —cuya esencia, como decía SCHMOLLER, está en su significación como política económica centralizada al servicio de las nacionalidades en formación, en el que, aunque ya comiencen a hacer sentir su fuerza algunos hombres de negocios, la iniciativa económica partía de los despachos de Gobierno, y que no sabiendo salir de la estructura medioeval asociativo-monopolística, únicamente la centraliza, de donde la política de con-

cesiones y monopolios privilegiados— al «liberalismo político y económico» que confiado en la función automáticamente reguladora de la libertad de los individuos, va a la destrucción de la estructura social precedente mediante la liberación industrial (liberación de gremios, reglamentaciones, privilegios, monopolios) para crear un mercado de competencia de individuos iguales y libres; sobre todo privatiza la iniciativa económica que ya no se inserta entre los fines del Estado siendo el portador de la misma desde entonces el empresario (1).

Las primeras Sociedades Anónimas, coloniales o no, instrumentos de la política económica pública (y de la militar y administrativa mezcladas con sus exenciones y privilegios monopolísticos) aparecen institucionalmente como entidades públicas aunque separadas de la organización administrativa común. Por eso, el significado de su fundación (entra en juego el derecho de asociación y con ello la intervención del Estado-policía, aparte del juicio de la oportunidad económica de la actividad y la concesión de la personalidad que implica un acto de integración en el Estado bien expresado, gracias a la continuidad de la historia inglesa, en la terminología conservada allí, *incorporation*). A su margen y sin el presupuesto de un Derecho de aplicación general van surgiendo las aplicaciones privadas del tipo (empresas bancarias, de seguros, textiles). Por esto, la primera actitud de confusión en Francia, a la que hay que referirse para explicar la actitud del legislador español. En aquel país la libertad industrial (1791) abrió la puerta a la constitución de Anónimas, pero la prohibición de Asociaciones, pensando en las organizaciones del antiguo régimen, las hace ilícitas. Y, por ello, pensando en su vieja función de política pública, monopolística y privilegiada se las prohíbe rigidamente en Decreto de 26 germinal, año II (1794) para luego, advirtiendo su lado de aplicación privada, declararlas libres —excesivamente libres— por el Decreto de 30 brumario, año IV (1796). No fué escaso el mérito del Código de Napoleón al perfilar los caracteres del tipo de entre la inseguridad aún existente (como puede advertirse viendo la descripción de las circunstancias que hace LEVY-BRUHL) (2), pero, en todo caso, se dejó caer del lado de la consideración ius-publicística en el momento esencial de conformación de la estructura y régimen que es la fundación que había de hacerse por aprobación estatal por la vía prescrita para los Reglamentos de Administración pública (art. 37). El proceso de liberalización vendría después. En nuestro Derecho,

(1) La síntesis es muy apretada. Como las interrelaciones históricas son muy interesantes en estas cuestiones y he tenido ocasión de ocuparme de ellas en otras ocasiones, me permito remitirme a mi libro *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, Introducción, y al trabajo sobre *El concepto del Derecho mercantil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1954, t. VII, números 3 y 4).

(2) V. *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles*, 1938, y antes en la «Revue Historique», 1937.

SAINZ DE ANDINO, que al decir de PARDESSUS y SAINT JOSEPH había sabido aprovecharse del Código francés para superarlo, (3) aunque no olvidemos que en los veintidós años del 1807 al 1829 se puede leer mucho en las tendencias de las transformaciones económico-sociales, también aquí lo hizo al formular una distinción que significaba saber ver y dar cauce a la privatización de la S. A. entre la regla general y las Compañías Anónimas privilegiadas, aquéllas han de someter las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y manejo directivo y económico al examen y aprobación del Tribunal de comercio del territorio donde se establezcan, (art. 293), las segundas, «las que hayan de gozar —como dice el artículo 294 del Código— de algún privilegio que Yo les conceda, para su fomento someterán sus reglamentos a mi Soberana aprobación». Aquéllas, las privadas, serán las del futuro, de éstas quedará alguna como reminiscente y más o menos transformadas quizá hasta enlazara con la vuelta actual a la intervención pública en la vida de las Sociedades Anónimas.

Y en este marco de ideas y de orientación general aparece la concepción orgánica de los administradores en la Sociedad y dentro de esa concepción estructural la zona específica de su responsabilidad. En las viejas sociedades privilegiadas los administradores—mayores interesados, funcionarios representantes de corporaciones—ocupan un cargo de autoridad con mayor o menor relación con la Junta General pero sin depender de ella. Aunque las Compañías españolas establezcan en sus Reglamentos una rendición de cuentas ante la Junta cada cinco años (por ejemplo, la Guipuzcoana de Caracas, fundada hacia 1728, o la Real Compañía de Filipinas de 1733, o la de La Habana de 1740), y se haga en reunión y anualmente la decisión sobre beneficios, la práctica debió ser expresiva de la subordinación al poder público que expresan estas líneas contenidas al tratar de las «Compañías de Privilegio» en la «Enciclopedia jurídica de derecho y Administración», obra incompleta dirigida por ARRAZOLA y buena fuente para el conocimiento del Derecho español de la época de la primera codificación, «en los tiempos anteriores casi no se autorizaba ninguna Compañía de privilegio sin que se le eximiera del derecho común, dando a la misma un protector y conservador que lo era a veces un Príncipe de la Real familia, un personaje...». Pero en la zona de las empresas anónimas privadas, las del futuro, la democrática orientación francesa fué seguida en la manera más expresiva por nuestro Código del 29 ya

(3) El juicio crítico del Código del 29 se hizo con motivo de su Centenario, conmemorado por la Academia de Legislación y Jurisprudencia. De ello da cuenta e información LANGLE en su *Manual de Derecho Mercantil*, I, 1950, 203. Ahí se hace referencia a estas apreciaciones de autores franceses, que interesan para hacer juicio de la influencia francesa en la época en los puntos que nos afectan.

que la posición estructural de los administradores (art. 31 del Código francés) se lleva con clara manifestación del concepto dogmático y de la intención político jurídica a la definición misma de la Sociedad Anónima (art. 265-3.^o) cuando se dice, «cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios». A cambio de esta clara caracterización no hay preceptos especiales de régimen de responsabilidad, lo específico se confía a que se establezca en las escrituras y reglamentos por vía de jurisprudencia cautelar, en los cuales dice el Código que se contendrá lo destinado a «regir su administración y manejo directivo» (art. 293 y 277).

Pero desde esta fase inicial que hemos descrito y hasta el Código vigente del 85 el Derecho español presenta muy interesantes manifestaciones de los fenómenos y tendencias peculiares de la etapa de consolidación de la legislación de S. A. y en relación con ello de conceptualización general de la responsabilidad de los administradores y de régimen específico de la materia.

Pronto, el desarrollo de las empresas Anónimas dió ocasión a lo que antes o después se dará en todos los países, a los fraudes en las fundaciones de Sociedades, momento éste que quizá sea el de más escándalo porque como es sabido el propósito moralizador y protector de los accionistas se localiza en el tratamiento de la fundación, y con cierta razón porque si las ocasiones de fraude también se dan en la administración social el que se hace en la fundación atenta a la existencia misma de la empresa. Es la época de la S. A. pensada—efecto de la fase de la Sociedad Anónima privilegiada—para la gran empresa y por ello la época de las fundaciones por suscripción pública. Los dos mercantilistas españoles que mejor han acertado a sistematizar en síntesis el Derecho Mercantil español del pasado siglo, MARTÍ DE EIXALÁ (4) y GONZÁLEZ HUEBRA (5), se hacen eco de la sensación común de riesgo en la fundación de estas Sociedades. El primero dice, «se prestan sobremana al agio y al fraude... comprometiéndose de esta suerte la fortuna de un gran número de personas»; el segundo habla de la insuficiencia del Código y dice que se abusaba de la libertad concedida para formarlas y que se especulaba por medio de ellas «hasta con la credulidad pública». En este clima, al parecer muy agudizado en 1846 (6) y al impulso de los cambios políticos se promulgó la fundamental Ley de 28 de enero de 1848. Esta Ley y su Reglamento de 17 de febrero siguiente no han despertado la atención que merecen sus abundantes anticipaciones a su tiempo de previsión y

(4) *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.^a ed., 1870, pág. 270.

(5) *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1853, pág. 144.

(6) Recientemente se ha dado una breve referencia histórica interesante de las circunstancias de la Bolsa, que fué lo que movió la actividad legislativa, en el libro conmemorativo del centenario del Banco de Bilbao

técnica porque aparecen subordinados bajo una constante tutela del poder político-administrativo tanto en la fundación como en la vida toda de la sociedad que será origen de vicios y motivo de la reacción ideológica que la derogará.

El régimen de la responsabilidad de los administradores puede describirse trazando las direcciones y técnicas fundamentales :

desde el punto de vista de la estructuración orgánica, base de la responsabilidad que analógicamente podríamos llamar política de los administradores, la Ley y su reglamento se cuidan de la subordinación a la Junta prohibiendo cualquier ruptura de la igualdad de derechos de los socios—anticipo de las formas de acciones de protección de la administración— y cualquier pacto que tienda a hacer irrevocable la administración o la gerencia (art. 2.º del Rgto.), pudiendo esta revocación ser con causa o sin ella (art. 27). Y el problema de la falta de interés de los socios por la administración viene atendido por medio de la designación obligatoria de personas encargadas de la inspección y vigilancia de la administración (artículos 1-1.º y 25), inspección ésta que quedaría en la sombra ante la inspección gubernativa constante ;

la regla general de responsabilidad es la del Código, no hay establecimiento de un particular patrón de medida o sistema de conjunto ; pero sí hay una prevención casuística, —la retribución ha de ser conocida y resuelta por la Junta General (artículo 5.º), se prohíbe la aplicación de fondos a fines propios (artículo 31 Reglamento), y a fines extraños al objeto social (artículo 16 de la Ley)— y una tutela penal, ya que, en caso de supuesto delictivo, la propia autoridad que lo descubre en su inspección ha de promover la persecución correspondiente.

Este régimen permanecerá en lo esencial, no hemos de detenernos en detalles, hasta que será arrastrado al mismo tiempo que los presupuestos políticos con los que nació, llevándose la corriente lo bueno y lo malo, lo técnico y lo político como era frecuente en los cambios de nuestro siglo XIX. Y también el que le substituyó trajo calurosa ideología y técnicas inteligentes e interesantes. Primeramente el Decreto de 28 de octubre de 1868 restableció, derogando toda la legislación especial la vigencia del régimen del Código del 29 ; luego la Ley de 11-19 de octubre de 1869 prescribió el nuevo sistema. Su inspiración ideológica está recogida en síntesis que dice todo—por eso se elige—en la Exposición de Motivos de la ley de aplicación del Decreto del 68 a los territorios de Ultramar ; sus palabras son : «El Estado no tiene en justicia facultad para imponer condiciones precisas a la asociación mercantil, ni puede sin negación y desconocimiento del Derecho arrogarse el de conceder o negar permiso para que los individuos se asocien, como si de él naciera y dependiera de su voluntad lo que es atributo de la naturaleza humana. Ni en buenos

principios es tampoco sostenible que el Estado a manera de tutor, intervenga en la vida íntima y en los actos todos de las Sociedades, pues su tutoría no se concibe cuando hay iniciativa en el protegido...». Y justamente estas ideas—Estado sin más fin que el Derecho e individuos a los que sólo se dan los instrumentos jurídicos para que se defiendan por sí mismos—llevan a las nuevas técnicas de saneamiento de la vida de las Sociedades Anónimas que sintetiza así MARTÍ DE EIXALÁ; «... dos principios, libertad y publicidad. Para la aplicación del primero se ha suprimido toda intervención administrativa—éste era, recuérdese, el matiz político constante del viejo sistema—para la realización del segundo se han adoptado dos medios, a saber: que todo conste en Escritura pública o acta notarial, que todo se publique en los periódicos oficiales y se anote en el Registro Público de comercio» (7). Y precisamente esta preocupación por la publicidad legal originará que, luego, para la redacción del Código vigente del 85 el legislador se aparte de los ordenamientos latinos y configure un Registro Mercantil de inspiración netamente germánica.

Pues bien, en el plano de la responsabilidad de los administradores no hay que decir que su posición orgánica con la tradicional amovilidad y subordinación a la Junta se refuerza. Pero, en el plano de las técnicas específicas del régimen, lo más importante es el reconocimiento de una acción individual de responsabilidad a cualquier socio contra los administradores. He aquí la duda en la práctica y la solución legal descrita en un Diccionario práctico del siglo pasado, muy usado, el de ESCRICHE, «Dudábase si en la mayoría de los casos expresados la acción era colectiva o de las mayorías o podía ser individual (el problema era importante porque se trataba de sustituir la tutela gubernativa de la Ley del 48 por la autotutela ante los Tribunales), y a esta duda ocurrió el artículo 11 de la Ley de octubre de 1869 declarando que los tenedores de acciones de las sociedades, como los interesados en las asociaciones de seguros mutuos, tienen el derecho así individual como colectivamente de reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los Estatutos y Reglamentos por que se rijan y de los acuerdos de las Juntas legítimamente adoptados y de exigir responsabilidad a sus mandatarios o administradores del uso que hayan hecho, de las facultades que les han conferido y de la exactitud de los documentos públicos» (8).

El Código de comercio, ya historia en la parte de S. A., puede decirse que lo único que hace —aunque ello arrastre, a veces, consecuencias interesantes— es integrar las ideas de la Ley del 69 en el sistema de conjunto de la investidura de Código. Basta una explicación: el Código oculta femeninamente su edad ya que, aunque promulgado el 85, viene de un Proyecto del 71 hecho

(7) Op. cit., pág. 274.

(8) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, pág. 351.

por una Comisión nombrada precisamente el 69 y ajustándose a unas bases promulgadas por Decreto de 20 de septiembre del 69 que son una brillante muestra de oratoria progresista decimonónica de la orientación que antes se ha dicho. En su propia Exposición de Motivos manifiesta, después de haberla elogiado, inspirarse en iguales principios que la Ley del 69: libertad, ausencia de intervención administrativa y amplia publicidad.

Pero la materia de responsabilidad, llamado el ambiente receloso respecto de la posibilidad de fundaciones fraudulentas, que en general dejan de constituir problema vivo, quizá, por efecto, de un extremo, de la responsabilidad penal y, de otro, del efecto regulador de la moral comercial utilitaria bajo la forma del crédito, no es ya tratada con el rigor de la Ley del 69 y desaparece la acción individual que antes hemos visto. El Código dedica a la materia solamente el artículo 156. Este texto legal recibe diversas influencias pero en realidad manifiesta un deseo del legislador de sintetizar y expresar en forma generalizante las ideas corrientes entonces en la doctrina y jurisprudencia. El estilo y los conceptos vertidos en el artículo permiten ahorrar comentarios sustituyendo éstos por su lectura: «los administradores de las Compañías Anónimas son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si por infracción de las Leyes y Estatutos de la Compañía, o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus Juntas Generales, irrogaren perjuicios y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata».

Esta técnica legislativa, de enmarque en el Derecho común, sin casuística y manteniéndose en la gran flexibilidad que corresponde a la amplia generalización que supone, ha sido conservada hasta la Ley vigente. No ha habido una elaboración jurisprudencial que marcara contornos y desarrollos. Ha sido labor ésta de la doctrina, en forma semejante a la de otros países. Se ha procedido por el juego de ideas genéricas. En cambio, en la materia de los principios la Jurisprudencia española ha sido fiel guardadora de la tradición rechazando cualesquiera fórmulas que atentaran a la amovilidad y subordinación de los administradores a la Junta y consiguientemente a la libre revocabilidad por ésta (así, por ej., las Sentencias de 26 de febrero de 1916, de 31 de diciembre de 1930, de 28 de junio de 1934).

II. A propósito hemos dejado sin tratar aunque fuera contemporáneo de cosas dichas, el movimiento reformista que pronto, después del Código de comercio se inició.

La razón está en que la Ley española no ha sido el resultado de ese movimiento reformista sino la tarea de un grupo de juristas que ha trabajado principalmente sobre las más importantes leyes del Derecho comparado. Puesto que no nos es preciso para com-

prender a ésta y no se tiene demasiado espacio y tiempo es de estimar bastante esta simple referencia (8 bis).

La importancia de esta *Ley de 17 de julio de 1951* que comenzamos a estudiar ahora es extraordinaria, porque no ha sido una ley de retoques de puntos viciosos, sino que ha ambicionado establecer un régimen completo para la S. A., prescindiendo de toda vinculación sistemática al régimen precedente. Tiene, además, otro gran interés; es éste: no ha pretendido ser castiza y nacionalista, se ha inspirado en las fórmulas y técnicas que le ofrecían los mejores ordenamientos europeos y justamente por esto contiene indirectamente una actitud y resolución crítica ante la comparación de los mismos. Puede servirnos para explicar sus orientaciones la distinción entre legislación de políticos y legislación de juristas. Esta ha sido de juristas presididos por el renovador de los estudios mercantiles de nuestro país el Profesor GARRIGUES.

En cuanto a la orientación general de la Ley hay que decir que deliberadamente ha deseado no recibir influencias políticas, ni contiene declaraciones transpersonalistas, ni tampoco ha pretendido recoger las tendencias sociales y obreras en relación con las empresas. El fin ha sido sencillamente llenar la insuficiencia del Código de comercio, denunciada por los mercantilistas. Aunque modificada la Exposición de Motivos de la Ley respecto de la del Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos—mucho en la parte de orientaciones generales—como las modificaciones en el articulado de la Ley han sido escasas sigue sirviéndonos la Exposición del Anteproyecto para conocer el deliberado propósito del legislador. He aquí recogidos y unidos varios párrafos que así lo dicen: «Los propósitos... quedan limitados al ámbito estrictamente técnico de la S. A.... El Derecho que se pretende instaurar es sencillamente el Derecho Universal de la Sociedad por acciones adaptándolo en lo que ha sido posible a los principios que en el Código vigente y sobre todo, en la realidad de estas Sociedades presiden este sector de la vida económica española. Y las razones que al exponerse confirman el propósito limitado que se ha indicado, se dicen así por la Exposición de la Ley: «La Ley se limita a la reforma mercantil de la S. A. Ello no implica desconocer los problemas de tipo social que se agitan en el seno de la empresa... Mas el intentar abordarlos ahora... sería tanto como suponer erróneamente que todas las empresas están regidas por S. A. y aunque así fuese sería forzoso distinguir entre la empresa como organización económica caracterizada por la comunidad de trabajo y la sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa... con problemas que extravasan el contenido propio de una Ley de S. A....». El Anteproyecto daba también otras razones no como éstas, formales. Más tarde las veremos.

(8 bis) Una buena información de todo este movimiento, con datos bibliográficos muy completos, se tiene en GARRIGUES: *Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la S. A.*, en «R. D. M.», 1950, págs. 157 y sigs.

A) Parece que a la vista del agnosticismo de la Ley nada podría decirnos ésta, por haberlos ignorado, de los problemas de repercusión de las directrices críticas contemporáneas generales de la orientación del régimen de la S. A. en materia de responsabilidad de administradores. En realidad, sin embargo, como descubre la Exposición del Anteproyecto y veremos, hay una aportación en ese sentido. Pero aclaremos antes qué es lo que deseamos tratar.

Hoy, quizá, como consecuencia de las transformaciones políticas económicas y sociales de la post-guerra, se hace objeto de revisión la congruencia con esos datos de los principios y de las líneas estructurales de la S. A. Además, quizá como consecuencia de ello, en una contemplación retrospectiva de su historia se trata de ver los problemas que no ya de relación sino internos, se pueden considerar actuales aunque viejos, sencillamente porque no estén resueltos. Ciertamente con una cierta arbitrariedad como la hay siempre en toda elección me parece que a la vista de las tendencias europeas manifestadas podrían caracterizarse como los más significativos de esos problemas para nuestra materia de responsabilidad los de posible ilimitación de responsabilidad de los administradores (que es una vertiente del problema general de la conservación de la impersonalidad del anonimato cubierto por la personalidad jurídica suponiendo identificada la concentración del poder empresarial) y los de ordenación del sistema de fuerzas, intereses y desinterés de accionistas administradores, y empresas, problema éste de disposición de conjunto de la posición jurídica de los administradores en la empresa y su relación con su responsabilidad (9).

(9) Para ponderar cuáles hayan de entenderse como problemas realmente importantes y peculiares de las circunstancias de tiempo y lugar, hay que utilizar también ponderadamente la literatura sobre la materia. A este efecto, entendemos que sería bibliografía adecuada la siguiente, GARRIGURS: *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, 1933; GOLDSCHMIDT: *Recenti tendenze nell Diritto della S. A.*, 1935; GAILLARD: *La Société Anonyme de demain*, s. d.; RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2.ª ed., 1951; MOSSA: *Problemi attuali delle società per azioni*, en «N. R. D. C.», 1951, págs. 1 y sigs; FISCHER: *Rechtsschemen und Wirklichkeit im Aktienrecht y Die Reform des Aktiengesetzes*, en «A. C. P.», 1955, págs. 85 y sigs., y 181 y sigs; los trabajos del 39 «Deutscher Juristentag», *Untersuchungen zur reform des Unternehmensrechts*, y sobre ellos, el trabajo de LIBONATI: *Recenti tendenze del Diritto germanico in tema de società e di cartelli*, en «R. delle Società», 1957, páginas 896 y sigs. También en el plano de reforma el «Cohen's Report», sobre la reforma inglesa de 1948. AMIAUD: *L'évolution du D. des sociétés par actions*, en «Le Droit privé français au milieu du XXsiècle», «Etudes offertes a Ripert», II, 1950, págs. 293 y sigs. Muy interesante el trabajo de síntesis de ASCARELLI: *I problemi delle società per azioni*, en «R. delle Società», 1956, I, págs. 3 y sigs., que tiene la autoridad de los reiterados trabajos del autor sobre la materia. También el de FERRI: *Potere e responsabilità nella evoluzione della Società per azioni*, y el de FRÉ: *Recenti orientamenti della dottrina, della giurisprudenza e della attività legislativa in materia de società per azioni*, ambos en la misma Revista (Fasc. 1).

1. La cuestión de la ilimitación de responsabilidad de los administradores no es un tema completamente nuevo. Lo que cambia es los matices del planteamiento. Pero antes de hacer una referencia al planteamiento, para explicar y hacer juicio de la actitud de la Ley española que será nuestro plan, conviene hacer unas aclaraciones acerca del equívoco terminológico que se deriva de hablar aquí de responsabilidad.

Ese término «responsabilidad» se usa unas veces y mal, en sentido económico y otras en sentido jurídico. Si se quiere usar la palabra responsabilidad como en el plano jurídico en el sentido de la sujeción a la reacción que el ordenamiento jurídico liga al daño (10) —en cuyo caso pensamos en relaciones patrimoniales intersubjetivas— no debe pensarse que sirva con exactitud para significar la incertidumbre a que se somete el empresario en su función empresarial que le ocasiona pérdidas, en lo que no juega ni la idea de culpa ni la de relaciones intersubjetivas, pueden no extravasar su propio patrimonio, ni ocasionar daño a nadie sino a la comunidad económica tomada colectivamente (11).

Hay dos derroteros, uno continuado y económico-institucional y otro político que han venido impulsando esta cuestión. Ya antes del desarrollo de los regímenes totalitarios se había observado y, ello, había tenido eco en nuestro país, que en las Sociedades Anónimas no había un juego equilibrado de poderes diversos que se conjugaban en las decisiones sino que de una manera u otra se definían ciertos grupos de control de la entidad y muy principalmente ocurría esto con los administradores (12). Esta vieja corriente sigue hasta hoy. Muy esquemáticamente el razonamiento es éste: en el sistema económico capitalista o de economía libre o de tráfico es pieza fundamental el empresario con su libertad de iniciativa previendo la demanda del mercado, organizando la producción combinando los factores de ésta con la posibilidad de una ganancia o, técnicamente, beneficio, no medible de antemano frente a lo que sucede respecto del salario, interés y renta. Con su libertad de decisión, e ilimitación del beneficio, correspondería la ilimitación de su responsabilidad que lleva no sólo a soportar pérdidas sino a la exclusión completa del incompetente con la quiebra. Esta sería la regla, el fundamento de su excepción, con la limitación de responsabilidad estaría en la inexistencia de empresario individual por no existir personas en el tipo empresarial colectivo en quien iden-

(10) V. DE CUPIS: *El danno: Teoria Generale della responsabilità civile*, 1946 (pág. 262).

(11) Como es sabido, y prescindiendo de los precedentes, desde el estudio de KNIGHT: *Risk, Uncertainty and Profit*, de 1921, las ideas están suficientemente claras en la Teoría económica. De todas maneras, en ambos sentidos se usa en la cuestión que tratamos, y por ello, la aclaración sirve sólo como advertencia metodológica para en caso de diferenciar.

(12) V. GARRIGUES: *Nuevos hechos...*, cit., págs. 92 y sigs. Toma las observaciones de MULLER-ERZBACH, en «Umgestaltung der A.G. zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Grossaktionäre», 1929.

tificar el empresario. Pero si esto deja de ser cierto, si la Sociedad es sólo un manto que encubre uno o varios sujetos personales que ejercitan sin dividirlo el mando sobre ésta, se debería, levantando aquel manto, hacer renacer la regla de la responsabilidad ilimitada (13).

En el plano político, a veces, con mezcla mayor o menor con las anteriores consideraciones, los movimientos totalitarios creyeron de inescindible consecuencia con el principio de Jefatura (Führerprinzip) la necesidad de luchar contra el anonimato y simultáneamente, lo que también es concorde con el capitalismo, buscando en la S. A. la identificación de un Jefe. Identificado éste, de ello se seguirá una responsabilidad especial tanto en sentido técnico-jurídico—sobre lo que volveremos luego—como en sentido económico-institucional en el sentido de riesgo patrimonial ilimitado. Esta segunda dirección condujo a la facilitación de las transformaciones en Sociedades de personas y a la preconización de las comanditarias por acciones como sustitutivo de la S. A. como si no se tuviera ya la experiencia del pasado siglo (14) buscándose así una ilimitación de responsabilidad para los Consejeros-colectivos. De otra parte, y, como se ha dicho, mezclándose a veces las motivaciones a una preconización de responsabilidad ilimitada de los Consejeros en ciertos casos, por lo menos. La Ley francesa de 1940 se suele citar como ejemplo en este sentido (15).

También en nuestro país se presenta la cuestión con esta peculiar mezcla de las ideas políticas con las científicas. En una de las leyes fundamentales si bien en forma programática, huyendo de la especificación con tecnicismos adecuados se dejó indicado que el Jefe de la empresa asumiría la dirección de la misma siendo responsable de ella ante el Estado (Fuero del Trabajo, Punto VIII). Por este rumbo la doctrina española más calificada ligó esta declaración a los viejos y nuevos problemas de las Sociedades Anónimas principalmente a los de relación entre la masa de los accionistas y los administradores y a los del uso y abuso del anonima-

(13) Pueden verse los trabajos de FERRI y FISCHER, cit., en not. 9, y de este último, con más detalle en la cuestión, su monografía *Die GmbH*, dedicada a toda la historia de los trabajos de reforma de esta sociedad.

(14) Sobre estas cuestiones y sobre los riesgos de que los colectivos de las comanditarias por acciones fueran simplemente hombres de paja, pueden verse como orientadores, ya que la cuestión sólo nos interesa incidentalmente, los trabajos de VOLWEILER: *Die Entwicklung der Unternehmer-Gesellschaften unter der Einfluss der Auflösung und Umwandlungsgesetzgebung*, en «Jahrbuch der National Oekonomie und Statistik», 1938, pág. 599, y SCHWARTZKOPPEN: *Società di persona e società di capitali*, aparecido en trad. italiana en «Lo Stato», diciembre de 1940.

(15) En realidad, como luego veremos de nuevo, obedece a un proceso legislativo francés al margen de ideas políticas autoritarias. (Véase sobre esta Ley francesa de 16 de noviembre de 1940 modificada el 4 de marzo de 1943, MINERVINI: *Per un accentuazione della responsabilità de gli amministratori di S. A.*, en «Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa ed. "Jovene"», 1954, págs. 321 y sigs., y VEAUX: *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, 1947.

to en las distintas manifestaciones—simuladas, fraudulentas, indirectas, fiduciarias, egosociedades—de utilización de la figura jurídica que ponen en trance de discusión el fundamento del atributo privilegiado de la limitación de responsabilidad (16).

Pero cuando los juristas de la Comisión redactora del Anteproyecto abordaron esta cuestión expresaron su pensamiento advirtiendo el riesgo de una interpretación del texto, sólo orientativo, del Fuero del Trabajo que estuviera en contradicción con las exigencias de las ideas de pura tradición científica mercantilista (17).

Y, sin duda, los redactores del Anteproyecto y luego la Ley que no le cambia expresaron las ideas generalizadas entre los mercantilistas y juristas españoles en general. Hay buenas razones para ser prudente en esta materia. Con ocasión de varios trabajos (18) he tenido que pensar en este tema de relaciones entre responsabilidad y posición del empresario en el sistema capitalista. Por ello me voy a permitir exponer mi punto de vista brevemente.

El punto de arranque es el de relación de nuestro tema de una parte con el sistema económico, y, de otro, con los conceptos jurídicos particularmente con el de responsabilidad. En el sistema económico de economía libre se parte de una descentralización que atribuye al empresario la iniciativa económica en la esencial función de atender a la democrática demanda del mercado canalizando los factores de la producción o recursos, produciendo en su empresa los bienes y servicios para aquélla. Hasta aquí no hay problema. Lo hay, en cambio, en la sanción con que se ampara esta función empresarial. Una evolución de siglos espontánea y autonó-

(16) Puede verse sobre estos puntos, GARRIGUES: *La reforma de la S. A.*, «Rev. Esp. Políticos», 1941, I, pág. 205, y «La S. A. en el nuevo Estado», en Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, 1942 pág. 129; «Juan Hurtado»—seudónimo del Prof. POLO—: *Problemas actuales de la S. A.*, en el diario «Arriba», en diversos números de 1942, especialmente apartado X, I, II, III.

(17) De manera más o menos clara esto se deduce de la Exposición de Motivos del Anteproyecto: «... el capital que los accionistas aportan ni debe serlo todo, ni puede dejar de ser un instrumento esencial en este tipo de empresa. Sería insensato querer privar a la S. A. de su carácter capitalista... «la existencia de muchos capitalistas exigía la participación de ellos en la gestión de la Sociedad, ya que no podía serles indiferente el manejo que de su dinero se hiciese»... «La posibilidad de exigir esta responsabilidad—la del Punto VIII del Fuero del Trabajo—parecía una compensación equitativa del reforzamiento de los poderes de la dirección. Pero los redactores del Anteproyecto han creído más prudente abstenerse de formular el principio de la responsabilidad social de los administradores en vista de las dificultades que esta formulación ofrece y que han llevado a las legislaciones que la abordaron a declaraciones de una extrema vaguedad». Como puede verse, no se toma de la responsabilidad sino su aspecto social, no es alude a significación institucional de la limitación o ilimitación.

(18) Un libro sobre *Las Sociedades de Economía mixta*, 1942; otro sobre *Introducción al Derecho mercantil inglés de la economía de guerra*, 1950; un trabajo sobre *Empresas públicas*—en «Arbor», 1949—y un libro en preparación sobre Sociedades de responsabilidad limitada.

mica—y no está de más recordar que es mucho más rica la previsión del Derecho de formación espontánea que el de invención de los juristas—ha optado por una actitud extremista y muy rigurosa: a la completa libertad y autonomía de decisión y al estímulo de ganancia ilimitada se contrapesa con la quiebra. Aquí sí hay que aclarar: no se trata sólo de la puesta en práctica de la ilimitación de responsabilidad en manera concursal; junto a este aspecto patrimonial y a pesar de todas las dulcificaciones—que van del toque a muerto medieval de campanas a los tratamientos del Derecho comparado de hoy—hay un aspecto personal que se hace efectivo en la inhabilitación del quebrado que proclama su incompetencia y a veces su inmoralidad y le excluye de la función empresarial. En la ilimitación de responsabilidad se satisfacen intereses patrimoniales en relaciones intersubjetivas. Con la inhabilitación se satisfacen intereses colectivos predominantemente personales pero indirectamente patrimoniales: que la canalización de recursos no vaya a la idea empresarial correspondiente al sujeto de que se trate ni a su administración. Finalmente, téngase en cuenta que en esta ilimitación de responsabilidad juega la palabra responsabilidad sin ir necesariamente unida a la idea de culpa, se trata, en realidad, de una asunción de riesgo. La ilimitación no concursal sí es, en cambio, responsabilidad y en principio por culpa. En esta forma creemos que queda claro que los intereses colectivos no se satisfacen primordialmente por la ilimitación de responsabilidad, sino por lo que llamaríamos mejor descalificación como empresario y que es ahí donde está el punto de relación con los sistemas económicos. La limitación o ilimitación afecta, en cambio, fundamentalmente al grado de garantía y grado de riesgo de acreedores de un lado y deudores de otro pero siempre en el plano de relaciones de patrimonios de sujetos de derecho determinados. Hay, ciertamente, una polarización de intereses en la forma indicada.

Con esta salvedad puede pasarse al fundamento de la ilimitación: es una garantía de acreedores que pondera la libertad y completa imputabilidad de los actos del posible deudor. Aquí hay una proyección del liberalismo político en el Derecho. Porque el principio general es la libertad y la decisión automática, la regla es la ilimitación y lo contrario las excepciones. Cuando la decisión se comparte o se delega, no es propia exclusivamente o no es libre, es de aplicar la limitación. Y, en este plano, surgen las dificultades del Derecho de Sociedades para los economistas y para los juristas. Los economistas se preguntan quién fuera el empresario en la Sociedad Anónima (si un grupo, si los administradores, si el Presidente del Consejo). Los juristas, si descubierto quién tiene el poder debe conservarse la limitación de responsabilidad.

A mi manera de ver hay que distinguir cuestiones de principios y de regla general o excepción, de permanencia u ocasionalidad de los problemas y de dificultades prácticas. En el plano de

los principios y de establecimiento de regla o excepción no parece que pueda pensarse que la falta de libertad (19) sea tal como para excluir la regla; tampoco que ofrezca iguales garantías la limitación que la ilimitación (20) ni que la función creadora del empresario haya de entenderse en trance de desaparición siendo esto deseable (21). Parece que debemos estar en cada caso a considerar que la limitación es excepción que ha de justificarse. Pero de aquí no se sigue que la identificación de un grupo de poder donde se creía ver sólo despersonalización sea ya fundamento de la excepción. Aquí entra en juego el problema de relaciones de libertad, imputabilidad, permanencia y ocasionalidad. Es muy arriesgado —no se atrevería un economista que ve las cosas más complejamente desde los ángulos psicológicos y sociales (22)— a identificar como empresario a un grupo de accionistas que más o menos permanentemente se hacen activos en la empresa. Hay un decidir ocasional o un control y un estar asiduamente en las cosas compartiendo, en cambio, la decisión actual o potencialmente; mientras esto exista no puede identificarse, porque su personalidad estaría incompleta, un empresario ilimitadamente responsable. En todo caso, existe un riesgo de generalización precipitada e insegura, tan insegura como es para los economistas la identificación del empresario. Mientras así sean las cosas, lo indicado será operar sobre la base de los correctivos que no cortan la generalización ni el principio: simulación, fraude, observancia de las normas sociales aun por la persona individual en la egosociedad, etc. y todo ello sucesiva o conjuntamente. Asimismo, habrá que fundamentar caso por caso en la doctrina o en el Derecho positivo la casuística del levantamiento del velo o manto de la personalidad jurídica.

Ahora bien, de los distintos sentidos de responsabilidad: responsabilidad y descalificación, se sigue que lo que se ha dicho res-

(19) Sobre este aspecto de la cuestión y en general sobre las distintas tendencias en cuanto a la justificación de la limitación de responsabilidad es interesante la síntesis que se hace en el *Kommentar zum G. betreffend die G. m. b. H.*, de HACHENBURG, ed. 1953, I, pág. 101.

(20) ASCARELLI habla de esto respecto de la S. A. Entendemos que precisamente ahí, en ese tipo—que es el que considera dicho ilustre autor—, los elementos de hecho permiten el control que garantiza. Pero a ese control se le escapa la actuación de una o pocas personas individualmente o en sociedad; la facilidad para la complicidad es lo que posibilita el manejo instrumental de la personalidad jurídica como manto para cubrir a personas individuales. Por otra parte, piénsese en que la técnica de control de pocas —relativamente— grandes empresas no es lo mismo que millones de personas con un tope patrimonial de responsabilidad y más millones de acreedores concurrentes respecto de cada una con las cuestiones de conocimiento de solvencia y rango para los que vengan detrás.

(21) Sobre estas cuestiones de empresa y empresario en sentido económico entiendo que no siendo esta ocasión de hacer una información de literatura de Economía está indicado valerse de un Manual suficientemente informativo y crítico. A este efecto nos valemos del de MARCHAL-BARRE: *Economie politique*, «Presses Universitaires», I, pág. 390.

(22) V. MARCHAL-BARRE: Loc. cit.

pecto de la ilimitación de responsabilidad no tiene el campo que parece suponerse; en efecto, en el plano de las hipótesis y de lo predominante, para mayor claridad, si hay descalificación y no ilimitación de responsabilidad se atienden los intereses colectivos y no los privados intersubjetivos, si hay ilimitación y no descalificación ocurre lo inverso, y si ni una cosa ni otra ni uno ni otro aparecerá, atendido. Por esto, si no la ilimitación objetiva o por riesgo respecto de los administradores, ya que no debe generalizarse, que decidan sin control y para los daños culposos hay responsabilidad ilimitada, lo que, en cambio, es distinto, es que la asiduidad de la gestión a ellos encomendada que plantea no sólo un problema de decisiones, sino de competencia y moralidad se vea libre de la sanción de la inhabilitación del inepto. Aquí, en cambio, por intereses colectivos sí debería evitarse el vacío que se produce al disolverse la responsabilidad en la imputación a la persona jurídica; de ello ya se tiene ejemplo no por cierto por razones ideológicas y sí de continuada experiencia en el práctico Derecho inglés (23).

2. Examinado el problema de la responsabilidad ilimitada quedan por ver las consecuencias del tratamiento del órgano administrativo en su relación con el conjunto de la estructura de la S. A. en el problema de la responsabilidad de los administradores.

Hay que cuidarse de dar formulación suficientemente precisa a las cuestiones cuyo tratamiento buscaremos en el Derecho español. Se trata no de cualesquiera cuestiones, sino de aquellas que afectan al conjunto de la concepción estructural de la S. A. Afortunadamente si se prescinde de detalles es posible, por lo menos, identificar con seguridad cuáles son esas grandes cuestiones porque la doctrina al margen de prejuicios políticos o de intereses las ha venido denunciando aunque haya acumulado matices nuevos desde hace bastantes años (24). Para focalizar la atención podríamos decir que en síntesis se trata siempre de un problema de atribución de poder, de ello se sigue un problema de configuración de responsabilidad. Y ello se da en un proceso evolutivo de las ideas y de los hechos cuyo esquema podría trazarse sintéticamente en la

(23) El esquema de ideas del Derecho inglés era el siguiente: La Sect. 217 de la Companies Act. 1929 permitía suspender por cinco años de cualquier actividad directiva o gestora a los administradores que cometieran fraude. La nueva Ley del 48 refuerza notablemente este régimen: no sólo cabe la sanción de inhabilitación por cinco años en caso de fraude sino también en cualquier supuesto de quebrantamiento de sus deberes—cuya gravedad ha de apreciarse por el Tribunal—en relación con la Sociedad. Y la acción se atribuye a socios y acreedores de la Sociedad. Vid. sobre ello MORRIS FINER: *The Companies Act.*, 1948, págs. 85 y sigs. Y además el Tribunal puede hacerle ilimitadamente responsable si en efecto la actividad social cae bajo el concepto de «fraudulent trading». (Vid. PALMER'S: *Company Law*, 19 ed., págs. 409 y sigs.). Este régimen inglés refrenda la tendencia de la Ley francesa del 40 con una mayor tradición.

(24) Podemos valernos de los mismos trabajos citados en nota 9.

forma que sigue. El siglo XIX, congruentemente con las ideas y la situación institucional de la época, configuró democráticamente la S. A., atribuyó a los titulares del capital que lo someten al riesgo de su pérdida el poder de decisión, pues esto es el régimen de mayoría de accionistas, y sometió a los mismos a los administradores cuya responsabilidad fué concebida análogamente a la de los mandatarios. Esta situación de las ideas y de los hechos o ha cambiado en sectores de la realidad suficientemente amplios para constituir problema o ha sido objeto en el plano ideológico de revisión. Ambas cosas se dan, a veces, interfiriéndose, pero de todas formas son, sin duda, las polarizadoras. En efecto en el primer sentido se ha observado que la mayoría ha sido destronada o ha abdicado —no es seguro si por desinterés o por necesidad—, que las sociedades son mandadas con frecuencia por grupos minoritarios, o por los administradores, que en esta forma se desligan de la subordinación en materia de responsabilidad y que todo ello se obtiene por consecuencia de ciertas situaciones económico-sociales y mediante ciertas técnicas más o menos tipificadas. En el segundo sentido hay una observación y una teorización; se pretende advertir que algunas sociedades tienden a autosocializarse (25). De ahí se sigue una ampliación de intereses, la introducción de intereses colectivos no implicados en la concepción puramente privatístico-capitalista y como secuela una distinta jerarquización de poderes y responsabilidades. Relacionándose con esta corriente o a su margen se ha desarrollado una teoría de la independización de la empresa como organización de elementos materiales, inmateriales y personales que se situaría en el vértice de la pirámide de poder destronando a la mayoría. A su sombra y junto a las realidades o exactitudes se sitúan los intereses de los administradores que serían los definidores de los intereses de la entidad. Pero también presta esta corriente el punto de apoyo para la teorización política fundamentando el principio de caudillaje con la consiguiente independización también de la mayoría capitalista.

Examinemos en estos rumbos aproximándonos más al detalle la *a p o r t a c i ó n e s p a ñ o l a*. Al hacerse este examen con alguna crítica habrá ocasión de hacer juicio no sólo de la Ley española sino de las corrientes en sí mismas.

Lo que primeramente tenía que resolver la Ley española era una opción por una concepción u otra. De una manera clara por sus propósitos declarados y por las normas concretas de sus artículos se ha pronunciado contra la transpersonalización de la Sociedad Anónima (26). Las razones han sido de una parte de oportunidad

(25) Expresión que tomo de FISCHER, quien a su vez expresa así el movimiento originado por KEYNES en 1926 cuando en Berlín publicó ésta su observación. Vid. *Rechtschein und Wirklichkeit...*, cit., págs. 91 y sigs., con el detalle de las repercusiones en la doctrina germánica.

(26) Podría temerse que el legislador se ha apoyado en razones formales, porque la Ley ha sustituido textos de la Exp. del Anteproyecto, pero

y de otra de fondo. La Exposición de Motivos de la Ley se apoya en una razón de oportunidad a la que adiciona un fundamento conceptual, aquélla es que no hay por qué llevar sólo a la S. A. las concepciones político-sociales sobre la empresa sino, de aceptarse, a todas las empresas se invistan o no de aquella tipología social porque, se dice, no es lo mismo Sociedad que empresa. Ciertamente que la Ley no innova con esto, pues esta diferenciación es tema que ya preocupaba a la doctrina italiana (27), pero ésta la utilizaba para otros fines y por ello hay anticipación a la doctrina alemana actual contradictoria de estas tendencias que, ya especificando, diferencia los intereses monísticos —de socios, del Derecho de Sociedades— de los pluralísticos —capital y trabajo— que afectan a la estructura de las empresas (28). Pero es que, además, hay la idea que entendemos muy interesante de que las pretendidas modificaciones inspiradas en la transpersonalización de la S. A. pueden desnaturalizarla de tal manera que de lo que surgiera no pudiera esperarse que llenase la función que en el sistema económico que vivimos ha llenado y está destinada a llenar la S. A. (29). Me parece, reiterando lo que decía el año 49 en un trabajo sobre empresas públicas, que PIGOU nos daba una buena guía a los juristas: la congruencia con el sistema económico actual desde un punto de vista científico pide que no dejen de ser empresas privadas y con orientación privada sino las que se encuentren en condiciones en que su funcionamiento hubiera de ser contrario al sistema —ejemplo, monopolio— o cuando expresamente se desee una orientación derechamente distinta de la peculiar del sistema económico libre.

Viniendo ahora ya específicamente al tema de responsabilidad, la distinta concepción que se adopte entre los dos grandes rumbos indicados repercute fundamentalmente en dos puntos muy importan-

no sería esto bastante porque los artículos quedan, a veces reforzados, como veremos.

(27) Puede verse el trabajo de CASANOVA: *Società ed impresa*, en «N. R. D. C.», 1949, págs. 1 y sigs., y recogiendo diversas tendencias, ROMANO-PAVONI: *Teoria delle Società*, 1953, págs. 182 y sigs.

(28) Vid. LIBONATI: cit., pág. 943.

(29) Por eso dice la Exp. de Motivos del Anteproyecto: «Mas la incorporación a la Ley de S. A. de los otros dos postulados (destronamiento del capital y responsabilidad de los administradores) ofrecía grandes dificultades a causa de la delicadeza del tema y de la conveniencia de no injertar en el organismo, extremadamente sensible de la S. A., principios que pudieran ser *contradictorios a su esencia*. Por otra parte, los redactores del Anteproyecto tenían ante sí la experiencia de otros países en los cuales la revolución política no ha conseguido penetrar en el cuerpo vivo de la S. A. En ellos el dogma antidemocrático que quiso ser transportado sencillamente desde el campo de la política al campo de la técnica jurídica, tuvo que sufrir las cortapisas impuestas por la propia naturaleza de la Sociedad por acciones, porque si es cierto que el sistema democrático puro ha fracasado en su aplicación a la S. A. también es verdad—y es una verdad acreditada por la experiencia—que ese principio no puede ser enteramente sustituido por el principio opuesto que pone en manos de una sola persona la dirección de la empresa.»

tes: en el de la posición jerárquica del órgano administrativo respecto de la Junta General y en la formulación de la cláusula general que mida la orientación de la actividad gestora y representativa.

a) Veamos la primera cuestión: relación desde el punto de vista jerárquico entre Órgano administrativo y Junta General.

En los años en que la Ley se elaboraba las corrientes que hemos descrito antes habían tenido en alguna manera acogida en la Ley alemana de 1937 como una de las posibles formas de manifestarse el «Führerprinzip». Hay que decirlo con estas salvedades porque, en realidad, había aquí una manera de tratar los viejos problemas de vicios de la Junta General y de concesión a la teoría de la empresa en sí junto a una recepción de exigencias políticas en la Ley. Y la cantidad que de unas u otras ideas hay en la independización del «Vorstand» respecto de la «Hauptversammlung» no es posible determinarla. Es el hecho, en todo caso, que a ésta se la desposee de su posición dominante y que los administradores reciben una esfera de libre determinación de la orientación de la empresa al margen de las instrucciones de aquélla, de donde que no estén respecto de ella en la posición de mandatarios que ante ella hubieran de ser responsables si bien, por el mismo carácter híbrido de la orientación, luego, al establecerse el régimen concreto de responsabilidad, aparezcan reconocidos los derechos de los accionistas. Hagamos notar también que este carácter equívoco explica que unos autores estimen que la Ley se ajusta a las exigencias políticas y otros entiendan que aunque aparezca con esa apariencia externa en realidad no contiene sino una determinada técnica de tratamiento de los vicios de la relación entre Junta y Administración (30).

La Ley española deliberadamente ha querido evitar todo posible equívoco en esta materia. Y es importante hacer notar que la Ley ha ido más allá que el propio Anteproyecto. Este se manifestó expresamente. Decía en su Exposición de Motivos que «en el terreno de la Junta General de accionistas, inspirado el Anteproyecto en las ideas vigentes desde hace más de un siglo, mantiene como principio ordenador la soberanía de la Junta»... pero «procurando que el principio de soberanía de la misma no merme la necesaria libertad de acción del Consejo de administración de cuyo reforzamiento también se preocupa el Anteproyecto»... «En la concepción tradicional el Consejo queda totalmente subordinado a la Junta y sus facultades condicionadas por las de ésta», «la experiencia demuestra no ser posible el funcionamiento de una S. A. en la que el capital representado en la Junta de accionistas pretenda llevar la

(30) Para tener una idea ponderada de todo lo dicho puede tomarse como primera información la de FISCHER, trab. cit., págs. 105 y sigs., y LEHMANN: *Gesellschaftsrecht*, 1949, págs. 197 y 203; éste, en la descripción de la relación entre órganos y síntesis sistemática del régimen de responsabilidad.

gestión e inmiscuirse constantemente en ella. A la idea de capital se sobrepone la de corporación... la solución prudente, por tanto, consiste en contrapesar los poderes de la Dirección y el poder de la Junta General». De aquí se dedujo la determinación de una zona autárquica de los administradores en el artículo 51, párrafo 2.º del Anteproyecto, el cual quiso expresar las ideas antes motivadas que concretamente conducían a esta conclusión también de la Exposición de Motivos: «El Anteproyecto... declara explícitamente que la Junta no podrá tomar acuerdo válido sobre cualquier asunto que por la Ley o los Estatutos sociales esté reservado a la decisión de los administradores». Pues bien, incluso esta concesión al reforzamiento autoritario de la dirección por razones técnicas —opinables desde luego— ha desaparecido de la Ley, ya que ésta, aunque al ir haciendo desaparecer de la Exposición los textos definidores de esta actitud haya dejado la referencia a esa reserva de zona autónoma de la administración, en el articulado, que es lo que importa, ha suprimido ese párrafo segundo del artículo 51 de manera que queda el principio de soberanía de la Junta sin recortes o limitaciones.

b) En punto referente a lo que podríamos llamar *transpersonalización de intereses y de responsabilidad* el legislador español también hubo de tomar partido respecto de la sollicitación que representaba la indudable autoridad que merecidamente se da a las aportaciones jurídicas alemanas. Y es el hecho que hubo de plantearse el problema de si seguir o no la declaración del artículo 70 de la Ley alemana que daba acogida a una mezcla de ideas técnicas y políticas, pero, aquí, claramente con predominio de éstas. Es sabido que ese texto legal dispone que el «Vorstand» ha de dirigir la Sociedad bajo su propia responsabilidad promoviendo el bien de la empresa, de su personal y la utilidad del Pueblo y del Reich. Los comentaristas alemanes de después de la guerra, cuando tratan de demarcar qué puede entenderse subsistente de él, ya expresan que junto a las declaraciones transpersonalistas hay en él la atención al saneamiento de los intereses comunes en la Sociedad (31). Pero cuando la Ley española se redactaba suponía este texto una fuerte tentación. No obstante, el legislador español no se dejó llevar por el camino sugerido y la Exposición del Anteproyecto expresó su abstención y mantuvo la Ley en su orientación general en los términos que se corresponden con su concepción clásica de la S. A. (32). La cláusula

(31) Vid., por ejemplo, los *Comentarios* de BAUMBACH o GODIN y LEHMANN, cit., pág. 198.

(32) La Exp. dice: «El tema de la responsabilidad de los administradores era otro de los postulados políticos de la reforma. Claro está que al hablar de la responsabilidad no nos referimos aquí a la responsabilidad de tipo jurídico-privado, basada en las reglas de mandato, sino a la responsabilidad de tipo social (como se ve, las considera cosas distintas, compatibles) a la que alude sin duda la Declaración VIII del Fuero del Trabajo, cuando dice que el jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma, siendo responsable de ella ante el Estado. La posibilidad de

general del artículo 79 de nuestra Ley establece unas referencias clásicas para el contenido y la medida de la culpa (malicia, abuso de facultades, negligencia grave; diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal) sin ninguna declaración transpersonalista.

Lo que sí contiene la Ley es una cosa distinta e interesante. Establecida la regla general admite una excepción teóricamente bien deslindada: que una Sociedad que hubiera de extinguirse por efecto del juego libre del sistema económico pueda excluirla de la configuración tradicional de la S. A. y habiendo trazado la línea la disolución en el poder público si en esa empresa concurren intereses económicos nacionales o sociales (en el sentido de laborales) que la hagan acreedora a ello haciendo este juicio el Gobierno. Este es el contenido sustancial del artículo 151 (33).

B) Habiendo visto que la doctrina al margen de los cambios en las concepciones políticas había denunciado importantes vicios de la práctica o del desenvolvimiento en el plano de los hechos de la configuración tradicional de la S. A. Y habiendo trazado la línea de relaciones de nuestra Ley con las ideas no tradicionales es de interés tratar ahora de la manera de atender a esos problemas. De suyo ésta es otra ideología y podría ir al apartado anterior pero es preferible traer esa materia al encabezamiento de la exposición del sistema de preceptos de la Ley para que así éstos aparezcan con todo su sentido.

Presidiendo y orientando toda esta materia puede, por lo ya visto, decirse que está la atribución del poder resolutorio en correspondencia con el riesgo: a los accionistas que arriesgan su capital corresponde mandar. Y el núcleo de los problemas que a nosotros nos interesa está en que por unas u otras razones a la subordinación y responsabilidad del órgano administrativo ha venido a sustituir una independización de dicho órgano respecto de la Junta que debiera ser la expresión del poder cuando no un mando efectivo. Este problema de distinta manera se ha considerado como típico de nuestro tiempo, unas veces se dice que se trata de una

exigir esta responsabilidad parecía una compensación equitativa del reforzamiento de los poderes de la dirección. Pero los redactores del Anteproyecto han creído más prudente abstenerse de formular el principio de la responsabilidad social (en sentido laboral) de los administradores en vista de las dificultades que esta formulación ofrece, y que han llevado a las legislaciones que la abordaron a declaraciones de una extrema vaguedad. Este tema, como asimismo el tema de la posible intervención del Gobierno en la administración de las grandes empresas anónimas, sea en el nombramiento de sus consejeros, sea en el funcionamiento mismo de los Consejos de Administración ejerciendo un posible derecho de veto, quedan, pues, enteramente reservados a la superior apreciación del Gobierno y de los Cortes...».

(33) Como es un texto excepcional remitimos el comentario al que hace DUQUE, Profesor adjunto de la Cátedra que desempeño en Valladolid, en su libro *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos* (art. 67 L. S. A.), págs. 85 y sigs.

restauración de la democracia en la S. A., otras simplemente la manifestación de una zona de imperfección en el régimen (34). En todo caso interesa ver las líneas fundamentales de sus causas y tratamiento y alrededor de estas líneas fundamentales examinar la actitud de la Ley española.

El dato esencial en el que se está conforme consiste en la falta de ejercicio de sus derechos por los accionistas. Esto a su vez —y recogiendo los diversos diagnósticos sin prejuzgarlos— se atribuye unas veces a desinterés de aquéllos, otras, a inviabilidad de los derechos que se les atribuyen. Junto a ello hay una tipificación de prácticas de la administración contra la concepción esquemática de poderes antes dicha. De aquí se pueden deducir las líneas maestras de las tendencias correctivas: dar a los accionistas derechos que permitan su autodefensa, pero como de ser cierto su desinterés no usarían de ellos hay otras corrientes que no ponen en sus manos el control de la administración sino de entidades públicas o privadas especializadas y finalmente hay un tratamiento de las prácticas tipificadas orientadas en interés de la administración. Entre este conjunto de tendencias el tratamiento de la responsabilidad es sólo una de ellas que habremos de ver así enmarcada. Luego de este enfoque la examinaremos especialmente.

1. Ocupémonos, primeramente, de esas orientaciones generales de la Ley. El problema que pudiéramos llamar del vacío del poder de los accionistas se explica o acentuando que aquéllos en realidad tienen desinterés por la empresa cuya marcha no les interesa—accionistas con psicología de obligacionistas—o que su desinterés se debe a la atomización y desorganización que hace su interés muy pequeño frente a las cargas que costaría su defensa. La primera tendencia confía menos que la segunda en la autodefensa del accionista. Ambas coinciden en que se facilita esa defensa permitiendo la formación de grupos que hagan frente a la atomización y puedan enfrentarse a los grupos de poder organizados que sostienen la administración. De aquí la significación de los derechos de minoría y muy particularmente aquellos que de manera más inmediata actúan sobre el órgano administrativo, a saber las formas de representación proporcional. Hemos de examinar como aborda estas cuestiones la Ley española. Pero advertamos antes que la doctrina contemporánea no siempre para mucho la atención en los objetivos o intereses a satisfacer: una cosa es dar satisfacción al accionista en que ningún derecho le sea violado y que sean eficaces sus derechos de socio y cosa distinta es admitir que todos estén en la gestión como en una Sociedad personalista, que la gestión diaria sea posible sobre la base de un empresario monstruoso de mil cabezas.

La Ley española puede calificarse a mi manera de ver de ge-

(34) Vid. FISCHER cit., págs. 204 y sigs.; ASCARELLI, cit., págs. 20 y sigs.; FERRI, cit., págs. 48 y sigs.

nerosa en la atribución de derechos de minoría y por ello conven-
drá observar su efecto en la práctica. Aparentemente contiene una
serie de derechos de minoría semejante a la que pueda contenerse
en cualquier otra Ley moderna. Componen esta lista el derecho de
convocatoria (minoría de un décimo del capital, artículo 56), de
prórroga de Junta (25 por 100, artículo 63), de información sin que
pueda ser denegada (25 por 100 del capital, artículo 65), de nom-
bramiento de censores de cuentas (décimo del capital, artículo 108),
suspensión de ejecución de acuerdo de Junta impugnado (un quin-
to del capital, artículo 70, IV), designación de Interventor en liqui-
dación (un quinto de capital, art. 157), investigación extraordina-
ria (una tercera parte de capital, art. 109), ejercitar acción de res-
ponsabilidad contra los administradores (un décimo del capital, ar-
tículo 80, III), e impedir su renuncia o transacción si hubiera sido
ejercitada por la sociedad (un décimo del capital, art. 80), y repre-
sentación proporcional en el Consejo a los grupos que resulten de di-
vidir el capital social entre el número de miembros del Consejo de
Administración. Para proceder con todo rigor a fundamentar la es-
timación crítica expuesta habría que ver cada derecho de los indi-
cados, cosa que no cabe en este lugar. Por ello hay que apoyarse
en razones genéricas y, por tanto, con la salvedad consiguiente.
Son estas: los derechos de minoría presentan el riesgo del abuso
irresponsable y de la obstrucción. Para atender a esos riesgos se
provee, limitando los que se conceden, cuidando de individualizar
los supuestos de manera que se concedan ciertos derechos no a
minoría cualquiera y ocasional, sino a grupo caracterizado en al-
guna forma por intereses específicos, estableciendo para los dere-
chos más «agresivos» un examen *prima facie* de su fundamento,
disponiendo alguna responsabilidad especial o exigiendo alguna
caución (35). Pues bien, la Ley española salvo para el caso de sus-
pensión de acuerdos impugnados, trata los derechos de minoría sin
otra precaución ni garantía que la de la importancia cuantitativa del
grupo. Esta, por otra parte, no cambia según la magnitud del ca-
pital. No debe tampoco olvidarse que el desinterés de la masa de
accionistas deja unos poderes susceptibles de fácil usurpación por
terceras personas. E igualmente debe llamarse la atención sobre la
inexistencia en nuestro país de un órgano de vigilancia intermedio
entre Junta y administradores. Los derechos concedidos se pueden
esgrimir con gran libertad y enfrentado directamente a accionistas
y administradores. Todo esto aconseja, sin duda, una cuidadosa
observación de esta experiencia.

Hay que hacer notar que hay una cierta inconsecuencia entre
ese tratamiento que acabamos de ver de los derechos de minoría y
el que se ha dado a alguna de las prácticas típicas en interés de la
administración. Destaca lo referente al derecho de voto en el que

(35) Puede verse sobre estos puntos mi libro *Derecho de Sociedades Anónimas*, en págs. 188 y sigs.

la Ley ha hecho una grave corrección al Anteproyecto atendiendo de manera episódica a intereses que en otras ocasiones como hemos visto había rechazado. El Anteproyecto había sido categórico en su Exposición de Motivos «ni accionistas desprovistos del derecho del voto ni accionistas con derecho de voto restringido, ni accionistas con derecho de voto plural». Este es en esencia el propósito del Anteproyecto. El Anteproyecto explicaba que así se atacaba a una versión española de práctica defensiva consistente en exigir un número mínimo de acciones para poder votar eliminando así la influencia de muy pequeños accionistas pero que algo semejante se podía obtener elevando el valor de la acción. La Ley en su artículo 29 y después de acoger la regla de proporcionalidad expresamente admite esa práctica y la contraria de limitación del número de votos ejercitables por un sólo accionista originando difíciles problemas de interpretación (36). En otros puntos las observaciones serían más de técnica que de juego de sistema por lo que basta dar una referencia a ellos. Se atiende a evitar la usurpación de derechos de socio (art. 61), exigiendo para la representación que sea para cada Junta, por escrito, y excluyendo la validez de la representación por persona jurídica, se garantiza la publicidad de la retribución de administradores y que sus *tantièmes* no mermarán por lo menos un dividendo mínimo (art. 74) y el régimen de Balance es grandemente detallado con lo que si bien no puede decirse que se impidan las reservas ocultas con sus secuelas de autofinanciación y margen de manejo de administradores, porque se sigue predominantemente en valoración la regla del menor valor, se da base para un conocimiento de la situación patrimonial de la Sociedad (arts. 103 y sigts.).

Vistos los derechos de minoría en su conjunto y la manera de restringir las prácticas en interés de los administradores, interesa hacer una referencia en especial al derecho de representación proporcional que se ha reconocido en la Ley. También aquí la Ley al modificar al Anteproyecto que no reconocía este derecho ha descuidado la concordancia sistemática. En esquema la disposición de la Ley es sencillamente ésta: si hay accionistas que ejerciten su derecho agrupándose y reclamándolo en la elección de administradores se procederá dividiendo el capital por el número de puestos y cada minoría del importe resultante tiene derecho a designar un consejero (art. 71). Esta norma presentaba muchísimas dificultades técnicas de aplicación que trataron de ser resueltas por el Decreto de 29 de febrero de 1952 de las que no nos vamos a ocupar. Sólo caben aquí las orientaciones generales. Podría pensarse que la Ley por este procedimiento ha dado acogida a las tendencias más recientes sobre inmixción de grupos diversos de los que ejercen el poder (37). Podría entenderse que esta fórmula de la Ley española

(36) Vid. en mi libro sobre S. A., págs. 207 a 209.

(37) Vid. ASCARELLI, cit., pág. 32; FERRI, cit., pág. 50, una nota con apretada síntesis informativa en BIGIAMI: *I commercialisti e la fantasia*,

estaría fuera de esas tendencias que más bien acentúan que la representación proporcional no debe llevarse al Consejo de administración sino al órgano de vigilancia para que la unidad de gestión no se rompa con lo que al mismo tiempo se ataca al problema de independización del órgano de vigilancia respecto de los administradores a los que en la práctica aparecen unidos por representarse en él el mismo grupo de poder. Pero esta observación sería incompleta porque en la práctica española no solía haber órgano de vigilancia y era en el propio Consejo por diferenciación de simples Consejeros y Consejeros delegados o comisiones ejecutivas por donde se deslindaban las dos funciones. Lo que sucede es que el Anteproyecto había creado —y lo conserva la Ley— un órgano, el de Censores de cuentas, que venía a satisfacer una función intermedia entre la censura mediante órganos independientes extra-sociales, burocráticos o no, y la función de vigilancia. Era ahí —no en el Consejo— donde el Anteproyecto concedía una representación minoritaria mediante un Censor. Por disposición de la Ley habrá de ser, en ese caso de minoría disidente, un Censor Jurado de cuentas —cuerpo de Contables especializados de nuestro país— frente a la hipótesis de unanimidad en que serían accionistas. Como consecuencia resulta una duplicidad o multiplicación de representaciones minoritarias: en la censura de cuentas —Anteproyecto— y en el Consejo —Ley—. El Anteproyecto no se atrevía a confiar en un organismo externo sin suficiente tradición como el Instituto de Censores Jurados. Es este el problema de la suplencia del desinterés de los accionistas: hay que tener un cuerpo que ofrezca ya garantía. De otra manera, es trasladar el problema y no resolverlo. La ley ha confiado más. Pero no parece haber advertido lo otro: que el Anteproyecto quería poner un límite; desde luego que no pudiera defraudarse a los accionistas y amparar sus derechos pero en cambio expresó su temor a ofrecer la tentación de multiplicidad de mandos empresariales con sus correspondientes riesgos. Por eso llevó el derecho minoritario al órgano de censura. Aquí, como en los derechos minoritarios, deberá observarse con cuidado la experiencia práctica.

2. Finalmente llegamos al estudio del tratamiento específico de la responsabilidad en la Ley. Podemos ahora intentar una exposición de síntesis puesto que ya conocemos las ideas y propósitos generales del legislador expresadas al trazar la posición jurídica del órgano administrativo y organizar la prevención en evitación de posibles responsabilidades. Evitaremos los problemas puramente interpretativos tratando de hacer posible una visión del sistema y de sus orientaciones que facilite la estimación crítica.

La visión de conjunto se asegura mediante un adecuado sis-

«RDCiv», 1956, pág. 1024, y un esquema de tendencias en mi libro de *Sociedades Anónimas*, págs. 187 y 340 y sigs.

tema, y éste, a su vez, se induce de las cuestiones dogmáticas implicadas en el de la Ley en los artículos 79 a 81, que son los que dedica a la materia. Estas y las político-jurídicas son los dos extremos ordenadores de la exposición que seguidamente se hace. Esto no quiere decir que esos dos aspectos sean dos mundos incomunicados, por ello, habrá que hacer referencia a las comunicaciones entre uno y otro, pero son los ángulos de visión más adecuados.

a) Una buena parte de los problemas dogmáticos que ha venido ocupando a la doctrina latina más provenían de las dificultades derivadas de la insuficiencia de los preceptos específicos para la S. A. y de la necesidad de recurrir al Derecho común buscando en este recurso, además, dar satisfacción aunque fuera incierta a los problemas de política-jurídica originados por las exigencias de la S. A. que a dificultad intrínseca de los conceptos (38). Dictada la Ley, los problemas se limitan a individualizar las acciones y caracterizarlas en relación con los conceptos de Derecho común hallando lo especial. Y para situarlas conviene hacer además, una referencia a las ideas anteriores.

Las acciones posibles, individualizadas por los, a su vez, posibles dañados serían, de la sociedad, de los socios, de los acreedores, de terceros que no tuvieran ninguna de las condiciones anteriores (39). Como es sabido, se ha discutido si la acción del socio es propia o la misma de la sociedad y, en relación con ello, se ha utilizado el criterio diferenciador de la forma en la incidencia del daño; de donde la distinción entre daño indirecto, sufrido por la sociedad y también por el socio, pero a través de aquella por serlo, y el daño directo, sufrido por éste sin aquella interposición. En esta discusión hay encubierta la cuestión de política jurídica de titularidad o legitimación para el ejercicio de la acción y en consecuencia los riesgos o beneficios de la atribución a los socios de ese derecho. En tanto exista y se reconozca la personalidad jurídica a la sociedad, adoptada una posición en el problema político jurídico, se sostiene este concepto dogmático: la acción si ocasiona daño indirecto es la social y si directo la de tercero. Habrá luego el problema de si en ese concepto de tercero ha de situarse el supuesto de daño directo en derecho de socio ejercitable individualmente. Pero el concepto puede darse por válido. Pues bien la Ley española conserva las acciones derivadas de daño directo en su artículo 81 para cualquiera

(38) La jurisprudencia y la doctrina son las que han propuesto a las de los demás países latinos estas tendencias ante la insuficiencia de los textos legales. La ordenación del proceso de estas aportaciones y sus resultados se puede ver en HAMEL-LAGARDE: *Traité de D. Commercial*, I, 1954, págs. 790 y sigs., y ESCARRA: *Cours de D. Commercial*, 1952, págs. 500 y sigs. A los efectos informativos de la jurisprudencia puede verse MOREAU: *La Société Anonyme*, págs. 225 y sigs.

(39) Esta manera de individualizar las acciones se toma de GOLDSCHMIDT: *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsmitglieder der Aktiengesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, en «Z. H. R.», 1949, págs. 33 y sigs.

que los sufra y además establece un ejercicio minoritario de la acción social; en consecuencia no debe hablarse de una acción de responsabilidad específica del Derecho de Sociedades (no lo es esa de derecho común del art. 81) atribuida individualmente al socio. Y en cuanto a los acreedores, y con razones semejantes, lo que hace la Ley es atribuirles una acción—de la que por ahora y en reserva de ulterior aclaración podemos decir que se define por vía de especificaciones de la social—y además por supuesto la acción de Derecho común (art. 80-IV). Resulta, por tanto, lo siguiente:

Hay dos grandes regímenes de responsabilidad: uno especial para la Sociedad Anónima y otro el de Derecho común contractual o extracontractual que no queda excluido por aquél y que entra en juego a favor del que sufra daño directo.

El especial de la S. A. permite un ejercicio por la Sociedad, es decir decidiendo la mayoría, permite, además, un ejercicio por la minoría sin alteración alguna en el fondo del régimen establecido y finalmente se permite un ejercicio por los acreedores sociales—sea a título propio o subrogatorio—pero con cambio en los supuestos de fondo del régimen: se precisa que la acción trate de reconstituir el patrimonio social porque haya amenaza grave para la garantía de sus créditos (art. 80-IV).

En la descripción de conjunto anterior se ha procedido con salvedades en la denominación de la acción concedida a los acreedores sociales. La razón de ello está en que respecto del Derecho italiano, cuyo «Código Civil» ha podido servir de modelo al español, se ha producido una importante discusión acerca de si la acción de los acreedores sociales es una acción propia o es meramente la social cuyo ejercicio se les permite a los mismos en ciertas condiciones (40).

Ahora bien, junto a ese modelo estaba también el alemán (artículo 84-V de la Ley del 37) que no ofrece duda acerca del carácter social con ejercicio subrogatorio de la acción de los acreedores. Pues bien, la Ley española a la vista de su texto y régimen de la acción y aunque haya seguido una vía original en los requisitos particulares que exige, debe entenderse que concede a los acreedores la misma acción social. En efecto, se permite subsidiariamente, de donde que se entienda que se satisfacía a los acreedores por la acción social si ésta se hubiera ejercitado; se añaden como requisitos que tienda a reconstituir el patrimonio social no conduciendo, por tanto, a la percepción de sus créditos por los acreedores direc-

(40) Sobre esta discusión, originada principalmente por MINERVINI en un trabajo sobre *Note in tema de responsabilità degli amministratori di società per azioni*, «R. D. C.», 1954, págs. 210 y sigs., aunque ya contra la tesis dominante, según la cual se trata de una acción propia, se había pronunciado FERRI, puede verse el trabajo de OSTI: *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni*, en «R. T. D. P. C.», 1955, págs. 802 y sigs., y luego, recogiendo la literatura sobre el particular, el libro de MINERVINI: *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, págs. 329 y sigs.

tamente de los administradores y se ha de tratar de un acuerdo de los administradores —expresión inadecuada ya que sin acuerdo puede haber supuesto de responsabilidad— que dañe gravemente la garantía de los créditos con lo que se particulariza una exigencia más a las generales de la acción social. Es dudoso que esta técnica de cláusula general—«gravemente»—con el consiguiente margen de arbitrio sea afortunada para una acción en último término excepcional (41).

El tema de si la responsabilidad es contractual o extracontractual en su aspecto más importante, es decir, en lo que significa de referencia para hallar las normas subsidiarias en el mandato ha perdido importancia ya que analógicamente, y aunque la posición de los administradores sea orgánica, la subordinación en nuestro Derecho a la Junta pide este recurso analógico. Pero muy cuidadosamente porque, en cambio, la medida de la diligencia ha sido tratada con muy especial atención en la Sociedad Anónima. En efecto, la tradicional norma de medida de la culpa en forma aprofesional y por referencia al padre de familia se ha sustituido por la de un «ordenado comerciante» eligiendo así la Ley este camino de entre los dos indicados que la ofrecía el Derecho comparado (42). Pero al mismo tiempo, la relación subordinada respecto de la Junta General y de la sociedad misma ha querido asegurarse estableciendo complementariamente la diligencia correspondiente a un «representante leal» (art. 79). Y el grado o intensidad también viene especialmente regulado: se incurre en responsabilidad por «malicia», «abuso de facultades» (con lo que se tiende a sancionar adecuadamente la diferencia entre gestión y representación construyendo a la observancia interna del margen de poder en que hayan de moverse los administradores) y «negligencia grave». Parece que la Ley ha huído de ser muy exigente en la diligencia pedida para evitar la proliferación de acciones de responsabilidad por razones minúsculas, pero hay que tener en cuenta que, al exigirse la diligencia de un representante leal, se atre la norma del mandato mercantil que obliga a cuidar de los asuntos como de los propios (art. 255) a falta de instrucciones concretas sobre la materia. No

(41) Probablemente una casuística en que se recogiera la experiencia sería lo más adecuado y remitir el libre ejercicio de la acción al caso de quiebra, dando así unidad a la vida de la sociedad como hace el Derecho suizo en su artículo 758. La solución germánica de aumentar la medida de la culpa parece mezclar una razón de oportunidad, como es el limitar las acciones infundadas, con un fundamento de justicia haciendo a éste infundadamente cambiante.

(42) En el Derecho italiano se recurre a la doctrina legal sobre el mandato—art. 2.393 y vid. BRUNETTI: *Tratado D. delle Società*, II, página 388—, en el alemán se crea una figura especial, «Geschäftsleiter», —art. 84-I, y BAUMBACH: *Aktiengesetz*, pág. 190—, que viene a significar algo semejante a la nuestra de hombres de negocios que esté al frente de ellos, suponiéndose, por tanto, unos conocimientos profesionales; en el inglés ocurre algo semejante a través de la doctrina elaborada en los «cases», CHARLESWORTH: *Company Law*, pág. 127.

hay duda alguna de que se trata de una responsabilidad por culpa. Las normas ya comentadas sobre diligencia exigida lo dejan claro. No se trata solamente de que se haya rechazado la atribución de una responsabilidad ilimitada por razones más o menos políticas, sino que, desde luego, se ha rechazado también el agravamiento que supondría exigir una responsabilidad objetiva o de los resultados. Finalmente, dentro de las cuestiones que vienen tratándose dentro e implicadas en la de carácter contractual o no está la de carga de la prueba que el legislador español no ha tocado.

Este cuadro de cuestiones de diligencia, carácter de la responsabilidad y prueba merece para mayor claridad una breve consideración crítica. Si bien se observa, se advierte que las tres cuestiones trascienden en el sentido de una mayor o menor gravedad en la responsabilidad de los administradores. Ciertamente que una responsabilidad objetiva o de resultados alejaría a los hombres preparados para la dirección de negocios de asumir los de Sociedades Anónimas (43) a la vista de lo que arriesgarían en ello. Y, además, no hay buenas razones para establecerla aquí. En este sentido la Ley es elogiada. En cambio, es discutible en el establecer la franquicia (44) consistente en no llegar a exigir la diligencia de culpa leve, porque no parece esta materia adecuada para tolear impunidad si la conducta es culposa. Igual sucede en el no haberse ocupado de esclarecer las dudas acerca de la carga de la prueba porque, en esto, hay no solamente una zona de inseguridad jurídica, sino que trasciende hasta el punto de imputar las consecuencias de un acto no culposo pero no probada la falta de culpa y porque en esta materia no debe estarse simplemente a una solución basada en la distinción tan poco firme entre responsabilidad contractual y extracontractual de Derecho común, que en nada prevé las circunstancias específicas concurrentes en la Sociedad Anónima (45).

(43) Así LEHMANN: *Gesellschaftsrecht*, pág. 203.

(44) Según expresión muy autorizada por proceder de GARRIGUES: *Comentario*, pág. 131 del t. II.

(45) En el Derecho español una sentencia de 4 de octubre de 1935 había acogido la doctrina extendida de que en las relaciones contractuales el acreedor no ha de probar la culpa y sí, en cambio, en la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, hay también la tendencia—Sentencia de 10 de julio de 1943—a hacer menos onerosa la carga de la prueba en la hipótesis de responsabilidad extracontractual. (Vid. sobre estas cuestiones, CASTÁN: *Derecho civil*, t. IV, 7.ª ed., págs. 787 y sigs.). Hay que tener en cuenta, en todo caso, que basada en la no necesidad de probar en la existencia de una obligación determinada esto presentará su dificultad y consiguientemente la necesidad de probar en todos los casos en que esa obligación no tenga su contenido claramente concretado, como dice RIPERT (Vid. su *Traité*, pág. 456, ed. 1948.) En cuanto a las distintas tendencias del Derecho comparado pueden verse en FAIREN: *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas*, ponencia general al Congreso Internacional de Derecho Comparado de París de 1954, publicado en «Rev. de Derecho Privado», 1955, pág. 870. Finalmente, para una síntesis ponderada de las tendencias de reforma en materia de responsabilidad, la edición de 1955 del *Lehrbuch*, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, I, 1, págs. 913 y sigs.

Una cuestión importante de carácter mixto no tratada en la Ley es la de la solidaridad de la responsabilidad de los Consejeros cuando son varios. De entre las direcciones del Derecho comparado se ha optado por el silencio. Ahora bien, esta falta de consideración especial para la función de garantía que la solidaridad cumple no quiere decir que no se haya atendido a los problemas específicos que el carácter colegial del órgano administrativo presenta. Por ello se declara incurso en responsabilidad al que no se haya preocupado expresamente de salvar su voto en la cuestión origen de la responsabilidad (art. 79). También en este problema de solidaridad es opinable que haya sido suficiente el tratamiento de la Ley. Puede objetársele que no haya esclarecido las dudas que con sólo el Derecho común pueden surgir. De haber resuelto sobre la existencia de responsabilidad para el Consejero que no adopta la conducta positiva de salvar su voto no se deduce con claridad ni el cómo —si del todo del daño o de la parte que le corresponda dividida la obligación con los demás corresponsables— ni del cuánto, es decir, si guarde su responsabilidad proporción con la importancia de su culpa (46). Por otra parte, dado que parece haberse inspirado el legislador en el Derecho italiano al pedir una conducta positiva para salvar la responsabilidad, parece que, igualmente, dado que en la práctica italiana como en la española se produce un desdoblamiento en los Consejos entre los consejeros con funciones inmediatamente gestoras en los que delega el Consejo y el resto de éste que más bien controla a aquéllos (47), hubiera sido de interés hacer excepción para este caso de la regla sobre responsabilidad presunta de la misma manera que en el Derecho italiano en este caso se excluye la responsabilidad.

También parece que hubiera sido interesante, a la vista de la importancia de las cláusulas que tratan de proteger a los administradores de las acciones de responsabilidad, y ante las que reaccionó la legislación francesa (48), que se hubiera dispuesto algo sobre el alcance o márgenes de validez de las mismas. Es probable que no base la doctrina con su límite de validez en el dolo o culpa lata. Más bien si se admitieran como de orden público las normas de protección de acreedores (49) habría hoy que entender que también lo son las de los accionistas en general y excluir por completo la validez de las cláusulas que obstruyan o violen el régimen legal sustancialmente.

(46) Sobre estas cuestiones puede verse GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, págs. 135 y sigs.; en esas páginas se ve la incertidumbre a que nos hemos referido.

(47) Sobre las repercusiones de esta peculiaridad en el plano legislativo son interesantes las observaciones de PULCH en págs. 125 y sigs. de su trabajo *Gli organi della Società per azioni secondo il diritto italiano e tedesco*, en «N. R. D. C.», 1954.

(48) Pueden verse los libros de HAMEL, RIPERT y ESCARRA en los lugares citados.

(49) En este sentido parece inclinarse MINERVINI: *Ob. cit.*, pág. 353.

b) Los problemas de política jurídica versan fundamentalmente sobre la atribución del ejercicio de la acción de responsabilidad a los socios individualmente o a una minoría determinada. Sobre esto se ha enjuiciado inexactamente a la Ley española y es posible pensar que, simplemente, por la curiosa circunstancia de no saber apreciar la significación de la cortesía y las formas en nuestros hábitos. Tomando de la Exposición de Motivos de la Ley el texto que dice que la «púreza administrativa es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas» se ha pretendido que la Ley no fuera rigurosa en la exigencia de responsabilidad (50). En realidad esa frase no significa más allá de lo que el refrán español «lo cortés no quita a lo valiente» o el dicho de Don Quijote: «al que has de castigar con obras no trates mal con palabras». Se cumple con las formas corteses dando una excusa antes del ataque que supone el establecimiento del derecho minoritario a ejercitar la acción social de responsabilidad que no ejercite o no quiera ejercitar la mayoría, a lo que equivale sencillamente poner en las manos de una minoría del 10 por 100 el ejercicio de la acción de responsabilidad. Esto es precisamente lo que hoy se pide por un autorizado sector de doctrina (51) como protección de minorías. Pero es interesante pensar en si debe darse a la minoría poderes que puedan ejercitarse sin ninguna responsabilidad. La Ley española no establece, siguiendo la línea conocida, más cautela que la del importe de la minoría. Es dudoso que esto sea suficiente. Las soluciones suelen ser depósito en garantía, sanción de costas procesales (52) exclusión de los que votaran el acuerdo de descargo y plazo de caducidad breve (53).

Una importante disposición cuya motivación en razones político-jurídicas y de oportunidad no necesita advertirse es la que se contiene en un artículo alejado de los que la Ley destina a responsabilidad, en el artículo 110, en que se dice que la aprobación de los documentos contables correspondientes a la Junta ordinaria no implica el descargo de los administradores. Es decir, se sale al paso de la práctica, denunciada por la doctrina, de aprobación de la

(50) MINERVINEN: *Per una accentuazione della responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., pág. 321.

(51) ASCARELLI y FERRI en trabajos citados.

(52) Vid. el trabajo de PULCH cit., pág. 128, en que se refiere a las establecidas en el Derecho alemán.

(53) Así en Derecho suizo. (Vid. STEIGER: *Das Recht der AG, in der Schweiz*, pág. 262.) Tiene interés hacer notar que según la interpretación de GARRIGUES-URÍA del artículo 80-III de la Ley, la acción de la minoría estaría sometida a una caducidad de tres meses (*Comentarios*, II, pág. 155). La sintaxis del texto legal no deja duda, sin embargo, de que realmente se trata de un plazo a partir del cual se ha de entender que la sociedad desiste de ejercitar su acción, a pesar de haberlo acordado. A. DE SOLÁ CAÑIZARES, en su *Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho español y en el Derecho comparado*, 1953, págs. 282, y a mí—*Derecho de sociedades anónimas*—no nos ha producido ninguna duda la lectura y dicción gramatical de la Ley.

gestión anual sin conocimiento y sin advertencia, por tanto, de los hechos y por vía de aclamación, a la cual no puede dársele sencillamente, basándose en la ocasión, el valor de asentimiento a todos los actos de los administradores correspondientes al ejercicio. La técnica de precaución de la Ley consiste, sencillamente, en la necesidad de que sobre ese particular exista un acuerdo expreso. En este caso este acuerdo cobra toda su significación jurídica. Esta solución aparece muy razonable. La incertidumbre que impone negar valor al descargo suponiendo, con generalización infundada, que éste sea siempre inadmisibile o establecer, con incertidumbre menor, un largo plazo en que las acciones sean irrenunciabiles no es preciso si a la minoría se da ocasión expresamente considerada de pronunciarse; si no hace uso de la autodefensa que se le da no debe permanecer una protección tutelar ulterior (54).

Bastantes cuestiones quedan sin tocar. Pero esperamos que las importantes para la finalidad perseguida de dar una visión del espíritu, del sistema y de la técnica, se hayan expuesto.

(54) V. sobre estas cuestiones, STEIGER: Ob. cit., pág. 254 y sigs.; DAVID: *Natura e portata del quibus nel diritto francese della società per azioni*, en «RDC», 1940, págs. 244 y sigs. También COPPENS: *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1945, págs. 205 y sigs. Conviene advertir que el problema de descargo se presentaba como problema de presión del grupo mayoritario que apoya a los administradores al mismo tiempo que como problema de falta de reflexión y desinterés. Aquello reconocido, el derecho de minoría desaparece y queda sólo lo segundo que es lo que trata la Ley española.

El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

MANUEL DE LA CÁMARA

Notario de Madrid

SUMARIO: Preliminar.—Ámbito de aplicación temporal de la norma. Su alcance retroactivo.—Carácter imperativo del artículo 1.413 del Código civil.—Limitaciones impuestas a los poderes dispositivos del marido: I. El consentimiento “uxoris” y la autorización judicial subsidiaria: A) Naturaleza jurídica del consentimiento “uxoris”. B) La autorización judicial subsidiaria. C) Valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer ni autorización judicial. II. Requisitos y caracteres del consentimiento “uxoris”: A) Requisitos: 1.º Capacidad: Mujer menor de edad. Mujer incapacitada o ausente. 2.º Objeto. 3.º Forma y modalidades. B) Caracteres: 1.º Carácter personalísimo del consentimiento “uxoris”. 2.º Posibilidad de condicionarlo. 3.º Revocabilidad del consentimiento “uxoris”. III. El segundo párrafo del artículo 1.413. Medidas de aseguramiento para otros bienes. IV. Donaciones no permitidas por el artículo 1.415 y enajenaciones en fraude de la mujer: A) Donaciones no permitidas por el artículo 1.415. B) Enajenaciones en fraude de la mujer.—Actos para los que se precisa el consentimiento “uxoris” o la autorización judicial: I. Significado del concepto actos de disposición. II. Actos de disposición sobre bienes inmuebles: A) Actos de disposición sobre fincas: a) Actos de enajenación: a’) Ventas y permutas. Venta en ejecución de un contrato de promesa de venta. Venta en ejecución de un contrato de opción. Retroventa de una finca vendida con pacto de retro. Transmisiones de fincas en virtud del ejercicio de un retracto legal. Otras ventas forzosas. b’) Aportación a sociedad. c’) Otros actos de enajenación. b) Actos de constitución de gravámenes: a’) Arrendamientos. b’) Gravámenes constituidos con el carácter de condición del acto adquisitivo de una finca ganancial. c’) Modificación de gravámenes ya constituidos. c) Otros actos de disposición: a’) Particiones y divisiones. b’) Modificaciones de la individualidad física o jurídica de fincas. B) Actos de disposición sobre derechos reales inmobiliarios: a) Cancelación de hipotecas y extinción sobre de derechos reales. b) Renuncia a un derecho de adquisición preferente o desistimiento de su ejercicio. III. Actos de disposición sobre establecimientos mercantiles: A) Actos de disposición sobre la empresa. B) Actos de disposición sobre alguno de los elementos que constituyen la base física y económica de la empresa. Especial consideración de traspaso. IV. El nuevo artículo 1.413 y los equivalentes jurisdiccionales: A) La transacción y otros supuestos afines. B) El compromiso.

PRELIMINAR (I)

El Código civil, en su antiguo artículo 1.413, atribuía al marido la facultad de enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales. Respondía en este punto a la tradición del derecho castellano, que desde la Ley 205 de Estilo había sancionado aquella potestad del marido, quien podía ejercitarla libremente salvo que tratara de obrar en fraude de la mujer. En 1958 el legislador ha creído conveniente modificar este aspecto tan importante del régimen jurídico de la sociedad de gananciales. El nuevo artículo 1.413 cercena y limita los poderes dispositivos del marido al exigirle el consentimiento de su mujer, o autorización judicial, para otorgar actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, y prevé que el juez pueda adoptar, a instancias de la mujer, medidas de seguridad (que se traducen en nuevas limitaciones) respecto de los demás bienes gananciales, cuando el marido venga realizando actos que pongan en grave peligro los intereses de la sociedad.

No nos proponemos en este trabajo analizar ni criticar las razones que hayan podido mover al legislador para consumir una modificación de tanta trascendencia y gravedad. No vamos a romper una lanza (cuando tantas se han roto estos años en defensa de la mujer) a favor de los maridos españoles, y a discutir si su conducta, en general, se ha hecho o no acreedora a la manifiesta desconfianza con que ahora se les trata. Si no se hubiera abusado tanto de la técnica periodística (que no parece desde luego la más adecuada) en la discusión de los problemas conyugales, quizá se hubiera advertido que no era la ley, sino una interpretación de la misma demasiado laxa, la causa principal de que los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales estuvieran insuficientemente protegidos. Hubiera bastado, posiblemente, para dejar las cosas en su punto, corregir aquella equivocada interpretación, que en parte, al menos, ya estaba siendo rectificadas por el Tribunal Supremo. Pero la nueva ley no se ha contentado con esto y ha ido bastante más lejos. Si en definitiva toda obra legislativa se justifica por sus resultados, no cabe duda de que es totalmente prematuro aventurar juicios sobre el éxito o el fracaso de la reforma. La experiencia, los años, la vida en fin, suprema maestra, nos dirán si el legislador de 1958 hizo bien al atreverse a modificar un principio secular de nuestra organización familiar, o si, por el contrario, y dicho con frase vulgar, el remedio ha sido peor que la enfermedad.

Así, pues, el objeto de este ensayo es, tan sólo, la exégesis del nuevo precepto y el estudio de los problemas que su interpretación

(1) Cuando ya teníamos pergeñado y casi escrito este trabajo, ha aparecido, en la "Revista de Derecho Notarial", julio-diciembre 1958, págs. 129 y siguientes, el notable ensayo de nuestro compañero ANTONIO RODRÍGUEZ ADRA-DOS sobre la disposición onerosa de bienes gananciales. Por esta razón van siempre en notas las alusiones que hacemos a las opiniones de aquel autor.

y aplicación práctica puedan suscitar. En nuestra tarea hemos partido de una idea fundamental que, a nuestro juicio, debe ser aceptada "a priori", aunque, naturalmente, no tengan por qué compartirse las conclusiones que nosotros hemos extraído de ella. La idea fundamental es ésta. El nuevo artículo 1.413 debe interpretarse procurando, en lo posible, encajarlo dentro del esquema legal de la sociedad de gananciales, esquema que, en lo demás, ha sido deliberadamente respetado. La ley ha pretendido proteger más eficazmente los intereses de la mujer dentro de la sociedad de gananciales, pero "sin mengua del sistema", dice la exposición de motivos.

Apenas es necesario decir que el lector no se encuentra ante un trabajo exhaustivo. Se trata, casi, de un guión que tiene por fin apuntar las principales cuestiones que, en nuestro sentir, plantea el vigente y flamante artículo 1.413. Tales cuestiones, en breve sinopsis, son las siguientes:

Ambito de aplicación temporal de la nueva norma.

Carácter imperativo de la misma.

Naturaleza y alcance de las limitaciones impuestas a los poderes dispositivos del marido. Examinaremos, bajo este epígrafe, la naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris", la autorización judicial subsidiaria, el valor jurídico de los actos del marido a los que falten aquellas exigencias, los caracteres y requisitos del nuevo instituto, las medidas de seguridad previstas por el segundo párrafo del artículo 1.413, terminando con una referencia a los actos del marido realizados en fraude de la mujer y a las donaciones ilegales.

Finalmente, la última parte de nuestro trabajo (que podría llamarse parte especial) tiene por objeto puntualizar cuáles son los actos para los que se exige el consentimiento de la mujer.

AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA. SU ALCANCE RETROACTIVO

La ley reformadora del Código civil no contiene disposiciones transitorias, ni tampoco una declaración general sobre su alcance retroactivo.

Ello puede suscitar la duda de si la reforma introducida por la nueva ley afecta o no a los matrimonios celebrados antes de su vigencia y que se regían, en cuanto a sus relaciones patrimoniales, por el sistema de gananciales, tal como lo regulaba, en esta cuestión, el Código en su redacción anterior.

A favor de la tesis que limitara la aplicación de la reforma a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, podrían aducirse los argumentos siguientes:

a) El principio de la irretroactividad de la ley sancionado por el artículo 3.º del Código civil.

b) El principio de respeto a los derechos adquiridos que encabeza las disposiciones transitorias del Código civil.

c) El principio de inmutabilidad (en derecho común, claro es) del régimen patrimonial conyugal, sancionado por los artículos 1.315 y 1.319, entre otros, del Código civil.

A pesar de que estos argumentos no pueden considerarse desdoblables, en nuestra opinión, no resultan decisivos.

El artículo 3.º del Código civil (norma destinada al intérprete, no al legislador) sienta *una presunción* sobre la no retroactividad de las leyes. Esta presunción, como dice CASTRO (2), es de distinta fuerza según los distintos tipos de retroacción que cabe distinguir. Es casi invencible respecto de la retroactividad de grado máximo, muy fuerte respecto a la retroactividad de grado medio y fácilmente vencible respecto de la retroacción atenuada. Es decir, que al carecer el nuevo artículo 1.413 de declaración que expresamente le confiera fuerza retroactiva, el juego de la presunción contenida en el artículo 3.º del Código civil impone, casi obligadamente, el respeto a los actos dispositivos realizados por los maridos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, tanto si estos actos dispositivos estaban ya consumados (retroactividad de grado máximo) como si su consumación estaba en curso (retroactividad de grado medio). En cambio, no se puede fundar, sin más, en la declaración del artículo 3.º del Código civil, y en el silencio de la nueva norma sobre los límites de su vigencia temporal, la eliminación, asimismo, de la retroactividad de grado mínimo.

Admiten, además la doctrina y la jurisprudencia que las leyes puedan tener efecto retroactivo aunque no lo hayan declarado mediante una cláusula especial. Cabe que, sin declaración expresa, la retroactividad se pueda inducir del contexto de la ley.

En nuestro caso, a favor de la retroactividad mínima de la ley se pueden aducir dos consideraciones: Una, la de que por ser la "ratio iuris" de la norma el otorgar a la mujer una más eficaz protección frente a los actos dispositivos que lleve a cabo su esposo, no parece razonable entender que esa protección se aplique a unas esposas y a otras no. Por otra parte, el nuevo artículo 1.413 tiene por misión (igual que el antiguo) regular de *una manera general* las facultades del marido como administrador de la sociedad de gananciales. Al establecer un régimen jurídico general para una institución, y no hacer distinciones, parece sobrentenderse que este régimen general es válido no sólo para las sociedades de gananciales de futura creación, sino también para las ya existentes.

¿Se puede invocar el principio del respeto a los derechos adquiridos para concluir que los maridos casados con anterioridad a la ley reformadora no se ven afectados por las nuevas limitaciones? No es necesario examinar aquí la polémica doctrinal suscitada en torno al concepto "derecho adquirido", aunque, sin duda, la misma inseguridad del concepto es un obstáculo grave para sostener que el marido casado antes de la nueva ley ostenta un derecho adquirido que no

(2) *Derecho civil de España, Parte General*, tomo primero, pág. 559.

puede venir afectado por la modificación. Recuérdese que la doctrina, con el fin de acotar los derechos que pueden ser influidos por las nuevas normas, ha distinguido entre derechos subjetivos propiamente dichos y facultades, entre reglas concernientes a la adquisición y a la existencia de los derechos entre situaciones jurídicas subjetivas, producto de la voluntad individual, y situaciones legales u objetivas. La aplicación de estas doctrinas a nuestra hipótesis serían más bien favorables a la solución afirmativa, es decir, la que propugne la retroactividad (de grado mínimo) del nuevo artículo 1.413.

Abona, a nuestro entender, esta solución la invocación, en función de analogía, de las disposiciones transitorias del Código civil, a las que, como dice CASTRO (3), cabrá acudir en busca de un criterio orientador, cuando nuevas leyes (especialmente si se refieren a materias contenidas en el Código) carezcan de normas de derecho intertemporal. Con relación al tema objeto de nuestra atención, nos parece especialmente interesante la disposición 8.^a, en la que se establece que los tutores, curadores, poseedores y administradores interinos de bienes ajenos, nombrados con anterioridad al Código, conservarán sus cargos, pero sometiéndose, *en cuanto a su ejercicio*, a las disposiciones de este cuerpo legal. Parece, pues, que, en esta materia, lo que puede constituir un *derecho adquirido*, amparado por la disposición transitoria de carácter general, es *el derecho al cargo*, pero no así las facultades que cómo tal administrador puedan corresponder al interesado, las cuales vienen disciplinadas por la nueva norma. Es cierto que el marido, respecto de los gananciales, no es un administrador de bienes ajenos, pero tampoco es dueño absoluto y exclusivo de los mismos, y sus facultades de gestión, administración y disposición se fundan no tanto, o no sólo, en su derecho sobre los gananciales, sino en las potestades que le corresponden como jefe de la sociedad conyugal. Se trata, en suma, de una potestad de administración sobre unos bienes que no son propiedad exclusiva del marido y respecto de los cuales el esposo ostenta unas prerrogativas que la ley directamente le concede, en tutela no sólo de su interés, sino también en el de su esposa, y a favor, en suma, de la familia que ambos cónyuges encabezan. La analogía, a nuestro juicio, está, pues, fundada.

Finalmente tampoco nos parece decisivo el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal, pues este principio se refiere a la imposibilidad de que *los mismos cónyuges* alteren, después de celebrado el matrimonio, el régimen pactado (o en su caso el legal supletorio), bien sustituyéndolo por otro, bien modificando sus condiciones, pero por lo mismo no afecta a las modificaciones introducidas por el *propio legislador* en el régimen de uno de esos sistemas. Por otra parte las razones que pueden justificar (a nuestro juicio no suficientemente) el criterio de la inmutabilidad no juegan en este caso. Tales razones son el temor a las presiones que un cónyuge pueda ejercer sobre el otro (peligro inexistente tratándose de una modificación operada por ministerio de

(3) Ob. cit., pág. 563.

la ley), y evitar las consecuencias que para terceros pudiera tener un cambio en las condiciones económicas de la sociedad conyugal. La publicidad de la Ley elimina, al menos desde un punto de vista formal, este inconveniente.

Creemos, por consiguiente, que el nuevo artículo 1.413 es aplicable tanto a las sociedades conyugales que se constituyan con posterioridad a su entrada en vigor como a las ya existentes en dicho momento. Ahora bien, los actos otorgados al amparo del antiguo 1.413 son válidos y eficaces aunque sus efectos estuvieran pendientes de consumación en el momento de producirse el cambio legislativo.

Cabe plantearse el problema respecto de aquellos contratos preparatorios de un acto principal dispositivo, que se hubieran celebrado con anterioridad a la nueva Ley, pero que aún no hubieran dado lugar al contrato definitivo cuando aquélla entró en vigor. Por ejemplo, una promesa de venta que aún no se hubiera convertido en venta definitiva, una opción de compra, concedida antes de la nueva Ley, y aún no ejercitada al entrar ésta a regir, etc.

La solución del problema está en función de dos factores: La naturaleza jurídica de estos actos, de una parte, y la naturaleza y función del consentimiento de la mujer, de otra.

Aunque sea anticipar conclusiones sobre esta segunda cuestión, diremos que, a nuestro entender, el consentimiento de la mujer tiene simplemente por función controlar el poder dispositivo del marido. Si falta, es un obstáculo para la validez, o al menos para la eficacia plena y definitiva del acto. Pero nada autoriza a suponer que la esposa tiene derecho a percibir conjuntamente con el marido la contrapartida del bien objeto de la disposición, y menos aún a intervenir en el ulterior destino o inversión de esa contrapartida. Semejante intervención estaría en pugna con las facultades generales de administración que el propio artículo 1.413 concede al marido. El consentimiento "uxoris" es una garantía de tipo impeditivo. La mujer puede oponerse al acto dispositivo, pero realizado el negocio válidamente (con su consentimiento, pues, cuando sea necesario) ninguna otra garantía especial se le concede, salvo la excepcional y extraordinaria a que se refiere el párrafo segundo del artículo.

Por tanto, si el marido se obligó a realizar un acto de disposición sobre bienes gananciales, en un momento en que no se requería el consentimiento de la mujer, la necesidad de dicho consentimiento para la validez del acto dispositivo posterior vendría a ser una exigencia superflua, ya que la mujer tendría obligación de prestarlo (y podría demandársela en tal sentido o suplir ese consentimiento por vía judicial), porque, de lo contrario, quedaría a su arbitrio el cumplimiento de una obligación contraída por su esposo.

Estas consideraciones nos resuelven el problema, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a estos contratos preparatorios. Aunque en la promesa de venta, por ejemplo, se vea un contrato diferenciado del contrato ulterior definitivo (lo que ha sido objeto de enconada polémica, como es bien sabido), la solución, respecto del consen-

timiento posterior de la mujer, debe ser negativa. Con mayor razón si en ese precontrato sólo vemos el contrato definitivo pendiente de consumación. En la opción de compra todavía sería más rotunda la solución que mantenemos si admitimos, con la mejor doctrina, que la opción concede al optante la facultad de perfeccionar el contrato con su sola declaración de voluntad, ya construyamos el supuesto como un caso de contrato (el definitivo), pendiente de la condición "si volet"; o como atribución de un derecho potestativo de modificación que permite al titular de la opción perfeccionar unilateralmente la relación jurídica.

Las mismas soluciones deben sostenerse, por análogas razones, en otros casos más o menos similares. La estipulación del retracto voluntario, por ejemplo, con anterioridad a la ley, hace totalmente innecesario el consentimiento de la mujer (del comprador a retro), si se ejercita después el retracto. Sin perjuicio de que volvamos sobre estas cuestiones al plantearlas cuando el derecho del tercero haya nacido después de entrar en vigor el nuevo artículo 1.413, quede de momento despejada la incógnita para los casos en que aquel derecho tenga su origen en hechos anteriores a la reforma.

CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL

Quando hablamos del carácter imperativo del artículo 1.413 del Código civil, nos referimos al problema de si cabe o no que la mujer renuncie a la protección que dicho precepto le concede al exigir su consentimiento para ciertos actos dispositivos sobre bienes gananciales.

Tal renuncia (empleamos por ahora este término prescindiendo de darle un riguroso significado técnico-jurídico) podría manifestarse de una doble forma. Bien anticipadamente y de una manera general, pactando en capitulaciones matrimoniales que un matrimonio determinado se regirá por el sistema de gananciales, pero conservando el marido idénticas facultades dispositivas que las que ostentaba en el antiguo régimen, bien posteriormente a la celebración del matrimonio, renunciando simplemente la mujer a consentir las enajenaciones de inmuebles o de establecimientos mercantiles que pudiera realizar su marido. Esta segunda posibilidad tendría dos variantes, según que se tratase de una renuncia general o de una renuncia proyectada sobre bienes o actos concretos.

Veamos, primero, si en capitulaciones matrimoniales sería lícito pactar una sociedad de gananciales construída al viejo estilo.

Según el artículo 1.315 del Código civil, los futuros cónyuges son libres de pactar lo que tengan por conveniente en orden a los bienes presentes y futuros de la sociedad conyugal, siempre que respeten las limitaciones que la ley impone. Estas limitaciones están contenidas en los artículos 1.316 y 1.317 del propio Código. Prescindiendo de lo establecido por el último precepto citado, que no afecta para nada al

tema de nuestro estudio, el 1.316 prohíbe a los contrayentes pactar lo que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres, o depresivo para la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges.

La estipulación que analizamos no parece que pueda considerarse opuesta a las buenas costumbres. Tampoco es contraria a la ley. Decir que conculcaría lo dispuesto por el artículo 1.413 sería hacer de la dificultad supuesto de la cuestión, ya que estamos tratando, precisamente, de averiguar el valor que, en este sentido, tiene dicho precepto. En la renuncia de la mujer a la garantía especial que le concede el artículo 1.413, no hay lesión del interés público, ni tampoco se perjudican, a nuestro juicio, derechos de tercero (cfr. artículo 4.º del Código civil). Nótese que la mujer no renuncia a los gananciales, sino sólo a una especial garantía que se le concede en orden a su administración. Ni los herederos forzosos ni los acreedores de la mujer podrían, con fundamento, estimar que el pacto es lesivo para sus intereses.

Alguna dificultad puede suscitar la exigencia de que los capítulos matrimoniales no contengan nada que sea depresivo para la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. Nosotros, sin embargo, no consideramos depresivo para la autoridad (?) o posición de la mujer en la familia el que conceda, de modo irrevocable y en capitulación matrimonial, a su esposo la facultad de disponer a título oneroso de todos los bienes gananciales sin excepción. La mujer no es administradora de los bienes gananciales, salvo que por pacto se le haya encomendado la administración. Frente a un supuesto de mal uso por parte del marido de sus poderes dispositivos, podría contar siempre con la tutela que le otorga el segundo párrafo del artículo 1.413, que sería aplicable también a inmuebles y establecimientos mercantiles en el caso de que se hubiera excluido la necesidad del consentimiento de la mujer para disponer de ellos. Normalmente es el marido quien con su trabajo o actividad obtiene los gananciales y quien de hecho y de derecho lleva la dirección económica del matrimonio.

La doctrina (4) había estimado depresivo para la autoridad del marido un pacto capitular por el que se suprimiese la necesidad de la licencia marital. Cabría, en base a la semejanza que, como después veremos, existe entre la licencia marital y el consentimiento "uxoris", llegar, respecto de éste, a la misma solución. Pero al argumento puede objetarse que, no obstante el paralelismo que se aprecia entre las dos instituciones, el fundamento último de ambas no es el mismo. puesto que mientras el consentimiento "uxoris" está fundado inmediatamente en el interés económico de la mujer, la licencia marital obedece a la finalidad, más elevada, de asegurar al marido la jefatura de la familia. Por otra parte, no deja de ser discutible que no pueda

(4) Cfr. MUCIUS SACEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XXI, pág. 216; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 1950, pág. 117 del tomo IX; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 1941, tomo III, pág. 551.

concederse a la mujer, mediante estipulación establecida en capitulaciones matrimoniales, una autonomía patrimonial completa. CASTRO (5) ha sostenido que la licencia marital, en lo que se refiere a los bienes, depende del régimen del matrimonio y se concede al marido en defensa de sus intereses económicos. La consecuencia de esta tesis, que quizá sea excesivamente atrevida, es la posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales pueden suprimir la necesidad de la licencia marital por lo que respecta a la capacidad patrimonial de la mujer. Por eso el citado maestro entiende que la licencia marital no procede si se ha pactado que la mujer ostente la administración de la sociedad de gananciales (artículo 59 del Código civil), o si se ha establecido el régimen de separación absoluta de bienes.

Obedeciendo el consentimiento "uxoris" a imperativos similares que los que justifican, según CASTRO, la autorización marital, la solución, en el tema que estamos examinando, debe ser la misma.

Después de celebrado el matrimonio no consideramos viable que la mujer pueda renunciar válidamente a su derecho de consentir u oponerse a la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles. Una renuncia general implicaría una modificación de las condiciones de la sociedad conyugal, alteración que el Código no permite. La ley con desconfianza los pactos y acuerdos de los cónyuges realizados con posterioridad al matrimonio, sin duda por temer que la vida en común pueda prestarse a que uno de los esposos influya perniciosamente sobre el otro. Por eso ciertas cosas que tolera antes (las donaciones, por ejemplo) las prohíbe después. La renuncia general que la mujer hiciera, después de contraído el matrimonio, a las garantías que el nuevo artículo 1.413 le concede sería, desde luego, contraria al espíritu que informa a nuestra legislación en esta materia.

¿Es igualmente nula la renuncia para un caso concreto? El tema se enlaza con el de la posibilidad de que la mujer otorgue un consentimiento irrevocable (siempre referido a uno o varios actos determinados), y nos parece más oportuno tratarlo cuando nos ocupemos de la naturaleza y alcance del consentimiento "uxoris".

LIMITACIONES IMPUESTAS A LOS PODERES DISPOSITIVOS DEL MARIDO

Constituye esta materia la parte fundamental de nuestro trabajo no sólo por la importancia de la cuestión en sí, sino, además, porque la exacta determinación del alcance y naturaleza de esas limitaciones constituye un importante punto de partida para poder puntualizar exactamente cuáles son los actos afectados por la necesidad del consentimiento "uxoris".

Estudiaremos los siguientes problemas: Naturaleza del consentimiento "uxoris" y de la autorización judicial subsidiaria, dedicando especial atención al examen de los casos y circunstancias en que aque-

(5) *Derecho civil de España*, II-1, pág. 262.

lla puede dispensarse, pues estamos convencidos que aquí radica uno de los centros vitales de la reforma; analizaremos después el valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento de su mujer ni habilitación judicial; trataremos, más adelante, de los requisitos y modalidades del consentimiento "uxoris", y terminaremos examinando las medidas de garantía a que se refiere el nuevo artículo 1.413, así como el alcance del último párrafo del precepto que condena, como el antiguo, los actos que el marido lleve a cabo en fraude de su mujer, en contravención de lo dispuesto en el Código.

I. El consentimiento "uxoris" y la autorización judicial subsidiaria

A) Naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris".

El nuevo artículo 1.413 del Código civil exige, como sabemos, que la mujer preste su consentimiento a los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial.

A primera vista, parece que esta exigencia presupone que la ley atribuye conjuntamente a los dos esposos el poder de disposición a título oneroso en lo que a aquellos bienes se refiere (6).

A nuestro juicio no es así. La potestad de disposición a título oneroso, manifestación o prolongación de la facultad de administrar que con un amplio contenido se sigue atribuyendo al marido, corresponde a éste. El consentimiento de la mujer, cuando es necesario, representa, de una parte (aspecto positivo) la necesidad de añadir al negocio un requisito extra para su plena eficacia, y de otra, viene a constituir (aspecto negativo) una limitación a los poderes dispositivos del marido. Pero el centro de gravedad de la potestad dispositiva corresponde al varón. A él compete tomar la iniciativa sobre la realización del negocio. El consentimiento de la mujer constituye, si se obtiene, un requisito habilitante, y si falta, un impedimento que se opone a la disposición planeada o intentada por el marido. En apoyo de nuestro punto de vista, se pueden esgrimir las siguientes razones:

Primera: La redacción del propio texto legal. Encabeza el artículo una regla o principio general: "El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales." Siguen después las limitaciones que se impone a ese poder de disposición. Se trata de limitaciones y no de excepciones. El artículo no dice con relación a inmuebles o establecimientos mercantiles el marido carezca de facultades dispositivas, ni que el poder de disposición corresponda a ambos cónyuges. Por el contrario el giro, "pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto autorización judicial para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles", parece responder

(6) Esta es la conclusión a que llega CASTRO (*Compendio de Derecho civil. Apéndice*, pág. 49). Como se verá en el texto, no coincidimos con la opinión del querido y admirado maestro. Pensamos—no obstante—que, dado el carácter de la obra citada, quizá no sea dicha conclusión la expresión de un juicio definitivo sobre el problema.

a la idea de que es el marido quien otorga el acto. Y confirma esta impresión el dato de que el consentimiento "uxoris" y la autorización judicial aparezcan colocados en un mismo plano (7).

Podría aducirse de contrario que el empleo del término "consentimiento" en lugar de otros como asentimiento o autorización, responde a la idea de otorgar a ambos cónyuges un poder de disposición conjunto. Tenemos entendido que en el seno de la Comisión de Códigos se vaciló sobre el empleo de la palabra consentimiento o asentimiento. Es posible, sin embargo, que el vocablo asentimiento se desechara por considerarlo más extraño o menos usual en nuestro tecnicismo jurídico. En cualquier caso no creemos que el hecho de haber utilizado el legislador la palabra consentimiento pueda ser decisivo frente al tenor literal del precepto y mucho menos aún frente a los demás argumentos de fondo que exponemos a continuación (8).

Segunda: La iniciativa en orden a la realización de negocios dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales corresponde exclusivamente al marido. Lo demuestra así el hecho de que el consentimiento de la mujer, si se niega a prestarlo, puede ser suplido por la autorización judicial, de donde se sigue que el marido, cumpliendo dicho requisito, puede otorgar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, *aun en contra de la voluntad de su mujer*. En cambio, la mujer no puede jamás imponer al marido la realización de un acto dispositivo. Si el marido no quiere vender una finca, por ejemplo, la mujer no puede acudir al Juez para que éste la permita, contra la voluntad de su esposo, llevar a cabo la venta. El marido es, pues, quien decide sobre la procedencia de llevar o no a efecto un acto de disposición. Si decide que no, la mujer nada puede aunque quiera. La decisión afirmativa del marido exige que cuente con

(7) Esto no significa que la equiparación entre el consentimiento "uxoris" y la autorización judicial sea absoluta. La mujer puede consentir el negocio aun a sabiendas de que es perjudicial para sus intereses. El juez, como más adelante veremos, ha de cerciorarse de que el acto no constituye un peligro grave para los intereses de la sociedad.

(8) RODRÍGUEZ ADRADOS, ob. cit., pág. 195, entiende también que el consentimiento de la mujer no presupone co-disposición. Se funda para sentar esta conclusión, casi exclusivamente, en el texto del artículo 1.413, y en la distinción muy clara, según él, entre consentimiento y disposición formulada por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Nosotros opinamos que la aludida distinción no está nada clara en dicha doctrina. Por el contrario el consentimiento a que se refiere la Dirección (confróntese la Resolución de 19 de diciembre de 1933 y las propias palabras de dicho fallo, entrecomilladas por RODRÍGUEZ ADRADOS) más bien representa una disposición indirecta operada por el marido. A nuestro juicio, como después veremos, no es equiparable el consentimiento a que se refería la Dirección (*consentimiento del marido*) al consentimiento de la mujer que ahora exige el artículo 1.413. RODRÍGUEZ ADRADOS distingue licencia, consentimiento y co-disposición. En su opinión, el asentimiento de la mujer pertenece a la segunda categoría. A nuestro juicio, por el contrario, dicho asentimiento está mucho más cerca de la licencia, sin que, por otra parte, nos parezca un concepto claro ese "tertium genus" que pretende interferirse entre la co-disposición y la simple autorización (licencia).

su consorte, pero si la mujer se opone puede ser judicialmente habilitado para efectuar la operación proyectada.

A nuestro juicio, la esencia y sustancia del poder de disposición consiste en la potestad del sujeto de producir con su voluntad la pérdida, extinción, o modificación de un derecho. Si la titularidad del derecho pertenece a varios sujetos (cotitularidad), el poder de disposición corresponde a aquel de los cotitulares que ostente aquella potestad. El poder de disposición puede estar atribuido a uno, a varios, o a todos los cotitulares (conjunta o indistintamente: solidaridad). Pero en todos los casos la voluntad de quienes ostentan el poder de disposición tiene necesariamente que concurrir para el otorgamiento del acto dispositivo, y si la potestad de disposición es solidaria basta la voluntad de uno cualquiera de los titulares. En la comunidad de gananciales uno de los cotitulares, el marido, puede disponer a título oneroso sin contar con el otro, aunque el objeto de la disposición sea un inmueble o un establecimiento mercantil, siempre que en la opinión del Juez el acto no deba ser rechazado, mientras que la mujer sólo puede oponerse a que el acto se realice. Es más lógico, pues, configurar los derechos de la mujer como un "ius prohibendi", y no como un verdadero poder de disposición.

Tercera: La mujer no es parte en los negocios dispositivos que el marido otorgue, aunque los consiente. Las consecuencias del acto dispositivo realizado por el marido sólo le afectan en la medida en que pueda resultar vinculado o comprometido el patrimonio ganancial. Pero ninguna responsabilidad alcanza a sus bienes privativos (dotales o parafernales) derivada del negocio de disposición concluido por el marido. La nueva Ley no ha modificado el sistema legal sobre determinación de las responsabilidades que puedan pesar sobre las distintas masas patrimoniales que cabe distinguir en el matrimonio. No ha agravado la responsabilidad de la mujer como contrapartida de la mayor intervención que en ciertos aspectos se le concede (9).

(9) La Ley 60 de Toro establecía que "cuando la mujer renunciara las ganancias, no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiera hecho durante el matrimonio". De aquí parecía seguirse, pues, la responsabilidad de la mujer caso de no renunciar a los gananciales. Sin embargo, y al menos en la doctrina inmediatamente anterior al Código, prevalecía la opinión contraria. Autor de tan gran autoridad como BENITO GUTIÉRREZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo I, pág. 691), escribía: "¿Supone esta ley que la mujer responda con dichos bienes, dotales o parafernales, de las deudas del marido como no renuncie a los gananciales? En manera alguna." Y más adelante añade: "Las deudas contraídas por el marido, único administrador de la sociedad conyugal, afectan a ambos cónyuges en el sentido de que mientras existan deudas, para ninguno de los dos puede haber gananciales."

En el Código civil está claro, a nuestro juicio, que la mujer no responde con sus bienes de las obligaciones a que están afectos los gananciales. Es ésta, además, una "communis opinio" en la doctrina. De la combinación entre los artículos 1.386, párrafo segundo, y 1.362 resulta que la responsabilidad de los bienes dotales inestimados y parafernales por las deudas y cargas de la sociedad de gananciales, está concretada a los gastos diarios y usuales de la familia cuando hayan sido causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del ma-

Cuarta: La mujer no percibe conjuntamente con el marido la contraprestación que el otro contratante satisfaga a cambio de la enajenación o el gravamen. No puede hacer suya la mitad de esa contraprestación, ni someterla a un régimen autónomo de administración y disposición. El marido decidirá libremente lo que haya que hacer con lo recibido en contrapartida del bien enajenado o gravado. Únicamente si lo adquirido a trueque fuera otro inmueble (u otro establecimiento mercantil) tendrá que contar de nuevo con su mujer (o con la autorización del Juez) para realizar un nuevo acto de disposición. Entender otra cosa sería reconocer a la mujer unas potestades que a todas luces no le ha conferido la Ley.

Se puede objetar a este argumento diciendo que en virtud del juego de la subrogación real el contravalor del bien enajenado es también ganancial y por tanto queda sujeto al régimen de administración

rido. La hipoteca legal que la mujer tiene derecho a exigir en garantía de la devolución de su dote estimada, de los muebles de la inestimada o parafernales y del precio de enajenación de los parafernales, si quedase en poder del marido (arts. 1.349, 1.356, 1.390 del C. c. y 169 y siguientes de la Ley Hipotecaria), responde, sin duda, a esa idea, ya que la hipoteca atribuye a la mujer, además del llamado derecho de persecución, el de preferencia respecto de los demás acreedores. No cabe llegar a una conclusión diferente en base al artículo 1.422-2 del Código civil, según el cual "cuando el caudal inventariado no alcanzare para cumplir todo lo dispuesto en este artículo y en el anterior, se observará lo determinado en el Título XVII de este Libro" (referente al concurso de acreedores). En el artículo anterior, y en el primer párrafo del 1.422, se habla de liquidación y pago de la dote y de los parafernales. Y como, además, el Código civil, al tratar del concurso de acreedores, no dice que hayan de ser separados los bienes dotales y parafernales de la mujer del concursado (a diferencia de lo que establece el Código de comercio en su art. 909) podría pensarse que el Código no exime a la mujer de responsabilidad por las obligaciones contraídas por el marido como administrador de la sociedad legal, y que sólo establece la previa excusión de los bienes de aquél y de los gananciales.

Pero semejante conclusión sería totalmente equivocada. Como dice MANRESA (cit. pág. 696), no puede haber cuestión respecto a bienes determinados, muebles o inmuebles, propios de la mujer y existentes en la sociedad al tiempo de su disolución. Especialmente si se trata de los mismos bienes que la mujer aportó al matrimonio (antes o después de celebrado éste) y que no hayan sido transformados o enajenados y reinvertidos. Respecto de dichos bienes no es necesario que el Código hable de ellos al ocuparse del concurso de acreedores por la sencilla razón que *no son bienes del deudor, que es el marido*.

El Código de comercio se refiere a los dotales y parafernales porque su separación de la masa de la quiebra exige un requisito especial: la inscripción de dichos bienes en el Registro mercantil. Sin entrar a discutir la "vexata questio" de si los parafernales deben o no (cuando se conservan en su estado primitivo) ser incluidos en el inventario de la sociedad en disolución, nótese que el Código habla en los artículos 1.421 y 1.422 de *liquidar y pagar*, conceptos que no son referibles a los mismos bienes aportados por la mujer al matrimonio y sobre los que nunca perdió el dominio. Pero puede ocurrir que el derecho de la mujer se haya convertido (como recuerda MANRESA, obra y lugar cit.) en un crédito contra la sociedad y contra el marido. Entonces, y salvo que este crédito esté asegurado con hipoteca legal, la mujer es una acreedora más. La mujer, por otra parte, puede haber obligado voluntariamente sus bienes en garantía de deudas y cargas de la sociedad. Todo ello explica la regla contenida en el último párrafo del artículo 1.422, sin que quepa extraer de este precepto soluciones que están en pugna con las líneas generales del sistema legal.

propio de la sociedad, siendo ésta la causa de que la mujer no reciba la contraprestación. Pero a esto cabe replicar que es precisamente la peculiaridad de la sociedad de gananciales en punto a su administración lo que determina que difícilmente pueda concebirse el consentimiento "uxoris" como atribución a la mujer de un poder conjunto de disposición. El fin práctico del poder de disposición a título oneroso es el de permitir al titular la realización y ulterior inversión del valor económico insito en el derecho de que se dispone, aunque para ello necesite la colaboración y aquiescencia de los otros titulares del derecho, o tenga que sujetarse a ciertas normas y responsabilidades. Pero no se concibe un poder de disposición que no permita ni siquiera intervenir en el destino de lo que se haya obtenido con su ejercicio (10).

El valor de los dos últimos argumentos que hemos expuesto toma especial relieve si se tiene en cuenta que nuestro derecho no conoce, al menos como regla general, el negocio de disposición, puro, independiente y abstracto. El negocio de disposición, en el derecho positivo español, aparece embebido en un contrato causal del que forma parte integrante. Por tanto, si se entendiera que el consentimiento "uxoris" es co-disposición, tendríamos que sostener que la mujer vende, permuta, divide, hipoteca en garantía de un préstamo, conjuntamente con el marido. Pero si las cosas sucedieran realmente así, ¿cómo justificar que el patrimonio de la mujer no soporta las consecuencias de dichos actos? Si la mujer vende, por ejemplo, conjuntamente con el marido, ¿cómo es que no recibe el precio, ni queda personalmente obligada al saneamiento?

Las razones expuestas demuestran claramente, a nuestro juicio, que las facultades del marido y las de la mujer respecto de los actos positivos para los que la ley exige el consentimiento de la segunda, *no tienen el mismo rango*. Las conferidas a la mujer tienden claramente a configurarse como un *derecho de veto* frente a ciertos actos del marido que el legislador ha considerado especialmente graves. El análisis de la ley en cuanto al alcance del novísimo consentimiento "uxoris" demuestra claramente, en nuestro sentir, que la verdadera "ratio iuris" del flamante artículo 1.413 ha sido la de conceder una mayor protección a los intereses de la mujer frente a posibles errores o abusos de poder por parte del marido, para lo cual no era necesario, y hubiera resultado totalmente incongruente con el sistema en general del Código civil (dentro del que hay que interpretar el nuevo artículo 1.413)

(10) La mujer puede condicionar su consentimiento a que se dé al dinero conseguido con la enajenación una inversión determinada. Pero como después veremos este consentimiento no es vinculante para el marido. Incluso aunque el marido acepte voluntariamente la exigencia de su mujer, no es claro que ésta tenga a su alcance medios idóneos para hacerla cumplir. Únicamente si la condición por ella impuesta ha sido aceptada por la contraparte y se ha subordinado la eficacia del negocio a su cumplimiento contará la mujer con una seguridad efectiva, aunque indirecta, de que su voluntad será respetada.

De todos modos está claro que el hecho de consentir el acto no otorga a la mujer derecho a intervenir en la inversión del dinero recibido.

ir a un régimen de co-disposición a título oneroso aunque sólo fuera para ciertos bienes gananciales. No se olvide que la mujer, ni antes ni después de la reforma, responde con sus bienes de la gestión marital. Continúa participando en las ganancias, pero no tiene que soportar las pérdidas. Está, pues, más de acuerdo con la esencia del sistema entender que la facultad de **disposición a título oneroso corresponde** al marido, aunque con el control que representa el consentimiento "uxoris" (o la autorización judicial) para disposiciones sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, y la posibilidad de provocar la intervención judicial cuando la conducta del marido, respecto de otros bienes gananciales, ponga en peligro grave los intereses de la sociedad.

A nuestro modo de ver, el consentimiento "uxoris" encaja dentro de lo que la técnica jurídica alemana llama *negocios de asentimiento*. Se trata, dice VON TUHR (11), de aquellas declaraciones de voluntad por las cuales su autor da a conocer que está conforme con el acto jurídico de otra persona. Dentro de esta figura genérica la doctrina alemana encaja una gran variedad de hipótesis. Entre ellas se cuenta el supuesto en que se dispone de derechos propios del disponente (o sobre los que éste ostenta un poder de disposición en nombre propio) de tal manera que con la disposición resultan afectados derechos o intereses de un tercero. Tales casos (que la doctrina separa cuidadosamente del asentimiento necesario para la validez de los negocios celebrados en representación de otro) se presentan en los actos otorgados por un cónyuge, que requieren, para su eficacia, la conformidad del otro. Se ofrece como ejemplo (12) la enajenación por la mujer de bienes aportados, para lo que necesita autorización de su marido, según el parágrafo 1.395 de BGB, y la disposición por el marido de fincas pertenecientes a la comunidad conyugal, que requiere el asentimiento de su esposa, según el parágrafo 1.444 del propio cuerpo legal.

El asentimiento, como dice ENNECERUS (13), *no es parte del negocio a que se refiere*, sino sólo requisito de su eficacia. Además, y con excepción de los negocios celebrados "nomine alieno", el sujeto del negocio es quien lo realiza y no la persona que da su asentimiento, incluso aunque afecte a los propios intereses del que asiente, quien se limita a sancionar la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, pero sin asumir el papel de parte (al menos de parte principal) en el negocio.

Descendiendo ahora de la pura teoría al campo más concreto del derecho positivo, creemos que el nuevo consentimiento "uxoris" guarda un estrecho parentesco con la vetusta y criticada licencia marital. Aunque el fundamento último de los dos institutos pueda ser diferente, su mecanismo técnico y su función práctica ofrecen, a nuestro modo

(11) *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Traducción española de RAVA, tomo II, volumen 1.º, pág. 239.

(12) *Tratado de Derecho civil*, I, vol. 2.º, pág. 386. VON TUHR, cit. pág. 246.

(13) *Ob. cit.*, pág. 386.

de ver, un acusado paralelismo que se echa de ver a través de las siguientes semejanzas (14):

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, en su trabajo antes citado (págs. 194 y sigs.), aunque admite que el nuevo consentimiento uxoris no es codisposición, cree, sin embargo, que se trata de una institución distinta de la licencia marital. Según él hay que distinguir tres conceptos, licencia, consentimiento y codisposición. El consentimiento de la mujer, no es, para este autor codisposición, pero hay que separarlo de la licencia que es cosa típica del marido, directamente derivada de la jefatura familiar que ostenta. Nos parece que estas razones son muy pobres para negar, fundándose en ellas, la analogía entre la licencia marital y el consentimiento uxoris. El que ambas instituciones pueda obedecer a un fundamento distinto (lo que, tratándose del aspecto patrimonial de la licencia marital no es tan claro, como hemos visto) no significa que su naturaleza jurídica haya de ser diferente. En todo caso hace falta comprobar si de este distinto fundamento deben deducirse consecuencias diversas a la hora de valorar su alcance en relación con el acto dispositivo de que se trate.

La distinción entre licencia y consentimiento, tiene su origen inmediato en la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, su filiación más remota en el artículo 1.416 del C. c., y ha sido desenvuelta, con poca fortuna a nuestro juicio, por el artículo 96 del vigente Reglamento Hipotecario.

Como decíamos, el origen remoto de la distinción hay que buscarlo en el artículo 1.416 del C. c. Establece el primer párrafo de este precepto que la mujer no podrá *obligar* los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. Nótese que lo que el Código dice es que la mujer no puede obligar los gananciales. No dice que para enajenarlos necesite ese consentimiento. Y no lo dice porque el Código parte de la idea de que quien dispone (a título oneroso) de los gananciales es *el marido*, y por tanto presupone que cuando sea la mujer quien lleve a cabo la enajenación actúa como delegada (o como apoderada) de su esposo. La mujer para enajenar los gananciales (siempre que sea el marido quien ostente la administración de la sociedad conyugal) precisa de la conformidad de su esposo, pero esta conformidad equivale a una delegación de facultades y no requiere especiales discriminaciones. La naturaleza ganancial del bien determina por sí sola la imputación a la sociedad y también al marido (cfr. art. 1.421 y 1.422 del C. c.) de las responsabilidades que se deriven del acto dispositivo, y así debe ser, puesto que el titular del poder de disposición a título oneroso es el marido, de cuya voluntad no puede prescindirse en ningún caso. Si la mujer asume el papel de parte en el negocio de disposición puede resultar comprometida, además, su propia responsabilidad personal. Cuando se trata de *obligar* los gananciales la cosa tiene un aspecto diferente. El hecho de que el marido autorice a su mujer para contraer una obligación no significa que con ello haya querido que de esta obligación respondan los gananciales (e incluso sus propios bienes). Parece, pues, que tal responsabilidad sólo puede desatarse si el marido ha consentido que la obligación contraída por su mujer tenga aquella transcendencia, no siendo suficiente que simplemente autorice a su mujer para obligarse. Claro es que si el marido se limita a autorizar a su mujer, pero la obligación se contrae en interés de la comunidad y el marido acepta que dicha obligación (lo obtenido a consecuencia de ella) redunde en beneficio de la sociedad, *tácitamente ha consentido* que la mujer *obligue* los gananciales. E incluso aunque la conducta del marido sea puramente pasiva la doctrina del "utiliter coeptum" podría determinar la vinculación.

La Dirección General (cfr. Resoluciones de 6 de mayo de 1904, 13 de mayo de 1911, de septiembre de 1921, 19 de diciembre de 1933, 9 de junio de 1936) ha operado sobre supuestos en que los bienes, aun siendo presuntivamente gananciales, estaban inscritos a nombre de la mujer. La razón por la cual el Centro Directivo acepta la distinción entre licencia y consentimiento es doble. De un lado, se estima que al ser la finca ganancial es el marido quien directa o indirectamente debe disponer de la misma. De otro, parece sobrentenderse que la simple licen-

a) Tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" representan una restricción impuesta, bien a la mujer, bien al marido,

cía no basta y el consentimiento es necesario, porque, en otro caso, no quedaría vinculado el patrimonio ganancial. ("Si la mujer es quien contrata y se obliga, dice la Resolución de 19 de diciembre de 1933, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal".) Nótese que este fallo, único que niega la inscripción por falta de consentimiento del esposo e insuficiencia de la licencia se refería a un préstamo hipotecario.

Prescindamos ahora de comentar críticamente esta doctrina, y veamos si estas dos razones son aplicables al consentimiento "uxoris", de manera que el tal consentimiento represente algo más que una pura autorización o licencia. La primera razón no es desde luego válida. Admitido que el consentimiento de la mujer no implica codisposición (como creemos haber demostrado y acepta el propio RODRÍGUEZ ADRADOS) es evidente que quien dispone de los inmuebles gananciales es el marido, titular del poder de disposición, por lo que no es preciso que el consentimiento de la mujer tenga más trascendencia que el de un simple permiso. Esto es evidente al menos siempre que se trate de bienes inscritos a nombre de la sociedad conyugal o de cualquiera de los esposos sin que exista ningún indicio que haga sospechar que son privativos. Tampoco el consentimiento de la mujer es necesario para que los bienes gananciales queden afectos a las resultas del acto de disposición. Autorizado éste por la mujer, o por el Juez, los bienes gananciales (y los propios del marido) quedarán sujetos a las responsabilidades dimanantes del acto dispositivo quiera o no quiera la mujer. En cambio sus bienes privativos quedarán exentos de tal responsabilidad (ver lo dicho anteriormente) que no puede imponerse a la mujer sin una declaración terminante de su parte, ya que presta su conformidad al acto (si efectivamente está conforme) no para vincular su patrimonio, sino porque la ley lo exige para la plena eficacia del negocio. En cambio, el marido al consentir una disposición de la mujer sobre bienes gananciales vincula también su propio peculio, que únicamente queda al margen de las consecuencias que acarree la gestión del patrimonio ganancial si es la mujer quien administra (cfr. art. 1.442 del C. o.) o si se trata de un acto realizado por la mujer en el ejercicio del comercio (cfr. art. 10 del C. de c.), en cuyo caso también la mujer funciona como administradora (al menos en parte) de los bienes comunes. Tratándose de hipotecas, teóricamente al menos, parece posible que la obligación la contraiga la mujer en su propio y exclusivo interés, y que en garantía se hipoteque un bien ganancial. Admitida esta posibilidad, la sociedad de gananciales sólo debe quedar afectada por la hipoteca en sí (negocio de disposición) mientras que la responsabilidad personal (efecto del negocio de obligación) pesará exclusivamente sobre el patrimonio de la mujer.

El consentimiento del marido, como manifestación embozada de su poder dispositivo, es insustituible; por el contrario, el consentimiento "uxoris", y ello confirma su carácter de simple licencia, admite la autorización judicial subsidiaria.

Volvamos ahora a la doctrina de la Dirección y a su proyección sobre el Reglamento Hipotecario. Como hemos visto, la distinción entre licencia y consentimiento no tiene fundamento cuando se trate de actos otorgados por el marido —que la mujer ha de autorizar—. ¿Lo tiene efectivamente si es la mujer quien realiza el acto?

Veamos las distintas situaciones en que pueden encontrarse los bienes gananciales (real o presuntivamente) y los requisitos para su enajenación, todo ello de acuerdo con lo que dicen los nuevos artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario:

a) Inscritos a nombre de los dos cónyuges por haber sido adquiridos por el marido o la mujer sin expresar la procedencia del dinero. El artículo 96, para todos estos supuestos, se remite a las normas de derecho sustantivo. Por tanto, podrá disponer de ellos el marido con consentimiento (autorización) de su esposa. Podrá igualmente disponer la esposa obrando por delegación de su marido, y con la conformidad de éste. Estimamos que la autorización del marido, siempre que se refiere a los bienes objeto de la disposición (o, de una manera

establecida no para proteger al cónyuge a quien afecta la limitación, sino en defensa de los intereses del otro, y, en último término, los de la familia.

general a los gananciales), vale como delegación tácita, a favor de su mujer. Incluso con cierta generosidad interpretativa, cabe admitir que las licencias generales otorgadas, sin especificar a qué bienes se refieren, facultan a la mujer para disponer de los que haya adquirido utilizando dicha licencia. En suma, lo esencial es que conste la voluntad del marido en el sentido de facultar a su mujer para que disponga de los bienes de que se trate y no el mayor o menor rigor técnico con que aquella voluntad haya sido expresada. Solamente cuando se trate de hipotecas, y si la que se obliga es la mujer, conviene puntualizar si el marido admite o no que los gananciales en general (además del bien hipotecado) han de responder de la obligación. En la duda, los gananciales han de reputarse excluidos, sin perjuicio de que los actos posteriores del marido, o el "utiliter coeptum", determinen su vinculación.

La redacción anterior del artículo 96 establecía que cuando los bienes hubiesen sido adquiridos por la mujer e inscritos a su nombre, y aunque no se hubiera hecho indicación del carácter parafernial del dinero, los actos de disposición sobre los mismos debían ser otorgados por ella con consentimiento de su esposo. La solución era, a nuestro juicio, contraria al Código civil e hipertrofiaba la importancia del llamado "titular registral". No resultaba admisible que si no había ningún dato (ni siquiera la confesión del marido) en contra de la presunción legal sobre el carácter ganancial de los bienes, que se alteraba el régimen de disposición previsto por la ley sustantiva. Se convertía a la mujer en *parte forzosa* del negocio de disposición, con posible repercusión sobre su responsabilidad, lo que no siempre tendría justificación. Desde el punto de vista práctico, la solución era útil en ciertos casos, especialmente en los de separación de hecho, por cuanto que impedía la injusticia de que el marido pudiese disponer de bienes adquiridos por la mujer después de la separación, lo cual resultaba particularmente arbitrario si en realidad los bienes invertidos en la adquisición eran privativos de la mujer, sin que ésta hubiera podido demostrarlo. Con todo, el remedio de estas situaciones no era (ni es) nada fácil, en vista del sistema del Código, si se niega la trascendencia directa sobre dicho sistema del estado de separación de hecho. Hoy, al requerir el Código civil que la mujer consienta las enajenaciones de inmuebles gananciales, aquel peligro extremo queda conjurado (en parte al menos) por la nueva exigencia legal.

Por otra parte, la modificación del Reglamento al establecer que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, sin indicación de la procedencia del dinero, se inscriban a nombre de ambos o de la sociedad conyugal, plantea el problema de lo que habrá que hacer con los bienes que antes de la modificación se hubieran inscrito a nombre de la mujer sin aseveración del carácter parafernial del dinero. ¿Se les aplicará el antiguo artículo 96 o el 1.413 del Código civil?

b) Inscritos a nombre de la mujer con mención de que el marido ha reconocido el carácter privativo del dinero invertido en su adquisición. Aquí, por desgracia, persiste el confusionismo. Los actos de disposición sobre estos bienes tendrán que ser otorgados por la mujer con *consentimiento* del marido. Parece, pues, que no basta la licencia marital ordinaria. Las consecuencias pueden ser muy graves. El hecho de que no quiera reconocerse un valor decisivo (ni siquiera entre los cónyuges) a la declaración del marido podría justificar la intervención cautelar de éste en la disposición; pero como esta intervención ya es cosa obligada, aun admitido que los bienes sean efectivamente privativos, no es preciso, a estos efectos, exigir algo distinto de la licencia. En cambio, el *consentimiento marital* (entendido a la manera de la Dirección, y como concepto diverso de la licencia) conduce a estas consecuencias: 1.º El patrimonio ganancial (y quizá también el propio patrimonio del marido) quedarán alcan-

Por lo mismo, ninguna de las dos instituciones tienen por fin remediar una situación de incapacidad. Esto que es diáfano respecto del

zados por las consecuencias que puedan derivarse de la disposición. Se dirá que frente a terceros la confesión del marido no es eficaz. Cierto. Pero una cosa es que la confesión no sea prueba suficiente (frente al tercero), y otra muy distinta que los gananciales tengan que quedar vinculados aunque posteriormente se pruebe por otros medios que realmente la finca era parafernál. Por otra parte y aunque el marido hubiera conferido sólo su licencia, ello no sería motivo para que los gananciales no quedaran excluidos, caso de que la finca tuviera, verdaderamente, este carácter. 2.º La mujer a quien su marido haya concedido una autorización general para enajenar sus parafernales no podrá utilizarla. Necesitará que el marido intervenga en el acto o dé su consentimiento con carácter especial para el mismo. En casos de separación de hecho, esta exigencia puede irrogar graves perjuicios a la mujer. 3.º Si el marido se niega a dar su consentimiento, como éste no es sustituible por la autoridad judicial, resultará que la mujer no podrá utilizar este recurso, al menos mientras no pruebe (¿dónde y mediante qué procedimiento?) que los bienes son efectivamente parafernales, y ello aunque realmente lo sean. No cabe aducir, para justificar esta consecuencia, que la confesión del marido no es válida ni siquiera entre los cónyuges (tesis sustentada por la Resolución de 11 de marzo de 1957), porque si es así, ¿por qué negar al marido la facultad de disponer de aquellos bienes, sobre todo hoy en que por ser necesaria la licencia "uxoris" ya no es menester introducir una autorización "ad cautelam"? Francamente no comprendemos cómo puede "dividirse" (cfr. art. 1.233 del C. c.) la confesión hecha por el marido y sancionar su eficacia en algunos aspectos para negarla en otros. Es admisible distinguir partes y terceros y sostener que frente a éstos la confesión sea inoperante. Pero, entre las partes, la confesión es eficaz o no lo es. No entendemos que lo sea sólo a medias. ¿Tendrá, pues, que seguir la mujer un juicio declarativo contra su marido para poder enajenar sus parafernales con autorización judicial si en el momento de otorgar la escritura y practicar la inscripción que formalizó la adquisición de aquéllos no pudo demostrar suficientemente, a juicio del registrador, la procedencia del dinero, y esto aunque el marido haya aseverado que ese dinero era parafernál? La rectificación del Registro, necesaria para poder considerar hipotecariamente los bienes como parafernales, parece llevar a la respuesta afirmativa.

La solución del Reglamento Hipotecario vulnera las normas sustantivas sobre disposición de bienes de la sociedad conyugal. Si hay que reputar gananciales los bienes inscritos a nombre de la mujer, a pesar de existir confesión del marido, ¿por qué no ha de poder éste disponer de los mismos con consentimiento de la mujer o autorización judicial subsidiaria? El Reglamento al exigir, en estos casos, que el acto de disposición lo otorgue la mujer, ciega esta segunda posibilidad (autorización judicial subsidiaria que el C. c. concede al marido). Si, por el contrario, los bienes a que nos referimos hay que reputarlos ("interpartes") privativos de la mujer, ¿por qué exigir el consentimiento del marido?

c) Inscritos a nombre del marido con indicación de que la mujer ha reconocido que el dinero era propiedad particular de aquél. La disposición tendrá que ser otorgada por el esposo con el consentimiento de la mujer. De nuevo se niega valor a la confesión, aquí parece que totalmente, ya que los bienes, a efectos de su disposición, se asimilan por completo a los gananciales. El peso de la Resolución de 11 de marzo de 1957 se deja sentir otra vez, abrumadoramente. Aunque no podemos entrar aquí en el estudio detenido de las razones alegadas por la Dirección, no queremos silenciar que dichas razones no nos convencen (¿Quid de la dote confesada, por ejemplo, si la confesión del marido hay que reputarla inválida, según la Dirección, porque a través de ella puede vulnerarse el cumplimiento de las leyes y consumarse una donación entre cónyuges?). Nos limitaremos a hacer constar que el Reglamento Hipotecario (nueva consecuencia pintoresca) hace de peor condición a la mujer que al marido en lo que se refiere a las posibilidades reconocidas a ambos para dispo-

consentimiento "uxoris", es también claro en la licencia marital. Estima hoy la doctrina que la mujer casada no experimenta, por razón de su estado, una verdadera incapacidad. Las restricciones de la capacidad de la mujer casada, dice CASTRO (15), no corresponde a una calidad o condición que por sí sola las produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de una causa externa, impositiva (límitación de la capacidad, protección de otra persona). La mujer casada no es, pues, incapaz. En la esfera de lo patrimonial sufre ciertas limitaciones que tienen por causa su estado y están establecidas no en su propio interés, sino en el de su marido, o si se quiere en el de la familia de la que aquél es el jefe.

Estas restricciones (aparte de las establecidas en la esfera personal y de algunas limitaciones especiales para obligarse y adquirir) constituyen de hecho una limitación de los poderes dispositivos de la mujer sobre sus propios bienes (idea ésta a la que alude la Resolución de 10 de febrero de 1916), de la misma forma que el consentimiento "uxoris" limita el poder de disposición que el marido ostenta sobre los gananciales.

Podrá decirse que mientras el consentimiento "uxoris" descansa eclusivamente en el interés económico de la mujer, la licencia marital obedece a la finalidad, más elevada, de asegurar al marido la jefatura doméstica. Esto no obstante, la sustancial semejanza queda en pie, ya que tanto la restricción que representa la licencia marital como el consentimiento "uxoris" no se establece en interés del sujeto a quien afecta la restricción. Además también el consentimiento "uxoris" representa una garantía para los intereses de la familia en general, puesto que la mujer defiende con él no sólo su economía particular sino el patrimonio común. Si además sostenemos, siguiendo a CASTRO (16), que la licencia marital (en lo patrimonial) es una consecuencia del sistema de gananciales cuando funciona en régimen normal de administración ejercida por el varón, tendremos que también el interés que tutela la licencia marital es el del marido en la sociedad de gananciales, porque la enajenación o el gravamen de un bien privativo de la mujer afecta a la sociedad por cuanto que toca a una de sus fuentes de ingresos.

b) El consentimiento "uxoris" no significa, según vimos, que el po-

ner de sus bienes privativos "confesados". El marido podrá acudir, si su mujer no quiere consentir la enajenación, a la autorización judicial subsidiaria, apoyándose, sin más, en el párrafo primero del artículo 1.413. A no ser que alguien estime que el consentimiento del artículo 96 del Reglamento (consentimiento de la mujer) es distinto del exigido por el artículo 1.413, y no admite la autorización judicial supletoria, lo cual sería verdaderamente disparatado.

Con todos los respetos debidos a las opiniones contrarias, creemos que la distinción entre consentimiento y licencia, de un lado, y la preocupación, por otro, de fortalecer la titularidad registral, sólo ha servido para sembrar el confusiónismo, y, lo que es peor, para justificar soluciones creadas al margen de la ley, muy discutibles en el terreno de los principios y posiblemente perturbadoras en la práctica.

(15) *Derecho civil de España*, II-1, pág. 259.

(16) *Ob. cit.*, págs. 254 y ss.

der de disposición sobre los gananciales corresponda conjuntamente a ambos cónyuges. Tampoco la licencia marital implica que el marido comparta con la mujer la facultad de disposición sobre los bienes parafernales o dotales inestimados. De los artículos 1.387 y 1.361 del Código civil resulta clarísimamente que es la mujer quien decide si procede o no realizar un acto de disposición sobre sus propios bienes. A ella le corresponde la iniciativa, y su voluntad, en este sentido, es insustituible. A la mujer afecta exclusivamente las consecuencias del negocio, sin que los bienes propios del marido, ni tampoco los gananciales resulten alcanzados por los efectos de aquél.

c) Tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" constituyen un "ius prohibendi" del que no se puede hacer un uso arbitrario. Cuando se denieguen injustificadamente cabe sustituirlos por la autorización judicial.

Cierto que el marido no es cotitular de los parafernales o de los dotales inestimados (aunque respecto de estos tenga el usufructo), y, en cambio la mujer sí lo es de los gananciales, pero el paralelismo que estamos estableciendo no se interrumpe, a nuestro juicio, por esta circunstancia. El consentimiento "uxoris" no se establece porque la mujer sea cotitular de los gananciales, y como exigencia derivada de esta titularidad. Si el fundamento del nuevo instituto se encontrara en que por ser la mujer comunera o copartícipe de los gananciales su intervención en el acto dispositivo viniera impuesta por la existencia misma de esa cotitularidad, sería ilógico que la Ley no siguiera el sistema de la unanimidad (propio de la comunidad ordinaria) para las enajenaciones de gananciales, sin que por otra parte debiera contar el dato de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes. La unanimidad no se requiere, como hemos visto, ni siquiera cuando el consentimiento "uxoris" es necesario. En una palabra, el consentimiento "uxoris" se ha introducido para proteger los intereses de la mujer como copartícipe en la sociedad de gananciales, pero no porque la condición de comunera, que ostenta, postule necesariamente su intervención en los negocios dispositivos sobre bienes de la sociedad.

En resumen, tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" consiste en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro. Se traducen en un derecho de veto del que es titular el marido respecto de los actos dispositivos que su esposa quiera realizar sobre sus bienes privativos o la mujer en cuanto a los que el marido quiera llevar a cabo y tenga por objeto bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial. En vista, pues, de la semejanza que existe entre las dos instituciones comparadas parece viable aplicar, por analogía, al consentimiento "uxoris" muchas de las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital (17).

(17) Las diferencias que pueden apreciarse descansan en el fundamento último de la licencia marital (sobre todo si la tesis de CASTRO se reputa demasiado atrevida). Pero del diverso fundamento de las dos instituciones, la única con-

Las consideraciones que anteceden en orden a la naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris" no tienen un simple interés teórico, como fácilmente puede comprenderse. En primer término, al habernos permitido establecer la verdadera "ratio iuris" del instituto nos consentirán, asimismo, proceder con cierta flexibilidad a la hora de determinar exactamente cuáles son los actos dispositivos para los que el marido necesita la conformidad de su mujer. Entendido el consentimiento "uxoris" como aplicación práctica de un sistema de codisposición, imperativos conceptuales ineludibles obligarán a exigir tal consentimiento, cualquiera que sea la trascendencia del acto, siempre que se trate de un negocio de disposición. Por el contrario, si pensamos que la mujer, aunque haya de prestar su licencia, no dispone de los gananciales conjuntamente con su marido, sin que su voluntad integre propiamente el negocio dispositivo, podremos admitir que ciertos actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles no precisen el consentimiento de la esposa, cuando la prestación de dicho consentimiento carezca de fundamento desde un punto de vista teleológico.

En segundo lugar, las conclusiones que hemos apuntado podrán iluminarnos a la hora de resolver toda una serie de problemas que el legislador ha dejado en la penumbra. Lo comprobaremos al ocuparnos del valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento "uxoris" ni habilitación judicial, así como al estudiar los requisitos y caracteres del nuevo instituto.

La más exacta comprensión de su naturaleza requiere que estudiemos ahora dos cuestiones: la autorización judicial subsidiaria o supletoria del consentimiento de la mujer, y el examen del problema relativo a la trascendencia que tenga la falta del consentimiento "uxoris" o de la habilitación judicial para la validez de los actos que requieren dichos requisitos.

B) *La autorización judicial subsidiaria*

Dice el nuevo artículo 1.413 del Código civil que el marido necesita, en defecto del consentimiento de la mujer, autorización judicial para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Así, pues, mientras la voluntad del marido es insustituible y sin ella (caso de ostentar el varón la administración de la sociedad) no puede otorgarse en ningún caso el acto dispositivo, la voluntad de la mujer (es decir, su consentimiento) puede ser suplida por la autorización judicial.

Ello demuestra, como ya vimos, que la intervención del marido y de la mujer en el negocio de disposición no tienen el mismo valor, y prueba, en unión de los demás argumentos que oportunamente expusimos, que el poder de disposición a título oneroso no corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, aunque se ejercite sobre inmuebles

secuencia clara que se sigue es que los actos de la mujer otorgados sin licencia del marido deben merecer un trato más severo que los realizados por el esposo sin el consentimiento de su cónyuge.

o establecimientos mercantiles. La posibilidad de acudir a la autorización judicial supletoria es también una muestra de la analogía que a nuestro juicio existe entre el consentimiento de la mujer y la licencia marital.

Varios son los problemas que en el orden sustantivo suscita la autorización judicial subsidiaria prevista por el artículo 1.413.

El primero y más importante de todos ellos es el de puntualizar en qué casos y circunstancias podrá el Juez autorizar al marido la realización de un acto al que se opone su mujer. De la solución de este problema depende, en gran medida, el alcance práctico de la reforma.

Ante el silencio del Código sobre este extremo (el artículo sólo habla de autorización concedida *en defecto* del consentimiento "uxoris") y a la vista de que el último párrafo del nuevo artículo 1.413 vuelve a referirse (como el antiguo) a los actos del marido ejecutados en fraude de la mujer o en contravención de lo dispuesto por la ley, podría pensarse que el consentimiento "uxoris" es una medida preventiva contra las disposiciones fraudulentas o ilegales (después precisaremos estos conceptos) intentadas por el marido. De donde se seguiría que la autorización judicial tendría que concederse siempre, salvo que existieran fundadas sospechas de que el marido con el acto proyectado intentaba menoscabar en su exclusivo beneficio o en el de terceros el haber de la mujer en la sociedad de gananciales.

No creemos que este criterio tan laxo pueda sustentarse. De un lado, la exposición de motivos de la ley reformadora habla de defender a la mujer frente a una imprudente actuación marital. Es indudable que una administración puede ser imprudente sin llegar a fraudulenta. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 1.413 se refiere a actos dispositivos que entrañen *grave riesgo* para la sociedad de gananciales. No requiere, para que el juez pueda adoptar las medidas cautelares que exijan los intereses de la mujer que la conducta del marido haya sido maliciosa. Basta con que sea desordenada o negligente hasta el punto de poner en peligro la economía de la sociedad.

Situándose en el polo opuesto, CASTRO (18) estima que el Juez sólo deberá conceder su autorización cuando la falta de consentimiento de la mujer y consiguiente imposibilidad de llevar a cabo el acto de disposición suponga un daño, o peligro de daño, grave para la sociedad. El primer párrafo del artículo 1.413 (argumenta CASTRO) no dice de modo directo cuál sea el fundamento que el Juez tendrá en cuenta para conceder o negar su autorización, pero lo indica suficientemente con la frase "solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente". En éste se menciona otra solicitud fundada de la mujer, y se entiende que lo está cuando se trate de actos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales.

Nos permitimos discrepar de tan autorizada opinión. El inciso "del modo previsto en el párrafo siguiente" alude claramente, en nuestro sentir, al aspecto procesal de la cuestión, es decir al procedimiento que

(18) *Compendio de Derecho civil*, cit., pág. 49.

debe seguirse para conseguir la autorización. La solicitud del marido ha de ser fundada, pero ello no presupone en absoluto que este fundamento tenga que ser el mismo que justifica la adopción de las especiales medidas de aseguramiento a que se refiere el segundo párrafo. Antes bien, como seguidamente indicaremos, la relación entre los dos primeros párrafos del precepto debe llevar a una conclusión opuesta a la que sostiene CASTRO.

Pensamos que ni siquiera una interpretación puramente gramatical y literal puede amparar un criterio tan restrictivo que, de prosperar, supeditaría prácticamente al arbitrio de la mujer toda iniciativa económica del marido en cuanto se refiriese a inmuebles o establecimientos mercantiles. Aunque la imposibilidad de llevar a cabo el acto dispositivo no sea determinante de un daño grave para la sociedad, es evidente que la negativa de la mujer puede ser totalmente arbitraria.

A nuestro juicio basta justificar (dentro de los límites de una previsión racional) que del acto proyectado no ha de seguirse perjuicio para la sociedad de gananciales. Fundamos nuestra opinión en las siguientes consideraciones:

Primera: El fundamento y naturaleza del consentimiento "uxoris". El nuevo instituto obedece, a nuestro juicio y según hemos ya dicho, al propósito de evitar que el marido pueda hacer mal uso (entendiendo por tal no sólo el fraudulento) de sus poderes dispositivos, pero no significa que el legislador haya situado a ambos cónyuges en un mismo plano a la hora de disponer de ciertos bienes gananciales. Le corresponde, pues, la dirección económica del patrimonio ganancial. Bien están las garantías que aseguren a la mujer frente a una administración deshonesta o desordenada. Pero para eso no hace falta convertirla de hecho en coadministradora.

Segunda: El artículo 1.413 del Código civil exige la autorización *en defecto* del consentimiento de la mujer. Esta expresión se refiere tanto al caso de que la mujer no quiera como al de que *no pueda* prestar su consentimiento. Pues bien, la Ley no hace ninguna distinción a propósito de que en ambos supuestos deban seguirse criterios diferentes para conceder la autorización solicitada. Sería realmente lamentable que el hombre casado con una mujer incapacitada, ausente o pródiga, sólo pudiera disponer de los inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales para conjurar un daño grave que amenazase a la sociedad. Cuando es la mujer quien administra los bienes comunes por habérsela transferido la administración, en los casos del artículo 1.441 del Código civil, la licencia judicial que exige el artículo 1.444 se concederá siempre que se justifique la *conveniencia* o necesidad de la enajenación (19).

(19) La analogía con la licencia marital no es demasiado útil para resolver el problema planteado en el texto, ya que la ley es muy poco explícita a la hora de puntualizar en qué casos y circunstancias puede ser suplida aquélla por la autorización judicial. En la doctrina, frente a la estrechez de criterio de algunos autores, se registran tendencias más racionales y flexibles. CASTRO (*De-recho civil de España*, II-1, cit., pág. 272) dice que la negativa del marido a

Tercera: El segundo párrafo del artículo 1.413. A nuestro modo de ver, dicho precepto contiene en primer término (inciso primero del párrafo primero) una regla general: atribución al marido de la potestad de administrar y de disponer a título oneroso de los bienes gananciales. Se contienen después (inciso segundo del párrafo primero, y párrafo segundo) las limitaciones a que están sujetas esas potestades. Y, finalmente, se declara que aunque esas limitaciones hayan podido ser superadas por el marido, no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos los actos fraudulentos o ilegales.

La finalidad de las limitaciones establecidas en el primer párrafo del 1.413 y de las previstas en el segundo párrafo del propio artículo, tiene que ser, lógicamente, la misma. La diferencia (determinada, como resulta de la exposición de motivos, por la distinta naturaleza de los bienes) consiste en la actuación práctica de dichas limitaciones. Mientras las del primer párrafo actúan "a priori" e "ipso iure", las del segundo sólo entran en juego si la mujer lo solicita. Pero nada autoriza a sostener que el fundamento de dichas limitaciones haya de ser diferente. Y bien claramente nos dice el segundo párrafo del artículo 1.413 que lo que se pretende evitar es que el marido realice actos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales. Lo que sucede es que cuando se trata de inmuebles o establecimientos mercantiles, es el marido quien tiene que demostrar que el acto que proyecta no pone en peligro los intereses de la sociedad, mientras que si los bienes amenazados son de otra clase es la mujer la que debe probar, para que las limitaciones se adopten, la realidad del peligro, acreditada ya por una conducta precedente del marido. El último párrafo del artículo 1.413 pone igualmente de relieve que el legislador lo que en definitiva quiere es que los actos realizados por el marido sin consentimiento de su mujer (que hoy contravienen lo establecido en el Código) no perjudiquen a ésta ni a sus herederos. Lo que ocurre, como más adelante veremos, es que los derechos de la mujer no se reducen a conseguir una indemnización cuando la sociedad se disuelva, sino que la protección que ahora se la dispensa es más eficaz y directa. La pretensión de indemnización (al revés de lo que sucedía anteriormente) tiene carácter simplemente subsidiario.

Creemos, pues, que la autorización judicial deberá concederse siempre que el Juez llegue al convencimiento de que el acto no constituye una amenaza grave para los intereses de la sociedad, o al menos siempre que se demuestre su utilidad o conveniencia, sin que se precise la concurrencia de circunstancias que lo hagan aparecer necesario.

El marido debe exponer los motivos que le inducen a realizar el acto que pretende otorgar. La mujer, que ha de ser oída,

dar su licencia debe estimarse infundada cuando el acto que trata de obstaculizar a su mujer tiene por fin evitar un perjuicio, la obtención de una importante ventaja o la prevención de un peligro. A nuestro modo de ver, es correcto el punto de vista de los antiguos autores, que parecía inspirar la Ley 57 de Toro, en el sentido de que la habilitación judicial procede siempre que el marido se niegue sin justa causa a dar licencia a su mujer.

podrá naturalmente oponerse a la pretensión de su marido, negando las razones aducidas por éste o alegando otras que demuestren la peligrosidad del acto. El perjuicio posible puede venir determinado por el acto en sí, por las condiciones en que vaya a realizarse, o por la inversión que el marido proyecte dar a lo que obtenga a cambio de la enajenación o el gravamen. No es necesario, a nuestro juicio, que obligadamente se trate de un perjuicio económico. También un perjuicio moral puede justificar la oposición de la mujer y servir de base suficiente a la negativa del Juez.

La autorización judicial ¿debe obtenerse *antes* de otorgar el negocio de que se trate? Teóricamente no hay obstáculos decisivos que se opongan a la obtención de la que podría llamarse confirmación o convalidación judicial.

La autorización judicial (e igualmente el consentimiento "uxoris") no es elemento del negocio. Como dice CARNELUTTI (20) hay que distinguir el acto en sí mismo, con los elementos que lo integran según su especial naturaleza, de los eventos, anteriores o posteriores a él, de que pueda depender su eficacia. Una cosa son los que FALZEA (21) llama elementos centrales del supuesto y otras los que el propio autor denomina coelementos, concausas o elementos marginales. La autorización judicial puede pensarse como una "condictio iuris", y, por tanto, nada se opone, en principio, a que sea posterior al negocio. Como, a nuestro juicio, y según después veremos, el acto del marido que adolezca del consentimiento "uxoris" y de la autorización judicial subsidiaria no está privado de efectos, sino que es simplemente impugnabile por la mujer o sus herederos, cabe admitir que la autorización judicial (lo mismo que el consentimiento "uxoris") convalide "a posteriori" el negocio de disposición dotándole de firmeza y eliminando su carácter claudicante.

Con todo, creemos que razones muy atendibles apoyan la opinión de que la autorización judicial debe obtenerse previamente (22). La ley, en general, cuando habla de autorización (en otro caso emplea el término aprobación) sobrentiende que el control del juez ha de ser anterior al acto. Previa ha de ser, igualmente, la habilitación judicial supletoria de la licencia marital, sin que la acción de impugnación que asiste al marido y a sus herederos esté condicionada por el hecho de haberse negado injustificadamente la licencia marital. La autorización judicial que precisa la mujer cuando administra en los casos de los artículos 1.441 y 1.444 del Código civil, ha de recaer también, como regla general, antes de que la enajenación se realice, según demuestra el tercer párrafo del último precepto citado. Las razones que abonan este criterio legal, aplicable, "mutatis mutandi", al consentimiento "uxoris" y a la licencia judicial prevista para suplirlo, radican en el carácter eminentemente *preventivo* de las instituciones

(20) *Sistema de Derecho procesal*, traducción de Sentis Melendo, tomo III, pág. 523.

(21) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, págs. 21 y ss.

(22) RODRÍGUEZ ABRADOS cree que la autorización ha de ser anterior al acto, Cfr. ob. cit., pág. 200.

que nos ocupan. La ley trata de evitar *que se consume* un acto que pueda resultar peligroso o lesivo para la mujer. Es lógico, pues, que la demostración de la inexistencia del peligro se ofrezca antes de realizar el acto que la mujer no quiere consentir. Si no se ha obtenido el consentimiento, ni la autorización judicial previa, la impugnación debe quedar expedita a la mujer, sin que pueda ya discutirse si el acto fué o no perjudicial. La prueba de este extremo, una vez consumado el acto, puede ofrecer dificultades punto menos que insuperables (23). La autorización judicial "a posteriori", aunque teóricamente fuera posible, sería denegada en la mayor parte de los casos.

Creemos, pues, que la autorización judicial tiene que ser previa. Pero ¿qué debe entenderse por autorización previa? ¿Sólo la que sea anterior a la perfección del contrato o, igualmente, la que recaiga después de la perfección y antes de la consumación? Entendemos que también puede considerarse previa la autorización obtenida en la fase intermedia. En favor de esta tesis pueden aducirse dos argumentos: uno teórico y otro práctico. Planteando el problema en el terreno teórico, parece que mientras el acto de disposición (o si se quiere el supuesto de hecho traslativo) no esté completo, la autorización que se obtenga será, todavía, previa. Nuestro derecho requiere la tradición (y en el caso de la hipoteca, la inscripción) para que se opere la modificación jurídico-real. En segundo término, las razones prácticas que justifican que la autorización judicial haya de ser previa, se oponen no tanto a que el acto se celebre sin aquella autorización, sino a que se consume antes de haber sido autorizado. Mientras el bien ganancial permanezca de "jure" y de "facto" en el patrimonio común, ningún daño puede derivarse de que se discuta si el acto resultará o no perjudicial. Aunque el derecho de impugnación de la mujer nazca desde que el acto se celebre, puesto que, aunque éste no tenga por sí solo virtualidad suficiente para producir la transmisión, constituye una vinculación del patrimonio ganancial y representa, además, el elemento básico de la disposición, no hay inconveniente en que, durante esta etapa intermedia, la impugnación esté condicionada a la demostración de que el acto no es perjudicial. La cosa, evidentemente, varía si el contrato ha sido consumado. El derecho de la mujer debe quedar expedito, pues toda discusión sobre la existencia o inexistencia del perjuicio no hará sino retrasar o entorpecer la reparación de un daño que puede haberse ya producido.

Con mayor razón aún será admisible que las partes contraten bajo condición suspensiva de que se consiga la autorización judicial. Entonces el juego mismo de la condición impide la consumación del contrato, ya que los efectos del acto (aparte de los que se derivan de la

(23) ¿Cómo justificar que el precio en que se vendió una finca hace muchos años fué efectivamente bajo? Si el perjuicio ha sido causado por una segunda o ulterior reinversión de lo obtenido, que pudo confundirse con otros ingresos, ¿cómo saber hasta qué punto el acto resultó efectivamente perjudicial?

propia situación de expectativa) quedan suspendidos y subordinados al otorgamiento de la licencia judicial subsidiaria (24).

También creemos que cuando la enajenación o el gravamen no puedan aplazarse sin peligro grave para el caudal administrado, la autorización podrá recabarse "a posteriori", aun consumado el acto. Puede invocarse la analogía con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1.444. No creemos que el hecho de referirse este precepto a valores públicos o créditos de empresas y compañías mercantiles sea un dato tan decisivo como para impedir la interpretación analógica que propugnamos, máxime en vista del signo económico que hoy han adquirido los inmuebles.

¿Podrá el Juez conceder al marido una habilitación de carácter general? La contestación negativa nos parece clara cuando la mujer se halle en condiciones de dar su consentimiento, y se trate, por lo tanto, de suplir o de prevenir una negativa, expresa o tácita, por su parte. El Código dice que el marido, para conseguir la autorización judicial, deberá presentar solicitud fundada. Esta solicitud fundada presupone una negativa de la mujer (caso de que pueda dar el consentimiento) y la alegación de razones que demuestren lo injustificado de su oposición. Lógicamente, estas razones han de referirse a un negocio de disposición determinado. Pero si la mujer se niega a conceder una autorización general, porque no confía suficientemente en su marido, es imposible que el Juez entre siquiera a considerar la cuestión (25).

El problema tiene una faceta distinta cuando el marido pida autorización judicial porque su mujer no pueda dar el consentimiento. Si la mujer ha sido declarada ausente, incapaz o pródiga, rebelde en causa criminal o si se halla absolutamente impedida, tales situaciones constituyen fundamento suficiente para que el marido, especialmente si sus actividades le obligan a operar frecuentemente con inmuebles o establecimientos mercantiles, solicite del Juez una autorización general, que tendrá por fin eludir el trastorno de tener que acudir constantemente al Juzgado en demanda de habilitaciones especiales, con posible daño (dadas las necesarias dilaciones) para el patrimonio común (26).

(24) Podría objetarse que la analogía con la licencia marital (reiteradamente invocada por nosotros) no autoriza a tanto. Pero téngase presente que no es la ley, sino sus intérpretes quienes mantienen un criterio rígido y estrecho a la hora de hacer flexibles las limitaciones que restringen la capacidad de la mujer. Nuestras conclusiones son igualmente válidas referidas a la autorización judicial supletoria de la licencia marital.

(25) Una cosa es la licencia judicial general (no viable si la mujer se halla en condiciones de dar su consentimiento) y otra muy distinta que el Juez no pueda autorizar la realización de varios actos determinados que constituyan en su conjunto una sola operación económica. La imposibilidad de que el Juez elimine toda intervención de la mujer mediante una licencia general no postula que la autorización judicial haya de otorgarse con cuentagotas.

(26) La ley procura facilitar la gestión de la mujer cuando es ella la que ejerce la administración por imposibilidad del marido. El artículo 2.036 de la Ley de Enjuiciamiento civil permite al juez conceder una licencia general a

¿Puede la mujer pretender, y el Juez acordar, que el producto de la enajenación o el gravamen se deposite hasta que se efectúe la inversión propuesta por el marido? Es decir, ¿cabe aplicar por analogía lo que dispone el artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento civil (relativo a enajenaciones de bienes de menores), el cual establece que el Juez cuidará bajo su responsabilidad que se dé al precio obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización? Aunque se estimara la analogía no se debe olvidar que el artículo 2.024 de la propia Ley (hoy carente de actualidad pues los tutores no necesitan autorización judicial sino del Consejo de familia), permite que el precio se entregue al tutor del menor si estuviere relevado de prestar fianza o ésta fuere suficiente. No parece que pueda hacerse de peor condición al marido que, además, es propietario del bien que va a ser enajenado. Por otra parte si el Juez tiene dudas sobre la veracidad de las razones alegadas por el marido y sobre la realidad de la inversión que propone, lo que debe hacer es negar su autorización. En último término, si el marido no inspira confianza al Juez, pero la enajenación tiene por fin cubrir una necesidad ineludible, de tal modo que pese a aquella desconfianza cree que debe conceder la autorización, podrá tomar las medidas de precaución que estime aconsejables. La licencia judicial, si ha de ser útil y cumplir su función, debe discernirse con un criterio elástico y flexible. Las circunstancias de cada caso determinarán si conviene denegarla o concederla, así como las garantías complementarias que aseguren el fiel cumplimiento de la finalidad que persiga la enajenación o el gravamen.

(Continuará.)

la mujer del declarado ausente "para todos aquellos casos en que necesitaría la autorización de su marido". Con todo, es dudoso que esta solución pueda aplicarse analógicamente. En primer término, no se refiere sólo a la hipótesis de ausencia. En segundo lugar, no es claro que esta licencia general comprenda también la autorización a que se refiere el artículo 1.444 del Código civil (que parece ha de ser especial), necesaria para enajenar o gravar los bienes (inmuebles, según la interpretación más racional) cuya administración se haya transferido a la mujer. La Ley de Enjuiciamiento habla de los actos para los que la mujer necesitaría autorización de su marido y puede entenderse que se refiere exclusivamente a los actos de disposición sobre sus parafernales o dotales inestimados. A pesar de estas consideraciones, nosotros creemos defendible que la mujer pueda conseguir una autorización general respecto de toda clase de bienes.

Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial

(El artículo 1.413 del Código civil)

J. ROCA JUAN

SUMARIO: I. *Antecedentes*.—1. El artículo 1.413 Código civil, como precepto limitativo. Reforma de 24 de abril de 1958.—2. Antecedentes en el Derecho español y francés: El principio *non est proprie socia sed speratur fore*.—3. El planteamiento en los juristas hispánicos.—4. La doctrina y la Jurisprudencia inmediatamente anteriores y contemporáneas del Código civil.—5. Los comentaristas del Código.—6. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—7 y 8. Las construcciones de la doctrina francesa y belga. Los autores italianos: Bianchi, Piola, Borsari y Tedeschi.—9 y 10. Obstáculos a la interpretación práctica del artículo 1.413. Tendencia a la reforma. El precepto reformado.—II. *Consideraciones generales sobre el nuevo artículo 1.413*.—1. Aplicación a las situaciones jurídicas en desarrollo. Aplicación del anterior artículo como medio de protección contra los actos de disposición ya realizados al producirse la reforma.—2. Tratamiento protector del precepto reformado: a) La distinción de actos sobre inmuebles y establecimientos mercantiles y las demás categorías de bienes. b) Valor del «consentimiento de la mujer» en los casos en que procede. c) El consentimiento de la mujer en actos de disposición sobre «establecimientos mercantiles».—III. *El patrimonio ganancial como organización*.—1. El derecho de la mujer es un derecho actual en la sociedad de gananciales.—2. La idea de sustitución de valores, límite fundamental a las facultades del marido (que la enajenación tenga lugar a título oneroso).—IV. *Límites externos a la disposición del marido*.—1. La «contravención del Código» y el «fraude de la mujer».—2. La frase «no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos».—3. La protección de la mujer en los casos de anomalía del matrimonio: el artículo 68 del Código.

I

1.—Superada la cuestión relativa a la capacidad de la mujer casada, la existencia de limitaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial tienen, como se ha dicho (1), un distinto fundamento: Mientras en la esfera personal hay una causa sustantiva y normal de restricción —un deber de obediencia—, tal causa no tiene aplicación directa en la esfera patrimonial, y su mayor o menor

(1) Federico DE CASTRO: *Derecho Civil de España*. Vol. II, pág. 262.

extensión depende del régimen jurídico de los bienes de la sociedad conyugal, susceptible de pacto en las capitulaciones matrimoniales. Mas la Ley impone también en este ámbito patrimonial una serie de limitaciones a las facultades de la mujer, que alcanzan su mayor amplitud con referencia al régimen económico más general, el de gananciales, que el Código establece como supletorio a falta de pacto sobre los bienes.

Su carácter de régimen *legal*, establecido en la necesidad de suplir la imprevisión de los cónyuges en punto a una faceta tan importante de la vida matrimonial, hace que su regulación sea llevada a cabo en presencia de dos consideraciones: El carácter tradicional del sistema de gananciales, profusamente desenvuelto y regulado en nuestro Derecho histórico (2), y la necesidad de mantener deslindados los estados jurídicos de marido y mujer, exigencia inmediata del principio de unidad familiar que determina —como dice Cossío— (3) una limitación de la actividad de la mujer *sólo* en la medida en que se reputa necesario para el mantenimiento de la armonía personal y económica de la sociedad conyugal, lo que muestra que no es rigurosamente exacta la frecuente afirmación de que el estado matrimonial supone, para el marido, una ampliación de su capacidad y, para la mujer, una restricción, en la medida en que se amplían las del marido, porque también implica para éste una conducta determinada por derechos y deberes a los que no tendría que atenerse si no le fueran impuestos por su estado.

La prudente aplicación de estas consideraciones nos la muestra el artículo 1.413 del Código civil, en su anterior redacción, que después de facultar al marido para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de la mujer, establecía el límite justo en que «toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, *en contravención al Código o en fraude de la mujer, no perjudicará* a ésta ni a sus herederos», consecuencia de estimar que tales actos exceden de lo que exige el principio de unidad familiar, y consecuencia también del propio contenido del régimen legal, que atribuye por mitad a los cónyuges, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos (4).

De esta manera se intentó proteger a la mujer, como interesada que no puede, mientras subsiste el matrimonio y por imperativo del principio de unidad familiar, gobernar tales intereses, viniendo a constituir este procepto, como expresó la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1929, «la única arma que podían esgrimir las mujeres perjudicadas en defensa de su derecho,

(2) Vid. el trabajo de CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las Leyes y doctrinas de los bienes gananciales en el matrimonio*. En «Estudios Jurídicos», t. II, 1884.

(3) Cossío: *La potestad marital*. ANUARIO DE DCHO. CIV., 1948, pág. 27.

(4) Artículo 1.392.

y para evitar la ruina a que inevitablemente serían llevadas, en otro caso, por los maridos poco celosos de su porvenir».

Mas cual fuera la eficacia que a tal «arma» se asignaba en manos de la mujer, el «cómo» emplearla y *en qué momento*, constituían problemas prácticos fundamentales no resueltos totalmente, porque en la interpretación del precepto influyeron diversas consideraciones que actualizaban el planteamiento formulado por nuestro clásico: «Advertendu tamen quos circa praedicta se offert pulchra et subtilis difficultas, si maritus vendidit, donavit, vel alienavit aliqua bona in fraudem uxoris, ut non habeat nec consequatur praedicta medietatem lucrorum, qualiter consulatur uxori et quod remedium habeat pro recuperatione?» (5).

La actual redacción del artículo 1.413, dada por la Ley de 24 de abril de 1958, no pretende, en realidad, como quizá podía esperarse siguiendo la línea de nuestro sistema tradicional, contestar a esa pregunta, sino incorporar a la mujer a la participación con el marido en los actos dispositivos que se refieran a ciertos bienes del patrimonio ganancial, crear un explícito sistema de garantías respecto a otros y mantener como precepto genérico de protección el antiguo artículo 1.413, de aplicación a los actos dispositivos del marido que éste realice en «contravención al Código» o en «fraude de la mujer», los que no podrán «perjudicar a ésta ni a sus herederos, sea cualquiera la condición de los bienes afectados».

Se recurre, así, a una distinción estimativa de los bienes en dos categorías: Inmuebles y establecimientos mercantiles y muebles, dando a los primeros una mayor importancia.

Dice así el nuevo texto: «Artículo 1.413.—El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior, que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el juez de primera instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

Pero veamos su evolución.

(5) Antonio GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri, editum per egregium, etc. Salamanticae MDXCVIII, In legem L. LI. LII. LIII., núm. 74, folio 294 vuelto.*

2.—Como antecedentes del precepto de nuestro artículo 1.413 con el carácter tradicional de limitación a las facultades dispositivas del marido, que tenía hasta su actual reforma, se citan el Libro V, título I, Ley 8 del Fuero Viejo (6), y la limitación como establecida por la Ley 5.^a de las Cortes de Santa María de Nieva (7), recogida en la 205 de las del Estilo (8); el Fuero Real (9) y, como antecedente más próximo, la Ley 5.^a, Título IV, Libro 10 de la Novísima Recopilación (10), y el artículo 1.337 del Proyecto de Código civil de 1851 (11).

Pero el sistema de gananciales, como régimen de comunidad restringida, no es un régimen privativo nuestro; por el contrario, señala ROGUIN (12) que, históricamente, el régimen de comunidad apareció en la Edad Media con caracteres análogos en diferentes países, poco más o menos en la misma época y sin influencias visibles de unas legislaciones sobre otras, por lo que, al citar los antecedentes, no es extraña la coincidencia de que el antiguo Derecho francés también estableciera igual limitación de los poderes del marido referentes a la enajenación de los bienes de la comunidad: así POTHIER (13) cita el artículo 225 de la Coutume de París, según el cual, después de afirmar que «le mari est seigneur», añade que «en tal manera puede vender, enajenar o hipotecar, y hacer y disponer por donación u otra disposición entre vivos, a su gusto y voluntad, sin el consentimiento de la mujer, a persona capaz y *sin fraude*», precepto generalizado puesto que también es recogido en las costumbres de Bretaña (art. 424), de Saint Quentin (art. 17) (14) y en las antiguas costumbres de Bélgica (15).

Según GRAULICH (16) el valor de tales preceptos era el permi-

(6) «Esto es fuero de Castilla, entre fijosdalgos: Que así como el marido puede comprar algunas cosas con sua muger o fazer otras ganancias algunas, que de mueble, quier de rais, así como lo ganó con ella, así lo puede vender, e ella non gelo embargar».

(7) De Don Enrique IV, en 28 de octubre de 1473 (Vid. GUTIÉRREZ —Benito—: *Códigos o Estudios...* etc.), t. I, Madrid, 1875, págs. 572 y sigs.

(8) «Si alguno seyendo cassado con alguna muger compró alguna eredad o otra cosa, que gano estando en uno con su muger, estos bienes que así compró o ganó puédelos vender el marido si menester le fuere, con tal que non lo haga el marido maliciosamente, maguer la muger avie su meytad en aquella ganancia de lo qual marido avia ganado o comprado.»

(9) Cfr. Scaevola, *Cod. Civ.* 22, pág. 323.

(10) «Salvo si fuese probado que se hizo cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer.»

(11) Proyecto de 1851, artículos 1.334 y 1.337.

(12) ROGUIN: *Droit Civil comparé. Le régime matrimonial*. París, 1905, pág. 257, núm. 257.

(13) POTHIER: *Oeuvres*. Nouvelle ed. M. DUPIN: T. *Sixième*. París, 1865. «Traite de la Communauté», Seconde partie, pág. 297, núm. 471.

(14) Según GRAULICH, en «Rev. Crit. de Jurisprudence belge», t. VI, pág. 287.

(15) Según BRITZ: *Code de l'Ancien droit belge*, pág. 840.

(16) Ob. cit.

tir la *anulación* de los actos del marido realizados en fraude de la parte que la mujer y sus herederos debían tener en los bienes de la comunidad en el momento de la disolución, y PIRSON (17) cita un precepto de la Coutume de Brabant, según el cual el marido debe usar de su libertad de disponer «como buen padre de familia, obrar de buena fe y sin fraude», preceptos que, sin embargo, en su aplicación práctica, tuvieron mínima eficacia, a pesar de su considerable importancia teórica (18), y ello debido, quizá, a que, a partir del siglo XVI, la concepción del régimen de comunidad matrimonial como verdadera asociación de bienes e intereses, en la que cada cónyuge tenía una función doméstica bajo la autoridad del marido —que era la preponderante desde el siglo XIII— se transformó por el triunfo de dos reglas: «El marido es señor y dueño de la comunidad» y «uxor non est proprie socia sed speratur fore», enunciado éste por DUMOULIN al comentar el artículo 109 de la primera Costumbre de París (19), con la consecuencia de que la mujer sólo adquiriría la condición de *asociada* en el momento de la disolución (20), cuyos principios vinieron a dominar todo el Derecho francés moderno, aunque —señala ROGUIN (21)— la doctrina francesa, influida por la tendencia a mejorar la situación de la mujer, haya cerrado los ojos a este hecho.

3.—En nuestro Derecho no puede dudarse de la eficacia práctica de la limitación hasta tiempos recientes, pues nuestros autores trataron el problema del abuso de facultades por el marido, en fraude de la mujer, y precisamente de un modo casuístico: Así AZEVEDO (22) contempla el supuesto de los gastos excesivos (*impensas magnas*) que el marido hiciere en sus bienes de mayorazgo «ánimo fraudulento causa praedjudicanti uxori»; AYERVE DE

(17) PIRSON: Nota en «Rev. Crit. de Jurispr. belgeue», 1948, págs. 239 y sigs.

(18) ROGUIN: Loc. cit., núm. 539, lo afirma de la restricción «sin fraude», del artículo 225 de la *Coutume de Paris*, que considera procedente del principio general «fraus omnia corrumpit», estimándolo de «efectos prácticos casi nulos».

(19) Vid. CHERON: *Etude sur l'adage uxor non est proprie socia sed speratur fore*. Thèse, París, 1901, introducción.

(20) BONNECASE: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, trad. castellana, México. Biblioteca Jurídico-Sociológica, pág. 285, señala estas dos fases en la evolución de la estructura del régimen de comunidad en el antiguo Derecho francés, en los siglos XIII y XVI, con caracteres distintos en una y otra fase, singularmente en la primera el marido era señor y dueño de los muebles y del goce de los inmuebles, pero no podía enajenar los gananciales sin el consentimiento de su asociada. Vid., también, MEYNIAL: *Le caractère juridique de la communauté entre époux*. En «Rev. Trim. Dr. Civil», 1903, págs. 811 y sigs.

(21) ROGUIN: Loc. cit., núm. 262.

(22) AZEVEDO: *Consilia... Aeditio prima duplici... Vallisoleti.—Anno Domini, 1607, Consilium trigesimum octavum*, 9 y 10, folio 229.

AYORA (23) se refiere a los siguientes casos: Que el marido venda, arriende o dé en renta casa o viña a alguno de sus parientes en *bajo precio*, mucho *menos de lo que valía*, «no podrá ni sacar otro tanto la mujer *si no lo hizo por defraudar a la mujer de su mitad*»; la venta o alquiler del marido a un pariente suyo, da casa o viña, «por gratificarle o hacerle donación» («quia illa dicitur *donatio velata* licet sub titulo venditionis, vel locatione facta fit... etc»); las deudas de juego «o otras deudas semejantes»; la venta anticipada de frutos de heredad, o lana de los ganados «en mucho menos de lo que valían o el trigo antes del tiempo de la cosecha», «por tomar el dinero adelantado para pagar alguna de dichas deudas, o que la muger no estaba obligada a pagar o contribuir en ellas con su mitad»; GUTIÉRREZ (24) se refiere a que «si maritus aliqua bona super lucrata constante matrimonio eo durante consumtit, ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo...». Por último PALACIOS RUBIO (25) señala como supuestos la enajenación mediante precio de bienes gananciales, dando el dinero a hijos habidos de anterior matrimonio; ventas por precio inferior al valor real y ventas por precio justo para emplearlo en juegos u otros malos usos, o cuando el comprador participó en el fraude o dolo con que se hiciera la enajenación.

La forma casuística de exponer los supuestos, que emplean los juristas hispánicos, nos sirve, sin embargo, para descubrir cómo en ellos estaban latentes dos ideas distintas respecto a la disposición abusiva por el marido de los bienes gananciales: Una la que representa una aplicación del patrimonio ganancial a fines distintos de los que le son propios, bien con ánimo de favorecer a un tercero (*donatio velata* —así AYERVE, PALACIOS RUBIO—), bien para llevar a cabo una conducta desordenada («ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo» —así AYERVE DE AYORA, GUTIÉRREZ, PALACIOS RUBIO—). La otra, más específica, es la que representa la intención de defraudar a la mujer («ánimo fraudulento & causa praeiudicanti uxori» —así AZEVEDO— y GÓMEZ: «si maritus vendidit, donavit, vel alienavit aliqua bona in fraudem uxoris»), con la consecuencia de dictar un tratamiento diferente: Para el supuesto de fraude, GÓMEZ preconiza el remedio más enérgico: La recuperación de los bienes enajenados («Quod remedium habeat

(23) AYERVE DE AYORA: *Tractatus de partitionibus bonorum omnium inter conjuges, parentes et liberos. eorumque Haeredes, in quator partes distinctus jam primum in Germania edita, recognita et auctiosa reedita... etc.* Nova Editio correctior. Coloniae Allobrogum. Sumtibus Fratrum de Tournes. MDCCLVI. De partitionibus, Pars. I, núms. 14 y 15.

(24) GUTIÉRREZ: *Joannis. Opera Omnia, Post secundam editionem Hispanicam jam primum in Germania edita, recognita et auctiosa reedita... etc.* Francofurti Sumptibus Haeredum D. Zacharie Paltenij p. m. anno MDCXIX. Practicarum quaestionum Civilium. Libri Quinque. Quaest. CXXI, núm. 6.

(25) PALACIOS RUBIO: *Commentaria et repetitio rubricae et capituli Per resiras de donationibus inter virum et uxorem.* LXVI, núm. 28, Letra N. MDCXV.

pro recuperatione?») (26), y concede la acción revocatoria, distinguiendo entre enajenaciones «quae pondere, numero, vel mensura consistunt, vel in aliis rebus mobilibus», que el marido y sus herederos debían restituir de propio patrimonio, salvo que hecha excusión esto no fuera posible, en cuyo caso «poterit mulier agere contra possessorem secundum materiam revocatoriam alienationis eorum quae fit in fraudem creditorum», y enajenaciones «facta in specie quae extat», en cuyo caso la mujer puede indistintamente actuar «contra possessorem», «etiam nulla facta excussione», tal y como en materia de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, pero exigiendo en todo caso la prueba del dolo del marido, que no puede presumirse por el solo hecho de contratar, salvo en el caso de enajenación de todos los bienes u otra causa semejante (27), opinión que, más tarde, recoge y acepta Benito GUTIÉRREZ (28).

Por otra parte, AZEVEDO, en el supuesto que contempla, también concede la revocación («tunc revocabuntur, quatenus uxori praeiudicarent») (29).

En cambio, para los supuestos de bienes empleados por el marido «ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo», GUTIÉRREZ (30) considera que el marido y sus herederos están obligados a imputarlos en su parte en el momento de la división, dejando a salvo toda restricción al poder de administración del marido, opinión común, según expresa SALA (31).

Estas ideas, puestas en relación con los conceptos de enajenaciones «en contravención al Código» y «en fraude de la mujer», que luego habían de aparecer en el artículo 1.413, y mantienen en el último párrafo del precepto reformado, quizá sirvan para llegar a una determinación de ambos conceptos, todavía intocados, aparte de que, como luego veremos, el tratamiento preconizado para los supuestos de fraude, que es la acción revocatoria, es el mismo que durante mucho tiempo han preconizado los autores modernos e, incluso, la Jurisprudencia francesa, ante la inconcreción técnica, durante mucho tiempo mantenida, del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial.

4.—La doctrina anterior y contemporánea al Código civil adoptó una postura radical, mostrándose gran número de autores partidarios, con el apoyo de la Ley 5.ª, Título IV, Libro X de la No-

(26) GÓMEZ: Loc. cit.

(27) GÓMEZ: Loc. cit., pfo. 73. El texto dice: «bonatio» (?) omnium bonorum vel alias ex alia causa vel respectu.

(28) BENITO GUTIÉRREZ: Loc. cit., pág. 581.

(29) AZEVEDO: Loc. cit., folio 229, núm. 10.

(30) GUTIÉRREZ: Loc. cit., núm. 6.

(31) SALA: *Ilustración*, 3.ª ed., t. I, 1832, Lib. I, Tít. IV, núm. 24: «... y por cuanto esta ley, para que no valga la enajenación, exige expresamente este mal ánimo: Por defraudar o damnificar a la mujer, convienen casi todos nuestros intérpretes ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciere el marido, jugando o viviendo viciosamente».

vísima Recopilación, de la *nulidad* de las enajenaciones hechas por el marido en fraude de la mujer (32): Así, SÁNCHEZ DE MOLINA (33), para el cual «no será válida la enajenación, si se probare que estaba hecha con ánimo de defraudar o perjudicar a la mujer»; en sentido análogo VALERO DE TORNOS (34), y FERNÁNDEZ ELÍAS (35); y con invocación del Código, BONEL Y SÁNCHEZ (36), para quien las enajenaciones del marido para defraudar a la mujer, en el ejercicio de su cargo de administrador, son nulas, relacionando el artículo 1.413 con el 4, puesto que —afirma— «no hay Ley ninguna que autorice directa ni indirectamente las enajenaciones en fraude de la mujer».— Contrariamente FALCÓN (37), después de sostener que la limitación del derecho del marido es el *abuso*, deriva la cuestión por el cauce de la prodigalidad, poco en consonancia con el hecho de que «el marido, en el uso de sus facultades, damnifique *intencionalmente* a la mujer, y enajene *por odio a la misma*».

GARCÍA GOYENA (38) parece mostrarse también partidario de la nulidad, puesto que entiende que toda enajenación realizada contra los requisitos del artículo 1.336 del Proyecto, y lo hecho contra leyes prohibitivas, es nulo, lo que refuerza con la afirmación le que el marido, respecto a los terceros, es verdadero y absoluto propietario *salva la excepción* del artículo 1.337 del Proyecto, que precisamente expresa ya las dos limitaciones a la facultad de disposición que pasarían al artículo 1.413: Que enajene «en contravención de la Ley o en fraude de la mujer», limitaciones que fueron calificadas de «prudentes y equitativas» aunque se criticó su colocación en el articulado del Proyecto (39), cuya crítica parece fué recogida por la redacción definitiva del Código, que las formuló en el párrafo segundo del artículo 1.413.

La Jurisprudencia anterior al Código, por su parte, acogió el criterio de la doctrina expuesta, como lo prueba la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1861 (que anotamos de la Colección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Título IV, año 1861, Sentencia núm. 239, pág. 594) que declara

(32) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, t. V. Madrid, 1912, pág. 843, expone que para la Ley Recopilada la circunstancia del fraude producía la nulidad del acto.

(33) SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español en forma de Código*, Madrid, 1861, pág. 40.

(34) JUAN VALERO DE TORNOS: *Derecho Civil*, t. II. Madrid, 1867.

(35) FERNÁNDEZ ELÍAS: *Notísimo tratado histórico-filosófico de Derecho Civil español, precedido de una introducción...* 2.^a ed. Madrid, 1880. Vol. I.

(36) BONEL Y SÁNCHEZ: *Código Civil español*, t. IV. Lib. IV. Barcelona, 1891, pág. 413.

(37) FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español común y foral*, 5. ed. Barcelona, 1897.

(38) *Concordancias*, t. III. Madrid, 1892, pág. 340.

(39) Ramón O. DE ZÁRATE: *Observaciones al Proyecto de Código Civil*. Burgos, 1852.

válida la enajenación del marido «sin licencia ni otorgamiento de la mujer *salvo si se probare* la intención de defraudar a ésta.

5.—Hay que llegar a la doctrina de los comentaristas del Código para encontrar el precedente inmediato del criterio jurisprudencial que ha prevalecido hasta época muy reciente, por lo menos en cuanto a uno de los aspectos de la cuestión, si bien el alto Tribunal no lo aceptó con todas sus consecuencias. Singularmente MANRESA (40), quien parte de considerar que, cuando la mujer no puede ser indemnizada porque no hay bienes bastantes, se impone la necesidad de *anular* el acto ilegal o fraudulento, concediendo a la mujer una acción de nulidad durante cuatro años, a partir de la disolución de la sociedad. Sostiene este comentarista que tal es el pensamiento del legislador, y plantea el problema del momento en que tal acción puede ser ejercitada por la mujer, afirmando que ésta no puede hacer nada mientras el matrimonio dure, la regla es vana, por lo que la mujer tiene derecho a poner de relieve el acto ilegal o fraudulento del marido, a fin de hacer constar su existencia y prevenir todo perjuicio *en el futuro*. «El acto, así, no puede quedar sin efecto durante la unión —dice— porque el legislador no consiente este recurso extremo, sino cuando no haya otro medio de reparar el daño», y ello con apoyo en los artículos 1.413, y 1.419, para concluir que la mujer puede entablar juicio ordinario contra el marido y los adquirentes, para que se declare que las enajenaciones han sido hechas en contravención al Código o en fraude de la mujer, reservándose el derecho a pedir la nulidad de esos actos cuando llegue el caso de la liquidación de la sociedad y resulte que no quedan bienes bastantes para indemnizar a la mujer, concediéndole mientras tanto una anotación preventiva, cuando los bienes enajenados sean inmuebles (41).

Qué consideraciones influyen en este comentarista para afirmar que el legislador no consiente «el recurso extremo» de que la enajenación fraudulenta quede sin efecto «durante la unión», son seguramente la imprecisa delimitación de la naturaleza del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial, por la penetración del principio de que la mujer «non est proprie socia sed speratur fore» (42), derecho que unos consideraban como de «dueña cuya posesión es revocable y ficta hasta la disolución del matrimonio, en cuyo momento adquiriría la posesión efectiva e irrevocable de sus ganancia-

(40) MANRESA: *Coment.*, 1.412-1.416, págs. 579 y sigs.

(41) Es, también, la opinión de VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. V.

(42) GARCÍA GOYENA: *Loc. cit.*, lo expresa claramente: «Los derechos de la mujer durante la sociedad se reducen a participar de los bienes que se encuentren a la disolución: más bien que realmente asociada, tiene ella la esperanza y, si se quiere, el derecho de serlo entonces *non est proprie socia, sed speratur fore*, pág. 338.

les» (43), y otros como un dominio «in habitu» a diferencia del marido que tiene un dominio «in actu» (44), y la existencia del artículo 1.419, en relación con el 1.418, del Código, según los cuales se procederá a la formación del inventario una vez «disuelta la sociedad», y que en el inventario «se traerá a colación el importe de... las enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas con sujeción al artículo 1.413». Criterio éste, aparentemente, de acuerdo con la tradición de nuestros clásicos, puesto que, si bien afirmaron que el derecho de la mujer sobre los gananciales es «in habitu», no dejaron de afirmar también que la mujer es «vere domina lucrorum quae fiunt constante matrimonio» (45), explicando COVARRUBIAS (46), que el marido es dueño actual *sólo* «por causa de su autoridad, administración y potestad de enajenar que tiene».

Se mantiene así el criterio de la nulidad del acto en contravención del artículo 1.413, pero las consideraciones apuntadas mueven a MANRESA a condicionarla a la previa excusión negativa en bienes del marido suficientes para cubrir el valor de la participación de la mujer en los bienes gananciales enajenados, una vez practicada la liquidación, condicionamiento tan lleno de peligros para la eficacia práctica del precepto, que intenta cubrirlos con la cautela de la anotación preventiva de la sentencia que declare el fraude. La aportación de este autor estriba, sin embargo, en conceder a la mujer el ejercicio de la acción *antes* del momento de la liquidación, aunque retardando y condicionando su efecto al momento de la disolución.

Por otra parte, MANRESA trasluce su habitual sentido práctico, que escapó a otros autores, como SÁNCHEZ ROMÁN (47), quien apartándose del criterio de la nulidad actual del acto fraudulento (que considera él derivado de la Ley recopilada), o diferida —que es el criterio de MANRESA—, lo estima válido con la única sanción de negarle eficacia respecto a la mujer y sus herederos lo que equivale a una literal interpretación de la frase «no perjudicará» que emplea el artículo 1.413, agregando que «percibirán su parte de gananciales como si el acto fraudulento no se hubiera celebrado», cuya te-

(43) Vid. CÁRDENAS: Loc. cit.

(44) FERNÁNDEZ ELÍAS: Ob. cit. Este autor sostiene la existencia de tres personalidades integrantes y necesarias en el matrimonio: El marido, la mujer y la institución que de la unión de ambos surge, respetando la doble personalidad, pero unificándola en una personalidad compleja y autónoma. Vide, además, LACRUZ, y allí citados, en *Naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.». Enero, 1950.

(45) Así, GARCÍA: *Tractatus de expensis et meliorationibus*. Valladolid, 1592. XIII, núm. 20 (cit. por LACRUZ, Loc. cit.).

(46) COVARRUBIAS: *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, II, 19. (Lo tomamos igualmente de LACRUZ: Loc. cit., pág. 11.)

(47) SÁNCHEZ ROMÁN: *Est.*, t. V, D. de Familia, Madrid, 1913, pág. 843.

sis acepta exactamente DE DIEGO (48), sin que ninguno de ambos autores contemple el supuesto de que, precisamente por la actividad fraudulenta del marido, no sea posible que la mujer o sus herederos encuentren bienes de donde percibir su parte en los gananciales.

SCAEVOLA (49) vislumbra un mayor empeño en la interpretación del artículo 1.413, contemplando previamente la tesis de la nulidad del acto de enajenación del marido realizado en «contravención al Código», frase a la que no concede un valor propio, sino de mera referencia al principio general de que son nulos por naturaleza los actos celebrados en contra de la Ley. No muy claramente expone que «penetrando esta interpretación en el campo de los gananciales» hace suponer que el marido obra en contravención al Código e incurre en la prescripción del artículo 1.413, siempre que enajena u obliga los bienes para atenciones no previstas en los artículos 1.408, 1.409 y 1.410, lo que da al precepto igual o mayor alcance que tiene su segunda parte, relativa al fraude de la mujer, interpretación que, aun considerándola «un punto de vista nuevo, amplio y digno de atención», rechaza, por estimar que «no es de suponer, teniendo en cuenta los antecedentes del asunto, que el legislador tratara de llevar tan altos sus pensamientos y que innovare esencialmente la legislación antigua sin haberlo manifestado con claridad», concluyendo que el artículo 1.413 no tiene otro objeto que *acentuar* en favor del marido aquellas reglas que fijan la contratación en general.

Para este comentarista la mujer sigue siendo una *dueña in potentia*, que es *acreedora* frente a su marido en cuanto a los bienes gananciales, por lo que concluye que el artículo 1.413 concede a la mujer la facultad de oponerse a las enajenaciones hechas en su fraude, estableciendo la igualdad de casos con el acreedor defraudado, con aplicación al derecho de la mujer de las presunciones de los artículos 1.292 y 1.297, pudiendo revocar las enajenaciones fraudulentas cuando el adquirente haya sido cómplice en el fraude.

Por último, un esquema constructivo fué formulado por PITA (50); para este autor podía la mujer, constante matrimonio, impugnar la «validez, existencia o eficacia» de los contratos que sobre bienes gananciales realice el marido con tal de que pruebe el *perjuicio* y el *fraude* como elementos inexcusables. Considera de eficacia discutible la petición de que se declare el fraude «para en su día», petición—y es lo esencial de la tesis—que únicamente

(48) DE DIEGO: *Inst.*, Madrid, 1930, t. II, pág. 452.

(49) SCAEVOLA: *Coment.* Vol. XXI, art. 1.413, págs. 324 y sigs. Madrid, 1905.

(50) PITA: *Impugnación de contratos sobre gananciales, hechos por el marido. Carácter de la acción correspondiente. Prescripción.* En «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 134, pág. 253 y sigs.

puede aconsejarse cuando conocidamente haya otros bienes, pues en este caso, al no haber *perjuicio actual*, no podrán prosperar las acciones de nulidad y rescisión. Considera monstruoso atar de pies y manos a la mujer impidiéndole impugnar los actos de despojo del marido hasta que llegue el divorcio o la muerte, concluyendo que si la mujer se considera como acreedora, su acción es rescisoria (art. 1.290) y si se le considera partícipe y principal obligada, su acción es de nulidad (art. 1.300), de donde el término de prescripción es de cuatro años, a contar desde la consumación del acto, puesto que puede accionar constante matrimonio.

6.—Veamos ahora el criterio jurisprudencial: La sentencia de 8 de mayo de 1900 abandonó el criterio de la nulidad que había acogido la Jurisprudencia anterior, declarando los actos del marido «válidos en sí mismos e ineficaces (sin declarar el tipo de ineficacia), en cuanto a la mujer, si se han celebrado con visible intención de perjudicar a ésta»; más tarde, la Sentencia de 12 de diciembre de 1929 acogió en gran parte el criterio de MANRESA, reduciendo el derecho de la mujer, a obtener «una especie de información *ad perpetuam* hecha en forma contradictoria, con el fin de obtener una ejecutoria que sirva de base necesaria y eficaz para cuando llegue el caso de traer a colación el importe del fraude, a tenor del artículo 1.419»; doctrina que se aparta del criterio de MANRESA sólo en que deniega la anotación preventiva sobre los bienes enajenados sobre la base de que tal anotación no está consignada en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria; que la anotación preventiva equivale a una mácula que entorpece la libre contratación; que en el artículo 42 «no está claramente comprendido el *derecho personal* de la mujer, reconocido por el párrafo segundo del artículo 1.413 del Código civil, a que se declare que determinada enajenación se realizó con ánimo de defraudarla, pues esa anotación equivaldría a una prohibición de enajenar no autorizada por la Ley para estos casos».

Mayor eficacia práctica podría haberse obtenido por el camino que inició la Sentencia de 26 de mayo de 1930, en la cual aparecen conceptos que no llegaron a desarrollarse. Así, dejando aparte la declaración de la mujer como una «legítima acreedora de esperanza» (que más bien parece hacer como mero tributo al principio «non est proprie socia sed speratur fore»), esta sentencia contenía los siguientes elementos: a) Declaró a la mujer *legal asociada* en el patrimonio ganancial. b) Declaró que la enajenación del marido con infracción de los preceptos del Código o con fraude de la mujer perjudicándola en su interés como legal asociada en el patrimonio ganancial, constituye un *mal uso* de las facultades concedidas por la Ley al marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal. c) Que el dicho mal uso de facultades da lugar al ejercicio por la mujer del derecho del artículo 1.413. d) Que

el contrato de enajenación ha de reputarse *válido* «en cualquier otro caso». e) Que la impugnación exige un *perjuicio* del interés de la mujer como legal asociada en el patrimonio, cuyo origen esté en el fraude, faltando el cual son inoperantes las consecuencias favorables o adversas de la enajenación; y f) Que el artículo 1.413 servía para «limitar la omnimoda facultad del marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal».

A pesar de ello, y de la expresa declaración de la mujer como «legal asociada» en el patrimonio ganancial, difiere la efectividad de su derecho «a cualquier caso de disolución de la (misma) sociedad» (51), pero apunta, como puede verse, elementos bastantes para haber intentado una construcción del derecho de la mujer al amparo del artículo 1.413, singularmente la declaración de ésta como legal *asociada* de un *patrimonio* ganancial y la ineficacia del acto fraudulento.

Pero, por el contrario, la Sentencia de 17 de abril de 1950 volvió explícitamente al criterio de la ya citada de 1929, concretando que el artículo 1.413 era un caso «especial e independiente de la rescisión en general, que sirve de base para reclamar *después de la disolución* los derechos que le concede el artículo 1.413», siempre que «no hubiera otro medio de reparar el perjuicio», considerando los contratos rescindibles «en lo que fuera necesario para reparar el perjuicio, lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal».

Esta doctrina jurisprudencial se apartó, como hemos visto, aunque sea parcialmente, de los criterios anteriores y aún contiene una mayor imprecisión al formular esta especie de rescisión atípica que justifica muy cumplidamente que los autores más recientes clamaran ante la ineficacia del precepto (52).

Quizá el punto de partida de la tímida, por así decirlo, doctrina de la Judisprudencia y los comentaristas esté en la ya apuntada pe-

(51) La citada Sentencia declara: «el artículo 1.413 viene a limitar la omnimoda facultad del marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal, cuyo mal uso es tanto como causar indudable agravio al interés reconocido de la mujer como legítima acreedora de esperanza, para el día de la disolución...»; pero ello precisa acreditar «la correspondiente infracción de algún precepto del Código civil o que la enajenación realizada por el marido constituye un fraude origen del perjuicio para el interés que la mujer tiene representado por su cualidad de legal asociada en el patrimonio llamado de gananciales... porque en cualquier otro caso el contrato de enajenación ha de reputarse *valedero*, cualesquiera que puedan ser sus repercusiones en dicho patrimonio, así favorables como adversas, si no se ha probado que el contrato fué hecho caudolosamente para defraudar o damnificar a la mujer». Sostiene que es precisa la prueba de «la dañada intención de causar perjuicio a la mujer, en fraude de los legítimos intereses que en la sociedad legal tiene asignados durante su existencia y para ser efectivos en cualquier caso de liquidación de la misma».

(52) Vide BORRELL: *Derecho Civil español*, t. IV, Barcelona, 1955, pág. 450, y ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 213.

netración en nuestra doctrina del principio expresado por DUMOULIN, negando a la mujer un derecho *actual* (obsérvense las palabras de GARCÍA GOYENA al describir el derecho de la mujer en el patrimonio ganancial como «a participar de los bienes que se encuentren al tiempo de la disolución», teniendo «la esperanza y, si se quiere, el derecho de ser asociada entonces (53) con la descripción que hace POTHIER: «Mientras existe la comunidad tiene la mujer un «derecho informe», «una simple esperanza de participar en los bienes que componen la comunidad a su disolución», «sólo por la disolución comienza el derecho de la mujer y deviene un derecho verdadero y efectivo...» (54), y probablemente la consideración de que a mayor y más enérgica protección del interés de la mujer podía producirse una mayor debilitación del crédito de la sociedad conyugal, viniendo a establecer un criterio indefinido que en nada remediaba este obstáculo: basta considerar que si la mujer obtenía la declaración de fraude en la enajenación, el adquirente, hasta la disolución, ignoraba a qué atenerse respecto a la seguridad de su adquisición y denegada, además, la anotación preventiva, le bastaba la interposición de un tercero de buena fe, mediante una segunda enajenación para que el derecho de la mujer fuera absolutamente ilusorio.

El Tribunal Supremo rectificó más recientemente su criterio, en sentido que encerraba mayores posibilidades, en su Sentencia de 25 de mayo de 1956, en la que, partiendo de considerar el *móvil* del negocio jurídico de enajenación realizado por el esposo (considerando 1.º), estimó que el contrato de compraventa realizado por el marido a favor de otra persona es simulado, disimulando una donación entre las partes que «por carecer de causa y ser, además, ilícita al efectuarse con ausencia de precio, da lugar a su revocación por aplicación de los artículos 1.413 y 1.419», que no infringió la sentencia recurrida porque «desde que ocurre la enajenación de bienes de la sociedad conyugal puede la mujer ejercitar las acciones conducentes para obtener la declaración de perjuicios y fraude, bien estimando que el contrato en que se contiene es *simulado*, o bien que se tenga en cuenta la declaración que pretende al producirse la disolución de dicha sociedad» (considerando 2.º), confirmando el fallo del juez de instancia que declaró la plena nulidad de la escritura de enajenación y mandaba devolver a la sociedad de gananciales el inmueble enajenado. Como puede apreciarse, la aportación de esta sentencia es importante, en cuanto concedió un valor *actual*, constante matrimonio, a la protección del interés de la mujer en el matrimonio ganancial, siquiera cuando se prueba la disimulación del negocio de enajenación, por el hecho de encubrir con una escritura de compraventa una donación que

(53) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 338, t. III.

(54) POTHIER: Loc. cit., pág. 312, núm. 497.

estima ilícita por estar ausente el precio, con la consecuencia de declararla nula, reintegrando el bien a la sociedad, *sin que ello infrinja el artículo 1.419*, que hasta entonces había sido un obstáculo, como hemos visto. Todo lo cual podía considerarse, sin perjuicio de su notoria imprecisión técnica, un avance considerable en la protección del interés de la mujer.

7.—Con respecto a los Derechos francés y belga, la unánime aceptación del famoso adagio de DUMOULIN y las vicisitudes de la Codificación motivaron que la doctrina no encontrara en el Código un precepto equivalente a nuestro artículo 1.413; la protección de la mujer giraba alrededor del artículo 271 de estos Códigos, relativo solamente a las situaciones de anormalidad del matrimonio, promovido ya juicio de divorcio: «Toda obligación contraída por el marido con cargo a la comunidad, toda enajenación hecha por él de inmuebles, con posterioridad a la fecha de la ordenanza de que se ha hecho mención en el artículo 238, será declarada nula si se prueba que ha sido hecha o contratada en fraude de los derechos de la mujer», precepto tan insuficiente que dió lugar a que, en Bélgica, se dictara la Ley de 20 de julio de 1932 (art. 214-j), según la cual «si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes, el Presidente del tribunal de primera instancia del último domicilio conyugal ordenará las medidas urgentes y provisórias que exija el interés del otro cónyuge y de los hijos», cuyo precepto, según la Comisión de la Cámara, se dictó para «limitar y poner remedio preventivo a los abusos del poder marital» (55).

Y es que, en realidad, el artículo 1.421 del Código francés vino a ampliar las facultades del marido, con respecto al Derecho anterior, pues la única restricción que le impuso fué la prohibición, en principio, de las donaciones, teniendo que ser una —como dice CHERON (56)— «Jurisprudencia pretoriana» la que, inspirándose en la razón y en la tradición, pusiera límites al derecho del marido, con el razonamiento de que el Código *no repudió* la idea de que el marido debe respetar los derechos eventuales de la mujer, produciéndose en tiempos recientes, y como consecuencia de las corrientes feministas y de la moderna realidad social, un movimiento de reforma tendente a reforzar la posición de la mujer, tema todavía controvertido (57).

Así, con la reducida área de aplicación del artículo 271, la doctrina y la Jurisprudencia buscaron justificación a las limitaciones del poder marital en el ámbito de los principios generales, sobre

(55) GRAULICH: Loc. cit., pág. 287.

(56) CHERON: Loc. cit.

(57) Vid. CHOTEAU: *La réforme des régimes matrimoniaux*. En «Le Droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes a Georges Ripert», t. I, pág. 455 y sigs. París, 1950.

la base de dos tesis diferentes: La primera sosteniendo que el artículo 271, para el supuesto de enajenación del marido en fraude de la mujer, es una aplicación general del artículo 1.167 (acción revocatoria). Ha sido el criterio de la Jurisprudencia de estos países cuando ha querido encontrar un principio general que justifique la acción de la esposa (58), siguiendo esta opinión numerosos autores (59). La segunda opinión es la de que, el precepto es una excepción o supuesto distinto al de la acción pauliana. Esta segunda opinión arranca de una postura crítica de la primera: BAUGNIET (60) funda el carácter excepcional del precepto, respecto al artículo 1.167, en que la acción de la mujer ha de ejercitarse sólo *durante* el pleito de divorcio, pues por lo demás se inspira en el mismo principio que la acción pauliana: Protección a la víctima del fraude. Pero otros encuentran una justificación más sustancial a la condición excepcional del precepto, observando que, aunque la acción pauliana satisface las exigencias del crédito más que la acción de nulidad —que permite a la mujer inquietar, incluso, a los adquirentes de buena fe—, cuyos efectos son demasiado enérgicos, hay motivos más que suficientes para dudar de la «exactitud jurídica» de esta solución: Porque la mujer no se presenta como *acreedora*, sino como *asociada*, pudiendo atacar el acto por el que el administrador ha dispuesto abusivamente del activo social, y su acción expresa la existencia de un derecho *inerte*, pero *actual*; porque la acción pauliana se dirige contra los actos por los cuales el deudor crea o aumenta su insolvencia, y ello puede aplicarse aquí malamente porque no puede explicarse satisfactoriamente qué es eso de la insolvencia del marido respecto a su mujer, y ésta quedaría sin protección frente a aquellos actos por los cuales el marido, sin comprometer las restituciones, hubiera hecho desaparecer las economías o enriquecimientos realizados por la comunidad, y ello es inaceptable (61). Se observa también que los actos del marido, fraudulentos, no se dirigen a obtener una insolvencia para impedir el pago de un crédito a su mujer, sino que obra en fraude cada vez que ejercita sus poderes de gestión para frustrar los beneficios que obtendrá la mujer ejercitando los derechos que ella posee en la comunidad. Tales actos pueden ser incluso materiales, y ejercitados por simple rencor, que no están en el ámbito del artículo 1.167; como puede darse el caso de que aun teniendo un patrimonio propio

(58) Según PIRSON: Loc. cit., pág. 245.

(59) BEUDANT, t. III, núm. 845, pág. 47; BAUDRY-LACANTINERIE et CHE-NAUX: *Trat. Des Personnes*, t. III, núm. 225, pág. 138; LAURENT, t. III, núm. 253, pág. 293; HUC, t. II, núm. 359.

(60) BAUGNIET: en «*Rev. Crit. Jur. belgeue*», 1951, pág. 123, Nota a Sentencia de 18 de febrero de 1950.

(61) GAUDEMET: Nota sobre *Communauté conjugale. Alienation par le mari d'un immeuble en fraud des droits de la femme*, en «*Rev. Trim. Droit Civil*», 1910, págs. 423 y sigs., núm. 13.

cuansioso, realice actos que perjudiquen a la comunidad. En una palabra, que el fraude del marido no es el fraude pauliano, sin perjuicio de que la mujer puede ejercitar contra su marido una acción pauliana propiamente dicha cuando concurren las circunstancias propias de ésta, o sea, cuando después de la disolución de la comunidad conserve contra su marido un crédito exigible, singularmente una pensión alimenticia (62).

Tales consideraciones han hecho buscar a los autores, dentro de esta dirección, una justificación más específica a la acción de la mujer, cuyos criterios pueden resumirse así: Los que sostienen la existencia de un *abuso de derecho* o *desviación de poder* en la conducta del marido, y los que se apoyan en la acción general de fraude, según el principio «*fraus omnia corrumpit*».

La primera de estas posiciones es la de RIPERT (63), según el cual todo administrador que usa de los poderes que le son conferidos por la Ley para satisfacer sus propios intereses, comete una especie de desviación de poder, y el acto se encuentra viciado por el objeto perseguido. En el Tratado, con PLANIOL, se expresan en el sentido de que la acción fraudulenta del marido representa la comisión de un abuso de derecho o, más exactamente, una desviación de poder (64). Igualmente, GAUDEMET (65), quien, partiendo de que el acto del marido no se realiza *sin derecho*, y, por tanto, no es nulo, constituye una desviación de poder; se apoya en la consideración de que la idea del abuso del derecho, muy especialmente en el Derecho de familia, juega históricamente el papel de un agente de progreso, en cuanto limita, en interés de la protección de los débiles, ciertos poderes muy vagamente definidos por la Ley (66).

El segundo criterio aparece combinado con el anterior. Así JOSSERAND (67), cita como ejemplo de abuso fraudulento de la Ley, apoyándose en su texto, al marido que se prevale de las facultades del artículo 1.421, considerando que los actos son nulos por haberse realizado en fraude de los derechos de la mujer, aunque externamente se hayan utilizado las facultades legales. También BONNECASSE (68), por los mismos motivos, adopta el criterio de la nulidad del acto. El primero invoca el principio «*fraus*

(62) PIRSON: Loc. cit., págs. 239 y sigs.

(63) RIPERT: *La règle moral dans les obligations civiles*, 3.^a ed., París, 1935, pág. 318, cita como caso destacable los poderes del marido sobre la comunidad, puesto que disipándola actúa en el uso de sus facultades legales: «*apotest perdere, dissipare, abuti*», sin límites objetivos al ejercicio del derecho.

(64) PLANIOL-RIPERT, t. VIII, núm. 546, pág. 612.

(65) GAUDEMET: Loc. cit., pág. 425.

(66) GAUDEMET: *Nota a Jurisprudencia*, en «Rev. Tr. D. Civil», 1909, pág. 672.

(67) JOSSERAND: *Los móviles en los actos jurídicos del Derecho privado*. Puebla, 1946. México. Trad S. Larios.

(68) BONNECASSE: Loc. cit., pág. 306.

omnia corrumpit) y el exceso de poder; el segundo, que el acto del marido, sólo en apariencia, o literalmente, se mantiene dentro de los límites de sus facultades. De la nulidad de pleno derecho se muestran igualmente partidarios COLIN-CAPITANT (69) y DE PAGE (70).

PIRSON (71) discrepa por igual de la tesis de la acción pauliana y de la nulidad absoluta del acto: Lo primero porque la mujer no es acreedora, sino partícipe en la comunidad; lo segundo, porque el fraude no está dirigido contra una disposición de orden público, concluyendo que el efecto del acto fraudulento es su *inoponibilidad* respecto a la mujer, aunque conservando su eficacia entre el marido y el tercero, inoponibilidad sólo en la medida de los derechos que la mujer posee en la comunidad (72).

La otra cuestión planteada es la relativa al momento en que la mujer puede ejercitar la acción en defensa de su derecho.

En este punto el criterio clásico es negar la acción a la mujer hasta después de la disolución, o hasta que se produzca el supuesto de anormalidad del artículo 271 del Código relativo al divorcio, según el siguiente razonamiento: Mientras no se practique la liquidación se ignora si hay perjuicio; cuando la liquidación tenga lugar se tendrán en cuenta estas enajenaciones, su valor se imputará a la parte del marido, y ni la mujer ni sus herederos habrán sufrido perjuicio. Por otra parte, el artículo 271 declara nulas las enajenaciones hechas por el marido en fraude de la mujer después de la ordenanza a que este precepto se refiere; luego sólo después de esta ordenanza y en el supuesto de este artículo, puede la mujer pedir la nulidad de tales actos (73). En suma, el planteamiento se reduce a que la anulación será la *consecuencia* y no el *preliminar* de la liquidación (74).

Tal doctrina, que procura a la mujer una protección «a retardamento» (75), ha sido largamente criticada por exponerla a la desaparición de las pruebas del fraude del marido y de los terceros y a la ineficacia de su acción, debiendo contentarse con una indemnización a cargo del marido y los cómplices, quizá insolventes en el intervalo; y lo cierto es que la doctrina y la Jurisprudencia han reaccionado contra este criterio, intentando justificar

(69) COLIN-CAPITANT, t. I, núm. 209.

(70) DE PAGE, t. I, núm. 963, págs. 1005-1008.

(71) PIRSON: en «Rev. Tr. D. C.», julio, 1947. Nota, págs. 271.

(72) Sobre el tema de la inoponibilidad, anteriormente BASTIAN: *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, París, 1929. Y SINAY: *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la Jurisprudence récente*. «Rev. Trm. D. Civil», 1948, págs. 183 y sigs. Sostienen que éste es también el efecto de la acción pauliana, que se limita a reparar *in natura* el perjuicio sufrido por el acreedor, sólo en la medida del perjuicio y en cuanto a las relaciones entre acreedor y tercero adquirente.

(73) Vid. CHERON: Loc. cit., pág. 155.

(74) PLANIOL-RIPERT, t. VIII, núm. 535.

(75) Expresión de MOREAU, cit. por PIRSON, loc. cit.

la acción de la mujer sin esperar a la disolución (76). Como medio de obstaculizar en lo posible el fraude del marido, René PIRET señala (77), que en virtud de disposiciones disciplinarias, en Bélgica, el Notario a quien el marido se dirija para la venta de un inmueble común, o para la constitución de una hipoteca sobre bienes inmuebles, debe, antes de autorizar el acto, averiguar los motivos por los cuales la mujer no interviene en él, y si éste se realiza en fraude de los derechos de aquélla, rehusar en estos casos su ministerio. Señala igualmente que la Ley de 20 de julio de 1932 permite a la mujer pedir que se prohíba al marido toda enajenación o toda disposición de bienes comunes que comprometan sus intereses o los de sus hijos, lo que constituyen medidas preventivas.

La cuestión, sin embargo, tiene un interés relativo a nuestro propósito, por haber acogido nuestra Jurisprudencia la posibilidad de accionar la mujer antes de la liquidación, como vimos en su lugar, y por el criterio sustentado en la reciente reforma en orden a las medidas preventivas.

8.—La doctrina italiana relativa al Código de 1865, directamente influida por la doctrina francesa, comentó la facultad concedida al marido para enajenar y obligar los bienes de la comunidad, sin el consentimiento, y aun contra la voluntad de la mujer, desde puntos de vista distintos: Unos (78), criticando tal concesión de facultades por estar, incluso, en contradicción con el antiguo Derecho francés, que exigía al marido para enajenar, el concurso de la mujer; otros, como BIANCHI (79), justificando esta supremacía del marido con argumentos que toma de TROPLONG, sostiene que a nadie puede maravillar que el «artífice tenga derecho a transformar como mejor le agrade la propia obra», ya que las adquisiciones son, de ordinario, obra del marido, afirmando ingeniosamente que el marido puede abusar cuando, en lugar de previsor y aficionado a la familia, es un marido «ligero», pero en este caso «no es probable que, con un marido de tales condiciones, se puedan lograr las adquisiciones de que habla el artículo 1.436». Sostiene que es grave la dificultad de descubrir el fraude del marido, lo que remite a los Tribunales, aconsejando que deben juzgar «con justicia y vigor, pero con prudencia y sin pasión», concluyendo que la prueba del fraude corresponde a la mujer en el momento de la disolución, debiendo el marido reembolsar, y pudiendo dirigirse la acción contra el tercero adquirente para impugnar el acto, si fué cómplice en el fraude.

Ante la ausencia de un precepto equivalente a nuestro artícu-

(76) PIRSON: *Loc. cit.*

(77) PIRET: *Juris Classeur de Droit comparé.*

(78) BORSARI: *Comment.*, pfo. 3.465.

(79) BIANCHI: *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1892, pág. 546.

lo 1.413, PIOLA (80), que parte de considerar al marido como un mandatario, invoca los preceptos relativos a la sociedad, según los cuales el administrador obliga a la sociedad siempre que actúe sin fraude.

El vigente Código italiano no aporta en este punto más innovación que la de extender la comunidad, no sólo a las utilidades, sino también a las adquisiciones, que el legislador de 1865 no aceptó por considerar el sistema poco conforme con las tradiciones italianas (81), si bien las trabajos preparatorios, partiendo ya de que la mujer es partícipe en la comunidad constante matrimonio, intentaron la necesidad del consentimiento de la mujer para enajenar inmuebles, con el recurso de la autorización judicial en defecto de aquél, autorización que había de sustituir el consentimiento del cónyuge con carácter constitutivo para la perfección del negocio jurídico de enajenación. A pesar de ello, el Código vigente no recogió este criterio y siguió el del Código anterior de establecer como limitaciones a las facultades de enajenación del marido, que tenga lugar a título oneroso (82).

En general la cuestión, ante la ausencia de un precepto análogo a nuestro anterior artículo 1.413, se reduce a buscar límites a las facultades del marido: Así, TEDESCHI (83), que defiende la nulidad del acto fraudulento por entender aplicable a los poderes de administración del marido la misma limitación que para la sociedad resulta del artículo 1.720, solución semejante, como vemos, a la propuesta por PIOLA; por lo que se concreta a si la mujer puede, o no, ejercitar su acción durante la comunidad, problema que, a su juicio, resulta de que, al concederle a la mujer el artículo 1.444 la facultad de renunciar a los gananciales, parece faltar el interés de la acción, ya que puede, mediante esta renuncia, desentenderse de la comunidad. Opina, frente a BIANCHI y PIOLA, que es preferible la solución de permitir a la mujer el ejercicio de la acción durante la comunidad, que no impide el hecho de que tenga facultad para renunciar los gananciales, ya que ésta es una facultad de la mujer cuyo ejercicio puede ser determinado, precisamente, por la falta de activo, que es lo que se quiere impedir con la anulación del acto ilegítimamente realizado por el marido.

9.—El examen de las notas que hasta ahora llevamos consignadas induce a la conclusión de que toda la incierta protección de la mujer frente a las actuaciones del marido en fraude de ésta, derivaba, probablemente, de un concurso de influencias propias

(80) PIOLA: *Comunione dei beni fra coniugi*. En «Digesto italiano».

(81) PISANELLI: *Relazione del Progetto del 3.º Libro del Codice Civile* (GIANZANA: *Lavori preparatori*, vol. I, pág. 107).

(82) Vid. Nicola y Francesco STOLEI: *Il Nuovo Codice Civile Commentato*, Libro I, Delle persone. Napoli, 1939, art. 218.

(83) TEDESCHI con JEMOLO: *En Tratt. Dir. Civile de VASSALLI*.

y extrañas que atañen a la consideración jurídica de la mujer casada en cuanto a su posición respecto a la autoridad marital, a la naturaleza del régimen de gananciales y a la poco concreta delimitación de la naturaleza del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial, dándose la circunstancia de que, habiendo tenido en cuenta nuestro legislador los precedentes históricos de la regulación de los gananciales en nuestro Derecho, la interpretación y alcance del párrafo segundo del anterior artículo 1.413 parecía estar claramente influida por los principios elaborados por la doctrina francesa. Que los redactores del Código tuvieron en cuenta el precedente de la Novísima Recopilación, lo muestra el haber añadido el párrafo segundo del precepto citado, que no contiene el artículo 1.412 del Código francés, ni el italiano de 1865. En cambio, ya vimos el absoluto paralelismo entre la doctrina de POTHIER respecto a la naturaleza del derecho de la mujer en la comunidad, y las palabras de GARCÍA GOYENA al explicar el Proyecto de 1851, arrancando posiblemente de aquí que el principio «uxor non est proprie socia...», que tanto influyó todo el Derecho francés en este punto, tomara carta de naturaleza en nuestra patria, por su aparente coincidencia con la afirmación de nuestros clásicos de que el derecho de la mujer en los gananciales es un derecho «in habitu». La consecuencia fué que sólo se concedió a la mujer una protección tan precaria como la que nuestra Jurisprudencia estructuró, incluso hasta en la Sentencia de 25 de mayo de 1956, citada antes, que inició un camino de mayor eficacia aunque de poca precisión técnica.

Ciertamente que está justificado el esfuerzo de la doctrina francesa para encontrar un principio general que limite la facultad casi omnimoda que al marido concede el artículo 1.421 del Código de Napoleón, principios que ha buscado por distintos caminos, según los puntos de partida: Si la mujer es sólo una acreedora con un derecho eventual a concretarse el día de la liquidación, el remedio pauliano venía a satisfacer en cierto modo las exigencias de la protección de la mujer y la seguridad del crédito; si la mujer es partícipe o asociada a una comunidad, el camino se busca a través del principio «fraus omnia corrumpit», o a través del abuso de derecho o desviación de poder, que bajo la apariencia de una legalidad externa, proporcionada por el artículo 1.421 del Código, implica la intención fraudulenta del marido.

Mas la doctrina y la Jurisprudencia españolas contaban con un precepto sobre el que construir con flexibilidad de criterio la protección de la mujer, dados los términos en que se expresaba el artículo 1.413 en su párrafo segundo. Apunta CARRARO (84),

(84) CARRARO, Luigi: *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*. En «Riv. Trim. di Diritto e procedura civile», 1949, págs. 782 y sigs.

que toda dificultad de una represión de la conducta fraudulenta está en esto: De un lado, en la necesidad de abstracción de la norma jurídica, que puede ser utilizada para fines en pugna con los que han inspirado al legislador al dictarla, y, de otro, la inoportunidad de privar en estos casos de eficacia a la norma para no comprometer la certidumbre del derecho. Lo difícil es que el intérprete encuentre el punto de equilibrio entre estas dos exigencias. Por ello no faltan los esfuerzos doctrinales para construir la excepción general de dolo sobre la base del principio de buena fe (85), y esta dificultad, respecto al concreto supuesto del artículo 1.413 anterior a la reforma, no la encontraron los intérpretes porque el Código consagró los dos conceptos que servían de límite a las facultades atribuídas al marido como jefe de la entidad familiar en orden al patrimonio común: La idea de actos realizados en *contravención al Código* y en *fraude de la mujer*.

Sin embargo, las apuntadas influencias pesaron en la mente de nuestros autores, y el carácter eventual, in potentia, «informe» —según POTHIER— del derecho de la mujer a los gananciales, juntamente con la necesidad de dar certidumbre a las relaciones de la sociedad conyugal con los terceros, produjo que a la mujer no se le dispensara una protección contra la lesión de un derecho actual, y que toda reparación hubiera de dilatarse hasta el momento de la liquidación, momento en que tal derecho se concreta, lo que parece apoyar, a primera vista, el artículo 1.419.

Dificultades que movieron ya hace tiempo a nuestros autores y a los juristas prácticos a pedir una reforma de nuestro artículo 1.413, en el sentido que después propugnarían sin éxito, como hemos visto, los trabajos preparatorios del moderno Código italiano: Así HINOJOSA (86) pedía el remedio de la indefensión de la mujer por el procedimiento de darle intervención eficaz en la administración del patrimonio conyugal, intervención que habría de ser imprescindible para enajenar e hipotecar los bienes inmuebles de la sociedad y especialmente de los «valores públicos».

La ponencia defendida por COBIÁN Y MAYNAR en el Congreso de Abogados Españoles, de San Sebastián, el año 1919, sobre el tema presentado por don Manuel BREVA, de Castellón de la Plana, decía así: «modificación de los artículos 1.387 y 1.413 del Código civil en el sentido de que se conceda capacidad jurídica a la mujer casada para enajenar sus bienes parafernales, sin licencia de su marido y que se *exija el consentimiento de la misma* para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales» (87).

(85) En España el reciente libro del profesor COSSIO: *El dolo en el Derecho Civil*. Ed. Rev. Dcho. Privdo. Madrid, 1955, prueba este aserto.

(86) Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, citado por ISABAL: «Rev. Dcho. Privado», 1920, págs 197 y sigs.

(87) La referencia en PITA: Loc. cit., págs. 253 y sigs.

ISABAL, después de destacar que el sentido general de la legislación moderna era exigir la intervención de la mujer para la enajenación de bienes inmuebles gananciales (88), afirmaba que el marido es dueño casi absoluto por las restricciones del artículo 1.413, que reconoce el derecho de la mujer, «si bien de un modo que muchas veces ha de resultar, en definitiva, ineficaz» (89).

Por último, DÁVILA (90) se mostró partidario de conceder intervención a la mujer, siquiera en garantía de los adquirentes, sobre todo en aquellos actos que, por su finalidad, no están dentro del interés de la comunidad, aunque se mostró escéptico por entrar el supuesto en la política legislativa, y más recientemente, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (91) planteó un complicado supuesto de aplicación del antiguo artículo 1.413, ocupándose del problema.

10.—La reforma de abril de 1958, siguiendo esta tendencia, adopta la solución más radical, a falta de criterios firmes en orden a la interpretación del artículo 1.413, y se sitúa frente al criterio tradicional incorporando definitivamente a la mujer casada a los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial.

Tal solución supone, a nuestro parecer, un explícito reconocimiento del fracaso de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que, durante tanto tiempo, no consiguieron una protección eficaz del interés de la mujer en los bienes gananciales por el cauce del artículo 1.413, en cuanto precepto simplemente limitativo, que por otra parte es el punto de vista más hondamente arraigado en nuestro tradicional sistema de gananciales.

Pero si los ineficaces criterios interpretativos anteriores estaban notoriamente influidos por la doctrina francesa, construída sobre el viejo principio de DUMOULIN, habremos de reconocer también que la solución del nuevo precepto, aunque no en sus fundamentos, tiene su precedente en sistemas un tanto alejados del que nos es tradicional, aun siendo sustancialmente sistemas de comunidad restringida.

Una brevísima ojeada al Derecho extranjero, en el punto concreto que nos interesa ahora, produce como resultado el dato de que la gran mayoría de los sistemas en que se exige el consentimiento de la mujer para enajenar bienes inmuebles del patrimonio común, descansan sobre bases completamente distintas de nuestro sistema de gananciales. Lo hacen sobre la base de que

(88) ISABAL: *El artículo 1.413 del Código Civil y las legislaciones forales*, cit. antes, «Rev. D. Priv.».

(89) ISABAL: *Sociedad de gananciales*, en «Enciclopedia Jur. Seix», pág. 895.

(90) DÁVILA: *Los poderes del marido sobre disposición y obligación de los bienes gananciales*. En «Rev. Crit. D. Inmobil.», 1948.

(91) ANUARIO DE D. CIVIL, t. IX, julio-septiembre, 1956, págs. 918 y sigs.

ambos cónyuges tienen la titularidad de disposición de los bienes de ese patrimonio, incluso la coadministración, sin que aparezca la jefatura doméstica del marido respecto al patrimonio, como es característico de nuestro sistema. De manera que no se atribuye al marido la disposición —como comienza haciendo nuestro nuevo precepto reformado— con consentimiento de la mujer, sino a ambos cónyuges conjuntamente, en ciertos casos y con referencia a ciertos bienes, fuera de los cuales, tanto el marido, como la esposa, pueden disponer libremente.

Es decir, juega el principio de absoluta equiparación, y las limitaciones no están encaminadas a la protección de la mujer, sino del interés de la familia. Hungría (Ley IV de 1952 (92), Cuba (Ley de 20 de diciembre de 1950) (93), Suecia (94), Noruega (95) (Ley

(92) Paul SZIGETI expone que la Ley IV de 1952 pone fin radicalmente a la libertad de los esposos en lo que concierne a su régimen matrimonial y les impone el de comunidad de adquisiciones, incluso con carácter retroactivo. En lo que nos concierne, el artículo 30 de dicha Ley establece que los esposos no pueden disponer de los bienes comunes más que de común acuerdo. Todo contrato a título oneroso, concluido por uno de los esposos se considera celebrado con el consentimiento del otro, salvo si el contratante sabía que el otro esposo no estaba de acuerdo. Cuando el contrato concierne a un objeto afecto al uso personal del esposo contratante o a la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana, el esposo no puede invocar el defecto de consentimiento, a no ser que haya protestado expresamente al tercero antes de la conclusión del contrato. (Vid. «Juris Classeur. Droit Comparé»).

(93) El artículo 8.º de la Ley de 20 de diciembre de 1950 establece que los actos de disposición no son válidos más que si los esposos consienten, previéndose los casos de disenso.

(94) Según G. FORSSIUS rige legalmente el sistema de «bienes matrimoniales», que se contraponen a los «personales». Sobre aquéllos tiene cada cónyuge un derecho eventual a la mitad en el momento de la disolución. Sobre los inmuebles, el mobiliario común, instrumentos de trabajo y bienes de uso personal de los hijos, recae un «derecho matrimonial» de los cónyuges, los inmuebles no puede enajenarlos su propietario ni gravarlos con hipoteca sin el consentimiento por escrito del cónyuge, en presencia de dos testigos. Para los demás bienes basta el consentimiento verbal. El consentimiento puede ser sustituido por autorización del Tribunal. El acto no consentido o autorizado puede ser impugnado por el otro cónyuge en el plazo de tres meses, desde que tuvo conocimiento de la enajenación, o en el año siguiente a la enajenación o constitución de hipoteca, si se trata de inmuebles. (En «Juris Classeur», loc. cit.).

(95) Evald RYGH (loc. cit. «Jur. Classeur») cita el artículo 14 de la Ley de 20 de mayo de 1927, que exige el consentimiento del cónyuge para enajenar o hipotecar los inmuebles, si sirven como habitación común o son necesarios al ejercicio de la profesión de los esposos. Este consentimiento es también necesario en ciertos casos, cuando se trata de consentir arrendamientos sobre inmuebles comunes. También para los muebles, si son parte de los bienes comunes, y son necesarios al ejercicio de una profesión o a la educación y atención de los hijos (art. 15). El cónyuge que no concurre puede demandar la nulidad del acto, en plazo de tres meses, desde la fecha en que tuvo conocimiento de la enajenación, y como máximo en el plazo de un año siguiente a su publicación si se trata de inmuebles, o a la tradición, si se trata de muebles (art. 16). Si el consentimiento es injus-

de 20 de mayo de 1927), Holanda (Leyes de 14 de junio de 1956 y 1 de enero de 1957) (96), Polonia (Decreto-Ley de 29 de mayo de 1946 y Código de la Familia, de 26 de junio de 1950) (97), Rumania (98), Checoslovaquia (Código de la Familia de 7 de diciembre de 1949) (99), incluso Alemania (100), son claros ejemplos

tamente rehusado puede la Administración acordar la autorización. En el caso de maniobras fraudulentas de un esposo, puede el otro demandar la reparación, en el momento de la partición.

(96) Van OMMEREN señala que la Ley de 1 de enero de 1957 modificó el artículo 164 del Cód. civ. en el sentido de cada esposo deberá ser autorizado por el otro para aquellos actos de disposición relativos a la habitación o al mobiliario que ella contiene, hacer donaciones, salvo las habituales y razonables, y concluir ciertos contratos, limitaciones que se aplican a todos los regímenes matrimoniales, y a todos los bienes de esta clase, sean propios o comunes. El Juzgado de Paz puede conceder autorización en caso de ausencia o incapacidad del cónyuge; pero si éste rehusa, debe acudir al Tribunal. El cónyuge que no autorizó puede pedir la nulidad del acto en el plazo de un año, a contar desde la fecha en que tuvo conocimiento del acto. En el caso de comunidad de ganancias y pérdidas, cada cónyuge conserva la gestión de su patrimonio propio, sin que la mujer necesite autorización o licencia para contratar (Ley 14 junio 1956), salvo para los actos antes referidos a los que en todo caso se aplican las limitaciones dichas.

(97) Sophie BORTEN señala que el régimen establecido por el Decreto-Ley de 29 de mayo de 1946, era el de comunidad restringido, de adquisiciones: en lo que nos concierne ahora, después de atribuir a cada cónyuge la propiedad y disposición de sus bienes personales y de las adquisiciones, establecía que ningún cónyuge podía, sin el consentimiento del otro, bajo pena de nulidad, enajenar ni gravar los inmuebles y los establecimientos mercantiles adquiridos durante el desarrollo del régimen, salvo que hubiesen sido adquiridos por sucesión o donación. El consentimiento del cónyuge podía ser sustituido por autorización del Tribunal, en caso de rehusarlo o encontrarse en la imposibilidad de consentir, siempre que el acto no fuera contrario al interés de la familia. La Ley de 26 de junio de 1950, llamada Código de la Familia, dispone más genéricamente que los actos de disposición relativos a las adquisiciones, que exceden del cuadro de la administración corriente, sólo pueden ser efectuados con el consentimiento común de los esposos, sustituible por autorización del Tribunal.

(98) Charles GRUBER destaca que el moderno Código de la Familia establece como régimen legal forzoso los gananciales. El artículo 35 dispone que el concurso de los dos esposos para cada acto de disposición no es necesario porque cada uno ellos se presume que tiene el consentimiento del otro para la administración y disposición de los bienes comunes, con excepción de los bienes inmuebles y derechos reales, para los que se exige el consentimiento expreso de los dos.

(99) Víctor BORTEN menciona el Código de la Familia de 7 de diciembre de 1949, que establece como régimen legal el de la comunidad de adquisiciones. Cada esposo puede realizar los actos de administración corrientes y los que excedan de este área precisan el consentimiento común de los esposos, y en caso de desacuerdo, la autorización del Tribunal. (Tomamos esta nota, como las anteriores, del «Juris Classeur. Droit Comparé».)

(100) A partir de 1.º de abril de 1953 se impuso el régimen legal de separación de bienes, sin modificar los regímenes convencionales existentes antes de esta fecha. En el punto que interesa a nuestro objeto, por remisión del parágrafo 1.519, 2.º, del B. G. B., rigen los 1.442 y 1.456. El primero establece que un cónyuge no puede disponer de su cuota en el patrimonio común, ni de los objetos singulares pertenecientes a éste; no está facultado para exigir la división. El segundo, que el marido no es responsable ante

de este aserto con la excepción de Portugal, cuyo sistema en este punto se aproxima al nuestro reformado (arts. 1.118-1.119) y algunos Estados U. S. A. (101). En cuanto a Italia, a pesar de que los trabajos preparatorios del vigente Código no se sustrajeron a esta corriente y preveían la exigencia del consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes inmuebles comunes, suplida por la autorización del Tribunal en caso de negativa injustificada, criterio acogido en la Relazione a S. M. il Re Imperatore (102), es lo cierto que, como hemos visto antes, no pasó al texto Codificado, que se limita a reproducir el precepto del Código de 1865 (103).

Creemos que la observación que aquí hacemos puede tener importancia en la futura aplicación del precepto, porque la manera de sentir de nuestra opinión social, y la situación que el Código reconoce al marido como preeminente (y lo prueba el que la reforma del art. 1.413 se haga con la intención de que el interés de la mujer quede «más protegido», sin duda alguna *frente* al esposo), puede que haga vacilar en el futuro los criterios interpretativos ante muchos supuestos prácticos.

II

1.—El nuevo artículo 1.413 ha entrado en vigor formando parte de una revisión que afecta a otros muchos preceptos, limitándose la Ley que lo instituye a utilizar la siguiente fórmula: «artículo 1.º Los siguientes artículos del Código civil quedan redac-

la mujer por la administración del patrimonio común, aunque por una aminoración del patrimonio común ha de prestar indemnización a éste, si la ocasiona con intención de perjudicar a la mujer o por un negocio jurídico que celebre sin el necesario consentimiento de ésta.

(101) Mlle. J. BRODU expone que en los nueve Estados en los que se admite el régimen de comunidad, el marido administra los bienes comunes. Sin embargo, en Arizona, Idaho, Nevada, Nuevo México, Oklahoma, Texas y Washington, el marido puede enajenar los muebles sin autorización de la mujer. En Louisiana, el marido puede enajenar los bienes muebles o inmuebles, a título oneroso, sin el consentimiento de la mujer, pero no a título gratuito. Tampoco precisa el consentimiento de la mujer en Oklahoma ni en Texas, salvo lo que concierne a los de uso familiar, para cuya enajenación sí es necesario.

(102) Relazione a S. M. Il Re Imperatore, número 15: «La Comisión Parlamentaria se ha preocupado de garantizar a la mujer frente a eventuales abusos del marido y por ello ha pedido volver al sistema del Proyecto Preliminar por el cual el marido no podía enajenar o hipotecar los bienes sin el consentimiento de la mujer o la autorización del Tribunal. No está justificada la preocupación por los posibles abusos del marido, porque en esta hipótesis está prevista la separación de bienes.» (Vid. STOLFI: *Il nuovo Codice Civile*. L. I, «Delle persone». Napoli, 1939, art. 218.)

(103) Artículo 220: «Sólo el marido puede administrar los bienes de la comunidad y estar en juicio para las acciones referentes a la misma; pero no puede, salvo a título oneroso, enajenar o hipotecar los bienes cuya propiedad caiga en la comunidad.»

tados en la forma que se expresa», omitiendo toda disposición de derecho transitorio, y una disposición derogatoria.

De manera que, aparentemente al menos, la reforma de este precepto plantea —sobre todo dado el carácter permanente de la unión conyugal— el clásico y fundamental problema de la delimitación de fronteras temporales entre la eficacia de la Ley nueva y la regulación anterior. No puede desconocerse que el sistema de gananciales tiene, y tenía antes de la reforma, un carácter supletorio en defecto de pacto constitutivo de régimen, distinto, siendo un sistema patrimonial que, por su tradición y honda raigambre en los territorios de Derecho común, es, por así decirlo, casi sobrentendido como aceptado por la inmensa mayoría de los matrimonios españoles. Casi puede tenerse por cierta, con referencia al régimen de gananciales, la vieja y desacreditada fórmula francesa del «contrato tácito». Mas sucede que los matrimonios contraídos bajo el sistema ganancial con anterioridad a la reforma del precepto que nos ocupa, sobre una realidad legal que confería al marido la disposición exclusiva de los bienes integrantes del patrimonio que pudiera formarse, quedaron privados, ante la mera sustitución del precepto por su actual redacción, de la posibilidad de pactar un sistema distinto al de la incorporación de la mujer a las facultades dispositivas sobre los bienes considerados como más importantes de cuantos integran el patrimonio ganancial.

Así, las situaciones nacidas al amparo del régimen legal anterior no quedan claramente delimitadas, ante la declaración general de irretroactividad del artículo 3 del Código y la falta de expresa «disposición contraria» del legislador.

Pero la cuestión planteada aquí creemos debe ser resuelta a la luz de dos consideraciones: Una la de que la retroactividad o irretroactividad de las leyes no obedece a un principio inderogable y apriorístico, sino deducible poniendo en relación la Ley nueva y la antigua y la finalidad política del legislador; otra, que sobre la base del principio general de irretroactividad, que el artículo 3 del Código establece, cabe conectar la consideración anterior, dejando a salvo las situaciones creadas al amparo de la Ley antigua —irretroactividad— y aplicando la Ley nueva a sólo los desarrollos de la situación jurídica fundamental, posteriores a la reforma, que caen en el ámbito del fin político del legislador, obteniendo así un tipo de retroactividad atenuada o mínima.

No cabe duda que la finalidad política del legislador, al reformar el artículo 1.413, ha sido —como la Exposición de Motivos de la Ley expresa— que «los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales queden, sin mengua del sistema, más protegidos...», de tal modo que la finalidad protectora del precepto (no olvidemos que la necesidad de protección de la mujer deriva de que no rige, como en otros Ordenamientos, un principio de equiparación de los cónyuges, sino de jefatural marital) alcanza a la mujer ca-

sada bajo el régimen patrimonial de los gananciales, no sólo a las mujeres que, *en lo sucesivo*, se sometan a este régimen. (Por otra parte, parece que el criterio de la irretroactividad absoluta del precepto reformado fué propuesto como enmienda al proyecto de Ley y expresamente rechazado).

Sin embargo, creemos que la retroactividad del precepto reformado hay que considerarla concretamente respecto a la situación jurídica fundamental en desarrollo, teniendo en cuenta que el nuevo precepto contiene, siguiendo el quizá discutible criterio de distinción entre inmuebles y establecimientos mercantiles, de un lado, y los demás bienes de distinta naturaleza, de otro, un doble sistema de protección (y de protección frente al marido): El que pudiéramos llamar «preventivo», respecto a la primera categoría de bienes, que consiste en la incorporación de la mujer a las facultades dispositivas, y el de las medidas inconcretas de aseguramiento que, desde luego a posteriori, podrá adoptar el juez a solicitud fundada de la mujer, cuando el marido haya venido realizando disposiciones arriesgadas de bienes del patrimonio, no comprendidos en el grupo anterior. De tal manera que la retroactividad ha de referirse exclusivamente a que el precepto afecta a todo régimen legal de gananciales en desarrollo, pero no a los actos dispositivos que se hayan realizado por el marido solamente al amparo de las facultades que le confería la situación en desarrollo con anterioridad a la reforma, como aconseja el principio de seguridad jurídica.

Hacemos, sin embargo, la salvedad de que el anterior criterio, basado en el principio de seguridad (de seguridad de los terceros que adquirieron del marido plenamente legitimado conforme al precepto antiguo), no excluye que se tomen en consideración actos dispositivos *ya realizados* por el marido antes de la reforma, como presupuesto para la aplicación de la nueva Ley, como ocurre en lo que se refiere a las medidas que el Juez puede adoptar «cuando el marido venga realizando actos dispositivos» que encierren grave riesgo, de bienes que no sean inmuebles ni establecimientos mercantiles y a solicitud fundada de la mujer, ya que la retroactividad respecto a la situación jurídica básica que el fin político del nuevo precepto encierra, exige que la mujer pueda, *desde ahora*, ser protegida, evitando que el marido continúe en la realización de esos actos que «venía realizando».

Por ello, es cierto que juega el principio general de irretroactividad (art. 3 del Código) respecto a las enajenaciones llevadas a cabo por el marido exclusivamente de cualesquiera clase de bienes, al amparo de las facultades que le concedía el precepto anterior, por respeto a la seguridad jurídica; cierta igualmente la aplicación del nuevo precepto a los actos dispositivos que «desde ahora» se realicen en el desarrollo de la situación jurídica básica, con el tratamiento previsto para cada grupo de bienes (retroactividad atenuada o mínima), pero cierto también que el precepto nuevo no de-

roga la vigencia del precepto anterior, puesto que deberá seguir aplicándose en protección de la mujer frente a los actos dispositivos que el marido hubiere *ya realizado* sobre cualesquiera clase de bienes al entrar en vigor la reforma, a los cuales habrá de aplicarse la limitación que el antiguo precepto establecía: Que esos actos dispositivos del marido, ya realizados, no implicaran contravención del Código ni fraude de la mujer.

Estas observaciones conducen, por ahora, a la conclusión de que la delimitación de la posición jurídica de los cónyuges respecto al patrimonio ganancial, y en orden al sentido general de protección de la mujer que el artículo 1.413 encierra, hay que considerarla en los dos momentos que la reciente reforma plantea: Protección de la mujer frente a los actos de disposición que se realicen *desde ahora*, y protección de la mujer frente a los actos de disposición de los bienes gananciales realizados por el marido *hasta ahora*, dado que los gananciales constituyen un sistema económico *matrimonial* que, por tanto, tiene su desarrollo mientras el matrimonio permanece.

De donde el problema que encerraba el antiguo párrafo segundo del artículo 1.413 no ha desaparecido del horizonte cuestionable por la sola virtud del precepto reformado.

2.—Veamos, primeramente, el tratamiento protector de la mujer a partir de la reforma.

El nuevo precepto se nos ofrece aún virgen de interferencias, de tal modo que su eficacia no puede quedar en entredicho ni llena de dificultades interpretativas. De un modo general el nuevo precepto tiene el propósito de acabar, en virtud del superior rango de la actividad legislativa, con los problemas fundamentales que el antiguo ofrecía: Respecto a los bienes que el legislador ha considerado como más importantes (inmuebles y establecimientos mercantiles) se excluye el problema exigiendo el consentimiento de la mujer para los actos de disposición; en cuanto a los demás bienes se crean explícitamente unas medidas de aseguramiento.

Sin embargo, no deja de ofrecer el nuevo precepto puntos de mediación:

a) Sugiere la distinción que la nueva Ley hace entre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, de una parte, y de las demás categorías de bienes, de otra, una primera y fácil objeción: La de que el patrimonio mobiliario puede tener de hecho tan gran importancia en la vida económica actual, que no se comprende el que la mujer sólo pueda *prevenirse* de la ruina cuando el marido «venga realizando» actos de disposición de tales bienes que entrañen «grave riesgo». De esta manera no hay *prevención* posible ante la disposición abusiva *ya realizada*, por ejemplo, de todo un pa-

quete de valores mobiliarios (104). Sin embargo, se comprende la actitud del legislador que, sin perder de vista la importancia económica actual del patrimonio mobiliario, tampoco desconoce las perturbaciones que en el tráfico jurídico podía ocasionar la obligada intervención de la mujer en los actos de disposición de estos bienes, ya que la realidad legal, y normal, es que la dirección económica de la familia sea asumida por el marido.

Para estos supuestos resurge nuevamente, en toda su pujanza, el viejo problema del artículo 1.413, porque la protección de la mujer habrá de alcanzarse a través del último párrafo del nuevo precepto, sustancialmente idéntico al anterior, ya que «en todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice *en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cualquiera la condición de los bienes afectados*».

Resurge así el «cómo» y el «cuándo» de la reintegración del *perjuicio* sufrido por la mujer; frente a disposiciones del patrimonio mobiliario que el marido haya realizado *antes* de que la mujer haya obtenido las «medidas de aseguramiento» a que el párrafo segundo del nuevo precepto se refiere, medidas que sólo pueden adoptarse, precisamente, cuando el marido «venga realizando» (ya) los actos dispositivos.

b) Otra cuestión que inmediatamente plantea el nuevo precepto es la del valor que, respecto al negocio jurídico de disposición de los bienes, tiene «el consentimiento de la mujer», o la «autorización judicial» que el nuevo precepto incorpora.

La cuestión no es ociosa ni aparece aclarada en la Exposición de Motivos: De una parte se trató de «no contradecir los pilares fundamentales de este sistema económico-matrimonial», sin perjuicio de «atribuir a la mujer *nuevas facultades* en orden a la disponibilidad»; de otra, se dice que los intereses de la mujer quedan «más protegidos *al exigirse* su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles». ¿Quiere esto decir que el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, en su caso, en los actos de disposición *del marido*, a título oneroso, de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles tiene valor de elemento *constitutivo* del acto de disposición?

En este último sentido, los Trabajos Preparatorios del Código italiano adjudicaban al consentimiento del Tribunal el carácter y la eficacia constitutiva para la perfección del negocio de enajenación, por entender que «sustituía el consentimiento del condómino, y hasta el punto de que «la venta solamente autorizada por el marido no tendría valor jurídico, incluso en lo que a él respecta, pudiendo la esposa hacer que se declarara la nulidad».

(104) Vid. BATTLE: *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.».

Mas no aparece tan claro en el precepto reformado el valor constitutivo del consentimiento de la mujer, en cuanto al acto de disposición considerado en sí mismo: Siguiendo, sin duda, el criterio de respetar «los pilares fundamentales del sistema», a que la Exposición de Motivos se refiere, el nuevo artículo 1.413 declara textualmente que «*el marido*, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso... etcétera», pero «necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto autorización judicial... etc.». De manera que no es el acto de disposición objetivamente considerado, sino el marido, quien, aunque está legitimado por razón de oficio (sólo él podrá enajenar y obligar a título oneroso), necesitará el consentimiento de su esposa o la autorización judicial. Si a eso se le añade que el último párrafo del precepto admite la posibilidad de actos de disposición del marido realizados en contravención del Código «sea cualquiera la condición de los bienes afectados», parece deducirse que el acto de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles realizados solamente por el marido, no es un negocio incompleto, sino un negocio que requiere, como simple presupuesto de eficacia frente a la mujer, el consentimiento de ésta.

Obsérvese que el nuevo precepto exige, para la disposición de esos bienes por el marido, el consentimiento de la mujer, así que la disposición sin el consentimiento de ésta o la autorización judicial subsidiaria implicará una «contravención del Código», supuesto de disposición expresamente contemplado en el último párrafo del artículo como de los que, «en todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos».

Resulta así que el acto de disposición realizado por el marido es acto solamente impugnabile por la mujer o sus herederos, a quienes perjudica la contravención; susceptible de convalidación por la esposa (convalidación-confirmación) e incluso sujeto a prescripción sanatoria (Cfr. art. 1.301, párrafo penúltimo) pasados cuatro años desde la disolución del matrimonio.

No creemos pueda negarse el valor práctico de la convalidación-confirmación por la mujer del negocio de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles realizados sólo por el marido, teniendo en cuenta la realidad social de ser éste quien asume generalmente la dirección económica de la familia, incluso la autorización judicial confirmante «a solicitud fundada del marido», en caso de negativa injustificada de la mujer. Ni tampoco, por el propio fundamento del párrafo penúltimo del artículo 1.301, puede desonocerse el valor práctico de la prescripción sanatoria. Por otra parte, este criterio es el generalmente aceptado en la legislación comparada (vid. notas 92 y sigs.).

Cuanto llevamos expuesto excluye, a nuestro parecer, la posición contraria de considerar que el negocio de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles de condición ganancial,

sólo por el marido, sea un negocio ineficaz por incompleto, o radicalmente nulo. Esto último porque la norma no lo dispone expresamente, limítandose a establecer un requisito —el consentimiento o la autorización judicial— cuya contravención lo hace inoponible («no perjudicará») a la mujer y a sus herederos, que podrán impugnarlo. En cuanto a la consideración del consentimiento de la mujer como elemento esencialmente constitutivo, cuya ausencia haga el negocio incompleto y carente de valor jurídico —tesis del Proyecto italiano—, de aceptarse, ocasionaría toda una gama de problemas que vendrían a complicar indefinidamente la cuestión, sin contar con que restaría en gran parte el dinamismo que la realidad de la vida actual exige. A primera vista ese negocio inexistente no es concebible con facilidad, con sólo tener en cuenta que el negocio de disposición, de no existir, no produciría efecto alguno, ni siquiera para el marido, cuando lo cierto es que la relación entre el marido y el tercero que adquiere —pero que no adquiere— necesariamente ha de producir efectos entre éstos (piénsese en una compraventa inexistente con precio entregado y recibido por el marido), sin contar con que las consecuencias obligatorias del «no negocio», asumidas por el marido solamente, quedarían a cargo del patrimonio ganancial, conforme a Civ. 1.408-1.º. Tales consecuencias sólo serían compensables en trance de liquidación por la vía del artículo 1.419, considerándola como enajenación ilegal, con sujeción al artículo 1.413, párrafo último.

Mas la tesis del negocio de disposición solamente impugnabile y no oponible a la mujer y a sus herederos, por falta de consentimiento de aquélla, o de la autorización judicial subsidiaria, ofrece, a nuestro parecer, una nueva cuestión. Si la mujer obtiene la ineficacia del acto de disposición consumado, éste habrá de producir los efectos restitutorios del artículo 1.303. La consecuencia es que la acción de nulidad no podrá ser ejercitada cuando la enajenación haya sido hecha a título oneroso y el valor recibido por el marido, aun sin el consentimiento de la mujer, haya sido probadamente invertido en las atenciones propias del patrimonio ganancial, que no hubieran podido atenderse con otros bienes de este patrimonio. Cumplida la sustitución de valores que el título oneroso implica, e invertido el contravalor recibido en las atenciones propias del patrimonio ganancial, no puede tener lugar la restitución por falta de bienes pero, además, la enajenación realizada no habrá constituido sino un acto de aplicación del patrimonio ganancial a los fines que le son propios.

Creemos, provisionalmente, que el remedio a tal situación podrá encontrarse dando valor confirmatorio a la autorización judicial a posteriori, lograda por el marido que al ser demandado juntamente con el tercero adquirente, pruebe la urgente necesidad de la enajenación realizada y la aplicación del contravalor recibido a los fines que son propios del patrimonio ganancial.

En consecuencia, parece que debe ser meditado, a ser posible aislado, el concepto y carácter de ese «acto de disposición» de inmuebles o establecimientos mercantiles a que el nuevo artículo 1.413 se refiere como impugnabile.

c) La necesidad del consentimiento de la mujer para la disposición por el marido de establecimientos mercantiles, no dejará de plantear en la práctica problemas de hecho que habrán de resolverse, creemos, en la mayoría de los casos, por la vía del último párrafo del artículo 1.413 reformado: El fraude de la mujer.

Si la expresión «establecimiento mercantil» se toma en la acepción de empresa mercantil, no cabe duda que, concebida la empresa como organización de elementos reales y personales afectos a un destino económico común, su disponibilidad como tal estará incurso en la limitación del necesario consentimiento de la mujer.

Mas lo que se observa como concepto unitario ofrece la posibilidad de desintegración práctica de los elementos que lo constituyen, y en tal caso, tales elementos se reducen a los susceptibles de individualización patrimonial.

No existe un derecho sobre las simples relaciones de hecho, como la clientela, o sobre las meras posibilidades o expectativas de ganancia, nociones simplemente económicas. Si lo hay, en cambio, sobre el nombre comercial, o las existencias, o los créditos, la forma de asentamiento, etc.

La observación es importante a los fines de la aplicación práctica de la limitación, por varias razones: Si por «establecimiento mercantil» ha de entenderse, no la empresa como organización en marcha, sino un simple elemento estático de la empresa, como concepto más amplio, habrá que determinar en tal caso el alcance de ese más restringido concepto de «establecimiento mercantil»; y si la disposición por el marido de alguno o algunos de los elementos integrantes de la empresa (existencias, créditos, nombre comercial, etc.), que no pueden identificarse con la empresa misma, o con el establecimiento (en el sentido restringido), por la trascendencia que puedan tener en orden a la existencia de la empresa como un todo, está también incurso en la limitación.

Sin entrar, por ahora, en las cuestiones prácticas que puedan producirse en la aplicación del precepto, parece que disponer del solo nombre comercial, o de las existencias, o del local, no es disponer del establecimiento a los efectos de la limitación, si el establecimiento se concibe en su acepción de empresa o de base estática de la empresa, porque ésta aun sin tales elementos, puede continuar como organización, pero no hay que olvidar que la disposición de alguno de los elementos mencionados puede también producir, de hecho, la muerte de la empresa mercantil.

Si el establecimiento mercantil lo identificamos con la empresa en su aspecto estático, la disposición por el marido de algunos o alguno de los elementos no estará limitada por el necesario con-

sentimiento de la mujer, cuya protección sólo podrá alcanzarse por la vía de las medidas de aseguramiento del párrafo segundo del artículo 1.413, y en cuanto a las disposiciones ya realizadas, por la vía del párrafo tercero, en tanto se delimite la enajenación como hecha en fraude de la mujer.

El problema puede presentarse con mayor frecuencia en el caso de ejercicio por el marido del derecho de traspaso del llamado «local de negocio», que al arrendatario conceden los artículos 29 y siguientes de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, que expresamente se refieren a la «cesión mediante precio de tales locales sin existencias».

Bajo el criterio anteriormente apuntado, para el traspaso de un local de negocio no será preciso el consentimiento de la mujer, porque el «local de negocio», solamente, no es la empresa, ni el establecimiento. Por contra, si a la expresión «establecimiento mercantil» se le da el alcance más restringido de *lugar* donde la empresa se asienta, la solución será contraria.

Quizá, pensando en que el establecimiento puede ser sustituido por otro, permaneciendo la empresa (por ejemplo, mejorando la situación o lugar de asentamiento, lo que supone, incluso, la obtención de un mayor valor); que el traspaso puede tener por objeto poner fin a un negocio ruinoso, y que, en fin, la mujer podrá solicitar en todo caso las medidas de aseguramiento que establece el párrafo segundo del precepto, pudiera ser aconsejable la primera solución, entendiéndose que la disposición del establecimiento mercantil, a que se refiere el nuevo artículo 1.413, exigiendo el consentimiento de la mujer, es la de la empresa como organización y la disposición de los elementos integrantes, incluso el traspaso de local, no precisa dicho consentimiento, aunque la mujer pueda protegerse por los otros medios que el propio precepto establece.

III

1.—El matrimonio constituye un estado, el estado jurídico de casado (105), que afecta de un modo general a la condición jurídica de los cónyuges; estado que, por la jefatura que al marido se asigna, permite hablar más concretamente de un estado jurídico de marido y de esposa, que condicionan la actividad de ambos, tanto en lo que se refiere a las relaciones personales, como a las patrimoniales.

En ambos casos el condicionamiento jurídico que el estado de casado produce rebasa las meras relaciones internas del consorcio para proyectarse en las relaciones con los demás. El régimen de gananciales, como régimen legal, constituye un sistema organiza-

(105) DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 251.

do para determinados bienes que pueden entrar en la dominación del consorcio matrimonial bajo signos objetivos predeterminados en la Ley (art. 1.401). La comunidad de vida determina, además, la fuerte presunción del artículo 1.407: «se reputan gananciales todos los bienes *del matrimonio*, mientras no se prueba que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Los gananciales constituyen así un régimen patrimonial, pero también *matrimonial*, de manera que los bienes que entran en la organización quedan afectos a los fines determinados en la Ley, en consonancia con los propios fines del matrimonio (singularmente, cfr. núm. 5 del art. 1.408 y 1.409) (106); el sistema de gananciales no representa, por tanto, intereses del marido ni de la mujer (nos referimos a intereses privativos o particulares), sino del consorcio y, por consecuencia, mientras el consorcio existe, existe la organización. A nuestro parecer, cuando la organización tiene contenido se ha constituido una masa patrimonial, afecta a los fines del matrimonio, y no puede hablarse de patrimonio *del marido* y *de la mujer*, sino de patrimonio *conyugal*, cuyo poder de disposición, por razón de oficio, y en virtud de la jefatura familiar de que está investido, corresponde al marido en nuestro sistema tradicional. Prueba de ello es que el marido y la mujer «*harán* suyos por mitad...» los bienes cuando el matrimonio se disuelva (art. 1.392), y no antes de ese momento (ya ASSO y MANUEL (107) deducían que los cónyuges en estos bienes gananciales «adquieren absoluto dominio luego de hecha la división, cada uno por su mitad»).

El derecho de cada uno a *la mitad* de los gananciales no es un derecho a la mitad actual del valor del patrimonio ganancial, ni a la mitad del valor de cada uno de los bienes; en suma, no es una cuota en una comunidad existente constante matrimonio, sino que la proyección de la personalidad de cada uno sobre los bienes comienza justamente cuando ha desaparecido el consorcio matrimonial o, si se quiere, cuando los fines del patrimonio ganancial han desaparecido. Por ello el artículo 1.426 concede a cada cónyuge, o a sus herederos, una mitad en el remanente líquido, después de la disolución y una vez atendidas las distintas obligaciones de este patrimonio específico. La atribución de la mitad no parece cosa distinta que una medida previsora de la organización para cuando la organización desaparezca, de manera análoga a como se atiende al destino de los bienes de un patrimonio social para cuando llega el momento de la disolución (cfr. art. 39 Cód. civ.).

Por ello creemos, con LACRUZ (108), que el patrimonio ganancia-

(106) MESSINGO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. II, pág. 97, Milán, 1950, párr. 61, núm. 11, habla de un «vínculo sobre los bienes» creado por la comunidad.

(107) ASSO y MANUEL: *Inst.*, Madrid, MDCCLXXX, ed. tercera, página 139. Y de ello extraen «que el marido no puede enajenar los bienes con malicia y fraude de estas ganancias», pág. 141.

(108) LACRUZ: *Loc. cit.*

cial es autónomo, tanto en cuanto a los bienes que lo componen, que pueden ser identificados, como en cuanto a las deudas que sobre él recaen, puesto que existe una responsabilidad propia y distinta de la que grava el patrimonio privativo de los consortes, viniendo a constituir un patrimonio vivo y dinámico, susceptible de disminuir tanto por la desafortunada gestión del administrador, como por la regular inversión de los bienes en cubrir las necesidades a cuya satisfacción se hallan sujetos. Cuando el marido dispone de los bienes, lo hace en virtud de una legitimación que le atribuye su condición jurídica de marido respecto a los bienes sometidos a la organización del sistema ganancial.

Parece, con lo que llevamos expuesto, que tal construcción deja en el aire la titularidad de los bienes individualizados, que integran el patrimonio mientras cumple su función; sin embargo, el patrimonio ganancial existe en cuanto es un efecto inmediato del estatuto matrimonial, y no es necesario entrar en la debatida cuestión de la titularidad de los bienes que integran ese patrimonio; la titularidad corresponde al cónyuge adquirente, marido o mujer; lo que se sucede es que al ingresar en la organización del sistema forman parte ya del patrimonio ganancial y quedan sometidos a sus normas: En consecuencia, el marido queda legitimado para su administración y disposición por el solo hecho de ostentar, si la ejerce, la autoridad familiar de que está investido. Al ingresar en la organización de los gananciales queda relegado en importancia el camino de ingreso de cada uno de los bienes en el patrimonio, y emerge la finalidad de éste con todas sus consecuencias: El marido dispone y administra con plena legitimación, tanto los bienes que ingresen en el patrimonio por su conducto, como los que ingresen por la actividad de la mujer, y no porque él tenga en los bienes un derecho actual y la mujer no, sino porque le corresponde la autoridad y la dirección económica de la familia, todo lo cual se refleja en las facultades que la Ley le atribuye (109).

La reforma del artículo 1.413 no contradice lo anteriormente afirmado, pues aparte de que conserva la plena titularidad de disposición el marido, respecto a bienes que sean inmuebles o establecimientos mercantiles, el consentimiento de la mujer opera como una mera medida de protección del interés de ésta. La mujer no está legitimada para disponer de bienes gananciales.

Una explicación de lo expuesto antes podemos encontrarla en que el estado de la persona se refleja y proyecta sobre el patrimo-

(109) COVARRUBIAS: *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, II, 19 (lo anotamos de un texto transcrito por LACRUZ: Loc. cit., pág. 11), afirmaba: «... si quidem ipse maritus est actu dominus propter auctoritatem, administrationis et alienandi potestatem quam habet, non sane absolutam, cum absolute dominus non sit, sed tantum ad onus communionis quae est inter ipsum et uxorem, aut saltem ex aliqua causa quae doli et fraudis excludat».

nio: Respecto a las adquisiciones realizadas bajo el régimen de gananciales con carácter oneroso, o en los demás supuestos del artículo 1.401 del Código civil, marido y mujer actúan como *cónyuges*, siendo indiferente que la adquisición se realice por sí y en su nombre (110), porque bajo el sistema actúan en tales condiciones como instrumentos jurídicos de producción del patrimonio ganancial (vid. la fuerte presunción del art. 1.407). De lo contrario, los bienes no entrarían directamente en el patrimonio ganancial, sino que surgiría contra el adquirente una mera relación de crédito. El artículo 1.401-1.º viene a eliminar la disputa respecto a esta cuestión (111). Partiendo de aquí, ni en las adquisiciones, ni en las disposiciones relativas al patrimonio ganancial pueden los cónyuges comportarse de manera distinta a su condición de esposos o, más concretamente, con independencia de sus respectivos estados de marido y mujer, cuyas relaciones patrimoniales, o un aspecto de ellas (dada la posibilidad de coexistencia de patrimonios distintos), están sometidos al régimen legal de los gananciales, cada uno en el papel que en la organización familiar le corresponde, y tanto en las relaciones internas como en las externas. De ello se extrae una inmediata consecuencia: El marido ha de actuar conforme a su estado y condición jurídica (como *marido*), y no en contemplación de sus privados intereses. Sus facultades, que le competen como jefe de familia, se desenvuelven entre límites concretos (112): De una parte, ha de ejercerlas de conformidad a los fines del patrimonio ganancial; de otra, y por ello, no puede ejercerlas con deliberado propósito de perjudicar a la mujer en el remanente líquido que quede en el momento de la disolución. Los dos límites marcan el ejercicio abusivo y meramente externo de las facultades que al marido competen, cuando los rebasa, pero tienen, según veremos, un distinto valor.

El sistema de gananciales convierte así, a marido y mujer, en instrumentos jurídicos de producción de una masa patrimonial a la que el propio sistema asigna unos fines tan permanentes como el propio estado matrimonial. Por ello su existencia perdura hasta que el consorcio se extingue, y su destino es mantenerse dinámica-

(110) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1898, así como la de 30 de marzo de 1914, sientan la doctrina de que no obsta a la inscripción de una venta hecha por el marido como ganancial el que se halle inscrita a nombre de la mujer.

(111) Vid. LACRUZ: *Loc. cit.*, sobre la cuestión en los juristas hispánicos. Sobre si los bienes entran directamente en el patrimonio común, CHIRONI: *Studi e questioni di Diritto Civile.*, vol. III, parte speciale (*Diritto de famiglia*), Fratelli Bocca, 1914, págs. 492 y sigs. Se pronuncia por la tesis afirmativa.

(112) Según el ya citado texto de COVARRUBIAS: «... quodammodo es impropria (dominio y posesión) et impedita propter administrationem mariti, competentem, quae non est prorsus libera, sed quae admodum doctum est intra limites quosdam continetur, quod excedere et transgredi minime valeat...».

mente para el cumplimiento de los fines asignados. La actividad de los cónyuges no puede orientarse contra estos fines encaminándose a su destrucción, entendida ésta como dirigida a vaciar la organización de bienes, sino a mantenerla e incrementarla; el patrimonio ganancial se presenta así, desde su inicio, como una suma de posibilidades, favorables o adversas, que determinan su mayor o menor extensión.

Tanto el marido como la mujer tienen en los gananciales un derecho actual, como tienen deberes también actuales, que se derivan del estado de matrimonio, de la misma que se derivan derechos y deberes en la esfera personal; y al igual que el deber de obediencia de la mujer sólo puede interpretarse en conexión con el deber de proteger a la mujer, que al marido incumbe (113), (cfr. art. 57), respecto al patrimonio ganancial las facultades de disposición del marido, reflejo fiel de la autoridad de que está investido, y no de la incapacidad de mujer, no pueden ejercitarse sino en conexión con la finalidad para la que dicha situación preeminente le ha sido conferida.

Más de la existencia de un derecho actual de la mujer sobre el patrimonio ganancial no podía derivarse, en trance de reforma, el derecho de aquélla a obtener una garantía privativa de su interés. Aparte del carácter vivo y dinámico del patrimonio, los números 1.º y 2.º del artículo 1.408 del Código le asignan una responsabilidad que se refiere a las relaciones que el marido o la mujer, actuando como tales, contraigan con terceras personas, y la consecuencia es que el patrimonio ganancial es garantía de terceros respecto a tales obligaciones. De la misma manera que la actividad del marido o de la mujer es el cauce de ingreso de los bienes en el patrimonio ganancial, cualquiera que sea el titular adquirente, la actividad dispositiva del marido, en su calidad de autoridad familiar, si la ejerce, o de la mujer, en los casos en que puede legalmente obligar al consorcio, comprometen el patrimonio responsabilizándolo frente a terceros. Si el interés del marido y mujer en el patrimonio ganancial no es en primer término su *interés*, sino el interés del consorcio, (su interés particular emerge a primer plano sólo en el momento de la disolución y liquidación, y si queda «remanente líquido» después de atendidas las obligaciones a que está afecto el patrimonio (cfr. artículo 1.426); en cambio, los terceros tienen sobre el patrimonio ganancial un interés propio y directo, y la consecuencia es que no podía constituirse una garantía del interés privativo de la mujer en el incierto remanente líquido de los gananciales, en perjuicio del interés inmediato y directo de los terceros. (Ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de diciembre de 1927, denegó la inscripción de una hipoteca dotal en cumplimiento del artículo 1.354

(113) DE CASTRO: Ob. cit., pág. 260.

(cuando éste recae, no sobre los bienes de la propiedad exclusiva del marido, sino sobre bienes de la sociedad conyugal.)

Siguiendo la concepción expuesta, la protección del interés de la mujer frente a las disposiciones abusivas del marido, creemos pudo buscarse engarzándola directamente con el carácter y los fines de la institución matrimonial de la que el patrimonio ganancial es sólo un efecto, como los demás del total complejo del instituto, cuando el sistema de los gananciales no es excluido por los cónyuges.

Y así el primer dato a tener en cuenta es que la facultad del marido para enajenar y obligar los bienes del patrimonio ganancial se redujo o limitó a que tuvieran lugar precisamente a «título oneroso», limitación que fué largamente cuestionada por los antiguos juristas (114), pero que se acogió como primera garantía de la mujer, incluso la única por los Códigos francés e italiano. La explicación es la idea de objetivar el patrimonio ganancial, darle entidad como masa de bienes directamente afecta a los fines del consorcio, no siendo posible, por definición, un patrimonio ganancial sin una idea de conservación, lo que conduce a observar que la facultad de disponer el marido a título oneroso, sin el consentimiento de la mujer, que el artículo 1.413 y el actual del Código le asigna como jefe de la familia, puesta en relación con el artículo 1.401, 1.º, se individualiza en *los bienes* que integran la masa patrimonial, dejando a salvo el patrimonio como tal, mediante la reducción de tal facultad a una simple sustitución de valores, y ello como consecuencia del carácter vivo y dinámico que se adjudica a este patrimonio.

De antiguo ha sido mantenida la idea de que la facultad de enajenación del marido sobre los bienes que integran la sociedad de gananciales es simplemente sustituir un valor por otro valor, aunque pueda y deba consumirse en el cumplimiento de los fines que resumen los artículos 1.408 y siguientes. En efecto, la idea de sustitución de valores aparece claramente expresada por Benito GUTIÉRREZ, quien explica que «la enajenación a título oneroso no destruye, sólo cambia el capital...» (115); GARCÍA GOYENA afirma que el título oneroso permite recibir «un equivalente que se supone ha de redundar en provecho de la sociedad...» (116), y en idéntico sentido SÁNCHEZ ROMÁN (117). Respecto a que el valor ganancial puede y debe consumirse, precisamente a los fines de los artículos 1.408 y 1.409, ya lo establecía el artículo 1.336 del Proyecto de 1851: «El marido podrá

(114) Vid., en resumen, Benito GUTIÉRREZ: Ob. cit., t. I, págs. 580 y sigs.

(115) Idem *id.*, pág. 580.

(116) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 339.

(117) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. cit. pág. 843: Que el ser a título oneroso «ofrece la racional creencia de adquirir algo equivalente».

disponer de los gananciales para los fines expresados en el artículo 1.330.»

De esta manera la facultad del marido sobre el patrimonio ganancial se concreta en la administración y disposición para los fines a que el patrimonio está destinado, sin perjuicio de sustituir los valores que lo integran en la forma más conveniente a la satisfacción de tales fines. Cualquier disposición que posponga estos fines a los fines privativos constituye un abuso de facultades desde el punto de vista de las relaciones internas del consorcio. Ello permite una interpretación del párrafo segundo del antiguo artículo 1.413 más simplificada y práctica que la sostenida por nuestra Jurisprudencia, partiendo de los conceptos que en dicho precepto aparecían: Actos del marido en *contravención al Código*; actos *en fraude de la mujer*. Y sus consecuencias: Que *no perjudicarán* tales actos a aquélla ni a sus herederos.

Tales conceptos serán los límites necesarios con referencia a los cuales será posible proteger a la mujer frente a los actos que el marido haya realizado ya, cuando la reforma entró en vigor.

Las nuevas limitaciones del precepto reformado no hacen más que crear un remedio preventivo específico y añadir un tipo concreto de contravención de eficacia más rigurosa. Todo ello *desde* la reforma.

IV

La idea de *contravención al Código* hay que extraerla, según creemos, de toda actuación que se aparte de los cauces por los que discurre la autoridad marital, que son, como dejamos dicho, la adquisición o la sustitución de valores en el patrimonio ganancial y la aplicación de los bienes al cumplimiento de los fines de los artículos 1.408 y 1.409, entendiéndose que lo que importa a los fines de delimitar el acto en contravención no es que deje de realizarse una total sustitución de valores en el patrimonio (los eventos posibles pueden, incluso, acarrear una pérdida mediata o inmediata), sino que el acto de disposición, por su causa, no sea racionalmente apto en la opinión general para lograr la sustitución. Por ello el artículo 1.413 derogado sólo autorizaba al marido, sin el consentimiento de la mujer, para disponer a título oneroso, salvo el supuesto del artículo 1.409—que es aplicación a los fines del consorcio—y las donaciones moderadas para objeto de piedad o beneficencia que, siempre que no se reserva el usufructo, le autoriza el artículo 1.415.

En consecuencia, el primer supuesto de contravención nos lo proporciona la enajenación de los bienes del patrimonio ganancial a *título gratuito* fuera del supuesto del artículo 1.415. La Sentencia de 25 de mayo de 1956, ya citada, no duda en declarar la donación ilícita al efectuarse la enajenación con ausencia de precio en per-

juicio y fraude de la mujer, dando lugar a la revocación al amparo del artículo 1.413, sin que ello infrinja el artículo 1.419.

Lo que exige mayor consideración son los supuestos de contravención cuando los actos de enajenación son realizados a título oneroso. Por lo pronto, entendemos que toda enajenación realizada por el marido a título oneroso no podía implicar contravención en manera alguna, porque el título oneroso va dirigido a conservar el patrimonio o al cumplimiento de los fines matrimoniales (por ejemplo, contraprestación debida por un servicio recibido); la contravención surge únicamente de que el marido traspase el segundo límite, haciendo que los bienes que se recibieron en sustitución de los enajenados no se aplicaran a los fines enunciados por los artículos 1.408 y 1.409 (118). De esta manera, lo evidente es que el tercero que adquirió los bienes enajenados prestando su equivalencia está a salvo de las consecuencias de la contravención, en la que no pudo haber participado.

Pero veamos el cómo puede producirse la contravención, y el supuesto más general nos lo ofrece la casuística exposición de nuestros juristas, en la que, fuera del supuesto de enajenación a título gratuito a que nos hemos referido antes, el más frecuente es el de la conducta desordenada (*Iudendo meretricando, vel in alios malos usos convertendo*) (119), sosteniéndose dos distintos criterios: El de los que preconizaban la validez de las enajenaciones, que es el más general (120), y el de los que entendían que realizándose la enajenación para invertir en vicios su producto, el fin ilícito hace que la enajenación no sea válida por implicar el fraude de la mujer (121). Por nuestra parte creemos más aceptable, por considerar las relaciones externas del consorcio y dejar a salvo el interés de los terceros, la primera de las soluciones, estimando que el interés de la mujer no puede servir de base para atacar la situación de los terceros adquirentes a título oneroso por estar fuera de las relaciones patrimoniales internas de los cónyuges.

(118) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 540, explicando el artículo 1.337 del Proyecto de 1851, apunta esta doctrina: «En contravención a las leyes: Por ejemplo, donando inmoderadamente o contra otros requisitos del artículo anterior...» (art. 1.336 del Proyecto: «El marido sólo podrá disponer de los gananciales para los fines expresados en el art. 1.330).

(119) Así, GUTIÉRREZ (Joannis): Loc. cit.; y en sentido análogo, AYERVE y PALACIOS RUBIOS: Locs. cit.

(120) Así SALA: *Ilustración*, t. I, lib. I, tít. IV, núm. 24, recogiendo el criterio de GÓMEZ, GUTIÉRREZ y FEBRERO, afirma: «Para que no valga la enajenación exige expresamente este mal ánimo: Por defraudar o dañar a la mujer, convienen casi todos nuestros autores ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciere el marido, jugando o viviendo maliciosamente.»

(121) Así, GUTIÉRREZ (Benito): Loc. cit., pág. 579, recoge la opinión de AYERVE y añade que a una facultad general corresponde una prohibición general y que la mujer es libre de probarle (al marido) que las enajenaciones son hechas en su daño.

No creemos que con anterioridad a la reforma deban ser considerados otros supuestos de contravención por aplicación abusiva del patrimonio ganancial: Los gastos excesivos que a cargo del patrimonio ganancial hiciese el marido en beneficio de sus bienes propios, supuesto que nos brinda AZEVEDO (122), porque los artículos 1.464 y 1.405 del Código eliminan el «ánimo fraudulento et causa praeiudicanti uxori»; ni la venta o arrendamiento a parientes por bajo precio, con ánimo de gratificarles, que expone AYERVE (123), porque ello entra necesariamente en la «donatio velata», o en el fraude de la mujer, como ya veremos, aunque es dudoso en cuanto al arrendamiento rústico y urbano, en la actualidad, dadas sus especiales características unidas a su naturaleza de acto de administración.

Hoy hay que agregar otra contravención típica: la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles sin el consentimiento de la mujer.

Sentados los supuestos de contravención, como concepto distinto del de fraude de la mujer, veamos sus consecuencias:

En el caso de enajenación a título gratuito, es decir, de donación del marido con ánimo de beneficiar a un tercero, y no de defraudar a la mujer, aunque en definitiva la perjudique, es evidente que el marido obra *fuera* de sus facultades, puesto que el artículo 1.413 sólo le concede la facultad de enajenar a título oneroso. El marido ejercita entonces facultades que no tiene, ni siquiera en apariencia, porque el hecho de tener la condición de marido, y el bien enajenado el carácter de ganancial, interfiere, por estar incurso en este régimen, la mera circunstancia de ser el titular formal, o lo que es lo mismo, que el bien enajenado haya ingresado en el patrimonio ganancial por su conducto.

La repetida Sentencia de 25 de mayo de 1956 deja, sin lugar a dudas, abierto el camino para que la mujer obtenga la ineficacia del negocio de enajenación y el bien vuelva al patrimonio ganancial antes de la disolución, sin que a ello se oponga el artículo 1.419. Aunque la sentencia se limita a afirmar que la aplicación del artículo 1.275, respecto a los contratos con causa ilícita, estimando como tal la donación realizada por el marido, encubriéndola con una simulada compraventa, «no omite» el artículo 1.419, da pie suficiente para interpretar este precepto en el sentido de que, si bien el momento del inventario es oportuno para colacionar las donaciones ilegales realizadas por el marido, dicho precepto no excluye que la colación sea innecesaria porque los bienes hayan sido restituidos al patrimonio ganancial con anterioridad, en virtud de la actuación de la esposa al amparo del artículo 1.413.

De esta manera la mujer obtiene una mayor protección: Actual, obteniendo la devolución del bien enajenado al patrimonio ganancial.

(122) AZEVEDO: Loc. cit.

(123) AYERVE: Loc. cit.

cial, y caso de no poder obtener la restitución, por destrucción del bien, o por la interposición de un tercero de buena fe que adquirió a título oneroso del donatario, antes de declararse la ineficacia del negocio, le queda la posibilidad de colacionar el valor del bien enajenado en el momento de la disolución, si no puede cumplirse la regla del artículo 1.307.

La sentencia a que nos venimos refiriendo reconoció a la mujer una acción de nulidad absoluta, por *ilicitud* de la causa, al amparo del artículo 1.275, pero ello, indudablemente, por considerar un supuesto distinto—aparte de la inconcreción legal y jurisprudencial de los conceptos de nulidad y anulabilidad—ya que *declara la donación ilícita «por ausencia de precio»* pero, además, realizada en perjuicio «y fraude de la mujer», supuesto diferente en este punto al que estamos contemplando, en que no existe la *intención de defraudar* sino simplemente la de *favorecer* a un tercero, aunque ello produzca una injustificada disminución del patrimonio ganancial y un perjuicio de la mujer. Para estos casos, después de la doctrina sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo a que nos venimos refiriendo, que reconoce a la mujer expresamente el ejercicio de la acción constante matrimonio, entendemos que la mujer puede pedir la nulidad al amparo de los artículos 1.301 y 1.302, que la Jurisprudencia extiende a los terceros a quienes perjudique el negocio (124), en este caso la mujer, a quien perjudica la donación realizada. No creemos que, faltando el fraude, pueda aplicarse la nulidad del artículo 1.275, porque el marido, al disponer de un bien ganancial, a *título gratuito*, ejercita una facultad que *no tiene*, pero no infringe una *prohibición legal* (125). En consecuencia, la ineficacia opera sólo frente al patrimonio ganancial y frente al interés de la mujer en que el patrimonio sea reintegrado.

El segundo tipo de «contravención al Código» que hemos delimitado es el de aplicación por el marido del patrimonio ganancial a fines distintos de los que le son peculiares, singularmente los actos que implican una *conducta desordenada del marido*. Conviene, desde ahora, establecer dos presupuestos: Uno, que tal conducta supone una *posposición de su conducta como marido*, impuesta por su estado, y otra, que tales disposiciones afectan al derecho de terceras personas que son ajenas a tal conducta. En consecuencia, las enajenaciones de bienes a título oneroso, aunque el equivalente sea destinado por el marido a fines distintos de los debidos, no constituyen fraude que pueda proyectarse al acto de enajenación. El adquirente que pagó el precio del bien adquirido, es tercero en las re-

(124) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1916, 8 de octubre de 1919, 30 de mayo de 1925, 11 de noviembre de 1928.

(125) La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1930 declara que, faltando una prohibición legal de lo que constituye la causa, ésta hay que reputarla válida y lícita.

laciones patrimoniales internas del consorcio, y su adquisición es legítima y digna de ser protegida.

Creemos que en estos supuestos la ilicitud no está en la *enajenación* onerosa del bien ganancial, ni en el fraude de la mujer, que no está en el ánimo del marido cuando enajena, ni intenta hacer de sus poderes «una máquina de guerra» contra su asociada, según frase de JOSSERAND (126), sino en el destino posterior que el marido da a los bienes, fuera de los fines de los artículos 1.408 y 1.409 del Código.

Para este supuesto, siendo inatacable la posición del tercero que adquirió a título oneroso, de quien, como el marido, tenía el poder de disposición sobre el patrimonio, la mujer tenía —y tiene después de la reforma— un remedio actual, preventivo, y un remedio diferido al momento de la liquidación.

El remedio *actual* antes de la reforma no nacía del artículo 1.413, sino de la *conducta desordenada y socialmente condenable* (127) del marido, que autoriza a la esposa a solicitar la declaración de prodigalidad para su esposo. No basta un acto aislado, sino una *conducta* peligrosa para el patrimonio, sin discriminar sobre «la mayor o menor moralidad de los actos respecto a la administración o disposición de los bienes» (128). Con ello se excluye la simple susceptibilidad de la mujer en su estimativa de los actos del marido, que pudiera poner en injustificado peligro la armonía conyugal; en nuestra opinión la disposición simplemente arriesgada de bienes del patrimonio ganancial, aunque resulte una pérdida, no es suficiente, porque ello depende de las circunstancias de los negocios: No basta con que el resultado perjudicial obtenido sea *contrario* al propuesto, siempre que éste por la ocasión, el medio empleado o resultados perseguidos no sea claramente irrazonable (129); lo que importa es el fin, se obtenga o no.

La prodigalidad no defiende solamente el patrimonio ganancial sino todo el patrimonio, incluso el privativo del marido, por ser un remedio general impuesto en interés «de la familia, a quien debe sostenerse para que no sea privada de los medios económicos necesarios para la subsistencia» (130).

Es, pues, remedio que la mujer podía emplear, aunque sólo contemplara la defensa del patrimonio ganancial, puesto en peligro por el desorden económico del marido, cuya declaración de prodigalidad no coarta, conforme al artículo 224, su autoridad en la familia, si bien la administración de los bienes del patrimonio conyugal pasa

(126) JOSSERAND : *De l'esprit des droits*, 2.^a ed., núm. 83.

(127) DE CASTRO : Loc. cit., pág. 338.

(128) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1915, cit.; DE CASTRO : Loc. cit., pág. 340.

(129) DE CASTRO : Loc. cit., pág. 339.

(130) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1930 cit. DE CASTRO : Loc. cit., pág. 340.

a la mujer con todas las consecuencias previstas en los artículos 225, 1.365-2.º, 1.433, 1.436, 1.443. etc., así como la enajenación con el requisito de la previa y necesaria autorización judicial. El tutor reduce sus facultades a administrar los bienes del pródigo (cfr. 246-4.º) y los de los hijos de éste habidos de anterior matrimonio (art. 225), pudiendo disponer de ellos con la autorización del consejo de familia, que tendrá en cuenta la necesidad o utilidad de la enajenación (cfr. 270 y 271; además 269-4.º y sigs.). Pero la tutela alcanza sólo a los bienes del marido pródigo, al patrimonio en que la mujer no está interesada (art. 225), puesto que el patrimonio ganancial es administrado por la mujer, que asume, mientras dure la incapacidad, las funciones de gestión del marido, con la limitación de requerir la autorización judicial para los casos de enajenación.

La acción de la mujer resulta evidente por establecerla el artículo 222 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1942, que habla de aquella conducta que pone en «peligro injustificado la situación patrimonial de la familia más cercana: *cónyuge*, descendientes y ascendientes».

Ahora bien, este medio general de defensa preventiva no excluía el remedio del artículo 1.413, como estaba, al parecer, en la mente de algún autor, FALCON, según anotamos en su lugar, que además interfiere el concepto de fraude de la mujer, considerando el nombramiento de un tutor como «justo castigo a la prodigalidad del marido», e invocando, en confirmación de su doctrina, precisamente el artículo 1.413. Creemos, por el contrario, que son dos áreas distintas las de la prodigalidad y la del anterior artículo 1.413. El primero es un remedio general, el segundo era un remedio específico que podía coexistir con el otro. El artículo 1.413 protegía el interés de la mujer en el patrimonio ganancial; la prodigalidad, con mayor amplitud protege el interés inmediato de la familia y del grupo de los herederos forzosos, precisamente *del marido*, pero en su amplitud defiende a la mujer del desorden económicamente peligroso del marido respecto al patrimonio ganancial.

El modo de operar el artículo 1.413 en estos casos no podía tender, como en el caso de fraude o de disposición a título gratuito, a la recuperación en especie de los bienes enajenados. La enajenación es válida (131), porque la conducta desordenada del marido o su posposición del interés del patrimonio ganancial está fuera de la relación con el tercero adquirente de los bienes. En estos casos la prodigalidad del marido respecto al patrimonio ganancial determinará el carácter de contravención que cualifica a las enajenaciones realizadas por el marido, y su prueba concretará el *quantum* que habrá de restituir inmediatamente o, en su caso, en el momento de la liquidación, conforme al artículo 1.419. La enajenación es legal frente al tercero que adquirió a título

(131) Vid. SALA: *Ilustr.*, núm. 24, cit. antes.

oneroso, y la ilegalidad sólo opera en las relaciones internas del consorcio.

De ello se sigue que la mujer puede privar al marido de las facultades cuyo mal uso perjudica al patrimonio ganancial y a su interés en el posible remanente líquido, sin perjuicio de que, por aplicación del artículo 1.413, exija la inmediata reintegración del patrimonio o, en su caso, deje probado el valor del perjuicio actual para traerlo a colación en el momento de la liquidación.

El párrafo segundo del artículo 1.419 parece tener, a nuestro juicio, una función totalmente distinta de la del artículo 1.413, si bien guardan ambos prácticamente cierta relación, en el sentido de que el 1.419 se limita a expresar que en el momento del inventario «también se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas con sujeción al artículo 1.413», sin que tal precepto haga otra cosa que contemplar el *interés de la mujer en el remanente líquido* que ha de concretarse. Sin embargo, el precepto no impide la protección inmediata, no del interés de la mujer, sino del patrimonio ganancial lesionado por la desordenada conducta del marido, con lo que, al proteger el patrimonio ganancial queda también protegido el interés privativo de la mujer en el remanente líquido y se hace innecesaria la colación. Creemos que el artículo 1.419 no es obstáculo para que la mujer, una vez lograda la declaración de prodigalidad y la calificación de *ilegales* (desde el punto de vista de las relaciones internas del consorcio) para los actos de disposición del marido logre la condena de éste a reintegrar, antes de la liquidación, el patrimonio ganancial con cargo a sus bienes propios, si los tiene, de la misma manera que la más reciente jurisprudencia, tan reiteradamente aludida, no ve inconveniente para el caso de fraude, en la reintegración *actual*, en especie, del patrimonio, declarando nulo el acto de enajenación. La diferencia está únicamente en que, en este caso, queda excluida la protección del tercero por su participación en el fraude, y ello hace posible la restitución en especie, mientras que en el supuesto de simple contravención, en que la licitud de la enajenación a título oneroso impide el perjudicar a tercero, la restitución no puede tener lugar en especie, pero sí en valor, por vía de indemnización, cuando pueda probarse el *quantum* del perjuicio; indemnización que, si no es posible actualizar en bienes propios del marido, puede aún hacerla efectiva en el momento de la colación a que el artículo 1.419 se refiere, de posible eficacia práctica si las circunstancias de la vida han permitido reconstituir el patrimonio propio del marido o ganancial.

A partir de la nueva redacción del artículo 1.413, la mujer puede protegerse de futuro sin recurrir a la declaración de prodigalidad del esposo, mediante la solicitud de las medidas de aseguramiento tomadas por el juez ante los actos del marido que en-

cierren grave riesgo para el patrimonio ganancial, acierto de la reforma de un indudable sentido práctico. En cuanto a los actos ya realizados y sus consecuencias, creemos vigentes las anteriores consideraciones.

El otro tipo de contravención específica del Código es creado por la reforma de 25 de abril de 1958. El tipo de contravención surge en los casos de disposición por el marido de inmuebles o establecimientos mercantiles, sin mediar el consentimiento de la mujer, remitiéndonos a lo escrito en el anterior capítulo sobre sus consecuencias.

El segundo concepto del artículo 1.413 del Código se refiere a las enajenaciones hechas *en fraude de la mujer*. El concepto aparece diferenciado de la simple contravención, diferencia justificada porque la noción de fraude implica un especial «estado de espíritu» (132) que aparece como verdadera intención de producir el daño a otro o de obtener simplemente un resultado prohibido. El fraude, como resultado objetivo de la actuación del marido, aparece cualificado por el elemento intencional puramente subjetivo: la intención de producir el daño (intención de defraudar). Creemos que el Código, cuando habla de fraude de la mujer se refiere al fraude doloso (133), dirigido el dolo contra ésta (134), criterio en consonancia con el jurisprudencial, puesto que «el fraude se determina por el objeto y finalidad con que el marido celebre los contratos en que se comprometen los bienes de la sociedad de gananciales que pueden ser válidos en sí mismos e ineficaces en cuanto a la mujer, si se han celebrado *con visible intento de perjudicar a ésta*, sin fin alguno de beneficio para la sociedad» (Sentencia del T. S. de 18 de mayo de 1900).

Sin embargo, la intención dolosa puede dirigirse inmediatamente no contra la mujer, sino contra la organización de los gananciales a fin de eludir los efectos normales del sistema o para salvaguardar un interés no lícito a la hora de la liquidación del patrimonio, y ello mediante una actuación de las facultades concedidas por el sistema de gananciales para obtener un resultado contrario al propio sistema (135), lo que supone un fraude de la ley (136) que implica, además, un perjuicio de la mujer.

(132) SINAY: Loc. cit., págs. 185 y sigs.

(133) Estimamos, con COSSIO (Loc. cit., *El dolo...*) y frente a otras opiniones, que dolo y fraude son conceptos no idénticos, pues el segundo es el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva.

(134) «Salvo si fuese probado que se hizo cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer» (Nov. Recop.: Loc. cit.).

(135) DE CASTRO: Loc. cit., vol. I, t. I, Madrid, 1949: «Uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y al que se ampara en otra norma dictada con distinta finalidad».

(136) Vid. el concepto en el Derecho internacional privado, NIBOYET: *Manuel de Droit International privé*, 1928; LEREBOURS-PIGEONNIERE: *Precis de Droit International privé*, 2.^a ed., 1933, núm. 263.

Mas en todo caso no puede perderse de vista que el sistema de gananciales no sólo se proyecta en las relaciones internas del consorcio, sino también en las externas, de manera que en los actos de disposición del marido que *realmente* llevó a cabo a título oneroso, entre la intención generadora del acto (que es perjudicar a la mujer o eludir las consecuencias del sistema) y su resultado, el fraude, se interpone la sustitución de valores que la onerosidad de la enajenación implica; de manera que el fraude de la mujer no deriva inmediatamente del acto de enajenación, que procuró el equivalente exigido al patrimonio ganancial, sino de la *aplicación que hiciera el marido del valor obtenido en la enajenación, una vez que ya ingresó en el patrimonio ganancial*. En suma, la liquidación o conversión de un bien del patrimonio, en otro fácilmente aplicable a fines extraviados, es algo que no implica el fraude de la mujer, porque la intención del marido enajenante salta, por así decirlo, por encima del acto de disposición para proyectarse en una conducta posterior que caerá de lleno en los supuestos de contravención a que antes nos hemos referido, aunque cualificada ahora por el «visible intento de perjudicar o damnificar a la mujer», que delimita la figura del fraude.

Por ello pensamos que toda enajenación *verdaderamente* realizada a título oneroso no produce, ni puede producir por sí misma, el fraude de la mujer, y la posición del tercero queda a salvo.

Sin embargo, ello no quiere decir que el fraude de la mujer, como resultado inmediatamente derivado del acto de disposición, no pueda producirse; lo que queremos significar es que el fraude de la mujer no puede producirse sin la complicidad y directa participación del tercero adquirente de los bienes enajenados, y ello por un solo camino, el de la simulación, en sus dos versiones, absoluta y relativa, supuestos en los que el marido, en complicidad con el tercero, *aparenta* enajenar a título oneroso, y, sin embargo, no lo hace con ánimo de vaciar, en perjuicio del interés de la mujer, en su día, o en perjuicio del propio sistema, el patrimonio ganancial.

Pudo, en efecto, el marido tener la intención de eludir el sistema de gananciales con el ánimo exclusivo de beneficiar a un tercero, y a fin de dar apariencia legal a la enajenación realizada con este propósito, encubrir su liberalidad, de acuerdo con el beneficiario, con un negocio oneroso que encierra en realidad una donación; o pudo tener la simple intención de damnificar a su mujer, como interés primordial, aparentando una enajenación de bienes a un tercero, a título oneroso, que en realidad no existió. En ambos casos falta la onerosidad de la enajenación, el equivalente que debe ingresar en el patrimonio ganancial en sustitución del bien enajenado, y esta falta de sustitución se produjo, además, intencionadamente.

La consecuencia de la ineficacia del negocio no tropieza con la

protección del tercer adquirente, porque quien se presta a la simulación no estaba ausente de la *maquinación insidiosa* que el dolo implica. En el caso de la disimulación, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo a que aludimos en su momento, creemos aplicable el art. 1.275 del Código civil, porque la causa, considerada subjetivamente como móvil y no entendida objetivamente como causa liberal es ilícita, y la intención de defraudar se opone además a los dictados de la moral (cfr. además artículos 1.255 y 1.258). En el supuesto de la simulación absoluta con la intención de perjudicar a la mujer en el remanente líquido, aparentando que determinados bienes salieron del patrimonio ganancial, la ausencia de todo negocio de enajenación produce, como en el caso anterior, la ineficacia de tal disposición, incluso al amparo del artículo 1.276.

En ambos casos no es necesario recurrir a una acción general de fraude, sobre la base del principio *fraus omnia corrumpit*, porque el supuesto estaba delimitado como fraude *típico* del marido en el antiguo artículo 1.413, cuyas consecuencias no pueden ser de menor intensidad y trascendencia que los que se asignan al fraude en general. El acto fraudulento resultará ineficaz; su declaración como tal podrá obtenerla la mujer constante matrimonio y la consecuencia será la restitución del bien enajenado al patrimonio ganancial, sin perjuicio de que las relaciones entre el marido y el tercero que aparece como adquirente se rijan por las normas de los artículos 1.305 y 1.306.

La sola existencia de la simulación, dirigida a defraudar a la mujer o a los fines del sistema, implica la «maquinación insidiosa» que el dolo encierra, y la necesaria participación del tercero adquirente que excluye el problema de su protección en todo caso.

Parece, a primera vista, que el hecho probado de la disimulación de un negocio de liberalidad, ilícito, o el hecho probado de un «no negocio», en el caso de la simulación absoluta es de por sí bastante, sin necesidad de probar la intención fraudulenta del marido, pero esta consideración desaparece con sólo meditar en que las consecuencias de apreciar la intención de defraudar van más lejos de la simple recuperación del bien enajenado, cual es la obligación de indemnizar de todas las consecuencias del acto, bien inmediatamente o bien en el momento de la colación, y que la obligación alcanza no solamente al marido, sino también al tercero que participó en fraude.

Ciertamente que el párrafo primero del artículo 1.413 reformado excluye, al menos teóricamente, la posibilidad del fraude por la vía de la simulación o disimulación, cuando de la disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles se trata, pero cuando la disposición de otra clase de bienes sea la que se contemple, si bien la mujer puede prevenirse frente a las futuras disposiciones arriesgadas de su esposo, por la vía del párrafo segundo del precepto, no es menos cierto que podrá protegerse de pretérito res-

pecto a las disposiciones que el marido haya realizado ya, con contravención o con fraude, por la vía del párrafo tercero del nuevo artículo 1.413, y, por tanto, consideramos igualmente aplicables después de la reforma las anteriores observaciones.

Con lo expuesto, el último de los conceptos que el antiguo artículo 1.413 expresaba con la frase «no perjudicarán» a la mujer ni a sus herederos las enajenaciones ilegales y fraudulentas realizadas por el marido—y que conserva el párrafo tercero del precepto reformado—queda formulada como un precepto en blanco que admite diversas gradaciones: desde la ineficacia del negocio de disposición en los casos de fraude y contravención típica—falta de consentimiento de la mujer, en los casos del párrafo primero del precepto reformado—hasta la simple reintegración en valor del patrimonio ganancial lesionado, en los demás casos de contravención a que nos hemos referido. Aunque en uno y otro caso, cuando no pueda obtener la restitución actual por desaparición de la especie o carencia de bienes propios del marido aguarde al momento de la liquidación al amparo del artículo 1.419.

En resumen, el precepto va dirigido a la *restitución* del patrimonio ganancial lesionado por el acto fraudulento o en contravención, restitución que unas veces puede tener lugar *en especie* (supuestos de disposición gratuita, fraude y contravención típica por falta de consentimiento de la mujer) y otras *en valor* (los demás supuestos de contravención del Código que no hacen ineficaz la enajenación realizada). Restitución, además, que puede obtenerse de un modo actual, constante matrimonio y, en último caso, diferida al momento de la liquidación si lo primero no es posible, todo ello sin perjuicio de las medidas preventivas que ya establece la reforma, cuando proceden.

Creemos que merece una breve consideración, aparte, la prevención contra los actos que el marido puede realizar en perjuicio de su mujer, en aquellos casos de anormalidad del matrimonio en que la comunidad de vida se rompe. Son supuestos en los que el «rencor»—motivo con frecuencia contemplado por los autores—puede mover al marido a hacer de sus facultades de disposición esa «máquina de guerra contra su mujer» de que habla JOSSEMAND.

La situación estaba necesitada de una urgente reforma porque los medios de protección existentes hacían preciso un esfuerzo de interpretación dirigido, en aras de una finalidad práctica y justa, a cubrir los huecos por donde de hecho se infiltraban innumerables posibilidades de actuación fraudulenta.

Aparte de los ya examinados medios de protección, la garantía preventiva de la mujer en tales casos está en el área del artículo 68, reformado, del Código civil. En este punto la reforma ha tenido el acierto de enmendar eficazmente los defectos que cerraba la anterior redacción del artículo 68. En efecto, con anterioridad a la reforma, la garantía preventiva de la mujer ha-

bria de obtenerse por la vía del número 5 del precepto, según el cual podía el juez adoptar, una vez que hubieran sido interpuestas las demandas de divorcio o nulidad del matrimonio, las medidas necesarias para evitar que el marido que *hubiera dado causa* al divorcio o *contra* quien se dedujere la demanda de nulidad, perjudicara a la mujer en la *administración de sus bienes*, precepto que, con toda evidencia era suficiente y desigual al valorar las respectivas posiciones de marido y esposa, siendo fuente de no pocos problemas.

Es cierto que la Jurisprudencia calificó expresamente las medidas preventivas que el juez podía adoptar al amparo de este precepto como *discrecionales* (137), lo que permitía una cierta flexibilidad y posibilidades de eficacia práctica a las medidas que se adoptaran en cada caso, pero no es menos cierto que el número 5.º de dicho precepto, al expresar que la garantía versaba sobre los actos del marido que perjudicaran a la mujer en la administración de *sus bienes*, parecía dejar al margen de toda prevención los actos de *disposición* y *enajenación* que tuvieran por objeto, no los bienes *de la mujer* («sus bienes») de los que el marido tuviere la administración, sino sobre los bienes de la sociedad conyugal, sin contar con que la medida de protección sólo era aplicable, según el precepto, en los casos en que el marido «hubiere dado lugar al divorcio» o fuera él «contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio».

La primera cuestión, relativa a ese condicionamiento de la protección que consistía en que el marido había de ser el demandado como causante del divorcio o de la nulidad, no estaba justificado. Aparte de que la sola interposición de la demanda no es nunca bastante para prejuzgar cuál de ambos esposos es, realmente, el que ha dado causa al divorcio, no debe tampoco olvidarse que, aunque fuera posible tal perjuicio, la medida de *protección* no puede tener el carácter de *sanción* al presunto culpable; de esa manera el marido *demandante* (que puede no ser *inocente*) adquiriría, por el solo hecho de demandar, una libertad de acción que podía aprovechar, sin verse coartado, para perjudicar a la mujer. Y aun presumida la inocencia del marido respecto a la situación personal del matrimonio, quizá esta misma posición suya le moviera a determinaciones de rencor que deben, precisamente, impedirse.

Este presupuesto de que el marido fuera el presunto culpable de la situación de anormalidad, seguía exactamente el criterio del Proyecto de 1851, cuyo artículo 81 también limitaba las medidas de protección a «que sea la mujer quien pida el divorcio», condicionamiento que, por su ingenuidad, quitaba toda eficacia práctica al precepto. Por el contrario, los otros dos conceptos referentes a la protección de la mujer frente a los perjuicios que por obra del ma-

(137) Sentencia de 6 de marzo de 1920.

ruido pueda sufrir en la *administración de sus bienes*, permitían una interpretación más eficaz que la simplemente literal: En cuanto a los perjuicios derivados de los actos de administración realizados por el marido, fácilmente se comprende que si se protege a la mujer frente a lo menos, con mayor razón debía protegérsela frente a lo más, como son los actos de disposición, lo que por otra parte no hace sino prevenir, en lugar de remediar, las transgresiones del límite impuesto al marido por el artículo 1.413. La otra cuestión que ofrecía el artículo 68 era la que respecta a si la prevención se refería solamente al ataque a los bienes de la mujer («sus bienes») que el marido administrase, o bien comprendía los bienes gananciales. No nos ofrece duda que éstos quedaban en el ámbito de la protección, tanto sobre la base de los antecedentes del precepto (el número 5.º del art. 81 del Proyecto de 1.851 hablaba expresamente de «dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes *del matrimonio*, no cause perjuicio a la mujer») como sobre la opinión de los comentaristas (138) y especialmente la consideración de que en la expresión «sus bienes» (bienes de la mujer) no puede dejar de incluirse el derecho actual de la esposa en el patrimonio ganancial, y el eventual que le corresponde en el remanente líquido en el momento de la liquidación.

Por todo ello, no ha podido ser más oportuna y práctica la nueva redacción del artículo 68.

En cuanto a las medidas de protección que podían ser adoptadas por el juez, SCAEVOLA (139) opinaba, con referencia al antiguo artículo 68, que tales medidas no son otras que las determinadas en los artículos 1.433 y siguientes, opinión que no compartimos, porque la separación de bienes a que tales preceptos se refieren constituye una situación *definitiva* y posterior a la sentencia firme de divorcio (cfr. 1.433, párrafo 2.º), mientras que el número 5.º del artículo 68 establecía medidas provisionales y preventivas («mientras dure el juicio») que hicieran posible en su día la liquidación de la sociedad de gananciales «conforme a lo establecido en este Código» (cfr. 1.434), es decir, sin fraude ni perjuicio de la mujer (cfr. 1.413 y 1.419).

Todas estas dificultades han quedado afortunadamente resueltas por la redacción dada al artículo 68 en la reciente reforma. La regla cuarta de este precepto previene las dos siguientes normas:

«El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá, excepcio-

(138) MAXRESA: *Comentarios*, art. 68, pág. 374, estima que la medida del número 5 de este artículo «solamente tendrá lugar en el caso de que el marido lleve la *administración de los bienes de la sociedad conyugal* o de alguno de los que la mujer aporte al matrimonio». SCAEVOLA, t. II, art. 68, pág. 196: «Por tanto se dictarán tales medidas sólo en el caso (más frecuente) de que el marido sea *administrador de la sociedad conyugal*». En sentido análogo, respecto al Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA: *Ob. cit.*, página 97.

(139) SCAEVOLA: *Loc. cit.*, pág. 196.

nalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

«Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre».

Se separan, por tanto, dos ámbitos de actuación sobre el patrimonio ganancial: Los actos de mera administración y los de disposición, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes. De tal manera que el marido conserva *normalmente* la administración, sin perjuicio de que, excepcionalmente y *atendidas las circunstancias del caso*, la simple administración de todos, o de alguno de los bienes gananciales, se transfiera a la mujer. Más para cualquiera clase de actos que excedan de la simple administración, la licencia judicial necesaria se interpone como la más eficaz protección frente a los actos dispositivos, haciendo innecesarias otras medidas en este punto, como no sean las encaminadas a impedir una intencionadamente mala administración por cualquiera de los cónyuges.

El usufructo de la nuda propiedad

BERNARDO MORENO QUESADA

SUMARIO: I. *Interés teórico y trascendencia práctica del estudio del usufructo de la nuda propiedad.*—II. *Referencia a la doctrina del usufructo de derechos.* III. *La nuda propiedad como derecho susceptible de usufructo.*—1. Configuración de la nuda propiedad como derecho.—2. La nuda propiedad como derecho no personalísimo ni intransmisible.—3. La nuda propiedad como derecho susceptible de aprovechamiento.—4. La nuda propiedad derecho usufructuable sin perjuicio para el usufructo de la cosa.—5. Conclusión.—IV. *Contenido del usufructo de la nuda propiedad.*—1. Consideraciones generales.—2. Derechos de aprovechamiento inmediato.—3. Derechos y obligaciones para asegurar el disfrute futuro de los bienes.—4. Derechos de disposición de la nuda propiedad.—5. Derecho al goce de los bienes al cesar el usufructo sobre ellos.—V. *Distinción del usufructo de la nuda propiedad de otras figuras afines.*—1. Del segundo usufructo constituido por el propietario de la cosa.—2. Del usufructo de acciones para reclamar predios y derechos reales.

I. INTERÉS TEÓRICO Y TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL ESTUDIO DEL USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD

Una doble consideración debe ser tenida en cuenta al elegir tema para un estudio monográfico de carácter jurídico: por una parte, la de que represente un punto de interés para la Ciencia, que en torno a él puedan surgir discrepancias a la hora de darle tratamiento jurídico, y de otra, que se refiera a una cuestión inmersa en la realidad, cuya resolución, por ello, contribuya en cierto modo a regular situaciones que se planteen con alguna frecuencia en la vida social.

Interés teórico y trascendencia práctica, he aquí los dos elementos que deben concurrir en un tema de estudio jurídico, y ambos se dan en el usufructo de la nuda propiedad, como con diversas razones voy a exponer seguidamente.

Tiene este tipo de usufructo un indudable interés, que deriva del objeto sobre que recae; efectivamente, la teoría del usufructo de derechos ha merecido la atención de la doctrina, especialmente en lo relativo a varias de sus manifestaciones más características y generalizadas, como son el usufructo de créditos y el de acciones de sociedades mercantiles.

Pero si es verdad que se ha estudiado algunas de sus variedades, es escasa, sin embargo, la literatura dedicada a la construcción de la categoría general del usufructo de derechos, que por otra parte tropieza con el inconveniente de la parquedad de su regulación positiva, cuando no con una total carencia de preceptos dedicados al tema (1). Y desde luego falta un estudio del usufructo de la nuda propiedad, ya que salvo las páginas que le dedica Dalmases en la obra que acabo de citar, y la línea en que Pérez y González y Alguer se muestran partidarios de su admisión pese el criterio contrario, que estiman "harto discutible" de la Dirección General de los Registros y del Notariado (2), y la aplicación que hace a la materia de su doctrina de los derechos sobre derechos Marín Pérez (3), parece como si la Resolución denegatoria de la posibilidad de inscribir este usufructo (de fecha 25 de febrero de 1910) hubiera alejado de su examen la atención de los tratadistas, que no se preocupan de analizar los términos de la misma, y consideran resuelta la cuestión, a la vista de lo que en ella se dispone.

Más justificado aún está el estudio de esta modalidad de usufructo, si se atiende a la trascendencia que tiene su resolución en vista de lo frecuentemente que la figura del usufructo de la nuda propiedad se presenta en la vida práctica. Desde luego el vehículo de que se sirve habitualmente no es la institución contractual, pues "tal como en las leyes y en la práctica se concibe y realiza el usufructo, muy escasas veces viene a servir necesidades del tráfico contractual, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos reales... sino que el más importante papel que esta institución juega está en el Derecho sucesorio y para llenar fines de carácter familiar" (3^{bis}).

Y si esto sucede con el usufructo, más acusadamente se da respecto al usufructo de derechos, que surge en la vida jurídica casi exclusivamente como parte del usufructo sobre un patrimonio (4). Este mismo fenómeno de la sucesión en un patrimonio es el que da lugar, normalmente, a la creación del usufructo de la nuda propiedad, que si no se ha visto debatido con más frecuencia por la doctrina y jurisprudencia, débese quizá al conocido criterio contrario de esa única decisión jurisprudencial antes aludida, que aconseja a los que se encuentran ante tal institución, dar efectividad al derecho utilizando figuras afines, a través de las cuales, si bien se logran resultados en cierto modo parecidos, no obstante por la diferente naturaleza jurídica propia de cada una, han de sacrificar determinados intereses de los favorecidos con su

(1) Cfr. DALMASES: *El usufructo de derechos*, 2.^a ed. Madrid, 1932, pág. 5 y sgs.

(2) Notas al Tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF: *Derecho de cosas*, II, Barcelona 1937, pág. 109.

(3) *Los derechos sobre derechos* (Notas para su construcción teórica en el Derecho español), en "Rev. G. Leg. y Jur.", XCII (1947), pág. 440.

(3^{bis}) DALMASES, *op. cit.*, pág. 2.

(4) WOLFF, *Derecho de cosas*, en el "Tratado de Enneccerus", II, ed. esp., Barcelona. 1937, pág. 104.

institución, contrariando así la voluntad del que dispuso en tal sentido.

Aludo aquí a la constitución por negocio jurídico "mortis causa" del usufructo de la nuda propiedad, porque es la forma más generalizada, porque explica mejor que cualquiera otra la aparición de esta figura: digo esto porque si bien nada se opone a que mediante un acto concreto realizado con esta finalidad se instituya un usufructo sobre la nuda propiedad, la realidad es que suele surgir sin que una decidida voluntad se proponga directamente esa finalidad, sino que aparece, como decía antes, integrado en el usufructo de un patrimonio.

Efectivamente, el mecanismo que da vida a esta figura, y debe reconocerse que no es raro que se den estas circunstancias, suele ser el siguiente: se atribuye el usufructo de una patrimonio, o de una cuota del mismo, a un beneficiario, y la nuda propiedad a otro; pues bien, si en ese patrimonio existe, además de otros bienes, un derecho de nuda propiedad, nos encontramos que ese usufructo del patrimonio —que no es en realidad un usufructo sobre el patrimonio considerado como objeto, sino una suma de derechos de usufructo sobre objetos singulares (5)—, implica, entre otros, el usufructo de ese derecho de nuda propiedad.

Que tal cosa es frecuente puede afirmarse en base a los numerosos que son los supuestos de usufructos sobre patrimonios, entre los que se pueden citar el de los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados, el del supérstite sobre los bienes del cónyuge premuerto por la cuota que en tal concepto de ellos se les asigna en Derecho común, y por el universal que, legal o voluntariamente, se les señala en los derechos forales, el del marido sobre los bienes de la dote inestimada (6), a más de todos aquellos en que por virtud de una disposición expresa del testador atribuye por separado el usufructo y la nuda propiedad de su patrimonio. Contribuye igualmente a la frecuencia del fenómeno, el hecho de que si bien la nuda propiedad tiene como tal una duración limitada a la existencia temporal del usufructo, dado el carácter vitalicio, que generalmente tiene éste, se prolonga tal situación lo suficiente para que pueda operarse una transmisión de la nuda propiedad.

De que tal situación se reconoce en el Derecho positivo español, son buena prueba diversos preceptos del Código civil, como los artículos 507, 508 y 510; y como por otra parte la herencia —cuyo usufructo admite expresamente el citado art. 510— comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinga por su muerte (7), y no cabe duda de que la nuda propiedad subsiste a su titular, cuando en una herencia que se dé en usufructo existan derechos de esta clase, habrá que reconocer como categoría el usufructo de

(5) WOLFF, *op. cit.*, pág. 119.

(6) DALMASES, *op. cit.*, págs 3 y ss.

(7) Art. 659.

la nuda propiedad y la necesidad de someterlo a reglas que rijan su funcionamiento, que es precisamente lo que pretendo efectuar —una vez demostrada su posibilidad conceptual, tenidas en cuenta las disposiciones del Código civil— en el presente estudio.

Que admitiendo el usufructo de la nuda propiedad y sometiéndolo a una reglamentación adecuada, se posibilita en numerosos supuestos el cumplimiento del mandato legal o testamentario, es razón que justifica sobradamente el intento a realizar, si se tiene en cuenta que los riesgos de error en la solución —que siempre queda abierta a más acertadas sugerencias— están compensados con creces por las ventajas inmediatas que supone contar con una que sirva de cauce para recoger esas atribuciones de la nuda propiedad en usufructo, dando así satisfacción, por una parte, al mandato legal o testamentario a que me refería antes, y por otra, a los intereses de los favorecidos con la institución, que tienen perfecto derecho a que les sean reconocidas las facultades que hace surgir a su favor, que, como tendremos ocasión de ver a lo largo de la exposición, son de una entidad que bien merecen una decidida protección.

Todas las expuestas son razones más que suficientes para justificar el estudio de la cuestión que en este trabajo se aborda.

II. REFERENCIA A LA DOCTRINA DEL USUFRUCTO DE DERECHOS

I. Más arriba me he referido en varias ocasiones al usufructo de derechos, y aunque sea brevemente —pues otra cosa no consiente la extensión proporcional que en este estudio le corresponde—, voy a exponer algunas consideraciones sobre el mismo, como base para el examen más detallado del de la nuda propiedad, que, como una de sus variedades, me propongo estudiar.

El usufructo de derechos viene reconocido expresamente por nuestro Código civil, que, al establecer en su artículo 469 las diversas modalidades del usufructo, dispone en su párrafo final que “también puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo ni intransferible”. Y es de tener en cuenta que esta disposición de nuestro Código, recogiendo un criterio doctrinal avanzado y adelantándose en la materia a otros Cuerpos legales más progresivos, facilita la solución de una cuestión de cuya importancia da idea el hecho de que en otras legislaciones haya de forzarse el sentido de los textos para conseguir resultados análogos (8).

La consideración que lleva a admitir el usufructo de derechos, aparte de la de resolver situaciones que con cierta frecuencia se presentan en la vida práctica (9), es la de que así como las cosas corporales son

(8) Cfr. por ej., el Código civil francés, art. 581.

(9) Cfr. lo que sobre el particular se dice en la Exposición de motivos del B. G. B., III, 538 al 1021, cit. por FERRARA, pág. 364.

susceptibles de usufructo porque pueden producir unas utilidades repetidas susceptibles de atribuirse temporalmente a persona distinta de su propietario, del mismo modo los derechos pueden suponer una serie de ventajas cuyo aprovechamiento temporal es posible atribuir igualmente a sujeto distinto de su titular. Y de la misma manera que las cosas corporales pueden disfrutarse por el usufructuario, pero con la obligación de respetar su substancia, así también el aprovechamiento temporal de los derechos en concepto de usufructo lleva consigo la necesidad de no atentar a su existencia e integridad.

Esta categoría de usufructos es consecuencia de la objetivación de los derechos, que ha extendido notablemente el campo de aplicación de diversas instituciones jurídicas, y, entre otras, "ha ampliado el objeto del usufructo, para el que son aptos casi todos los bienes, excepto los derechos personalísimos e intransmisibles. La incorporación de las cosas incorpóreas ha traído otro desplazamiento interno de signo contrario, corrector de la tendencia materialista originaria en el concepto de frutos" (10).

Porque, efectivamente, nada autoriza a seguir pensando que la finalidad del usufructo sea únicamente la de percibir los frutos de las cosas sobre que recae; aparte de unas consideraciones que haré más adelante sobre este extremo, a la vista de los preceptos que nuestro Código civil le dedica (11), interesa por ahora hacer constar que el usufructo atribuye a su titular cualquier clase de goce o aprovechamiento que pueda proporcionar el bien sobre el que recaiga, y que no afecte a la substancia del mismo; y esta consideración, aplicada al usufructo de un derecho, lleva a estimar como contenido de él aquellas utilidades que sea susceptible de prestar el derecho de que se trate, desde el momento en que su goce y disfrute corresponde al usufructuario (12).

Pero si en principio nada se opone a la constitución del usufructo de derechos, y es figura de la que se hace uso en múltiples ocasiones y para explicar diferentes supuestos de usufructos que no recaen directamente sobre cosas corporales, existe una profunda disparidad entre los autores cuando se trata de explicar su naturaleza jurídica, hasta el punto de que podemos decir con Ferrara (13) que es infinita la variedad de sistemas propuestos para explicar la naturaleza de esta relación: puede decirse que cada autor que ha tratado este tema se ha creído en el caso de crear una teoría propia, lo que ha producido una variedad tal que se hace confuso el exponerles e inútil intentar una clasificación regular de las mismas.

(10) LATOUR BROTONS, *Estudio del usufructo*, en "Rev. Cri. D. Inm.", XXXII (1956), pág. 619.

(11) Cap. III, núm. 2.

(12) VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, ed. esp., Madrid, 1925. I. página 9.

(13) *L'usufrutto del crédito nel Diritto civile italiano*, en la "Rev. it. Sc. Giur.", XXXVIII (1904), pág. 367.

Claro es que no debe olvidarse que si bien es grande el interés teórico de la cuestión, no lo es tanto a los fines que aquí nos interesan, sobre todo si se tiene en cuenta que todos llegan a una solución afirmativa, aunque atribuyéndole distinta configuración. Abunda en esta opinión Wolff (14), como objeto de estos usufructos, el mismo derecho o su objeto.

En razón de esto, no voy a detenerme en la exposición de las numerosas teorías, en lo que me remito a las realizadas por Ferrara, y entre nosotros, por Dalmases y Beltrán de Heredia, que con la debida extensión abordan los diferentes matices con que la doctrina del usufructo de derechos se ha manifestado en la literatura jurídica.

2. Por mi parte, sólo quiero hacer constar la preferencia que me merece la teoría de la sucesión constitutiva de Bekker, que tan magistralmente reelabora Ferrara (15) y que explica a satisfacción el fenómeno del usufructo de derechos sobre bases, a la par que científicas, fácilmente encajables en la sistemática de nuestra legislación positiva, razón por la cual la acojo como fundamento teórico del usufructo de la nuda propiedad, que voy a examinar en estas páginas.

Se distingue, según esta teoría, un traspaso traslativo y constitutivo de los derechos. En el primero, el derecho pasa idéntico al sucesor; en el otro, de un derecho más amplio se crea uno más restringido, que se atribuye a una persona. En el traspaso constitutivo, del derecho progenitor se separa una parte cualitativamente distinta que se constituye como derecho autónomo e independiente a favor de un titular. El derecho hijo, por consiguiente, no puede tener todas las facultades que integran el derecho progenitor, y debe asemejarse a éste y tener el mismo objeto.

Lo que se hace, según esto, es constituir, sobre la base del derecho, uno menor que comprende una porción de facultades idénticas a las del derecho originario: de esta manera surge en el ejercicio una concurrencia de facultades sobre el mismo objeto, de tal forma que el primer derecho queda limitado en parte de ellas. La sucesión constitutiva no es una enajenación, sino una limitación del derecho, ya que el derecho hijo, en cuanto su contenido coincide con el derecho originario, le impide su completo desenvolvimiento. Pero apenas desaparece el derecho establecido posteriormente, y por ello cesa la concurrencia y la limitación de las facultades, el derecho constituyente recupera su primitiva extensión.

Una consecuencia que extrae Ferrara de su doctrina es que si por la fuerza de los principios el derecho constituido tiene el objeto del derecho constituyente, cuando el derecho constituido hace de constituyente se produce la misma consecuencia respecto al nuevo derecho creado.

Aplicando esta tesis al usufructo de la nuda propiedad, se puede

(14) *Op. cit.*, ed. esp., pág. 104.

(15) *Op. cit.*, págs. 400 y ss.

explicar perfectamente la naturaleza de este derecho que surge —y no creo de gran trascendencia la cuestión de si debe hablarse de derechos sobre derechos o de derechos de derechos, siempre que a esas expresiones no se les dé significado estricto como no se los da habitualmente la doctrina, ni en las páginas que siguen— y el contenido del mismo, que se forma limitando el derecho de nuda propiedad mediante la constitución del usufructo, que afecta a determinadas facultades pertenecientes a aquél. Además, cuando se trate de esta modalidad de usufructo, no serán eficaces ciertas críticas que se hacen a la doctrina del ilustre Profesor italiano (16).

Esta inoperancia de ciertas críticas a que me refiero, se motiva en el hecho de que suelen hacerse habitualmente de la aplicación de esta doctrina a dos figuras de derechos sobre derechos personales, como son el usufructo y la prenda de créditos (17); pero cuando se trate de modalidades de derechos cuyo objeto inmediato sea un derecho real, está claro que cambia bastante la situación, porque la presencia de una cosa corporal como es el objeto del mismo, da una marcada estabilidad a la situación, y contribuye a resolver sin dudas de ninguna clase el problema de su naturaleza, porque, al decir de Dalmases (18), con referencia al usufructo de derechos reales, “es la forma que menos obstáculos presenta para fijar no sólo su naturaleza jurídica, sino su constitución. Porque, tratándose de derechos reales, es incuestionable que aquí el derecho será real y que la forma en que haya de constituirse será la misma que es precisa para el usufructo de cosas”.

En efecto, todas esas circunstancias hacen que diferencias muy notables separen el usufructo de derechos reales del de derechos de crédito.

Por una parte, que mientras la pérdida de la cosa sobre que recae el usufructo de derechos reales —recuérdese lo dicho más arriba sobre la circunstancia de que el objeto del derecho constituyente y del constituido se mantiene el mismo, cualquiera que sea el grado de derivación que se alcance— supone la extinción del usufructo, de acuerdo con el número 5.º del artículo 513 del Código civil, la distinta naturaleza de la relación jurídica crediticia, cuya extinción, que es su fin natural, supone la realización de su valor, haría que el aplicar la misma norma a circunstancias opuestas llevara a una inconsecuencia (19), por lo que han de arbitrarse otros medios, como es el recogido en el artículo 507, que nuestro Código civil dedica al tema.

Además, el carácter indudable de derecho real que tiene el usufructo de un derecho de esta clase, hace que la percepción de las ven-

(16) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *Usufructo sobre usufructo en la legislación española*, “Rev. Gen. LeG. y Jur.”, XXV (1941), pág. 232.

(17) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte General, I, 3.ª ed. Madrid, 1935, págs. 666 y ss.

(18) *Op. cit.*, pág. 132.

(19) LATOUR, *op. cit.*, pág. 757.

tajas que proporciona a su titular puedan ser detraídas directamente por éste, que es el que ostenta cuantas facultades sobre el particular integran el derecho sobre el que recae (derecho constituyente), mientras que la relación personal, que es contenido de otra categoría, exige la colaboración de otro sujeto para el ejercicio de sus facultades frente a otros.

Junto a estos rasgos distintivos pudieran aducirse también todos aquellos que sirven para diferenciar el derecho real del de obligación, los cuales tienen un reflejo más o menos acentuado en este punto de la separación por sus notas características entre los usufructos de derechos reales y los de derechos de crédito, que hacen resaltar de modo indudable la mayor facilidad de constitución de aquéllos, y acentúan en su favor las consideraciones en pro de la admisión de la categoría general del usufructo de derechos.

Del examen de estas notas diferenciales sale fortalecida la afirmación que antes hacía acerca de la mayor viabilidad que el establecimiento de un usufructo sobre un derecho tiene cuando se trata de uno de naturaleza real, ya que en estos supuestos no es necesario forzar el sentido de los preceptos para que encuentre acomodo junto al de cosas corporales.

Y con esta base, no creo existan dificultades para abordar el estudio del usufructo de la nuda propiedad, si bien antes, y a modo de justificación de carácter general de esta figura, quiero hacer constar una observación referente a lo que después va a ser objeto de más detenido examen.

Se trata de dejar sentado que las facultades integradoras del "ius disponendi"—y que este derecho lo tiene el nudo propietario es cosa que desde ahora puede afirmarse, sin perjuicio de una posterior y más detallada consideración—no se agotan en el derecho a transmitir pura, simple y totalmente la cosa o el derecho poseídos a una u otra persona. Se puede, además, transmitir a varios simultánea o sucesivamente, la totalidad de los derechos que sobre el bien le corresponden, o solamente de modo parcial, creando los derechos reales limitativos del dominio que estimare convenientes y atribuyéndoles a diferentes titulares, con lo que, en definitiva, cada uno de ellos tendría en la cosa, no los derechos que tenía el transmitente, íntegros y como éste los poseía, sino sólo aquellos que le fueron conferidos en el acto constitutivo que sirva de título al derecho creado a su favor.

III. LA NUDA PROPIEDAD COMO DERECHO SUSCEPTIBLE DE USUFRUCTO

1. *Configuración de la nuda propiedad como derecho.*—2. *La nuda propiedad como derecho no personalísimo ni intransmisible.*—
3. *La nuda propiedad como derecho susceptible de aprovechamiento.*
4. *La nuda propiedad derecho usufructuable sin perjuicio para el usufructuario de la cosa.*—5. *Conclusión.*

1. A los efectos de determinar si cabe el usufructo de la nuda propiedad, y aunque parezca obvia la cuestión, debe plantearse como primera la de si la nuda propiedad es realmente un derecho al que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 469 referente a la posibilidad de establecer un usufructo sobre el mismo.

Y contra lo que a primera vista parece, y es lógico además, no podemos circunscribir las consideraciones que siguen a la indagación de si la nuda propiedad es un derecho que, por no ser personalísimo ni intransmisible, puede ser objeto de usufructo, sino que previa mente habrá de esclarecerse lo referente a si la nuda propiedad tiene el carácter de derecho, de tal forma que posibilite el establecimiento sobre ella de un usufructo de los reconocidos en el mencionado artículo 469 del Código civil.

La tesis de que la nuda propiedad no es derecho susceptible de ser usufructuado, se mantiene entre nosotros por Fuentes Torre-Isunza (20), en base a la consideración de que si bien el nudo propietario puede constituir toda clase de derechos reales—con la limitación de que no perjudiquen al usufructuario—y, por tanto, un segundo usufructo, siempre que no afecte al disfrute del primero y se respeten los límites establecidos para los usufructos sucesivos, en cambio, no puede hablarse, sigue diciendo, de un usufructo sobre la nuda propiedad, porque nuda propiedad equivale a propiedad, con la limitación del usufructo, y, por consiguiente, cuando el nudo propietario dispone de su derecho, lo hace del pleno dominio, aunque la efectividad de éste quede en suspenso por la limitación que el usufructo supone.

Parece que la base de esta argumentación está en negar a la nuda propiedad el carácter de derecho con sustantividad propia e independiente, en considerar al nudo propietario de una cosa como propietario de ella, y no como titular de un derecho que a su vez tenga a la cosa como objeto; y puede pensarse que ése es el sentido del Código cuando en el artículo 489 habla del “propietario de bienes en que otro tenga el usufructo...”, y que también llaman propietario al nudo propietario los artículos 472, 491, 494 y 518. En definitiva, quiérese decir al mantener esta tesis, que los actos de disposición del nudo propietario no recaen sobre su derecho de nuda propiedad, sino sobre los bienes mismos que sean objeto de ella.

(20) Voz “nuda propiedad” en el Diccionario de Derecho Privado, II, Labor, Barcelona, 1950 pág. 2774.

La cuestión, así planteada, significa tomar partido en la tan debatida cuestión del objeto de los derechos sobre derechos, sin aludir siquiera a ella, y por tanto, sin aducir la menor consideración sobre la actitud que se adopta. Pero por ser este tema al que me refiero en otro lugar, aunque sea sólo con la extensión que proporcionalmente le corresponde en el presente estudio, me voy a limitar ahora a exponer unas consideraciones sobre el problema que plantea el señor Fuentes Torre-Isunza, ciñéndome al caso del usufructo de la nuda propiedad, y contemplándolo desde el mismo plano valorativo en que él lo hace, consideraciones que, estimo, serán suficientes para demostrar que la nuda propiedad—si reúne las características de ser un derecho no personalísimo ni intransmisible, además de disfrutable, lo que examinaré más adelante—es un derecho sobre el que se puede constituir un usufructo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que a la terminología del Código, en la que aparece asentarse fundamentalmente la argumentación del señor Fuentes, no debe dársele un valor decisivo, teniendo en cuenta, sobre todo, que en el momento de su redacción la ciencia jurídica no se había planteado gran número de las cuestiones que después han surgido, y que por ello no están resueltas en él, ni la labor del legislador fué intentar resolverlas, lo que en el supuesto de nuestro Código civil está aún más patente, aparte de que por este camino se llegaría a conclusiones muy discutibles, que ningún autor ha pretendido extraer exclusivamente de las palabras empleadas por el Código (piénsese, por ejemplo, que el artículo 469, en esta misma materia de usufructo, habla de que este derecho puede constituirse en todo o parte de los frutos de una cosa, expresión a todas luces inadecuada; o cuando se refiere al contrato en el artículo 1.254, que parece desprenderse de los términos utilizados que reconoce expresamente la fuerza vinculante de la voluntad unilateral, y, sin embargo, ni a los más decididos partidarios de esta teoría se les ha ocurrido pretender sacar partido de esas palabras usadas tan a la ligera, y así en tantos otros casos repartidos a lo largo de su articulado).

En segundo lugar, es de notar que la doctrina se refiere al titular de una propiedad gravada con un usufructo, como titular de un derecho de nuda propiedad, y gran parte de ella hace aplicación de esta posición del nudo propietario. Así, entre otras, en las obras de Daimases, Marín Pérez, Castán y Pérez González y Alguer.

Una tercera circunstancia se opone a la apreciación del señor Fuentes: la reiterada insistencia con que la jurisprudencia patria habla del derecho de nuda propiedad cuando se refiere a la titularidad que corresponde al nudo propietario, y no sólo utilizando la expresión, sino aplicando las consecuencias que de su exacto contenido se derivan: tal, por ejemplo, la Res. de 18 mayo 1943; además, las de 25 enero 1886, 14 noviembre 1900, 24 diciembre 1906, 9 enero 1918 y 3 febrero 1928.

Es pertinente, además, una observación sobre el tema: se afirma

que lo transmisible —y en su caso lo gravable— por el nudo propietario es la cosa misma y no su derecho de nuda propiedad, pero no puede olvidarse que lo transmitido o gravado si bien es la cosa misma, lo es en una situación especial: por una parte, privada de su disfrute actual por virtud del derecho de usufructo que sobre ella hay constituido, y por otra, con la característica de que le acompaña la facultad de consolidar en sí y para su titular el pleno dominio de la cosa, una vez que desaparezca el usufructo, amén de otra serie de facultades de diferente índole, que hacen a esta situación de contenido cualitativamente distinto de una simple propiedad privada de su derecho de goce, todo lo cual constituye el denominado por todos derecho de nuda propiedad; como por otra parte, cuando se dispone por el nudo propietario no se hace de un modo exclusivo de las cosas objeto de su derecho —o si se hace se determina así, como por ejemplo constituyendo un segundo usufructo sobre la cosa para cuando termine el primero, pero sin afectar el actual derecho de nuda propiedad, lo que prueba que son dos cosas distintas— sino de ellas acompañadas de esas facultades a las que antes me refería (poder de absorción para consolidar el pleno dominio, potestad de constituir servidumbres, posibilidad de ejercer control sobre el usufructuario, etc.), y esto es el llamado derecho de nuda propiedad, cuando los actos de disposición afecten al conjunto de estas facultades del nudo propietario, está claro que nos encontramos antes actos dispositivos del derecho de nuda propiedad y no simplemente de las cosas objeto de ella.

Aunque creo que estas apreciaciones son lo bastante convincentes acerca de la finalidad que persigo, por su gran autoridad me parece oportuno aducir y traer a colación las observaciones del Profesor Cossío, autor de un estudio sobre la nuda propiedad, lo más profundo y brillante escrito sobre la materia en la literatura jurídica española; al determinar Cossío la verdadera relación entre lo temporal, que es el usufructo, y lo permanente, que es la propiedad, afirma que sobre la cosa coexistente ambos derechos, con las consiguientes consecuencias: 1.^a Que no existe una persona que ostente una titularidad absoluta sobre la cosa, y 2.^a Que los derechos en que tal dominio inicialmente unitario aparece desintegrado tiene cada uno su propia substantividad e independencia, y tan es así que “cuando ambos confluyen sobre una misma persona y el dominio pleno se consolida en ella, el derecho de ésta recibe un contenido y forma diversos de los que tenían usufructuario y nudo propietario, siendo su disposición y disfrute de distinta naturaleza que la disposición de éste y el disfrute de aquél.... coexisten, por tanto, los derechos distintos e independientes en el plano real, dotado cada uno de ellos de un régimen y vida propios... no pudiendo concebirse la nuda propiedad como una propiedad propiamente dicha a la que se substraen el contenido del derecho del usufructuario.”

Con estas observaciones que sobre el tema he apuntado, queda, a mi entender, bastante claro la cualidad de derecho que tiene el de nuda

propiedad a los efectos de poderse constituir sobre él un usufructo, siempre que, como es consiguiente, reúna las características de no ser personalísimo ni intransmisible como exige el artículo 469, *in fine*, del Código civil, y la de ser susceptible de disfrute, es decir, que pueda proporcionar ventajas al titular del usufructo, como requiere la misma naturaleza de este derecho sobre cosa ajena.

2. Es requisito, además, para que sobre un derecho pueda ser constituido un usufructo a favor de persona distinta de su titular, como acabo de expresar de acuerdo con lo establecido en nuestro Código civil, que tal derecho no sea personalísimo ni intransferible.

La justificación de esta exigencia legislativa se encuentra en la necesidad de que el derecho sobre el que se va a constituir el usufructo pueda producir ventajas, proporcionar aprovechamientos a persona distinta de su titular, a fin de que tenga sentido el establecimiento del usufructo, siendo preciso, además, que exista la posibilidad de que ese derecho sea transferido, ya que hay un cierto número de ellos en que, por su misma naturaleza, la ley o el título de su constitución, esa transferencia no puede efectuarse. Y es que como el usufructo supone el disfrute del bien por un tercero, y dado su carácter de derecho real, entraña la necesidad de que el usufructuario mismo obtenga los beneficios que su derecho pueda reportarle, y que tal aprovechamiento lo realice directamente, *sin intervención* del propietario del bien dado en usufructo, puesto que la constitución de éste lleva consigo una transmisión o limitación de las facultades que el derecho atribuye a su titular, de ahí que haya de concurrir en el derecho las circunstancias de no ser personalísimo ni intransmisible para que pueda ser dado en usufructo.

Este requisito de la transmisibilidad del derecho deriva de la naturaleza misma del usufructo, que supone, en substancia, una enajenación del mismo, si bien con carácter limitado. Y es que para la constitución del usufructo por el titular, por atribuirse de esta forma su goce a otro, es presupuesto indispensable que este derecho pueda transferirse, esto es, que el titular pueda —al menos temporalmente y en ciertos aspectos— ser sustituido por otra persona (21).

Además, al constituirse el usufructo, se da paso a una relación en la que el titular del derecho lo ha limitado, obligándose a permitir al beneficiario del nuevo derecho que aparece el uso y disfrute que a él le pertenecía en la misma forma que estaba facultado para detraerlo él mismo y durante un espacio de tiempo limitado, que es característica del derecho de usufructo. Y esto implica, como afirma Beltrán de Heredia (22), una facultad de disposición del derecho, y por ello, del mismo modo que no es posible la constitución de un usufructo sobre una cosa por quien no tiene el poder de disposición sobre ella,

(21) Sobre las diferencias entre transmisibilidad y posibilidad de ceder su ejercicio. véase FERRARA, *op. cit.*, pág. 341, nota 2.

(22) *Op. cit.*, pág. 233.

“así también para que un derecho pueda darse en usufructo es preciso que su titular tenga el pleno poder de disposición sobre el mismo. No que ceda todo éste, sino que basta (y se requiere) que sea cedible”.

Por consiguiente, es preciso ahora examinar si en el derecho de nuda propiedad se dan los requisitos necesarios para que pueda considerarse como objeto de un derecho de usufructo, es decir, si las características de tal derecho le hacen susceptible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 469, de que sobre él se establezca un usufructo.

Puede afirmarse sin temor a error, que el derecho del nudo propietario reúne todos esos requisitos apuntados en cuanto a su transmisibilidad, de tal forma que, al menos por esta parte, no hay obstáculo que se oponga a su consideración como objeto de un derecho de usufructo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 469 del Código civil.

Efectivamente, tiene el nudo propietario un amplio poder de disposición de su derecho (23), cuyos límites están en la necesidad de que mediante los actos a través de los cuales lo actualice no se interfiera en el normal aprovechamiento de la cosa objeto de su derecho, que corresponde al usufructuario. Esta facultad, que pertenece al nudo propietario, viene reconocida expresamente en el Código civil, artículo 489, y en la Ley Hipotecaria, artículo 107, número 2.º.

Que el derecho de nuda propiedad pueda ser enajenado es cosa incuestionable ante la claridad con que sobre este punto se ha expresado el legislador español, y así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia (24).

Y si alguna duda pudiera haber sobre este extremo a pesar de lo expuesto, ahí está la Resolución de 25 febrero 1910, que al negar la posibilidad de que se inscriba el usufructo de la nuda propiedad, lo hace en base a la estimación de que tal derecho no es susceptible de ser “disfrutado”, pero da por supuesto que en la nuda propiedad concurren las notas exigidas por el artículo 469, al decir que “aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal”, no puede estimarse como usufructuable a los efectos del disfrute a que se refiere el artículo 465 del Código civil.

3. Es de tener en cuenta que, “según la doctrina del artículo 467 del Código civil, el derecho de usufructo consiste en el goce o disfrute de bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa” y que “si bien el artículo 469 del mismo Código, ampliando dicha doctrina, establece que puede también constituirse usufructo sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible, tal precepto guarda relación y se halla subordinado al principio general consignado en el citado artículo 467, que exige como condición

(23) Cossío, *op. cit.*, pág. 768.

(24) Cfr. entre otras las Resoluciones de 24 diciembre 1934, 24 diciembre 1934, 18 mayo 1943 y Sentencias de 25 junio 1943.

esencial que la cosa o derecho usufructuados puedan ser objeto de disfrute, como lo prueba el contenido de los artículos 471, 472 y 475, que explican el alcance de éste y la forma o modo como puede ejercitarse; y por dichas razones, aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal, no puede estimarse como susceptible de usufructo, ni en consecuencia puede ser inscrito éste en el Registro, como constitutivo de verdadero derecho real".

Esto dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 25 de febrero de 1910, estableciendo con ello una doctrina que, salvo en casos aislados, ha determinado que en la literatura jurídica española se dé como respuesta negativamente la cuestión de la posibilidad de establecer un usufructo de la nuda propiedad, sin que esta decisión se apoye en otras razones que la simple alusión a la Resolución cuya parte más importante a los fines que aquí nos interesan, acabo de reproducir (25).

Esta decisión jurisprudencial tiene su base en la consideración de que no bastan los requisitos del artículo 469 para que sobre un derecho puede establecerse un usufructo, sino que, y estimo acertada la postura en cuanto tal exigencia se desprende de la misma naturaleza del derecho de usufructo, el derecho dado debe producir unas determinadas ventajas para el que lo disfrute; ahora bien, en lo que ya no está acertada esta Resolución es en considerar que el aprovechamiento haya de consistir precisamente en la percepción de frutos, por tal apreciación, aparte de estar falta de fundamento como seguidamente trataré de demostrar, restringiría el usufructo de derechos que, con un criterio progresivo que merece el aplauso de la doctrina (26) establece el Código civil español en su artículo 469, a los solos casos del mismo regulados expresamente en su articulado, cuando la realidad es que se trata de supuestos elegidos a título de ejemplo, por ser los que con mayor frecuencia pueden presentarse a juicio del legislador español. Es decir, que sólo la equivocada consideración de que para existir usufructo deba ser posible un disfrute consistentes necesariamente en la percepción de frutos, es lo que lleva a negar la procedencia del establecimiento sobre la nuda propiedad, por estimar que "no es un verdadero derecho de usufructo con arreglo a las normas del Derecho civil puro" (27).

Frente a la doctrina sentada por esta Resolución, cabe una serie de argumentos, entre los que son de notar:

1.º Que tal como se establece en el artículo 469, el legislador no impone que el usufructo haya de constituirse necesariamente sobre los frutos de una cosa: podrá constituirse, dice el Código, en todo o parte de ellos, cuando se trate de una cosa. Pero "también puede constituir-

(25) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º, Madrid, Edit., "Rev. D. Privado", pág. 331.

(26) FADDA y BENSÁ, *Notas al Diritto delle Pandette*, de Windscheid, Torino, Utet, I, pág. 707.

(27) ROCA, *D. H.*, II, 718.

se sobre un derecho", y aquí el legislador ya no habla de frutos, y tal proceder es correcto, porque sólo por extensión cabe hablar de frutos de los derechos, y cuando el Código se refiere a ello, es para aplicar las disposiciones sobre su percepción a los beneficios que producen. El sentido del usufructo debe buscarse precisamente en la adecuación de ambos artículos, el 469 y el 467; disfrutar los bienes ajenos, tanto cosas (en todo o parte de los frutos que produzcan), como derechos (y aquí hay que entender en todo o parte de las utilidades o beneficios que sean susceptibles de proporcionar).

2.º Que en todo caso, el sentido del término "disfrutar" no se agota, como pretende con criterio erróneo la Dirección en el fallo del que nos ocupamos; con la efectiva percepción de los frutos: el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (28) dice que "disfrutar" es (1.ª acepción) "percibir o gozar los productos y utilidades de una cosa". Luego el usufructo disfrute—atribuye las utilidades de una cosa (todas las utilidades que sean susceptibles de producir) además de sus productos o frutos, lo que, si bien con el limitado alcance que al elemento etimológico cabe darle en la interpretación de los preceptos jurídicos, es una prueba más de que la definición del Código cuando se refiere al usufructo no tiene el alcance limitado que le atribuye la Resolución de referencia, ni hay base alguna que permita restringir de la forma en que allí se hace el sentido del término "disfrutar".

3.º Que no puede darse de ninguna manera a los artículos 471, 472 y 475 el sentido que pretende la Resolución, de explicar el contenido del disfrute a que se refiere el artículo 467, como puede deducirse de un simple examen de los mismos:

a) El artículo 471 no contiene una enumeración exhaustiva de los derechos del usufructuario, sino la enunciación de uno de ellos—sin duda el más característico—: el derecho a los frutos (29); prueba de que este artículo no contiene una regla absoluta, es que pese a lo dispuesto en él ("tendrá derecho a percibir todos los frutos...") puede no suceder así, ya que el artículo 469 prevé la constitución de un usufructo sobre parte de los frutos de una cosa.

b) En cuanto al artículo 472, se limita a establecer una regla acerca del procedimiento a seguir para la percepción de los frutos (cuando los produzca el bien ajeno sobre el que se haya establecido este derecho), y la misma Resolución que se ocupa del tema reconoce ese carácter diciendo que recoge "la forma o modo como puede ejercitarse" ese derecho a percibir los frutos.

c) Por su parte, el artículo 475 pretende únicamente aplicar a los supuestos especiales de usufructo en él regulados, y en vista de las ventajas que proporcionan a su titular, las reglas que en el artículo 474

(28) Edic. 18.ª, Madrid, 1956.

(29) MUCIUS SCAEVOLO, *Código civil comentado y concordado*, 2.ª ed. Madrid, 1894, IX, pág. 129.

se dan para la percepción de los frutos civiles, sin que quepa generalizar su contenido, ya que falta base para ello.

4.º Que, además, debe tenerse en cuenta que en el articulado del Código hay otras pruebas de que, contra el parecer de la Resolución citada, el disfrute en que consiste el usufructo no se agota con la percepción de los frutos; así el artículo 479, que atribuye al usufructuario el derecho de disfrutar de los aumentos por accesión, de las servidumbres, “y en general de todos los beneficios inherentes a la misma (cosa)””; en este mismo sentido, el artículo 480 que viene a demostrar que aunque el Código no hable expresamente más que de los frutos, tiene el usufructuario todas las ventajas que, mediante la posesión, se deriven de la cosa usufructuada (30).

Coincide plenamente con la interpretación que aquí se propugna, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1943, que no deja lugar a dudas sobre el particular cuando afirma que “definido el usufructo en el artículo 467 del Código civil refiriéndolo sólo a su esencial contenido, como derecho a disfrutar bienes ajenos, completamente al propio cuerpo legal esta genérica y no acabada definición al regular en los preceptos que aquél siguen sus modalidades constitutivas, la potestad ilimitada del usufructuario sobre la cosa usufructuada...”. Y también la sentencia de 18 de noviembre de 1919 que dice que el usufructuario tiene facultad de gozar los beneficios o ventajas que proporcionan los bienes sobre los que se establece tal derecho.

Contrario al criterio sustentado por la Resolución de referencia es Jerónimo González (31), pues estima inexacta la creencia de que el usufructo ha de recaer sobre cosas que nacen y renacen, y de graves inconvenientes la no admisión de la nuda propiedad.

Por lo que respecta al carácter de disfrutable de ese derecho véase todo lo expuesto más adelante sobre el contenido de su usufructo.

4. Una última circunstancia queda por determinar para decidir de un modo definitivo acerca de la posibilidad del usufructo establecido sobre la nuda propiedad: es la de si el establecimiento de dicho derecho perjudica o no al usufructuario actual.

Tiene importancia la decisión sobre este punto por cuanto la disposición del derecho del nudo propietario se encuentra limitada por la necesidad de que no se afecte con ella el goce que corresponde al usufructuario; es decir, que si bien el nudo propietario puede realizar toda clase de actos de disposición de su derecho, esto será sólo en cuanto a través de ellos no se produzca una merma en las facultades que constituyen el contenido del derecho de usufructo tal como resulta del Código civil. Efectivamente, el artículo 489 dice que “el pro-

(30) Cfr. 100 B. G. B.: *Utilidades son los frutos de una cosa o de un derecho, así como las ventajas que la tenencia de la cosa o el empleo de ese derecho proporcionan.*

(31) En los apuntes de sus explicaciones en la Cátedra de Estudios superiores de Derecho privado, de la Universidad Central, que cita MARÍN PÉREZ en repetidas ocasiones a lo largo de su atudido estudio, y sobre este punto en la pág. 440.

pietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario"; y el artículo 595 reitera esta doctrina al disponer que "el que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo".

¿Supone la constitución del usufructo sobre la nuda propiedad un perjuicio para el usufructuario de la cosa?

Contemplando la naturaleza y contenido del usufructo de la nuda propiedad, se verá claramente que esa exigencia del Código de que no se perjudique el derecho del usufructuario, no puede ser obstáculo para la creación por el nudo propietario de un usufructo sobre su derecho; y esto es así porque su establecimiento entraña una mutación subjetiva que afecta únicamente, y de una forma limitada, a la titularidad de la nuda propiedad, que viene a ser disfrutada por una persona distinta, pero en ningún modo esa circunstancia repercute en el aprovechamiento que corresponde al usufructuario; éste, como titular de un derecho sin necesidad de la intervención de persona otra alguna —salvo en casos especiales, como los del artículo 494, 3.º— y por ello le resulta indiferente la persona que ostente la nuda propiedad, y el título por el que le corresponda, ya que cualquiera que se encuentre en esa situación viene obligado por virtud de ello a respetar los derechos del usufructuario de acuerdo con el contenido de ese derecho real; es decir, que no obstante la existencia del usufructo, cabe disponer de la nuda propiedad —transmitiéndola, hipotecándola, etc.—, pero siempre sobre la base de que tales actos de disposición no van a afectar al derecho del usufructuario, sino que deben quedar circunscritos a la esfera de poder que confiere la nuda propiedad, que viene delimitada precisamente por las facultades que integran el usufructo establecido sobre la cosa (32).

Resumiendo sobre este punto, cabe decir que el carácter de derecho "erga omnes" que tiene el usufructo permite el que se atribuya el goce de la nuda propiedad a persona distinta de su primitivo titular, en cuanto que este hecho no podrá influir en el aprovechamiento que corresponde al usufructuario, por lo que no son obstáculo para la constitución del usufructo de la nuda propiedad los artículos 489, 595 y concordantes del Código civil.

5. Después de todo lo expuesto, creo que resulta claro el que sobre la nuda propiedad puede ser constituido un usufructo, por tratarse de un derecho que reúne todas las características necesarias para ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 469, y de acuerdo con la naturaleza propia del derecho de usufructo y la función social que el mismo debe desempeñar.

(32) Cossío, pág. 756.

IV. CONTENIDO DEL USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD

1. *Consideraciones generales.*—2. *Derechos de aprovechamiento inmediato.*—3. *Derechos y obligaciones para asegurar el disfrute futuro de los bienes.*—4. *Derechos de disposición de la nuda propiedad.*—5. *Derecho al goce de los bienes al cesar el usufructo sobre ellos.*

1. Si conceptualmente nada se opone a la constitución de un usufructo sobre el derecho de nuda propiedad, como acabamos de comprobar, conviene ahora esbozar, aunque sea con trazos muy ligeros, cuál será el contenido de este derecho, es decir, la serie de facultades que atribuirá a su titular, y los límites que hayan de imponerse a éstas.

Aunque, como puede fácilmente comprenderse, no es ésta cuestión esencial por lo que se refiere a la posibilidad de existencia del derecho, ya que, en definitiva, la regulación del usufructo, “los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determinen el título constitutivo”, y sólo en su defecto o por insuficiencia de éste se observarán las disposiciones contenidas en las secciones 2.^a y 3.^a del Título VI, Libro II del Código civil (33), y por consiguiente cabe que la voluntad de las partes, al constituir el derecho lo configure con un alcance diferente al que le atribuye el legislador, no obstante, y a título de ensayo, voy a exponer en líneas generales la situación que provoca, en orden a las facultades que a cada uno de los elementos personales de este derecho corresponden, la constitución de un usufructo de la nuda propiedad, cuando nada se haya dispuesto sobre su contenido y deban aplicarse las disposiciones del Código civil.

Es de tener en cuenta que la creación de un usufructo sobre este derecho de nuda propiedad determina la concurrencia de tres personas distintas a la titularidad de la cosa, y aunque las titularidades que sobre ella tiene cada una están perfectamente delimitadas por la entidad del respectivo derecho, esta pluralidad de sujetos hace más interesante la labor de declinar el ámbito de atribuciones que corresponde a cada uno de estos sujetos.

Lo que ante todo debe quedar claro es que la posición del usufructuario de la cosa no puede ser afectada en lo más mínimo por la decisión del nudo propietario de dar en usufructo su derecho; ya hemos visto como el Código (34) subordina la facultad de disposición del nudo propietario al hecho de que los actos a través de los que la actualice no perjudiquen al derecho del usufructuario, esto es, que no repercuian en el entorpecimiento o merma del aprovechamiento que le corresponde. Por ello cualquiera que sea el conjunto de facultades que correspondan al usufructuario de la nuda propiedad, deben extraerse:

(33) Art. 470. C. c.

(34) Art. 489.

de las que integran el contenido de este derecho, quedar circunscritas al ámbito de las que confiere la nuda propiedad, para de esta forma no causar el menor perjuicio al usufructuario de la cosa, condición indispensable, repito, para la viabilidad de cualquier acto de disposición que de su derecho realice el nudo propietario.

Salvada la posición del usufructuario, sentado el principio de su inatacabilidad por los actos dispositivos del titular de la nuda propiedad, queda por discernir la atribución de las facultades que respectivamente corresponderán, dentro de las que integran la nuda propiedad, al usufructuario y nudo propietario de la misma.

2. Puede pensarse que es paradójico hablar de usufructo, de aprovechamiento de la nuda propiedad, cuando éste es un derecho cuya existencia supone una previa atribución de los aprovechamientos de la cosa sobre que recae; pero obsérvese que precisamente el usufructo de que aquí tratamos no recae directamente sobre la cosa, sino que su objeto inmediato es el derecho de nuda propiedad, es decir, el que tiene el titular de una cosa dada en usufructo —circunstancia que se tiene en cuenta al configurar este nuevo derecho— y sobre él se constituye el usufructo, con la finalidad de que sea el goce de ese derecho lo que se atribuye al titular

Precisamente porque se trata de un usufructo —aunque no debe perderse de vista la circunstancia a que aludía antes de la intangibilidad de los derechos del usufructuario de la cosa—, la regulación de su contenido se organizará sobre la base de las disposiciones que sobre la materia se contienen en el Código civil sobre derechos y obligaciones del usufructuario y nudo propietario, en cuanto sean de aplicación a esta forma de usufructo de la que aquí nos venimos ocupando, pues dada la naturaleza especial del derecho sobre que recae algunas de esas disposiciones pueden estar de más.

Ante todo conviene recordar lo antes dicho acerca de que el derecho del usufructuario no se agota con la simple percepción de los frutos que produzca la cosa; ya hemos tenido ocasión de ver cómo el usufructo implica, a más de esa facultad de percibir los frutos, el derecho de uso de la cosa misma, para de esta forma hacer posible la detracción de los frutos directamente por el usufructuario de cuantas ventajas pueda proporcionar la cosa, siempre que no afecten a la sustancia de la misma o no correspondan —por venir atribuidas por el título constitutivo o disposición legal— al nudo propietario de la cosa (35).

Y es que si bien el nudo propietario tiene sus facultades limitadas por las que su derecho confiere al usufructuario, hasta el punto de que, en principio, no puede usar la cosa ni aprovecharse de ella puesto que el uso y aprovechamiento están atribuidos al usufructuario, pareciendo que nada queda al nudo propietario susceptible de ser usufructuado ha de tenerse en cuenta que hay determinados casos de aprovechamiento

(35) MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, pág. 131.

que el usufructuario no puede realizar (36), y éstos, no cabe duda, por corresponder al titular de la nuda propiedad, vendrán atribuidos al que tenga el usufructo de este derecho.

Como aplicación de lo que acaba de expresarse, está lo dispuesto por el artículo 471 del Código civil, en su última parte, cuando establece que "respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado (el usufructuario) como un extraño" ¿Cuál es la significación de esto? Al considerar al usufructuario como extraño en el supuesto de que se halle un tesoro en la finca objeto del usufructo, se reconozca al nudo propietario como titular de la mitad de dicho hallazgo (37), lo que supone tanto como reconocerle una cierta posibilidad de goce de la cosa; es verdad que el tesoro no constituye propiamente un fruto, que por su característica no permite una percepción reiterada, pero ello no empece a que constituya su atribución un cierto aprovechamiento que se reconoce al titular de la nuda propiedad; pues bien, en este caso existe la posibilidad de que dicho aprovechamiento sea disfrutado por aquel a cuyo favor se ha establecido el usufructo de la nuda propiedad: es decir, nos encontramos ante un goce que deriva de la nuda propiedad y que por virtud de su usufructo se ha transferido a otro; pero como, por otra parte, debe considerarse que el tesoro está íntimamente ligado a la sustancia de la cosa, es de justicia concluir atribuyendo la mitad del tesoro al nudo propietario, y el aprovechamiento de dicha misma mitad —mientras dure el usufructo— al usufructuario de la propiedad.

Esto, que también puede decirse respecto al aprovechamiento (38) de los pies caídos y tronchados a consecuencia de un siniestro o caso extraordinario, en el usufructo de viñas, olivares u otros árboles o arbustos (39), y en el de perecimiento del rebaño en las mismas circunstancias, que autoriza al nudo propietario para pedir los despojos del mismo (40), son derechos, todos ellos, de contenido económico para el nudo propietario, que como dice Cossío (41) tal vez fuera posible generalizar, y su reconocimiento por el legislador es buena prueba de que el usufructo de la nuda propiedad atribuye a su titular determinados derechos de aprovechamiento inmediato, que autorizan a tenerlos en cuenta como argumentos en apoyo de los anteriormente utilizados para su justificación conceptual.

Y conste, además, que esta participación de ambos titulares de la nuda propiedad en los aprovechamientos a que me refiero, no supone

(36) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 2.^a ed. Bruselas. 1876, VII, pág. 51.

(37) Art. 351 del Código civil.

(38) Quiero hacer constar que utilizo las voces aprovechamientos, utilidades, beneficios, ventajas, sin atribuirles el significado estricto que le reconoce la doctrina, sino el general del Código. Cfr. GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el C. c. español*, "R. D. Not.", IX-X. jul-dic., 1955. pág. 149 y ss.

(39) Cfr., art. 484 C. c.

(40) Cfr., art. 499.

(41) *Op. cit.*, pág. 759.

la utilización de un cómodo procedimiento salomónico, sino que es resultado de aplicar a este supuesto de usufructo de la nuda propiedad los principios que rigen el contenido del derecho de usufructo, tal como vienen expuestos en el Código civil

3. Ahora bien, creo del mayor interés sobre este particular el establecer de una forma clara el principio general informativo de las relaciones entre usufructuario y nudo propietario en esta modalidad de usufructo de la nuda propiedad de que nos venimos ocupando, a fin de deducir de él las aplicaciones concretas a cada una de las manifestaciones que habrán de presentarse en el desarrollo de la vida de este derecho; para ello es paso decisivo determinar la naturaleza de las relaciones que entre los mismos se traban, y con esta finalidad voy a utilizar la teoría recientemente expuesta por el Profesor Cossío, en la que se encuentra base para explicar de una forma plenamente satisfactoria toda esa serie de relaciones, con su secuela de facultades correspondientes a cada uno de los sujetos que intervienen en el usufructo

Afirma Cossío (42) que: "1.º Durante la vigencia del usufructo, se constituye en el plano real una comunidad entre nudo propietario y usufructuario, determinada por la identidad de su objeto, siquiera el contenido de cada uno de sus respectivos derechos sea distinto. 2.º Sólo la existencia de una comunidad entre ambos titulares puede explicar de modo satisfactorio, en el plano real, el hecho, aparentemente paradójico, de que sus respectivos derechos sean, de una parte, autónomos y perfectamente substantivos, y de otra, que haya de reconocerse entre los mismos una recíproca interdependencia, derivada de la limitación interna que para el contenido de uno y otro supone la necesidad de respetar la forma substancial de la cosa sobre la que los dos recaen; y 3.º Precisamente esta comunidad es lo que explica, en el plano personal u obligatorio, la existencia de una situación de crédito y deuda, en la cual solamente podemos admitir una relación directa entre la persona del usufructuario y la del nudo propietario".

Pues bien, con apoyo en esta tesis de Cossío, se puede afirmar que la comunidad formada por los derechos de usufructuario y nudo propietario de la nuda propiedad, las relaciones personales que la misma hace surgir entre ellos, delimitan y garantizan a la vez sus respectivas facultades sobre la nuda propiedad y la cosa que es objeto de este derecho, de tal forma que por una parte les confiere una coparticipación en las facultades y obligaciones que como titulares de la nuda propiedad tienen frente al usufructuario de la cosa, y por otra distribuye, en atención al derecho que cada uno tiene sobre la nuda propiedad, las facultades que se derivan de la existencia de ese mismo derecho de nuda propiedad.

Por lo que se refiere a las relaciones con el usufructuario de la

(42) *Op. cit.*, pág. 753.

cosa, corresponden a ambos titulares de la nuda propiedad (usufructuario y nudo propietario) tanto los derechos que el legislador establece para garantizar de forma adecuada que el disfrute de aquél no traspase los límites de tal derecho a fin de que su futuro goce quede asegurado, como las obligaciones que tienen frente al usufructuario tendentes a asegurar a éste un disfrute adecuado de los bienes usufructuados.

A) En relación con los primeros, es decir, los derechos que corresponden a la nuda propiedad en orden a asegurar que la cosa usufructuada no se perjudique en su substancia por el ejercicio del derecho sobre ella establecido (43), corresponden conjuntamente a usufructuario y nudo propietario la facultad de intervenir, junto con el usufructuario de los bienes, en el inventario de los mismos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles (44), así como la de exigir la prestación de fianza (45).

La razón que aconseja esta intervención conjunta de usufructuario y nudo propietario en la realización de las mencionadas operaciones, es que a ambos interesa por igual que se llevan a cabo: al nudo propietario porque, en definitiva y cuando llegue el momento oportuno, en él se consolidará el pleno dominio, y por consiguiente, hay que reconocerle cuantos medios sean eficaces —y esto es lo que hace el Código— para que pueda asegurarse de que los bienes llegarán a ese momento sin menoscabo, en condiciones de posibilitarle un aprovechamiento completo de acuerdo con el estado inicial de esos bienes, y salvo el desgaste natural que en ellos se opere por el transcurso del tiempo. En cuanto al usufructuario de la nuda propiedad también tiene justificada su intervención, porque a más de ser copartícipe en la titularidad actual de la misma, en vista del desenvolvimiento futuro de su derecho —y siempre que no se extinga antes de que desaparezca el usufructo sobre los bienes—, que le permitirá convertirse en usufructuario de los mismos bienes, le interesa igualmente garantizar su posterior disfrute de ellos, para lo cual ningún procedimiento mejor que su participación en las reatadas operaciones de inventario y fianza.

Como corolario de esto que acabo de exponer, son de aplicación también, en cuanto deben intervenir en la misma forma ambos titulares de la nuda propiedad, los principios relativos a la materia, que se exponen en los artículos 492 a 496 inclusive del Código civil. Y es que cualquiera que sean las relaciones entre estos dos sujetos, cualquiera que sea el ámbito de atribuciones señalado a cada uno de ellos —y de tal extremo me voy a ocupar seguidamente—, no cabe duda de que su interés es común cuando se trata de sus relaciones con el usufructuario de los bienes, pues la actuación dañosa que pueda llevar a cabo respecto de ellos, repercutirá en perjuicio de ambos, puesto que en un orden sucesivo se verán afectados por esa circunstancia cuando

(43) Cfr. arts. 467, 467, etc., del C. civil.

(44) Art. 491, núm. 1.º.

(45) Art. 491, núm. 2.º.

a cada uno le llegue el momento de disfrutar de tales bienes, sea como usufructuario (tal es el caso del que al presente lo es de la nuda propiedad), sea como dueño pleno (si se trata del nudo propietario de ella), que pasando, generalmente, por la categoría de nudo propietario de los bienes, consolida en sí, llegado el momento oportuno, el pleno dominio de los mismos.

Corresponde igualmente a los titulares de la nuda propiedad una serie de facultades que tienen la misma finalidad de las expuestas más arriba, pero que la cumplen mediante el procedimiento de mantener los bienes objeto del usufructo en un perfecto estado de conservación, de tal forma que puedan seguir produciendo las utilidades de que sean susceptibles, para que llegado el momento de que a ellos les corresponda el disfrute, no se vean perjudicados por una disminución de su rendimiento. Esta es la justificación del derecho reconocido al titular de la nuda propiedad para que pueda exigir del usufructuario la realización de las reparaciones requeridas por los bienes usufructuados.

También en lo referente a esta materia hay razones suficientes que aconsejan la extensión del ejercicio de tales derechos a ambos titulares de la nuda propiedad, desde el momento en que a los dos—como futuros beneficiarios de las utilidades de la cosa— interesa igualmente que esos bienes se conserven en las mejores condiciones: así, podrán exigir del usufructuario que realice las reparaciones ordinarias que necesitan dichos bienes, y en caso de que aquél no las lleve a cabo, podrán hacerlo por sí mismos a costa del usufructuario (46).

Además de estas facultades tendentes a mantener los bienes en buen estado de conservación, corresponden a los titulares de la nuda propiedad—y es natural que así sea—aquellas en cuya virtud pueden hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella, si fuere rústica, salvando, como es consiguiente, la integridad del goce que corresponde al usufructuario (47). Tampoco creo que haya inconveniente alguno en atribuir esta facultad tanto al usufructuario como al nudo propietario de este derecho de nuda propiedad, porque ambos tienen un interés lícito en aumentar el rendimiento de los bienes, si bien es de tener en cuenta que, al igual que en el caso normal de que sea el nudo propietario el que las realice, no tiene derecho a reclamar el interés de las cantidades invertidas en esto (48), si esos desembolsos los lleva a cabo el usufructuario de la nuda propiedad no podrá hacer tal reclamación ni al usufructuario de los bienes, ni a su cotitular en la nuda propiedad, porque al realizar esos gastos de un modo completamente voluntario no hay razón que justifique dicha reclamación: los hace en provecho propio, y si repercuten también en el de otro no puede exigir compensación por ello. Igual sucederá si es el nudo propieta-

(46) Art. 500, C. c.

(47) Art. 503.

(48) *MUCIUS SCAEVOLA*, pág. 273.

rio el que los efectúa, ya que sabe de antemano que, a más del usufructuario, se aprovechará de ellos, antes de que reviertan directamente en su beneficio, el usufructuario de la nuda propiedad, por tener el goce de la cosa a partir del momento de la extinción del usufructo anteriormente constituido.

B) Junto a esta gama de derechos, tiene el titular de la nuda propiedad unas ciertas obligaciones, en las que es de justicia concurra el usufructuario de la nuda propiedad, por cuanto generalmente son consecuencia del aprovechamiento que su derecho le proporciona y derivan de la necesidad de realizarlas para que siga proporcionándose. De aquí que participe con el nudo propietario en el cumplimiento de esas obligaciones, y especialmente en las siguientes:

a) Hacer las reparaciones extraordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo (49). Según la persona que las realice, la situación será como sigue: 1.º Si las hace el nudo propietario, tendrá derecho a exigir el interés legal de la cantidad invertida en primer lugar al usufructuario de los bienes, y en un momento posterior al usufructuario de la nuda propiedad (50), pues, aunque beneficiarios sucesivamente, ambos tendrán las mismas razones para reembolsarle de los mencionados gastos. 2.º Si las realiza el usufructuario de la nuda propiedad, mientras dure el usufructo de los bienes será el titular de éste el obligado a abonar dicho interés legal, de acuerdo con el artículo 502, 1.º, pues en definitiva tanto le importa que haya sido uno u otro el que realice el desembolso, que de todas formas va a redundar en su beneficio; y cuando termine el usufructo, por convertirse él en nuevo usufructuario nada podrá exigir por compensarse el gasto con el aprovechamiento, pero no así al terminar su propio usufructo, a cuyo supuesto puede aplicarse por analogía lo dispuesto en el párrafo segundo del mencionado artículo 502 para cuando dichas reparaciones las haga el usufructuario: tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de tales obras; y 3.º Cuando el que las abone sea el usufructuario de los bienes, se aplicará lo dispuesto en el Código, en el precepto que acabo de hacer referencia: se resarcirá del hasta entonces usufructuario de la nuda propiedad, y éste a su vez, llegado el momento, lo hará del propietario (51); de esta forma el usufructuario de la nuda propiedad habrá perdido el interés legal de la cantidad abonada al usufructuario mientras dure su propio usufructo, como compensación a la ventaja que recibe de la inversión que aquél hiciera, y a su vez el propietario sólo tendrá obligación de realizar ese pago en el momento de recibir la titularidad plena de los bienes, solución totalmente concorde con el espíritu y la letra del precepto legal a que me he referido.

(49) Art. 501.

(50) Cfr. art. 502, 1.º.

(51) Cfr. art. 502, 2.º.

b) Pagar las contribuciones que recaigan sobre el capital (52). En este supuesto la solución debe ser análoga a la que acabo de exponer, porque las circunstancias lo son, y también lo es la disposición del artículo 505, que el Código dedica al tema, aunque deban tenerse en cuenta las diferencias entre ambos preceptos, como, por ejemplo, la relativa al derecho del usufructuario de retener la cosa hasta el pago de las cantidades invertidas en reparaciones extraordinarias (53), derecho no reconocido por el artículo 505 al tratar de las contribuciones que recaigan directamente sobre el capital.

4. Después de examinadas las facultades que competen al usufructuario de la nuda propiedad frente al usufructuario de los bienes, y las obligaciones que tiene con respecto a él, corresponde ahora exponer su posición jurídica con relación al otro titular del derecho, es decir, el nudo propietario del mismo. Se trata ahora, por consiguiente, de establecer las relaciones entre usufructuario y nudo propietario de la nuda propiedad, con el fin de precisar sus respectivas atribuciones, y los límites que a las mismas puedan imponerse como consecuencia de haberse constituido este derecho que veníamos examinando.

En el número 2 de este capítulo tuve ocasión de referirme al modo como repercute el usufructo de la nuda propiedad en los derechos de aprovechamiento actual que a la misma vienen atribuidos a pesar de la existencia del usufructo sobre los bienes que son su objeto, llegando a la conclusión de que el goce de ellos, mientras subsista el usufructo, debe pertenecer al usufructuario, de acuerdo con las reglas que a esta institución dedica el Código civil.

Pero es que, además de esas facultades, hay alguna otra respecto de la cual conviene, por la importancia que reviste, decidir su atribución; tal es el caso del derecho de enajenar los bienes en que otro tenga el usufructo, que el Código reconoce al propietario de los mismos (54). En principio, ese derecho de enajenación, inseparable de la nuda propiedad, se verá afectado por el usufructo establecido sobre ella, en cuanto el mismo precepto que lo declara reconoce la necesidad de dejar a salvo el derecho del usufructuario, y no cabe duda de que tal circunstancia se refiere tanto al usufructuario de los bienes como al de la nuda propiedad, por lo que la disposición a realizar por el propietario está determinada por la existencia de ese derecho limitativo que grava su nuda propiedad.

Por virtud de esa comunidad que hemos visto existe entre usufructuario y nudo propietario, los actos dispositivos de éste —y me estoy refiriendo a los que lo son de la nuda propiedad— deberán llevarse a cabo dejando a salvo la posición del usufructuario, y de aquí que el nudo propietario sólo puede realizarlos del derecho que tiene, ya que no le pertenece la que podemos llamar nuda propiedad plena,

(52) Art. 505.

(53) Art. 502, 3.º.

(54) Art. 480.

sino que este derecho está limitado por el usufructo establecido sobre él. Es más, cuando el nudo propietario haga uso de esa facultad que le reconoce el artículo 489, y por aplicación de ese principio a que antes me he referido, el adquirente se subrogará en la misma posición jurídica del que le ha transmitido, ya que de él, y a todos los efectos positivos o negativos, trae causa (55).

Como puede apreciarse, con respecto al derecho de disposición establecido por el artículo 489 del Código civil, se decide haciendo aplicación de los principios propios del usufructo, atribuyendo a cada uno de los titulares de la nuda propiedad las facultades que derivan de la naturaleza que tiene el derecho de cada uno, y por ello mientras al nudo propietario le corresponde el aquí expresado, al usufructuario le compete el reconocido por el Código civil en su artículo 480, relativo a la posibilidad de enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito. De esta forma se reconocen a ambos las facultades correspondientes en el plano real, sin perjuicio de las relaciones que entre ellos se traben en el plano personal por virtud de la concurrencia de sus respectivos derechos, aunque con facultades diferentes, sobre el mismo objeto, en este caso la nuda propiedad.

Análoga solución debe adoptarse cuando se trate de la facultad del nudo propietario de imponer servidumbre sobre las fincas objeto de su derecho, que podrá realizar, como declara el Código en su artículo 595, sin el consentimiento del usufructuario, pero siempre que se trate de servidumbres que no perjudiquen el derecho del usufructo. Aquí debe entenderse que el límite no lo marca sólo el derecho del usufructuario de los bienes, sino que igualmente debe tenerse en cuenta el correspondiente al usufructuario de la nuda propiedad, en cuanto en un momento posterior se va a convertir en usufructuario de los mismos bienes, por lo que, del mismo modo que al actual, le perjudicaría el establecimiento de servidumbres que puedan afectar al normal goce, que es el contenido de ese derecho.

5. En ocasiones anteriores me he venido refiriendo al usufructuario de la nuda propiedad como titular futuro del usufructo de los bienes mismos, por estimar que la facultad más importante de las que integran este usufructo la constituye la posibilidad de atribuir el aprovechamiento de la cosa sobre que recae el derecho de nuda propiedad, una vez que tal aprovechamiento quede vacante por haberse extinguido el usufructo que lo absorbía.

La razón que me lleva a incluir esta facultad entre las pertenecientes al usufructuario de la nuda propiedad, es el considerar que lo impone el mismo juego de los principios que rigen el usufructo; y es que, por virtud de estos principios, al usufructuario corresponden cuantas ventajas pueda proporcionar el bien sobre el que su derecho

(55) Cossío, *La nuda propiedad*, pág. 69, donde examina, además, la transmisión de las deudas que por incidir en determinadas responsabilidades, hayan podido surgir a cargo del nudo propietario.

recae, siempre que no estén expresamente atribuidas al nudo propietario, siendo consecuencia de ello que el beneficio principal que supone la nuda propiedad—el de hacer posible la absorción del goce que deja vacante la extinción del usufructo—deba concederse al usufructuario de la misma, es decir, al que está legitimado para percibir las ventajas que ese derecho proporcione.

Contra esto no puede alegarse que al admitir esa consecuencia se reconoce al que dispuso de la nuda propiedad gravándola con un usufructo, que excedió del límite de sus facultades porque vino a disponer—desde el momento en que tal acto produzca como consecuencia atribuir el usufructo de los bienes—del goce de la cosa que, como nudo propietario que era, no le pertenecía, es decir, que transmitió más de lo que tenía.

Y no puede hacerse tal alegación, porque, al estimarla procedente, se olvidaría que ello no es más que una consecuencia del carácter elástico de la propiedad, como lo prueba la circunstancia de que a la misma situación conducen todos los actos dispositivos que tengan por objeto la nuda propiedad, ya que ésta encierra en sí este poder de absorción de las facultades que supone el usufructo (56); por esta causa, cuando se transmite a otro la nuda propiedad, como este derecho encierra potencialmente todas las características del dominio pleno, llegado el momento de la extinción del usufructo que la limitaba, recobra su plenitud, sin que por ello pueda decirse que se transfirió más de lo que pertenecía al transmitente; se dispone simplemente de la nuda propiedad, y este derecho transmitido es el que al lograr su pleno desenvolvimiento supone la reincorporación del goce de las cosas sobre que recae.

Esto, y no otra cosa, es lo que sucede en el usufructo de la nuda propiedad: las utilidades de la misma se atribuyeron a una persona, y una de esas utilidades, la más característica, la de atraer el goce de los bienes, es la que al actualizarse produce la consecuencia a que vengo aludiendo.

Y corresponde este derecho al usufructuario y no al nudo propietario, dado que este último no es nudo propietario de la cosa usufructuada, que es lo que legitimaría la atribución, sino lo es de la nuda propiedad, por lo que hasta el momento en que se convierta en nudo propietario pleno—por desaparecer el usufructo que limita la nuda propiedad—no estará calificado para consolidar en sí el pleno dominio; o sea, que tiene un derecho más débil que el preciso para posibilitar esa absorción, que por el momento corresponderá a su cotitular, en concepto de usufructuario, en la nuda propiedad, que es el que tiene el goce o disfrute vitalicio de ella. Únicamente cuando ya no exista ese usufructo de la nuda propiedad, es cuando el nudo propietario tiene su derecho sin restricciones, le pertenece íntegramente y.

(56) Cfr., M. SALVADOR CAJA, *Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad*, en "Rev. Crit. Der. Inm.", 1944, pág. 530.

en consecuencia, es entonces, sólo entonces, cuando está capacitado para consolidar en sí el pleno dominio de los bienes, ya que hasta ese momento su derecho tiene la limitación del previo aprovechamiento y disfrute del usufructuario.

Como es natural, para que pueda operarse esta adquisición del disfrute de los bienes por el usufructuario de la nuda propiedad, se requiere que su derecho permanezca vigente hasta el momento de extinguirse el usufructo sobre aquéllos, que es lo que produce la vacancia de ese goce que se hace preciso atribuir; porque si se extingue el usufructo de la nuda propiedad antes que el de los bienes, ya ha surgido una nuda propiedad plena capaz de absorber el goce dejado vacante, consolidándose de esta forma el pleno dominio en la persona del nudo propietario, por no haber obstáculo alguno que impida esta consolidación en el momento mismo de quedar los bienes liberados del usufructo sobre ellos constituido.

Ahora bien, esta posibilidad de que el usufructo de la nuda propiedad no llegue a conferir el disfrute de los bienes, por extinguirse antes, en nada afecta a su existencia, pues si bien se trata de la facultad más notable de cuantas lo integran, ni es la única, ni su posterior falta hacen desaparecer la posibilidad de ese usufructo; nos encontraríamos ante un supuesto semejante al que se plantearía si un usufructo se extinguiera por muerte de su titular antes de que éste haya podido percibir las utilidades principales del mismo, caso perfectamente posible que no dice nada contra la existencia del usufructo: no es que pueda haber un usufructo que no implique disfrute, sino que en un determinado caso su duración impide que llegue a surgir.

Consecuencia de esta facultad que se acaba de examinar, por la que se confiere al usufructuario de la nuda propiedad el goce y disfrute de los bienes cuando se extinga el usufructo constituido sobre ellos, es el claro contenido económico que se le reconoce a este derecho y que le hace apto para servir de base a operaciones en las que se negocia con esta futura atribución a fin de lograr determinadas ventajas actuales para su titular. Esta es una de las razones que hacen inclinarse a la doctrina en favor de la admisión de esta modalidad de usufructo (57).

Efectivamente, Dalmases considera que este usufructo es susceptible de producir, entre otras, las ventajas que en la vida moderna se deben al desarrollo alcanzado por las instituciones de crédito: tal serán las de obtener de una compañía de crédito un anticipo o renta, logrando de este modo una ventaja actual de ese derecho de usufructo sobre la nuda propiedad (58).

No cabe duda de que la así expuesta constituye un disfrute que supone para su titular la posibilidad de extraer un beneficio económico

(57) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II, 7.^a ed. Madrid, 1950. pág. 457.

(58) *Op. cit.*, pág. 135.

notable y digno de ser tenido en cuenta a la hora de examinar las razones que justifican la admisión del usufructo en la nuda propiedad. Todo cuanto sean lícitos aprovechamientos deben reconocerse al usufructuario, y la futura titularidad del usufructo puede servirle para obtener determinadas ventajas —y no sólo las económicamente evaluables—, lo que es razón más que suficiente para contarle entre las facultades que atribuye este usufructo.

Es de tener en cuenta que cuando esto que acabo de exponer suceda, se operará una transformación ciertamente importante: el que era usufructuario de la nuda propiedad se convierte en usufructuario de los bienes, mutación que también se realiza respecto del nudo propietario. Realmente no debe extrañar este cambio, este incremento de contenido de sus derechos, porque es una consecuencia de su misma naturaleza; se produce por virtud del especial contenido del derecho de nuda propiedad, y es una simple aplicación, a esta materia de esa especialidad, de la que se hace reiterado uso por el legislador español, lo que es buena prueba de que no hay razón que se oponga a su admisibilidad. Estas aplicaciones a que me refiero están constituidas sobre todo por los siguientes preceptos que recogen soluciones análogas a la expuesta:

El número 2.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que incluye entre los bienes hipotecables con restricciones “la mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario”. Es decir, que la Ley Hipotecaria siguiendo el criterio romano de la extensión de la hipoteca sobre el usufructo reincorporado (59) reconoce que la nuda propiedad es “el dominio limitado por la separación del usufructo, pero dominio al fin y al cabo, con fuerza para atraer cuantas facultades o derechos se separaron de él” (60).

Además de esta alegación que tienen en cuenta la naturaleza del derecho sobre que recae este usufructo, pueden aducirse otras que se basan en el modo de operar el usufructo en situaciones análogas a la que nos ocupa, de acuerdo con las disposiciones del Código civil: así, el artículo 479, que atribuye al usufructuario el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada (61), de las servidumbres que tenga a su favor, y en general de todos los beneficios inherentes a la misma”; ningún inconveniente, y sí muchas ventajas, hay que de estimar como uno de los supuestos de beneficio inherentes a la nuda propiedad, el de la reincorporación del goce, que en virtud de esta disposición deberá atribuirse al usufructuario de aquélla.

(59) Véase en ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, pág. 199 y ss., los argumentos que se aducen en favor y en contra del mismo.

(60) SALVADOR CAJA, *op. cit.*, pág. 530.

(61) Y prescindiendo aquí del cómodo sistema de estimar, siguiendo el texto romano del Digesto XIII-7, 18, 1.º, la reincorporación del usufructo como un supuesto de aluvión para encajarlo en la accesión a que se refiere este precepto.

En el mismo sentido, por ser aplicación de lo preceptuado aquí, se pueden aducir los artículos 486 y 507, referentes al usufructo de acciones para reclamar un predio o derecho real y al usufructo de créditos, respectivamente, que autorizan a adoptar al supuesto de usufructo de la nuda propiedad, y con mayor motivo aún en vista de lo expuesto sobre la naturaleza de este derecho, la solución aquí recogida, reconociéndose así la facultad del usufructuario de los bienes, una vez que el goce de éstos quede vacante por extinguirse el usufructo sobre ellos existente.

V. DISTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD DE OTRAS FIGURAS AFINES

I. *Del segundo usufructo constituido por el propietario de la cosa.*

Interesa deslindar claramente el usufructo de la nuda propiedad de un segundo usufructo que pueda constituirse sobre la cosa para cuando se extinga el primero, e interesa porque una consideración simplista del usufructo de la nuda propiedad puede llevar a la conclusión de que tal figura no está suficientemente justificada, ya que su finalidad jurídico-económica se cumple con la constitución de un segundo usufructo, que en principio presenta menos dificultades (62).

Pero esto no es así, y puede hacerse esta afirmación en base a las siguientes consideraciones:

1.^a Que conceptualmente hay una clara diferencia entre ambas figuras, en la que se justifica su tratamiento por separado y la regulación con normas propias y peculiares para cada una.

2.^a Que en el terreno práctico también hay diferencias muy notables entre estos dos tipos de usufructo, y las consecuencias de adoptar uno u otro tienen tan variado alcance, que es una razón más para que se admitan por separado.

3.^a Que igualmente son distintas la finalidad jurídico-económica de cada una de las figuras citadas, por lo que pueden utilizarse para conseguir fines propios y esencialmente diferentes.

Para la adecuada justificación de estas afirmaciones, es conveniente un análisis detallado de los rasgos diferenciales de ambas clases de usufructo, así como una breve referencia a la naturaleza del establecido para cuando se extinga el precedente.

Sobre la posibilidad de establecer un usufructo sobre una cosa ya usufructuada, y para cuando este derecho deje de afectarle, no puede existir duda. Efectivamente, reconoce el legislador la facultad de constituir usufructos sometidos a término o condición (63), y por ello es perfectamente lícito que una persona establezca un usufructo sobre

(62) Cfr. TORRES, *op. cit.*

(63) Cfr. art. 469 C. c.

un bien que le pertenezca, sometiendo su validez a la circunstancia de que se extinga uno anteriormente constituido sobre el mismo bien, y ello porque en nada se perjudica el derecho del usufructuario actual cuando el nudo propietario utiliza una de las facultades que como tal le corresponden (64).

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que este segundo usufructo constituido para cuando se extinga el primero no es, como a primera vista pudiera parecer, un usufructo a término inicial, sino un usufructo sometido a una condición suspensiva. Y esto es así porque la efectividad del segundo usufructo no depende única y exclusivamente de la extinción del primero—por muerte del usufructuario o cualquier otra circunstancia que se sepa ha de llegar, en vista del carácter temporal del usufructo—, en cuyo caso sí estaríamos ante un usufructo a término inicial, por depender de la muerte de una persona o de cualquier otro hecho igualmente cierto, sino que depende esa circunstancia de la extinción del primero cuando tal suceso se produzca antes de la muerte del segundo usufructuario, porque en otro caso no llegará a tener efectividad; es decir, que no se hace depender de la muerte de una persona, sino de su premoriencia respecto a otra, y esto ya es supuesto integrante de una condición.

Pero esta figura, perfectamente posible, no tiene por qué confundirse con el usufructo de la nuda propiedad.

1.º Porque el objeto de ambas es diferente: mientras el segundo usufructo recae sobre la cosa misma, el usufructo de la nuda propiedad se constituye sobre el dominio limitado—con todas las características que le son propias—, que corresponde a su titular, es decir, que en un caso estamos ante un supuesto de usufructo de bienes materiales, y en el otro se da la figura del usufructo de derechos, ambos bien diferenciados doctrinalmente, y en lo que respecta a nuestro derecho positivo, la distinción se acoge de un modo expreso en el artículo 469 del Código civil.

2.º Porque, igualmente, es distinta la efectividad del derecho constituido en uno y otro caso; así, mientras el segundo usufructo, por estar supeditado a la extinción de un usufructo anterior, puede no llegar a tener efectividad, como consecuencia del fallecimiento del titular; en cambio, el usufructo de la nuda propiedad se constituye y tiene eficacia de modo inmediato, sin limitación cualitativa alguna, y en nada afecta a su realidad conceptual el que por cualquier circunstancia no llegue a beneficiarse su titular del aprovechamiento de la cosa misma, pues tal cosa no pasa de ser una simple frustración cuantitativa de las facultades que el derecho atribuye a su titular.

3.º Respecto al contenido de ambos derechos, también hay diferencias muy notables, relacionadas, en cierto modo, con lo que acaba de apuntarse: mientras el segundo usufructo recae sobre “todos o parte de los frutos de una cosa”, por lo que es imprescindible que

(64) Cfr. art. 489.

llegue a ponerse en relación el usufructuario con la cosa para que surja un usufructo eficaz, en cambio el usufructo de la nuda propiedad existe sin necesidad de este apoyo material inmediato de la cosa, ya que su aprovechamiento total por el titular del usufructo no es su único contenido—a diferencia de lo que sucede en el otro caso—, sino una de las facultades, la más importante sin duda, que atribuye un derecho cuyo contenido comprende otras más, según hemos tenido ocasión de ver más arriba.

4.º En cuanto a los elementos personales, en el segundo usufructo aparecen un usufructuario y un nudo propietario como en los usufructos normales, a más de otra persona que tiene una expectativa de derecho para cuando se extinga el existente; en cambio, al constituirse el usufructo de la nuda propiedad sigue habiendo un usufructuario de la cosa, pero surgen además dos nuevos elementos personales con una situación jurídica nueva: la que da lugar al hecho de que la nuda propiedad, al gravarse con un derecho de usufructo—y tanto si continúa perteneciendo al nudo propietario causante, como si se transfiere a un tercero—, queda reducida notablemente, hasta convertirse en un derecho de entidad mucho menor, que no recuperará su plenitud hasta que se extinga el usufructo que sobre ella se constituyó. Es decir, aparecen dos personas con titularidades nuevas: usufructuario y nudo propietario del derecho de nuda propiedad, que tienen un contenido diferente al que corresponde a titulares de usufructo o nuda propiedad de cosas o derechos.

5.º Por el poder de intervención que confieren a su titular respecto a la cosa objeto del usufructo; el segundo usufructuario, por tener una simple expectativa, no tiene facultades para inmiscuirse en la forma de gozar la cosa utilizada por el usufructuario: si como consecuencia de ella teme resultar perjudicado en su futuro disfrute de la cosa, podrá exigir, llegado el momento oportuno, del nudo propietario la indemnización que pueda corresponderle, pues las relaciones son sólo con él, por no haber surgido aún derecho real que lo ponga en contacto directo con la cosa; en cambio, el usufructuario de la nuda propiedad, como tiene el goce actual de ésta, puede ejercitar los derechos que como a tal le correspondan sin necesidad de recurrir a la intervención del que sólo tiene una nuda propiedad limitada por la existencia del usufructo que sobre ella se ha establecido.

Todas éstas son razones más que suficientes para poner de manifiesto las fundamentales diferencias entre las dos figuras de que nos ocupamos, y que demuestran no es ocioso el intento de configurar el usufructo de la nuda propiedad como derecho de contenido específico, con fines propios que cumplir en la vida jurídica, y entidad distinta a la de un segundo usufructo constituido sobre la cosa objeto del derecho de nuda propiedad.

2. *Diferencias del usufructo de la nuda propiedad con el usufructo de acciones para reclamar predios y derechos reales.*

Otro procedimiento con el que se podrían alcanzar resultados parecidos a los que proporciona el usufructo de la nuda propiedad, sin recurrir a su utilización, es el usufructo de una acción para reclamar un predio o derecho real que se regula en el artículo 486 del Código civil.

Según esto, podría considerarse al usufructuario de un patrimonio del cual forma parte un derecho de nuda propiedad, y por lo que se refiere a la titularidad sobre ella, como beneficiario del usufructo de una acción real encaminada a consolidar el dominio cuando ocurra la extinción del usufructo que la limita.

Deriva esta apreciación de considerar a la nuda propiedad como una acción que persigue, mediante su ejercicio, atraer a sí el goce de los bienes que queda vacante por desaparecer el anterior usufructo; y la identificación con el usufructo de la nuda propiedad, aunque sólo sea a los efectos públicos, parece basarse, por una parte, en que el resultado práctico a que llegan ambas instituciones es el mismo, puesto que las dos proporcionarán a su titular el disfrute de los bienes que actualmente están gravados con el usufructo, y por otra, en la ventaja que supone la regulación legal expresa del usufructo de acciones para reclamar predios o derechos reales, frente a la relativa inseguridad respecto a la admisión del usufructo de la nuda propiedad, tenida cuenta del criterio contrario a la misma mantenido por la Dirección General de los Registros.

Pero es de notar que para poder admitir esta equiparación con su corolario de indiferencia en cuanto a la adopción de uno u otro procedimiento, se hace preciso partir de la base de que nuda propiedad y acción para lograr la consolidación del dominio pleno son una misma cosa, y esto es completamente inadmisibile. En efecto, no es necesario profundizar demasiado en el concepto de la nuda propiedad para que aparezca de forma patente que su contenido no se limita a una mera capacidad pasiva de consolidación para cuando se extinga el usufructo; por el contrario, hemos tenido ocasión de ver reiteradas veces a lo largo de este estudio que la nuda propiedad es bastante más que eso, puesto que conserva, en principio, todas las facultades del dominio que no vengán atribuidas al usufructuario, cuyo derecho marca el límite de aquélla, que por lo demás concede a su titular una extensa gama de facultades de la más diversa índole.

Y no cabe duda, por esto, de que el usufructuario de la nuda propiedad y el de una acción tiene derechos de alcance muy distintos, y de que en modo alguno puede resultar indiferente a una persona que le sea atribuido uno u otro: así, mientras el de la nuda propiedad tiene un usufructo que le puede proporcionar ventajas efectivas desde el mismo momento de su constitución, sin necesidad de esperar a la extinción del usufructo que grava los bienes, el de una acción implica

la necesidad de ejercerla en juicio, y únicamente cuando su resultado sea favorable, "si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario" (art. 486).

Además, hay un punto fundamental de diferencia—aparte ya de las importantísimas que se derivan de la distinta naturaleza de ambas instituciones—en cuanto el usufructuario de la nuda propiedad está facultado desde el instante mismo de constituirse el derecho a su favor, para detraer de forma directa e inmediata las ventajas que su derecho le suponga, mientras que el usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real debe recabar la ayuda del nudo propietario a la hora de su ejercicio, disponiendo el Código a este respecto que el usufructuario tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga" (art. 486).

A la vista de esta circunstancia, se ha observado que el faltar la relación directa entre el sujeto (usufructuario en este caso) y el objeto (la acción), falta el elemento interno del derecho real, por lo que "nos encontramos ante una mera relación obligatoria en que el usufructuario (acreedor) puede exigir del propietario (deudor) una prestación consistente o en el ejercicio de la acción o en la concesión de la representación para ejercitarla él mismo, un verdadero caso de obligación con facultad alternativa: "uno in obligatione et plures in solutione" (65).

Pero aun prescindiendo de que esta especialidad desvirtúe el carácter de derecho real del usufructo de acciones, es lo cierto que entraña una profunda diferencia con el de la nuda propiedad de que aquí nos venimos ocupando, suficiente para que haya de rechazarse la identificación y su consecuencia de la posibilidad de sustituir una por otra, ya que ni su naturaleza, ni su contenido, ni su procedimiento, ni aun sus resultados prácticos, son los mismos, de tal forma que nada autoriza esa identificación.

(65) Cossío, *El usufructo de acciones del art. 486 de nuestro Código civil*, en "R. Cr. D. Imm.", IX (1933), págs. 896 y ss.

Glosas al § 3.º del art. 10 del Código civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Art. 10, § 3.º: *Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, Tít. 20 del Fuero de Vizcaya.*

I. «*Los vizcaínos...*»

El sujeto de la única oración gramatical contenida en el párrafo comentado son los *vizcaínos*. ¿Qué entiende este párrafo del Código civil por vizcaínos? ¿Tendrá el mismo criterio del artículo 15 de la vecindad civil o habrá que acudir al *ius sanguinis* y al *ius soli* de acuerdo con lo dispuesto para la nacionalidad, prescindiendo de la específica y rápida manera de ganar y perder la regionalidad del artículo 15? Se han planteado ante el Tribunal Supremo cuestiones relativas a vizcaínos de origen que habían dejado transcurrir los diez años de residencia en provincias de Derecho común, previstos en el número 3 del artículo 15 del Código civil, sin hacer en el Registro civil la declaración en contrario prevenida en el artículo. Las sentencias que las decidieron aplicar este precepto (sentencias de 1 de abril de 1891 y 21 de enero de 1958), en uno u otro sentido según se habían dado o no los requisitos para perderla. Y, a la inversa, la condición vizcaína se adquiere por vecindad con arreglo a las mismas reglas (sentencias de 23 de diciembre de 1904 y 6 de junio de 1927).

(*) Nos hemos sentido inducidos a publicar las presentes glosas con motivo de aparecer en este mismo número del ANUARIO DE DERECHO CIVIL una interesantísima exposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a Vizcaya, interpretada por el abogado bilbaíno Francisco Javier de Arcillona y Landesa, conforme los cánones correctos de relacionar el supuesto de hecho con el fallo sin supervelar fragmentos de considerandos como suele hacerse. Y también los recientes trabajos sobre la materia de Angel Sánchez de la Torre, de los cuales pensamos ocuparnos en otra ocasión con especial detalle. Estas glosas nuestras no son más que una modesta visión sintética de los principales problemas que han querido relacionarse con la interpretación del precepto enunciada con visión discrepante en buena parte de la propugnada por los referidos trabajos.

Pero es sabido que jurídicamente existen dos clases de vizcaínos: los de las villas y los de la tierra llana o infanzona, sujetos éstos al Fuero de Vizcaya y aquéllos al Código civil con la excepción expresada en el § 3.º del artículo 10. Es decir, hay unos vizcaínos aforados y otros que no lo son excepto con respecto a la aplicación de la ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana.

El sujeto de la disposición del § 3.º, artículo 10 del Código civil son los vizcaínos de las villas. Sería redundante referir la norma a los aforados.

II. «... aunque residan en las villas...»

Este inciso aclara la determinación del sujeto antes expresada. Ahora bien, el único sentido que puede atribuírsele es éste de matizar su referencia a los vizcaínos no aforados. No olvidemos que pueden existir vizcaínos aforados residentes fuera de la tierra llana y no sólo en las villas, sino incluso en el extranjero o en territorios forales distintos o de Derecho común que conservarán su condición foral vizcaína, aunque estos últimos tan sólo en caso de cumplir los requisitos del segundo párrafo del número 3.º del artículo 15 del Código civil. Paralelamente no faltarán vizcaínos de la tierra llana que vivan en las villas y que conforme las reglas del artículo 15 del Código conserven su condición infanzona de aforados o que la pierdan con arreglo a las mismas (sentencia 11 noviembre 1902). Los residentes en el extranjero, mientras conserven su nacionalidad española, conservarán la condición civil que tenían al salir de España, sea de aforados (sentencias 18 marzo 1925, 26 enero 1928) o de vizcaínos de las villas. Estas son las consecuencia que, directamente o a contrario sensu, se deducen de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo acerca de esta materia.

De ella misma y en perfecta concordancia con este criterio, resulta que los vizcaínos de las villas, aunque residan en el extranjero o en territorio de Derecho común, éstos mientras no hayan perdido su condición por el transcurso del tiempo previsto en el artículo 15 del Código civil, están sujetos respecto a los bienes que posean en la tierra llana a la referida ley 15, título 20 del Fuero.

III. «... seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana...»

Nuestra glosa a esta palabras ha de desdoblarse en dos aspectos: uno relativo a la doctrina estatutaria y otro a la determinación de los bienes a que se refiere el precepto del Código en relación con la repetida ley 15 del Fuero.

A) *Aspecto estatutario.*—Es necesario observar que el artículo 10 aplica sucesivamente, en su § 1.º el estatuto personal para

los bienes muebles y el real para los inmuebles, y en su § 2.º exceptúa ese criterio real para las sucesiones *legítimas y testamentarias* a las que aplica el estatuto personal del causante. No obstante, en su § 3.º, sienta una subexcepción que, a su vez, exceptúa la excepción del § 2.º para los vizcaínos de las villas respecto los bienes por ellos poseídos en la tierra llana.

Antes del Código civil, el estatuto real se aplicaba en Vizcaya a los bienes raíces, tanto en materia de transmisión *inter vivos* como en la *mortis causa*, sin excepción por razón de regionalidad o nacionalidad del causante (sentencia 8 junio 1874). Hoy no ha variado el criterio para las transmisiones *inter vivos* a título oneroso—con arreglo al estatuto real aplicado a los inmuebles en el § 1.º del artículo 10 del Código civil—, en virtud de lo cual el derecho de compra o retracto gentilicio de los tronqueros actúa sobre los bienes raíces de la tierra llana, cualquiera que sea la nacionalidad o regionalidad del vendedor y comprador (sentencia 4 julio 1955). En cambio, en los supuestos sucesorios «*mortis causa*»—y también para las donaciones debe entenderse así—*el estatuto real sólo se aplica a los vizcaínos*. Estos, aunque sean de las villas, no pueden disponer por testamento ni donación de sus bienes de la tierra llana si no es respetando la ley 15 del título 20 del Fuero, y su sucesión se rige, en virtud de este precepto, por el Fuero de Vizcaya (sentencias 11 noviembre 1902, 27 enero 1913).

Esa excepción no juega respecto a los extranjeros y a los españoles—de régimen común o foral distinto—que no sean vizcaínos. No obstante, en el terreno constituyente, creemos que debe juzgarse desfavorablemente esta no inclusión en la excepción en los casos en que *vivan en la propia tierra llana* descendientes, ascendientes o proñincos colaterales tronqueros del que civilmente no sea vizcaíno (bien por no serlo de origen o por haberlo dejado de ser por caducidad del plazo de diez años del número 3.º del artículo 15 del Código civil sin haber cumplido los requisitos previstos en el mismo para no cambiar de regionalidad pese al transcurso del tiempo de residencia en territorio de distinto régimen civil).

B) *Concepto de bienes raíces con relación al § 3.º, artículo 10 y la ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya*.—Entre los autores vizcaínos se ha discutido el concepto de bienes raíces a efectos del retracto familiar y de la legítima foral. ¿Lo son sólo los inmuebles troncales o también los comprados? La cuestión repercute, sin duda, en la ley 15 a través de lo dispuesto en la ley 16 del mismo título 20 y pende en el artículo 10, § 3.º del Código civil.

No hay duda que los inmuebles comprados a parientes son raíces como si se hubiesen heredado al pariente vendedor. Pero *quid* los comprados a extraños.

Quizá, previamente, para responder esta cuestión, convenga sentar alguna distinción paralela a la que existió entre los bienes

de *abolengo* y de *patrimonio o parentela*: a los primeros tenían derecho todos los descendientes del abuelo; a los segundos únicamente los descendientes del padre. Y recordar también la diferencia entre la *troncalidad simple*, que sólo atiende al parentesco con el padre o la madre, según la fórmula «*paterna paternis, materna maternis*», y la *troncalidad pura*, según la cual para tener derecho troncal a los bienes se requiere que se sea descendiente de un familiar que haya sido titular de los bienes cuestionados.

De ese modo hay que comenzar por distinguir bienes raíces troncales y bienes raíces comprados a extraños por el causante.

Respecto a estos bienes comprados, los parientes colaterales no tienen derecho alguno; pero, en cambio, debe aplicárseles las legítimas a favor de los descendientes y los ascendientes. Ese es el criterio que parece ortodoxo, atendido el origen de la ley 16. Tales bienes raíces comprados a extraños no puede ser computados en el quinto disponible en bienes muebles, cuando el causante tenga descendientes o ascendientes con derecho a la legítima troncal. Los colaterales no tienen derecho alguno a ellos por no tratarse de bienes troncales (sentencias 27 diciembre 1895 y 10 marzo 1914). E igual criterio debe seguirse en materia de derecho de compra, del que carecerán los colaterales, pero podrán ejercitar descendientes y ascendientes. En sentencia de 4 de julio de 1955 se reconoció ese derecho de compra o retracto troncal a un nieto por razón de una opción de compra concedida por su abuelo de bienes que éste y su esposa habían comprado a extraños.

En este sentido los raíces de la tierra llana comprados están comprendidos en el § 3.º del artículo 10 del Código civil cuando el causante que sea vizcaíno de las villas deje descendientes o ascendientes. La legítima vizcaína y la libre elección de heredero entre los componentes de una de las dos categorías preferentes—descendientes y, en su defecto, ascendientes—se aplicará a la sucesión de dichos bienes en lugar de las reglas del Código civil.

Si sólo son parientes tronqueros los de la línea familiar de procedencia de los bienes, resultará que cuando se trate de bienes que no sean procedentes de la familia, indudablemente y por definición, con referencia a estos bienes, no podrán existir parientes tronqueros que puedan reclamar la legítima o, en su caso, impugnar donaciones o ejercitar el retracto. Este es el criterio impuesto en la troncalidad pura que, según Pedro Echevarría y Goiri, requiere coincidencia genealógica de personas y bienes. Y es el criterio seguido en las sentencias de 23 de febrero de 1866 y 25 de abril de 1868 frente al de la troncalidad simple de la sentencia de 27 de enero de 1913, que aplicó la regla *materna maternis*, considerando propiamente tronqueros a parientes de la madre del causante que no descendían de ésta, respecto a bienes que dicha madre del causante había adquirido por compra a un extraño, y que,

por lo tanto, no habían sido nunca de ningún ascendiente de dichos colaterales.

Pero *si no todos los raíces de la tierra llana son troncales tampoco todos los inmuebles de la tierra llana son raíces, por lo menos a efectos de las cuestionadas leyes 15 y 16. La finalidad primordial del Fuero vizcaíno es la defensa de la unidad e integridad del caserío y «sus pertenecidos» y, en lo posible, de su perpetuación a través de la misma familia troncal.* El Fuero de Vizcaya pensó en los bienes rústicos de la tierra llana e indudablemente no se planteó siquiera el problema de las minas. Su *ratio* no es aplicable a las minas, bienes inmuebles según el artículo 334, pero no raíces con relación al Fuero de Vizcaya y que, por lo tanto, si el causante es vizcaíno de las villas no estarán incluidas en la ley 15 del Fuero y se regularán por el Código civil, incluso en cuanto las obligaciones legitimarias del causante (sentencias 23 febrero 1882, 26 enero 1885, 23 diciembre 1885 y 14 abril 1886). Lo mismo podría defenderse, con este criterio, respecto los solares o las villas de recreo.

IV. «... a la ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya.»

Esta llamada no ha dejado de suscitar problemas. Principalmente en relación a la vigencia de la sucesión intestada regulada en la ley 8 del título 21 del mismo Fuero.

La cuestión se sale en parte de la mera glosa del párrafo de que nos ocupamos, pero hay que examinarla en toda su extensión si queremos agotar su análisis. Para plantearla debidamente es precisos formular las siguientes preguntas:

1.ª ¿Es admisible el criterio, predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que la Ley de Mostrencos derogó las disposiciones forales sobre sucesión intestada y, por lo tanto, que el Código civil rige íntegramente esta materia?

2.ª ¿Es argumento el § 3.º del artículo 10 en favor de la vigencia en Vizcaya de la sucesión intestada troncal regulada en la ley 8 del título 21 del Fuero en cuanto a los bienes raíces ubicados en la tierra llana y pertenecientes a vizcaínos?

3.ª ¿La sucesión forzosa del Fuero afecta, en virtud de dicho § 3.º del artículo 10 del Código civil, a la sucesión intestada de los vizcaínos de modo que la legítima foral con respecto a los bienes raíces troncales de la tierra llana excluye las normas del Código civil reguladoras de la sucesión intestada?

Muy brevemente responderemos las tres preguntas.

a) *El Tribunal Supremo infringe no sólo el artículo 12 del Código civil, sino también el artículo 5.º y el párrafo 2.º del artículo 6.º del mismo Código cada vez que aplica a las regiones forales las reglas del Código civil reguladoras de la sucesión intestada.*

La Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835 respetó las leyes vigentes sobre sucesión intestada y, por lo tanto, las forales, según claramente resulta de las discusiones que precedieron a su publicación y del mismo texto de su ley. Así leemos en ella: En el primer apartado del artículo 2.º: «Corresponden al Estado los bienes de los que mueren o hayan muerto intestado, *sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes.*» En el artículo 16: «Responderá también [la Dirección de los ramos de Amortización] a las acciones *que con arreglo a las leyes comunes* [es decir, las civiles] *se entablen contra los bienes que hubiere adquirido...*» En el artículo 26: «Quedan derogadas *todas las leyes, ordenanzas e instrucciones sobre mostrencos*» [sin añadir otra ley alguna y, por lo tanto, ninguna disposición civil, común ni foral].

Por eso un autor al que no es posible tachar de enemigo de la unificación legislativa, como Federico de Castro (*Derecho civil de España, Parte general*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 279, nota 9) ha escrito que: «La Ley de 1835, ni por su letra ni por su fin regulaba la sucesión *ab intestato*. La solución judicial es totalmente injustificada.»

Pero, además, queda demostrado, a mayor abundamiento, que el Tribunal Supremo en este punto incide en palmarios errores, con datos evidentes que nos prueban que, al promulgarse el Código civil, se hallaban vigentes las disposiciones forales sobre sucesión intestada y, por ende, su no derogación por la Ley de 1835. Tales datos los proporcionan:

1.º La jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo anterior al Código civil que sin excepción aplicó las disposiciones forales en esta materia. Nos contentamos con citar unas cuantas de las referentes a Cataluña, que son las sentencias de 1 de febrero de 1861, 14 de septiembre de 1866, 25 de enero de 1870, 27 de noviembre de 1872, 24 de diciembre de 1874 y 10 de julio de 1877.

2.º La referencia a su vigencia, indiscutida en la Comisión codificadora, que resulta de la exposición del mismo Alonso Martínez (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2.ª ed., Madrid, 1947, pág. 239), quien después de exponer su criterio sobre el verdadero fundamento de la sucesión intestada declara: «Una vez demostrada esta tesis recordemos el derecho *hoy vigente en las provincias de régimen foral*, cuyas leyes, usos y costumbres consagran en esta materia el principio troncal, y anunció el carácter conciliador de los representantes forales como *«esperanza de llegar a la unidad»*.

Hay que observar que los representantes forales no tuvieron que discutir porque no se planteó la cuestión de esa derogación de sus leyes por la de Mostrencos, que el Tribunal Supremo inventó más de medio siglo después de la fecha de esa ley. Así vemos cómo Durán y Bas en su *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil en Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º*

del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 (Barcelona, 1883, pág. 257 y sigs.) sólo se ocupa de la Ley de 1835 por lo que se refiere al llamamiento del Estado después de los parientes de décimo grado, a si debía entenderse llamado el cónyuge superviviente después de los colaterales de cuarto grado y no en el lugar señalado por el edicto *Unde vir et uxor*, y a la inclusión de los hijos naturales legalmente reconocidos (pág. 271).

Concretamente, en la *Memoria sobre las instituciones civiles de Vizcaya que debían continuar vigentes*, que Manuel de Lecanda, vocal de la Comisión general de Codificación, elevó a ésta (fué publicada precediendo la obra de la Biblioteca Judicial, *Derecho civil vigente en Vizcaya*, Madrid, 1888, pág. 14), dió por vigente la ley 8 del título 21 y propuso que en lo sucesivo sólo continuara en vigor respecto a los bienes troncales, al afirmar que «sólo debe conservarse de ella la parte que dispone que en la sucesión de abintestato de los bienes raíces heredan los parientes más próximos de aquella línea de que procedan los bienes excluyendo a los otros parientes, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante». Y Alonso Martínez (op. cit., págs. 432 y sigs.) mostró su conformidad al criterio de Lecanda de que continuase en vigor la ley 8 del título 21 en cuanto a la sucesión intestada troncal de los inmuebles de la tierra llana.

3.º El propio legislador al aprobar el Apéndice Aragonés por Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925, en el que fué regulada la sucesión intestada en los artículos 34 al 42, ya que según el artículo 6.º de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888 los Apéndices forales sólo deben contener «las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias donde hoy existen».

Ante estos argumentos resulta con evidencia que el Tribunal Supremo infringe los artículos 5, 6 y 12 Código civil, cada vez que desestima la aplicación de alguna norma foral reguladora de la sucesión intestada. Las rotundas afirmaciones de la sentencia de 1 de febrero de 1958, referentes a Navarra, resulta penoso leerlas. Parece que este fallo prefiere imponer su voluntad antes que cumplir unas leyes no derogadas ni derogables más que por otras leyes posteriores y que, con tal de no rectificar, opta por continuar repitiendo una argumentación totalmente insostenible (1). Sin per-

(1) La ley, según la definición de Santo Tomás de Aquino, es *ordenación racional* al bien común. Pero el hecho de que frecuentemente los legisladores no hayan atendido a ese requisito de esencia ha dado lugar a que algún autor (Frankenstein) haya distinguido el *Recht*, *rectum*, *diritto*, *droit*, *derecho*, de una parte, y el *Gesetz*, *law*, *lex*, *legge*, *loi*, *ley*: El derecho fundado en una convicción o juicio de juricidad o justicia y la ley fundada en la voluntad estatal. Desde este punto de vista el Tribunal Supremo es el órgano más elevado de expresión del derecho, emitido como convicción de juricidad, como juicio racional, que en el campo de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad.

Pero parece que la sentencia de 1 de febrero de 1958 valora a la in-

juicio de que personalmente entendamos que al aprobarse las compilaciones forales, únicamente convendría conservar la sucesión intestada propiamente troncal, aplicando en lo demás el Código civil.

b) *La ley 15 título 20 del Fuero de Vizcaya aplica el principio, que da por previamente sentado, «que toda la tal rayz, que tuviere [el vecino de las villas de Vizcaya] en la tierra llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condición y calidad, Privilegio y Fuero, que la otra rayz que poseen los vizcaínos de la tierra llana troncal».*

Siendo así los vizcaínos de las villas deberán regirse en cuanto a los bienes raíces que posean en la tierra llana por el régimen intestado troncal de la ley 8 del título 21, del Fuero de Vizcaya.

Ese criterio fué aplicado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de noviembre de 1902, que la razonó en su tercer considerando, al decir: «que al declarar la Audiencia de Burgos que era preciso aplicar a la sucesión de don S. U. las disposiciones del Código civil, y declarar en consecuencia..., que son herederos universales *ab intestato* por partes iguales don..., don... [etc], con exclusión respecto de los bienes raíces de la tierra llana de los tronqueros que se encuentran en grado más lejano, ha cometido las infracciones alegadas en el segundo motivo del recurso, porque según lo preceptuado en el último párrafo del artículo 10 del Código, en relación con la ley 15 del título 20 del Fuero de Vizcaya, los bienes que don U. S. tuviese en la tierra llana deben ser heredados por los parientes que están en la línea de donde los bienes proceden, estando dentro del sexto grado, con preferencia a los que no se encuentran en este caso, aun cuando sean deudos más cerca-

versa mayormente el poder de voluntad impuesta que el peso de la razón, de la que es órgano supremo, puesto que la deja a un lado mientras usa de aquel poder de voluntad, que es función de otros órganos estatales.

Decimos esto por causa de lo que se lee en el tercer considerando de esta sentencia en sus tres argumentos. En el primero proclama su jurisprudencia fuente del derecho, pero no de un derecho creado a través de lograr una convicción, sino imponiendo su voluntad, en este caso en contravención no sólo de los artículos 5.º y 6.º del Código civil, sino también por aplicación indebida, por no respetar el Tribunal la prelación establecida en el artículo 6.º del Código civil de los artículos 1.687, 1.692 y 1.782 de la D. E. C. En el argumento segundo infringe el artículo 12 del Código civil, y en el argumento tercero se olvida de las sentencias, muy anteriores al período republicano, de 16 de abril de 1898, que declaró subsistente la sucesión troncal de los impúberes en Cataluña, de 11 de noviembre de 1902, que aplicó la sucesión intestada vizcaína de los bienes troncales de la tierra llana, de 27 de enero de 1913, que corroboró la anterior, y de 11 de febrero de 1929 que hizo igual declaración que la de 1902 (si bien esta de 1929 no aplicó efectivamente la doctrina como hiciera la de 1902, porque aceptó la validez del testamento discutido con lo cual no hubo lugar a la sucesión intestada).

Es más de lamentar esa imposición de la voluntad sobre la razón por cuanto la realiza el más alto órgano de la razón jurídica. Cuanto más convencen los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo mayor será su

nos, cual preceptúa la ley 8 del título 21». Obsérvese que esta sentencia concedió los bienes a tronqueros de quinto grado de parentesco, en virtud de la ley 8 del título 21, es decir, aplicó la sucesión intestada y no las legítimas de los tronqueros que no alcanzarían a los más alejados del cuarto grado según la ley 18 del título 20.

La sentencia de 27 de enero de 1913, apoyada en la de 11 de noviembre de 1902 y refiriéndose a la misma sucesión, consideró aplicable la citada ley 8 del título 21.

Y la sentencia de 11 de febrero de 1929, aunque no dió lugar a la sucesión intestada por rechazar la nulidad del testamento alegada, desechó en su primer considerando la afirmación de un recurrente de que no rige el Fuero de Vizcaya para la sucesión ab intestato sino el Código civil, «toda vez que este Tribunal Supremo en nada ha alterado ni desconocido el orden de suceder establecido respecto los bienes troncales en dicho Fuero, que constantemente ha aplicado, ni menos podría sostenerse después de la vigencia del mencionado Código, que expresamente dispone en el último párrafo del artículo 10 que los vizcaínos seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra la ley 15, título 20 del repetido Fuero» (2).

Recientemente, en el primero de sus considerandos, la sentencia 10 diciembre 1958 ha dicho que «sólo el propio Código civil es de aplicación a la sucesión intestada en su integridad en todo el territorio nacional, excepto en sus casos especiales, Aragón y Vizcaya,...

En cambio, la sentencia de 31 de enero de 1950, que declaró heredero abintestato de bienes troncales al cónyuge viudo, rechazando la reclamación de los profincos colaterales, estimó aplicable a la tierra llana vizcaína las disposiciones en este punto del Código civil, por entender que consideradas derogadas por la ley de Mostrencos las reglas de la sucesión intestada de las demás legislaciones forales y aplicable a éstas las del Código civil, «no existe razón alguna para exceptuar de ellas a Vizcaya». Pero en esa sentencia no se planteó la razón, invocada en las anteriores sentencias, de lo dispuesto en el § 3 del artículo 10 del Código. Esta razón ha sido discutida por la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953 y por los autores que hemos citado en la nota inicial del presente trabajo.

Según dicha Sentencia de la Audiencia de Burgos la ley 15 del título 20 del Fuero y, por tanto, tampoco el § 3.º del artículo 10 del Código se refieren a la sucesión intestada, por entender que «de los términos en que aparece redactado este precepto foral y

prestigio, que ha de basarse en una superioridad racional y no en la alegación de su poder decisorio resultante de su situación orgánica. Esta le invade de su fuerza, pero es su razón y su poder de convicción la que marca la medida de su prestigio.

(2) Notemos que la sentencia de 4 de junio de 1955 aplicó el 811 a Vizcaya como derecho supletorio, pero no como pieza de sucesión intestada.

del epígrafe del mismo en que se dice que «*los vecinos de las villas, que tuvieran bienes en la tierra llana, guarden el fuero en disponer de ellos*», claramente se deduce que *se refiere a la facultad de disposición por actos inter vivos o mortis causa de los bienes sitos en la tierra llana, por parte de los vizcaínos de las villas*, pues como el derecho foral sólo se aplica en Vizcaya en el territorio llamado anteiglesia, o tierra llana o infanzonado, pero no en las villas o ciudades, la referida ley quince vino a resolver (según ella misma dice) las dudas de si los vizcaínos vecinos de las villas podían disponer de los bienes troncales sitos en la tierra llana según que de los otros que no son troncales, inspirándose en el principio territorial, y como esto representa una excepción al criterio general de la ley personal del *de cuius* que rige en todo lo concerniente al derecho material de la sucesión que consagra el párrafo 2.º del artículo 10, el Código tuvo que recoger dicha excepción en el párrafo final del propio texto legal, *que ha de aplicarse en el supuesto de la sucesión testamentaria a que se refiere la ley 15 del título XX del Fuero de Vizcaya, pero que resulta inoperante en el presente caso, puesto que se trata de sucesión legítima, y en ella han de aplicarse..., los preceptos del Código civil*».

Hemos dicho antes que no estamos conformes con ninguna de las razones alegadas por el Tribunal Supremo en cuanto se refiere a la aplicación del Código civil a la sucesión intestada foral. Pero, aun cuando fuera así, también estimaríamos que la sucesión intestada de los bienes raíces de la tierra llana, aunque perteneciesen a vizcaínos de las villas, seguiría regida por la ley 18 título 21 del Fuero, pues razón para ello nos da la propia ley 15 del título 20.

Es cierto que ésta plantea la cuestión de si un vizcaíno de una villa puede disponer de los bienes y heredades troncales que posea en la tierra llana sin las limitaciones establecidas en el Fuero (derecho de compra de los parientes o retracto gentilicio, en caso de disponer *inter vivos* a título oneroso —ley 6 título 17— o legítima foral si se trata de donación o de disposición *mortis causa* —leyes 11, 13, 14 y 18 del título 20 y leyes 5 y 7 del título 21), pero para resolver este supuesto, la ley 15 del título 20 empezó formulando una regla más general, y así, después del planteamiento del problema, ordenó sucesivamente: primero, una regla general y, después, otra especial como aplicación de aquélla, que concretamente resolvió la pregunta formulada.

Veamos esas dos reglas contenidas en la parte dispositiva de la ley 15 del título 20, que comienza —su disposición— con estas palabras: «*Por ende, discieron: Que ordenaban y ordenaron, que el tal Vecino de Villa...*».

Primera, norma general: «*Que toda la rayz, que tuviere en la tierra llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condición, y calidad, Privilegio y Fuero, que la otra rayz, que poseen los Vizcaynos de la tierra llana troncal*».

Segunda, norma específica, corolario de la anterior, que resuel-

ve la cuestión formulada: «y tal, que en vida, y en muerte pueda disponer el Vizcayno, Vecino de la tierra llana: Y sean admitidos para la tal raxz los tronqueros profincos, como, y según se admiten en los bienes que poseen, vendan, y manden los Vizcayos, Vecinos de la tierra-llana».

Creemos que la norma general abarca claramente tanto la disposición como la sucesión intestada de los bienes raíces que los vizcaínos de las villas tengan en la tierra llana, sometiéndolos a la troncalidad del Fuero. Esta afirmación de la ley, que no puede ser más general, no hay posibilidad de limitarla sin restringir su letra y contrariar su *ratio* que no puede ser diferente para una y otra sucesión.

Es erróneo, pues, afirmar que la disposición estatutaria de la ley 15 no es aplicable a la sucesión intestada de los bienes raíces que los vizcaínos de las villas tengan en la tierra llana. *Es cierto que el problema que su preámbulo plantea es más concreto, pero también lo es que para resolverlo, se formula ante todo una regla general de estatuto real para los bienes raíces en la tierra llana de los vizcaínos de las villas.* No entenderlo así sería tanto como confundir el valor de los principios y razones legales con los considerandos de las sentencias, sin ver que lo que en éstas no es más que una explicación del fallo, es en aquéllas el espíritu, el alma, de la norma, base y fundamento de su interpretación.

Si a los vizcaínos de las villas debe aplicárseles las normas forales de la sucesión intestada troncal de la ley 8 del título 21, en cuanto a los bienes raíces que tengan en la tierra llana, es prueba que nos confirma que estas reglas, con mayor razón, son aplicables a los vizcaínos de la tierra llana respecto a los bienes de esta misma clase que en las anteiglesias posean.

c) *La sucesión forzosa del Fuero que, en virtud del § 3.º del artículo 10 Código civil en relación con la ley 15 título 20, afecta a los vizcaínos de las villas en cuanto a sus bienes raíces de la tierra llana, excluiría la aplicación de la sucesión intestada, del Código civil respecto a dichos bienes.*

Es sabido que las legítimas se imponen a la voluntad formalmente expresa del causante, por tanto, con mayor razón, han de ser aplicadas si falta la expresión de esa voluntad ¿Cómo sería posible entender que aquello que la ley prohíbe al testador, por una razón considerada de derecho necesario, deba tener lugar cuando falta la voluntad expresa del causante? Admitirlo sería aceptar un criterio de contradicción legal totalmente absurdo. Resultaría que lo vedado a la voluntad expresa, para poder conseguirlo bastaría con dejar discurrir el intestado.

Evidentemente, pues, la legítima se debe aplicar e imponer y de hecho se aplica e impone a la sucesión intestada (3). Prueba de ello,

(3) Como ha escrito JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, co-*

es la reducción de las donaciones inoficiosas otorgadas por quien haya fallecido sin testar (ver en el Código civil el art. 1.036, en relación con los 1.037, 636 y 654). Y también resulta, en el mismo Código, por el hecho de que las legítimas de los hijos naturales y del cónyuge viudo (únicas que podrían hallarse en contradicción con sus llamamientos *ab intestato*) se aplican igualmente a la sucesión intestada (arts. 942 y 953, y, aunque el Código no lo diga, evidentemente debe aplicarse igual doctrina en la sucesión intestada cuando el cónyuge concurre con descendientes o ascendientes, como lo han hecho las Resoluciones de 14 de junio de 1897 y 6 de noviembre de 1912).

Igual ha de ocurrir en la sucesión troncal vizcaína. Si un causante no puede disponer de bienes raíces de abolengo paterno a favor de sus tíos maternos, si tiene como profincos tronqueros de esos bienes a primos hermanos por línea paterna —que podrían impugnar dicha disposición y reclamar tales bienes— sería absurdo entender que, en cambio, en caso de que no testara fueran preferidos para sucederle en dichos bienes precisamente aquellos mismos tíos a favor de los cuales no habría podido disponer válidamente.

Ahora bien, en Vizcaya la legítima colectiva de descendientes y ascendientes abarca todo el caudal excepto un quinto del mismo si este quinto cabe dentro del valor de los bienes muebles, y la de los profincos colaterales tronqueros comprende la totalidad de los bienes troncales. Por tanto, *la sucesión forzosa de los vizcaínos de las villas en cuanto a sus bienes en la tierra llana, absorberá totalmente la intestada de dichos bienes cuando concurren a ella descendientes o ascendientes, y cuando no concurren pero sí profincos colaterales tronqueros también aquélla absorberá a ésta aunque sólo con respecto a los bienes raíces de dicha tierra llana que sean de su respectivo tronco.*

Siendo esto así para los vizcaínos de las villas, resultaría absurdo que no fuera igual cuando esos bienes sean propiedad de vizcaínos de la propia tierra llana, o infanzona.

En resumen: la interpretación del § 3.º del artículo 10 del Código civil a que en esta glosa hemos llegado es la siguiente:

Como excepción al estatuto personal (ley del causante), aplicado por el § 2.º del Código civil a las sucesiones mortis causa, la sucesión de quien tenga la vecindad civil de vizcaíno de una villa, conforme al artículo 15 Código civil, aunque resida en territorio común, en el extranjero o en otro territorio foral distinto, si no ha perdido aquella vecindad civil, conforme al número 3 del propio artículo 15, y en cuanto a los bienes raíces, concretamente inmuebles rústicos por naturaleza —esencialmente los caseríos y «sus per-

mún y foral, 4.ª ed., Madrid, 1939, pág. 339): «Toda legítima es, por su naturaleza, un derecho que concede la ley independientemente de la voluntad del causante y, por lo tanto, no sólo en la sucesión testada, sino con mayor razón en la sucesión intestada.»

tenecidos»— *que posean en la tierra llana, se rige por las siguientes reglas (a través de la llamada a la ley 15 del título 20 del Fuero de Vizcaya):*

a) *Tienen los causantes libertad de elegir heredero único de dichos bienes, según las leyes 11 y 13 del título 20 del Fuero de Vizcaya, entre los descendientes, a falta de éstos entre los ascendientes, o en su defecto entre profincos colaterales tronqueros, pudiendo apartar a los demás en la forma establecida.*

b) *Están sujetas sus disposiciones gratuitas y mortis causa a la legítima colectiva (leyes 14 y 18 del tit. 20), de los descendientes o, en defecto de éstos, de los ascendientes, que comprenderá la totalidad de bienes raíces de la tierra llana aunque los hubiera comprado el causante; y, a falta de ascendientes y descendientes, si los bienes son de patrimonio sufrirán la legítima colectiva de sus hermanos —o de los descendientes de éstos— que sean de doble vínculo o de vínculo paterno o materno, según fuera el padre o la madre el adquirente de dichos bienes, y si los bienes fueran de abo-lengo en favor no sólo de los hermanos y sus descendientes de la línea del abuelo, sino de los tíos y primos de dicha línea, e incluso de los tíos abuelos que fueran hijos de un bisabuelo que hubiera sido dueño de los bienes.*

c) *Y les será aplicable, en cuanto a estos bienes, la sucesión intestada troncal de la ley 8 título 21 del Fuero.*

En el terreno constituyente, creemos que convendría extender la aplicación de este estatuto real imponiéndolo a cualquier persona (vizcaíno o no) español o extranjero, que en la tierra llana tuviera algún caserío (según el criterio del P. Luis Chalbaud y Erreazquín, S. J.), pero exclusivamente con relación a la sucesión forzosa o a la intestada de este caserío, en la misma forma expresada, pero limitando los derechos sucesorios de los profincos colaterales tronqueros solamente a favor de aquellos que siendo labradores vivían en el mismo valle donde radique el caserío o por lo menos en la provincia de Vizcaya.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI y José Luis LLORENTE

DERECHO CIVIL

I. Parte general

EL TIEMPO: DÍAS FESTIVOS: *El día 1 de mayo de cada año será inhábil a toda clase de efectos, tanto administrativos, judiciales, académicos y mercantiles como laborales.* (Presidencia del Gobierno. Orden de 20 de abril de 1959; «B. O.» del día 21.)

Se dicta esta Orden en uso de las facultades conferidas a la Presidencia del Gobierno por el artículo 9.º del Decreto de 23 de diciembre de 1957 sobre días inhábiles. (1).

II. Derecho de la persona

1. ASOCIACIONES E INSTITUCIONES RELIGIOSAS: PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y PERSONALIDAD: *Se regula el modo de acreditar la existencia y personalidad de las Asociaciones e Instituciones religiosas a que se refiere el artículo 4.º del Concordato.* (Justicia. Orden de 12 marzo 1959; «B. O.» del 16.)

1. Asociaciones e Instituciones comprendidas en el párrafo 1.º del artículo 4.º del Concordato (Entidades ya constituidas).—Podrán utilizar cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, bastando certificación de Autoridad eclesiástica competente, acreditativa de que la Entidad se halla constituida según el Derecho canónico y establecida en España a la entrada en vigor del Concordato (Art. 1.º).

2. Entes eclesiásticos comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 4.º del Concordato. (Entidades que se constituyan después de la entrada en vigor del Concordato).—«Acreditarán el reconocimiento de su personalidad mediante un certificado expedido por el Ministerio de Justicia, en el que conste que ha recibido la comunicación escrita de la Autoridad eclesiástica competente con el testimonio literal del Decreto de su erección o aprobación» (art. 2.º). De la comunicación y Decreto mencionados, la oficina receptora acusará recibo a la Autoridad eclesiástica comunicante y a la Institución o Asociación religiosa interesada. El registro y archivo de las comunicaciones y Decretos de erección y aprobación en el Ministerio de Justicia, radicarán en la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos (art. 3.º).

3. Capellanías y Fundaciones Pías a que se refiere el artículo 12 del Concordato.—Se registrarán por su legislación especial (Art. 7.º).

(1) Vid. A. D. C., t. XI, fasc. 1.º, págs. 260 y 261, y el Decreto de 24 de septiembre de 1958, en A. D. C., t. XI, fasc. 4.º, pág. 1189.

4. *Dudas acerca de si una Entidad está comprendida en el artículo 4.º del Concordato.*—El Ministerio de Justicia las expondrá por escrito a la Autoridad eclesiástica competente y a la Institución o Asociación interesada y, en su caso, en las certificaciones que se soliciten. Dicha exposición escrita deberá hacerse en el término de los treinta días siguientes al de la expedición del recibo mencionado en el artículo 3.º, en otro caso, del en que llegue a conocimiento del mismo la existencia de la Entidad. En los casos a que se refiere este artículo, el Ministerio de Justicia solicitará previo informe del de Gobernación.

2. (*) REGISTRO CIVIL: *Se aprueba con el carácter de definitivo el Reglamento del Registro civil.* (Justicia, Decreto 14 noviembre 1958; «BB. OO.» 11 y 31 diciembre 1958 y 21 enero 1959). (1).

A) EXPOSICIÓN.

I. Régimen Jurídico.

a) Ambito temporal.

1) *Vigencia.* Este Reglamento «comenzará a regir el 1 de enero de 1959» (artículo único del Decreto de promulgación).

2) *Derecho transitorio.*

1') «No requieren expediente de corrección los defectos meramente formales y las faltas en el modo de llevar los libros cuando unos y otras no se consideren tales en la nueva legislación» (Disp. trans. 9.ª, párrf. 1.º).

2') «Son eficaces los asientos basados en título suficiente, conforme a la nueva legislación, aunque no lo fuese según la antigua» (Disp. trans. 9.ª, párrf. 2.º).

3') *Procedimientos.*—«Si al regir la Ley del Registro Civil hubiera procedimientos emplazados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes en sus requisitos o tramitación de los establecidos por aquélla, podrán los interesados constituidos en parte unánimemente optar por el nuevo pro-

(*) En la "Exposición" que aquí se hace se ha seguido el mismo plan empleado al dar noticia de la ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 en este mismo ANUARIO, tomo X, fascículo 4.º, considerando el carácter complementario, para el desarrollo y ejecución de la ley, del Reglamento objeto del presente estudio. Por ello, es necesario tener en cuenta lo que entonces decíamos para la total comprensión de lo que ahora se escribe. Así se evitará el posible error de tomar por todo lo que es sólo parte.

(1) La disposición final segunda de la ley de 8 de junio de 1957 establecía el plazo de seis meses a partir de su publicación en el *Boletín Oficial* (se hizo el día 10 de junio) para aprobar el Reglamento del Registro Civil. Este plazo había de entenderse en función del comienzo de la vigencia de la ley (así se deduce de la propia redacción de esta disposición final). Y habiendo sido prorrogada la entrada en vigor de ella hasta 1 de enero de 1959 (Decretos-leyes de 11 de diciembre de 1957 y 20 de junio de 1958) no se ha incumplido el precepto legislativo. Por otra parte, el fundamento de la demora, según aparece en el Preámbulo del Reglamento, radica en la espera obligada a la publicación de la ley de 24 de abril de 1958 de reforma del Código civil, *sedes materiae* de la regulación sustantiva de la persona y de su estado civil.

cedimiento antes de que se dicte resolución sobre la cuestión ventilada. En defecto de opción se aplicarán las reglas de la legislación anterior» (Disp. trans. 10).

b) *Ambito espacial*.—«En las provincias africanas rige la legislación general, sin perjuicio de las disposiciones especiales sobre órganos del Registro y hechos inscribibles relativos a indígenas» (Disp. final 2.ª).

c) *Derecho supletorio*.—«En las actuaciones del Registro, son de aplicación supletoria las normas de jurisdicción voluntaria» (Art. 16).

II. Efectos: *Publicidad formal*.

a) *Medios*.

a') *Certificaciones*.

1) *Competencia*.—«El encargado, asistido, en su caso, del Secretario, es el único funcionario que puede certificar de los asientos del Registro. Está, además, obligado a informar a los interesados para facilitarles la publicidad registral» (Art. 17, párrf. 1.º).

2) *Legitimación*.—«El interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación» (art. 17, párrf. 2.º). Para obtener certificaciones no es necesaria la solicitud por escrito, excepto en los casos que determina el artículo 22.

3) *Clases*.—«Las certificaciones pueden ser positivas o negativas (2), y de asientos o de documentos archivados (3)». «Las positivas de asientos pueden ser literales (4) o en extracto» (5) (Art. 28, párrfs. 1.º y 2.º).

4) *Reglas especiales*.

1) *Certificaciones de nacimiento*.—La certificación en extracto de nacimiento ordinaria no da fe de la filiación. Esta certificación declarará que sólo da fe del hecho, fecha y lugar del nacimiento y del sexo del inscrito (Art. 29).

2) *Certificaciones que hacen fe de la filiación*.—En ellas se hará constar que se expiden para los asuntos en que las leyes directamente distinguen la clase de filiación, sin que sean admisibles a otros efectos (Art. 30).

b') *Libro de Familia y libro de Filiación*.

1) *Libro de familia*.—«Se abre con la certificación del matrimonio no secreto, y contiene sucesivas hojas destinadas a certificar el nacimiento de

(2) «Las (certificaciones) negativas de asientos o documentos archivados harán referencia, según lo solicitado, a un tiempo determinado o al transcurrido desde el establecimiento del Registro respectivo» (art. 34).

(3) «Las certificaciones positivas de documentos podrán ser totales o de particulares, y, unas y otras, literales, en relación o mixtas...» (artículo 33, a. p.).

(4) «Las (certificaciones) literales comprenden íntegramente los asientos a que se refieren, con indicación de las firmas (art. 28, párr. 3.º).

(5) «Las certificaciones en extracto u ordinarias, contienen los datos de que especialmente hace fe la inscripción correspondiente, según resulte de las inscripciones ulteriores modificativas, sin expresión de éstas, y, también, las notas marginales de referencia a las inscripciones o anotaciones de matrimonio, tutela, representación o defunción del nacido o a la de nacimiento» (art. 28, párr. 4.º).

los hijos habidos en él, de los legitimados por el vínculo y de los adoptados conjuntamente por ambos contrayentes, el fallecimiento de los cónyuges y la nulidad o separación del matrimonio» (Art. 36, párrf. 1.º).

2) Libro de Filiación.—En él «se certifica el nacimiento de los demás hijos adoptivos y de los naturales, así como el matrimonio o defunción del titular de la patria potestad» (Art. 36, párrf. 2.º).

3) *Reglas comunes a ambos.*

1') *Contenido.*—Además de los hechos antes consignados, «cualquier hecho que afecte a la patria potestad y la defunción de los hijos, ocurrida antes de la emancipación» (Art. 36, párrf. 3.º).

2') *Tiempo.*—«El titular del libro exigirá que en él se extiendan todas las certificaciones pertinentes inmediatamente de la inscripción. El Encargado del Registro velará, especialmente, por el cumplimiento de esta obligación» (Art. 39).

3') *Forma.*—«Los asientos-certificaciones son en extracto, sin transcripción de notas, y los de nacimiento, comprenden la filiación. Pueden rectificarse en virtud de ulterior asiento-certificación» (Art. 36, párrf. 4.º).

c') *Manifestación y examen.*—«Tendrá lugar a la hora más conveniente para el servicio y bajo la vigilancia del Encargado» (Art. 18).

d') *Nota simple informativa.*—«De lo mismo que puede certificarse se dará, sin garantía, nota simple informativa a quien lo solicite» (Art. 35).

b) *Limitaciones.*

1) *No se dará publicidad, sin autorización del Juez de Primera Instancia:* De la filiación ilegítima o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter, de la legitimación, del cambio del apellido Expósito u otros análogos, de la adopción cuando el adoptado lleva como primer apellido el del adoptante, de las causas de nulidad o separación de un matrimonio y de las de privación o suspensión de la patria potestad, del legajo de abortos y de los demás particulares a que se refiere el artículo 21. La autorización sólo se concederá a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización (Art. 21).

2) No obstante no requieren autorización judicial para obtener certificación las personas relacionadas en el artículo 22, en los supuestos a que el mismo artículo se refiere.

III. *Organización.*

a) *Coordinación.*—«Los órganos del Registro Civil se comunicarán directamente entre sí de oficio. La comunicación entre los Registros Consulares y los situados en España se transmitirá por el Registro Central y a través del Ministerio de Asuntos Exteriores» (Art. 1.º).

b) *Tipos de Registro Civil y funcionarios encargados de su servicio.*

1) *Registros Municipales.*

1') La distribución de servicios en las poblaciones con más de un Juzgado Municipal se determinará, teniendo en cuenta el movimiento de la población, por Decreto (art. 44).

2') En los Registros Municipales, el Juez de Paz actúa por delegación

del Encargado y en iguales facultades, salvo en los expedientes *y en la aprobación judicial de reconocimiento de filiación natural* (6). En su virtud extenderá las inscripciones dentro de plazo de nacimiento de hijos habidos en matrimonio, las ordinarias de defunción, las de matrimonio canónico mediante acta civil ordinaria y las notas marginales que no sean de rectificación o cancelación. No deberá extenderse ningún otro asiento, salvo en casos de urgente necesidad, sin recibir instrucción particular y por escrito del Encargado (art. 46).

2) *Registros Consulares y Registro Central.*

1') Habrá un Registro para cada demarcación consular; el Ministerio de Asuntos Exteriores comunicará al de Justicia los Consulados de España en el extranjero y su demarcación territorial» (art. 50).

2') Los Registros no municipales carecen de Secretario (art. 53).

c) *Competencia*

1) *Del Registro como institución nacional.*—«En el Registro constarán los hechos que afecten a españoles o naturales de las Provincias Africanas, aunque determinen la pérdida de su condición de tales o hayan acaecido antes de adquirirla. También se inscribirán los que afecten mediatamente a su estado civil. La duda sobre la nacionalidad del sujeto no es obstáculo para la inscripción del hecho. Tampoco lo es el no estar matriculado en el Consulado. También constarán los acaecidos en el curso de un viaje a bordo de naves españolas» (art. 66).

2) *Traslados.*—Sólo es posible trasladar las inscripciones una vez. Pueden pedir el traslado: de la de nacimiento, el nacido; de la de matrimonio, ambos cónyuges, de común acuerdo; o el sobreviviente, y de la de defunción, los herederos del difunto (art. 76).

IV. *Funcionamiento.*

a) *Disposiciones generales sobre el modo de llevar los Registros.*

1) *Lugar: Libros.*—En cada Registro se llevarán los libros correspondientes a las Secciones que comprende; el Diario y el del Personal y oficina (art. 98).

2) *Tiempo.*—Salvo justificadas razones de urgencia el despacho de asuntos se llevará a efecto a las horas de servicio, que se anunciarán en lugar visible al público. La inscripción de defunción se considerará siempre de urgencia» (art. 5).

3) *Forma.*—Firmarán dos testigos a ruego de quien debe y no sabe o no puede hacerlo. Rubricará los asientos y certificaciones el empleado que materialmente los extienda. Las diligencias serán fechadas y firmadas por el Encargado y por el Secretario, donde existiese (arts. 13, 14 y 15).

4) *Prueba.*—«La Oficina de presentación dará al peticionario, si éste lo pidiera, justificante de haberse formulado verbal o por escrito, petición o declaración, o de la recepción de documentos, en su caso. Se admitirá como recibo la fotocopia o copia simple del escrito o documento de que se

(6) Resulta algo sorprendente esta última fórmula puesto que a falta de asignación de competencia por ley, corresponde el conocimiento a los Jueces de Primera Instancia.

trate, fechada, firmada y sellada por el funcionario a quien se entregue» (art. 8).

b) *Procedimiento para practicar las inscripciones.*

a') *Promoción.*

1) *Personas facultadas u obligadas a promover la inscripción.*

1') «Puede promover la inscripción quien presente título suficiente» (art. 92, párr. 1.º).

2') «Estan especialmente obligados a promoverla sin demora: 1.º, la de incapacitación y las relativas al organismo tutelar, el tutor y, en su defecto cualquiera de sus miembros; 2.º, los representantes legales de los legalmente obligados, cuando sean incapaces» (art. 93).

3') El artículo 94 desarrolla la obligación del Encargado de lograr la concordancia del Registro y la realidad.

4') «La obligación de promover la (inscripción) se refiere a todos sus datos y circunstancias» (art. 92, párr. 2.º).

5') «Las Autoridades, funcionarios y particulares prestarán el auxilio necesario para la concordancia del Registro y la realidad» (art. 95, párr. 1.º).

2. *Títulos.*

1' *Reglas generales.*

1'') «La inscripción se practicará en cuanto resulte legalmente acreditado cualquier hecho de que hace fe, según su clase, aun cuando no puedan constar todos los datos exigidos, sin perjuicio de las diligencias para completarla» (art. 80).

2') El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el canónico o extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes» (art. 81).

3'') «Las sentencias y resoluciones firmes son títulos suficientes para inscribir el hecho que constituyen o declaran; si contradicen hechos inscritos, deben ordenar, para ser inscribibles, la rectificación correspondiente» (art. 82).

4'') Los artículos 83 a 85 puntualizan los efectos de las sentencias y resoluciones extranjeras respecto al Registro Civil español, así como los de las certificaciones y faltas de inscripción en Registros extranjeros. Los artículos 86 a 91 regulan los requisitos complementarios de los documentos, en especial de su legalización.

2') *Títulos excepcionales en caso de nacimiento, matrimonio y defunciones ocurridos en circunstancias especiales.*—«El acta en cuya virtud puede practicarse inscripción de nacimiento, matrimonio o defunción, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, será autorizada:

1.º Si los hechos ocurren en el curso de un viaje marítimo o aéreo, por el Contador del buque de guerra, o, en las otras naves, por el Comandante, Capitán o patrón.

2.º Ocurridos en campaña, por el Jefe del Cuerpo, Capellán castrense o cualquier oficial encargado formalmente por aquél.

3.º En cualesquiera circunstancias que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente, por el encargado del mismo, por el Delegado

especial nombrado por la Dirección General, y en defecto de todos por la Autoridad gubernativa local.

4.º En lazareto, cárcel, cuartel, hospicio, hospital u otro establecimiento público análogo, ya ocurra el hecho en los inmuebles, ya en las ambulancias u otros móviles accesorios, por el funcionario a cuyo cargo esté la dirección o jefatura u otro formalmente encargado por éste.

5.º En los lugares desde los que no fuese posible durante más de un día el traslado o la oficina del Registro, por la Autoridad gubernativa local.

6.º En los núcleos de población distante de la oficina del Registro y determinados por la Dirección General, por el Delegado del Registro civil, nombrado por el Juez de Primera Instancia, previo informe del juez municipal o comarcal correspondiente.

7.º En los lugares en que sólo haya agentes o Vicecónsules honorarios de España, por éstos, aunque no sean de nacionalidad española» (art. 71).

«Pasados treinta días del hecho, la inscripción, en virtud de acta sólo puede practicarse previo expediente» (art. 72, párr. 4.º).

b) *Calificación.*

1) *Inexcusabilidad.*

1') «El encargado del Registro no puede consultar cuestiones sujetas a calificación sin perjuicio de lo que se dispone sobre matrimonio civil» (artículo 122, párr. 1.º).

2') «Los Jueces de Paz suspenderán, por el tiempo estrictamente necesario, la extensión o denegación del asiento, cuando fuese obligatoria u oportuna la consulta al encargado» (art. 122, párr. 2.º).

3') *Regla común.*—«Formulada consulta, quedan en suspenso los plazos establecidos» (art. 122, párr. 3.º).

2) *Elementos de calificación.*—«No procede la inscripción incompatible con otra anterior sin antes remover legalmente el obstáculo» (art. 123).

3) *Suspensión o denegación.*—«El acuerdo denegatorio o suspensivo se formulará al pie del título, indicando todos los defectos, forma, en su caso, de subsanarlos y cita de las disposiciones aplicables. Si se hubiere promovido la inscripción, en virtud de declaración, se levantará acta de ésta y del acuerdo recaído. La denegación o suspensión se notificará a los que promuevan el asiento y, en su caso, el Ministerio Fiscal (art. 124).

4) *Recursos.*

1') *Gubernativo.*

1'') *Requisitos subjetivos.*—Tiene personalidad para entablar el recurso el Notario autorizante del título y, en su caso, el Ministerio Fiscal (art. 125).

2'') *Registros objetivos.*—«Aunque se practique la inscripción, cabe el recurso si sus términos no concuerdan con los títulos» (art. 126, párr. 1.º).

3'') *Requisitos de la actividad.*—«El plazo para el recurso se cuenta desde la inscripción, y, no practicándose ésta, desde la notificación» (artículo 127, párr. 1.º).

2') *Judicial.*—El procedimiento judicial entablado durante el plazo para recurrir gubernativamente no impide la inscripción ni los recursos gubernativos» (art. 129, párr. 1.º).

c) *Extensión de la inscripción.*

1) *Clases.*—«Las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y

la primera de cada tutela o representación legal, son principales; las demás marginales» (art. 130).

2') Las inscripciones principales o que abren folio registral se practicarán, sucesivamente, en los espacios a ellos destinados (7) (art. 131, a. p.). Se numerarán correlativamente (art. 136, a. p.).

3') Los asientos marginales empezarán en la cabeza del espacio correspondiente, y, sin dejar huecos intermedios, seguirán por orden cronológico (artículo 132, a. p.). Se señalarán en todo caso, por letrás, según orden alfabético (art. 136, párr. 2.º).

c) *Otros asientos.*

a') *Anotaciones.*

1) *Régimen.*—«Se aplicarán a las anotaciones supletoriamente (8) las reglas de las inscripciones» (art. 149).

2) *Objeto.*—Las sentencias y resoluciones extranjeras sobre hechos inscribibles, aunque no puedan tener fuerza en España; cuando la inscripción principal no pueda practicarse inmediatamente o a cuyo Registro sea imposible el acceso y al solo efecto de servir de soporte a los asientos marginales; las soluciones judiciales españolas denegatorias de la ejecución de una sentencia anotable; el prohijamiento o acogimiento; la desaparición de hecho por causa de siniestro o de violencia contra la vida en que el desaparecido se hubiera encontrado con riesgo inminente de muerte (arts. 153 y 154).

3) *Forma.*—«En la anotación constará el hecho que informa, y de modo destacado, tanto en el asiento como en la certificación el carácter de tal, su valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción» (art. 145).

4) *Efecto.*—«Anotado un hecho, su inscripción podrá practicarse marginalmente por simple referencia al contenido de la anotación» (artículo 146, párr. 1.º).

5) *Rectificación y cancelación.*—«Las anotaciones pueden ser rectificadas y canceladas, en virtud de expediente gubernativo en que se acredite la inexactitud o por título suficiente para rectificar o cancelar la correspondiente inscripción» (art. 147).

b') *Notas marginales.*

1) *Materia.*—«Los hechos que, como el matrimonio de los padres naturales, afecten mediatamente a una persona, constarán por nota marginal de referencia a la inscripción practicada» (art. 155).

«Al margen de la inscripción de nacimiento de los sujetos a tutela o titulares del patrimonio, sometido a representación, antes de producirse éste, se pondrá nota de referencia a la tutela o representación» (art. 156).

«En el folio registral de nacimiento se pondrá nota marginal de haberse obtenido certificado de estudios primarios, en virtud de comunicación

(7) «Por folio registral se entiende la parte del libro dedicada a una inscripción principal y sus asientos marginales, cualquiera que sea el número de sus páginas» (art. 131, párr. 1.º, i. f.).

(8) Las reglas especiales directamente aplicables a las anotaciones se hallan contenidas en el capítulo VI del Título IV, artículos 145 a 154.

(9) «Inscrito el hecho, se cancelará su anotación con referencia a la inscripción» (art. 146, párr. 2.º).

suficiente remitida por el maestro, director del Grupo escolar u otro funcionario competente» (art. 163).

2) *Forma*.—«En las notas marginales constará: 1.º, su carácter; 2.º, el asiento o hecho a que se refieren, y 3.º, fecha y firma del funcionamiento autorizante» (art. 160, párr. 1.º).

c) *Conclusiones*.—«La cancelación total o parcial de un asiento por ineficacia del acto, inexactitud del contenido u otra causa, se practicará marginalmente, en virtud del título adecuado con sujeción a las formalidades del asiento cancelado y con indicación especial de la causa y alcance de la cancelación» (art. 164, párr. 1.º).

VI. Sección primera: «Nacimientos y general».

a) *Inscripción de nacimientos*.

1) *Objeto (Convalidación)*.—«La inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo» (art. 165) (10).

2) *Promoción*.

1') *Personas obligadas*.—«La obligación de declarar afecta a los consanguíneos hasta el cuarto grado y a los afines, hasta el segundo» (art. 166, párrafo 2.º).

2') *Tiempo*.—«El plazo de declaración será de dieciséis días cuando se acredite fuerza mayor» (art. 166, párr. 1.º).

3') *Parte*.—«El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad» (art. 167, párr. 2.º).

4') *Comprobación*.—«En defecto de parte o siendo éste contradictorio con la información del declarante, el encargado comprobará el hecho por medio del médico del Registro civil o su sustituto. Si éstos residieren en población distante más de dos kilómetros podrán excusar su asistencia, practicándose, entonces, la comprobación por información de dos personas capaces que hayan asistido al parto o tengan noticia cierta de él» (artículo 168, párrs. 1.º y 2.º).

3) *Forma*.—En la inscripción de nacimiento constará: 1.º, hora, fecha y lugar del nacimiento (11); 2.º, sexo y nombre impuesto; 3.º, los padres, cuando legalmente conste la filiación; 4.º, número que se asigne en el legajo al parte o comprobación, y 5.º, hora de inscripción (art. 170).

b) *Inscripciones marginales*.—En los artículos 175 a 180 se regulan las siguientes: adopción plena y menos plena, emancipación por concesión del

(10) Cuado el acta de nacimiento se levante antes de las veinticuatro horas del hecho, porque el viaje durante el cual ocurre ha de terminar antes o porque concurren circunstancias que impidan la demora, la supervivencia a dicho plazo se demostrará, a efectos de inscripción, por acta separada de identificación del nacido, diligenciada, a presencia del Ministerio Fiscal, por el Encargado del Registro, y, en defecto de acta, por expediente gubernativo (art. 74, párrs. 1.º y 2.º).

(11) «En los partos múltiples, de no conocerse la hora exacta de cada uno, constará la prioridad entre ellos o que no ha podido determinarse» (art. 170, 1.º, i. f.).

padre o madre, habilitación de edad, emancipación por concesión de la Patria, emancipación por concesión judicial, declaración de incapacidad de sordomudos y pródigos, providencia teniendo por solicitada suspensión de pagos y auto declarándola, así como el convenio en la suspensión de pagos y rehabilitación del concursado o quebrado, declaración de fallecimiento y resoluciones judiciales que dejan sin efecto las declaraciones de ausencia o fallecimiento, hechos que afectan a la patria potestad.

c) *La filiación y el Registro civil.*

1) *Filiación materna.*—«El encargado a quien conste que la mujer no casada se opone a la referencia de su maternidad, no hará mención de la madre en la inscripción, en virtud de declaración y de parte o comprobación...» (art. 181, a. p.).

2) *Desconocimiento.*—«A la que figura como madre se le advertirá expresamente, al ser notificada (12), que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia» (art. 182, párr. 2.º, a. p.).

3) *Filiación paterna.*—«Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y faltando el consentimiento del marido, sólo constará en la inscripción como padre si se acredita por documento público, testamento, sentencia o expediente, que supo, antes de casarse, el embarazo de su mujer o que ha reconocido al hijo como suyo expresa o tácitamente» (art. 184, párr. 1.º) (13).

4) *Reconocimiento.*

1) *Requisitos.*

1) Que resulte acreditado el consentimiento del hijo o la aprobación judicial exigida (art. 186, a. p. (14).

2) Que se acredite: 1.º, si es de padre y madre conjuntamente, que al tiempo de la concepción pudieron casarse, sin dispensa o con ella; 2.º, si es por uno sólo, que en tal tiempo tenía capacidad legal para contraer matrimonio (15) (art. 187, párr. 1.º).

2) *Títulos.*—«Son documentos públicos aptos para el reconocimiento, la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción del nacimiento fuera del

(12) Las notificaciones en materia de filiación se harán al destinatario en persona y guardándose, en cuanto sean compatibles con la conveniente reserva, las reglas de las notificaciones judiciales (art. 182, párr. 1.º).

(13) «Cuando, por lo que resulta de la declaración o título de la inscripción, el hijo se presume legítimo, conforme a lo dispuesto en el Código civil, en la inscripción de nacimiento y, en su defecto, por nota al margen, se hará referencia a la inscripción de matrimonio de los padres; y si no fueren conocidos todos los datos de la referencia, constará la fecha del matrimonio y, cuando menos, que éste tuvo lugar» (art. 183, párr. 1.º).

(14) No requiere aprobación judicial el reconocimiento en testamento o en la inscripción de nacimiento, ni tampoco el efectuado dentro del plazo fijado para practicar, en virtud de declaración, esta inscripción, aun cuando ya se hubiese extendido (art. 186, párr. 2.º, a. p.).

(15) «Para acreditarse estos extremos basta la declaración del padre o padres, bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos y proclamas, en expediente administrativo» (art. 187, párr. 2.º).

plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación» (art. 185, párr. 1.º).

5) *Filiación ilegítima no natural*.—«Sólo constarán en la inscripción las menciones de que se infiera el carácter ilegítimo, no natural, de una filiación, cuando ésta se declare por sentencia en proceso civil» (art. 190).

6) *Filiación desconocida*.—No constando la filiación, se consignará, en lugar de los nombres del padre o madre, otros de uso corriente, con la declaración de que se hace a efectos de identificar a la persona (art. 191, párr. 1.º).

7) «El reconocimiento de prole, impuesto por vía de indemnización, en sentencia dictada en proceso penal, se suscribirá con mención de esta circunstancia» (art. 189).

d) *Nombre y apellidos*.

a') *Formación*.

1) *El nombre*.

1') *Límites*.—«No se podrán imponer más de dos nombres simples, que se unirán por un guión, o de uno compuesto...» (art. 192, a. p.).

2') «Se permiten los nombres extranjeros o regionales. Si tuvieran traducción usual al castellano, sólo se consignarán en esta lengua» (art. 192, párr. 2.º).

3') *Nombres prohibidos*.—Los que por sí o en combinación con los apellidos resulten extravagantes o contrarios al decoro de la persona, así como los que hagan confusa la designación, por su pronunciación u ortografía exótica o por inducir, en su conjunto, a error sobre el sexo (art. 192, párrs. 3.º y 4.º).

2) *Los apellidos*.

1) Los apellidos paterno y materno (16) se expresarán en el Registro, intercalando la copulativa «y» (art. 194).

2) A petición del interesado se antepondrá la preposición «de» al apellido paterno que fuere usualmente nombre propio o empezase por él (art. 195).

3) *Apellidos en caso de legitimación por concesión soberana*.—«La legitimación por concesión soberana produce en los apellidos los mismos efectos que el reconocimiento» (art. 197, párr. 1.º).

4) *Apellidos en caso de adopción*.

1') *Adopción plena*.—Si el adoptante es varón, el hijo tiene, por el mismo orden, los apellidos de aquél. Si es mujer, puede invertirse el orden (art. 201).

2') *Adopción menos plena*.—Autorizado el uso del apellido del padre adoptante, sin señalar orden, se antepondrá el primero no natural; permitido el de la madre adoptante, precederá al segundo no natural. En la escritura de adopción, los apellidos no naturales pueden ser sustituidos, según la línea, por los del adoptante (art. 202).

b') *Alteración*.

1) Se desarrollan las normas de la ley del Registro Civil en los artículos 205 al 218.

(16) «Apellido paterno es el primero del padre; materno, el primero de los personales de la madre aunque sea extranjera» (art. 194, párr. 1.º).

2') *Alcance*.—«El cambio gubernativo de apellidos alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan (art. 217, párr. 1.º).

e) *Nacionalidad y vecindad civil* (17).

a') «La mujer extranjera que no ostente la nacionalidad de su marido, puede adquirir o recuperar la española por los medios establecidos» (art. 226, párr. 2.º).

b') «Las inscripciones de opción, conservación o recuperación de nacionalidad o relativas a la vecindad, sólo dan fe de declaraciones en cuya virtud se practican» (art. 227, párr. 1.º).

c') *Adquisición a virtud de opción*.—El plazo empieza a contarse desde que los interesados, conforme a su luz personal, estén emancipados. Aun no estándolo, pueden optar desde que tengan veintiún años cumplidos (art. 226, párr. 1.º).

d') Adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o por concesión de nacionalidad por residencia.

1) *Instrucciones: Informes*.—Que recabará la Dirección de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de la Gobernación (art. 222).

2) *Resolución*.

1') *Concesión*.—La de carta de naturaleza revestirá la forma de Decreto dictado a propuesta del Ministerio de Justicia (art. 223, párr. 1.º).

2') *Denegación*.—No se motivará cuando sea por razón de interés u orden público (art. 223, párr. 3.º).

3) *Inscripción*.

1') *Título*.—«Las inscripciones de adquisición de nacionalidad por concesión se practicarán en virtud del Decreto u Orden correspondiente y de declaración del interesado» (art. 228, párr. 2.º).

2') *Tiempo*. «En los 180 días siguientes a la notificación, pasados los cuales caducará la concesión, el solicitante comparecerá ante el funcionario competente para renunciar la nacionalidad anterior, prestar el juramento exigido e inscribirse como español en el Registro» (art. 224, párr. 1.º).

e') *Pérdida de la nacionalidad*.—Solo se inscribirá en virtud de documento auténtico que le acredite plenamente y, en su defecto, mediante expediente gubernativo. En ambos casos se citará plenamente al interesado, su representante legal o sus herederos (art. 232).

f') *Recuperación de la nacionalidad*.—La vuelta a territorio español para recobrar la nacionalidad podrá ser dispensada discrecionalmente por el Jefe del Estado, cuando en el peticionario concurren circunstancias excepcionales (art. 234, a. p.).

g') *Cambio de vecindad civil*.—Se produce «*ipso iure*», por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo, el interesado

(17) En las inscripciones de nacionalidad y vecindad, salvo en la de pérdida, cuando ésta tiene lugar por vía de pena impuesta *ipso iure* o por sentencia, se hará referencia en su texto o nota marginal, al matrimonio y nacimiento de la mujer e hijos sujetos a la patria potestad. En las inscripciones de nacimiento de la mujer e hijo, se pondrá nota de referencia a la de nacionalidad o vecindad, con indicación del hecho inscrito y del carácter de padre o marido del titular (art. 236, párrs. 1.º y 3.º).

formule la declaración en contrario. En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona» (art. 225).

VII. *Sección segunda: «Matrimonios».*

a) *Disposición común.*—«No podrá inscribirse el matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente...» (art. 252, a. p.) (18).

b) *Matrimonio canónico.*

1) *Aviso.*—«No es necesario el aviso ni obligada la asistencia del cónsul respecto de los matrimonios celebrados en poblaciones extranjeras en que no radique Consulado español» (art. 239).

2) *Delegación.*—«El Encargado puede, bajo su responsabilidad, delegar la asistencia en cualquier español capaz» (19) (art. 240, párr. 1.º).

3) *Comunicación al Párroco.*—«La inscripción practicada en virtud de certificación eclesiástica, se comunicará al Párroco por traslado en extracto» (art. 242).

c) *Matrimonio civil.*

1) *Preparación.*

1') *Declaración.*—Los que pretendan contraer matrimonio civil manifestarán en la declaración exigida, entre otros extremos, que no profesan la Religión Católica y si han sido bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella (art. 243) (20).

2') *Prueba.*—Con la declaración se acompañarán, entre otras pruebas, la de que los que pretendan casarse civilmente, no profesan la Religión Católica (art. 244).

2) *Comunicación a la autoridad eclesiástica.*—Si se tratara de personas que bautizadas en la Iglesia Católica, o convertidas a ella de la herejía o del cisma, hubiesen apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstanciadamente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información suplementaria. No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunicación (art. 245).

3) *Consultas.*—Los Encargados consultarán las dudas sobre la preparación y celebración de los matrimonios a los Jueces de Primera Instancia, quienes resolverán mediante auto, oído el Ministerio Fiscal. En los supuestos en que hay que comunicar a la autoridad eclesiástica y en cualquier otro igualmente grave se elevará el auto a la resolución definitiva por la Dirección General (art. 250).

(18) En toda inscripción de matrimonio constará la hora, fecha y sitio en que se celebra y las menciones de identidad de los contrayentes (artículo 253, párr. 1.º). Si el matrimonio es canónico constará, además: 1.º, su carácter canónico, parroquia y nombre y apellido del sacerdote que asista; 2.º, fecha del acta civil o, en su caso, fecha, nombre y apellidos del autorizante del acta canónica (art. 254).

(19) Delegará, preferentemente, en autoridad, funcionario, licenciado en Derecho o Procurador de los Tribunales (art. 240, párr. 2.º).

(20) «Los contrayentes manifestarán los hijos legitimados por el matrimonio y los datos de las inscripciones de nacimiento para promover las correspondientes notas marginales» (art. 256, párr. 1.º).

4) *Acta*.—«El acta de matrimonio civil será la propia inscripción...» (art. 255, a. p.).

5) *Matrimonio civil «in articulo mortis»*.—Para autorizarlo, basta que ambos contrayentes declaren, no profesar la Religión católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la autoridad eclesiástica a través del Párroco (art. 248, párr. 1.º).

d) *Matrimonios secretos y de conciencia*.—Se desarrollan los preceptos de la ley del Registro Civil en los artículos 266 a 270 de este Reglamento.

«La dispensa para celebrar matrimonio civil secreto se concederá por el Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General, cuando mediase causa grave suficientemente probada» (art. 267, párr. 1.º).

e) *Sentencias y resoluciones*.—Inscrita la ulterior celebración de matrimonio canónico entre los mismos cónyuges casados civilmente con anterioridad, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o disolución mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace (art. 263, párr. 2.º).

f) *Publicidad del régimen económico matrimonial: indicaciones marginales* (arts. 264 y 265).

a') *En general*.

1) *Régimen*.—A falta de reglas especiales, estas indicaciones registrales se rigen por las de las inscripciones.

2) *Legitimación*.—Solo se extenderán a petición del interesado.

3) *Preclusión*.—No cabe indicación sobre hecho ya inscrito.

4) *Cancelación*.—La indicación de hecho ya inscrito se cancelará de oficio con referencia a la inscripción, que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral.

b') Los contrayentes que inflinjan el artículo 45 del Código Civil quedarán sometidos a las reglas de dicho Código; éstas no perjudicarán a terceros de buena fe, sino desde la fecha de la indicación de la infracción en el Registro. La indicación se hará a petición de cualquier interesado o de oficio.

g) *Cancelación de anotaciones*.

1) La cancelación de anotaciones de matrimonios canónicos «in articulo mortis» o sólo antes testigos, se produce por certificación canónica de invalidez (art. 271).

2) La cancelación de anotaciones de matrimonios civiles contraídos sin que se acredite debidamente que ambos cónyuges no profesan la Religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos, se produce, si se inscribe sentencia, declarando la nulidad del matrimonio (art. 272).

VIII. Sección tercera: «Defunciones».

a) «La inscripción puede practicarse, en todo caso..., por sentencia u orden de la Autoridad judicial que afirme, sin duda alguna, el fallecimiento» (art. 277, párr. 1.º).

b) *Personas obligadas a declarar*.—La obligación afecta a los consanguíneos hasta el cuarto grado y a los afines hasta el segundo (art. 273, párr. 2.º).

c) *Tiempo de declaración.*—Se formulará inmediatamente (art. 273, párr. 2.º).

d) *Parte médico y reconocimiento.*—Se desarrollan los preceptos de la ley del Registro Civil en los artículos 274 y 275.

e) *Inscripción: Forma.*—En ella constará: la mención de identidad del fallecido, hora, fecha y lugar de la muerte, número que se asigna en el legajo al parte o comprobación y, si consta, el lugar de enterramiento (arts. 280 y 282, párr. 4.º).

f) *Licencia de enterramiento.*

Se extenderá inmediatamente de la inscripción (art. 282, párr. 2.º).

Justificado el fallecimiento, la licencia también podrá expedirse por el Encargado del lugar en que ha de llevarse a efecto la inhumación, si es distinto de aquél que haya de extender la inscripción y antes o después de extendida (art. 282, párr. 3.º).

g) «Las comprobaciones y demás diligencias para la inscripción y la expedición de la licencia de entierro se realizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la defunción» (art. 276)).

h) *Casos especiales.*—Cuando el fallecimiento ocurriera en campaña o en cautividad y el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, se inscribirá en virtud de expediente instruido y resuelto, sin ulterior recurso en vía gubernativa por la Autoridad judicial militar, previo informe favorable del Auditor (art. 279).

IX. Sección cuarta: «Tutelas y representaciones legales».

a) *Inscripciones.*

1) *Son objeto de inscripción:*

1.º El discernimiento de los cargos de tutor, protutor y constitución del Consejo de Familia, con mención del Presidente y Vocales.

2.º Los acuerdos del Consejo de Familia sobre inhabilidad o remoción y, en su caso, el litigio promovido en estos casos por el tutor.

3.º El acuerdo estimatorio de causa de exención posterior a la aceptación.

4.º El nombramiento de quien ha de sustituir al que pretende en juicio la excusa y no ejerce ya su cargo.

5.º En general, las resoluciones y acuerdos sobre constitución del organismo tutelar y sus modificaciones.

También son inscribibles los cargos de Albacea, Depositario, Administrador e Interventor judiciales. Síndico o cualesquiera otros representantes que tengan nombramiento especial y asuman la administración y guarda de un patrimonio (art. 283).

2) No están sujetos a inscripción: la patria potestad y sus modificaciones, las funciones tutelares de la Administración de los Establecimientos de Beneficencia, las representaciones de personas jurídicas o de sus patrimonios en liquidación, ni los apoderamientos voluntarios (art. 284).

b) *Anotaciones.*—Se harán constar por anotación: los inventarios y declaraciones de bienes formados por tutores y defensores de desaparecidos, así como los documentos referidos en el artículo 198 del Código civil, la prestación y modificación de fianzas por tutores, la pensión alimenticia asig-

nada al sujeto a tutela y si se han rendido las cuentas anuales y la general (art. 290).

X. *Rectificaciones y otros procedimientos.*

a) *Rectificaciones.*

1) «Las inscripciones no pueden rectificarse en virtud de sentencia recaída en proceso penal; no obstante, en cuanto sean contradictorias con los hechos que la sentencia declara probados, serán rectificadas mediante expediente gubernativo» (art. 293).

2) «Rectificada una inscripción, se rectificarán también por nota, los demás asientos que, fundados en la misma, estuviesen igualmente equivocados o fuesen incompletos» (art. 310).

3) «Si una inscripción contradice a otra en los hechos de que ambas dan fe, la rectificación sólo puede obtenerse en juicio ordinario...» (art. 301, párr. 2.º).

4) Para rectificar la indicación del sexo en la inscripción de nacimiento se practicarán las investigaciones enumeradas en el artículo 294.

5) Para la rectificación de errores provenientes de documento público, actas simples o duplicadas establecidas en la legislación del Registro y certificaciones del Consejo de Familia, se estará a los preceptos contenidos en el artículo 295.

b) *Otros procedimientos.*

1) El régimen de los expedientes gubernativos para completar o suprimir circunstancias y asientos, corregir defectos formales en los asientos o faltas en el modo de llevar los libros, practicar inscripciones de nacimiento fuera de plazo y reconstruir inscripciones destruidas, se establece en los artículos 296 a 334.

2) Los expedientes para declaraciones con valor de simple presunción, para los que es competente el Juez de Primera Instancia se regulan en los artículos 335 a 340.

3) En los artículos 363 y 364 se establecen normas sobre fes de vida, soltería y viudez. La vida se acredita por comparecencia del sujeto. Estos expedientes se tramitan con urgencia y siempre dentro del plazo máximo de ocho días hábiles.

4) Se establecen, en los artículos 365 a 369, preceptos especiales sobre expedientes de la competencia de la Dirección General o autoridad superior. No es imperativa la resolución de expedientes de gracia.

c) *Reglas generales para los expedientes gubernativos.*

a) *Régimen.*—«Los expedientes gubernativos a que se refiere esta legislación se sujetarán, a falta de reglas especiales, a lo establecido en este capítulo» (art. 341, párr. 1.º).

b) *Principios.*

1) *Oficialidad.*—«El Ministerio Fiscal conocerá los expedientes y recursos desde su iniciación para velar por la instrucción y tramitación adecuada y emitirá informe, como último trámite, previo a la resolución o informe del encargado-Juez correspondiente» (art. 344, párr. 1.º).

«La certeza de los hechos será investigada de oficio sin perjuicio de la carga de la prueba que incumba en los particulares...» (art. 351, a. p.).

2) *Publicidad.*

1') «Los interesados tendrán derecho a ser informados en cualquier momento del estado de la tramitación» (art. 354, párr. 5.º).

2') «La inscripción se notificará a quienes tengan interés legítimo y domicilio conocido» (art. 349, a. p.).

3) *Rapidez.*—Se establece normalmente el plazo de tres días hábiles para la mayoría de los trámites (vid. arts. 6, 352 y 356).

La práctica de una diligencia no paralizará las demás que sean compatibles (art. 354, párr. 1.º).

o) *Requisitos subjetivos.*

1) *Competencia.*

1') «Es competente el Juez de Primera Instancia a que correspondiese el Registro donde deba inscribirse la resolución pretendida» (art. 342, a. p.).

2') Son competentes los propios Encargados en los casos «enumerados en el artículo 343. De estos expedientes entenderá el Juez de Primera Instancia cuando juzgue conveniente su acumulación a otros de su competencia.

2) *Capacidad.*—«Quienes tienen capacidad para realizar un acto de estado civil, la poseen para todas las actuaciones registrales relativas al mismo» (art. 3).

3) *Existencia.*—«La muerte del interesado no impide la inscripción pretendida, ni la tramitación de un expediente en cualquier tiempo incoado» (art. 4).

4) *Identidad.*—En las peticiones que promuevan expediente o que exijan una legitimación especial, deberá hacerse constar por diligencia la identidad del peticionario, a no ser que la firma de éste hubiera sido autenticada o se comparezca por procurador de los Tribunales.

5) *Legitimación.*—«Tienen interés legítimo en un expediente los que por él o por el asiento a que se refiere pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos o sus herederos» (art. 346, a. p.).

c) *Objeto: acumulación.*—«Los expedientes para los que es competente un mismo órgano pueden ser acumulados de oficio, si así se estima conveniente, o a petición fundada de parte» (art. 347, párr. 1.º).

d) *Terminación.*

1) *Desistimiento.*—Mientras no recaiga resolución definitiva en un expediente o recurso, los promotores o partes pueden desistir de sus pretensiones por escrito u oralmente. El desistimiento se comunicará a las demás partes y al Ministerio Fiscal, quienes dentro de diez días hábiles, podrán instar la continuación (art. 353).

2) *Caducidad.*—Transcurridos noventa días desde que un expediente o recurso se paralice por culpa de los promotores, el Ministerio Fiscal y las demás partes, unánimemente podrán pedir que se declare su caducidad (art. 354, párr. 3.º, i. f.).

e) *Recursos.*

1) *Recurso de queja* ante el Juez de Primera Instancia por las dilaciones u omisiones a que se refiere el artículo 354, párrafo 2.º.

2) *Recurso de reposición.*—Contra toda decisión del Encargado o Juez de Primera Instancia, sea o no de oficio, no comprendida en el artículo anterior, cabe recurso de reposición (art. 356, párr. 2.º).

3) Las resoluciones del Encargado no admitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente son recurribles durante quince días hábiles ante el Juez de Primera Instancia. Este resolverá dentro de diez días hábiles (arts. 355, a. p. y 359, a. p.).

4) Las resoluciones del Juez de Primera Instancia (21) son apelables en quince días hábiles y última instancia ante la Dirección General, que resolverá dentro de los treinta días hábiles (arts. 355, párr. 1.º, i. f. y 359, i. f.).

«Contra las resoluciones de la Dirección no cabe recurso alguno, salvo cuando corresponda la vía judicial ordinaria...» (art. 362).

e) *Aplicación del «Silencio administrativo».*—«Cuando se formule cualquier solicitud o recurso y no se notificare resolución en el plazo de noventa días naturales, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos otros noventa días desde la denuncia podrá considerar desestimada su pretensión al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso o esperar la resolución expresa de su petición.

La denegación presunta no excluirá el deber de dictar una resolución expresa, y si recayera ésta, el plazo para formular el recurso que proce-da se contará desde la notificación de la misma» (art. 357).

XI. *Régimen económico y Médicos del Registro Civil.*

Aparecen ambas materias reguladas, respectivamente, en los títulos VII (arts. 370 a 377 y VIII (arts. 378 a 408) de este Reglamento.

B. OBSERVACIONES: 1. Decíamos al comentar la ley del Registro Civil que «siguiendo la dirección tradicional se proyecta la bipartición formal en la ordenación de los Registros, quedando para el futuro Reglamento las disposiciones complementarias y aclaratorias» (22). Promulgado ahora el Reglamento, queda cumplido aquel propósito normativo fielmente, de manera que, a diferencia de otras materias (23) en que el texto reglamentario acoje en su seno y desarrolla las normas de rango superior, el Reglamento del Registro Civil se limita a su función estricta de desarrollo, complemento y ejecución de la ley, haciendo necesario el manejo de ambas disposiciones legales para el íntegro conocimiento y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas que respectivamente contienen.

2. La aplicación supletoria de las normas de jurisdicción voluntaria en las actuaciones del Registro se fundamenta en un sencillo y atinado párrafo del preámbulo, que dice así: «Esta aplicación está en armonía con la especial naturaleza de la actividad pública registral, tan distinta de la típica administración del Estado, regulada por el Derecho administrativo y sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa. La actividad pública

(21) Ya entienda en primera instancia o en recurso.

(22) Vid. A. D. C., t. X, f. 4.º, pág. 1199.

(23) Así, en el ámbito fiscal, los Reglamentos del Impuesto de Derechos Reales y del Impuesto del Timbre, abarcan la totalidad de los preceptos sobre sus respectivas materias, por lo que, en la práctica, constituyen los únicos textos utilizados.

registral, en íntimo contacto con el Derecho común, tiene por fin crear títulos de legitimación sobre el estado civil, constituir, a veces, con otros requisitos el propio estado, y siempre proporcionar a los particulares una información sobre la condición civil de las personas en que por sus garantías jurídicas puedan confiar. Estamos, pues, ante cuestiones civiles típicas de la tradicionalmente llamada Administración de Justicia, y por ello, desde su origen, encomendadas a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Si en determinado escalón... interviene un órgano formalmente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, sus funciones, en este orden, como en otros determinados de su competencia, no se diferencian esencialmente de los que corresponden, en los otros escalones, a los órganos judiciales y sus resoluciones, contra los que no cabe recurso alguno, dejan siempre abierta la vía judicial ordinaria».

3. La idea fundamental de mejorar el Registro Civil que preside la actual reforma sobre la base de hacerlo más técnico, a la vez que más práctico, simple y flexible, y, también, más completo, veraz y justo, luce igualmente en el preámbulo del Reglamento.

4. Las disposiciones del artículo 2.º que tienden a facilitar el acceso a cualquier Registro a través de la oficina del domicilio del interesado, constituyen un destacado acierto que proporciona notable flexibilidad a la institución, sin perjuicio de las garantías necesarias.

5. El mismo comentario favorable merecen las disposiciones que aprovechan los medios más sencillos y prácticos para facilitar el funcionamiento del Registro. Así, identificación por el documento nacional de identidad, comparecencia del sujeto en las fes de vida, recibo de documentos mediante fotocopias, etc.

6. La simplificación orgánica del Registro, se sustituye con ventaja, mediante actas inscribibles autorizadas, según los casos por los funcionarios enumerados en el artículo 71.

7. Se trata de evitar toda confusión entre las inscripciones y las anotaciones, en razón de su distinta eficacia.

8. Se aborda, con sentido práctico, la colisión entre el artículo 132 del Código civil, que ordena tachar de oficio toda revelación que sobre la madre natural se haga en los asientos en base a la declaración del padre, y el artículo 47 de la ley del Registro Civil, que lo modifica al determinar que conste la filiación materna en la inscripción de nacimiento si en ella coinciden la declaración o el parte reglamentario, defendiendo a la víctima de falsas atribuciones con la facultad de desconocimiento de la filiación cuyo efecto es la supresión de dicha mención. A este fin se armoniza justamente el espíritu de ambos preceptos, permitiendo al Encargado la omisión de la mención de la maternidad natural, si le consta la oposición de la interesada.

9. En punto a nombres y apellidos es igualmente acertada, sencilla y completa la regulación. Destaca la regulación de los apellidos en las legitimaciones por concesión soberana y en materia de adopción, en la cual las normas de la reciente reforma efectuada en el Código civil, reciben un cumplido desarrollo.

10. Sobre nacionalidad son muy interesantes las normas que contiene el nuevo Reglamento, en especial, la regulación que ofrece del expediente de nacionalidad por carta de naturaleza o por concesión por residencia (24).

También se desarrollan y completan los preceptos sustantivos, así: adquisición de nacionalidad por mujer extranjera casada, requisitos para optar y para recobrar la nacionalidad, etc.

11. En cuanto al matrimonio, quizá lo más importante sea la regulación de los matrimonios civiles pretendidos por bautizados o convertidos que hubieran apostado posteriormente. Se sigue la orientación marcada por el Decreto de 26 de octubre de 1956 y la Circular de 2 de abril de 1957.

(24) Que viene a sustituir las disposiciones del Decreto de 2 de abril de 1955.

12. Resalta la flexibilidad en materia de defunciones, al facilitar al máximo, sin destruir las convenientes garantías, la expedición de licencias de enterramiento. También destaca la normativa sencilla y práctica sobre fallecimientos en circunstancias excepcionales.

13. La Sección IV se regula con carácter de ensayo, según confiesa el propio Preámbulo.

14. La tramitación de expedientes gubernativos se ordena según criterios de economía, celeridad y eficacia.

15. Hay que ponderar la buena técnica con que se transplanta a este campo la utilísima figura del «silencio administrativo».

15. Por último, y como consideración de tipo general, puede decirse que el Reglamento resulta, por contraste a la Institución que regula, demasiado largo y excesivamente complicado. (J. A.).

3. REGISTRO CIVIL: *Se dictan normas sobre libros e impresos y se aprueban los nuevos modelos* (Justicia. Orden 24 diciembre 1958; «Boletín Oficial del Estado». 19 enero 1959).

III. Derechos de Obligaciones

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESHAUCIO POR NECESIDAD SOCIAL: MÁLAGA, RONDA Y ANTEQUERA: *Se ordena la aplicación en Málaga, Ronda y Antequera de las medidas que establece el apartado b) de la Disp. Adic. 2.ª de la L. A. U. de 1956* (Justicia. Decreto 29 enero 1959; «B. O.» 4 febrero) (1).

OTRAS DISPOSICIONES

FUNCIONARIOS PÚBLICOS: JURAMENTO: *La fórmula del juramento que se exige para la toma de posesión de cargos o funciones públicas habrá de iniciarse con el siguiente párrafo: «Juro lealtad y acatamiento a los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales del Reino»* (Presidencia. Decreto 29 enero 1959; «B. O.» 3 febrero).

(1) Este Decreto es casi literalmente idéntico al Decreto de 28 de marzo de 1958 («B. O.» 6 mayo) dictado para Granada y su provincia (vid. A. D. C., T. XI. Fascículo 3.º, pág. 383). Ambos revelan la vitalidad de la disp. adic. 2.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

G. BAYON CHACON y E. PEREZ BOTIJA: «Manual de Derecho del Trabajo», 2.ª edición. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1959.

Hay libros que son un sumando más para una ciencia. Hay otros, en cambio, que abren caminos, que fecundan nueva investigación. Entre estos últimos, y en cauce que ha obtenido ya madurez en Italia con la obra de Barassi, y en Alemania con la de Nipperdey, se encuentra, para el Derecho del Trabajo español, el «Manual» de Bayón Chacón y Pérez Botija.

I. Abrir camino no es una frase. La filosofía clásica tiene el galardón de ser llamada, también, filosofía perenne, y no porque no haya cambiado o porque no fuera susceptible de superación, sino porque los verdaderos progresos han sido siempre, después de mayores o menores desvíos, una profundización de sus líneas. La obra de Bayón Chacón y Pérez Botija ha situado a la investigación del Derecho del Trabajo español en la línea que podríamos llamar del Derecho perenne. Las posibilidades que con ello se han abierto al estudio del Derecho laboral son innumerables. Sobre las bases sentadas cabe llegar muy hondo. No temo equivocarme al augurar que tardaremos poco en tener, en España, una serie de buenas monografías sobre material laboral.

Después de lo dicho no es de extrañar que, trascurrido sólo algo más de un año desde la aparición del primer volumen, y no un año desde la del segundo, vea dicha obra de nuevo la luz en su segunda edición.

II. Si me pidieran que definiese, a vuela pluma, como puede hacerse en una reseña, cuáles sean las características básicas, delimitadoras, del pensamiento jurídico de los autores, enumeraría las siguientes: conciencia de la unidad del Derecho; visión, dentro de esta unidad, del Derecho del Trabajo como Derecho—tendencialmente—de los profesionales; concepción realista y católica del Derecho; visión orgánica de la realidad laboral.

Unidad del Derecho. Si éste es una forma organizadora de la vida en sociedad, sólo viéndolo como unitario será posible que impulse realmente el vivir social. La falta de unidad es siempre síntoma de falta de vida. Por eso afirman los autores: «Discrepamos de toda teoría que pretenda encuadrar el Derecho del Trabajo en un sector jurídico radicalmente opuesto a otro sector, porque *negamos la esencialidad* de tal diferenciación».

Visión del Derecho del trabajo como Derecho profesional. En la actualidad, como el que se ocupa del estudio de la prestación profesional de servicios pero, tendencialmente, como un verdadero «Derecho profesional». Que la profesionalidad sea nota central, es característica de importancia. Sólo un mundo del trabajo en que sus componentes se sientan profesionales —y, como tales, creadores de algo—tiene vigor suficiente para superar los problemas actualmente planteados.

Concepción realista y católica. El jurista está empeñado en *conocer la realidad por cuantos caminos se le ofrezcan*. Sólo partiendo del conoci-

miento de esta realidad se puede luego «valorarla» y orientarla—jurídicamente—en el sentido de una mayor plenitud, conforme a la idea de justicia, *debiendo emplearse «para la apreciación de ésta, la doctrina social de la Iglesia».*

III. La obra se compone de cuatro partes, de las que han aparecido publicadas solamente las dos primeras, formando ahora un solo tomo. Comienza el libro con una parte introductiva (concepto, fuentes, desarrollo histórico, metodología); luego estudian los autores las relaciones individual (contrato, relación de trabajo, relaciones especiales, intervención del Estado en la misma, etc.) y colectiva de trabajo; una tercera parte está dedicada a la seguridad social y la última al ámbito extranacional del Derecho del Trabajo.

Es destacable la extensión y detalle con que se han tratado la parte histórica y la de fuentes. Contrasta, ciertamente, el número de páginas (más de cien) que los autores dedican en su «Manual» a las fuentes del Derecho del trabajo, con las que encontramos (cincuenta escasamente) en el «Tratado» de Borsi-Pergolesi. Comparación que podríamos repetir con la mayoría de las obras clásicas de la asignatura. Ello constituye, a mi juicio, un gran acierto de los autores. La aportación fundamental del Derecho del Trabajo a la teoría general del Derecho está en materia de fuentes: convenios colectivos; reglamentos de empresa; especial importancia de las normas emanadas del poder ejecutivo; normas de Derecho necesario relativo, etc. Se trata, por tanto, de cuestiones que exigen un estudio cuidadoso por parte de los laboristas, y sin cuyo conocimiento profundo es difícil formarse una idea adecuada del mundo del trabajo. Pero volveremos sobre este punto al tratar de las modificaciones realizadas por la nueva edición. Sólo indicar, finalmente, a este respecto, que la extensión de la parte histórica, unida a las abundantes referencias al Derecho comparado, facilitan el planteamiento de los problemas laborales con una visión que trasciende a la pura exégesis legal y forma el juicio crítico del estudiante.

IV. A mi modo de ver pueden distinguirse tres tipos de Manuales, Cursos, Tratados y demás obras generales: a) los que son un puro comentario de artículos y leyes: nuestro clásico Manresa; b) los que representan, aproximadamente, el fruto de reunir, sistematizados, esos artículos y comentarios de uno o más autores; c) finalmente, obras que constituyen la exposición orgánica de la visión que un autor tiene de la materia y en las que, en forma puede decirse complementaria, aparece la cita de los artículos y de la doctrina. Clasificación que podría ser también una escala de madurez. La obra que comentamos es de estas últimas. Son libros que ayudan a pensar, porque obedecen a un pensamiento unitario; que sugieren problemas, e incluso disconformidades, si se quiere, pero que impulsan al alumno, que le potencian, sin cansarle ni aburrirle con una larga lista de disposiciones positivas (en el «Manual» que comentamos se suelen omitir, incluso, el día y mes de las normas que no sean fundamentales, dejando sólo el año) y de citas de autores (cuyas teorías a veces se extractan hasta hacerlas inprecindibles, si no ridículas).

V. Finalmente, quiero aludir a las modificaciones que realiza la nueva edición con el fin de poner al día el Manual ya que, con posterioridad a su primera publicación, se han dictado dos normas de importancia: la

ley de 24 de abril de 1958, sobre convenios colectivos sindicales y el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958.

En realidad, la modificación de mayor importancia es la relativa a los convenios colectivos, puesto que la Ley de procedimiento laboral venía ya recogida en el volumen II, y el texto refundido ha hecho sobre ella muy pocas modificaciones que, desde luego, se tienen en cuenta en la nueva edición.

Por lo que respecta a la regulación de los convenios colectivos, los autores, luego de examinar los antecedentes históricos de la nueva Ley, pasan a comentar la Exposición de Motivos de la misma, a la que dan un gran valor doctrinal por su expreso reconocimiento de los convenios colectivos como fuentes del Derecho, y como fuentes del Derecho no estatales. «El Derecho del trabajo no tiene, pues, únicamente, un origen estatal.» La nueva fuente creadora de normas es, a juicio de Bayón y Pérez Botija, la relación jurídica colectiva. Con este concepto, a mi modo de ver, se ha querido designar a la fuerza social constituida por las representaciones patronal y obrera de la empresa o grupos de empresas, a la que el Estado con la nueva Ley ha reconocido capacidad para crear normas, a través de los convenios colectivos sindicales. Quizá el pensamiento de los autores permita en este punto algunas dudas. De todas formas, creo que ésta es la interpretación correcta. En efecto, toda fuente de Derecho (en el sentido de fuente de creación de normas) no es sino una fuerza social a la que el Estado reconoce capacidad para crear normas jurídicas. En el caso de los convenios colectivos, esa fuerza social son las representaciones patronal y obrera de una empresa o grupos más amplios (un ramo de la producción, en el ámbito local o provincial aun interprovincial), pues dichas representaciones constituyen la autoridad natural de tales grupos. Es a esa autoridad, a esa fuerza social, a la que el Estado ha reconocido capacidad de crear normas, por el expediente de los convenios colectivos. Esto, entiendo, es lo que quieren decir los autores, cuando afirman que la fuente creadora de normas no es el Sindicato, sino la autoridad del grupo (relación colectiva) que se revela en el contacto negocial. No cabe duda que ello entraña una novedad importante en nuestra realidad jurídica, que lleva consigo una obligada revisión de la teoría de la fuente de creación del Derecho y aun de su orden jerárquico.

Destacan, también, los autores la trascendencia que tiene—para el mundo del trabajo—la admisión de los convenios colectivos: pueden ser un instrumento base para vitalizar, intensamente, la vida sindical y tiende a conseguir la mejora del obrero por el único camino que ofrece posibilidades reales: el de un incremento de la producción. Estudian a continuación su régimen: clases de convenios, vigencia, etc. Y, por último, la aplicación gradual, prevista, de dicha ley.

RAMÓN GARCÍA DE HARO DE GOYTISOLO
*Profesor de Derecho del Trabajo del Estudio
General de Navarra*

CABRILLAC, H.: «Le cheque et le virement», Librairie technique, 1957, 2 c. édition refondue et augmentée; 200 págs.

Aunque el mismo autor reconoce que, jurídicamente, cheque y *virement* presentan caracteres diferentes, puede realizarse su estudio conjunto teniendo en cuenta—igual que, en ocasiones, hace el legislador—que, económica y monetariamente, tienen una misma finalidad: evitar la circulación de la moneda fiduciaria, mediante la movlización de los depósitos bancarios que, en ambos casos, son presupuestos para la existencia de las dos instituciones a que dedica la monografía.

Ante las distintas teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del cheque—especialmente, mandato o cesión de créditos—Cabrillac se muestra escéptico y estima que ninguna explicación es «plenamente satisfactoria» y que es preciso ver en el cheque un efecto negociable dotado por el legislador de un estatuto particular para hacerlo idóneo para el cumplimiento de su función económica de instrumento de pago a la vista y de compensación. El cheque será un documento mercantil—y sometido, por tanto, a los Tribunales de esta índole—cuando es emitido por un comerciante para las necesidades de su comercio.

Los capítulos relativos a los requisitos de forma del documento y a los efectos que, en las relaciones entre los intervinientes, produce, no presentan más particularidad digna de mención que la de haber incorporado la jurisprudencia—hasta el 1 de octubre de 1956—que ha ido resolviendo las cuestiones que han sido suscitadas por la práctica. De mayor interés—porque muestra los desenvolvimientos de que el cheque ha sido capaz en el tráfico ordinario—es el capítulo dedicado a las diferentes variedades de cheques, en el cual junto a las clásicas especies del cheque cruzado—general o especialmente—y del cheque para abonar en cuenta, se incluyen otras menos conocidas y tratadas por la doctrina, sobre alguna de las cuales aún se duda acerca de su legitimidad o de su naturaleza jurídica. Así, el cheque visado, en el cual el visado del librado no produce los efectos de inmovilizar la provisión, en cuanto que «se ha previsto otra modalidad de intervención del librado que lleva esta consecuencia». Esta modalidad es el cheque certificado—introducido por la Ley de 28 de febrero de 1941—, que concede al portador o al librador la facultad—no eliminable contractualmente—de exigir del librado la certificación si existe provisión suficiente. También el cheque garantizado por un aval—artículos 25 a 27—cumple la función de asegurar la posición del portador. El cheque documentado ha surgido en la práctica del comercio internacional y el autor se muestra partidario de la validez de esta modalidad, en cuanto que, según la jurisprudencia, «nada impide al emitente, de un cheque convenir con el beneficiario que la transmisión de la provisión estará sometida, en las relaciones entre las partes, a una condición», que, en este caso, será la existencia de los documentos justificativos, cuya presentación con el cheque hace a éste pagadero a la vista. Con relación a los cheques circulares y a los «travellers» cheques—carentes de disposiciones especiales en Francia, aunque emitidos por el Banco de Francia—sostiene, de acuerdo con la prevalente doctrina francesa y contra la dirección de la jurisprudencia—que últimamente ha sido quebrada por la Sentencia

del Tribunal de Casación de 29 de marzo de 1955—que se trata de un cheque, porque además de presentar los caracteres esenciales del cheque, la ley admite el libramiento contra sí mismo para los cheques emitidos entre los diversos establecimientos de un mismo librador. Al estudio del cheque postal se dedica una parte de la obra y va precedida de algunas precisiones sobre la cuenta corriente postal—que no presenta los caracteres jurídicos de una verdadera cuenta corriente—. Las modalidades, así como sus efectos—que, en principio, por el artículo 6 de la Ley de 17 de noviembre de 1947 están sustraídos a las disposiciones del cheque bancario—se enuncian descriptivamente. Su naturaleza de verdadero cheque se encuentra, según Cibrillac, en el hecho de que la extensión a los cheques postales de las normas sobre cruzamiento, certificación, pago por cámaras de compensación, se ha hecho sin ninguna dificultad, reconociendo esta progresiva asimilación la Ley de 28 de noviembre de 1955.

El «virement» (vid. Escarrá, *Principes de Droit Commercial*, Vi, 1937, p. 207; Girón Tena, *Contribución al estudio de la transferencia bancaria*, en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, p. 413), cuya naturaleza puede explicarse como una transferencia de fondos mediante la utilización de anotaciones en las cuentas, no ha sido objeto de ninguna disposición legislativa directa, pero su utilización ha sido, unas veces fomentada mediante desgravaciones fiscales y otras, impuesta en determinadas operaciones en combinación con el cheque postal o la transferencia postal. La operación en la cual interviene un solo Banco es muy simple y puede ordenarse por cualquier medio—incluso verbalmente—e incorporarse a un documento al portador o a la orden—por tanto, negociable—. Para determinar su fecha es preferible la de la inscripción del banquero en la cuenta del beneficiario, en cuanto que, en supuestos de discusión, es menos expuesta a dificultades que la otra alternativa ofrecida por la fecha de la aceptación del beneficiario. El lugar en que se realiza—transcendente para la determinación de la competencia—es el domicilio del banquero que la ejecuta. Cuando exige la operación el concurso de dos banqueros, las particularidades residen en la manera de operar el banquero del beneficiario, al admitir la orden del dador—en cuya ejecución sustituye al banquero del dador—. Si el dador de la orden cae en quiebra antes de la ejecución de la orden, la operación no es posible. En cuanto a su ejecución durante el período sospechoso, será nula, dada la asimilación a una transmisión de propiedad. Si es el banquero, quien cae en quiebra, éste no podrá realizarla, una vez que se ha producido el desapoderamiento: en su lugar actuará el síndico.

Una última parte es dedicada al estudio de estas instituciones como medio de pago. En cuanto a los pagos facultativos por medio de cheques, se muestra, en contra de la jurisprudencia, inclinado a admitir su obligatoriedad para el acreedor, puesto que, además de que no entraña un mayor riesgo para el acreedor, se favorece con ello la dirección legislativa de evitar el pago en moneda. Pero esta misma solución no es admisible en el supuesto de que el deudor quisiera liberarse mediante una transferencia, porque el acreedor se vería obligado a abrir una cuenta, lo cual entraña una obligación que no puede imponerse sin la adquisicencia del que va a encontrarse sujeto a ella.

J. F. DUQUE

GIRON TENA, J.: «La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho marítimo». Discurso de apertura del curso 1958-1959. Valladolid, 1958; 64 págs.

La aportación del profesor Girón Tena está llena de sugerencias y es susceptible de una serie de desdoblamientos y desarrollos ulteriores, cuya aparición ha de esperarse con impaciencia justificada por todos cuantos se interesan en estudios de este género. La visión de conjunto que nos da del núcleo más importante de problemas que afectan al Derecho marítimo perfilan contornos de figuras—naviero, copropiedad marítima, fletamento—que tradicionalmente han sido objeto de consideración sin tener en cuenta los cambios que la estructura económica ha sufrido desde los tiempos en que nuestro Código de comercio—con anacronismo, sin embargo—, las recogiera. Al considerarlas desde un enfoque actual se ofrecen nuevas perspectivas, que, sin duda, son aprovechables para la futura tarea codificadora que al legislador español se le presenta en el campo del Derecho de la navegación. El conocimiento de la evolución que haya podido experimentar la empresa marítima sirve, pues, para valorar, desde el punto de vista de la *ratio legis* de las normas, la atribución al naviero de la cualificación de empresario—como antes se le había calificado de comerciante—.

El dato primordial en la primera época es la inexistencia de una actividad comercial, cuyo objeto fuese la oferta permanente de la navegación. Esto explica la necesidad de que sean formas asociativas las que atiendan a todas las necesidades que suscita el tráfico marítimo, empezando desde la construcción del buque, siguiendo por el aprestamiento del buque para un viaje determinado. Todas las actividades se realizan, pues, ocasionalmente, para un viaje. En cuanto a los elementos personales—prescindiendo de la marinería—el «*naulerus*» es un técnico de la navegación, que se opone al escribano, cuyas funciones reflejan la incomunicación del buque con la organización terrestre. El «*patronus*» es, frecuentemente, un comerciante más de la expedición marítima, cuyos poderes y actividades se explican en función de las circunstancias del viaje, que le configuran en una posición preeminente en la aventura marítima. Las notas de la empresa son: 1) ausencia de especialización; no ha nacido, pues, la empresa naviera propiamente dicha; 2) la ocasionalidad, pero con un sentido contrario al que hoy podría darse; 3) ausencia de establecimiento, salvo que se considere como tal al buque: esto produce los específicos institutos de la ordenación de los créditos marítimos alrededor del buque y de las formas especiales de responsabilidad.

Durante el periodo siguiente que llega hasta el siglo XIX, la actividad naviera va desarrollándose y diferenciándose paulatinamente, pero el naviero no tiene aún dispuesto el buque para cualquier momento, sino que el buque se apresta para cada viaje, eludiendo de esta manera el riesgo económico de no encontrar fletes. La titularidad de la empresa naviera se contempla desde el punto de vista del propietario del buque, puesto que, no existiendo una empresa destinada exclusivamente a la construcción de buques, el constructor será el naviero futuro. Pero, además, esto justifica la manera en que son reguladas las relaciones entre naviero y capitán,

pues, la incomunicación requiere una gestión constante, que, al no poderse cumplir cuando el propietario o un copropietario no van a bordo del buque, en calidad de jefe, lleva a identificar al «patronus» con el propietario.

El naviero del código no se encuentra—aunque pueda parecer paradójico—en el naviero, sino en la figura del propietario, en cuya delimitación se hace valer la nota de dedicación efectiva al tráfico marítimo. La figura del naviero no propietario carece de un grupo de normas que se ocupen de su régimen. Al calificarse como naviero a un propietario por la realización de un solo viaje, resulta que su individualización interesa, no desde el punto de vista del derecho de las personas, sino para saber quien es el titular del buque, alrededor del cual se asegura el crédito. El Derecho marítimo ha sido ocasionado por el tráfico mercantil, pero no fué materia exclusiva del Derecho marítimo, como se demuestra por la existencia de navieros—que no pueden calificarse de comerciantes—que se dedican a navegación no especulativa. En estos supuestos, carece de sentido aplicar las normas que están dadas en función del crédito mercantil, pero, sin embargo, hay que aplicar las basadas en las exigencias de la navegación.

Con la afirmación de que el naviero no es siempre empresario se enlaza este trabajo con otros anteriores del mismo autor. Las normas que se ocupan del Derecho marítimo no se explican teleológicamente por las exigencias de la empresa, como ocurre con el derecho mercantil. Las peculiaridades del Derecho de la navegación se explican por las circunstancias de alejamiento y riesgos que concurran en la navegación. Por tanto, el Derecho marítimo no tiene por qué estar sometido, sistemática y doctrinalmente, a las categorías del Derecho mercantil explicado en función de la empresa, sino que tiene cuadros sistemáticos y tratamiento separado de aquél. (En este sentido, Girón Tena, «El concepto del Derecho mercantil. II. Concepto del Derecho mercantil en Derecho español», ADC, 1954, págs. 972 y ss. concretamente, págs. 1.023 y ss.)

El agudo sentido histórico del profesor Girón Tena pónese, una vez más de manifiesto, al buscar el fundamento de la autonomía del Derecho marítimo, no en construcciones sistemáticas alejadas de la realidad, sino en la propia historia, que ofrece los datos que permiten fundar la vital continuidad de una disciplina. Pero el trabajo comentado trasciende lo puramente histórico y llega a la construcción dogmática. Con materiales que hasta ahora han sido manejados con intención exclusivamente histórica, aborda la comprensión del sistema vigente, iluminándolo a la luz del pasado histórico que sobre él gravita, y señalando—al excluir soluciones que, si pudieron estar justificadas en el momento de su aparición, hoy se mantienen por inercia—el derrotero del porvenir. En definitiva, se aunan en esta investigación—preludio de otras más amplias—, Historia y Dogmática, con la equilibrada proporción que sólo un maestro puede encontrar.

J. F. DUQUE

MICCIO, E.: «Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azione, Napoli, Jovene, 1957; 112 págs.

Con unas consideraciones generales sobre la función que el derecho de opción cumple en el ordenamiento de la sociedad anónima se abre esta monografía. No solo la proyección económica de la condición de socio, sino igualmente la posición administrativa del socio son protegidas por este derecho. La aportación más relevante de este primer capítulo es, sin duda, las consideraciones que desenvuelve el autor alrededor de los contratos parasociales cuyo objeto es este derecho de opción a cuya validez parece que se opone la irrenunciabilidad de este derecho, que, precisamente, intenta evitar abusos de la mayoría cometidos con ocasión del aumento del capital.

En el capítulo segundo, cuyo título es «la estructura del derecho de opción», son estudiados los temas que se refieren al derecho de opción en sí mismo considerado. Frente a la tesis que sostiene que este derecho deriva de la cualidad de socio, pero nace con el aumento de capital, mantiene el autor la opinión de que tal derecho está incorporado en la condición de socio, por lo que para una determinada persona, nace con la adquisición de tal cualidad, aunque sólo pueda ejercitarse cuando exista aumento de capital. De este punto trata con mayor amplitud en el capítulo tercero, al principio, basándose en que la exclusión de este derecho, en determinados supuestos, por el acuerdo mayoritario, presupone su nacimiento, ya que, si dicho acuerdo es una renuncia de los socios al derecho de opción, la renuncia exige la existencia del objeto de la misma.

La distinción entre adquisición del derecho de opción y adquisición de las acciones que pertenecen al socio en proporción a su cuota de participación requiere el examen de las declaraciones de voluntad que intervienen en este segundo momento. La exclusión de la adquisición *ex lege* requiere una declaración de voluntad, mediante la cual su titular se compromete a pagar el precio de las acciones optadas. La asignación por parte de la sociedad no concurre con aquella del socio para formar un acuerdo, ya que la adquisición se produce unilateralmente. La asignación es un acto debido, de carácter material, como la suscripción de las acciones, mediante la cual el optante cumple su obligación consistente en recibir las acciones asignadas. De otra manera habría que considerar la existencia de un acuerdo, por el cual una parte se obliga a vender y la otra a comprar, lo que no se corresponde ni con la realidad ni con las disposiciones legales. Algo incierta parece la posición del autor al calificar la declaración del socio como recepticia, porque, ella afecta no sólo a la sociedad, frente a la cual se realiza, sino a los demás socios. En definitiva, esto se ve claramente en el caso de impugnación del acto de asignación que no respeta las condiciones del acuerdo de la junta: demandada es la sociedad; al ser un acto típico de gestión, no hay que impugnar el acuerdo de un órgano social por los medios específicos que para estos casos el ordenamiento de la sociedad anónima prevee.

A continuación examina las cuestiones derivadas del ejercicio de este derecho. Para tal ejercicio debe de concederse un plazo que no sea inferior al legal de quince días, fijado bien en el acuerdo de elevación, bien en los

estatutos o por la propia administración. Si se ejercita después, su eficacia queda subordinada a la existencia o inexistencia de acciones aún no suscritas. En efecto, si existen, la sociedad tiene que asignarlas al socio, porque el transcurso del plazo origina la facultad, a favor de la sociedad, de venderlas, pero no extingue el derecho de opción a favor del accionista. Incluso si la sociedad enajenase con anterioridad al transcurso del plazo las acciones y el socio ejercita después su derecho, la solución ha de ser favorable al socio, porque la sociedad, vendiendo las acciones antes del término de decadencia, se puso en condiciones de no poder cumplir su obligación frente al socio.

La negativa del socio, después de haber ejercitado el derecho de opción, a suscribir las acciones, no produce dificultades cuando las acciones se cotizan a la par o por encima de la par. Cuando su cotización es menor, la sociedad tiene que ejercitar judicialmente su derecho para obtener el importe de las acciones suscritas. La transmisión del derecho de opción no transmite las acciones a que se tiene derecho, sino la facultad de pedir la asignación de tales acciones. Pero cuando la transmisión se realiza después del ejercicio, surgen ciertas dificultades al solucionar los efectos de su transmisión: en realidad, el derecho de opción, con la declaración de su ejercicio efectuada por su titular, se transforma en un derecho sobre las acciones, porque, si la declaración produce la adquisición de las acciones, el viejo accionista no puede transmitir un derecho que no tiene, ni transferir acciones que no ha liberado.

Al estudio del ejercicio indirecto del derecho de opción—parte relevante del libro—dedica amplias consideraciones. Aunque en este supuesto hay una exclusión formal del derecho de opción, permanece materialmente frente al Instituto de crédito que ha suscrito la totalidad del aumento. Se justifica por las ventajas económicas que tiene para las grandes sociedades. La construcción jurídica de esta hipótesis ofrece perplejidades: el acuerdo entre sociedad e instituto crediticio configura un derecho del socio para hacerse asignar el número de acciones que proporcionalmente le corresponde: es un contrato a favor de tercero. Se trata, por otro lado, de un supuesto de interposición en el negocio jurídico de persona diversa del titular del interés regulado; válido porque se realiza por los mismos sujetos legitimados—los socios en la junta—a quienes pertenece la legitimación para regular los intereses contemplados en el negocio. Se trata de una figura intermedia entre la gestión y la representación, matizada por el elemento de la fiducia manifestado en los efectos reales que en la operación se producen con relación al instituto emisor. Es un caso de interposición real, con dos aspectos: el primero, constituido por el fin de ofrecer a los socios las acciones de nueva emisión; y el otro, es el acto traslativo mediante el cual la sociedad vende las acciones al instituto emisor. La sociedad no delega a la banca la realización, por su cuenta, de la ejecución, sino que ésta adquiere las acciones y el derecho de opción del accionista sufre una modificación, ya que el derecho no es un derecho social, sino un derecho que se tiene frente a la banca. Esta construcción tiene repercusiones prácticas en caso de incumplimiento de la obligación asumida por la sociedad. Los socios no pueden dirigirse contra ella. Porque, no sólo cuando

los terceros adquirentes son de buena fe la adquisición de éstos se respeta, sino también cuando lo son de mala fe, porque, de otra manera, no se reconocería ninguna diferencia entre la interposición real y la interposición ficticia. La indemnización de daños a cargo de la banca es consecuencia obvia. Pero cuando la banca no transmite sus acciones, las acciones de cumplimiento pertenecen a los socios y a la sociedad, con una posición meramente colateral. Cuando los socios no ejercitan su derecho, la sociedad no puede pedir la devolución de las acciones—que se transfirieron por el negocio fiduciario—, sino solo de la diferencia entre valor nominal y valor del mercado, que representa beneficios pertenecientes a los socios y de los cuales podrían éstos pedir cuenta a los administradores.

En el caso de que el socio prefiera obtener el valor de su opción a adquirir las acciones que le pertenecen, puede ceder las acciones al Banco interpuesto. No ofrece ningún obstáculo la licitud de esta operación, ni desde el punto de vista económico, ni desde el jurídico, porque el caso no debe de tratarse de manera distinta a la renuncia, que tiene lugar cuando el socio deja transcurrir el plazo sin ejercitar su derecho.

El cálculo del valor del derecho de opción está influenciado, no sólo por factores matemáticos, sino también por factores económicos y de coyuntura. Pero alrededor del valor teórico se moverá el precio del valor real. Estado del mercado bolsístico, situación de la empresa, condiciones del aumento, son todas circunstancias que desvirtúan, en sentido positivo o negativo, los cálculos abstractos que se hayan realizado, teniendo en cuenta el valor total de las acciones antes de la emisión y el presunto que alcanzarán después de la ejecución del acuerdo de elevación. La diferencia entre estos dos valores será el valor teórico de la opción.

La calificación del derecho de opción como derecho individual va precedida de una extensa investigación acerca de la existencia y estructuración de los intereses de socio y sociedad. En efecto, si el interés del socio a mantener inalterada la proporcionalidad de su relación social es protegido hasta el extremo de que, al no poder ser afectado por la decisión mayoritaria, prevaleciendo inderogablemente frente al interés social—esto es, el interés común de los socios—, el derecho de opción es un derecho individual. De las limitaciones que el derecho de opción encuentra, es el decisivo para esta determinación la exclusión de este derecho cuando lo exija el interés social. Previa a la solución es un estudio sobre el debatidísimo tema en la doctrina italiana del interés social y sus relaciones con los intereses del socio. También es previa la determinación del concepto de derecho individual. El interés tutelado sería el de mantener inalterada la originaria relación de participación de cada socio. Pero, debido a la negociabilidad de las acciones y a la fluctuación de su cotización en la bolsa, esta proporción no se mantiene ni desde un punto de vista patrimonial ni administrativo.

La sociedad no tiene la obligación de abstenerse de cualquier acto que menoscabe tal proporción. Pero, de todas las formas, se trata de un interés individual de todos los socios que debe ser protegido por la sociedad siempre que no se ponga en contradicción con el interés social. No es, por tanto, un simple interés, sino un interés que, en ocasiones, es elevado a derecho

subjetivo, encomendándose entonces su tutela y valoración a los órganos judiciales. La exclusión mayoritaria es legítima siempre que la decisión de la junta no se haya determinado por la concurrencia de un interés individual del grupo de control en contraste con el interés social o con un interés individual socialmente cualificado.

El último capítulo se dedica íntegramente a un tema muy debatido en los últimos desarrollos de la doctrina italiana. El de la extensión de la prenda o del usufructo a las acciones de nueva emisión sobre las cuales se ha ejercitado el derecho de opción. No cabe duda de que el derecho de opción pertenece al socio, no sólo por el terminante precepto del artículo 2.352 del Código civil, sino por la misma estructura y finalidad del derecho de opción.

Cómo el derecho de opción es una de las utilidades aleatorias a las cuales el artículo 1.998 del Código civil extiende el goce del usufructo, al titular de este derecho sobre las acciones corresponde el goce del valor de la opción, por lo cual, si éste se vende, su derecho recaerá sobre la suma de dinero que el socio haya obtenido de la operación. Por el contrario, al ser la prenda un derecho de garantía, su titular no hace suyas las utilidades a menos que las asigne a la extinción de capital o interés. Pero tiene derecho a la inmutabilidad de su garantía, cuya reconstitución, en caso de disminución, viene confiada por el ordenamiento jurídico al propio deudor, quien, amenazado por la inmediata ejecución, no dudará en realizarla.

J. F. Duque

MINERVINI, G.: «Gli amministratori di società per azioni», Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956; 500 págs.

La literatura italiana, cuya contribución al estudio jurídico de la sociedad por acciones es, sin ninguna duda, valiosa, no contaba hasta la aparición de la presente monografía de Minervini con un trabajo dedicado exclusivamente al examen conjunto del órgano administrativo, tal y como ha quedado estructurado después de la promulgación del *Codice civile*. Esta falta contrastaba con el número relativamente grande de estudios que analizaban la Junta general o alguno de sus aspectos particulares.

La característica más acusada de la exposición reside en que se trata del órgano administrativo sobre la base de estricto derecho positivo, sin que el autor realice ninguna incursión al terreno de la política jurídica y, mucho menos, al de la economía o al de la organización de la empresa, que tantas sugerencias ofrecen en la hora actual, cuando la revisión de las competencias tradicionales se anuncia bajo la inspiración del principio *staff and line* (vid. sobre este principio organizativo y sus implicaciones en la administración estatal y para-estatal, el Prólogo de García de Enterría, a la obra de Mooney, J. D.: *Principios de Organización*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953, págs 17 y ss.) que, de la empresa privada donde se origina y acaso se diluye, tiende a pasar el Derecho público. Todo el desarrollo de la argumentación ofrece la información al detalle de las discusiones, que, alrededor de las diversas cuestiones, se han suscitado en la

abundante producción periódica de Italia y en la cual, con frecuencia, ha intervenido el propio autor. El acatamiento quasi-reverencial de la norma positiva no hace, sin embargo, estéril la lectura del libro para el jurista español, ya que, dada la similitud de algunos de los preceptos sobre esta materia de la LSA y la correlativa normación del Código civil (como ha puesto de relieve Girón Tena, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 335 y ss.), proporciona una multiplicidad de sugerencias para abordar y resolver problemas que las necesidades de nuestro tráfico pueden presentar al estudioso.

El punto de partida se encuentra en el Preliminar, donde, en cierta manera, expone su profesión de fe sobre la naturaleza jurídica de los administradores. Reafirma su ya, con anterioridad, expuesta teoría sobre los órganos y su discriminación de los representantes. De ser el administrador responsable directamente de los actos ilícitos que, durante el desempeño de su cargo realice, deduce Minervini que el administrador es representante y no órgano. Esto no es un índice—afirma ya en el desarrollo del libro—de que el ordenamiento jurídico de la sociedad por acciones se encuentre en un estado de primitivo desarrollo, sino que el legislador italiano ha acogido la dirección moderna, que, con fines preventivos, establece—cada día con mayor extensión—la responsabilidad directa de los agentes, aunque, simultáneamente, se produzca una disminución, en cuanto a las posibilidades de reparación a favor del dañado, porque es posible que el patrimonio del administrador resulte insuficiente en un caso en que el patrimonio social hubiese cumplido esta última finalidad.

La determinación de las notas del contrato de administración—por el cual «una parte (el administrador) se obliga a realizar determinada actividad por cuenta de la otra (la sociedad por acciones) y, normalmente esta última se obliga frente a la primera a pagar una contraprestación»—no suscita dificultades: es consensual, bilateral, indiferente en cuanto a su gratuidad u onerosidad. El problema fundamental se plantea cuando se quiere determinar rigurosamente de qué clase de contrato descende la obligación de «hacer por cuenta ajena» que el contrato de administración contiene. En otras palabras, cual sea la naturaleza jurídica de este contrato. Frente a la opinión—dominante, aunque no sin contradicciones, bajo el derogado C. de c.—que lo conceptuaba un mandato, Minervini examina los argumentos que permiten calificar este contrato—en principio, de trabajo en sentido amplio—como contrato de trabajo en sentido estricto. La discusión se conduce sobre base positiva—tanto de carácter sustantivo como fiscal—que hace hincapié sobre la dicción literal de los textos italianos, aunque sin olvidar los principios reguladores de las instituciones. La conclusión—con trascendencia para determinar las normas jurídicas aplicables, que se contienen en diversas sedes—es que se trata de un contrato específico, «que tiene por objeto la prestación de trabajo en sentido amplio, con un contenido de actividad prevalentemente jurídica, y en una posición que para algunos aspectos es de autonomía y para otros de subordinación».

Los presupuestos del contrato se estudian minuciosamente reconduciendo a institutos generales las diversas disposiciones de esta materia. Sostiene la capacidad de la sociedad para nombrar administradores después

del momento inicial del período de liquidación, puesto que la práctica demuestra la utilidad de este órgano en dicha fase. Los límites que al ejercicio de este poder ponen los Estatutos en cuanto al número de administradores que pueden nombrarse, impiden que la sociedad establezca relaciones de administración con más sujetos de los que sean incluidos en el acto de nombramiento. Su infracción produce más que un vicio del objeto del negocio, un vicio de idoneidad del sujeto—opinión que el mismo autor reconoce dudosa—. Como causas de incapacidad jurídica especial absoluta son consideradas las «causas de ineligibilidad y de decadencia». El acuerdo de ejercer la acción de responsabilidad contra un administrador y el pertenecer al órgano de vigilancia son casos de incapacidad jurídica relativa. No pueden ser administradores los menores de veintidós años, ni las personas jurídicas, quienes pueden nombrar una persona física que será el administrador.

El capítulo I—dedicado al nombramiento y a la aceptación—es un modelo de reconstrucción de la norma, mediante la búsqueda y ensamblaje de sus diversos supuestos de hecho en el disperso ordenamiento de la s. a. A partir de este momento, el autor, incansablemente, nos va ofreciendo el panorama jurídico de la relación administrador-sociedad, sin que el rigor lógico de la exposición desfallezca a lo largo de su desarrollo. Los casos en que la Junta general puede nombrar administradores sin que esta materia esté contenida en el orden del día, los supuestos en que el propio consejo puede, por cooptación, nombrar sus propios miembros, etc. se ponen de manifiesto atendiendo a la finalidad de las normas. De la aceptación por la persona designada—que puede ser asimilada a la adhesión de un particular a las condiciones generales predispuestas por las empresas en la contratación—surge el contrato de administración, a cuya naturaleza jurídica y sus elementos—estudiados en el capítulo II—ya nos hemos referido.

Las obligaciones y las cargas del administrador—a cuya exposición dedica el extenso capítulo IV—se estudian con referencia al administrador único. Las obligaciones que se refieren a la estructura social son de contenido variable y se tratan sucesivamente. Todas las fórmulas que la ley emplea para referirse al ejercicio de la empresa social reflejan, según el autor, la idea de que «al administrador incumbe ejercitar la actividad económica que constituye, según el acto constitutivo, el llamado objeto de una dada sociedad, para la consecución del fin de lucro que es el fin final». Por tanto, el límite de la actividad de administración del administrador se encuentra en la consecución del objeto social—fin medio para la obtención del fin de lucro—, por lo cual excede del ámbito de sus atribuciones la realización de actos antitéticos a la obtención de aquella finalidad—cesión de la empresa o de alguna de sus partes—, con lo que se confirma la tendencia a que el poder de gestión y el de administración—a la que dedica amplias consideraciones—coincidan en cada tipo social.

Con este motivo deslinda la competencia relativa de la junta general y de la administración, con relación a los actos de gestión. El principio general es que «el ejercicio de la empresa social es objeto de competencia exclusiva, formando el contenido de obligaciones específicas, del administrador, salvo aquellos supuestos en que el legislador, por medio de un precepto en

contra, establezca lo contrario». Este principio admite dos derogaciones voluntarias: la atribución por los Estatutos a la J. G. de actos de administración; la remisión que los propios administradores, aunque competentes, realicen a la propia J. G. Considera en cambio, dudoso que, a falta de administradores, la J. G. tenga la competencia para realizar actos de gestión. En cuanto a los límites que estas derogaciones encuentran, rechaza la tesis de Oppo—que es totalmente unilateral, al pretender deducir toda la disciplina de la s. a. del fin de protección a los terceros—y la de Fré, que en su primera formulación—está prohibida toda derogación al principio que implique una «transferencia integral»—era «claramente apriorística». Pero ni siquiera la reelaboración que este autor hace últimamente es satisfactoria, porque al admitir la transferencia de las atribuciones gestorias a la J. G. en los casos en que los administradores no queden reducidos a menos ejecutores de los acuerdos tomados por aquélla, no resuelve la diferencia entre las atribuciones esenciales que no son transferibles y las que sí sean transmisibles. En definitiva, «no existen actividades inherentes al ejercicio de la empresa social, cuyo cumplimiento no pueda ser reservado por el acto constitutivo o espontáneamente remitido a la J. G. por el administrador; en cuanto a las referentes a la organización de la sociedad, sólo que las que no se hayan atribuido al administrador en interés de los terceros son transferibles».

La representación (externa) social se encomienda a los administradores. Los problemas que se plantean en este capítulo giran alrededor de la influencia que la estructuración de las relaciones internas produce sobre la de las relaciones externas. Por de pronto, la concesión al administrador del poder de realizar los actos que se refieran al objeto social no se extienden a la esfera interna. Demostrado que el artículo 2.298 se refiere únicamente a la relación de los administradores con los terceros, el autor, sobre una larga demostración apoyada «en el dédalo de los trabajos preparatorios», afirma la relevancia externa del «defecto de acuerdo», ya que las normas protectoras de los terceros de buena fe cuando el acuerdo es anulado es el «equitativo temperamento de un principio absoluto orientado en sentido opuesto». Las relaciones entre los dos momentos—explicables tanto por el interés de los terceros a la regularidad de sus relaciones frente a la sociedad, como por el de ésta a un control de legalidad más eficiente—se explicaría con el recurso al supuesto de hecho de formación sucesiva, en el cual el acuerdo conforme a los Estatutos no es más que un elemento, que, después será el presupuesto para el válido ejercicio del poder de representación y cuya falta hace al acto de ejecución impugnabile por la sociedad—si no existen terceros de buena fe—. La buena fe de los terceros es compatible con cualquier falta de diligencia, y, por tanto, subsiste si hay ignorancia, aunque sea inexcusable. La relevancia de esta inexcusabilidad es principalmente procesal—dadas las dificultades que se presentarían para probar la ignorancia cuando para el conocimiento de la verdad bastaba una diligencia mínima—. El vicio que supone la falta del presupuesto del acuerdo de la junta o del consejo es sanable por el órgano que hubiera tenido que emitirlo temporáneamente, puesto que con ello no se atenta a ninguno de los intereses que la ley ha querido proteger. Cuando

existe coincidencia en la titularidad de ambos poderes, el acto ejercitado frente a terceros está exento de vicios, aunque no haya existido un previo acuerdo entre las varias personas que componen el órgano administrativo.

Las normas del Código civil que realizan la delimitación de la esfera de poderes entre los varios órganos son analizadas finamente por el autor, recíprocas relaciones. Las limitaciones que en los Estatutos se pongan al así como los límites de la conformación estatutaria, en esta materia y sus poder representativo son oponibles a cualquier tercero si han sido inscritas, y, en caso contrario, únicamente a quien tuviera conocimiento de ellas.

Brevemente se examinan las obligaciones de la sociedad frente al administrador. La más importante es la de pagarle la contraprestación. Las formas de determinar el quantum de éste—cantidad fija entregada en cuotas, de acuerdo con las actividades desenvueltas por el administrador, en proporción a los beneficios obtenidos en el ejercicio social—no presentan problemas para el autor. En el supuesto de que no se haya establecido la medida de la retribución del administrador, el Juez deberá fijarla atendiendo—ya que faltan tarifas profesionales o pactos colectivos como, respectivamente, ocurre en el mandato y en contrato de trabajo—a criterios de equidad. La obligación de anticipar al administrador las sumas necesarias para el cumplimiento de su fin tiene una posición subordinada. Además salvo el caso de que realización de una específica actividad le haya sido impuesta por acuerdo de la Junta General, el administrador, que tiene la dirección de la empresa, adecúa el desenvolvimiento de ésta a los medios financieros con que cuenta. Si los anticipa, tiene derecho al reembolso con los intereses legales. Se muestra Minervini contrario a extender la tutela que se confiere al mandatario, en cuanto que el derecho de retención es un privilegio sobre cosas singulares, mientras en el caso del administrador coincidiría con el total patrimonio de la sociedad.

También «las situaciones jurídicas subjetivas en régimen de administración pluripersonal» son examinadas, apoyándose en la exigua base legal que el código civil ofrece, en el capítulo VI. Las normas mediante las cuales la mayoría se forma en el seno del consejo y la posible diferenciación de los principios que en esta formación son observables con relación a los vigentes en la Junta General, son atendidas suficientemente: conflicto de intereses, situaciones jurídica que de éste se derivan —deberes de comunicación y de abstención a cargo del socio; poder de exclusión a favor del Presidente—, integración del principio mayoritario mediante el voto decisorio del Presidente... La impugnación de los acuerdos viciados también es objeto de consideración por parte de Minervini, negando que los socios estén legitimados para proponer la impugnación de los acuerdos del Consejo. Las exiguas normas que rigen la delegación han de ser integradas con los principios generales, con lo cual se logra la delimitación de la figura típica siendo discutida la admisión de figuras atípicas. Las relaciones entre el delegado y el consejo presentan cuestiones difíciles, por lo que se refiere a su respectiva competencia, ya que, aunque cesa la obligación de los administradores no delegados, en lo referente a las facultades no delegadas conserva el Consejo, según Minervini, la facultad de ejercitarlas —sin que esto suponga la revocación de los delegados—, por lo cual cabe

hablar de una competencia concurrente o cumulativa. La clave para resolver el problema de la naturaleza jurídica de esta relación es la determinación del carácter autónomo o no de la fuente de la situación del delegado con relación a la fuente de su situación como mero componente del consejo. Es un nuevo contrato de administración—que puede estimarse como contrato de administración calificado—que surge con la aceptación del delegado, en cuanto que la atribución de la delegación no es ejercicio de la facultad alternativa que perteneciese a la sociedad—con lo cual el contenido de la delegación sería el mismo, pero ampliado, de la primitiva relación de administración—, sino del libre consentimiento del administrador a quien se delega, que, en el contrato de administración, únicamente se obligó a actuar en régimen de colegialidad, pudiendo, dentro de los límites legales, sustituirse este régimen por el de la delegación. En el supuesto de varios delegados se hace preciso el deslinde con el comité ejecutivo, en el supuesto de que se haya previsto en las normas de la delegación el ejercicio conjunto de las atribuciones comunes.

El último capítulo se dedica al tratamiento de la «extinción de la relación de administración», en el cual se realiza también la integración de la norma que el Código civil establece.

Una obra, en suma, conducida por una mano experimentada en este campo de la literatura mercantil, que no solamente ofrece la solución de problemas, sino también la sugerencia para el planteamiento de otros nuevos, por los cuales el lector, en el recorrido de las páginas ricas de contenido se ve asaltado constantemente.

J. F. DUQUE

SOUBRIER: «L'interdépendance des obligations réciproques d'ordre personnel et d'ordre patrimonial issues du mariage», éditions Montchrestien, Paris, 1958; 140 págs.

El lector español que se enfrenta con tesis doctorales francesas observa generalmente que para el doctorando de allende los Pirineos su propio mundo jurídico es un cielo cerrado, autosuficiente, que no precisa del subsidio del Derecho comparado ni de la doctrina extranjera. Ello acarrea diversas consecuencias beneficiosas unas y perjudiciales otras, y de cualquier forma debe resaltarse al compararlo con el procedimiento seguido en las tesis españolas.

El basarse exclusivamente en el Derecho positivo y en la doctrina y jurisprudencia francesas hace, asimismo, que sus resultados sean difícilmente aprovechables en países diferentes, a menos que—como ocurre en el presente caso—se trate de sistemas jurídicos homogéneos. El Derecho matrimonial francés, aun laicizado después de la Revolución, conserva los rasgos fundamentales de su ascendencia canónica, y en este sentido puede considerársele homogéneo del nuestro.

Comienza Soubrier por sentar las nociones de obligaciones mutuas o recíprocas (por ej., en el matrimonio el deber de fidelidad) y de obligaciones conexas o correlativas (por ej., en Derecho francés el deber de

obediencia de la mujer era correlativo al deber de protección del marido; a partir de las leyes de 1938-1942, ambos deberes correlativos se sustituyeron por el deber recíproco de respeto). Las obligaciones recíprocas nacidas del matrimonio son esencialmente de orden personal, aunque algunas tienen incidencias directas en el dominio patrimonial, como sucede con los alimentos. Hay interdependencia de obligaciones cada vez que la exigibilidad de derechos por una parte depende del cumplimiento por ella de sus propios deberes.

Correspondió al Derecho canónico organizar el sistema de obligaciones recíprocas entre cónyuges. No hay reciprocidad sin igualdad. Aun después de abolir la tutela perpetua de las mujeres, Roma jamás conoció la completa igualdad del hombre y de la mujer, de aquí que en su ordenamiento jurídico las obligaciones personales entre cónyuges sólo fueron imperfectamente recíprocas. El antiguo Derecho francés siguió en este punto la influencia canónica. Los redactores del *Code civil*, aunque pensaron insertar en su texto una definición del matrimonio, prescindieron de ello y consagraron a esta materia únicamente tres artículos: el artículo 212 dice que los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia. El artículo 213 dispone que el marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia a su marido. El artículo 214 ordena que la mujer está obligada a vivir con el marido y a seguirle donde él estime oportuno residir; el marido está obligado a recibirla a proporcionarla todo lo necesario para las necesidades de la vida, según sus posibilidades y estado. Estos dos últimos preceptos han sido profundamente modificados por las leyes de 18 de febrero de 1938 y 22 de septiembre de 1942; el nuevo artículo 216 sienta el principio de que la mujer casada tiene plena capacidad jurídica, con lo cual desaparece el deber de obediencia del antiguo artículo 213, mientras que el que ocupa el lugar de este último concede cierta preeminencia al marido como jefe de la familia; por último, el nuevo artículo 215 regula con más acierto las dos diferentes cuestiones de la elección de la residencia familiar y de la obligación recíproca de cohabitación.

En virtud del matrimonio, los cónyuges están recíprocamente vinculados por una serie de obligaciones que el autor enumera así: derecho y deber de cohabitación o vida común, derecho y deber conyugal, derecho y deber de fidelidad, derecho y deber de respeto, derecho y deber *d'entretien*, derecho y deber de socorro, derecho y deber de asistencia. Aunque el Código civil parece hacerlo, no debe confundirse el deber de vida común con el deber conyugal; ni el deber de fidelidad con el de respeto, si bien con frecuencia se dice que el adulterio es la mayor *injuria* que puede cometerse contra el otro cónyuge; ni el deber *d'entretien* con el de socorro y asistencia, pues el primero significa el deber recíproco de subvenir regularmente a las necesidades normales del matrimonio en proporción a su capital y estado, el deber de socorro se refiere a los gastos extraordinarios ocasionados por una situación accidental sobrevenida al otro cónyuge, y el de asistencia se deriva de la ley de solidaridad que une a los cónyuges haciéndoles soportar sus defectos mutuos y compartir sus sufrimientos.

Perfila luego Soubrier los caracteres de estas obligaciones recíprocas entre los cónyuges afirmando que nacen del matrimonio con independencia

del régimen patrimonial adaptado, son relaciones de igualdad, en principio tienen carácter personal aunque originan consecuencias patrimoniales, y son conexas y reversibles, vitalicias y de orden público.

Se propone el autor analizar su funcionamiento, sorprendiendo su momento dinámico, y se pregunta: ¿La Ley de interdependencia de las prestaciones recíprocas juega también en las relaciones entre cónyuges? El Código civil guarda silencio y la jurisprudencia no ofrece una solución de conjunto; buen número de sentencias establecen vínculos de interdependencia con base en razones de diversa naturaleza y de desigual valor; la interdependencia de las obligaciones recíprocas entre cónyuges se traduce en la jurisprudencia en múltiples formas: excusas (generalmente, de provocación), *fin de non recevoir* (institución de difícil paralelo en derecho español, y que tiene alguna semejanza con la inadmisión de la demanda), excepción de fondo, excepción de incumplimiento, concesión o no de pensión alimenticia en caso de divorcio vincular, excepción de compensación autorización judicial de residencia separada, suspensión de la exigibilidad de una obligación conexas, condena por culpa recíproca.

La tesis se articula en dos partes. En la primera se estudia el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas de los cónyuges en caso de vida común, haciendo notar que dicho principio sirve de regulador y mantenedor del equilibrio conyugal. En la segunda se ocupa de los casos de separación, observando que el principio de la interdependencia sirve entonces o puede servir como causa legítima de suspensión de la obligación de vida común, o de remedio para los cónyuges separados de hecho. Debe advertirse que el autor se apoya con mucha frecuencia en los casos resueltos por la jurisprudencia, partiendo de supuestos muy concretos, por lo cual seguirle resulta menos interesante para el lector extranjero.

Al final de su tesis llega Soubrier a la conclusión de que el principio de interdependencia de las obligaciones recíprocas de los cónyuges es equiparable a la excepción *non adimpleti contractus* en materia de contratos sinalagmáticos, y en su virtud en tanto uno de los cónyuges no cumple sus obligaciones, corresponde al otro la facultad de suspender el cumplimiento de las suyas que han quedado sin causa. Pero este principio de la interdependencia no comprende a todas las obligaciones recíprocas; puede admitirse que si uno de los cónyuges no cumple sus deberes *d'entretien*, de socorro o de asistencia, puede el otro suspender su deber de vida común; pero no estará, sin embargo, autorizado para cometer adulterio. El principio de interdependencia juega en las obligaciones positivas de hacer, pero no en las obligaciones que imponen una abstención cuya observancia no puede en modo alguno suspenderse, pues se infringirían con ello las buenas costumbres y el orden público. A juicio del autor, el principio de la interdependencia no es sólo útil, sino necesario, pues al conceder a los cónyuges una cierta jurisdicción doméstica (justificada por el carácter eminentemente íntimo del matrimonio en el que el elemento afectivo ocupa un lugar primordial), les permite encontrar y mantener el equilibrio conyugal específico de cada matrimonio, sin obligarles a llevar sus menores diferencias ante los Tribunales.

Además de las características generales indicadas al principio, la obra

ofrece gran claridad unida a cierta elementabilidad (manifestada en los gráficos insertos en páginas 125-128, y en el mismo uso de distintos tipos de letra en el texto). En cuanto al fondo, la neta formulación del principio de interdependencia—con el limitado alcance que le da Soubrier—puede ser fecundo para explicarse algunos fallos de nuestro Tribunal Supremo (especialmente, en materia de alimentos) en los cuales parece estar implícitamente sobreentendido. Por lo que se refiere a la distinción del autor entre obligación *d'entretien* (= ¿mantenimiento?), de socorro y de asistencia, no resulta clara su aplicación a nuestro Derecho.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

VASELLI, M.: «Documenti de legitimazione e titoli impropri», Milano, A. Giuffrè, 1958; XXVI + 271 págs.

Estamos en presencia de un tratamiento de los títulos de legitimación, cuyo estudio hasta ahora se ha realizado, o fragmentariamente, o de manera indirecta (Vid. Weber, R.: *Die legitimationspapiere im schweizerische Recht*, 1956) al estudiar los títulos-valores, cuyo concepto delimitan negativamente.

El arranque de la investigación se encuentra en el fenómeno circulatorio, en cuanto que éste implica la aparición de documentos que faciliten la circulación, finalidad que permite agrupar los documentos de legitimación, los títulos improprios y los títulos—valores propiamente dichos. El documento, siguiendo la concepción carnulutiana, es un objeto corporal que, con la representación—y no la mera indicación—de un hecho, permite al juez, mediante una actividad intelectual, reconstruir este hecho pasado. Con esta concepción quedan eliminados del concepto de documento las contraseñas que, emitidas para operaciones de masa, reflejan valores patrimoniales de escaso relieve y se extinguen en un breve plazo. Pero, para evitar incertidumbres en la terminología, se estudian conjuntamente con los títulos improprios.

Un capítulo que ofrece un gran interés es el dedicado a la evolución histórica de estos documentos, aunque se refiere únicamente a la doctrina y a la legislación italianas. Parte de las primeras aportaciones antes de la promulgación del Código civil y expone las incidencias de la polémica entre Messineo y Ascarelli acerca del concepto de estos títulos, hasta llegar a la normación que, de modo negativo, se realiza en 1942 en el Código civil.

De los documentos que son objeto de examen han de distinguirse los que únicamente contribuyen, como una circunstancia más, a formar el supuesto de hecho, al cual se conecta la atribución al «accipiens» de la titularidad aparente. Estos instrumentos no constituyen circunstancias unívocas en orden a la creación en el «accipiens» del derecho a la prestación y correlativamente, a la legitimación pasiva del emitente. A pesar de las diferencias que separan el pago realizado de buena fe a quien se encuentra en posición unívoca frente al deudor y las adquisiciones «a non domino», dados sus puntos de contacto y la mejor elaboración de los supuestos englobados en el segundo caso, se analizan el fundamento y la naturaleza dog-

mática del acto en que encuentra expresión a fin de aplicarlos al primero. Es un acto directivo, para cuya validez ha de concurrir no sólo el elemento objetivo de la apariencia, sino simultáneamente, el subjetivo de la buena fe. Resolviendo las dudas que el silencio legislativo había planteado al intérprete, el Cód. civ. de 1942 ha impuesto la carga de probar la buena fe al adquirente, lo cual puede ser extraordinariamente gravoso porque se trata de la prueba de un hecho negativo: la ignorancia de la discordancia entre la realidad y la apariencia. Los mismos principios declara el autor que son aplicables al pago hecho a un acreedor aparente. La carga de la prueba corresponde, pues, al deudor que paga de buena fe, la cual implica la diligencia para la comprobación por parte de aquél de las circunstancias que contribuyen a formar la posición del acreedor.

Los documentos de legitimación atribuyen la legitimación pasiva al deudor sin requerirse la concurrencia de cualquiera otra circunstancia. Pero se requiere también la concurrencia de la buena fe en el deudor, quien no está obligado a pagar contra presentación del documento porque éste no atribuye legitimación activa. En este caso el acreedor estará obligado a probar su derecho.

En la práctica mercantil han ido apareciendo una serie de documentos cuya finalidad es atribuir a su poseedor la investidura formal del derecho en ellos contenido, sin que tenga que demostrar además que es el titular originario del crédito que se ejercita, un *adiectus solutionis causa* o un cesionario. Son los títulos impropios y los títulos-valores. Cuando la posesión cualificada de un documento atribuye la legitimación activa—aunque no la titularidad del derecho—nos encontramos frente al título impropio. No se produce la incorporación del derecho al título, carácter propio de los títulos-valores, sin la conexión que presupone el requisito de la permanencia y facilita la circulación. Pero la posición del legitimado sin derecho viene a ser más ventajosa que la del titular no legitimado, porque sobre éste recae la carga de la prueba de su titularidad. Así, pues, la legitimación por la posesión no es una característica especial de los títulos-valores, sino que es común a todos los documentos que atribuyen la legitimación activa. Al quedar limitado el fin de estos documentos a facilitar el mero ejercicio del derecho en ellos contenidos, el solo recurso a la apariencia es suficiente para atribuir la legitimación, sin requerirse la investigación del estado psicológico del sujeto. El autor insiste especialmente sobre la correlación entre legitimación activa y legitimación pasiva, que, según él, no ha sido considerada adecuadamente. Si el deudor no puede oponerse a la legitimación activa atribuida por el documento a su poseedor, tiene que pagar. Por ello, cuando el deudor paga en tales condiciones, queda liberado, salvo que, además de tener conciencia del daño causado a otro, haya concurrido activa u omisivamente, a hacer posible la entrega al no titular de la prestación. Esta opinión no es pacífica en la doctrina italiana. Sin embargo, la objeción de que el deudor cambiario puede oponer excepciones en el juicio correspondiente, no es decisiva, porque no se puede imponer a nadie la carga de seguir un proceso donde carece de pruebas que fundamentan su derecho y ni siquiera el titular verdadero tiene interés en que su deudor promueva un juicio en el que su antagonista quedaría victorioso.

Sólo si el deudor, estando en condiciones de probar que su conocimiento sobre la verdadera titularidad es exacto, paga al legitimado, paga mal. En caso de pago mal hecho sostiene Vaselli, frente a la doctrina dominante, que en la carga de probar la falta de dolo o de culpa grave incumbe al deudor y no al titular del crédito.

La característica de los documentos que se incluyen en el grupo de los títulos-valores es la incorporación del crédito al documento, por lo cual la transmisión del documento comporta no sólo la atribución de la legitimación, sino simultáneamente, la atribución de la titularidad sobre aquél. Sigue, pues, aceptando la opinión predominante que acude a la nota de incorporación para conceptuar el título-valor.

La incorporación tiene consecuencias técnicas importantes: al incorporarse el derecho, las normas decisivas para las adquisiciones a non domino deben de concurrir en la adquisición de un título-valor, de manera que en el accipiens ha de concurrir la buena fe, cuya prueba le corresponde a él según los principios establecidos. Frente a la teoría procesal de los títulos-valores—cuyo caso aparece definitivamente decidido—sostiene Vaselli la clásica teoría material. La declaración cartácea tiene, pues, naturaleza negocial; no es un mero acto jurídicamente relevante. La inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación fundamental, al tercero de la buena fe se explica precisamente porque derivan de un negocio distinto al cartáceo y en el que el acreedor no ha sido parte. La oponibilidad de las excepciones al acreedor de mala fe se funda en una «exceptio doli generalis». Se decide el autor por la teoría unilateral, que ha devenido, después del reconocimiento legislativo de la promesa unilateral obligatoria, opinión dominante y que, además, elude la confusión, propia de la teoría contractual, entre convención de emisión y emisión propiamente dicha. En cuanto al sujeto a quien esta declaración unilateral se dirige, la teoría más admisible es la de que su destinatario es el primer tomador. La obligación surge en el instante de la suscripción del documento y no en el de la entrega. Acoge la distinción entre autonomía y literalidad como características del título-valor, en cuanto que atribuye a cada una distinto ámbito de aplicación.

La segunda parte se dedica al estudio de los diversos títulos de legitimación que existen en el tráfico italiano. En ella se hacen frecuentes aplicaciones por vía de analogía, de los principios que, expuestos en la primera parte del libro, constituyen la teoría general de los títulos de legitimación e impropios. Es, justamente, la investigación que faltaba por hacer, porque la caracterización de un documento como título-valor o como título impropio debe realizarse a la vista del caso concreto. Son amplia y exhaustivamente empleadas las anteriores aportaciones de la doctrina italiana, pero esto mismo, hace que los resultados obtenidos estén absolutamente influenciados por el ordenamiento positivo en el que se mueven, por lo cual aquéllos sólo sirven como sugerencia para el jurista extranjero. Se estudian agrupados en diez capítulos, pero no existe ningún criterio unitario que presida la agrupación. Tanto documentos cuyo tratamiento ha sido clásico en la doctrina italiana—la cambial agraria—como otros, que han surgido a consecuencia de nuevas necesidades, se examinan en su regulación y se califican conforme a ella.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ACETI, Guido: *Jakob Thomasius ed il pensiero filosofico-giuridico di Goffredo Guglielmo Leibniz*. IM, año VIII fascículo II, junio 1957; pág. 259.

Esbozo de la vida y obra filosófico-jurídica de Jacobo Thomasio y su relación con las doctrinas de Leibniz en lo que concierne a la materia de referencia.

BETTI, Emilio: *Sulla teoria generale dell'interpretazione*. IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 253-258.

Valoración de la actividad interpretativa en general, la cual no puede darse sino en presencia de una *forma representativa*. En esta expresión, la palabra *forma* va entendida en el sentido amplísimo de relación unitaria de elementos sensibles, y el calificativo *representativa* entendido en el sentido a través del cual la forma debe hacerse reconocible a nosotros en espíritu distinto del nuestro y, sin embargo, íntimamente afin a él.

BOBBIO, Noberto: *La Filosofia del diritto in Italia*. IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 183-198.

Ponencia del autor a las Jornadas de Filosofía del Derecho organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Estrasburgo (noviembre de 1956). Se discutió la cuestión del valor y significación de la Sociología para el estudio del Derecho. La Filosofía del Derecho presenta cuatro aspectos fundamentales: *deontológico* (lo que el Derecho debe ser), *ontológico* (lo que el Derecho es), *fenomenológico* (evolución del Derecho en la sociedad), *metodológico* (valor de la Jurisprudencia como ciencia y lugar que le corresponde). Importancia y misión de la Filosofía del Derecho.

DUNZ, Walter: *Das Schweigen des Gesetzgebers und de Rechtsfindung*. NJW, año XI, núm. 1, 1958; págs. 6-7.

En relación con el problema de la aplicación del Derecho delimita el autor los conceptos «silencio de la ley» y «silencio del legislador». De este último debe poder deducirse una exteriorización de voluntad que ordinariamente no ha de pasar inadvertida en la aplicación e interpretación de la norma.

FAIREN Manuel: *Técnica y moral en lo jurídico*, RDN, núm. 20, abril-junio 1958; págs. 161-292.

Delimitación de los conceptos «técnica», «moral» y «Derecho» en sí mismos para referirse después a la técnica jurídica y a la moral en el Derecho. La técnica en lo jurídico se reduce a la exigencia de una formación universal, necesaria en el Derecho más que en otras ciencias por cuanto que en él tiene su profesional como cometido característico el enjuiciamiento de situaciones en que concurren criterios del más distinto contenido. La moral tiene el papel de indicar en cada caso al legislador y al intérprete lo que es socialmente conveniente, lo que en cada instante resultará más adecuado para la pacífica convivencia y el progreso de los ciudadanos.

GIANINI, Massimo Severo: *Sociología e studi di diritto contemporaneo*. IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 223-234.

Ponencia del autor a las Jornadas de Estrasburgo (cfr. Bobbio). Se esboza la inmanencia sociológica en la ciencia del Derecho. Esta, para dar explicación a ciertos y nuevos problemas y fenómenos, ha tenido que utilizar nociones que antes se consideraban indiferentes al campo jurídico; las intrusiones sociológicas en el ámbito del Derecho. Las ciencias jurídicas no actúan en cuanto las ciencias sociológicas han obtenido ciertos resultados, sino en cuanto que ellas mismas son capaces de interpretar los hechos sociales; adquisición de hechos sociales no significa pues adquisición de resultados de ciencias sociológicas.

GIULIANI, Alessandro: *Sistematica e « case-method » come metodi di istruzione giuridica*. IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 319-325.

Ponencia del autor al Congreso de Derecho Comparado celebrado en Barcelona en septiembre de 1956. Significación y comparación de la sistemática continental como método de instrucción jurídica y de la nueva tendencia americana del case-method, al que injustamente se ha acusado de conceptualista. Superioridad del primero.

ORESTANO, Ricardo: *Sociologia e studio del diritto*. IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 199-222.

Ponencia del autor a las Jornadas de Estrasburgo (vid. Bobbio). Posición de los historiadores del Derecho italiano en relación con el problema sociológico. El autor, después de amplios comentarios en torno a la cuestión, admite que la sociología puede ser útil para una consideración más profunda de los problemas histórico-jurídicos, pero no admite que estudio histórico del Derecho y Sociología se hayan convertido en la misma cosa.

SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO, CARLOS: *Geocronología y Derecho romano*. T. número 2, 1957; págs. 49-65.

Ensayo de esquematización temporal del mundo para situar y ponderar en su debido encuadramiento al Derecho en general y al Derecho romano en particular, único fenómeno jurídico importante y trascendente de la actual y agonizante edad histórica.

SÁNCHEZ DEL RÍO PEGUERO, CARLOS: *Boceto para un estudio sobre las instituciones jurídicas premosaicas*. T. núm. 3, 1958; págs. 75-90.

Después de esbozar las fuentes, el ambiente y las instituciones jurídicas del pueblo hebreo sobre la base del capítulo 24 del Génesis (Justicia y Derecho, estructura social de las tribus, poderes del patriarca, familia, propiedad, contratación, sucesiones, actos ilícitos, contiendas interiores y exteriores) concluye el autor que el Derecho primitivo hebreo es un fenómeno puramente fáctico sin más que algunos atisbos referentes a principios y usos de cierto valor común. La etapa de los principios y de las normas generales nace con Moisés, bajo cuya acción comienza un proceso en el que se fragua la unidad de las tribus y se dibuja la idea de un mando superior, que tras el difícil y oscuro períodos de los jueces, producirá un verdadero Estado bajo el digno de la realeza en la tierra prometida.

SANCHO IZQUIERDO, MIGUEL: *Arte y Derecho*. T. núm. 2, núm. 2, 1957; páginas 87-102.

En la posible relación entre los conceptos «Arte» y «Derecho» entiendo el autor que son dos las cuestiones a determinar: a) La de si el Derecho es de naturaleza similar a los entes artísticos o, aun no siéndolo, se pueden hallar relaciones entre unos y otros. b) La de si el Derecho, en su expresión, puede revestir forma artística. En cuanto a la primera, aunque el Derecho se refiere *al obrar* y el Arte al *hacer*, uno y otro entrañan normas que regulan la libre autoridad humana. En cuanto a la segunda, el Derecho puede encontrarse expresado en forma artística: supuestos concretos.

STERN, KLAUS: *Interpretation-éine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz*. NJW, año 11, núm. 19, 1958; págs. 695-698.

Sentido y misión de la interpretación jurisprudencial de las normas. Una crisis en la dogmática de la interpretación supone inevitablemente una crisis funcional del Derecho. En cambio, el perfecto mecanismo de la interpretación y de sus métodos, significa una mayor perfección en la eficacia funcional de un Ordenamiento jurídico.

TORRENTE, Andrea: *Panorama di Giurisprudenza della cassazione (primo quadrimestre del 1958)*. R.DDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; páginas 442-450.

Fundamentales aspectos de la jurisprudencia italiana de Casación en materia de personas, sucesiones y donaciones, derechos reales, obligaciones y contratos en general, contratos en particular, responsabilidad civil, sociedades, tutela de derechos, proceso civil, proceso de ejecución, quiebra, procedimientos especiales. Período: enero-abril 1958.

2. Derecho de la persona.

AMBROSETTI, Giovanni: *Appunti sui Diritti umani* R.DDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 568-575.

Seguidas de una amplísima indicación bibliográfica sobre los «derechos humanos», ofrece el autor unas ligeras consideraciones en torno a la significación de los indicados derechos, que presentan diversos matices según el tiempo y las distintas legislaciones. Se muestra recientemente una orientación que trata de defender al individuo en cuanto individuo y a los grupos en cuanto grupos, con el fin de atribuirles una tutela internacional.

ASCARELLI, Tullio: *Personalità giuridica e problemi delle società*. RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 981-1.047.

Insiste el autor, a través de problemas relacionados con la sociedad, en su doctrina de que la «persona jurídica» hace siempre referencia a un modo de expresar una determinada disciplina normativa; una disciplina normativa que en todo momento puede resolverse en normas concernientes a relaciones entre hombres. Con la expresión «persona jurídica» no se hace sino hacer referencia de forma abreviada a una disciplina que concierne a relaciones entre hombres.

BALIARÍN MARCIAL, Alberto: *Partes, pertenencias, accesorios*. T, núm. 2, 1957; páginas 149-163.

Resumen de la tesis doctoral del autor. Historia de la distinción, criterios jurídicos de la misma, el criterio de la vinculación estructural, el fenómeno de la accesoriedad.

BASTERO ARCHANCO, Joaquín: *Los métodos psicológicos y el respeto en la persona humana*. T, núm. 3, 1958; págs. 131-133.

La presencia de nuevos métodos de investigación del psiquismo humano abre el interrogante de la compatibilidad de los mismos con el respeto a los más elementales derechos de la persona humana. La doctrina

de Pío XII. se inspira en la idea básica y fundamental del respeto a la persona humana, siempre depositaria de espirituales valores.

CÓDIGO: ...do *Registro civil (Projecto)* BMI, núm. 78, julio 1958 páginas 5-185.

Transcripción completa del Proyecto portugués de Código del Registro civil, precedido de una introducción histórica y doctrinal. El Proyecto se divide en cuatro títulos (disposiciones generales, actos sometidos a registro, medios de prueba y procesos y disposiciones diversas), constituyendo el objeto del Registro civil: el nacimiento, la filiación, el matrimonio, la muerte, la emancipación, la tutela y curatela y la ausencia.

KOEBEL: *Die Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode*. NJW, año XI, cuaderno 25, 1958; págs. 936-938.

El § 823 del BGB obliga a indemnizar el daño causado a quien dolosa o culposamente lesione antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u «otro derecho» de otra persona. El BGH, en contra de numerosas doctrinas contrarias, ha entendido que el *derecho general de la personalidad* debe valorarse como *otro derecho* en el sentido del § 823 del Código civil. Consecuencias de esta postura, incluso con posterioridad a la muerte de la persona.

LANZA, Amilcare: *Una cooperativa fra professionisti*, RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 1069-1077.

Si bien teóricamente se discute la posibilidad de sociedades entre los que ejercen profesiones intelectuales, existen en la práctica grupos de profesionales que han formado cooperativas. Se fija el autor en algunas cláusulas de la formada por arquitectos, ingenieros y geómetras, adoptando la forma de empresa al amparo del artículo 2.238 del Código civil italiano.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Fixação de prazo*. BMI, núm. 77, junio 1958; págs. 221-225.

Principios y orientaciones generales en relación con las hipótesis en que una persona señala a otra un plazo razonable, dentro del cual debe llevarse a cabo un hecho determinado, bajo pena de que se produzcan ciertas consecuencias. Proyecto de texto articulado (reforma del Código civil portugués).

PASTOR RIDRUEJO, Félix: *Un proceso sobre ciudadanía romana en el siglo I antes de J. C. T.*, núm. 3, 1958; págs. 181-188.

Descripción del proceso en torno a la ciudadanía romana del griego Aulo Licinio Arquius y de la exposición de Cicerón en torno a los fundamentos jurídicos del problema.

TABORDA FERREIRA, Vasco: *Sobre o problema do domicílio dos estrangeiros em Portugal*. BMI, núm. 77, junio 1958; págs. 253-268.

Los extranjeros no pueden adquirir en Portugal un domicilio de carácter general, o sea, nunca pueden estar ligados al orden jurídico portugués de un modo general y permanente. En cambio, pueden adquirir, accidentalmente, un domicilio para efectos determinados, lo cual quiere decir que pueden estar ligados al orden jurídico portugués para determinados efectos jurídicos.

3. Derecho de cosas.

GELZER: *Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht*. NJW, año XI, núm. 9, 1958; págs. 325-327.

Posición de la jurisprudencia administrativa alemana en torno a la posibilidad y presupuestos de las acciones que pueden corresponder al vecino en el caso de aprobarse proyectos de construcción que le perjudiquen: posición del constructor, del presunto perjudicado y de las autoridades de la construcción.

4. Obligaciones y Contratos.

ARDAU, Giorgio: *La compensazione delle indennità in caso di morte del lavatore con i suoi debiti*. IM, año VIII fascículo II, junio 1957; páginas 338-346.

La doctrina y la jurisprudencia italianas entienden que no es compensable el crédito surgido como consecuencia de la muerte del trabajador con las deudas que éste tuviera. Consideración de esta doctrina y revisión crítica de la misma, en general y en hipótesis diversas y de distinta naturaleza.

BOISSERÉE, K.: *Fragen des interlokalen und internationalen Privatrechts bei der Haftung für Schaden durch Atomanlagen*. NJW, año XI, número 23, 1958; págs. 849-853.

Problemas de Derecho privado interlocal e internacional relacionados con la responsabilidad derivada de las instalaciones de reactores nucleares en Alemania. Suele predominar la tendencia a afirmar que la responsabilidad en cuestión no puede valorarse únicamente a base del principio de la culpa, sino que ha de completarse con la doctrina de la responsabilidad por riesgo. Dificultad de armonización de normas.

CARRESI, Franco: *Transazione e risoluzione per eccessiva onerosità*. RDIDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 451-455.

Comentario a la sentencia de Casación italiana de 14 de abril de 1956, según la cual la transacción es un contrato que entra en la categoría de

los contratos con prestaciones recíprocas y no en la de contratos aleatorios. Le es, por tanto, aplicable el principio relativo a la resolución de los contratos por excesiva onerosidad.

DARM: *Welche Räume haben Kündigungsschutz?* NJW, año XI, núm. 16, 1958; págs. 574-576.

Indicación, puramente enumerativa, de los arrendamientos que en la legislación alemana tienen una protección ilimitada contra la denuncia de la relación arrendaticia, de los que la tienen limitada y de los que carecen de la indicada protección.

GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín: *El dinero y la deuda dineraria*. RFC, número 17, 1957; págs. 9-26.

Discurso de apertura de los Tribunales pronunciado en Las Palmas (año judicial 1957-58). Precizando la idea de que el dinero es un medio general de pago, se afirma que, más exactamente, el dinero es un medio de extinción de las obligaciones que originariamente o por transformación de su contenido originario fienden a la atribución de un poder patrimonial de adquisición. El dinero es un concepto jurídico, más que económico, que constituye el objeto de una prestación en la deuda dineraria. Esbozo de las notas y mecanismo de este tipo de deuda, en la que el dinero funciona como una cosa mueble *sui generis*. Se fija el autor en la indestructibilidad de la deuda de dinero y en el principio del nominalismo.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*. RDN núm. 20, abril-junio 1958; págs. 111-160.

Partiendo de la existencia de supuestos concretos que encajan de lleno en la denominación, se trata de inducir una doctrina general en torno a los llamados «contratos en daño de tercero», que para el autor son aquellos en los que un tercero recibe un daño como consecuencia de un contrato, bien como consecuencia querida por los contratantes, bien sin esa intención dolosa. Los contratos en cuestión son una excepción al principio del efecto relativo de los contratos. Delimitación de la figura, concepto del tercero, concepto del daño y utilidad de esta categoría contractual.

HENN, Günter: *Zur interzonalen Anwendung des § 244 BGB*. NJW, año XI, número 20, 1958; págs. 733-736.

Problemas de aplicación «interzonal» del § 244 del BGB referente al pago de deudas dinerarias expresadas en moneda extranjera y su posible conversión en divisa nacional. Se examina la cuestión con referencia a las pretensiones de indemnización, a las pretensiones de alimentos y a los títulos ejecutivos de la zona soviética. Previamente se indica

que la moneda de esta zona debe valorarse como «extranjera», procediendo, pues, la oportuna aplicación del § 244 del BGB.

KLAUER, Karl-August: *Verwendungersatz und Bereicherungsanspruch*. NJW, año XI, núm. 2, 1958; págs. 47-49.

A pesar de su importancia práctica el problema de la relación entre las indemnizaciones por gastos y las acciones de enriquecimiento no ha sido objeto de tratamiento doctrinal sino en contadas ocasiones. La indemnización de los gastos no necesarios no tiene tratamiento unitario en la legislación alemana, remitiéndose a veces al intérprete a las normas sobre enriquecimiento injusto. Especialidades de este enriquecimiento: su carácter de impuesto, soluciones propuestas, posición del BGH. Crítica.

KUNKEL, *Umfang und Grenzen des Gebrauchs der Mietsache*. NJW, año XI, núm. 4, 1958; págs. 123-125.

En relación con el deber del arrendador de ceder el uso de la cosa arrendada al arrendatario se señalan el ámbito y los límites de esta cesión del uso con referencia a supuestos discutidos doctrinal y jurisprudencialmente: instalación de antenas, de motores, tenencia de animales, lavadoras, distribuidoras automáticas en los locales de negocio, etc.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*. T, núm. 2, 1957; págs. 11-31.

La doctrina española ha venido opinando que la regulación del pago de lo indebido en el Código civil, siguiendo la línea del Derecho común, se halla dirigida a conseguir del *accipiens* la retransmisión de la propiedad de lo indebidamente pagado. Del mismo modo, la jurisprudencia ve en el pago de lo indebido una transmisión de la propiedad, cuya falta de causa crea en el *tradens* que paga con error un crédito a la restitución de la cosa pagada y en el *accipiens* la obligación correlativa. El autor se pregunta: ¿nace la *condictio indebiti* siempre de un cuasi-contrato?, ¿produce regularmente el pago de lo indebido la adquisición de la propiedad en el *accipiens*? Después de una consideración del problema llega a la conclusión de que no cabe calificar sin más al pago de lo indebido de cuasi-contrato transmisivo de la propiedad y a la *condictio indebiti* de acción fundada en el enriquecimiento. La prohibición de enriquecimiento injusto es, por cierto, el principio que inspira al legislador, pero en la realización técnica el fundamento de la *condictio indebiti* es muy diverso e impide que a tal acción pueda atribuírsele una naturaleza unitaria.

LACUNA IBÁÑEZ, Fernando: *La delegación en el Derecho civil español*. T, número 3, 1958; págs. 157-178.

Comienza el trabajo con unas referencias al Derecho histórico (romano, común, español) y al Derecho comparado para estudiar después

el Derecho vigente: la institución de la delegación puede construirse perfectamente con los preceptos del Código civil; la naturaleza de la misma, según el autor, es la de ser un complejo negocial, dada la dificultad de fundir en uno los negocios diferentes que constituyen las relaciones básicas. Se estudia especialmente la aceptación por el delegatario, la capacidad de los sujetos y las excepciones; se señalan las clases de delegación y se delimita la figura en relación con otras instituciones. El trabajo es la tesis del autor, resumida.

LEHMANN, Heinrich: *Faktische Vertragsverhältnisse*. NJW, año XI, número 1, 1958; págs. 1-5.

Tomando por base la clasificación de Haupt en torno a las llamadas «relaciones contractuales de hecho», critica el autor esta figura que engloba unilateralmente supuestos que nada tienen de común y que obedece a una visión poco acertada de la relación obligatoria desde un punto de vista conceptual, desconociendo además el sentido de la reglamentación legal, en especial en lo concerniente a la pretendida sociedad de hecho.

MÜCKENBERGER, Werner: *Die verlängerte Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren des Käufers*. NJW, año XI, núm. 1, 1958; págs. 7-10.

El mecanismo del procedimiento de transacción, previo al concurso, en la legislación alemana presenta especialidades en los supuestos en que el comprador de las mercancías las haya obtenido con reserva de propiedad. Distinción de hipótesis y delimitación entre la reserva de la propiedad propiamente dicha y la reserva de propiedad prorrogada (o «cesión anticipada») a efectos del procedimiento de transacción: posición del comprador-deudor, de los acreedores y de los vendedores.

MÜLLER, Heinrich: *Die Behandlung der verlorenen Baukostenzuschüsse bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses*. NJW, año XI, número 16, 1958; págs. 571-574.

Habiendo hecho el arrendatario al arrendador entregas en metálico, a fondo perdido, en concepto de ayuda para los gastos de construcción o reparación, se enfrenta el autor con el problema de si procede o no la restitución de estas ayudas en el supuesto de que la relación arrendaticia, prevista para un plazo mayor, termine antes como consecuencia de denuncia del arrendatario.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade patrimonial*. BMI, número 75, abril 1958; págs. 5-410.

Destinado al Anteproyecto de reforma del Código civil portugués, y seguido de una propuesta de articulado, se alude en este ampísimos estudio a la responsabilidad patrimonial y a su mecanismo. Después de una minuciosa consideración doctrinal de los diversos aspectos de la cuestión,

el articulado hace referencia a las reglas generales, a la conservación de la garantía (nulidad, subrogación, acción pauliana), a las garantías especiales (caución, embargo).

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Contrato-Promessa*. BMI, núm. 76, mayo 1958; 5-130.

Aportación destinada a la reforma del Código civil portugués. Considera el autor la promesa de contrato en los siguientes términos: «Puede, mediante contrato, obligarse alguien a celebración futura de otro contrato. Esa obligación puede ser recíproca o vincular sólo a uno de los contratantes. El *contrato-promesa* puede tener por objeto, de una manera general, cualesquiera contratos no prohibidos o no incompatibles con una previa obligación contractual de celebrarlos.» Indicación de hipótesis diversas de la promesa de contrato, requisitos de ésta, promesa de mutuo, promesa de contrato real, promesa de donación, efectos de la promesa, transmisibilidad, embargabilidad del derecho dimanante de la promesa.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigaçao de preferença*. BMI, núm. 76, mayo 1958; págs. 131-267.

Estudio para la reforma del Código civil portugués. Amplia consideración del pacto de preferencia, del cual lo que nosotros llamamos retracto convencional no es más que un aspecto concreto. El autor ofrece la consideración del pacto de preferencia en su sentido amplio, viendo en él el acuerdo mediante el cual alguien se obliga a dar preferencia a una determinada persona para que pretenda llevar a cabo la celebración de cierto contrato. Examen del mecanismo y eficacia de este «pacto de preferencia».

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Obrigações. Ideias preliminares gerais*. BMI, núm. 77, junio 1958; págs. 5-125.

Aspectos de la doctrina general de las obligaciones, destinando el estudio a la proyectada reforma del Código civil portugués. Concepto (el autor es contrario a una definición legislativa del mismo), interés del acreedor, carácter relativo y posible eficacia real de los derechos de crédito, deber de prestación, «obligaciones» existentes en otras ramas jurídicas distintas del Derecho de obligaciones, deuda y responsabilidad, formas de garantía, pluralidad de acreedores, cooperación del acreedor, objeto de los derechos de crédito, ordenación de materias, etc.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Fontes das obrigações. O contrato e o negocio jurídico unilateral como fontes de obrigações*. BMI, núm. 77, junio 1958; págs. 127-219.

Esbozada la doctrina general en torno a las fuentes de las obligaciones y sometida la clasificación tradicional de las mismas a una consideración crítica y valorativa en el proyecto de articulado (el trabajo se destina a

la reforma del Código civil portugués), afirma el autor que las obligaciones nacen de los negocios jurídicos, de los hechos ilícitos y de otros actos o hechos que según el ordenamiento jurídico son susceptibles de dar lugar a ellas. La promesa unilateral sólo debe dar lugar a una obligación en los casos en que la ley lo permita; produce efecto desde el momento en que es dada a conocer al destinatario. A partir de entonces es irrevocable. El destinatario puede repudiar la promesa en el plazo señalado o en uno razonable. Estudio minucioso de la figura.

PALMES DA SILVA VAZ SIERRA, Adriano: *Exibição de coisas ou documentos*. BMI, número 77, junio 1958; págs. 227-251.

En la *actio ad exhibendum* se muestra el conflicto de dos intereses que son los que dificultan el mecanismo y funcionamiento de esta necesaria presentación de cosas o documentos en poder de tercero: a) El interés del descubrimiento de la verdad y de la defensa de los derechos que dependen de la exhibición. b) El interés del detentador de la cosa o documento a presentar. El primero es un interés de la propia administración de justicia cuando se trata de un proceso para cuya solución es necesario el examen de la cosa; el segundo es el interés del detentador en que no sea ofendida su libertad personal. Se alude al derecho de exigir la exhibición, a los poderes y deberes del juez, al lugar, riesgos y caución, a los efectos de la omisión y a los libros y documentos comerciales.

PALÁ MEDIANO, FRANCISCO: *Ciencia, técnica y práctica en la función notarial*. T, núm. 2, 1957; págs. 33-48.

El notario tiene la doble condición de funcionario público y de profesional del Derecho con la función de asesorar y aconsejar. El notario es un funcionario-jurista. Consideración de esta afirmación inicial desde el punto de vista de la ciencia, la técnica y la práctica notarial.

SCHMIDT, R.: *Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht*. NJW, año XI, núm. 13, 1958; págs. 488-490.

Posibles consecuencias prácticas en el Derecho civil caso de aceptarse en éste la nueva teoría de la culpa tomada del Derecho penal, en contraposición a la teoría del dolo. La teoría en cuestión, aceptada por Nipperdey, supone que quien observa en el tráfico jurídico el necesario cuidado, y a pesar de ello lesiona un bien jurídico ajeno, no actúa de forma antijurídica.

WUSSOW, Werner: *Zur Lehre von der Sozialadäquanz*. NJW, año XI, número 24, 1958; págs. 891-894.

Entiende el autor que la fundamentación ofrecida por Nipperdey en relación con la doctrina de la «adecuación social» con referencia al concepto de culpa en el Derecho civil no puede admitirse. Parte de unos

ejemplos en que la legislación, por heterogéneas circunstancias, no considera antijurídica la intromisión dañosa en la esfera ajena.

ZUNFT: *Auftrag bei Abtretung eines Forderung erfüllungshalber und bei* § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. NJW, año XI, número 6, 1958; págs. 204-207.

Entre los supuestos en que se declaran de manera inmediata o *mutatis mutandis* las normas del mandato no figuran, en la legislación alemana, los casos de cesión de un crédito cumplido en parte y de continuación de un negocio mercantil bajo la firma de su anterior titular. El autor defiende la procedencia de aplicar a estas hipótesis los preceptos del mandato.

5. Derecho de familia.

BOCHMER, Gustavo: *Zur Auslegung des § 1.371 Abs. 1-3 n. F. BGB.* NJW, año XI, núm. 14-15, 1958; págs. 524-527.

El § 1.371 del BGB, en la redacción que recibe por Ley de equiparación de 1957, prevé la llamada «nivelación de la ganancia» en caso de muerte de uno de los cónyuges. Es una de las normas fundamentales del nuevo régimen legal de bienes y ciertamente un precepto oscuro en su contenido e interpretación. Consideraciones en torno a estas dudas interpretativas: aumento de la porción hereditaria legítima del supérstite, computación de la legítima, nivelación no sucesoria. El autor, adhiriéndose a la opinión de Lange, proponía una mejor y más clara redacción del § 1.371.

LANGE, H.: *Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten.* NJW, año XI, núm. 8, 1958; págs. 288-290.

Nuevas consideraciones en réplica a Reinicke sobre el problema de la nivelación de la ganancia en el supuesto de muerte de uno de los cónyuges (§ 1.371 BGB en la redacción de la Ley de equiparación de 1957). Nivelación de la ganancia por incremento de la porción hereditaria legítima o nivelación propiamente dicha. Delimitación de hipótesis y supuestos dudosos.

REINICKE, D.: *Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten.* NJW, año XI, núm. 4, 1958; págs. 121-123.

El nuevo régimen legal de bienes introducido en el Derecho alemán por la Ley de equiparación de sexos de 1957 es la «comunidad de ganancia». Posición del cónyuge supérstite en relación con el hecho de la «nivelación de la ganancia» cuando dicho cónyuge no sea heredero del otro ni le corresponda ningún legado. Consideraciones críticas a un trabajo de Lange en torno a esta cuestión, poco clara en el nuevo § 1.371 del BGB.

REINACKE, D.: *Zur Auslegung des § 1.371 BGB*. NJW, año XI núm. 25, 1958; páginas 932-934.

Nuevas consideraciones sobre la difícil interpretación del § 1.371 del BGB. En réplica a Boehmer, entiende el autor que el cónyuge superviviente no heredero ni legatario no puede elegir entre la «legítima incrementada» sin nivelación de ganancia y la «pequeña legítima» con nivelación de ganancia. (Para comprender estas cuestiones es preciso tener a la vista el texto del § 1.371 del BGB en la redacción de la Ley de Equiparación de 1957).

SEYDEL, Peter: *Ost-West-Unterhalt*. NJW, año XI, núm. 20. 1958, págs. 736-738.

Normalmente, hasta ahora, los Tribunales de la Zona soviética fijaban siempre las pretensiones alimenticias en marcos orientales, aunque alguna de las partes (el padre, madre o hijo) viviera en la República Federal. Abandona este criterio el «Tribunal de Distrito» de Leipzig en sentencia de 27-8-1957, referente a un caso de hijo residente en la Zona oriental y padre en la occidental.

6. Derecho de Sucesiones.

COING, H: *Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln?* NJW, año XI, núm. 19. 1958; págs. 689-692.

Los problemas prácticos que pueden presentar las cuestiones en torno a la eficacia vinculante de los contratos sucesorios derivan de la dificultad de valoración de ciertas determinaciones en ellas contenidas, cuya naturaleza contractual o testamentaria es tema de interpretación.

SCHOLTEN: *Erbvertrag und Zugewinnsgemeinschaft*. NJW, año XI, núm. 25, 1958; págs. 935-936.

En las discusiones doctrinales surgidas en torno a la interpretación del nuevo § 1.371 del BGB no se ha tomado en consideración el supuesto de que existiendo descendientes de un matrimonio anterior del causante, los cónyuges de este matrimonio hayan determinado (por contrato sucesorio o testamento mancomunado) que el patrimonio del primer fallecido deba corresponder al superviviente, y después de su muerte pasar a los hijos el patrimonio común. Estudio del caso y especial consideración de los problemas surgidos al entrar en vigor el nuevo régimen legal de bienes: «comunidad de ganancia».

SCHULTE: *Formlose bäuerliche Übergabe-und Erbverträge*. NJW, año XI, número 10, 1958; págs. 361-364.

Sobre la base de dos decisiones del BGH, el autor comenta la posible eficacia de los contratos de cesión de haciendas agrícolas vinculadas o de

los contratos sucesorios sobre las mismas cuando adolecen de vicios de forma o no observan la necesaria. En los supuestos contemplados por el BGIH se atribuye eficacia vinculante a la simple conducta observada por el padre durante un cierto tiempo.

TEIXEIRA GRACIANIETA, Antonio: *El testamento mancomunado aragonés*. T, número 3, 1958; págs. 137-156.

Resumen de la tesis doctoral del autor. Análisis de la vida del testamento mancomunado en Aragón antes y después del Apéndice Foral: antecedentes históricos, generalidades en torno a este tipo de testamento, los testadores, formas del testamento, contenido e interpretación (la corresponsividad), revocabilidad e irrevocabilidad, normas internacionales, interregionales y transitorias. Las normas sobre el testamento «de mancomún» deben reformarse de manera fundamental.

II. DERECHO HIPOTECARIO

NAVARRO AZPEITIA, Fausto: *Segregaciones*. RDN, núm. 20, abril-junio 1958; páginas 343-348.

Ante la duda de si las segregaciones de fincas son actos principales o accesorios, el autor demuestra cómo bajo el nombre común de segregaciones existen actos de distinta naturaleza y cómo en la actualidad no puede darse que la segregación, en cualquiera de sus aspectos, es un acto principal, sustantivo y de cuantía.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Fe pública especial*. RDN, núm. 20, abril-junio 1958; páginas 7-63.

Entre las diversas clases de fe pública especial, analiza el autor la fe pública mercantil y la fe pública registral. En relación con ambas se consideran sus aspectos generales y sus manifestaciones de carácter concreto. Fe pública mercantil es la que corresponde a los documentos de que son autores los agentes y corredores colegiados. Fe pública registral es la que corresponde a los libros del Registro de la Propiedad (examen desde el punto de vista de la técnica documental).

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

JOHNSON, E. A. J.: *Riflessioni sull'esperienza americana in materia di monopolii*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 877-895.

Posibles enseñanzas extraídas de la experiencia americana (antes y después del ferrocarril) para los efectos que el Mercado Común Europeo

puede producir sobre los monopolios; los esfuerzos monopolísticos siempre han coincidido con las etapas unificadoras.

2. Comerciantes y Sociedades.

ANGELONI, Vittorio: *Fideiussione da parte di società a favore del proprio amministratore*. RS, año II, fascículo 4-5. julio-octubre 1957; páginas 704-708.

Tanto desde el punto de vista práctico como teórico es un problema fundamental el relativo a la validez o no de la fianza prestada por sociedades por acciones o de responsabilidad limitada a favor de persona revestida de la cualidad de administrador de la propia sociedad. Se examina la cuestión desde un doble punto de vista y se mantiene la tesis de la validez de la fianza indicada, si bien bajo ciertos presupuestos.

ASCARELLI, Tulio: *Postilla*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; páginas 651-655.

Breves apostillas complementarias a Graziani y a Visentini (cfr. en esta sección) en relación con el carácter progresivo de la imposición.

BANFI, R.: *Alcuni esperimenti di privatizzazione di imprese pubbliche*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 945-950.

En el año 1957 en algunos Estados europeos se ha recurrido, para obtener capitales, al procedimiento de enajenar cuotas del propio patrimonio. Se fija el autor en las «Volksaktien» austríacas, en el proyecto de venta de las acciones de la «Volkswagen» alemana y en los «certificados» ingleses. El hecho indicado puede asociarse a otros fines: capitalismo popular.

BIGIABI, Walter: *Il recesso del socio occulto*. RDDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 456-467.

Corte de apelación de Florencia. Sentencia de 14 de noviembre de 1957. Comentario a la doctrina de este fallo que, sobre la base de los artículos 2.290 y 2.297 del Código civil, establece que la exclusión o cesación de un socio de una sociedad irregular en nombre colectivo para ser oponible a terceros que sin culpa lo ignoren, debe hacérseles conocer por medios idóneos. Se entiende que esta norma vale también para el socio oculto.

ESPOSITO, Carlo: *Sulla legittimità costituzionale dell'art 3, comma 3, della legge 22 dicembre 1955, n. 1.586*, RS, año III, fascículo 1, enero-febrero 1958; págs. 27-42.

La norma contenida en el artículo 3 de la Ley italiana de 22 de diciembre de 1956, al prevenir que las empresas con prevalente participación

del Estado se separen de las organizaciones sindicales de los otros empresarios, es, a juicio del autor, incompatible con el espíritu y la letra del artículo 39 de la Constitución, que prevé la libertad de la organización sindical.

FABRI, S.: *Omessa convocazione di un azionista e invalidità di delibera assembleare*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 951-954.

La circunstancia de que no sea convocado un socio invalida las deliberaciones de la junta general por defecto de convocatoria. El no convocar a un socio supone la violación de los principios fundamentales: uno, que el derecho de voto es una atribución esencial e insuprimible al accionista; otro, que la libertad de discusión es condición determinante de la formación de la mayoría de la junta, que no debe ser prejuzgada por procedimientos irregulares. Posición mantenida por la Corte de Casación francesa en sentencia de 31 de octubre de 1956.

GALLO, Enrico: *Verbale delle deliberazioni degli organi sociali e pubblicità immobiliare*. RS, año III, fascículo I, enero-febrero 1958; págs. 90-99.

Examen del acta de las deliberaciones de los órganos de las sociedades comerciales en relación con el problema de si dicha acta es o no idónea para constituir título o parte integrante del mismo con referencia a la ejecución de las formalidades concernientes a la publicidad inmobiliaria.

GIULIANI, Andrea: *Ancora sui verbali di assemblea delle società di capitali*. RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 1048-1077.

Apostillas complementarias a un trabajo de Ferrara en torno al acta (*verbale*) sobre las juntas de las sociedades por acciones en la legislación italiana. El autor entiende que las conclusiones del profesor Ferrara no son aceptables desde un punto de vista práctico, en especial desde un punto de vista de la práctica notarial.

GRASSETTI, Cesare: *Il distacco delle «aziende a prevalente partecipazione statale» dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*. RS, año III, fascículo I, enero-febrero 1958; págs. 1-26.

Para comprender bien la significación del artículo 3 de la Ley italiana de 22 de diciembre de 1956 (que dispone que las «haciendas con prevalente participación estatal» se separen de las organizaciones sindicales de los otros empresarios) es preciso prescindir del equívoco de que estas empresas, cuando asumen la forma de sociedad por acciones, están sujetas a una reglamentación distinta de la existente para las sociedades con capital exclusivo y esencialmente privado. Sentido y significación de la «participación prevalente» del Estado.

GRAZZIANI, Alessandro: *Nominatività obbligatoria dei titoli azionari?* RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 621-637.

En relación con el problema de la nominatividad obligatoria de las acciones en el Derecho italiano el autor se pregunta: ¿Hay en la estructura y función de la sociedad por acciones algún elemento que no pueda funcionar si la acción no es nominativa? Consideración de este problema desde el punto de vista del derecho de sociedades, prescindiendo de aspectos financieros y económicos. Razón de la nominatividad obligatoria y sistema del Código que permite la libre conversión en acciones al portador. Legislación y realidad en torno a esta cuestión. El autor se muestra partidario de que se consienta la circunstancia de que las acciones sean al portador.

HAZON, Filippo: *La definizione giuridica dell'impresa artigiana.* IM, año VIII, fascículo II, junio 1957; págs. 326-337.

Precedentes jurídicos y características de la Ley italiana de 25-VII-1956, según la cual «es artesana, a todos los efectos legales, la empresa que responda a los siguientes requisitos fundamentales: a) Que tenga por fin la producción de bienes o la prestación de servicios de naturaleza artística o usual. b) Que esté organizada y opere con el trabajo profesional, aunque sea manual, de su titular y, eventualmente, con el de sus familiares. c) Que el titular tenga la plena responsabilidad de la hacienda y asuma todas las cargas y riesgos inherentes a su dirección y a su gestión».

I. U. B.: *La sentenza 12 dicembre 1957, n. 129, della Corte costituzionale sulla nominatività obbligatoria dei titoli azionari.* RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 1190-1195.

Ante la pretendida inconstitucionalidad de las normas (contrarias a lo dispuesto en el artículo 2.355 del Código civil italiano) que imponen el carácter nominativo de las acciones de las sociedades por acciones, la Corte Constitucional, en sentencia de 12 de diciembre de 1957, refuta los argumentos esgrimidos.

JEVA, Luigi: *I controlli della prefettura sulle società cooperative.* RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 1078-1082.

Los artículos 2.542 y siguientes del Código civil italiano someten a un triple control a las sociedades cooperativas: preventivo, de inspección y represivo. Posición de la Prefectura en relación a la concesión o denegación de inscripción de estas cooperativas en el Registro de la Prefectura (Ley 2 abril 1951).

LANZA, Amilcare: *Il notaio quale organo ausiliario dell'assemblea.* RS, año III, fascículo 1, enero-febrero 1958; págs. 59-89.

Posición del notariado italiano en las juntas de las sociedades por acciones, terciando el autor en las teorías de Ferrara y Giuliani. El notario es,

en relación con la documentación de las juntas, un *órgano auxiliar documentante y de carácter necesario*.

LANZA, Amilcare: *Involuzione dei sindaci ed evoluzione della revisione*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 709-765.

Aparte de ser los síndicos en la sociedad por acciones unos órganos «poco gratos» a la sociedad misma, a los socios, a los administradores y a los terceros, el autor analiza las causas de esta circunstancia en vista de proyectadas reformas de la organización de la sociedad. El autor estudia la historia y mecanismo de la actividad de revisión.

LANZA, Amilcare: *Le posizioni dell'Assonime*. RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; págs. 1179-1189.

Relación de las actividades desarrolladas en 1954, 1955 y 1956 por la Asociación entre las sociedades italianas por acciones (*Assonime*), que se presenta actualmente como el más competente organismo de consulta, información y mediación entre las empresas privadas y la administración pública.

LIBONATI, Bernardino: *Recenti tendenze del Diritto germanico in tema di società e di cartelli*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; páginas 896-944.

La necesidad de adecuación del Derecho mercantil al cambiado escenario social y económico de la actual Alemania ha impuesto a los juristas alemanes un reexamen de la Ley de sociedades por acciones de 1937 en relación al significado de la empresa y de la empresa social en la realidad económica actual, tendente a la «cogestión» entre portadores de capital y prestadores de trabajo en las grandes sociedades de capital. Estas cuestiones han sido objeto de estudio por las dos comisiones nombradas por el 39 Deutsches Juristentag.

LIMPENS, J.; VAN DAMME, J.: *Evolution récente du droit sociétés en Belgique*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 853-876.

Se indica en primer lugar la evolución desde el Código de Comercio de 1807 hasta la primera guerra mundial; después se examinan las modificaciones desde 1918 hasta la actualidad. Se afirma que la sociedad va perdiendo su carácter de contrato para ir adquiriendo carácter de institución en la que es preciso reforzar la actividad de control por medio de organismos independientes y competentes; se imponen reglas uniformes sobre la confección del balance; protección de las minorías.

NOBILI, Raffaele: *Il diritto d'opzione degli azionisti e i suoi limiti*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 656-695.

La estructura del derecho de opción de los accionistas consiste en que, en los casos de aumento de capital, la sociedad debe ofrecer las nuevas

acciones a los propios socios en proporción al número de viejas acciones poseídas con objeto de que las puedan suscribir antes que los terceros. Límites de este deber de la sociedad que al mismo tiempo lo son del derecho de opción de los accionistas. Cúmulo de supuestos diversos en la doctrina y en la legislación italianas.

PESCE, Angelo. *Diritto di voto in pendenza di aumento di capitale*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 696-703.

Ocurre con frecuencia que durante el período de ejercicio del derecho de opción por aumento de capital en la sociedad por acciones se convoca una junta que cae en el período de pendencia del derecho indicado. Surge entonces el problema del derecho de voto por parte de los portadores de las acciones de nueva emisión que hayan ejercitado el derecho de opción. Se ha negado que en tal hipótesis exista derecho de voto, y el autor somete a crítica esta afirmación. Para él el derecho de voto corresponde indelegablemente a todas las acciones y, por lo tanto, también a las acciones nuevas, aunque sea durante el período de pendencia arriba indicado.

RICHERT: *Die Heilbarkeit rechtlich mangelhafter Registeranmeldung durch Eintragung*. NJW, año XI, núm. 24, 1958; págs. 894-897.

Posibles vicios en la solicitud de inscripción en el Registro mercantil y en Registro de asociaciones alemán y subsanaciones de estos vicios mediante la inscripción: significación de los registros, la solicitud como presupuesto de inscripción, vicios de forma de dicha solicitud, la solicitud incompleta en las sociedades de personas.

R. N.: *Vendita di diritti d'opzione e mancata attuazioni dell' aumento di capitale*. RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; págs. 955-956.

Si una ampliación de capital prevista no llega a tener lugar, la venta del derecho de opción hecha a terceros por los poseedores de las acciones antiguas, ¿tiene derecho el cesionario a la devolución del precio pagado al titular del derecho de opción? Posición de los tribunales franceses, con distinta fundamentación.

SENA, Giuseppe: *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*. RS, año III, fascículo 1, enero-febrero 1958; págs. 43-58.

Uno de los más importantes problemas de la actual situación económica es el relativo a la intervención del Estado en la actividad del carácter económico a través de su participación en sociedades por acciones. Sin afrontar este tema en toda su amplitud, el autor se refiere al aspecto del interés público como interés individual del Estado accionista y a los límites del mismo.

SIMPTIS, S.: *Problemi del nuovo Diritto greco delle società a responsabilità limitata*. RS, año II, fascículo 6, noviembre-diciembre 1957; páginas 1171-1178.

En 1955 se ha promulgado en Grecia la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada, fruto de una serie prolongada de investigaciones comparativas. Naturaleza de la sociedad, difícil de encajar en el esquema tradicional de sociedad de personas y sociedad de capital; consideración de la «cuota» como parte del patrimonio del socio y como concreción de su participación en un complejo más vasto; distinción entre «cuota» y «cuota social de participación».

SUDHOFF: *Die Berechnung der kommanditeingale im Falle des § 139 HGB*. NJW, año XI, núm. 11, 1958; págs. 401-405.

El § 139 del Código de Comercio alemán, al referirse al caso de continuación de la sociedad colectiva entre los socios existentes y los herederos del socio fallecido, prevé que dichos herederos opten por adquirir la posición de comanditarios. En este caso la aportación del causante se reconoce como aportación comanditaria de los herederos. Delimitación y fijación de esta «aportación comanditaria».

VISENTINI, BRUNO: *Osservazioni sulla nominatività delle azioni in relazione all' art. 2373 Cod. civ.* RS, año II, fascículo 4-5, julio-octubre 1957; páginas 638-650.

Notas al trabajo de Graziani, reseñado en esta sección, viendo la cuestión desde el punto de vista tributario. En relación con él el carácter nominativo de las acciones está estrechamente ligado a la imposición personal progresiva y, eventualmente, a la imposición sobre réditos e incrementos patrimoniales derivados de adquisición y venta de acciones.

3. Cosas mercantiles.

VON GODIN, Reinhard: *Über das Scheckinkasso*. NJW, año XI, núm. 23, 1958; págs. 856-858.

Consideraciones críticas a una sentencia del BGH de 24 de octubre de 1957 sobre problemas relacionados con la cobranza de cheques. Posición de los establecimientos bancarios en su posición de mandatarios para el cobro de estos títulos.

4. Obligaciones y Contratos.

GENOVESE, Anteo: *Note introduttive allo studio della circolazione del rapporto assicurativo*. RDDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; páginas 501-532.

La circulación de la relación de seguro puede tener lugar como consecuencia de la transmisión de dicha relación por un contratante a un tercero o, en particular, mediante la sustitución del asegurado, sobre todo como simple consecuencia de la enajenación de la cosa asegurada. Estudio de este supuesto en el Derecho italiano; bajo el antiguo Código de Comercio la transmisión del seguro únicamente se operaba en virtud del pacto de adquirente y enajenante. Bajo el Código civil de 1942 es la ley la que sanciona siempre el principio de la continuidad del seguro en la persona del adquirente de la cosa asegurada.

RAMÍREZ SUÁREZ, Carlos: *Eficacia de la carta-mandato ante las operaciones bancarias*. RFC, núm. 18, 1958; págs. 29-33.

Desde el punto de vista civil el mandatario que actúa mediante un poder privado o carta-mandato obliga a su principal al suscribir cualquier operación bancaria sin que se precise el otorgamiento de este mandato en escritura pública. Parece debe mantenerse igual posición desde el punto de vista del Código de Comercio.

TEDESCHI, Guido: *«Misrepresentation» e «non disclosure» nel Diritto assicurativo italiano*. RDDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; páginas 479-500.

En relación con el error a que ha inducido al asegurador la inexacta declaración del asegurado, fué el artículo 429 del antiguo Código de Comercio italiano una norma difícil de «encajar» doctrinalmente en los conceptos generales del error y del dolo. El autor la conecta con las figuras del Derecho inglés de la *misrepresentation* y de la *non disclosure*, determinando hasta qué punto esta concepción vale para los artículos 1.892 y 1.893 del actual Código civil y hasta qué punto procede separar el contrato de seguro (como negocio «*berrimae fidei*») de los demás contratos en materia de error y de dolo.

IV. DERECHO NOTARIAL

CABEZUDO ASTRAIN, José: *Valor histórico del protocolo notarial*. RDN, número 20, abril-junio 1958; págs. 369-388.

Notas y curiosidades extraídas de antiguos protocolos notariales, a cuya investigación viene dedicándose reiteradamente el autor: valor his-

tórico del protocolo, aspecto formal, cuentas curiosas de un banquete notarial. Apéndice de documentos.

FOSAR BENILLOCH, Enrique: *Deberes impuestos a los notarios y registrados de la propiedad por la legislación de mínimas unidades de cultivo*. RDN, núm. 20, abril-junio 1958; págs. 349-367.

Posición del notario y el registrador en función de los deberes que les imponen las normas sobre unidades mínimas de cultivo.

GUIMERÁ FERAZA, Marcos: *El secreto profesional del notario y sus colaboradores*. RDN, núm. 20, abril-junio 1958, págs. 65-109.

Después de referirse a las clases de secreto, considerando especialmente el secreto natural, el sigilo sacramental y el secreto profesional, se estudia este último en relación con la actividad notarial: importancia, concepto, extensión y límites; origen, revelación, violación, declaración ante los Tribunales. Entiende el autor que debe quedar al cargo del notario la apreciación del interés legítimo y de la necesidad o conveniencia de la revelación del secreto.

MONTOTO DE SEDAS, Óscar: *La notificación notarial en el Derecho español*. RDN, núm. 20, abril-junio 1958; págs. 295-342.

Se intenta por el autor desarrollar la teoría de la sustantividad de la notificación notarial en la legislación española, sobre todo en relación con la notificación judicial. Para ello estudia su fundamento jurídico, su historicidad, señalando el perfil de su tecnicismo y caracteres y, por último, su reglamentación positiva.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

LENT, Friedrich: *Die Entwicklung des Zivilprozessrecht seit der Reform von 1924*. NJW, año XI, núm. 18, 1958; págs. 649-653.

Con motivo de la aparición de la 25 edición de los *Comentarios a la Ordenanza Procesal Civil alemana*, de Baumbach, hace el autor un bosquejo del desarrollo y evolución del Derecho procesal alemán desde 1924 a nuestros días.

2. Parte general.

HAUCK: *Vorverfahren und gerichtliches Verfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz*. NJW, año XI, núm. 9, 1958; págs. 327-330.

La Ley alemana sobre jurisdicción social prescribe en ciertos casos, con objeto de una correcta delimitación de cometidos, la necesidad de agotar

un pre-proceso o proceso previo en determinadas hipótesis: seguros sociales, seguros contra el paro y socorros por daños de guerra. Comentario en torno al indicado proceso previo.

HEINS, Valentín: *Der neue Entwurf zur Bundes-Rechtsanwalts-Ordnung*. NJW, año XI, núm. 6, 1958; págs. 201-204.

Aspectos fundamentales del nuevo Proyecto de Ordenanza Federal sobre la abogacía, elaborado por el Gobierno y sometido en 29-XI-1957 a la consideración del *Bundesrat*.

HERCE QUEMADA, Vicente: *La denominada rebeldía del actor en el proceso civil*. T, núm. 2, 1957; págs. 79-85.

Crítica de la doctrina que pretende encontrar en el proceso civil supuestos de rebeldía del actor, y crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1956, que acoge la figura. Manifiesta el autor que es básico el principio de que personación y rebeldía son precisamente el anverso y el reverso de un mismo fenómeno procesal. El demandante no es nunca un rebelde en nuestro sistema procesal; será un ausente, un desistido, pero no un rebelde.

NADELMANN, Kurt H. *Sulla questione della pubblicazione del voto nelle deliberazioni giudiziarie*. IM, año IX, fascículo II, junio 1958; páginas 875-280.

Consideraciones sobre la cuestión del carácter público o secreto de las deliberaciones de los Tribunales colegiados. Esbozo de ambos sistemas en el panorama jurídico mundial; el autor es contrario al secreto de las deliberaciones.

TSCHISCHGALE, M.: *Die Übergangsregelung im Kostenänderungsgesetz*. NJW, año XI, núm. 10, 1958; págs. 365-367.

Problemas de derecho transitorio en relación con la nueva regulación de las costas en el Derecho alemán por la Ley para modificación y complemento de las disposiciones sobre costas de 26-VII-1957, que comenzó a regir el 1-X-1957.

3. Procesos especiales.

GOLSONG, Heribert: *Zur Frage der Passivlegitimation vor der Europäischen Menschenrechtskommission*. NJW año XI, núm. 20, 1958; págs. 731-733.

La Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4-XI-1950 regula, en sus artículos 24 y 25, la competencia de la Comisión europea de los derechos humanos. Esta Comi-

sión puede actuar en virtud de «queja» de los Estados contratantes o de «queja» individual. En ambos casos este recurso sólo puede ser dirigido contra uno de los Estados contratantes. Presupuestos y mecanismo de esta legitimación pasiva.

RIPFEL, Franz: *Das Pfändungspfandrecht am Erbteil*. NJW, año XI, número 19. 1958; págs. 692-694.

Mecanismo del embargo de las cuotas hereditarias en el Derecho procesal alemán. Puede embargarse la cuota del coheredero en el caudal relicto considerado en su unidad, no la cuota en los objetos singulares del mismo (§ 859, párrafo 2.º de la Ordenanza Procesal Civil).

4. Jurisdicción voluntaria.

FRANCHI, Giuseppe: *Sulla giurisdizione volontaria nell'esperienza giuridica romana*. RDDC, año IV, núm. 5, septiembre-octubre 1958; págs. 533-567.

Arrancando de la *civitas* romana se examina la evolución histórica del concepto *iurisdictio*, para determinar cómo se han ido delimitando en el tiempo las actividades que hoy consideramos como jurisdicción voluntaria y su relación con el concepto administración. La jurisdicción presenta en principio una inicial función unitaria para después ir diferenciándose estructuralmente en jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. El actual ordenamiento procesal italiano se muestra insuficiente para una comprensión integral del fenómeno de la jurisdicción voluntaria.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)

- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York)
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (México).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 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-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile)
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 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).
 RDDC = 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).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Caracas).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).

- RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
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 Internationale de Droit Comparé (Paris).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Publico (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

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

Acta de aprovechamientos de aguas públicas adquiridas por prescripción. Es inadecuado su empleo y no serán inscribibles en el registro de la propiedad cuando en el acta se hace constar que no se disfrutaron las aguas durante seis o siete años anteriores al de la fecha en que se inició el expediente.

A) Aunque la frase «en cuanto sea posible», contenida en la regla tercera del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, concede cierta flexibilidad al Notario para prescindir de algunos datos, no le faculta para autorizar las actas a que se refiere, en estos casos, como el que motiva este recurso, en que la falta total de agua impide consignar debidamente por su apreciación directa y la de los testigos, ninguna de las circunstancias de referencia indispensables para que el aprovechamiento quede descrito con cuantos datos contribuyan a su más perfecta determinación e identificación.

B) Conforme a la regla séptima del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, no es necesario, para la práctica de la anotación preventiva, presentar la certificación de que el aprovechamiento se halla inscrito en el Registro Administrativo, organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, toda vez que practicada la anotación se podrá iniciar el expediente, y mientras éste no se haya tramitado no podrá convertirse la anotación en inscripción, y en el caso de que el certificado se presente una vez caducada dicha anotación, podrá extenderse directamente la inscripción solicitada.

C) Conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, las actas de notoriedad sirven para comprobar y fijar hechos notorios en un determinado lugar y tiempo, sobre los que pueden ser declarados derechos, y por ello deben ser utilizados con estricta sujeción a los requisitos legales, para que el juicio del fedatario se funde sobre la notoriedad del hecho. Y cuando se trata de aprovechamientos de aguas públicas hay que estimar inadecuado su empleo, y no serán inscritas en el Registro si resultan de las manifestaciones recogidas en el acta y del juicio del funcionario autorizante, la inexistencia actual de las aguas, base del posible aprovechamiento, aunque pueda haber sido probado que las requirentes utilizaron esporádicamente las sobrantés en épocas en que la abundancia de aguas pluviales lo consintió. (Res. de 2 de mayo de 1958. «B. O.» del 6 de septiembre.)

DERECHO MERCANTIL

Requisitos para la válida constitución de Juntas Universales. Efectos de la aprobación del acta de la junta. Constancia del desembolso del capital suscrito, escrituras de emisión de acciones, con derecho preferente de suscripción, antes de que por el jurado de utilidades se haya fijado la cuantía de la aportación suplementaria que establece el artículo 8.º de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

A) La práctica de formar la lista de asistentes antes de entrar en el orden del día, y como acto preparatorio de la Junta, ha sido elevado a categoría de norma en virtud del artículo 64 de la Ley, pues su formación sirve, entre otras finalidades, para determinar si se consiguió o no el quórum legal de presencia y comprobar quiénes, por no asistir a la Junta, pueden, conforme al artículo 69, impugnar los acuerdos tomados o ejercer el derecho de separación establecido en los artículos 135 y 144 de la misma Ley.

B) No obstante, las llamadas Juntas Universales, que suponen presencia de todo el capital y unanimidad de los asistentes acerca de su celebración, se hallan, desde luego, exceptuadas del cumplimiento de las formalidades de convocatoria, aunque no de ciertos trámites de legitimación de los accionistas. En el caso de este recurso, huelga toda otra discriminación teórica, y la calificación del Registrador tiene suficiente apoyo en la declaración del acta bajo fe del Secretario, como resumen y resultado de «estar representada la totalidad del capital social» y que por unanimidad los socios presentes acuerdan constituirse en Junta, con lo que quedan cumplidos los únicos y esenciales requisitos establecidos en el artículo 55 de la Ley para la válida constitución de tales Juntas.

C) Si bien, en puro terreno teórico, podía llegarse a estimar que la aprobación del acta sólo significa la expresa confirmación o reconocimiento por parte de la Junta, no de los acuerdos tomados, sino de que han sido reflejadas fielmente en los libros la deliberación habida y aquellas decisiones, la concreta redacción del artículo 62 de la Ley, excusa de semejante interpretación que había de vulnerar lo que de modo tan terminante declara aquél, a saber: que el acta tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación».

D) No constando de los acuerdos recaídos, que el capital suscrito esté desembolsado, o al menos la forma en que se ha llevado a cabo este desembolso, bien en efectivo metálico, bien mediante aportaciones no dinerarias, con la modificación dada a la redacción el artículo 4 de los Estatutos, al aparecer que el capital está totalmente desembolsado, el contenido de tal artículo resulta, si no en contradicción, al menos no justificado en relación con los acuerdos tomados en la Junta sobre el particular.

E) Si bien es cierto que la Orden de 26 de marzo de 1952 permite a los Notarios autorizar las escrituras en que se formalicen acuerdos sociales de emisión o puesta en circulación de acciones, con derecho preferente de suscripción, aun antes de que por el Jurado de Utilidades, se haya fijado la cuantía de la aportación suplementaria, que establece el artículo octavo de la Ley de 31 de diciembre de 1946, sin embargo, es preceptivo también que tales acuerdos no puedan ser inscritos en el Registro Mercantil, según la Orden de 19 de enero de 1952, hasta tanto no se acredite, por parte de la Sociedad interesada, haber dado cumplimiento a lo establecido en la disposición legal mencionada. (Res. de 23 de julio de 1958. «B. O.» de 28 de octubre.)

I. ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO JAVIER DE ACILLONA Y LANDESA
Abogado del Ilustre Colegio de Bilbao

Leyendo una revista jurídica española en la que, para conocimiento de sus lectores, se insertan los fallos más importantes de la Audiencias Territoriales, tuvimos ocasión de conocer una sentencia dictada por la Sala de lo Civil de una de aquéllas, sita en territorio foral. En tal decisión, para avalar el criterio que sostenía la Sala se citaban unas sentencias que en asuntos de derecho vizcaíno había pronunciado el Tribunal Supremo, y como la idea que nosotros teníamos acerca del contenido de los fallos que se mencionaban en aquélla era completamente opuesta al que mantenía la Audiencia, buscamos inmediatamente el texto íntegro de las sentencias aludidas, tras cuya lectura detenida llegamos a la clara conclusión de que la Sala juzgadora había incurrido en un error al pretender apoyar su decisión en los fallos del más alto Tribunal que alegaba, puesto que en éstos se sentaba una doctrina completamente distinta.

Pronto nos dimos cuenta del origen de este error, que no era sino la costumbre demasiado generalizada entre muchos comentaristas del Código y en algunas colecciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de extractar los fallos de este alto organismo, por la sin duda fuerte razón de economizar espacio. Mas por este mismo motivo de economía se corre el riesgo de que en esos libros, que después son los de mayor uso por los abogados y juzgadores, al publicarse solamente algunos párrafos de los considerándose alteren impensadamente las esencias del caso debatido, pues al dejarse de consignar en los resúmenes puntos precisos de interés doctrinal, no sólo se cambia el sentido jurídico del conjunto del fallo, sino que se pone en circulación una fuente viciada desde sus orígenes. Esta y no otra es la única razón a la que podemos imputar el yerro de la Audiencia al que antes nos hemos referido; debiendo atribuir a un motivo idéntico el que en cierta ocasión nosotros tuviésemos ocasión de conocer un litigio desarrollado ante un Juzgado bilbaíno, en el cual las dos partes contendientes fundamentaban sus opuestas y dispares peticiones en una misma sentencia del más alto Tribunal de la nación.

Unamuno observó que los vizcaínos, desde que servían (como dice Cervantes) de secretarios a los reyes, se han distinguido siempre por su espíritu ergotista, discutidor y leguleyo (1); y Angulo tuvo ocasión de comprobar que en Vizcaya «el aldeano no da un paso en sus negocios pri-

(1) UNAMUNO: *Derecho consuetudinario de España: Vizcaya*, en «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*», t. 53 (1886), págs. 42 y sigs.

vados sin consultar con abogados que le digan si tiene o no razón, y que es relativamente fácil, aprovechando el espíritu de la raza, el enzarzarlos en litigios, baladres en el fondo, cosa que desgraciadamente a las veces suele ocurrir, pues no faltan para ello letrados y picapleitos rurales levemente a que no deje de funcionar un momento la máquina de la justicia humana» (2). Predisposición vizcaína que no es moderna, pues a ella aluden también las leyes 4 del título XXIX y 3 del título XXXVI del Fuero de Vizcaya de 1527 (3). Con estos antecedentes será fácil comprender que en esta provincia es quizá más necesario que en ninguna otra región española el que sea conocido en su exacto sentido cuál es el parecer del Tribunal Supremo en un problema cualquiera; pero su opinión exacta, no la mutilada o erróneamente interpretada, ya que al ser divulgado el criterio del juzgador, sin dudas de ninguna clase, se evitan los pleitos, puesto que lógicamente la sociedad ha de presumir que el parecer mantenido en un litigio anterior no quede desvirtuado cuando se resuelva otro problema jurídicamente igual. Conociendo exactamente las pautas marcadas por aquel Tribunal podrá vivirse en «seguridad jurídica», porque será peligrosísimo discutir como problemas pendientes de solución aquellas cuestiones que en otras ocasiones se decidieron por un Tribunal decisivo y de cuya justicia no dudó el ciudadano.

Nadie me gana en respeto y acatamiento a este Alto Tribunal de justicia; y por ello debo decir que de una manera inconsciente la mayor parte de las veces, y otras por designios malévolos, en la práctica, en ocasiones, se deforman las mejores intenciones del Tribunal Supremo, creador de una jurisprudencia vizcaína, pues hay algunas sentencias pronunciadas por aquél sobre el Derecho vizcaíno que algunos comentaristas o letrados suelen exponerlas ante los jueces mutiladas y en desconexión con los supuestos de hecho y de derecho a que responden, copiando citas fragmentarias de las mismas, a veces intencionadamente tomadas o interrumpidas, según el deseo de quien cita, lo cual sucede, desgraciadamente, con bastante frecuencia en los pleitos de aquella provincia.

«Los que se dedican al foro por razón de su oficio, tienen el deber de consultar y estudiar las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia», nos dice este organismo en su fallo de 11 de diciembre de 1865; pero es preciso no dejarse arrastrar por esa rutina y manía generalizada que nos lleva a dar rango de doctrina jurisprudencial a simples expresiones o fórmulas técnicas sacadas de los considerandos del Tribunal Supremo, cuyos peligros denunció Castán (4). Desterrando esa práctica evitaremos el que puedan decirse barbaridades jurídicas tan lamentables como sería aquella en la que incurriéramos en el campo religioso si al rezar el Credo lo empezásemos por la mital: «Poncio Pilatos, fué crucificado, muerto y sepultado».

Sabemos muy bien que valen menos en el foro de un modo inmediato

(2) DÍEGO ANGLU: *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1908, pág. 84.

(3) La ley 4, título XXIX, dice que «hay en Vizcaya muchos pleitos»; y la ley 3, título XXXVI reitera que la gente de Vizcaya es «cada a pleitos».

(4) CASTÁN: *El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil*. «Revista de Derecho Privado», septiembre de 1940, pág. 206.

los trabajos teóricos y doctrinales que las colecciones de jurisprudencia, por lo que una codificación, siquiera fuese privada, de las sentencias del Tribunal Supremo atinentes al Derecho vizcaíno, si se hiciese, sería de suma utilidad; mas no siendo tan ambiciosos los propósitos de este estudio nos contentamos en él con referirnos a algunos fallos de ese Tribunal, manejados a veces simultáneamente ante los Tribunales de Instancia por demandantes y demandados. Con lo que al propio tiempo que creemos prestar un servicio al trabajo de los letrados, indirectamente podremos evitar el que puedan darse acerca de asuntos idénticos fallos contradictorios, como en alguna ocasión ha sucedido en los Juzgados de la provincia, rompiéndose con ellos de algún modo el prestigio de la Justicia y uno de los postulados fundamentales de la vida moderna: la igualdad de los ciudadanos ante la ley, reconocido por el artículo 17 del Fuero de los Españoles y por la Ley fundamental española del 17 de mayo de 1958 (5).

Para evitar que la malicia humana o la inadvertencia puedan deformar las sentencias vizcaínas dadas por el Tribunal Supremo, vamos a analizar seguidamente algunas de ellas con objeto de destacar el cuidado con el que hay que leerlas, estudiarlas y aplicarlas si en un caso concreto se cree conveniente traerlas a colación.

Por las razones expuestas, lo que vamos a decir a continuación poco es de nuestra cosecha propia; la mayor parte está recogido de las sentencias que citamos, las cuales hemos leído muy despacio para apreciar su exacto significado jurídico, poniendo también de relieve los errores en que se ha incurrido algunas veces al interpretarlas (6).

* * *

Sentencia de 8 de junio de 1874.—Reiteradamente ha sido alegada esta sentencia ante los Tribunales, lo mismo en tiempos pasados que en la actualidad, para apoyar la opinión de que los bienes raíces sitos en el Infanzonado se rigen hoy en sus transmisiones hereditarias por el estatuto real, con independencia de la condición de personas propietarias de aquéllos. Mas en seguida vamos a demostrar que si ahora se mantiene este criterio, será completamente ilegal y erróneo.

Hasta la publicación del Código civil, en 1889, era doctrina admitida

(5) Escribió ALONSO MARTÍNEZ en su obra *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (2.ª ed. Madrid, 1947, pág. 24), que precisamente ésta es la razón de la existencia de un organismo único de casación, el Tribunal Supremo, para uniformar la jurisprudencia de toda la nación. La certidumbre de derecho resulta protegida por el artículo 17 del Fuero de los Españoles, a cuyo tenor tienen éstos derecho a la seguridad jurídica: «Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». El mismo fuero, en su artículo 3, expresa que «la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clase ni aceptación de personas»; y la ley fundamental española del 17 de mayo de 1958 subraya los más importantes aspectos de esta igualdad jurídica, al proclamar en su punto 5.º que «la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles».

(6) Como ejemplo patente de los errores en que, a veces, se ha incurrido al publicar, resumidas, algunas sentencias vizcaínas, véanse, entre otras, las sentencias del 18 de marzo de 1925, 26 de enero de 1928 y 4 de julio de 1956, comentadas ampliamente en este trabajo.

que los bienes inmuebles se regían por el estatuto real, por las leyes del país en que estuviesen sitos, para todos los efectos, lo mismo para disponer de ellos entre vivos, que por causa de muerte o para suceder abintestato, y lo mismo cuando radicaban en el extranjero, que dentro de España en provincias o territorios de diferente legislación civil. El único caso vizcaíno que antes de 1889 llegó al Tribunal Supremo debatiéndose esta cuestión se resolvió aplicando el estatuto real. Se trataba de la sucesión *testamentaria* de una persona natural y vecina de Madrid, fallecida en 1870 sin dejar descendientes ni ascendientes, y bajo testamento en el que instituyó por heredera universal a una persona extraña a la familia. Mas como figuraba entre los bienes de la herencia un caserío con sus tierras sito en Lejona (Tierra llana de Vizcaya), un familiar de la testadora alegando su condición de pariente tronquero y en que según la ley foral los inmuebles sitos en la tierra llana no podían dejarse en testamento a nadie que no tuviese aquel carácter, solicitó la nulidad del testamento en cuanto a la disposición del caserío citado; petición a la que se opuso el heredero instituido alegando que el Fuero vizcaíno no tenía aplicación por ser la testadora vecina civil de Madrid. La sentencia del Tribunal Supremo admitió la petición del demandante, basándose en una doctrina muy lógica teniendo en cuenta la fecha (1874) en que se dictó. Mas en la actualidad hay que tener presente que por ser esta sentencia anterior a la vigencia del Código civil, cuyo título preliminar instauró, como sabemos, en toda España, el predominio del estatuto personal en las sucesiones, hoy no podrá válidamente alegarse ante los Tribunales, por carecer de fuerza alguna después de 1889. Por ello el comentarista Jado, al referirse a este fallo, indica las siguientes y significativas palabras: «Téngase presente que esta sentencia es anterior a la vigencia del Código civil» (7).

Sentencias de 23 de febrero de 1882, 26 de enero de 1885, 23 de diciembre de 1885 y 14 de abril de 1886.—En varios litigios, surgidos al ser transmitidos *mortis causa* los yacimientos mineros, se ha alegado, con una terquedad incomprensible, que las minas sitas en la tierra llana vizcaína no pueden ser heredadas sino por los parientes tronqueros del causante, aduciéndose, para fundamentar este juicio, que, como el principio de la troncalidad debe ser aplicado a todos los inmuebles, y siéndolo, indudablemente, las minas, debe también ser aplicado a éstas, puesto que el Tribunal Supremo, en estas cuatro sentencias (y también en la del 8 de junio de 1874) ha mantenido tal opinión. En algún repertorio jurisprudencial, aludiendo a la sentencia del 23 de febrero de 1882, se coloca a ésta bajo el epígrafe siguiente: «Sucesión intestada. Excepciones al principio general: Derecho de troncalidad», epígrafe que se reitera con las mismas palabras al referirse a las de 26 de enero de 1885, 23 de diciembre de 1885 y 14 de abril de 1886. Por eso, creemos que en este erróneo extracto que se ha hecho de los cuatro fallos se basa la equivocación de atribuirles una doctrina distinta de la real, puesto que ocasión tenemos ahora de demostrar que las sentencias dicen todo lo contrario, ya que en

(7) JADO: *Derecho civil de Vizcaya*. Bilbao, 1923, pág. 151.

las cuatro se sienta la misma doctrina: Que las minas sitas en la Tierra llana, a pesar de ser bienes inmuebles, no están sujetas a las leyes forales de la troncalidad, rigiéndose en sus transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* por la legislación común española.

La opinión que había mantenido el Tribunal Supremo en la sentencia del 8 de junio de 1874, que hemos citado, tuvo *varios años antes de la aprobación del Código civil* una excepción importantísima, al dictaminarse en varias sentencias del mismo Alto Tribunal que las minas vizcaínas no están sujetas a la troncalidad, abriéndose con estos fallos la primera brecha al sistema del estatuto real que hasta entonces había prevalecido en Vizcaya en las transmisiones sucesorias de los inmuebles sitos en la Tierra llana. Sentencias que, en la práctica, tuvieron una trascendencia todavía mayor, por la gran importancia que, como es sabido, tiene la riqueza minera en la provincia de Vizcaya.

La doctrina de estas sentencias coincide sustancialmente con la opinión que en un dictamen particular había mantenido el ilustre jurista Manuel Alonso Martínez: en la de 23 de febrero de 1882 se dice que «las leyes especiales de privilegio y restrictivas del libre ejercicio del derecho de propiedad del Fuero de Vizcaya, son de estricta interpretación, y no pueden extenderse a cosas y casos que no estén claramente comprendidos en sus preceptos, los cuales no alcanzan al subsuelo de la Tierra Llana de Vizcaya»; en la de 26 de enero de 1885 se indica que «las minas deben reputarse como bienes raíces sitos en el Infanzonado, aunque a ellas no es aplicable el Fuero de Vizcaya»; la de 23 de diciembre de 1885 confirma la misma doctrina, expresándose en ella «que las minas no son bienes raíces de los que la ley del Fuero de Vizcaya sujeta al derecho de troncalidad»; y la de 14 de abril de 1886 insiste en que «las minas no están sometidas al fuero de la troncalidad vizcaína». Por lo tanto, *antes del Código civil* quedó ya bien claramente demostrado y fuera de toda discusión, que la propiedad de las minas sitas en la Tierra llana no estaba sujeta al principio de la troncalidad en ninguna clase de enajenaciones y transmisiones.

Sentencia de 1 de abril de 1891.—Es curioso destacar que en la mayor parte de los repertorios jurisprudenciales se extracta esta sentencia con las palabras siguientes: «El estado de derecho o régimen jurídico constituido por las leyes o por la costumbre en los territorios forales, debe respetarse íntegramente»; por lo que, tras la lectura de este texto, se ha dicho que esta sentencia ordena que las leyes del Fuero de Vizcaya que añaden a la troncalidad deben respetarse íntegramente. Mas el sentido real del fallo no fué tal como se acaba de exponer, pues en él se dice bien claramente que los derechos y deberes que el Código civil señala, respecto a las transmisiones sucesorias, deben aplicarse a las personas nacidas en territorios forales si ganan vecindad en otros sometidos a la legislación común en la forma que determina el artículo 15 del Código (8).

(8) Este fallo resolvió un litigio atinente a Navarra; mas lo copiamos aquí porque su doctrina, en cuanto por ella señala el modo por el que las personas sometidas al Derecho

En ella se sostiene que, según lo que dispone el artículo 15, los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condiciones y capacidad legal de las personas y los de la sucesión testada e intestada declarados en el Código, no pueden aplicarse a las personas nacidas en provincias o territorios donde subsiste el derecho foral, de padres sujetos al mismo, si no hubiesen ganado vecindad en la forma que dicho artículo determina en territorios regidos por la legislación común.

Sentencia de 3 de junio de 1896.—Dícese sobre esta sentencia, en el resumen que de ella figura en un repertorio, lo siguiente: «Debe atenderse exclusivamente a las disposiciones de la legislación especial de Vizcaya respecto al derecho de troncalidad, que es esencialmente foral»; y no nos explicamos la razón por la cual ha sido extractado el fallo de esta manera, puesto que el problema básico de aquél decide la cuestión siguiente: Que los bienes heredados por el pariente escogido por el testador, los cuales constituyen la legítima de aquél, no pueden ser gravados por el causante de ninguna forma, pues admitiendo los gravámenes quedaría privado el heredero preferido de una parte muy importante de la plena propiedad, que por ministerio de la ley adquiere a la muerte del testador.

Es sabido que el Fuero de Vizcaya permite al testador escoger como heredero de todos sus bienes a un solo familiar; pero exigiendo que a los demás familiares no designados para disfrutarlos se les aparte de la herencia, entregándoles «algún tanto de tierra, poco o mucho», cuota que estos últimos la perciben, no como legítima, sino «en lugar de la legítima» (9). En tal caso, la herencia en su totalidad es legítima de un solo hijo (excepto el quinto de los bienes y siempre que el testador destine este quinto (*pro remedium animae*); y, por ello, el Fuero, acorde con el criterio de todos los ordenamientos civiles que proclaman la ingravabilidad legítimaria, mantiene el mismo principio en la ley 7, título XXI, en la que se dice que «en la legítima no ha lugar gravamen». Mas, a pesar de esta claridad legal, algún comentarista ha opinado que sobre los referidos bienes legítimarios percibidos por el heredero principal caben algunos pequeños gravámenes, si estas cargas suaves recaen en beneficio de otros herederos del testador; citándose en apoyo de esta opinión equivocada la sentencia de 3 de junio de 1896.

El caso que con este fallo se resolvió fué el siguiente: Era dueño un testador de bienes inmuebles que por herencia había recibido de su padre; y al otorgar su testamento, después de nombrar heredero a un sobrino, dejó en usufructo esos bienes a favor de su viuda, gravándolos, además, con la carga de pagar ciertas deudas. Reclamó el sobrino, nudo propietario, contra el usufructo establecido, alegando las siguientes razones,

foral pueden quedar sujetos a la ley común, es aplicable igualmente al Derecho foral de Vizcaya.

(9) «En tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima», dice textualmente el Fuero de Vizcaya en la ley 7, título XXI.

que pueden leerse en la sentencia (10): «Resultando que la parte actora replicó que a quien, conforme al Fuero, se podían imponer los gravámenes que expresaba la ley 7, título XXI, era al apartado, si se le daba alguna cosa más que la tierra de apartación, que constituía la legítima rigurosa, pero no se admite tal imposición respecto al heredero tronquero, porque este representaba el derecho de todos los parientes de esta clase y percibía la legítima general y lata de todos ellos, sin gravamen ni disminución alguna; siendo esto lo que se desprende del texto literal de la repetida ley 7, título XXI, y lo demás sería entrar en interpretaciones peligrosas, y medio poderoso de eludir, lo que también literalmente establecían otras leyes del Fuero». Razonamientos los que acabamos de copiar, que fueron confirmado en el fallo, en el que se indica que no cabían los gravámenes indicados en el testamento, porque con ellos el pariente escogido quedaba privado de un derecho de propiedad que le correspondía por ley.

Pero, ¿qué hubiera sucedido en el caso de que el testador hubiera impuesto el gravamen al heredero escogido, no en favor de la viuda de aquél, sino en beneficio de otros parientes? Que con esa traba en favor de otro hermano, o primo, o ascendiente del preferido, igualmente le hubiese estado vedado, al privilegiado, el derecho de propiedad, el poder de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* que legalmente le pertenecía como propietario efectivo que era. En ese supuesto, toda la legítima del heredero principal hubiese quedado gravada en favor de otros parientes; con esa suposición, el «dominio útil» de que habla el considerando segundo de la sentencia, y que nadie puede arrebatar al preferido, también sería ilusorio; en esa presunción, el heredero principal quedaba igualmente privado de «una parte muy importante de la plena propiedad que por ministerio de la ley adquiere a la muerte del testador», como se dice textualmente en esa sentencia. Es decir, que la *plena propiedad*, que, como se indica en el fallo, corresponde al heredero principal, y cuyo carácter, en último extremo consiste, como sabemos, en su transmisibilidad en vida, o por sucesión testamentaria o legítima a los herederos del fallecido, nunca la hubiese conseguido en ese ejemplo el heredero preferente, pues sus bienes quedaban gravados con la intransferibilidad, importando poco, para que su dominio no fuese efectivo, el que el gravamen, grande o pequeño, recayese en favor de otros parientes o de extraños.

Este es, en efecto, el sentido que debemos dar a esta sentencia, pues admitiendo la ley el gravamen del heredero principal, en beneficio de otros parientes, el mismo Fuero desharía sus principios al abrir las puertas para una práctica que podría ser abusiva, ya que se facultaría para poder desheredar prácticamente al heredero principal. Y como muestra de ello veamos, con un ejemplo, lo que podría hacerse: Legítima del heredero principal: el caserío o fincas de que consta una herencia. Gravamen: Que el usufructo o cualquier otro condicionamiento de esos inmuebles lo tenga otro hijo, a quien irá a parar la nuda propiedad, sin que el here-

(10) Copiamos unas de las alegaciones expuestas por el demandante, porque de omitirlas no se explicaría con la debida claridad la doctrina que establece la sentencia.

dero preferido, mientras viva, los pueda enajenar. Admitiendo la tesis que aquí rebatimos, todo lo del ejemplo podría hacerse válidamente al amparo de esa teoría; y si se hiciese así, ¿qué quedaría al hijo llamado heredero principal de semejante legítima? Nada absolutamente; ni aun siquiera la tierra de apartación, porque tampoco habría quedado excluido por el testador, puesto que éste no puede apartar a *todos* sus herederos (11).

Sentencia de 27 de octubre de 1900.—Conservación de la legislación castellana, por haber residido menos de diez años en la Tierra llana de Vizcaya.

Interpretando erróneamente este fallo, en varias ocasiones se ha mantenido la opinión de que la adquisición o pérdida de la condición civil de «vizcaíno» no se regula por las normas del artículo 15 del Código civil, deduciendo, como consecuencia, que en todas las sucesiones de bienes sitos en la Tierra llana debe aplicarse el estatuto real, prescindiendo de la regionalidad y nacionalidad de sus propietarios. Mas en la sentencia que ahora citamos bien claramente se mantiene una doctrina completamente opuesta, al decirse en ella que un castellano conservó su legislación originaria, a pesar de haber vivido en territorio vizcaíno aforado, porque su residencia en la Tierra llana fué inferior a los diez años. En ella se indica que «los derechos de familia, entre los que se comprenden los relativos a la respectiva participación en los bienes de los individuos que la forman, y los de la sucesión testada e intestada con ellos conexos, se regulan primordialmente por la ley de las personas... Que el hecho de que un castellano, vecino de un pueblo de Vizcaya, regrese a Castilla algunos años antes de cumplirse los diez de moranza que mencionan para determinados efectos las leyes... demuestra la voluntad del mismo de no variar la condición de su naturaleza, pues aquel lapso de tiempo constituye hoy una presunción de voluntad establecida en el Código para la determinación del estado de español en las relaciones interprovinciales, con la condición de reciprocidad consignada por primera vez en el mismo».

Sentencia de 11 de noviembre de 1902.—Pérdida de la cualidad de vizcaíno de la Tierra llana, para adquirir la de vizcaíno de villa.

He aquí el extracto de esta sentencia que circula en alguna publicación: «Que los bienes situados en la Tierra llana deben ser heredados por los parientes que estén en la línea de donde los bienes proceden, estando dentro del sexto grado, con preferencia a los que no se encuentren en este caso, aunque sean deudos más cercanos». Esta es una frase aislada que forma parte de la sentencia; y quien se contente con su simple lectura supondrá que los cambios de vecindad del propietario de bienes troncales no afectan para nada a la subsistencia del régimen de la troncalidad en Vizcaya, lo cual no es cierto, puesto que la doctrina del fallo demuestra nítidamente que si en él se aplicó una ley foral fué porque el

(11) ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE: *Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína: ley 7. título XXI del Fuero*, publicado en «Estudios de Deust», vol. VI, núm. II, enero-junio 1965, págs. 113 y sigs.

causante había perdido la cualidad de «vizcaíno de la Tierra llana», para adquirir la de «vizcaíno de villa», personas estas últimas que están sujetas a la ley 15, título XX del Fuero en virtud de la excepción que para ellas establece expresamente el último párrafo del artículo 10 del Código civil, en el cual se indica que «los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que tengan en la Tierra llana, a la ley 15, título XX, del Fuero de Vizcaya». Seguidamente, añadimos nuevos pormenores legales sobre este tema, porque entendemos que debemos indicarlos para evitar torcidas interpretaciones del fallo.

Desde la aprobación del Código civil, en cuyo artículo 10 se añadió su párrafo 3.º, existen, desde el punto de vista civil, dos clases de vizcaínos: los de la Tierra llana, sometidos a todos los preceptos forales que permanecen en vigor, y los de las villas, sujetos únicamente a la ley 15, título XX, del Fuero, y ello en virtud de la disposición expresa del mencionado artículo 10; por lo que al existir tal dualidad, puede darse el caso de que una persona pierda la primera de aquellas condiciones, para ganar la segunda, como sucedió en el litigio al que ahora nos referimos.

Un propietario vizcaíno, nacido en la Tierra llana, había adquirido posteriormente la vecindad civil en una villa de Vizcaya, alcanzando por tal cambio la condición de «vizcaíno de villa», para los cuales se promulgó precisamente y para sus sucesiones testamentarias, la ley 15, título XX, del Fuero, y, posteriormente, el párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil.

En el fallo se consigna que con arreglo a los preceptos de la legislación anterior al Código, consagrado en las leyes, se pierde la condición de vizcaíno aforado por la moranza continuada durante veinte años en lugar donde no rige el Fuero, la cual, cuando llega a diez, constituye la condición esencial del cambio; y «según lo preceptuado en el último párrafo del artículo 10 del Código, los bienes que el aforado tuviese en la Tierra llana deben ser heredados por los parientes». Veñon, pues, que esta sentencia se dió no para mantener radicalmente la troncalidad, sino por haberse admitido por el Tribunal que el causante había ganado la condición de «vizcaíno de villa», y, por ello, sometido al último apartado del artículo 10 del Código común.

Sentencia de 23 de diciembre de 1904.—Esta sentencia ha sido también alegada en más de una ocasión, para aseverar la aplicación del estatuto real en las sucesiones vizcaínas. Quien solamente observe en ella que, en efecto, se aplica el Fuero de Vizcaya a la sucesión debatida, quizá llegará a la misma conclusión; pero leyendo toda la doctrina que establece se ve inmediatamente que si en ella se aplican las leyes forales al caso litigioso es debido a que el Fuero de Vizcaya constituía precisamente la ley personal del causante, ya que éste, procediendo de una provincia sometida al Código civil, había ganado la condición de vizcaíno de la Tierra llana, por haber residido en ésta más de diez años.

La legislación común anterior al Código (lo mismo que éste) exigía, para adquirir la vecindad civil en Vizcaya, la moranza en la provincia por diez años; plazo que por haber sido sobrepasado por una persona resi-

diendo en la Tierra llana, convirtió a aquélla en vizcaíno infanzón a los efectos de regular su sucesión (12).

Ventilábase en el litigio la herencia de bienes inmuebles sitos en el Infanzonado, a los que el fallo aplica el estatuto *personal* adquirido por el causante (el Fuero vizcaíno), porque ese propietario, si bien había nacido en Guipúzcoa, cuando falleció era vecino civil de la Tierra llana (de la anteiglesia de Jęmein) desde quince años antes, por cuya residencia había perdido su condición de sometido al Código civil. Prevaleció, pues, una vez más, el criterio del estatuto personal para regir las sucesiones de Vizcaya.

Resolución de 5 de octubre de 1906 (13).—Harto asombro causará, seguramente, al lector el saber que, en más de una ocasión, se ha escrito en algún pleito que aunque el marido sea castellano «no puede defenderse la tesis de que al contraer matrimonio la mujer vizcaína pierde automáticamente su condición de aforada vizcaína»; opinión de la que se ha deducido, como consecuencia, que aunque esa mujer fallezca después de haberse casado con un varón no vizcaíno, la sucesión de sus bienes deberá regularse por los preceptos del Fuero de la provincia. Falso parecer que no cabe fundar en la Resolución de que ahora nos ocupamos, ya que en ésta se dice que la mujer vizcaína, por su matrimonio con un castellano, pierde su condición foral, para adquirir la de su marido, quedando, por ello, sometida a las prescripciones del Código común.

Conforme a los preceptos del artículo 15 del Código, según el cual «en todo caso la mujer seguirá la condición del marido», una de las maneras de perder el sometimiento al Fuero de Vizcaya y al párrafo 3.º del artículo 10 de aquel Cuerpo legal consiste, tratándose de mujer vizcaína, en contraer matrimonio con un varón sometido civilmente a cualquier otra legislación española, por aplicación del viejo principio *uxor sequitur forum mariti*. Doctrina confirmada expresamente en la Resolución de la Dirección de Registros a la que aquí nos referimos, en la que, después de invocar, como fundamento para decidir la cuestión, las disposiciones que el título preliminar del Código civil establece para solucionar las cuestiones de derecho interprovincial, dice que «siendo la condición legal de la mujer la misma que la del marido, según el artículo 15, número 3.º, del Código civil, si aun siendo aquélla natural de Vizcaya, constase que ni por naturaleza ni por vecindad estaba sujeto el marido al Fuero de dicha provincia, ha de estimarse que la sociedad constituida por el matrimonio estaba sujeta, a falta de contrato sobre bienes, al régimen legal de gananciales, conforme al artículo 1.315, siendo, por tanto, procedente su liquidación, en armonía con aquel precepto, al disolverse, por fallecimiento de uno de los cónyuges».

(12) Utilizamos, indistintamente, las frases de «vizcaíno de la Tierra llana» y «vizcaíno infanzón», por ser ambas idénticas, ya que el Infanzonado es la parte de la provincia sometida al Fuero de Vizcaya, también llamada Tierra llana.

(13) En este trabajo nos referimos primordialmente a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en litigios vizcaínos; pero por la importancia que tienen, creemos oportuno insertar también en el estudio algunas Resoluciones de la Dirección General de Registros que afectan al Derecho civil de Vizcaya.

Resolución de 4 de julio de 1911.—A propósito de esta Resolución, clara y tajante, se ha escrito, dando una interpretación errónea a su doctrina, que en ella «no se desconocen ni menoscaban los derechos de los parientes tronqueros, antes, por el contrario, los reconoce». Y, sinceramente, no acertamos a adivinar de dónde ha podido partir esta peregrina explicación, que tampoco hemos visto resumida de tal forma en ningún repertorio, pues bien notoriamente se dice en aquélla que no es aplicable el párrafo 3.º del artículo 10 del Código al vizcaíno que pierde su condición de tal por el cambio de vecindad civil a otra provincia española.

La equivocada opinión que, como hemos visto, en ocasiones ha sostenido algún letrado de que en Vizcaya, después de 1889, debe regir en las sucesiones, en todo caso, el estatuto real, es plenamente rebatida en esta Resolución, que confirma rotundamente que el párrafo 3.º del artículo 10 solamente tiene aplicación en las sucesiones testamentarias de las personas que en el momento de morir conserven la vecindad civil en Vizcaya.

Para comprender mejor esta Resolución, indicaremos sus antecedentes: Un propietario, natural de Arcentales (en la Tierra llana), había hecho manifestación en su testamento de ser vecino de Madrid desde hacía más de veinte años, por lo que, habiendo perdido la vecindad civil vizcaína, dispuso de todos sus bienes, incluso los troncales, sin atenerse a los preceptos del Fuero, dejando heredera de todos ellos a su esposa. El registrador de la propiedad de Valmaseda (Vizcaya) denegó la inscripción que solicitó la viuda, de la herencia citada, alegando que el párrafo 3.º del artículo 10 del Código debía aplicarse a la sucesión de toda clase de personas con inmuebles en la Tierra llana, prescindiendo de su vecindad. Contra esta negativa interpuso la viuda recurso alegando: Que el mencionado párrafo 3.º comprende bajo la palabra «vizcaínos», no a los nacidos en Vizcaya precisamente, sino a cuantos nacidos o no en aquella provincia estaban sometidos a su Fuero; que, según el artículo 14 del Código, las cuestiones jurídicas a que dé lugar el Derecho interprovincial se resuelven aplicando los mismos principios que a los conflictos de Derecho internacional privado, por lo que, y conforme al principio general del artículo 10 del Código, el que quiere disponer *inter vivos* de bienes raíces sitos en la Tierra llana de Vizcaya, deberá atenerse a los preceptos del Fuero, cualquiera que sea la ley personal del otorgante, pero si se trata de actos de disposición *mortis causa*, regirá la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2.º del citado artículo; que el párrafo 3.º del mismo sólo es aplicable a «los vizcaínos» mientras conserven legalmente esa condición, pero no cuando la pierdan y se sometan a otra legislación; y que el caso del recurso es el estrictamente previsto en el número 3.º del artículo 15 del Código, según el cual las disposiciones de este cuerpo legal son aplicables a los que procediendo de territorios forales hubieren ganado vecindad en otros sometidos al Derecho común.

El Juez-Delegado revocó la nota del registrador diciendo: que en el caso debatido no se trataba de aplicar la ley del Fuero de Vizcaya, sino

el párrafo 3.º del artículo 10 del Código; que entender la palabra «vizcaíno», empleada en dicho artículo, como comprensiva de todas las personas que posean bienes en Vizcaya, sería más que una interpretación extensiva, una suplantación de la ley, la cual no se ha propuesto mantener la institución de la troncalidad foral, inadecuada a nuestro tiempo; y que habiéndose probado la cualidad de vecino de Madrid, que el causante tenía al tiempo de la muerte, su sucesión debería regirse por las disposiciones del Derecho común, según determina el artículo 15 del Código, obligatorio en todas las provincias del Reino, a tenor del artículo 12 del mismo cuerpo legal. Habiendo confirmado el presidente de la Audiencia el auto del juez, la Dirección General de Registros sentó la siguiente doctrina:

«Considerando que ...los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de la sucesión testada e intestada declarados en el Código civil, son aplicables, según el número 3.º de su artículo 15, a los que, procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otros sujetos al Derecho común, mediante la residencia de diez años, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifestase su voluntad en contrario.»

«Considerando que la explícita manifestación hecha en su testamento por don Quirico Llaguno, de ser vecino de Madrid desde más de veinte años, la manera de disponer de todos sus bienes, sin exceptuar los troncales, la certificación del Secretario del Ayuntamiento de Madrid enumerando los diversos domicilios del finado en esta Corte, la expedida por el Secretario de la Diputación de la misma provincia... confirman auténticamente que el referido don Quirico Llaguno había perdido la vecindad civil vizcaína, y que, por consiguiente, la sucesión testamentaria en cuestión debía regularse respecto a la validez de sus disposiciones por las del Código civil, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.»

«Considerando que por aparecer de los documentos indicados que el testador no tenía la vecindad vizcaína, falta el supuesto necesario para la aplicación del párrafo 3.º del artículo 10 del citado cuerpo legal, a menos de interpretarse sus términos con un criterio que no autoriza su carácter excepcional, o sea suponiéndose que el Fuero de Vizcaya o el nacimiento imprime a los «vizcaínos» un carácter civil indeleble contra el cual nada significan los cambios de vecindad o ciudadanía, criterio que en modo alguno se concilia con los principios de Derecho internacional privado desenvueltos en el mismo artículo, y los cuales deben aplicarse, según el 14, a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil» (14).

(14) Atinadamente comenta CASTÁN esta Resolución con las palabras siguientes: «No hay que dar al párrafo 3.º del artículo 10 una interpretación extensiva que no autoriza su carácter excepcional; así lo ha declarado la Dirección General de Registros en la Resolución del 4 de junio de 1911, disponiendo que sólo se aplique dicho precepto al caso de que el propietario de los bienes sea vizcaíno y conserve legalmente esa condición, no cuando la haya perdido y esté sometido a otra legislación» (*Derecho español común y foral*, tomo I, Madrid, 1941, pág. 108.)

Sentencias de 27 de enero de 1913.—En numerosos litigios afectantes a inmuebles sitos en el Infanzonado ha sido alegada esta sentencia para demostrar que el Tribunal Supremo mantiene íntegramente, sin excepción alguna por razón de las personas, la doctrina del estatuto territorial en las transmisiones sucesorias de aquellos bienes. Surge tal opinión de la referencia que sobre la misma se inserta en las ediciones anotadas del Código civil, en las que debajo del artículo 10 de aquél se copia con las palabras siguientes: «La ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya, puesta especialmente en vigor por este artículo, estatuye literalmente el concepto «así troncales», con referencia a las tierras y heredades sitas en el Juzgado y Tierra Llana, prescindiendo en absoluto de la condición de las personas para asignar a dichos bienes tal carácter de troncales, lo que constituye un estatuto real y un verdadero principio de territorialidad (S. 27 enero 1913). Mas para demostrar que la opinión alegada no es cierta, vamos a detenernos a comentar la sentencia, anticipando que la tesis que de ella pretende deducirse, cual es la aplicación, absoluta del Estatuto real, es sólo aparente, como puede verse estudiando no sólo su texto, sino también sus antecedentes, los cuales nos van a ayudar a centrar en su exacto lugar el sentido que tuvo el litigio.

Existen entre los letrados vizcaínos dos escuelas, las cuales resuelven de distinta manera el problema que atañe a la naturaleza troncal de los bienes raíces en razón de su origen y procedencia. Según unos, son bienes troncales todos los bienes raíces, se hayan heredado o se hayan adquirido por compra; según otros, sólo son troncales los que vienen del tronco, es decir, los que proceden de abolengo. Se plantea a este propósito la cuestión tan debatida entre letrados y entre autores acerca de si la raíz comprada es troncal o no. Hacemos gracia a quienes nos lean de la reseña de las polémicas que el asunto ha promovido; sólo diremos que las dudas se presentaron también en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual dictó sentencias contradictorias; en las de 23 de febrero de 1866, 25 de abril de 1868 y 27 de diciembre de 1895 mantuvo el criterio de que la raíz comprada era troncal cuando concurrían los mismos requisitos para que lo fuese la raíz heredada, o sea, cuando se hacía la compra a parientes tronqueros; pero en la sentencia de 11 de noviembre de 1902 (antes citada) se separó de aquel parecer, fallo que tampoco fijó su definitiva opinión, ya que si bien confirmó esta última opinión en la sentencia de 27 de enero de 1913 que ahora comentamos, concluyó rectificando en otra del 10 de marzo de 1914 en la que volvió sobre su primitivo parecer. Con este último fallo se dió la palabra decisiva sobre tan importante cuestión, ya que la doctrina de éste es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

Tras esta aclaración necesaria indicaremos que la sentencia de que ahora nos ocupamos no fué en realidad más que una continuación de la dictada por el mismo Tribunal con fecha 11 de noviembre de 1902 (a la que ya nos hemos referido), puesto que no habiéndose puesto de acuerdo las partes para llevar a la práctica este fallo de 1902, se tramitó juicio ordinario de mayor cuantía para la efectividad de aquél, resuelto por la sentencia del 27 de enero de 1913 ahora comentada en la que, por lo tan-

to, se ventilaba realmente el problema de si era troncal o no la raíz comprada; cuestión esta que no tenía nada que ver con la naturaleza o vecindad civil del causante de los bienes en litigio, puesto que éste era un «vizcaíno de villa», como hemos visto que se admitió en el fallo de 1902, y en el cual se aplicó el párrafo 3.º del artículo 10 del Código, porque ese causante había adquirido aquella condición.

Con los antecedentes que acabamos de exponer se comprenderá perfectamente la frase publicada en los repertorios de jurisprudencia, que por formar parte de un considerando tantas veces se ha aireado y que dice así: «Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya, puesta especialmente en vigor por el artículo 10 en su último párrafo del Código, estatuye literalmente el concepto «así troncales» con referencia a las tierras y heredades sitas en el Juzgado y tierra llana, prescindiendo en absoluto de la condición de las personas para asignar a dichos bienes tal carácter de troncales, lo que constituye un estatuto real y un verdadero principio de territorialidad». Esta frase si se desliga del motivo real del pleito puede sembrar cierta confusión a quien la lea, e inclinar su ánimo en pro de la vigencia de la absoluta territorialidad; mas para poner las cosas en su punto hay que tener presente que con aquélla el Tribunal buscaba afirmar su tesis de que la raíz comprada era también troncal, y por ello debía ser adjudicada a los mismos parientes que el fallo de 1902 les había adjudicado la raíz heredada por el causante. Al estatuirse en la sentencia el principio «así troncales» para los bienes que los vizcaínos residentes en las villas que tengan en la Tierra llana, el Tribunal no quiso significar otra cosa sino que «las tales tierras son troncales independientemente de que las mismas sean o no compradas o de abolengo».

Pero aún deseamos hacer nuevas aclaraciones: El considerando dice ciertamente que la ley 15, título XX estatuye un verdadero principio de territorialidad; mas no debemos olvidar que en esa ley foral solamente se alude a los vecinos civiles de las villas vizcaínas con bienes en la Tierra llana, a cuyas personas les impone el Estatuto real (15); y es también muy importante no olvidar que la referida ley 15 tiene fuerza en la actualidad, no porque hoy esté vigente todo el Fuero de Vizcaya, sino debido a que fué puesta en vigor ella sola y de manera explícita por el párrafo 3.º del artículo 10; precepto este último que no puso en vigor aquella ley foral para todos los españoles y extranjeros con bienes en el Infanzonado, sino solamente para «los vizcaínos», como bien claramente se señala en las dos primeras palabras de dicho párrafo, las cuales se hubieran suprimido en este texto si el legislador hubiera querido darle un carácter territorial absoluto, pues en este último caso hubiera borrado las palabras «los vizcaínos» que en el mencionado párrafo 3.º se insertan (16).

(15) Si el lector tiene la curiosidad de leer la ley 15, título XX, del Fuero, verá que ni en el epígrafe, ni en el texto de la misma, ni en los motivos que los ordenadores del Fuero tuvieron en cuenta para dictarla hay nada que pueda interpretarse en el sentido de que se quiso imponer a las personas que no tuviesen la vecindad civil vizcaína.

(16) Téngase presente que la tesis de esta sentencia sobre la troncalidad de toda raíz, por la contradicción que ofrecía con la doctrina que había sustentado el mismo Tribunal anteriormente, ocasionó una fundada crítica por parte de los escritores forales. Así, por

Sentencia de 10 de marzo de 1914.—Bajo el epígrafe de «Excepciones al principio general de la sucesión intestada.—Derecho de troncalidad» se inserta en alguna colección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo una frase de esta sentencia; extracto que ha llevado a la deducción de que también este fallo mantiene en vigor, de manera íntegra, la troncalidad foral; pero el sentido doctrinal de la sentencia fué contrario a este parecer.

Dijimos anteriormente que el Tribunal Supremo en el discutido problema de la troncalidad había dicho su última palabra sobre esta importantísima cuestión en la sentencia del 10 de marzo de 1914, en la cual, rectificando el parecer que había expuesto en los fallos de 11 de noviembre de 1902 y 27 de enero de 1913, sentó una doctrina que puede condensarse en los siguientes términos: El que comprare bienes raíces a un extraño puede disponer de ellos libremente si careciese de descendientes y ascendientes, porque no habiéndolos poseído persona alguna de la familia del comprador no puede tener parientes colaterales tronqueros, calidad imprescindible para que los colaterales adquieran los bienes por el derecho de troncalidad. El fallo mantiene otra opinión importante que puede aplicarse también para la interpretación de todas las leyes forales: «Como el principio de la troncalidad ataca al de libre disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, las leyes que lo regulan han de interpretarse en sentido restrictivo.»

Sentencia de 1 de diciembre de 1923.—Es sobradamente conocida en Vizcaya la antigua discusión de si un hijo que no tenía descendencia podía o no nombrar heredera a su madre en bienes troncales que aquél había recibido de su rama paterna. El Supremo admitió la validez de esta institución hereditaria en la sentencia que ahora comentamos; pero esta opinión del Tribunal no ha sido obstáculo para que se siga manteniendo alguna vez el parecer de que tal designación testamentaria no es válida. Por este motivo queremos ahora destacar ese fallo, con objeto de que el lector vea cuál es el sentir real del Tribunal Supremo en tan interesante materia.

En la sentencia se planteaba la cuestión de si un hijo que no tenía descendientes podía instituir heredera a su madre en bienes troncales que no procedían de la línea de ésta, y en los que, por consiguiente, era extraña. El Tribunal sentó la afirmativa en siete considerandos de gran extensión, atinadísimos y exactos.

ejemplo, SOLANO escribió que «este fallo es el que mayor contradicción puede decirse que ofrece entre los que el Tribunal Supremo ha dictado sobre el Derecho vizcaíno» (José SOLANO: *Estudios jurídicos del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1918, pág. 51); recalcando JADO que «la doctrina de esta sentencia es algo confusa y en oposición con otras del mismo Tribunal sobre la troncalidad» (JADO: *Obra citada*, pág. 428). Mas, afortunadamente, la opinión que en aquél se mantuvo fué rectificada en la sentencia del 10 de marzo de 1914 de la que seguidamente nos ocupamos en el trabajo.

El lector debe también recordar que el fallo del 27 de enero de 1913 surgió (ya lo hemos dicho) como una continuación de la sentencia del mismo Tribunal del 11 de noviembre de 1902, por lo que para completar la doctrina de aquél no debe olvidarse lo que en páginas anteriores se indica sobre la sentencia de 1902. Véanse también las notas 2ª y 5ª de este trabajo.

En el primero de ellos dice el Tribunal que «a los parientes en línea recta corresponde la legítima antes que por razón de troncalidad por el vínculo que la sangre establece entre los mismos, consideración más humana, de un orden muy superior a la simplemente derivada de la calificación legal que los bienes tengan por razón de su procedencia, y que está más en consonancia con lo que constituye la esencia intrínseca de la familia»; señalándose también que «es inadmisibles la tesis de algunos expositores y comentaristas del Derecho privado de Vizcaya de que toda raíz y sucesión es troncal». En el segundo considerando se indica que el principio de que «el tronco vuelve al tronco y la raíz a la raíz» de aplicarse en términos absolutos convertiría a la troncalidad en una verdadera institución vincular que limitaría abusivamente el libre ejercicio del derecho de propiedad, cuando, por el contrario, todas las limitaciones de ésta deben entenderse y aplicarse restrictivamente, y así lo tiene declarado la Sala en sentencia del 10 de marzo de 1914; añadiéndose en el considerando tercero que «en la ley 9, título XXI, se ve la inaplicación del principio de la troncalidad en la sucesión testamentaria en línea recta descendente, pues de ser aplicable resultaría ociosa e innecesaria la reserva en cuanto a los bienes troncales». Al acierto jurídico que suponía la doctrina de esta sentencia, se unió su acierto moral, al no olvidarse en ella que la ley, para ser justa, no puede tratar a la madre como a un ser ajeno a la familia.

Sentencias de 6 de febrero de 1924 y 4 de octubre de 1924 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).—La adquisición o pérdida de la condición civil de vizcaíno se regula por las normas del artículo 15 del Código civil.

No tenemos noticia de que estas dos sentencias hayan sido erróneamente interpretadas, entre otras razones, porque no fueron pronunciadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; pero consideramos necesario el citarlas, porque en ambas, una vez más, se fijaron las premisas necesarias para adquirir o perder la condición civil de vizcaíno.

En la primera declárase debidamente practicada la liquidación del impuesto correspondiente a la sucesión de bienes en territorio de las provincias vascongadas, por no haber ganado vecindad foral el causante; y en la segunda se declaró también exactamente realizado por las oficinas del territorio no exento de liquidación de otro impuesto sobre sucesión de bienes por no haber ganado vecindad foral el fallecido, que no había sido incluido en el padrón municipal de Bilbao hasta cuatro años antes de su muerte, y no constaba hubiese optado por aquella vecindad, como pudo hacerlo al amparo del artículo 15 del Código.

Sentencia de 18 de marzo de 1925.—En una edición del Código civil, muy en uso entre los profesionales, se inserta esta sentencia al pie del artículo 10 de dicho Código con las siguientes palabras: «Los bienes inmuebles sitos en territorio sometido al Fuero se rigen por éste, aunque los posea quien no resida en el territorio (S. 18 marzo 1925)». El jurista que lea lo que acabamos de copiar entrecomillado se formará el juicio de que en el fallo se sienta la doctrina de que en la Tierra llana rige en toda su extensión el estatuto real; mas esa opinión será errónea, pues como va-

mos a demostrar inmediatamente, lo que en ella se declara es que para que los vizcaínos pierdan su sometimiento al párrafo 3.º del artículo 10 del Código deben residir el tiempo que marca el artículo 15 de este Cuerpo legal en otra *provincia española*, no bastando para tal cambio la residencia en *país extranjero*; es decir, que un vizcaíno dejará de estar sometido a aquel párrafo si vive más de diez años en otra región de España.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 1915 había establecido muy claramente que los derechos a la sucesión de todo español que fallece sin dejar de serlo, aunque haya residido muchos años y muera en país extranjero, se regulan por las leyes y tribunales españoles (17). Y esta doctrina la vuelve a confirmar en la sentencia del 18 de marzo de 1925 respecto a la herencia de un vizcaíno que, por no haber perdido, a pesar de haber vivido en América, su primitiva condición civil, seguía sometido al morir a la ley vizcaína.

La sentencia no declara, pues, que en Vizcaya subsiste la troncalidad en todos los casos y sucesiones, como alguna vez se ha alegado al aludirle ciertos letrados, y como se colige de la lectura del párrafo extractado que hemos citado, pues en ella precisamente se dice todo lo contrario. En el fallo se explica, en relación con la sucesión de un vizcaíno que marchó a vivir y murió en Uruguay, que por haber conservado su condición de español durante su larga permanencia en aquella nación americana, queda como única cuestión en el pleito determinar si conservó con su ausencia en el extranjero su condición civil de vizcaíno, cuestión que (como en el fallo se dice) ha de resolverse afirmativamente, toda vez que «respecto al carácter de aforado ha de ajustarse la decisión a las normas claras y precisas que el Código civil establece». El tercer considerando dice que «con arreglo al artículo 15 de dicho cuerpo legal, para que las personas procedentes de provincias o territorios forales queden sujetas a la legislación común precisan que ganen vecindad en *provincias o territorios en que rija tal derecho*, llenando las condiciones que el citado artículo establece, ninguna de las cuales se cumplen en cuanto al causante, que *no residió nunca en España fuera de la provincia de Vizcaya*, y conservó, por tanto, con su cualidad de español, la condición de aforado vizcaíno (18).

Sentencia de 6 de junio de 1927.—Esta sentencia también ha sido presentada como defensora de la más radical territorialidad del Fuero de Vizcaya y del párrafo 3.º del artículo 10 del Código, puesto que aplicó los preceptos de ese Fuero al problema que en ella se debatía; mas pronto se verá el error mantenido por quien así piense, sabiendo que el fallo indica, en resumen, que para determinar si rigen o no las leyes forales en

(17) La sentencia del Tribunal Supremo del 10 de febrero de 1926 vuelve a insistir que, siendo español el causante de la herencia discutida, es aplicable a la misma legislación patria, tanto en el orden de suceder, como en la cuantía de los derechos sucesorios y en los relativos a las formalidades procesales para la partición y adjudicación del caudal relicto.

(18) Para conocer más ampliamente la doctrina que el Tribunal sentó en este litigio, el lector puede consultar la sentencia del 26 de enero de 1926, comentada más adelante, y en la que el Supremo resolvió un caso jurídicamente idéntico. Aquí no nos referimos más extensamente a esa opinión, para evitar innecesarias repeticiones.

las cuestiones sucesorias afectantes a los inmuebles sitos en la tierra llana es preciso dilucidar primeramente la vecindad civil del propietario de esos bienes, aplicando para determinarla el artículo 15 del Código civil.

Ventilábase en el litigio si era válida la disposición testamentaria de un propietario de bienes inmuebles sitos en el Infanzonado, primitivamente castellano, pero que habiendo ganado vecindad en la Tierra llana por su residencia en ella durante más de diez años, había dispuesto de sus bienes con sujeción a los preceptos del Fuero. El Tribunal Supremo aprobó el testamento debatido, indicando, en síntesis, que para adquirir o perder la vizcainía hay que atenerse a los preceptos y plazos marcados por el artículo 15 del Código civil.

En el primer considerando de la sentencia dice que el Código hizo obligatorias en todo el Reino las disposiciones del título preliminar en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, y mediante este precepto, unificador en la parte a que se refiere, quedó tal título como primera fuente de derecho obligatorio en Vizcaya en los territorios de la provincia que se regían por su Fuero; añadiendo en otro lugar que el segundo párrafo del artículo 10 establece un estatuto personal en cuanto a las sucesiones, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, que se regulan por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, estatuto que alcanza también a las provincias aforadas a tenor del artículo 14 del repetido Código, con aplicación del 15, conforme al último párrafo de éste, todos ellos aplicables en las regiones forales por estar comprendidos en el título preliminar. Y recalando más adelante que el testador, castellano de origen, no tenía ningún obstáculo para que en uso legítimo de su libertad optase por ampararse a la legislación foral, en virtud de la facultad que a todo ciudadano concede el título preliminar del Código; añadiéndose que ganó vecindad por haber residido más de dieciocho años en territorio foral, por lo que cumplió todos los requisitos que al efecto exige el artículo 15 en su número 3.º y párrafo subsiguiente, *que ha de aplicarse lo mismo a los aforados que deseen acogerse a la legislación común*, que a los que siendo castellanos quieren perder esta condición para ampararse en el Fuero del territorio a que se trasladan, conforme al último párrafo del expresado artículo. En el mismo fallo se indica también que la mujer seguirá la condición del marido, según el penúltimo párrafo del artículo 15 (19).

Sentencia de 26 de enero de 1928.—Hace muy poco tiempo hemos visto una edición del Código civil anotada con sentencias del Supremo, y al

(19) Debemos resaltar también que en el primer Considerando de esta sentencia se indica que «apreciado por la Sala sentenciadora que unos cónyuges de origen castellano, además de haber ganado la vecindad foral vizcaína por la residencia de más de diez años en la anteiglesia de Abando, hicieron constar en el Registro civil de Bilbao, por mandatario con poder especial, o sea en forma indubitada, su propósito de someterse a la legislación foral...»; es decir, que en este fallo se señala bien claramente que los interesados, por residencia de más de diez años, habían ganado la regionalidad vizcaína.

pie del artículo 10 el siguiente extracto de tal fallo: «De este artículo, relacionado con el 9, se desprende que continúa sometido a la ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya, quien residiendo en el extranjero tenga bienes sitos en la Tierra llana de esta provincia (S. 26 enero 1928)». Mas bien patentemente vamos a demostrar en seguida que con el resumen que acabamos de copiar se alteró completamente la doctrina que en el litigio mantuvo el Tribunal, pues su opinión real fué la siguiente: Que la calidad civil de vizcaíno se conserva cuando no se gana vecindad en *territorio español* sometido a Derecho común en la forma que marca el artículo 15 del Código civil, o no se ha adquirido otra nacionalidad, es decir, que aquella cualidad se perderá viviendo diez años (o dos con voluntad expresa) en otra región española.

Antes hemos dicho que el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 1925 mantuvo el criterio de que un vizcaíno que había vivido más de diez años en el Uruguay, por haber conservado su condición de español estaba sometido al morir al párrafo 3.º del artículo 10; doctrina que se confirma nuevamente en la sentencia de 26 de enero de 1928. En ésta se aplican los preceptos forales de la ley 15, título XX, a la sucesión que en ella se debatía debido a que el causante, emigrante en Sudamérica, a pesar de haber vivido más de diez años fuera de Vizcaya, conservaba en el momento de morir la condición de «vizcaíno» que poseía por su nacimiento; y no la había perdido porque su moranza había tenido lugar no en otra *provincia española*, como marca el artículo 15 del Código, sino en Argentina, lo que explica el que, a pesar de haber residido fuera de Vizcaya más de diez años, *pero en el extranjero*, al conservar su nacionalidad de español mantuviera con ella la condición civil de vizcaíno que tenía en el momento de emigrar de España.

De la lectura de los abundantes considerandos de las dos sentencias (la del 18 de marzo de 1925 tiene siete considerandos y trece la del 26 de enero de 1928) se deduce con manifiesta claridad que si los dos testadores a que en ambas se aluden (20) hubiesen vivido el mismo lapso de tiempo en *otra provincia española* en vez de vivir en *tierra extranjera*, habrían quedado liberados de los mandatos de la ley foral. Si el Fuero de Vizcaya o el párrafo 3.º del artículo 10 del Código hubieran de aplicarse a la sucesión de toda clase de personas con bienes en la Tierra llana, todos los numerosos considerandos de las aludidas sentencias serían ociosos, porque hubiese bastado con uno sólo que pregonase que, por hallarse los inmuebles discutidos sitos en el Infanzonado, les era aplicable a la transmisión testamentaria de los mismos el estatuto real; pero, como se ve en las dos sentencias, el Tribunal Supremo llegó a su decisión final tras sentar la afirmación de que esos dos vizcaínos no habían perdido su condición de tales, porque su residencia durante un plazo superior a diez años había tenido lugar no en otra provincia española, sino en el extranjero, por lo que en

(20) En los dos litigios, los causantes habían dispuesto de sus bienes, sitos en el Infanzonado, por testamento, instituyendo heredero a un sobrino, en el primero, y a la viuda, en el segundo, a pesar de que existían parientes tronqueros de grado más próximo.

ninguno de los dos se habían cumplido los preceptos que marca el artículo 15 del Código sobre los cambios de vecindad civil (21).

Sentencia de 11 de febrero de 1929.—Citando desacertadamente esta sentencia se ha escrito que en ella se ordena «que todos los bienes sitos en la Tierra llana de Vizcaya han de quedar sometidos al Fuero, con independencia de quienes sean sus propietarios»; pero esta imputación es errónea, ya que el Tribunal Supremo se basa para aplicar el Fuero a la herencia que se discutía en la condición de «vizcaíno» de su propietario. El mismo fallo ha sido también argüido como ejemplo moderno de la aplicación del Fuero vizcaíno en vez del Código civil en las sucesiones intestadas de la provincia; mas tal alegación es falsa, puesto que el litigio afectaba a bienes inmuebles de los que una propietaria *había dispuesto por testamento*.

La sentencia, en resumen, dice lo siguiente: Que en la sucesión testamentaria de un vizcaíno vecino de la Tierra llana debe aplicarse el Fuero de Vizcaya, no teniendo utilización la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que aplica las disposiciones del Código civil a los abintestatos de las regiones forales, porque la causante, vizcaína por ser vecina del Infanzonado, había dispuesto de sus bienes en un testamento, que al ser declarado válido, impide la apertura de la sucesión intestada.

La testadora era natural y vecina de una anteiglesia del Infanzonado de Vizcaya, habiendo otorgado un testamento, cuya nulidad pedían los demandantes, que solicitaban también, tras su anulación, la apertura de la sucesión intestada; peticiones que fueron rechazadas por el Tribunal Supremo, que declaró válido el testamento debatido. Por no existir un abintestato, el Supremo rechazó la aplicación del criterio mantenido por el mismo Tribunal en reiteradas sentencias en orden a la aplicación del Código civil en las sucesiones legítimas de las regiones aforadas, aplicando en cambio las disposiciones del Fuero vizcaíno por debatirse en el litigio la sucesión *testamentaria* de una persona civilmente vizcaína. En la sentencia se dice también que el último párrafo del artículo 10 del Código expresamente dispone que *los vizcaínos* seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la Tierra llana, a la ley 15, título XX, del repetido Fuero; es decir, que no sólo no se prescinde de la condición civil del propietario de los bienes, sino que, por el contrario, para aplicarse tal precepto, tiene en cuenta precisamente la condición de «vizcaíno» del titular de la herencia.

(21) A pesar de haber indicado ya algunos de los yerros que se han deslizado al extraer estos dos fallos, no nos cansaremos de indicar el cuidado que hay que tener al alegarlos en un litigio cualquiera, para no contrariar su exacto sentido jurídico. Advertencia que no hacemos ligeramenté, sino que está basada en algún caso reciente que conocemos: Interpretando equivocadamente estas dos sentencias, en cierta ocasión llegó a escribirse en un pleito que si una persona, vizcaína de origen, no pierde su regionalidad viviendo en el extranjero, menos puede perderla trasladando su residencia a otro lugar de España. Por lo visto, quien así opinaba, tenía el inexacto convencimiento de que si viviendo en Sudamérica, a muchos miles de kilómetros de Vizcaya, no se perdía la vizcaínia, menos podría perderse residiendo, por ejemplo, en Burgos, que está a 50 kilómetros de aquella provincia.

Sentencia de 13 de marzo de 1929.—Esta sentencia resolvió un pleito catalán; y si la citamos aquí es porque ha sido alegada en alguna ocasión en litigios de Vizcaya, dando una interpretación errónea a su doctrina.

Se ha escrito que según esta sentencia «para que pueda entenderse modificado el estatuto personal de origen se necesita no sólo la permanencia, sino, además, el propósito más o menos ostensible en el interesado de ganar nueva vecindad». Deduciéndolo del extracto que acabamos de copiar, se ha presumido que los vizcaínos, para perder esta condición civil, no sólo han de vivir diez años en otra provincia española, sino que han de tener voluntad patente de perder su vizcainía; aduciéndose igualmente que según la doctrina de la sentencia, aunque un castellano resida en Vizcaya aquel lapso de tiempo, tampoco perderá su primitiva condición civil mientras no demuestre con hechos manifiestos tal deseo.

La opinión peregrina que acabamos de transcribir no fué ni remotamente la defendida por el Supremo en esta sentencia, ya que en ella se señala que el estatuto de origen se modifica ganando vecindad en otro lugar sometido a distinto derecho, mediante la residencia en el mismo durante un plazo superior a los diez años. Y para que se vea sin duda alguna que esa fué la doctrina del Tribunal juzgador, téngase presente lo que indicamos a continuación.

El recurrente que en el litigio interpuso recurso de casación, había alegado que «lo que ha de tenerse en cuenta para fijar la regionalidad del que cambia de región es la voluntad del interesado, manifestada por sus actos, y no por el cumplimiento o incumplimiento de determinados formulismos legales, que no tienen otro objeto que hacer constar esa determinación de voluntad» (22). Mas estos argumentos no fueron admitidos por el Tribunal Supremo, el cual en la sentencia de 13 de marzo de 1929 declaró no haber lugar a la casación interpuesta, por cuanto, como se dice en el considerando primero «según el artículo 15 del Código civil y jurisprudencia de esta Sala, uno de los medios de modificar el estatuto personal de origen consiste en ganar vecindad en otro lugar sometido a distinto derecho mediante la permanencia de diez años, unida a la circunstancia de que el interesado abrigue el propósito de realizar ese cambio, dando efecto de este

(22) Al referirse a esos «formulismos legales» el litigante aludía a las reglas actoratorias dictadas para la aplicación del artículo 15 del Código civil y contenidas en el Real Decreto del 12 de junio de 1899, en el cual se indica, entre otras cosas, que las declaraciones o manifestaciones a que se refiere aquel artículo del Código se formularán por los interesados o por sus apoderados dentro del plazo señalado, ante el Juez municipal, que levantará acta en forma de inscripción, en el libro del Registro civil llamado de «Ciudadanía y vecindad civil».

En este Real Decreto se indica también, en su artículo 3.º, lo siguiente: «De conformidad con lo prevenido en el último párrafo del artículo 15 del Código civil, las disposiciones contenidas en este Real Decreto se entenderán de recíproca aplicación a las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil». Tenga presente, pues, el lector que lo indicado en él es también obligatorio para los vizcaínos, pues de sus mandatos no se exceptúa a la provincia de Vizcaya; y, por eso, huelga, tras su lectura, el discutir si los vizcaínos están o no sometidos a las disposiciones del mismo y a las del artículo 15 del Código común.

modo a la *voluntad presunta* del mismo que antes de terminar dicho plazo no manifestó lo contrario en la forma que el indicado artículo preceptúa» (23).

Sentencia de 2 de enero de 1946.—El contenido de este fallo afecta al derecho navarro; pero siendo su doctrina exactamente aplicable a la obli-

(23) Ya hemos visto que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de junio de 1927, indicó que un propietario había ganado la vecindad vascuina simplemente por el hecho de haber residido en la Tierra llana más de diez años; opinión que vuelve a confirmar en el fallo del 13 de marzo de 1929, en el cual, como se dice en el texto, el Tribunal considera «voluntad presunta» de una persona para adquirir nueva vecindad civil, cuando «antes de terminar dicho plazo (diez años) no manifestó lo contrario en la forma que el indicado artículo (16) preceptúa». Mas como entendemos que a pesar de la claridad de estas dos sentencias en ocasiones han sido erróneamente confundidos y mezclados dos conceptos que deben separarse, cuales son el «domicilio o vecindad» y la «regionalidad», creemos oportuno hacer seguidamente algunas consideraciones sobre ambas cuestiones, con objeto de aseverar que el mismo criterio que se siguió en los dos fallos citados, es el que hoy mantiene nuestro más alto Tribunal.

En las transmisiones sucesorias españolas, por la variedad civil existente en nuestra patria, siempre hay un problema de regionalidad; y si a ésta se llega por el domicilio, lógico es que concedamos a la fijación exacta de éste más importancia de la que generalmente le solemos dar.

Acercá de los cambios de vecindad o domicilio civil, el sentido de la jurisprudencia de finales del siglo pasado, que se atenúa a la legislación anterior al Código, motivó el que, en ciertas ocasiones, el Tribunal Supremo y los comentaristas confundieran y mezclaran indebidamente los preceptos referentes a la fijación del domicilio y a la determinación de la regionalidad, creyendo que para la última se seguía exigiendo la existencia de un «animus». Esto, como dice el notario Sr. BALBONTÍN, no es exacto; la función del «animus» termina en la fijación del domicilio; fijado el domicilio, el solo transcurso del tiempo, sin manifestación en contrario, opera cambio de regionalidad, como ha reconocido la jurisprudencia moderna.

El problema a ventilar es el siguiente: El plazo de diez años para cambiar la vecindad civil, ¿es presunción de voluntad? ¿El Tribunal Supremo, en contra de la dición terminante del artículo 16 del Código, exige como requisito del cambio de domicilio la residencia física de diez años y, además, el ánimo de cambiarlo? ¿La referencia a la voluntad que se advierte en algunas de sus sentencias es una paráfrasis o adorno erudito con que, a lo más, rotula una presunción *iuris et de iure*, y así no romper enteramente—aunque aceptando el cambio sustancial—con el antiguo sistema? Como dice Federico DE CASTRO, el estudio detenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su conjunto parece abonar esta última hipótesis, pues si bien algunas sentencias (las del 25 de noviembre de 1940, 24 de mayo de 1944 y 27 de septiembre de 1945) parecen, a primera vista, admitir como necesario el requisito del «animus», además de la residencia habitual, si se examinan despacio se advierte que no es así, que las declaraciones se hicieron *ex abundantia doctrinae* (vaiga la frase), pero no se utilizaron para decidir los casos; convenciendo todavía más que el Tribunal Supremo ha continuado considerando requisito único del domicilio la residencia habitual, la redacción de otras sentencias de la misma época, como las del 8 de julio de 1942, 27 de octubre de 1942, 7 de enero de 1947, 29 de diciembre de 1948 y 5 de mayo de 1949, en ninguna de las cuales se hace referencia ni al ánimo ni a la voluntad de los presuntos domiciliados. (Véase Carlos BALBONTÍN GUTIÉRREZ: *Domicilio y regionalidad: sus problemas, especialmente en Vizcaya*; «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo IX, Madrid, 1957, págs. 23-59; y también Federico DE CASTRO BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, págs. 457 y sigs.).

La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 61 y sigs.), a la que expresamente alude el artículo 40 del Código, señala las normas para fijar el domicilio de diferentes personas, como son los comerciantes, militares y funcionarios públicos, no admitiendo la posibilidad de que estos últimos tengan un domicilio distinto, a efectos civiles, del que les corresponde por su cargo, puesto que el funcionario, al aceptar su destino decidió en *corpus* y en *animus* sobre su nueva residencia, con todas sus consecuencias; por ello, existiendo do-

gatoriedad del requisito denominado de «la apartación» que estatuye el Fuero de Vizcaya, la comentamos a continuación, con la finalidad de exponer el parecer del Tribunal Supremo en tan importante cuestión.

Al comentar la sentencia de 3 de junio de 1896 señalábamos que, el testador civilmente vizcaíno, puede dejar todos o la mayor parte de sus bienes a un solo heredero; pero para que esta elección tenga valor legal, es preciso que aparte a los demás parientes con derecho a la herencia, con algo de tierra «poco o mucho». Con esta fórmula se concilia el principio de la inviolabilidad de los derechos de los herederos forzosos con el designio que persigue el Fuero de que la propiedad permanezca indivisa en poder de uno solo de aquéllos. Mas para conseguir esta última meta es preciso que la ley dé la fórmula o solución escaminada a evitar la preterición o desheredación de los parientes no escogidos para disfrutar la herencia, donación o legado. Por ello, y al servicio de la realidad económica de la indivisibilidad del caserío, el Fuero emplea el apartamiento, con cuya fórmula la ley no trata de premiar ni de castigar, sino que persigue escoger al heredero «más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa, para heredar, o regir toda la casa y caserío» como dice la ley 3.º título XXI.

Por tales razones, si no se cumple tal requisito al transmitir bienes, se quebranta un principio legal, se deja incumplida una solemnidad exigida terminantemente en las leyes 4.º, 11 y 13 del título XX, 6.º, 7.º y 10 del XXI y 2 del XXXVI. Tal requisito, al ser reiterado con tanta insistencia en varias leyes forales, ya dice bastante para poder colegir que lo establecen como una formalidad esencial. Y por ello, si a algún heredero excluido del disfrute de algún bien mueble o inmueble no se le deja como mínimo esa tierra de apartación, podrá pedir la nulidad de la transmisión, al amparo del artículo 1692 de la L. E. C. por violación de las leyes forales citadas.

El Fuero no deja lugar a dudas de ninguna especie en cuanto a que él exige la inclusión de esa formalidad en todas las instituciones de heredero que puede contener un testamento, y lo mismo cuando se transmiten a una sola persona bienes inmuebles que muebles: debe apartarse con algo de tierra cuando el propietario dé, en vida o en artículo de muerte, a uno de sus hijos, «sus bienes, muebles, y raíces» dice la ley 11, título XX. De manera que, sea cualquiera la clase y cantidad de bienes que hayan de transmitirse por testamento o donación, debe hacerse siempre la apartación de

mucilio legal en una persona, la mera residencia física operará el cambio de regionalidad del funcionario público a los diez años de ejercer su empleo en un lugar, salvo que expresamente manifieste su deseo contrario en el Registro. (Ver sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1854, 29 de septiembre de 1864, 24 de febrero de 1885, 12 de octubre de 1905, 9 de junio de 1925, 24 de junio de 1927 y, sobre todo, la del 24 de mayo de 1927, que resuelve con perfecta claridad el problema civil del domicilio de los funcionarios públicos). En relación con Vizcaya, este mismo problema del domicilio de los funcionarios se halla expresamente previsto, y regulado por las normas del artículo 15 del Código civil, en el Reglamento del Impuesto de Derechos reales del 26 de febrero de 1927 (artículos 30, 31 y 32), y en el Real Decreto-ley del 15 de agosto de 1927 (disposición 7.ª y reglas 2.ª y 3.ª), confirmador del concierto económico con las Provincias Vascongadas y Navarra. En el artículo 2.º del Reglamento para la aplicación de la ley del Impuesto de Derechos Reales del 7 de noviembre de 1947, se reitera la aplicación del artículo 15 del Código para regular la adquisición o pérdida de la vecindad civil de los funcionarios públicos en la provincia de Alava.

aquellos herederos no beneficiados con el disfrute de los mismos. Hallándose recogida también la misma exigencia en la Novísima Recopilación de Navarra, hoy vigente, que en la ley 16, título 13, Libro 3.º considera obligatoria la institución de una cuota de apartación en favor de los hijos y parientes excluidos, en «todas y cualesquiera disposiciones que hicieren los padres de sus bienes y hacienda».

El Fuero vizcaíno establece que la cuantía de ese «algo» de apartación debe señalarla la única persona que puede hacerlo: el testador o donante, puesto que aunque dicha cuota quede a la voluntad de aquél el fijarla, debe ser «poco o mucha», como dicen las leyes antes citadas, es decir, que no puede dejar de ser cosa cierta y determinada. De no ser fijada por el testador ¿qué cantidad de tierra de apartación se adjudicaría al hijo apartado de una herencia o legado?

Se ha dicho alguna vez, ligeramente, que el apartamiento es una desheredación, lo cual no es cierto; para apartar no hace falta causa justa; mientras que para desheredar es preciso que exista algún motivo grave, como se dice en la ley 22, título XXXIV, norma esta última en la que se establece claramente tal castigo, que puede imponerse a aquel que cometiere alguna de las acciones reprobables «por las cuales el derecho manda desheredar», con cuya frase la ley vizcaína alude al derecho común, hoy Código civil, en el que se citan y enumeran las causas de desheredación.

Por las consideraciones expuestas señalaremos que la inserción del apartamiento en todas las donaciones y en las instituciones hereditarias contenidas en un testamento, es un requisito formal, es una solemnidad cuya omisión determinará la nulidad de la disposición de bienes establecida, puesto que, como dicen Castán y Bonet al comentar la sentencia de 26 de noviembre de 1929 (en la «Revista de Derecho Privado», abril 1932, pág. 117) dada la importancia y finalidad de las solemnidades testamentarias, se debe proceder en su interpretación con suma rigidez, que si bien en algunos casos puede resultar injusta, presenta la ventaja de dar fijeza a la aplicación del derecho, como asimismo la de evitar abusos ciertos. El mismo rigor, respecto a las formalidades intrínsecas y extrínsecas de las transmisiones testamentarias de bienes, adoptan las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1927, 10 de julio de 1944, 4 de noviembre de 1947 y 11 de enero de 1950.

Siendo, pues, en Vizcaya el heredero apartado un heredero, siquiera sea de rango inferior, puede aplicarse perfectamente al apartamiento vizcaíno la doctrina de la sentencia de 2 de enero de 1946, a la que ahora nos referimos, en la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial que acerca de casos análogos tiene pronunciado el mismo Tribunal, se mantiene que, la falta de consignación en un testamento de esa apartación (llamada en Navarra legítima foral) en favor de algún hijo, anula la disposición de bienes establecida, ya que esa cuota «que puede ser formularia, no es excusable sin desheredación, y que aunque no les faculta (a los apartados) para el ejercicio de derechos que sólo al verdaderamente heredero asisten, tampoco los reduce a la condición de extraños a la herencia ni a la de legatarios».

Y acerca de este punto no indicamos nada más; quien desee tener ideas más completas sobre la «apartación» vizcaína puede consultar el extenso

comentario que sobre la necesidad de la misma inserta el comentarista Diego Angulo Laguna en las páginas 121 y siguientes de su conocido «Derecho privado de Vizcaya»; (Madrid, ed. Reus, 1903).

Sentencia de 31 de enero de 1950.—Legítima del cónyuge viudo en Vizcaya: aplicación del Código civil en las sucesiones intestadas de Vizcaya.

Sostiene algún jurista que el Código civil rige en materia de sucesión abintestato en Vizcaya, en cuanto modifica el orden de llamamientos hechos por el Fuero, anteponiendo los hijos naturales y a falta de éstos el cónyuge viudo a los colaterales en 4.º grado, en el que terminan los llamamientos de los parientes, y viene el Estado; y añaden que en todo lo demás quedan subsistentes las leyes forales, por lo que los bienes inmuebles sitos en la Tierra llana deberán ser herederos por los parientes tronqueros, con preferencia a las personas que conforme al orden de llamamientos de la ley común ocupan el primer lugar, citándose para apoyar esta singular opinión la sentencia de 31 de enero de 1950. Mas la inexactitud de este criterio es manifiesta, puesto que en primer lugar, caso de admitirse haría ilusoria en esta provincia, en la práctica, la primacía del Código civil en las sucesiones legítimas; siendo también erróneo el suponer que en la sentencia citada se mantiene esa doctrina, ya que, como vamos a ver, en la sucesión intestada que se debatió en el pleito, se aplicaron los preceptos del derecho común para determinar la legítima del cónyuge viudo. Si fuese cierta aquella opinión, ningún derecho reconocería el fallo a la esposa supérstite, ya que por haberse disuelto el matrimonio sin descendencia, la viuda no tendría derecho alguno a la herencia, conforme a los preceptos del Fuero de Vizcaya que vamos a señalar.

Según las normas forales, si un matrimonio vizcaíno se disolvía sin descendencia, al esposo supérstite se le negaba prácticamente derecho alguno a la herencia del cónyuge fallecido, puesto que en tal caso la ley 8, título XXI le privaba de la herencia, y otra ley, la 2, título XX, concedía al sobreviviente un derecho de viudedad tan raquítico que consistía en disfrutar únicamente de la mitad de los frutos del patrimonio durante un año y un día «y no más». Mas estos preceptos están en la actualidad abolidos ya que, como es sabido, el Tribunal Supremo viene aplicando desde la célebre sentencia de 20 de marzo de 1893 las leyes del Código civil a todos los órdenes y casos de la sucesión intestada de las regiones forales; no habiendo excluido a los abintestatos vizcaínos de la regulación del Código común, como se ve en el fallo de 31 de enero de 1950, dictado precisamente para esta provincia, y en el que se indica lo siguiente:

«Que fundado el primer motivo del recurso contra la sentencia que desestimó la petición de la actora... en infracción de la doctrina reiteradamente sentada por esta Sala en el sentido de que la ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, al establecer en su artículo 2.º un orden de suceder abintestato, en el que por cierto figura el cónyuge como heredero usufructuario... derogó en materia de sucesión intestada las disposiciones del derecho foral, por lo que el Código civil resulta aplicable en este punto, a tenor de lo prevenido en el artículo 13 de dicho Cuerpo legal, doctrina que si bien fué rectificadada bajo el régimen republicano por la sentencia de 11 de julio

de 1936, ha sido restablecida en aras de la unidad legislativa por la posterior jurisprudencia de esta Sala, a partir de la sentencia de 19 de diciembre de 1942 no puede menos de ser apreciable la citada infracción, consistente en la aplicación indebida al caso que hacen las sentencias primera y segunda Instancias de la ley 8, título XXI, del Fuero de Vizcaya, pues aunque dichas resoluciones pretenden fundar la inaplicabilidad de la expresada doctrina legal al caso de autos, en lo dispuesto en la ley de 25 de octubre de 1839, es lo cierto que de los dos únicos artículos de esta disposición el primero se limita a confirmar los Fueros de las provincias Vascongadas y Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía, resolviendo, entretanto, provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando con ello cuenta a las Cortes, lo que evidencia de un modo palmario que se trata de una disposición de carácter político y administrativo que no puede afectar a las modificaciones que en el orden civil habían sido introducidas por la anterior ley de 1835, porque su finalidad responde al propósito de dictar normas al Poder ejecutivo para resolver las dudas que en la realización de la función del gobierno puedan ofrecerse, y porque, finalmente declaradas aplicables a Navarra por sentencias de esta Sala de 14 de enero de 1927 y 17 de diciembre de 1928, las disposiciones del Código civil en este punto, no existe razón alguna para exceptuar de ellas a Vizcaya por tal razón, cuando la ley de 1839 a que se ha hecho referencia a ambas regiones se extiende».

Como se ha dicho, la referencia y aclaración que en esta sentencia se hace sobre el contenido meramente político y administrativo de la ley de 25 de octubre de 1839 es atinada y correcta, puesto que si esta ley hubiese tenido carácter civil, no se hablaría en ella de «las provincias Vascongadas» sino de Vizcaya, ya que la única provincia vascongada con fuero civil es Vizcaya, puesto que las otras dos (Guipúzcoa y Alava) están regidas desde hace siglos por el derecho civil de Castilla; y confirma tal sentido el hecho de que en 1839 las tres provincias vascas (Alava, Guipúzcoa y Vizcaya) disfrutaban de privilegios políticos y administrativos, conservados hoy únicamente por la primera, puesto que las otras dos los perdieron en 1937 (24).

(24) La opinión expuesta por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 1959 no se opone, como es lógico, a lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil, puesto que este párrafo pone en vigor *excepcionalmente, y sólo para los vizcaínos* (es decir, para los vecinos civiles de Vizcaya), la ley 15, título XX, del Fuero: ley esta última que recoge únicamente una faceta *dispositiva* de bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y que, por ello, no tiene nada que ver con las *sucesiones intestadas* (o sea, con aquellas en las que el causante *no dispone* de sus bienes), puesto que los abintestatos se rallan regulados en el Fuero *exclusivamente* por la ley 8, título XXI, a la que para nada cita el párrafo 3.º del artículo 10. Por lo tanto, este párrafo únicamente tiene vigencia para los civilmente vizcaínos que *dispongan* de sus bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa* (caso este último que, como hemos visto, es el que recogió en las sentencias de 15 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928, no cuando se muera *sin* haber otorgado testamento).

El párrafo 3.º del artículo 10 del Código no tiene, pues, aplicación en las sucesiones intestadas de los vecinos civiles de Vizcaya: habiendo mantenido esta opinión la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos en la sentencia del 15 de diciembre de 1958 (firmada por los Magistrados señores Servan Mur, Fernández-Lomana y Rodrigo Remes), de la que, por la resonancia que alcanzó, copiamos seguidamente el Considerando que atañe a la cuestión.

Sentencia de 4 de junio de 1955.—Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández. Reserva lineal en Vizcaya: Aplicación en esta provincia del artículo 811 del Código civil.

El Fuero de Vizcaya sólo regula y prevé la reserva ordinaria, la corta, la de los hijos; la troncal del artículo 811 del Código no existe en aquél. ¿Debe aplicarse a los vizcaínos por estar en el Código civil y ser éste supletorio del Fuero? O, por el contrario, ¿el hecho de que no esté en el Fuero implica tácitamente que esa reserva no rige para los vizcaínos?

Una frase de un considerando de esta sentencia, mutilado, ha querido ser presentada, en alguna ocasión, como exponente de la inaplicabilidad en Vizcaya del artículo 811 del Código civil, copiándose de aquél las siguientes palabras: «La troncalidad responde a la previsión de evitar que personas extrañas a una familia puedan adquirir, por un azar de la vida, bienes que sin él hubieran quedado en ella.» Pero el Tribunal Supremo en este fallo dijo otra cosa, pues lo que afirmó en realidad fué que al no existir precepto aplicable dentro del Derecho foral en vigor, el Código tiene aplicación por su carácter supletorio para rellenar las lagunas del foral; supletoriedad que ya estaba reconocida por el mismo Tribunal en otras sentencias anteriores de la misma Sala. Declarándose por ello en el fallo que el artículo 811 debe también aplicarse en la transmisión hereditaria de los bienes raíces sitos en el Infanzonado de Vizcaya.

Sentencia de 4 de julio de 1955.—Ponente: Excmo. Sr. D. Salvador Minguijón. Opción de compra en Vizcaya: Llamamientos a los parientes tronqueros.

Las equivocaciones que pueden derivarse de la contemplación aislada de algunas frases de los considerandos de las sentencias a las que antes

En él se dice así: «Considerando que, aplicando la doctrina de que se ha hecho mérito en las motivaciones anteriores, es forzoso concluir que en la materia referente a la sucesión abintestato rigen en Vizcaya, como en las demás regiones forales, los preceptos del Código civil, sin que pueda obstar a ello lo dispuesto en el artículo 10. último párrafo, del Código civil, que establece que los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la Tierra llana, a la ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya», pues de los términos en que aparece redactado este precepto foral y del epígrafe del mismo, en el que se dice que «los vecinos de las villas que tuvieren bienes en la Tierra llana, guarden el Fuero en disponer de ellos», claramente se deduce que se refiere a la facultad de disposición, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes sitos en la Tierra llana por parte de los vizcaínos de las villas, pues como el Derecho foral sólo se aplica en Vizcaya en el territorio llamado anteiglesia, o Tierra llana, o Infanzona, pero no en las villas o ciudad, la referida ley 15 vino a resolver (según ella misma dice) las dudas si los vizcaínos vecinos de las villas podían disponer de los bienes troncales sitos en la Tierra llana, «según qua de los otros que no son troncales», inspirándose en el principio territorial, y como esto representa una excepción al principio general de la ley personal del *de cuius* que rige en todo lo concerniente al derecho material de la sucesión, que consagra el párrafo segundo del artículo 10, el Código tuvo que recoger dicha excepción en el párrafo final del propio texto legal, que ha de aplicarse en el supuesto de sucesión testamentaria a que se refiere la ley 15, del título XX, del Fuero de Vizcaya; pero que resulta imperante en el presente caso, puesto que se trata de sucesión legítima y en ella ha de aplicarse, conforme a la meritada doctrina jurisprudencial, los preceptos generales del Código».

nos hemos referido, aparecen puestas de manifiesto de una manera clarísima en las erróneas opiniones que se han dicho acerca del contenido de esta sentencia, pues de tal fallo se ha pretendido deducir, nada menos, que en él el Tribunal Supremo indica que el párrafo 3.º del artículo 10 del Código sienta el carácter territorial absoluto de la propiedad sita en la Tierra llana de Vizcaya.

Para apoyar este error se ha alegado una frase que aparece en el tercer considerando de la sentencia, en el que después de copiar el párrafo 3.º del artículo 10 se dice que «la determinación de troncales depende de la situación de los bienes y no de la condición de sus dueños». Pero quien contemple aisladamente esta frase, habrá deformado no sólo la intención del juzgador, sino también el sentido jurídico del fallo, como vamos a demostrar.

El problema que se discutía en el pleito *no tenía nada que ver con sucesiones legítimas ni testamentarias*, puesto que el fondo del litigio se refería a aclarar si la venta de ciertos terrenos troncales estaba sujeta al requisito de los llamamientos forales exigidos por la ley 1.ª, título XVII del Fuero, y si la tal ley no era aplicable porque sus propietarios no residían en territorio aforado, o bien porque el terreno no había sido heredado por el causante, sino adquirido durante su matrimonio. Ventilábase, pues, en este pleito si los bienes enajenados *por un acto inter vivos* están sujetos a los llamamientos forales exigidos para las ventas, es decir, la vigencia de dos leyes, la 1.ª y 6.ª del título XVII, el cual en el Fuero lleva por epígrafe el «De las vendidas» (25). Discutiase, por lo tanto, un caso de disposición de bienes inmuebles *en una compraventa*, no afectando el problema ni a órdenes de suceder ni a cuantía de derechos hereditarios, ni a sucesiones testamentarias o legítimas. Y por tal motivo, el Tribunal Supremo aplicó a tal venta el estatuto real, conforme a lo ordenado, no sólo para Vizcaya, sino también para toda España, en el párrafo 1.º del artículo 10 del Código, según el cual los inmuebles se hallan sujetos a las leyes del país en que estén sitos, norma esta última que en el mismo artículo tiene una excepción al ordenarse en el párrafo siguiente la aplicación del estatuto personal a las sucesiones.

Por tales razones, el Tribunal Supremo admitió el recurso interpuesto, porque el retracto tiene lugar cuando la venta se verifica sin observar las formalidades mandadas por el Fuero, siempre que los parientes ejerciten su derecho dentro de año y día, y aun dentro de los tres años si prueban que no llegó la venta a su noticia.

Es evidente, pues, que en esta sentencia estuvo muy lejos el Tribunal de sentar la conclusión de que el párrafo 3.º del artículo 10 mantiene la idea de la troncalidad pura, como en alguna ocasión se ha alegado. Deformación clara de tal fallo que nos hace repetir aquí, una vez más, el peligro que supone el exponer o citar fragmentariamente los considerandos de las senten-

(25) La ley 1.ª, título XVII, lleva el siguiente epígrafe: «En qué manera se han de vender los bienes raíces, y cómo se ha de publicar la venta para que venga a noticia de los parientes»; y la ley 6.ª del mismo título, tiene el epígrafe que sigue: «Que si no se vendieren los bienes con las solemnidades de las leyes de este título, no valga la venta en perjuicio de los parientes».

cias, pues si no se destierra tal práctica es muy fácil propagar errores jurídicos tan lamentables como son los que se han atribuido al Tribunal Supremo a propósito del contenido de un fallo tan claro como es el que nos acabamos de referir (26).

Sentencia de 17 de octubre de 1956.—Ponente: Excmo. Sr. D. Obdulio Siboni Cuenca. Compraventa de inmuebles en Vizcaya.

No tenemos noticia de que hasta hoy este fallo haya sido alegado con más o menos inexactitud en ningún litigio vizcaíno; pero como en algunas ocasiones se ha dicho ante los Tribunales que el ámbito de aplicación del Código civil en Vizcaya queda restringido en las zonas propiamente urbanas del casco de las villas, rigiéndose por el Fuero la parte rural de éstas aunque estén sitas dentro del mismo término municipal, deseamos ofrecer la doctrina de esta sentencia para demostrar que la zona rural de las villas vizcaínas se rige también por el Derecho común (27).

El actor solicitó la nulidad de la venta de una finca por no haberse verificado el llamamiento a los parientes exigido por la ley foral si el inmueble se halla en terreno sujeto a ella. La finca, según el comprador, se encontraba situada en suelo de la villa de Elorrio, por lo que su transmisión debía regirse por la ley común; mas el demandante alegaba que el inmueble se hallaba emplazado dentro de la jurisdicción de la antigua anteiglesia de San Agustín de Echevarría, la cual, a pesar de formar parte actualmente del término municipal de Elorrio, al que fué agregada en 1630, había conservado desde su anexión a esta villa el derecho de regirse por el Fuero de Vizcaya.

El Tribunal rechazó el recurso inerpuesto por el demandante por haber aceptado como hecho probado que el inmueble discutido se hallaba situado dentro del municipio de Elorrio, pero fuera del antiguo territorio que poseyó la anteiglesia de San Agustín, indicándose en el fallo que «es inexistente la violación del artículo 10 del Código y de las leyes 1 y 6

(26) La importancia de este fallo es todavía mayor porque afecta a una materia que ha ocasionado muchísimos litigios, pues como escribió SOLANO, «más del 50 por 100 de los pleitos que se han tramitado en los Juzgados de Vizcaya, según hemos podido observar, estudiando los archivos, han versado sobre la materia de los llamamientos forales para casos de venta» (José SOLANO: *Obra citada*, pág. 98).

(27) Para comprender mejor el sentido de este litigio, el lector deberá tener presente que los inmuebles sitos en los términos municipales de las villas de Vizcaya se rigen por la ley común; pero, sin embargo, rige hoy el Código civil sólo en una parte de la jurisdicción actual de la villa de Elorrio, por continuar sometido a las leyes del Fuero el territorio de la que fué anteiglesia de San Agustín de Echevarría, que fué agregada al municipio de Elorrio en 1630, pero a la cual se le reconoció entonces expresamente el derecho a seguirse rigiendo por su primitiva legislación foral, a pesar de haber sido anexionada a un Ayuntamiento sometido al derecho de Castilla.

Las villas que existen hoy en Vizcaya, y en las que, por lo tanto, rige en todo su término municipal el Código civil en toda su extensión (sin la excepción marcada en el párrafo 3.º del artículo 10 del mismo) son las siguientes: Bermeo, Bilbao, Durango, Elorrio, Ermúa, Guernica, Guerricaiz (anexionada a la anteiglesia de Arbañegui en 1882), Lanestosa, Larrabena, Lekeitio, Marquina, Miravalles, Munguía, Oñandiano, Ondárroz, Plencia, Portugalete, Rigolita, Valmaseda y Villaro. No rige tampoco el Fuero en Orduña, que es la única ciudad de la provincia.

del título XVII del Fuero de Vizcaya, desde el momento en que el bien que motiva el litigio no se encuentra sito en la Tierra llana o Infanzona, y, por el contrario, lo está en término de la villa de Elorrio propiamente dicho, por lo que la realización y formalización de su venta se rige por la legislación común».

Sentencia de 21 de enero de 1958.—Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández. No habiendo justificado la residencia real continuada y sin interrupción en San Sebastián durante los diez años que requiere el Código para ganar vecindad, el causante siguió conservando la vecindad civil vizcaína que tenía por su origen.

Esta sentencia, a pesar de ser muy moderna y clara ya ha sido alegada como exponente de la subsistencia en las sucesiones de Vizcaya del estatuto real, porque en ella se declara que en la herencia de los inmuebles discutidos tiene derecho preferente un pariente tronquero sobre la viuda del propietario. Pero otra vez vamos a demostrar en este trabajo que la doctrina del Supremo fué muy distinta a la que se ha puesto, ya que, en realidad, fué el estatuto personal el que aplicó aquel Tribunal.

Debatíase en este litigio la propiedad de bienes inmuebles sitos en una anteiglesia de Vizcaya, y de los cuales un testador había dispuesto en favor de su viuda. Un pariente de aquél, alegando su condición de tronquero más próximo, solicitó la nulidad de la institución hereditaria establecida, a lo cual se opusieron los herederos de la viuda aduciendo que el testador había ganado la vecindad en San Sebastián, por la que no era aplicable a su sucesión la legislación foral vizcaína. El Supremo falló el litigio acordando la nulidad solicitada; mas para llegar a esta determinación el Tribunal no sentó la premisa de que los inmuebles discutidos por estar sitos en la Tierra llana eran troncales de por sí, sino que tornó su decisión analizando primeramente si el testador había perdido, como había alegado, su primitiva condición de vizcaíno por haber residido más de diez años en San Sebastián; punto éste que fué resuelto negativamente por no haber probado tal cambio de residencia durante un plazo ininterrumpido superior a ese plazo. Lo cual, volviendo la oración por pasiva, quiere decir que si en el pleito se hubiese probado que el testador había vivido durante más de diez años en la capital de Guipúzcoa le habría sido aplicado el Código civil a su sucesión testamentaria.

La sentencia dice que «no se puede estimar el cambio de vecindad y menos que la residencia de don Cástor A. fuera superior a diez años ininterrumpidamente en San Sebastián», indicándose en otro considerando que en los autos no se ha justificado «la residencia real, continuada y sin interrupción en San Sebastián de don Cástor A. durante diez años, requerida para ganar vecindad, y sí, por el contrario aparece probada su residencia en Begoña desde que construyó un hotel en finca troncal, siendo doctrina jurisprudencial la de que el plazo ha de transcurrir sin interrupción como para la usucapión (Ss. de 27 de octubre de 1900 y 23 de diciembre de 1904), considerándose como interrupción el traslado de domicilio a región distinta durante un año y un día (S. de 29 de marzo de 1892)».

La opinión privada sostenida alguna vez de que en Vizcaya, en todo caso, debe regir el estatuto real en las transmisiones hereditarias que efectúan a bienes inmuebles sitos en el Infanzonado, aparece pues rechazada una vez más por el Tribunal Supremo con esta sentencia, cuyo fundamento jurídico es análogo al sustentado en otros fallos analizados en páginas anteriores (28). En la Tierra llana no rige hoy, por lo tanto, en todos los casos y sucesiones el estatuto real, como bien claramente se acredita en esta sentencia, en la que cuatro extensos considerandos se dedican a dilucidar un extremo que era el fundamento de todo el fallo: Determinar si el causante de la sucesión discutida había ganado o no vecindad en San Sebastián; es decir, precisar si aquél había perdido su primitiva condición de vizcaíno, pues según tuviese en el momento de morir la condición de guipuzcoano o de vizcaíno, su sucesión debería regirse por el Código civil o por el Fuero de Vizcaya. Para conocer esta cuestión el Tribunal analizó detenidamente las certificaciones aportadas a los autos, las cuales no acreditaban que el testador había residido más de diez años en San Sebastián; y tras esta evidencia, el Tribunal confirmó la sentencia de la Audiencia Territorial en la que se había revocado y declarado nula la institución hereditaria hecha en favor de la viuda. Si hoy fuese cierto que en las anteiglesias de Vizcaya prevalece, en las sucesiones, una territorialidad absoluta, aquellos cuatro considerandos de la sentencia sobran, pues le habría sido suficiente al juzgador para sentar su último fallo con haber especificado en uno solo que, hallándose los inmuebles discutidos en Tierra llana, exclusivamente por esta situación les era aplicable el estatuto real, prescindiendo de las otras disquisiciones que, aludiendo a la vecindad del propietario fallecido, se hacen en la sentencia.

Sentencia de 1 de febrero de 1958.—En la sucesión intestada no es aplicable en ningún caso el Derecho foral, rigiendo el Código civil en esta materia en todo el territorio nacional (29).

Esta sentencia no atañe directamente a Vizcaya, ya que se refería al Derecho foral de Navarra; pero como su doctrina es aplicable también al vizcaíno (30), y en el fallo se hace una ligera referencia al párrafo 3.º del artículo 10 del Código, queremos salir al paso de una posible interpretación errónea de la alusión incidental al Derecho vizcaíno que se contiene en la sentencia.

En ella se dice que ante la pugna del sistema sucesorio en Castilla, fundado en el principio de la familia natural, y el distinto régimen foral de la troncalidad, nacido al amparo de un ambiente de unión de la familia a su patrimonio raíz, ciertamente bien transformado hoy, pudo lle-

(28) Véanse las sentencias comentadas anteriormente de 15 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928, y la Resolución de 4 de julio de 1911, también citada.

(29) Esta sentencia, realmente trascendental, fué firmada por los Magistrados Excelentísimos Señores D. Manuel de la Plaza Navarro, D. Celestino Valledor D. Joaquín Domínguez de Molina, D. Obdulio Siboni Cuenca y D. Francisco Rodríguez Valcarlos.

(30) Con este fallo se pone bien claramente de manifiesto que la subsistencia de la troncalidad en cualquier región foral representaría un obstáculo insuperable para aplicar en éstas los preceptos del Derecho común en los abintestatos, que tan reiteradamente ha ordenado el Tribunal Supremo desde 1563 hasta nuestros días.

garse a una fórmula de concordia o avenencia mediante la incorporación al Código civil de una especial legítima o reserva, constitutiva de la troncalidad *restringida* que se hizo extensiva a todas las provincias españolas, descoyuntando el sistema sucesorio castellano adoptado como norma general; y, si por virtud de tal avenencia fué aprobada la redacción de los artículos 811 y 812 del Código civil, no será dudoso afirmar que el principio de la troncalidad solamente subsiste *en la medida que acogieron* los preceptos citados y la adición del párrafo último del artículo décimo con ligera y *única variante* hasta hoy, llevada al Apéndice aragonés...».

Bien claramente se indica en la sentencia que es indudable que el principio de la troncalidad solamente subsiste en nuestra patria en la medida *restringida* y limitada con que está recogida en los artículos 811 y 812 del Código civil y párrafo último del artículo décimo, limitación que, lo mismo en la letra que en el espíritu de los tres artículos mencionados es manifiesta, como vamos a señalar.

El artículo 811 no concede sus beneficios *a todos los familiares*, sino solamente en favor «de los parientes que estén dentro del tercer grado»; y el 812 afecta únicamente a la donación de bienes hecha por un ascendiente a un descendiente suyo; interpretación que es la que unánimemente ha dado la jurisprudencia a estos dos artículos del Código (31).

En relación con el alcance restringido del párrafo último del artículo 10 del Código civil señalaremos otra vez que, aquél no obliga a todos los españoles y extranjeros con bienes en el Infanzonado, sino solamente a los propietarios *civilmente viscaínos* que, además, hayan fallecido con *testamento*, puesto que la excepción que en él se contiene respecto de los bienes raíces de la Tierra llana no puede determinar la aplicación de la ley 8, título XXI del Fuero, sino sólo la de la ley 15, título XX, que es la única que el párrafo pone en vigor (32).

(31) Ver, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo del 1 de julio de 1955 (ponencia de D. Pablo Murga Castro), en la que se indica que la reserva del artículo 811 tiene por finalidad evitar que bienes de procedencia familiar pasen a personas extrañas, «cuando existan otros miembros más íntimos de aquélla»; señalándose también en el fallo que el mencionado artículo «ha de ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto, como se dice en la doctrina de esta Sala, el aludido precepto envuelve una modalidad limitativa del orden de suceder en el derecho».

(32) Ya hemos indicado en la nota 34 de este estudio cuál es el sentido real y estricto contenido del párrafo 3.º del artículo 10; pero queremos destacar de nuevo aquí que esa norma no es más que una excepción parcial (no total) del párrafo que le antecede (es decir, del segundo del artículo 10), puesto que en este último se habla de *sucesiones legítimas y testamentarias*, mientras que en el párrafo 3.º únicamente se menciona a las segundas. Al citarse allí, exclusivamente, a la ley 15, título XX, que es la que regula un aspecto de las mismas, y sin que se nombre a la ley 8, título XXI, que es, precisamente, la que en el Fuero se refiere a los abintestatos.

Podrá objetarse que este párrafo, por analogía, puede interpretarse extensivamente, aplicándolo también a los abintestatos; pero esto legalmente no es posible, no solamente porque su excepcionalidad lo prohíbe, sino también porque es una vieja regla de Derecho, confirmada por abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que «la inclusión de un caso en la ley supone la exclusión de los demás», sin que sea lícito atribuir a la excepción, que es de interpretación estricta, casos que por no estar comprendidos en ella entran de lleno bajo el imperio de la regla general.

Sentencia de 29 de noviembre de 1958.—*PONENTE:* Excmo. Sr. D. Pablo Murga Castro. Fuentes del Derecho: la Jurisprudencia.

Aunque el contenido de esta sentencia no afecta directamente al derecho vizcaíno, para poner fin a este trabajo quereamos ocuparnos de ella, puesto que su doctrina acerca del gran valor práctico de la jurisprudencia es de aplicación a la resolución de los litigios de Vizcaya. Y exponiendo la opinión que se sienta en su primer considerando, estimamos que quedará perfectamente claro que las decisiones jurisprudenciales que hemos analizado en este estudio, además de haber resuelto el caso concreto para el que fueron dictadas, suponen el haber fijado el Tribunal Supremo la inteligencia e interpretación que debe darse a las leyes forales y comunes que en este trabajo hemos citado, si en cualquier momento surgen dudas entre los profesionales del Derecho sobre su contenido y extensión:

En tal sentencia se indica: «Sea cual fuere la opinión que los juzgadores adquieran del estudio, examen y análisis de la materia contenida en el caso sometido a su deliberación, aquel criterio ha de subordinarse, en tesis general, a la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal Supremo, por constituir ésta, además de la resolución particular del punto controvertido, un principio de derecho al que han de sujetarse los demás que pretendan que el órgano jurisdiccional adopte la oportuna decisión, coactivamente, sobre cualquier petición que en el terreno particular sea negada o simplemente discutida por su contradictor, debido a estar ya declarada en resolución anterior; doctrina que al estar rodeada de la debida uniformidad ofrece garantías de que ha de prevalecer, quebrando sólo esta norma en el caso de que la impugnación tenga lugar por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y se funde en la equivocación sufrida por el juzgador de instancia, y se justifique, mediante documentos auténticos que patenticen el error de hecho en que se ha incidido.»

Tras haber expuesto la doctrina jurisprudencial precedente no encontramos mejor comentario para cerrar estas líneas que el copiar una idea que expuso el Presidente de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, don Manuel de la Plaza Navarro en una conferencia que pronunció en la Universidad de Deusto el 3 de marzo de 1958 bajo el título de «La abogacía y la magistratura: observaciones y experiencias», y que fué publicada en la revista «Estudios de Deusto» (Bilbao, julio-diciembre de 1958, pág. 377): «Es un deber agotar las posibilidades de la norma, ya que, en definitiva, la que más importa a sus destinatarios es la justicia de su aplicación, la seguridad de que, buena o mala, se aplicará rectamente a los casos iguales, porque aun cuando equivocadamente se haya dicho que «derecho quiere decir egoísmo», en realidad, cuando el derecho se ofrece al juzgador reducido a normas y no entregado a un poder creador de que el juez carece, quiere decir altruismo, ya que la formulación abstracta y previa del precepto quiere decir que el derecho no se hizo para tí ni para mí, sino para todos los hombres que se encuentren en las mismas condiciones en que nosotros encontramos. Y esta es precisamente la gran virtud educadora del derecho: que no puede ser pensado, sino en forma de colaboración recíproca; que no puede ser afirmado en mí sin que al propio tiempo se afirma en

todos mis semejantes; que no puede ser ofendido sin ofender a quienes eventualmente puedan ser titulares concretos del derecho en abstracto.»

* * *

Buscar solución a las cuestiones civiles forales basándose en la redacción de un párrafo de una sentencia, a veces en el empleo de unos extractos o resúmenes, como en algunos letrados es uso y costumbre, para llegar a encontrar confirmaciones de criterio de escuela o puntos de vista personales y apasionados no es, en verdad, sincero modo de demostrar el cariño hacia el antiguo Fuero de Vizcaya; y utilizar aquel engañoso camino para pretender demostrar que el mismo Tribunal Supremo ha levantado con su propia jurisprudencia una muralla encaminada a impedir que el Código civil se aplique en Vizcaya, es una maniobra que, en bien de la Justicia, hemos procurado poner al descubierto, con objeto de que resplandezca bien claramente que esa finalidad no ha sido la que se propuso aquel Tribunal al fallar las sentencias vizcaínas que hemos citado.

El cómodo expediente de alegar en cualquier litigio vizcaíno algunos fallos del Supremo Tribunal tiene un condicionamiento que lo limita y al cual no se puede escapar: la necesaria igualdad de situaciones, pues allí donde tal igualdad no existe debe proibirse tal práctica. Pauta ésta que ya fué marcada por aquel Tribunal en su sentencia del 19 de diciembre de 1942 en la que, haciendo referencia a la vieja fórmula clásica *minima mutatio facti, muta totius jus*, dijo que «una mutación de hecho modifica, en principio, todo el derecho» (33).

(33) No olvidemos tampoco que las normas forales son de interpretación restringida, sin que puedan extenderse a cosas y casos distintos: véase, para el Derecho catalán, las sentencias de 28 de enero de 1861 y 20 de diciembre de 1952; para el aragonés, la de 1.º de febrero de 1954; y para el navarro, las de 22 de diciembre de 1933 y 6 de mayo de 1958. En esta última, interpretándose, restrictivamente, una norma del Fuero de Navarra, se señala que tal ley no se puede «extender a casos no comprendidos taxativamente en ella».

Con el Derecho vizcaíno sucede lo mismo. Como leyes que son de excepción, han de interpretarse siempre de modo restrictivo, es decir, que no puede el precepto legal ampliarse más allá de lo que el texto dice y expresa taxativamente. Siempre que haya dudas sobre el verdadero alcance de una norma debe el caso resolverse por la ley general; y esto es no sólo jurisprudencia, es mandato del mismo Fuero, que tras sentar como regla hermenéutica, en la ley 13, título VII, que la norma foral «se guarde al pie de la letra», establece en la ley 3, título XXXVI que los casos que por el Fuero «no se puedan determinar, se determine por las leyes del Reino». A este respecto son muy interesantes las siguientes sentencias vizcaínas: la de 23 de febrero de 1852 (comentada en páginas anteriores) que dice que las leyes especiales de privilegio y restrictivas del libre ejercicio del derecho de propiedad del Fuero de Vizcaya, son de estricta interpretación, y no pueden extenderse a cosas y casos que no estén *claramente* comprendidos en sus preceptos; la de 1.º de diciembre de 1923 (también glosada en otro lugar de este trabajo) que indica que en el Fuero vizcaíno no es permitido en buenos principios de derecho hacer extensiva la aplicación de la ley a casos distintos de los expresamente comprendidos en la misma; la de 30 de abril de 1957 (ponencia del señor Mariscal de Gante), que reitera que las leyes del Fuero de Vizcaya han de ser aplicadas al pie de la letra, en obediencia a lo ordenado en la ley 13, título VII de aquél; y la de 17 de junio de 1957 (ponencia del señor Domínguez de Molina) que vuelve a recalcar que, por el carácter excepcional de la facultad que la ley foral vizcaína otorga, ésta ha de ser objeto de estricta interpretación.

Con los comentarios expuestos en este trabajo hemos pretendido poner de manifiesto el cuidado con el que hay que interpretar los fallos de nuestro más alto Tribunal de Justicia para no imputar a éste herejías jurídicas que nunca ha pronunciado. Seguramente que muchos de los errores que se han propagado al comentar las sentencias reseñadas por nosotros hay que atribuirlos, en gran parte, a la febrilidad propia de los tiempos modernos, en lo que habiendo huído la calma de aquellos despachos en los que más falta hace la meditación y el sosiego, y siendo la prisa «musa engañosa», el tiempo se ha vengado de las obras hechas sin su concurso, sembrando errores y equivocaciones. Precisamente para facilitar la labor de los profesionales dedicados a estas cuestiones hemos redactado estos breves comentarios, de los que quedaríamos cumplidamente pagados si fueran de alguna utilidad a los jueces y abogados.

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Interpretación de testamento

(Sentencia de 11 de abril de 1958)

1. *Los antecedentes.* — En el testamento otorgado por don Antonio P. V. en 2 de marzo de 1889, bajo el cual falleció en 18 de dicho mes y año, figuraba una cláusula de este tenor literal:

«Del remanente de mis bienes, derechos, voces, acciones y créditos presentes y futuros instituyó por universales herederos, esto es, usufructuaria (sic), la referida mi consorte doña Catalina G. por todo el tiempo de su vida, y propietario dicho mi hijo Antonio; pero si éste me premuriese o sobreviviéndome falleciere sin hijos, instituyo herederas a mis dos hijas doña Clara y doña Catalina. No obstante esta sustitución, podrá mi hijo don Antonio, siempre que lo considere conveniente, gravar o enajenar hasta una tercera parte de mis bienes, después de deducidas las legítimas, sin necesidad de la intervención y consentimiento de sus hermanas, entendiéndose libre de condición resolutoria lo que gravare hasta dicho límite, pero no podrá verificar ninguno de tales actos durante la vida de mi consorte. Y, falleciendo don Antonio sin hijos, podrá distribuir la herencia entre las dichas dos hermanas, mejorando a su voluntad a cualquiera de ellas, y, si alguna de éstas hubiere premuerto, podrá legar a uno o más de los hijos que hubiera dejado lo que fuese su voluntad hasta una mitad de la herencia.»

El día 5 de octubre de 1900 falleció doña Clara P. G., una de las dos hijas del causante, designada fideicomisaria en la cláusula que se ha relacionado, quedándole dos hijos: Juana y Bartolomé R. P.

El 29 de agosto de 1906 se otorgó escritura de manifestación de bienes del causante, en la que intervinieron su viuda, los dos hijos sobrevivientes, Catalina y Antonio, y los herederos de la fallecida. Doña Catalina G., esposa del causante y heredera usufructuaria de todo el caudal, falleció el día 29 de noviembre de 1911 y el día 1.º de 1942 falleció doña Catalina P. G., que dejó dos hijos: María de la Concepción y Sebastián F. P.

Don Antonio P. G., heredero de su padre, conforme a la cláusula que antes transcribimos, otorgó testamento el 23 de abril de 1945, instituyendo herederas de sus bienes a sus sobrinas doña Concepción F. P. y a doña Juana R. P., hijas, respectivamente, de sus premuertas hermanas doña Catalina y doña Clara, destinando a cada una de ellas determinadas fincas y disponiendo sendos legados para los hijos de las premuertas hermanas, don Sebastián F. P. y don Bartolomé P. P., de 200.000 y 10.000 pesetas, respectivamente.

Don Antonio P. G. falleció el día 8 de noviembre de 1949, sin sucesión y bajo el testamento mencionado.

2. *El pleito*.—Don Bartolomé P. P. formuló demanda de mayor cuantía, sosteniendo: 1.º Que la cláusula de sustitución de heredero, ordenada por don Antonio P. V. en su último testamento de 2 de marzo 1889 en favor de don Antonio P. G., estableció un fideicomiso condicional, o sea que el testador instituyó heredero a su hijo, pero gravándolo de sustitución fideicomisaria para el caso de que, sobreviviendo el testador, falleciera sin dejar hijos o descendientes. 2.º Que para el caso de que el mencionado heredero falleciera después del testador sin dejar hijos, el testador le sustituyó por sus dos hermanas doña Clara y doña Catalina, con facultad para distribuir la herencia entre ambas, mejorando a su voluntad a cualquiera de ellas; y, para el caso de que cualquiera de las dos hermanas muriera antes que el heredero, le facultó para dejar a uno o más hijos que hubiese dejado la hermana premuerta lo que fuere su voluntad hasta una mitad de la herencia. 3.º Que don Antonio P. G. falleció el día 8 de noviembre de 1949 en estado de soltero, sin dejar hijos ni descendientes, habiéndole premuerto sus dos hermanas, que dejaron dos hijos cada una: el demandante don Bartolomé P. P., doña Juana R. P., doña María de la Concepción y don Sebastián F. P. 4.º Que por haber premuerto doña Clara y doña Catalina a su hermano don Antonio éste no podía dejar a cada grupo de hijos de las hermanas premuertas más que la mitad de la herencia sustituida y que al disponer en su último testamento de 23 de abril de 1945 que instituya heredera a doña María de la Concepción o a sus descendientes por estirpes, a la que adjudicó la finca X y las casas que poseía en Y, se excedió en sus facultades dispositivas y, por tanto, esta cláusula testamentaria era nula, sin valor ni efecto, y no podía menar el derecho del demandante a que fuera cumplida la sustitución ordenada y, consiguientemente, que el demandante tenía derecho, conjuntamente con su hermana doña Juana, ambos como hijos de doña Clara P. G., a la mitad de los bienes.

Los demandados opusieron que la cláusula discutida contenía una sustitución fideicomisaria condicional, y que muertas doña Clara y doña Catalina, que eran las únicas fideicomisarias, antes de que condición se cumpliera, no transmitieron derecho alguno a sus descendientes no llamados, por lo cual don Antonio P. G. había podido disponer libremente, como lo hizo, de todos los bienes.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, si bien con fundamento en razones de distinto tipo. Para el Juzgado, los sucesores de las fideicomisarias no estaban comprendidos en la sustitución ni era posible admitir la existencia de un fideicomiso tácito. La Audiencia, en cambio, entendió que los nietos estaban implícitamente llamados a la sucesión del abuelo en defecto de sus madres, pero que el fiduciario tenía absoluta libertad para preferir a cualquiera de ellos con exclusión de los demás, con criterio parejo al expresamente previsto para el primer llamamiento, es decir, que si bien el fiduciario no tenía plena libertad de disposición había ejercitado rectamente sus facultades.

3. *La sentencia del T. S.*—Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Los considerandos fundamentales de esta sentencia (quinto a décimo) dicen como sigue:

a) Que en realidad, a través de todos los motivos del recurso, se somete a este Tribunal un problema único que versa sobre la *interpretación de una cláusula testamentaria*, bien examinándola a la luz de criterios gramaticales, lógicos, sistemáticos y finalistas (motivo primero al amparo del núm. 1 del art. 1.692 de la Ley procesal), ora denunciando *ad cautelam* supuestos errores que se ponen de relieve al socaire del número 7.º del propio artículo (motivo segundo) o, como en el motivo tercero, puesto bajo el amparo de aquel número de la Ley de enjuiciar, razonando la condición vinculatoria y no facultativa del único inciso de la cláusula que en el testamento combatido alude a los nietos del causante, con la particularidad de que para sustentar la única tesis a que todos los motivos se refieren, así se invocan preceptos de derecho común (del Código civil) como textos romanos y, por eso, y sin que a este Tribunal sea dado afrontar aquí, con dudosa oportunidad, el problema que a partir de la vigencia del Código civil ha suscitado su artículo 13, aunque patentemente constituye una excepción muy calificada del artículo 12, lo cierto es que la simultánea y concorde invocación de textos tan dispares en su génesis y tan distantes en su fecha, pone de relieve que, en trance de interpretación, ésta ha de hacerse con criterios generales, siguiendo el camino a que invita el propio recurrente y el señalado inequívocamente por la jurisprudencia constante de este Tribunal que, por lo reiterado de las resoluciones en que se establece, no ha menester la cita específica de ellas.

b) Que precisamente por la fuerza de esa doctrina que ha de tenerse presente cuando trata de interpretarse una disposición de última voluntad, el criterio rector, que ha de presidir la exégesis de ésta, ha de tomar como base el testamento mismo por la elemental razón de que se trata de una declaración de voluntad no recepticia, cuyo sentido y alcance no aconseja ni acaso permite acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos, afirmación ésta que ya recogieron entre otras sentencias las de 3 de abril de 1913 y 16 de enero de 1915 y se concreta, con ambiciones generalizadoras, en la de 23 de octubre de 1925, para señalar al intérprete los diversos caminos que pueden conducir con éxito a inquirir la intención del causante, supuesto el carácter esencialmente formal de las disposiciones testamentarias; pero debiendo notarse que, precisamente por eso, la interpretación de las mismas no es una cuestión *de facto*, cuya declaración incommovible queda entregada a la soberanía del Tribunal *a quo*, sino una *quaestio juris*, susceptible de llevarse a casación y de tratarse en ella al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C., tal como declaró la sentencia de 8 de julio de 1940, que es fuente muy adecuada para aprender los límites perfectamente fijados, en que ha de contenerse la facultad de los Tribunales para fijar

irrevocablemente el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias que en este recurso se combate por el que recurre, siquiera lo haga aprovechando lo que pueda favorecer su tesis impugnatoria (el pretendido llamamiento como fideicomisarios de los sucesores de las hijas que premurieron al fideicomisario) y rechazado lo que puede contrariarle (problema de distribución), siendo así que la unidad fundamental de la que ha de interpretarse no permite esa discriminación.

c) Esto sentado y ya con referencia al primer motivo de casación, la estructura y términos de la cláusula discutida no permiten afirmar ni siquiera suponer, dada su redacción, que en el caso que se examina el testador llamase a la sucesión como fideicomisarios en segundo lugar a los nietos del testador, porque, así como cuando se trata de los padres se emplea el verbo *instituir* que tiene un significado en derecho sucesorio que razonablemente no puede desconocerse, y les llama herederos y considera las diversas hipótesis que, en relación con ellos y no con otras personas pueden darse, en párrafo aparte, separado por un punto del anterior y a modo de inciso, se refiere al caso de *conurrencia* de alguna de las herederas instituidas con los hijos de la otra, y en esta concreta hipótesis *faculta* al fiduciario para dejar a estos últimos *lo que fuere su voluntad* hasta un máximo equivalente a la mitad de la herencia; por donde se ve que en la cláusula literalmente examinada no hay rastro alguno de llamamiento hereditario a favor de los nietos, ni menos aún de un fideicomiso que tácitamente se hubiese instituido y que ateniéndose al sentido normal y disposición de la cláusula, lleva a la conclusión de que, así como en el caso de supervivencia de una hermana *la mera facultad* de dejar a los hijos de la premuerta *lo que fuera su voluntad*, no podrá afectar a la heredera fideicomisaria expresa y claramente instituida (y por eso explica la reserva de la mitad, concordante con la primera parte de la cláusula), fallecidos los dos herederos fideicomisarios antes que el fiduciario, cuanto se diga del segundo llamamiento por estirpes no tiene un apoyo en el texto del testamento ni puede razonarse con eficacia acudiendo a normas del Digesto, cuya sola enunciación patentiza que se refieren a cláusulas ambiguas y no a las que, como la de autos, tenía un sentido gramatical inequívoco.

d) Que a la misma conclusión se llega si para desvelar el sentido de la cláusula se la examina a los ojos de la lógica para inferir a su vez la presumible voluntad del testador, porque no es razonable pensar que, empleando en el testamento con toda propiedad las palabras heredero y sustituto refiriéndose exclusivamente a los hijos del causante, pueda construirse arbitrariamente un segundo y tácito llamamiento por estirpes, con el solo fundamento de la alusión que al final de la cláusula se hace al supuesto de concurrencia de una heredera con hijos de la que hubiera fallecido, puesto que si algo demuestra ese hipotético supuesto, que en el caso no se dió, es el deseo de agotar todas las posibilidades del primero y único llama-

miento en favor de los auténticos herederos fideicomisarios, ratificándose así para el evento aquí contemplado las libérrimas facultades de disposición del heredero superviviente, de las que rectamente usó en el testamento que por esa consideración se impugna.

e) Que por estas consideraciones pueden estimarse agotadas las posibilidades de interpretación, puesto que la que se califica por el recurrente de sistemática hace supuesto de la misma cuestión esclarecida (el pretendido llamamiento de las estirpes) y la denominada finalista incurre en la misma petición de principio, y aun cuando respecto al motivo segundo de casación, formulado al amparo de los números 1.º y 7.º y *ad cautelam*, pudiera rechazarse por las mismas consideraciones que el primero, puesto que es la misma la única cuestión que se plantea; falta en el además, para que pudiera jugar el número 7.º del artículo 1.692, la cita del documento auténtico, carácter que no corresponde al mismo documento interpretado, y de la norma o normas probatorias infringidas a las que no se hace la menor alusión, aunque en cambio la cita de sentencias de este Tribunal que en ese motivo se hace para afirmar que en materia interpretativa las disposiciones del artículo 675 en relación con los 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código civil son aplicables en Mallorca, porque no se oponen a las disposiciones del Derecho romano, reconocen las razones por las cuales este Tribunal ha usado de ellas para interpretar el testamento de que se trata y para subrayar, con el apoyo de la jurisprudencia que en su lugar se cita, sus facultades para corregir y enmendar, sin mengua de lo resuelto en la instancia, cuál sea el sentido y alcance total de una cláusula que sólo totalmente puede interpretarse para llegar a una solución idéntica, aunque deficientemente interpretada desde el punto de vista jurídico.

f) Que en el tercero y último de los motivos de casación, al amparo del número 1.º del mencionado artículo 1.692, denuncia el recurrente la infracción de los textos romanos y en todo caso—dice—la del artículo 781 del Código civil, porque estima que lo que se dice facultad, destino o ruego vincula al testador y no arguye la posibilidad de que pueda eludirse lo que empleando esos términos se dispone; pero, aparte de que también en este caso se desconoce el sentido y alcance de la cláusula, fijado ya por vía interpretativa, de examinar los motivos anteriores en aquello que dice relación a los nietos del testador, y, entre ellos, al recurrente, no se explica la razón por la que aquí se invoca el artículo 781 del Código civil que se dice inaplicado, porque no se ha puesto en tela de juicio la posibilidad de su aplicación, cuando instituido el fideicomiso se cumplen los supuestos que el precepto establece para rehuir las vinculaciones, y a lo que se ha llegado es sencillamente que se esté en presencia de una segunda institución a favor de los nietos del causante, que no revela la estructura de la cláusula testamentaria interpretada.

COMENTARIO

1. *Normas de derecho foral en materia de interpretación.*—En esta sentencia de 11 de abril de 1958 que comentamos hay una párrafo, extraordinariamente sugestivo, donde el Tribunal Supremo deja apuntado un problema de gran interés. Dice el T. S. en el quinto considerando de la sentencia que como «para sustentar la única tesis a que todos los motivos se refieren, así se invocan preceptos de derecho común (del Código civil) como textos romanos y por eso, y sin que a este Tribunal sea dado afrontar aquí, con dudosa oportunidad, el problema que a partir de la vigencia del Código civil ha suscitado su artículo 13, aunque patentemente constituye una excepción muy calificada del artículo 12, lo cierto es que la simultánea y concorde invocación de textos tan dispares en su génesis y tan distantes en su fecha, pone de relieve que, en trance de interpretación, ésta ha de hacerse con criterios generales, siguiendo el camino a que invita el propio recurrente y el señalado inequívocamente por la jurisprudencia constante de este Tribunal». Razonando así el T. S. resuelve el problema—que el recurso planteaba—sobre la base del artículo 675 del Código civil sin dar beligerancia a los textos romanos que el recurrente citaba como infringidos (1). Ello plantea dos problemas que en la sentencia quedan dibujados: a) El alcance del artículo 13, como excepción muy calificada del 12. b) La necesidad de realizar la interpretación con criterios generales.

a) En el primer punto se señala una doctrina exacta, aunque sin establecerla por la dudosa oportunidad—se dice—de afrontar aquí decididamente el problema. La única afirmación tajante que contiene la sentencia es que el artículo 13 «constituye patentemente una excepción muy calificada del artículo 12». Las consecuencias de esta doctrina, como decimos exacta, son muy importantes. Los derechos forales regidos por el artículo 12 se conservan *in totu* con sus propios derechos supletorios, teniendo en ellos vigencia el Código civil como derecho supletorio de último grado en defecto de los que lo sean en cada una de aquellas regiones por sus leyes especiales. En el artículo 13 el derecho común no es un derecho supletorio de último grado. Ni siquiera es un derecho supletorio. En el artículo 13 hay una aplicación directa del derecho común, en cuanto no se oponga a las disposiciones forales que actualmente estén vigentes (2). Esto no obstante, el T. S. había defendido con obstinación el carácter supletorio del Derecho romano en Mallorca (3). Esta sentencia, al señalar la patente diferencia entre el régimen del artículo 12 y el del artículo 13, parece suponer una importante inflexión, aunque no decidida, de la doctrina jurisprudencial en torno al problema.

(1) Se citan como infringidos en el motivo primero del recurso los textos contenidos en el Digesto 50, 17 (*de regulis iuris*), leyes 12 y 96; 40, 5, 24, 8, y libro 30 (*de legatis*), título único, ley 115, aplicables todos ellos en Mallorca, a juicio del recurrente, de acuerdo con las Sentencias de 12 de octubre de 1868, 28 de diciembre de 1923 y 25 de abril de 1951.

(2) Cfr. CASTRO: *Derecho civil de España*. Madrid, 1949, I, págs. 262 y ss. También CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*. Madrid, 1951, I, págs. 218 y ss.

(3) Sentencias de 6 de junio de 1905 y 8 de mayo de 1925. Últimamente, con toda claridad, la Sentencia de 25 de abril de 1951.

b) Pero así como este modo de pensar no puede por menos de parecer correcto, la segunda parte del razonamiento suscita alguna extrañeza. La simultánea y concorde invocación de textos tan dispares en su génesis y tan distantes en su fecha pone de relieve que, en trance de interpretación, ésta ha de hacerse con criterios generales. Porque es de observar que esta doctrina, afirmada categóricamente, no tiene ya nada que ver con la diferencia entre el artículo 12 y el artículo 13, sino que, enunciada sin reservas, es aplicable a cualesquiera regiones. El T. S. parece querer decir, a través de un eufemismo, que, en materia de interpretación, las reglas romanas son reglas caducas e inservibles. Pero no lo dice expresamente. Lo que dice, por el contrario, es que la interpretación «ha de hacerse con criterios generales». Entonces lo que tendríamos que preguntarnos es el sentido que a este concepto de «criterios generales» ha querido dar el T. S. Porque la frase es ciertamente equívoca. A primera vista parece aludir a una uniformidad del derecho nacional en punto a interpretación. La generalidad se mediría por el ámbito de vigencia del criterio interpretativo. Pero puede entenderse también la generalidad por la amplitud de la norma, lo que significaría una preferencia de las reglas generales de interpretación (art. 675 del C. c.) sobre las reglas particulares dadas para interpretar cláusulas concretas (textos romanos). En ambos sentidos hay que poner algún reparo. A una uniformidad del derecho nacional en punto a interpretación de testamentos, o más aún, de negocios jurídicos, creo que no puede ni debe llegarse mientras en el ordenamiento jurídico español subsistan—por la razón que sea—los derechos forales y éstos contengan normas de interpretación. Una preferencia de las reglas generales de interpretación sobre las particulares tampoco puede, en rigor, sostenerse. Antes bien, la regla particular—establecida, por ejemplo, para la interpretación de una determinada cláusula típica—debe ser preferida en el caso concreto a la regla de carácter general.

Extrañeza suscitan también las razones que la sentencia indica para mantener esta opinión: «Siguiendo—dice—el camino a que invita el propio recurrente y el señalado inequívocamente por la jurisprudencia constante de este Tribunal». La invitación del recurrente no parece que fuera razón decisiva. Y la jurisprudencia constante no es, en este sentido, todo lo clara que fuera de desear. La sentencia de 25 de abril de 1951 afirmó la aplicación del Derecho romano en Mallorca, aunque, en materia de interpretación de testamento, razonó en torno al artículo 675 del Código civil. La sentencia de 3 de julio de 1951 desestimó un recurso en que se denunciaba conjuntamente la infracción del artículo 675 y disposiciones del Código de Justiniano y del Digesto, obedeciendo la desestimación a razones de fondo. La sentencia de 23 de noviembre de 1957 declaró infringidos por el Tribunal de instancia dos textos del Digesto (35,1,19 y 50,16,120). La sentencia de 26 de septiembre de 1955 entendió que se habían interpretado correctamente el artículo 675 del Código civil y el pasaje 6,43,2 del Código de Justiniano que se citaban como infringidos en Cataluña. El mismo criterio sostuvo la sentencia de 7 de diciembre de 1955. La sentencia de 8 de marzo de 1956, aunque afirma que hay que

partir para la interpretación de la cláusula que se discute del artículo 675 del Código civil, desestima el recurso por no haber contradicción entre lo que había tenido en cuenta el Tribunal de instancia y los preceptos de Derecho romano en materia de interpretación, aplicables en Cataluña como derecho supletorio, que se citaron como infringidos.

Todo ello nos induce a pensar que las normas forales en materia de interpretación, sean de carácter general o particular, tengan origen romano o estrictamente nacional, pueden y deben ser aplicables. Se podrá discutir la conveniencia de la conservación del derecho foral. Se podrá plantear el problema de la vigencia o falta de vigencia de una determinada norma. Lo que no puede hacerse es dejar de aplicarla en razón a que la interpretación haya de hacerse con criterios generales. Adviértase que no criticamos la conclusión del T. S. en el caso concreto, sino el camino. Probablemente los textos romanos que se citaban como infringidos no son aplicables en Mallorca por no serlo el Derecho romano. Pero eludir este problema diciendo que es de dudosa oportunidad afrontarlo y, en cambio, excluir la aplicación de aquellas normas en atención a la necesidad de hacer la interpretación con criterios generales es lo que, a mi juicio, no parece exacto.

2. *El fundamento de las normas de interpretación del testamento. El carácter de negocio no recepticio.*—El segundo punto de esta sentencia que, a mi juicio, merece algún comentario es el razonamiento inicial del considerando sexto, donde se dice que «precisamente por la fuerza de esa doctrina, que ha de tenerse presente cuando trata de interpretarse una disposición de última voluntad, el criterio rector, que ha presidir la exégesis de ésta, ha de tener como base el testamento mismo por la elemental razón de que se trata de una declaración de voluntad no recepticia». Que la interpretación del testamento ha de hacerse teniendo como base el testamento mismo es cosa que está clara, dada la redacción del artículo 675 del Código. Lo dudoso es que este principio tenga su fundamento en el carácter del testamento de declaración de voluntad no recepticia. El mismo criterio había sido mantenido por las sentencias de 8 de julio de 1940 y 6 de marzo de 1944. Pero, como se ha dicho, a mi juicio con acierto, si el diferente tratamiento reservado en tema de interpretación al negocio de última voluntad dependiera de su naturaleza de acto unilateral no recepticio, igual tratamiento debería regir para la categoría de los actos unilaterales no recepticios *inter vivos*, cuya interpretación sería también exclusivamente subjetiva y, sin embargo, ello no ocurre así (4). El tratamiento especial de la interpretación del testamento no puede fundarse en su carácter de declaración de voluntad receptiva, sino en su especial estructura como negocio jurídico.

3. *La exclusión de los medios de prueba extrínsecos en materia de interpretación del testamento.*—Otra afirmación que es necesario analizar en esta sentencia de 11 de abril de 1958 es la que hace el T. S. cuando dice que la interpretación del testamento ha de tomarse por base el testa-

(4) JORDANO: *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958, págs. 23 y ss.

mento mismo en razón a ser una declaración de voluntad no recepticia «cuyo sentido y alcance—añade—no aconseja, ni acaso permite acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos, afirmación ésta que ya recogieron entre otras sentencias las de 30 de abril de 1913 y 16 de enero de 1915 y se concreta, con ambiciones generalizadoras, en la de 23 de octubre de 1925 para señalar al intérprete los diversos caminos que pueden conducir con éxito a inquirir la intención del causante, supuesto el carácter esencialmente formal del testamento».

Prescindiendo ahora de la doctrina contenida en estas ya antiguas sentencias que se citan (5), parece lo cierto que la jurisprudencia más reciente había iniciado un camino mucho más progresivo. La sentencia de 8 de julio de 1940 había dicho que «no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento» (6). Por su parte, la sentencia de 3 de junio de 1947 había dicho que «no siendo las cláusulas testamentarias tan claras que baste con su simple lectura para colegir, por modo inequívoco, el propósito o intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos de los cuales puede deducirse su verdadera voluntad, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento, de conformidad con lo prevenido en el artículo 675 del Código civil».

(5) Resulta curioso, además, observar que en estas Sentencias no hay una expresa exclusión de los medios de prueba extrínsecos, la cual sólo indirectamente, a través de la afirmación de la interpretación literal y lógica como única forma de interpretación, puede deducirse. La Sentencia de 30 de abril de 1913 dijo que, «según el artículo 675 del Código civil y jurisprudencia establecida sobre interpretación de disposiciones testamentarias, deben éstas entenderse en el sentido literal de sus palabras, a menos de aparecer claramente que fuera otra la voluntad del testador, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme a su intención según el tenor del mismo testamento, teniendo en cuenta el conjunto de sus disposiciones y la relación que guarden entre sí para deducir de este examen cuál sea la voluntad, que, como ley de sucesión, ha de guardarse y cumplirse». Como se ve, en este razonamiento no hay exclusión de los medios extrínsecos. Antes al contrario, hay en esta Sentencia base para sostener su aplicación: 1.º Cuando dice que deben entenderse las cláusulas en el sentido literal de sus palabras, «a menos de aparecer claramente que fuera otra la voluntad», porque esta clara aparición de un sentido distinto de la voluntad tiene que ser exterior a las palabras. 2.º Cuando la propia Sentencia recurre en apoyo de su interpretación a elementos exteriores al testamento, como el hecho de ser sacerdote el testador, de lo que induce en él «condiciones de cultura» y la heredera «persona soltera y de edad avanzada».

La Sentencia de 16 de enero de 1915 se limitó a reproducir literalmente el texto transcrito anteriormente de la de 30 de abril de 1913, y la de 23 de octubre de 1925 se limitó a decir que «el artículo 675, apartado 1.º del Código civil, al que se ajusta la jurisprudencia, establece los tres principios o reglas de interpretación de los testamentos: una, el sentido gramatical de las palabras, si las cláusulas no son oscuras o ambiguas; otra, el sentido o la intención del causante, y la tercera, el conjunto armónico de sus disposiciones, o sea, el elemento sistemático».

(6) Más significativa, si cabe, es la Sentencia de 6 de marzo de 1944, en que, siendo ponente el señor Castán, se estableció que «el sentido literal de las disposiciones del testamento puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del «tenor del mismo testamento», del cual pueda extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente». Cfr., además, la Sentencia de 1.º de junio de 1946.

La sentencia de 6 de diciembre de 1952 dijo que «este hecho, de ser cierto, en casación, pudiera ofrecer base, con algún esfuerzo dialéctico, en orden a la interpretación de la voluntad real de la testadora, para estimar incorporado al testamento por medios de prueba extrínsecos el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria expresada» (7).

La sentencia de 11 de abril de 1958 que comentamos constituye por ello una regresión en la doctrina jurisprudencial, tanto más extraña cuanto que en ella se omite la cita de todas las sentencias posteriores a 23 de octubre de 1925 de las que cabía decir, con razón, que habían supuesto un avance considerable para dar a la interpretación testamentaria una flexibilidad de la que probablemente antes carecía y unos elementos de juicio superiores para hallar la voluntad real del testador, siempre considerada como objeto indiscutible de la interpretación en lugar de una voluntad presunta o probable, que es lo más que puede alcanzarse en determinados casos a través de la interpretación lógica o gramatical.

4. *Aplicación de las normas de interpretación de los contratos.*—«La cita de sentencias de este Tribunal—dice en el considerando 9.º—que en ese motivo se hace para afirmar que en materia interpretativa las disposiciones del artículo 675 en relación con los 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código civil con aplicables en Mallorca, porque no se oponen a las disposiciones del Derecho romano, reconocen las razones por las cuales este Tribunal ha usado de ellas para interpretar el testamento de que se trata.»

La cuestión de la aplicación de las normas de interpretación de contratos, aunque limitadamente, había sido resuelta en sentido favorable por la doctrina (8). El T. S. viene ahora a acogerla. Admite, según ella, una interpretación gramatical—examen de la estructura y términos de la cláusula discutida, dada su redacción—, una interpretación lógica—examen de la cláusula a los ojos de la lógica para inferir, a su vez, la presumible voluntad del testador—y una interpretación sistemática.

Para cerrar este somero comentario y crítica de esta sentencia de 11 de abril de 1958, que parece de interés, conviene llamar la atención sobre la contradicción que supone la admisión del artículo 1.282 con la exclusión de los medios de prueba extrínsecos, porque lo cierto es que el artículo 1.282 al ordenar atender a los actos de las partes coetáneos o posteriores al negocio, se está refiriendo a un medio que es extrínseco al negocio mismo, aunque cierto también que no supone, ni mucho menos, por sí sólo, una admisión de todos los medios de prueba de la intención exteriores al negocio.

Luis Díez-PICAZO

(7) Muy recientemente, en la Sentencia de 5 de julio de 1957, sin plantear el problema teórico de la admisibilidad de los medios de prueba extrínsecos, se valoraban, para indagar la verdadera intención del testador, el testimonio del notario autorizante del testamento y el testamento del cónyuge designado heredero.

(8) Sobre la posición de la doctrina y de la jurisprudencia italiana más reciente en este punto, cfr. TORRENTE: *Manuale di Diritto Privato*. Milano, 1958, págs. 302 y ss.

III. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Alberto BERCOVITZ, Carlos FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José M.^a PEÑA y José PERE RALUY con la dirección de ANTONIO IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I Parte general.

1. PROYECTOS DE APÉNDICES Y COMPILACIONES DE DERECHO FORAL; SU VALOR. [Véase S. 7 de enero de 1959, V, 2.]

2. RÉGIMEN VIGENTE EN CATALUÑA: CÓDIGO CIVIL: DERECHO SUPLETORIO: CEMSO A PRIMERAS CEPAS: ARTÍCULO 1.656: *Habiendo quedado improbadada la existencia de costumbre en contrario en Cataluña para la aplicación del artículo 1.656 del Código civil, hay que acomodar el precepto como derecho supletorio a los casos de «rabassa morta» en los que se suscita el derecho de retracto en Cataluña.* [S. 12 de febrero de 1959; no ha lugar.]

3. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: *Los principios de derecho únicamente pueden citarse con éxito en concepto de normas subsidiarias a falta de legales y consuetudinarias, según el rango jerárquico estatuido por el artículo 6.º del Código civil.*

SOLIDARIDAD: MANCOMUNIDAD: *Como en nuestro Derecho la regla general es la mancomunidad, no puede el juez condenar de pago solidario a dos sujetos, basándose en la equidad.* [S. 19 de febrero de 1959; ha lugar en parte.]

4. SITUACIONES JURÍDICAS INTERINAS: SITUACIÓN DE PENDENCIA: *La situación de pendencia es una situación de protección jurídica interina, a favor de sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo. Pueden encontrarse en ella los distintos derechos subjetivos reales o de obligación o bien todo un conjunto patrimonial y, mientras subsista, permanece intacta la estructura e independencia de los derechos que forman el objeto o contenido de la situación de pendencia, pero quedan vinculados y pendientes de la determinación del sujeto definitivo.*

EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS SIN SUJETO: INDETERMINACIÓN DE NUDO PROPIETARIOS: *Los derechos no pueden existir sin que recaigan o sean atribuidos a una persona natural o jurídica. La jurisprudencia, al enseñar que no puede haber un titular de usufructo sin el correlativo nudo propietario, también ha declarado que si, designada una persona como titular de un usufructo no se indicase el titular de la nuda propiedad, por omisión o por con-*

dición establecida, éste lo sería o quien en aquel momento tuviera causa directa del anterior propietario o los sujetos a los cuales hubieran de ir a parar los bienes usufructuados para constituirse en aquéllos el dominio pleno.

INSTITUCIÓN TESTAMENTARIA CONDICIONAL: ANTIMONÍA LEGAL DE LOS ARTICULOS 759 Y 799 DEL CÓDIGO CIVIL: ORIGEN Y SOLUCIÓN: *La contradicción existente entre dichos preceptos se explica por ser el 799 una traducción descuidada de los artículos 41 del Código francés, 854 del Código italiano de 1865, y 1810 del Código portugués, relativos a la institución a término incierto (certus an, incertus quando) en la cual, el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore cuándo. Por ello, la doctrina científica prevalente ha resuelto la contradicción en favor del artículo 759, entendiendo que en él se halla el régimen propio de la institución verdaderamente condicional.*

LEGADO CONDICIONAL: VALIDEZ: *No ofrece duda la validez de la condición suspensiva que hace depender la adquisición del derecho de nuda propiedad de un legado del cumplimiento de aquélla —en este caso la premoriencia de la usufructuaria sustituta a sus hijos— por lo que «pendente condicione» no se adquiere el derecho, y, por tanto, si el legatario condicional muere antes de que se cumpla la condición, aunque sobreviva al testador, nada transmite a sus herederos.*

LEGADO CONDICIONAL: RÉGIMEN APLICABLE: ARTÍCULO 759 DEL CÓDIGO CIVIL: *Comquiera que en el caso de autos no se hace depender el nacimiento del derecho a la nuda propiedad de la mitad indivisa de la finca legada, del simple hecho del fallecimiento de la usufructuaria sustituta, sino de la supervivencia a ésta de sus hijos, resulta aplicable a la situación así condicionada el artículo 759 del Código civil.*

COMUNIDAD: DIVISIÓN MATERIAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: NUDO PROPIETARIOS CONDICIONALES: *No están legitimados los actores para pedir la división material de la finca, por no haber concurrido con la usufructuaria sustituta y sus hijos, los hijos del hermano del testador llamados en último lugar a ser plenos propietarios en caso de premoriencia de los hijos de la actora a ésta.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Es improcedente la acumulación de acciones llevada a cabo en la demanda, por no existir en sus pretensiones los requisitos del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime cuando, además de la distinta causa de pedir, existen distintas razones de competencia por cuanto en el contrato privado de arrendamiento existe una cláusula expresa y concreta de sumisión a la jurisdicción de los juzgadores y Tribunales de Granada. [S. 26 de enero de 1959; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: La claridad de esta impecable y ejemplar sentencia hace inútil cualquier comentario. Baste exponer, para su debida inteligencia, los hechos que dieron lugar a ella tomando como base para la exposición el propio considerando primero:

«... que la titularidad de la parte actora trae su causa de la cláusula sexta del testamento otorgado por don..., en la cual dispuso un legado de usufructo vitalicio de la mitad proindiviso de que era titular el testador, en la dehesa de T., a favor de doña J. G. L. estableciendo que a la muerte de la usufructuaria o a la del testador, si aquélla le hubiese premuerto, pasaría el usufructo, con el carácter de vitalicio, a la hija de dicha señora, llamada también J. G. L., y si ésta última tenía descendientes, a su defunción serían plenos propietarios de la mencionada porción de dehesa, pero si no los tuviere, pasará en pleno dominio a los hijos o hijas del hermano del testador don..., que vivan cuando aquélla muera, representando a los fallecidos sus hijos...»

En la demanda se solicitaba fundamentalmente la división material de la dehesa y la extinción de unos contratos de arrendamientos por transcurso del plazo para el que se concertaron. Constituían la parte actora, la usufructuaria doña J. G. L., su hija del mismo nombre como usufructuaria sustituta y los dos hijos de ésta como (eventuales) nudo propietarios.

5. REGISTRO CIVIL: INSCRIPCIÓN CON BASE AL DECRETO 8 NOVIEMBRE 1936: EFECTOS: *La adhesión al Movimiento Nacional, ya constatada, provocará los pertinentes efectos. No son aplicables los artículos del Código Civil sobre ausencia y declaración de fallecimiento a una inscripción practicada al amparo de la legislación de urgencia provocada por la Guerra civil. [S. 13 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

NOTA.—Los efectos de la circunstancia de adhesión son los referidos en la Orden de 26 de julio de 1939, a ciertas inscripciones de desaparición practicadas con arreglo al Decreto de 8 de noviembre de 1936 quedaron atribuidos los efectos propios de las inscripciones de defunción, a que se refiere la norma realmente anómala y de legalidad harto dudosa, por oponerse, cuando menos implícitamente, a las prescripciones de la legislación registral y a las del propio Decreto de 1936.

La Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957 por virtud de su norma derogatoria —disposición final 2.ª— ha puesto fin a la vigencia del Decreto de 8 de noviembre de 1936 y las diversas órdenes que lo complementaron, eliminando con ello para el futuro un tipo de asientos bastante anómalo y el choque de normas entre el régimen general de ausencia —que ya prevé supuestos especiales de ausencia calificada— y el especial de desapariciones de zona roja. La disposición transitoria 7.ª del Reglamento de la referida Ley coadyuva a esa finalidad de depuración de los folios registrales de asientos que enturbiaron la claridad formal de los mismos. (J. P. R.)

6. PERSONA JURÍDICA: REPRESENTACIÓN: AYUNTAMIENTO: ALCALDE: *El Ayuntamiento es el órgano supremo de la Administración municipal, ostenta su representación legal y es de su exclusiva competencia el ejercicio de acciones judiciales y administrativas. Pero no es menos cierto que el alcalde, como su presidente que es, tiene la atribución de representarle y la de la defensa e interposición de recursos en salvaguardia de la competencia municipal.*

LEGITIMACIÓN PROCESAL: AYUNTAMIENTO: ALCALDE: *Si la demanda se dirigió*

contra el alcalde como representante de los vecinos del municipio y al comparecer en el proceso lo hizo debidamente autorizado por el Ayuntamiento de que es presidente según reza la escritura de poder con la que su procurador se personó en autos, no se puede dudar de que dicha Corporación municipal tuvo conocimiento de la interposición de la demanda y autorizó a su presidente, el alcalde, para defender los derechos de los vecinos, por lo que, en todo caso, se subsanó el defecto que pudiera implicar el hecho de que la demanda se dirigiera contra el alcalde y no contra el Ayuntamiento. [S. 30 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

7. MANDATO REPRESENTATIVO; INTERPOSICIÓN REAL DE PERSONA: Al no haber realizado ninguno de los recurrentes acto alguno de poder, mandato ni representación en nombre de su tío, quedando reducida su intervención a figurar como compradores en la escritura pública, dieron lugar al nacimiento de un negocio jurídico formal que encarna un típico caso de interposición real de persona, a consecuencia de la cual (y no en virtud de mandato que prácticamente no existió), adquirieron una obligación de transmitir a aquél o a un tercero. [S. 13 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

«... que al no haber realizado ninguno de los recurrentes acto alguno de poder, mandato ni representación en nombre de don M. B. D., quedando reducida su intervención a figurar como compradores en la escritura pública, no hay por qué hacer aplicación de los preceptos establecidos por el Código civil en el título dedicado al mandato..., ya que en la actuación de los recurrentes no existe gestión alguna efectuada en favor de aquél, ni con relación a tercero, razón por la que el Juzgado, en su octavo Considerando, aceptado por la Audiencia, expresa «que el negocio jurídico formal planteado encarna un típico caso de interposición real de persona con el propósito principal de ocultar al auténtico titular, incompatible con la idea de simulación relativa, donde hay una causa falsa encubriendo otra verdadera y lícita, para reputar aquél nulo y éste válido «y» aunque rayana con el mandato representativo, sigue diciendo el Juzgado, tampoco encaja en éste por tratarse de titulares aparentes que adquirieron escriturariamente para sí una obligación de transferir a aquél, o a un tercero, no en virtud de mandato, que prácticamente no existe, sino de una obligación contraída a consecuencia de la interposición personal»; y al ser esto así, y no existir prohibición legal para la restitución al verdadero comprador de los bienes a que se refiere la escritura, ...y tener declarado esta Sala ... que el reconocimiento de la simulación en los contratos es de la soberanía de los Tribunales de Instancia, al no estar ésta admitida por la Sala sentenciadora que se limita a pronunciar que los antes demandados y ahora recurrentes, al aceptar «su intervención como compradores en la escritura pública y suscribir el documento privado, contrajeron la obligación de poner a disposición del auténtico titular, hoy sus herederos, las fincas objeto de la compraventa contenida en aquélla, es forzoso mantener tal aserto, como acertadamente se hace, mientras no se patentice, por la vía adecuada, que se ha incurrido en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, al pleito aportada.» (Considerando 5.º)

«... que tanto por la aplicación de los fundamentos jurídicos que se contienen en el fallo impugnado, como por el examen de las alegaciones que sirven de base al primer motivo del recurso interpuesto, es manifiesta su improcedencia habida cuenta de resultar de los párrafos que anteceden que en los actos efectuados por los recurrentes no existe gestión alguna que exteriorice la comisión o encargo que envuelve la figura jurídica del mandato; y como en la acción que promovieron los actores, en nombre de la herencia del verdadero titular, en uno de sus pedimentos se pide que los demandados restituyan a ésta las fincas objeto de la compraventa, petición nacida de la obligación contraída en el documento privado por ellos autorizado, es visto, que sin necesidad de atacarla por la falsedad de la causa, ni la infracción de los artículos que gobiernan las relaciones entre mandante y mandatario, pudo la sentencia, rectamente, conjugando la súplica de la demanda, llegar a la conclusión que establece... (Considerando 6.º).

ANTECEDENTES: Consumado ya un contrato de compraventa, y en trámite de formalización pública, el verdadero comprador hace figurar en la escritura, como compradores, a unos sobrinos suyos quienes a continuación suscriben un documento privado en el que declaran, entre otras cosas, que si bien en la escritura aparecen como adquirentes, el precio ha sido pagado por su tío don M. B. D. en quien reconocen la propiedad de las fincas, así como todas las correlativas facultades para realizar actos de dominio, gravamen, administración y disfrute.

Fallecido don M. B. D., sus herederos demandan a los sobrinos suplicando al Juzgado: a) que se declare a su causante verdadero comprador y único dueño de las fincas; b) nulidad de la escritura; c) cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad, y d) que se condene a los demandados a la restitución de las fincas a la masa hereditaria.

El Juzgado, aparte otros pronunciamientos derivados de la acumulación de otro litigio, estimó la demanda declarando verdadero comprador y único dueño a don M. B. D., y condenó a los demandados a restituir a la masa hereditaria las fincas objeto del contrato. La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelantes.

OBSERVACIONES: Apareciendo clara la pertenencia o titularidad de las fincas desde un punto de vista de justicia y equidad, el problema que planteaba dificultades por las circunstancias del caso, era el de la calificación técnica de la situación jurídica creada por el complejo escritura pública-documento privado, de gran interés para encontrar apoyo a la pretensión de restitución. El Tribunal Supremo acoge la tesis de la interposición real de persona contenida en la sentencia del Juzgado, sin que resulte claro por qué se habla de «negocio jurídico formal». En un caso sustancialmente análogo resuelto por la Sentencia de 3 de junio de 1953, el Tribunal Supremo declaró la existencia de un mandato no representativo, que ahora se rechaza de modo terminante. (D. I.)

8. SIMULACIÓN: *En la simulación de los negocios jurídicos bilaterales la declaración de voluntad es emitida por el cauce de un contrato típico con el secreto y convenido designio de las partes de que éste no produzca entre ellas ningún efecto.*

SIMULACIÓN ABSOLUTA: EFECTOS: *Si la simulación es absoluta, el negocio, incapaz de generar acciones y medios defensivos ante los órganos jurisdiccionales, es en cambio idóneo para apoyar pretensiones de recuperación de lo entregado cuando la confianza depositada en el adquirente resulta quebrantada, juntamente con la oportuna declaración de la inexistencia del acto.*

HEREDEROS: LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACTOS DE SU CAUSANTE: NEGOCIOS SIMULADOS: *Si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expreso llamamiento del causante, seguido de la adición hereditaria, resulta evidente que, como tales, pueden ejercitar las acciones judiciales en demanda de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del «de cuius» que no se extingan por su muerte.*

NEGOCIOS SIMULADOS: IMPUGNACIÓN: PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: *La prueba de presunciones cobra capital importancia para impugnar los negocios simulados, porque en éstos suele faltar prueba directa. [S. 29 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

«... que en la simulación de los negocios jurídicos bilaterales la declaración de voluntad es emitida por el cauce de contrato típico con el secreto y convenio designio de las partes de que éste no produzca entre ellas ningún efecto, en cuanto su común intención es la de sustraer bienes patrimoniales a la perseguibilidad de terceros, y si la simulación es absoluta las consecuencias que produce no pueden ser otras que las impuestas por los principios de justicia, que obligan a restituir lo recibido sin causa, aunque con todas las apariencias de legalidad, a su verdadero titular; por lo que el negocio así formado, incapaz de generar acciones y medios defensivos ante los órganos jurisdiccionales, es en cambio idóneo para apoyar pretensiones de recuperación de lo entregado cuando la confianza depositada en el adquirente resulta quebrantada, juntamente con la oportuna declaración de la inexistencia del acto: como lo entendió con acierto el Tribunal a quo en la sentencia de primero de junio de mil novecientos cincuenta y tres aquí impugnada.» (Considerando primero.)

9. CARGA DE LA PRUEBA: PRECARIO: *Constituyendo la esencia del precario los hechos negativos de carencia de título y no pagar merced alguna, es el demandado como precarista a quien corresponde demostrar los hechos que se opongan a las afirmaciones contenidas en tal sentido en la demanda. [Sentencia 6 de febrero de 1958; ha lugar.]*

10. DOCUMENTOS PÚBLICOS: ACTA NOTARIAL: VALOR JURÍDICO: *Las actas no-*

tariales en modo alguno hacen prueba de la verdad que entrañan las manifestaciones personales de los particulares que en ellas intervinieren. Y así, la aportada al litigio sólo hace fe de que el requerido reconoció la autenticidad de la carta de referencia y afirmó la veracidad de la misma, pero no puede extenderse a la certeza de su contenido.

ACTA NOTARIAL Y DECLARACIÓN TESTIFICAL: *El acta notarial tampoco puede tener el valor probatorio de una declaración testifical por no haberse prescrito con la debidas solemnidades ante la autoridad judicial y en juicio contradictorio en la forma que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil. [S. 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

11. **CONFESIÓN CON JURAMENTO INDECISORIO:** *No es un medio privilegiado de prueba.*

INTERPRETACIÓN: *Es función privativa del Tribunal de instancia que debe mantenerse en casación, mientras no resulte desorbitada y fuera de toda exégesis racional. [S. 27 de enero de 1959; no ha lugar.]*

12. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** *La acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia, frente a la indemnización de daños y perjuicios, siendo una de sus diferencias que la acción aquiliana requiere en el provocador un hecho ilícito y la «condición» puede surgir por el sólo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o buena fe por parte del provocador. [S. 10 de marzo de 1958; ha lugar.]*

13. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: REQUISITOS:** *Son requisitos esenciales para que pueda ejercitarse la acción por enriquecimiento injusto: 1.º Adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, bien por un aumento del patrimonio (lucrum emergens), bien por una no disminución (damnum cessans); 2.º Empobrecimiento por parte del actor, consecuencia del anterior, sea por daño positivo (damnum emergens), sea por lucro frustrado (lucrum cessans); 3.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento; 4.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. [S. 27 de marzo de 1958; no ha lugar.]*

II. Derechos Reales.

1. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO:** *Ha de apreciarse como atinado y correcto del pronunciamiento desestimatorio de la acción reivindicatoria ejercitada, basado en la falta de titulación, cuando de la prueba documental por ambas partes aportada, existe un evidente confusioñismo, y contradicción en cuando al dominio y aprovechamiento del monte discutido, al no existir documento que demuestre, por sí y con evidencia, la equivocación.*

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DOCTRINA GENERAL: *La doctrina administrativa tiene declarado que en la esfera de este orden, ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, dada la complejidad de los intereses que en los actos administrativos entran en juego.*

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: APROBACIÓN POR LA DIPUTACIÓN DE UNA CONCORDIA MUNICIPAL: *Si bien tal Concordia, en su artículo octavo, indica que debe tener la aprobación de la Diputación de A., tal omisión no puede producir la nulidad, absoluta y radical, del acuerdo tomado, sino tan sólo envolvería un vicio de procedimiento o falta de un elemento secundario, susceptible de ser subsanado o convalidado. [S. 6 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

2. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO DE DOMINIO: OPERACIONES PARTICIONALES:** *Las meras o simples inclusiones de bienes determinados en las operaciones divisorias de un caudal hereditario, no constituyen título hábil para apoyar la acción reivindicatoria si no se acredita la previa pertenencia al «de cuius».*

PRINCIPIO DISPOSITIVO: *El principio dispositivo que inspira nuestro proceso civil obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver todos los problemas discutidos y planteados con oportunidad por las partes en el periodo expositivo del juicio. [S. 2 de febrero de 1959; ha lugar.]*

3. **ACCIONES QUE NACEN DEL DOMINIO: TERCERÍA DE DOMINIO: FINALIDAD Y REQUISITOS:** *La tercería de dominio sólo es viable cuando se trate de excluir del apremio por solitud de un tercero, ajeno al proceso de ejecución, bienes que no pertenecen al ejecutado y son por el contrario de la exclusiva pertenencia del reclamante, lo que arguye, ante todo, la justificación de la titularidad exclusiva y excluyente del que reclama y, en definitiva, la concurrencia de los requisitos precisos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.*

TERCERÍA DE DOMINIO POR LA MUJER EN BIENES GANANCIALES: *El ejercicio de una acción en el fondo reivindicatoria por el tercero no responsable, en lo que en suma consiste la tercería de dominio, presupone la existencia de un título legitimador que exige, cuando se está en presencia de bienes gananciales, no sólo su liquidación sino la adjudicación, en pago de la porción correspondiente, de bienes concretos y determinados.*

TERCERÍA DE DOMINIO: BIENES GANANCIALES: PRETENSIONES INCONGRUENTES CON LA NATURALEZA DE LA TERCERÍA: *Los pedimentos de que se declare que los bienes embargados son de sociedad conyugal, que para dirigir cualquier acción de repetición contra los bienes de la sociedad es necesario efectuar previamente la excursión de los bienes del obligado o que no pueden ejecutarse la mitad de los bienes gananciales existentes en la sociedad como participación en la misma de la demandante, son de absoluta incongruencia con el*

designio único característico de una tercera de dominio. [S. 20 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

4. TERCERÍA DE DOMINIO: SU FINALIDAD: *La tercera de dominio tiene por base y por fin amparar al propietario actual contra las perturbaciones de su derecho, lo mismo las ocasionadas en el tiempo posterior a su adquisición que en el anterior a ella y en virtud de la continuación de la personalidad jurídica del propietario.*

ENAJENACIÓN DE BIENES EMBARGADOS: *Es acertada e indiscutible la teoría de que el embargo, por su naturaleza, no es más que una retención de los bienes para asegurar el pago de la deuda y que, según nuestro sistema jurídico, no impide la transmisión de los bienes. [S. 31 de enero de 1959; ha lugar.]*

5. USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: JUNTA VECINAL: POSESIÓN POR LOS VECINOS EN INTERÉS Y NOMBRE DEL PUEBLO: *Es posible la prescripción a favor de dicha Junta Vecinal, por haber poseído las tres fincas durante el tiempo que prescribe la ley en concepto de dueño, bien por sí misma, o por algunos vecinos que las poseyeron en interés y en nombre del pueblo.*

USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: JUSTO TÍTULO: DOCUMENTO PRIVADO: *No obsta a la prescripción que la transmisión del inmueble se haya operado mediante documento privado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez. [S. 30 de mayo de 1958; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Para oponerse a la prescripción adquisitiva declarada a favor de una Junta Vecinal, el recurso afirma «que no cabe confundir los conceptos de individuo y vecino, ni admitir que éste absorba a aquél, constituyendo el sujeto del mismo en servidor y representante de la entidad regidora del vecindario, no cabe admitir que los actos posesorios que aunque sin intención definida de dominio hayan podido ejercer algunos vecinos de... puedan ser aprovechados por la Junta Vecinal para recabar el dominio de los bienes poseídos». El Tribunal Supremo afirma que no es obstáculo para la prescripción el hecho de que las fincas hubieran sido poseídas por algunos vecinos «en interés y en nombre del pueblo». Es evidente que todo depende de la intención posesoria. Si el vecino posee en cuanto tal vecino, no realiza los actos posesorios, sino como miembro de la comunidad y, por tanto, en interés y en nombre del pueblo. En cierto modo es un servidor de la posesión, un instrumento del verdadero poseedor que es el pueblo, representado por su Junta Vecinal. (D. I.)

6. TRADICIÓN SIMBÓLICA: ACUERDO DE VOLUNTADES: *Es requisito esencial de esta tradición, el acuerdo de voluntades entre el que acepta la cosa, y el que la ofrece y en tanto no surge la aceptación, no puede entenderse consumada la transmisión material de la cosa.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: CÓMPUTO: *Es al día de la presentación de la demanda al que ha de estarse para fijar el término prescriptivo, sin que sea obstáculo a ello el artículo 548 L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: POSESIÓN: *El estado posesorio como cuestión de hecho, es de la libre y exclusiva apreciación de los tribunales de instancia. [Sentencia 19 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

7. COMUNIDAD: EJERCICIO DE ACCIONES EN BENEFICIO COMÚN: *Cualquiera de ellos puede ejercitarla en beneficio común.*

COMUNIDAD: EJERCICIO DE ACCIONES EN BENEFICIO COMÚN: EVENTUAL FALTA DE PERSONALIDAD O LEGITIMACIÓN DE UNO DE LOS COMUNEROS: *Es intrascendente al fallo, por la legitimación de los demás que sostienen los derechos de la comunidad con el carácter de mayoritarios.*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA POR EL RETRAYENTE DE NO ENAJENAR EN PLAZO DE SEIS AÑOS: *Procede dar lugar al ejercicio de la acción de nulidad de las escrituras de venta, cuando tal obligación fué incumplida por haber vendido el retrayente meses después la mayoría de las fincas objeto de la conciliación y retracto.*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO ARRENDATICIO: INCUMPLIMIENTO POR EL RETRAYENTE DE LA OBLIGACIÓN DE NO ENAJENAR: EFECTOS DEL CONTRATO ANULATORIO DE LA ENAJENACIÓN: *Es inhábil para enervar el derecho de los demandantes recurridos, surgido irrevocablemente al momento de la violación expresa de lo convenido. [S. 27 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

8. COMUNIDAD: DIVISIÓN MATERIAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: NUDO PROPIETARIOS CONDICIONALES. [Véase S. 26 de enero de 1959, I, 4.]

9. COMUNIDADES DE UTILIZACIÓN: PROPIEDAD EN MANO COMÚN: CAPACIDAD PARA ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN: ACCIÓN REIVINDICATORIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La Sala no afirma que la comunidad constituya un ente con personalidad jurídica, sino que define a la comunidad de utilización como situación de propiedad en mano común, por lo cual los titulares sucesivos del derecho pueden, pese a las mutaciones personales que el transcurso del tiempo determine, ganar por prescripción el dominio de la cosa poseída en interés común, con la posibilidad aneja a esa declaración, de vindicar la cosa frente a los que, sin título alguno eficaz, se apropien ilícitamente de ella o perturben la posesión en que se hallan los poseedores legítimos. [S. 30 de septiembre de 1958; no ha lugar.]*

10. PROPIEDAD HORIZONTAL: RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD: OBLIGATORIEDAD DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL: *El régimen de comunidad entre los diferentes propietarios pueden ser el establecido por el Código civil o el que los copropietarios usando de su libertad contractual, hayan tenido por conveniente establecer. Y cuando este último régimen existe y uno de los pisos se transmite, el adquirente que conociese tal régimen de comunidad y no formulase contra él salvvedad ninguna al realizar la adquisición queda sometido a las normas del mismo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO ARRENDATIO: LEY DE 1946: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: *Es perfecta la notificación aunque no se concreten en ella las disposiciones que integraban el régimen de la comunidad horizontal, cuando tal régimen venía establecido por los vendedores y pudo ser conocido por el inquilino dentro del plazo señalado para el ejercicio del retracto, en cuanto los estatutos de tal régimen de comunidad habían sido protocolizados por escritura pública, insertos en la de compraventa aludida e inscritos en el Registro de la Propiedad.* [S. 4 de febrero de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: El sometimiento del adquirente de un piso a las normas convencionales de régimen de la propiedad horizontal establecidos en los Estatutos de la Comunidad, es indiscutible cuando dicho adquirente conoce tal régimen y no formula salvedad alguna. Esta clara doctrina del Tribunal Supremo ha de ser entendida, sin embargo, con cautela, evitando sobre todo deducir de ella argumentos a sensu contrario. A nuestro juicio sería inexacta la consecuencia de entender que el adquirente no queda sometido al régimen de comunidad si desconoce los Estatutos o si, conociéndolos, se opone a ellos o formula salvedades o reservas respecto a los mismos en la escritura de compraventa del piso. No hay que olvidar que dichos Estatutos vienen a configurar y en cierto modo a delimitar la propiedad, y el que adquiere, adquiere lo que ya está predeterminado, una propiedad configurada conforme a unas reglas y a unos límites. Cualquier reserva, objeción o salvedad afecta en rigor al mismo consentimiento respecto del objeto adquirido. Y no sería exagerado entender que el negocio es ineficaz por falta de consentimiento, conforme al artículo 1.261, ineficacia en su grado máximo de inexistencia, puesto que dicho consentimiento según el artículo 1.262 se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. (D. I.)

11. **PREARIO: CONVIVENCIA:** *Fallecida la última arrendataria, el mero convivente que al amparo del artículo 27 de la L. A. U. de 1946, disfrutaba la vivienda arrendada juntamente con ella y sin ligarle parentesco alguno, tiene la condición de precarista no protegido por la prórroga forzosa.* [S. 30 de enero de 1958; no ha lugar.]

12. **PREARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: COMUNIDAD HEREDITARIA:** *Los herederos, mientras subsiste la comunidad hereditaria, gestionando para la misma, están legitimados para desahuciar en favor de la comunidad a un coheredero que posee exclusivamente un bien de dicha comunidad sin otro título que la graciosa concesión del causante en cuya compañía vivía, y en la casa del cual se mantiene después de la muerte con exclusión de los demás coherederos y de la comunidad, a la que pertenece la propiedad y la posesión real, lo que no tiene dicho heredero.* [S. 17 de abril de 1958; no ha lugar.]

13. **PREARIO:** *Al rechazar la Sala la titularidad arrendaticia del demandado, queda éste sin título alguno de su posesión y, por tanto, simple precarista.*

PRUEBA: *Los documentos auténticos a efectos de casación han de demostrar el error con evidencia, es decir, «cierto, claro, patente y sin la menor duda» como gramaticalmente significa la palabra «evidente».* [S. 30 de enero de 1959; no ha lugar.]

14. **PREARIO: FIN DE SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DE ARRENDAMIENTO:** *La situación de precario surge del hecho de haber finiquitado el plazo de duración del contrato de subarriendo por extinguirse el arrendamiento que le originó.*

ABUSO DE DERECHO: *Para estimar existente el abuso de derecho deben concurrir: 1.º El uso de un derecho objetiva o externamente legal. 2.º El daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.º La inmoralidad o antisocialidad del daño manifestado en forma subjetiva (intención de perjudicar, o ausencia de fin serio y legítimo) u objetiva (exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).*

CUESTIÓN EXTRAÑA AL DESAHUCIO: *Es extraña al desahucio la cuestión de si la disolución de la sociedad arrendataria fué provocada con el fin de acabar con el subarriendo otorgado por ella.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª L. A. U.: *Es inaplicable al precario la disposición transitoria 4.ª letra f) de L. A. U. vigente, en relación con la derogada. [S. 6 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

15. **USUFRUCTO Y NUDA PROPIEDAD: INDETERMINACIÓN INICIAL DE LOS NUDO PROPIETARIOS.** *[Véase S. 26 de enero de 1959, I, 4].*

16. **SERVIDUMBRE DE PASO: CONSTITUCIÓN: SIGNO APARENTE:** *La «ratio iuris» del artículo 541 del Código civil es la misma tanto en el caso que literalmente contempla, enajenación de una de dos fincas contiguas pertenecientes a un propietario, como en el de división material de una sola poseída en común por varios, pues en este caso se constituye un dominio exclusivo y separado de cada adjudicatario.*

Para la aplicación del artículo 541 del Código civil no es necesario que la servidumbre tenga el carácter de continua.

SIGNO APARENTE: *No es necesario que el signo aparente fuese establecido por el propietario que enajenó o por los que practicaron la división, bastado que uno y otros hayan conservado el establecido anteriormente por otras personas. [S. 10 de octubre de 1957; no ha lugar.]*

17. **SERVIDUMBRES: SIGNO APARENTE: ARTÍCULOS 539 Y 541 DEL CÓDIGO CIVIL:** *El signo aparente, conforme al artículo 541 y a la sentencia de seis de enero de mil novecientos treinta y dos, es considerado como título, pero para poder fundar debidamente la aplicación concreta de tal concepto es precisa una situación de hecho claramente definida. [S. 4 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

18. **SERVIDUMBRE DE PASO: VARIACIÓN CONTRACTUAL: EFICACIA FRENTE A LOS CAUSAHABIENTES:** *Obliga a los herederos la variación de una servidumbre hecha por el causante por lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil.*

CLÁUSULA DEL CONTRATO O CONDICIÓN: *La variación de una servidumbre consistente en fijarse un nuevo paso para el caso de cerrarse la cañada no envuelve una condición en sentido técnico, sino una cláusula contractual lícita y posible.*

SERVIDUMBRE: VARIACIÓN POR VOLUNTAD DEL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE: PRESCRIPCIÓN: *El derecho de variar una servidumbre predial de paso a que se refiere el artículo 845 del Código civil, dura todo el tiempo de vida de la propia servidumbre.* [S. 18 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

NOTA: La doctrina que sienta esta sentencia de que el derecho a variar la servidumbre por voluntad del dueño del predio sirviente es imprescriptible es correcta. Y ello es así porque se trata de una facultad, o sea «posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una situación jurídica». (Castro). Como dice este autor, la característica fundamental de las facultades es que carecen de independencia por estar siempre basadas y unidas a una situación jurídica principal, de aquí que no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas, activa o pasivamente, más que en unión de la situación de que dependen, mientras no se independicen formando nuevo derecho subjetivo. (Castro. Derecho civil de España, 1949. Parte general, tomo I, págs. 602.) (J. M. P.)

19. DIVISIÓN DE CENSOS EN CATALUÑA: *La apreciación de la Sala de que entre los demandados existe un vínculo procesal de solidaridad, se basa en que si bien las fincas censadas son varias, proceden de una originaria única sobre la que se constituyó el censo primitivo, aun cuando para facilidad del dueño directo se dividiera entre varios censatarios; y no siendo tal apreciación de hechos combatida en forma en el recurso, debe ser desestimado.*

APORTACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL PROCESO: ARTÍCULO 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: CASACIÓN: *El artículo 504, por su carácter formal, no puede servir de fundamento de un recurso de casación.* [S. 22 de enero de 1959; no ha lugar.]

20. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La inscripción registral, por sí, no atribuye derecho de dominio.*

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: DATOS FÍSICOS: CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *La afirmación de la sentencia de que la actora es dueña del piso discutido, no puede combatirse como error de hecho designando como documento justificativo del yerro una certificación del Registro de la Propiedad donde la finca urbana figura inscrita como solar en el año mil novecientos treinta y seis, pues que en el Registro aparezca como solar no quiere decir que no sea real y efectiva la existencia del edificio.* [S. 4 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

21. FE PÚBLICA REGISTRAL: TERCERO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: BUENA FE: *Sentado por el Tribunal «a quo» como premisa de su fallo que «no existen en el pleito elementos que permitan sostener se*

trate de adquirentes de mala fe, ... (y) que además concurren las circunstancias de tratarse de contratos a título oneroso celebrados con la persona que en el Registro aparecía con facultad para ello», esto equivale a la afirmación de un hecho que debe ser respetado en casación mientras su realidad no se destruya total y eficazmente al extremo de resultar con evidencia el error del juzgador. [S. 20 de marzo de 1959; no ha lugar.]

III. Derecho de Obligaciones.

1. OBLIGACIÓN MORAL: DECLARACIÓN UNILATERAL ACEPTADA: *Es exigible el cumplimiento de aquello que se ofreció, y aunque originariamente fuese una obligación meramente moral, desbordó el recinto de la conciencia, viniendo a constituir una declaración unilateral de voluntad hecha con intención de obligarse y posteriormente aceptada. [S. 5 de mayo de 1958; ha lugar.]*

2. CLÁUSULA PENAL: ARTÍCULO 1.252 DEL CÓDIGO CIVIL: *En aplicación del artículo 1.252 no se puede reclamar junto a la pena prevista en la cláusula penal, indemnización de perjuicios por el retraso en la terminación de la obra.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CONTRATO DE OBRA: CLÁUSULA PENAL Y PLAZO DE TERMINACIÓN DE LAS OBRAS: *Modificado el contrato primitivo en virtud de la carta dirigida por el actor al demandado y aceptada por éste, en el sentido de aumentar la cuantía de la pena convencional desde mil a cinco mil pesetas diarias, hay que entender que también se modificó el contrato en cuanto a la fecha de terminación de las obras inicialmente fijada.*

NOVACIÓN: MODIFICACIONES ESENCIALES Y ACCIDENTALES: *Del artículo 1.204 se deduce que las modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente se introducen en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación, pero sí las modificaciones que sean esenciales, es decir, constitutivas de las condiciones principales, según el artículo 1.203, como son el plazo pactado y la cuantía de la cláusula penal. [S. 17 de febrero de 1958; no ha lugar.]*

3. ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *Puede tener eficacia: Primero, por declaración de voluntad de la otra parte, 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 lo pactado, o un hecho obstaculo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.*

ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: INSPIRACIÓN: *En él rige el principio de derecho intermedio, recogido del Canónico, por el cual «frangenti fides, fides non est servanda».*

CLÁUSULA PENAL: *Por su peculiar naturaleza y función, exige ser establecida con claridad.*

CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONTRACTUAL: *Habida cuenta de que la suma fué entregada al vendedor a fin de que la retuviera en su poder hasta la última prestación pactada, liquidándose entonces las posibles diferencias, no cabe entender que se estipulase cláusula penal sustitutoria de los daños y perjuicios en la hipótesis de incumplimiento por parte del comprador.*

INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CASACIÓN: *Es función primordial de las Salas de instancia y a su discernimiento debe estarse y permanecer en casación, mientras no resultare violento y arbitrario o fuera de toda exégesis racional. Su impugnación en casación procede por el número 1 y no por el 7 del artículo 1.692 LEC.*

DEMANDA: PETICIÓN «IN GENERE» DE CONDENA DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *El pedimento «in genere» de condena de daños y perjuicios, dejándolo al resultado de la prueba y sin fijar las bases, no está fuera de absoluta precisión, ya por la posibilidad de concretarse la cifra de la entidad daños y perjuicios en el período probatorio, bien porque siempre quedaría en último término la fase de ejecución perfilada en la Ley de Enjuiciamiento con oportunos trámites.*

RECURSOS: RENUNCIABILIDAD: *Por ser derechos potestativos y dispositivos de las partes que los promueven en su interés, es obvio que pueden renunciar a su prosecución en cualquier momento que la ley no lo prohíba, a tenor del artículo 4.º del Código civil y otras normas coincidentes de la Ley procesal. [S. 4 de noviembre de 1953; no ha lugar.]*

4. **ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL:** *No se puede pedir a la vez el cumplimiento y la resolución, pues son incompatibles, a no ser que se haga de una manera alternativa o subsidiaria.*

INCONGRUENCIA: *El concepto de la incongruencia no exige que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de las partes, sino que basta resolverlas sustancialmente, pudiendo agregar cualquier extremo accesorio conducente a facilitar la efectividad del fallo en el trámite de ejecución.*

JURISDICCIÓN CRIMINAL PENDIENTE: ARTÍCULO 362 DE LA L. E. C.: *Para que el artículo 362 de la L. e. c. tenga aplicación es preciso que el Tribunal de instancia tenga que fundar su sentencia exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito. [S. 4 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

5. **ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: CONTRATOS TRASLATIVOS DEL DOMINIO DE BIENES INMUEBLES: COMPRAVENTA:** *El artículo 1.124 del Código civil no tiene aplicación en los casos en que se trate de erigir la ejecución de un contrato*

que hace relación a la transmisión de un inmueble, por existir para regularla una disposición específica, la contenida en el artículo 1.504. [S. 13 de febrero de 1959; no ha lugar.]

6. ACCIÓN SUBROGATORIA: Puede ser ejercitada por los acreedores justificando en el pleito la insolvencia del deudor para dirigirse al mismo tiempo contra ambos deudores.

El ejercicio de la acción subrogatoria requiere entre otros requisitos para ser viable, que el deudor carezca de bienes propios sobre los que dirigirse, y que el crédito resulte acreditado. [S. 19 de diciembre de 1957; ha lugar.]

7. DACIÓN EN PAGO: CONCEPTO: DIFERENCIAS CON LA DONACIÓN REMUNERATORIA. [Véase S. 8 de abril de 1959, III, 14.]

8. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: RESARCIMIENTO DE DAÑOS: PRUEBA: Cuando se reclamen daños y perjuicios es preciso probar que existieron, pues el incumplimiento por sí solo ni implica ni supone la existencia de perjuicios, y respecto de las ganancias no pueden apreciarse las dudosas o contingentes, sino que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener. [S. 24 de enero de 1959; ha lugar.]

9. RETRACTO: REEMBOLSO Y CONSIGNACIÓN DEL PRECIO: PRECIO APLAZADO: Tanto el reembolso del precio prevenido en el artículo 1.518 del Código, como la consignación exigida en el 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de referirse al precio pagado, porque de no hacerlo así, en el caso de enajenación con precio aplazado o en parte, el retrayente no se subrogaría en lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, contra lo que dispone el artículo 1.521 del Código civil.

MOMENTOS DE UNO Y OTRA: Reembolso y consignación han de referirse a momentos distintos, porque otra interpretación llevaría a la conclusión inadmisiblemente lógica y jurídicamente de que simultáneamente el que retrae habría de reembolsar al adquirente y garantizar, mediante la consignación, la entrega de lo que ya ha entregado.

CUÁNDO SON PRECISOS: Es precisa la consignación del precio desembolsado para dar curso a la demanda de retracto, y su reembolso para hacer uso del derecho de retracto, es decir, no para ejercitar la acción correspondiente, sino para el ejercicio de la facultad en que ese derecho consiste, o sea, cuando, una vez reconocido y declarado a favor del demandante, éste pide su efectividad, al momento del reembolso, que puede ser hecho para evitar la duplicidad, a cargo de la consignación.

RETRACTO: REEMBOLSO DE GASTOS NECESARIOS Y ÚTILES: Para reembolsar los pagos y los gastos necesarios y útiles, es preciso conocerlos, y del momento de su reembolso puede decirse lo mismo que del precio pagado, por exigirse también para hacer uso del derecho de retracto.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEY DE 1946: RETRACTO ARRENDATICIO: CONSIGNACIÓN: CERTIFICADO DE LA CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO POR EL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL: *Equivale a la consignación (exigida no para la admisión de la demanda, sino, como se ha dicho, para darle curso), la presentación con la demanda del certificado de la concesión de préstamo por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional. [S. 20 de marzo de 1959; ha lugar.]*

10. RETRACTO DE COLINDANTES: CASO DE SUCESIVAS TRANSMISIONES: REQUISITOS DE LAS DEMANDAS INDEPENDIENTES: CONSIGNACIÓN: *El retrayente tiene acción para perseguir la finca a través de las subsiguientes transmisiones para lograr el retracto de quien resulte titular actual de ella, bien por ampliación de su demanda primitiva, bien por demandas independientes que se vayan acumulando. Pero si se opta por las demandas independientes, éstas deben reunir las condiciones extrínsecas de todas las que ponen en ejercicio una acción de retracto y, entre ellas, la consignación del precio de la transmisión a que se refiere o, por lo menos, la diferencia entre éste y el primeramente consignado si fuere menor. [S. 7 de febrero de 1959; no ha lugar]*

11. RETRACTO DE COLINDANTES: APLICACIÓN: *Ha de ser aplicado con criterio restrictivo por envolver una limitación del derecho de propiedad y porque, aun inspirado en el designio del bien público y de la prosperidad general, contradice la seguridad jurídica de la contratación y hace inciertos en el tiempo los derechos derivados de la potestad dominical.*

CONSIGNACIÓN: FECHA O PLAZO EN QUE DEBE REALIZARSE: *Carece de viabilidad la consignación cuando no se efectúa en el momento mismo de promoverse el acto conciliatorio, y si bien puede subsanarse en fecha posterior, sólo ha de surtir sus naturales consecuencias cuando tiene lugar en el plazo de nueve días dentro del cual ha de ser ejercitada. [S. 12 de febrero de 1959; ha lugar.]*

12. RETRACTO DE COLINDANTES: FINALIDAD: *Está inspirado en el deseo de corregir la exagerada división de la propiedad rústica, con la finalidad de someter las heredades a una mejor explotación y obtener un mayor rendimiento agrícola en su cultivo.*

RETRACTO DE COLINDANTES: APLICACIÓN: *Su aplicación ha de estar restringida por ser una limitación de la libre disposición del dominio.*

RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS: FINCA RÚSTICA: CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN: *Según la distinción recogida por la Jurisprudencia, las características que separan las fincas rústicas de las propiamente urbanas son situación, aprovechamiento y destino.*

RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS: FINCA RÚSTICA: CONCEPTUACIÓN DE UNA FINCA COMO NO RÚSTICA A LOS EFECTOS DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: SU VALOR: *Discutido el carácter rústico de una finca a los efectos del ejercicio*

del retracto de colindantes, la sentencia que le niega el carácter rústico por estar comprendida en el apartado c) del artículo segundo de la Ley de 15 de marzo de 1.935 dictada para la regulación de los arrendamientos rústicos, ha hecho aplicación indebida de esta disposición al caso controvertido y procede la casación.

LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: VALOR DE SUS PRECEPTOS:
ALCANCE: *Tales preceptos, tanto por el sentido circunstancial de la Ley, como por el alcance restrictivo que sus disposiciones deben tener, no pueden extenderse ni ser objeto de aplicación a las diferencias que sobre cuestiones de índole privada —y no social—, puedan surgir entre personas a quienes no ligen, enlacen ni vinculen las reglas contenidas en aquella legislación especial. [S. 29 de noviembre de 1958; ha lugar.]*

OBSERVACIONES: El interés de esta sentencia radica, más que en la enumeración de los conocidos criterios de diferenciación entre las fincas rústicas y urbanas —que resulta incompleta por omitirse el de accesoriadad—, en la doctrina de que es inaplicable al retracto de colindantes en cuanto ha de recaer sobre fincas rústicas el conjunto de las normas que determinan qué fincas son o no rústicas a los efectos de que los arrendamientos que sobre ellas recaigan estén regidos por la Ley especial de Arrendamientos rústicos. La sentencia es concordante con la de 17 de diciembre del mismo año 1958. (D. I.)

13. RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS: FINCA RÚSTICA: CIRCUNSTANCIA DE QUE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS LE NIEGUE ESTE CARÁCTER: *Una finca dedicada al cultivo agrícola, aun cuando esté éste abandonado, pero cuya naturaleza, situación, aprovechamiento y destino le separan de las propiamente urbanas, es finca rústica a los efectos del retracto de colindantes, sin que a ello obste el hecho de que la Legislación especial de Arrendamientos Rústicos le niegue este carácter por aplicación del apartado c) del artículo segundo de la Ley de 1.935, pues dado el sentido restrictivo que a los preceptos de esta Ley se ha de conceder, no pueden ser objeto de aplicación a las diferencias de naturaleza civil suscitadas entre partes que no discuten cuestiones de índole locativa. [S. 17 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

CONCORDANCIAS: Véase sentencia 29 de noviembre de 1958.

14. DONACIÓN REMUNERATORIA: *Tratándose de una donación en remuneración de servicios recibidos, no se da en el caso el requisito esencial para que el retracto proceda, a saber, que la transmisión de la finca se haya verificado por un título de compra o dación en pago, como exige el artículo 1.521 del Código civil para el retracto legal.*

DONACIÓN REMUNERATORIA: *No puede asimilarse a la dación en pago en cuanto sus características son esencialmente diferentes.*

DACIÓN EN PAGO: CONCEPTO: *Supone la existencia de una deuda líquida y exigible para cuya cancelación el deudor hace entrega de una cosa que el acreedor acepta.*

DONACIÓN REMUNERATORIA: CONCEPTO: *En la donación remuneratoria no existe una deuda anterior entre donante y donatario, y la transmisión de la cosa la constituye un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta en consideración a los méritos del donatario o a los servicios por él prestados al donante. [S. 8 de abril de 1959; no ha lugar.]*

15. **CONTRATO DE PRÉSTAMO: CONTRATOS USURARIOS: LEY DE LA USURA: ÁMBITO DE APLICACIÓN:** *No es preciso entrar a examinar la cuestión planteada por el recurrente de si el contrato de autos es de préstamo o de compraventa, porque esto no influye en la aplicación de la citada Ley de Usura puesto que por disposición de su artículo noveno y constante jurisprudencia, los de uno y otro género están sujetos a sus disposiciones.*

CONTRATOS USUARIOS: LEY DE LA USURA: *No es usuario un contrato cuando al celebrarse no existía para el recurrente situación angustiosa, ni es cierto que en realidad se entregara cantidad menor de la que figura en la escritura, y cuando el interés, representado por los frutos de la finca, resulta algo superior al cinco por ciento, que no es interés usurario. [S. 7 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

16. **ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS: PRECIO CIERTO:** *Hay precio cierto cuando las partes, en la carta de encargo, visada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, se remitieron a las tarifas de honorarios reguladas por el Real Decreto de primero de diciembre de mil novecientos veintidós. [S. 22 de enero de 1959; no ha lugar.]*

17. **MANDATO: REVOCACIÓN: CONTINUACIÓN DEL PODER EXTINGUIDO: SITUACIÓN DE CONFIANZA:** *Dada la situación de confianza que existía era obligación del poderdante hacer saber la revocación al tercero si quería evitar el seguir obligándose por la posible actuación del mandatario.*

MANDATO: CONTINUACIÓN DEL PODER EXTINGUIDO: ARTÍCULO 1.738 DEL CÓDIGO CIVIL: *La ignorancia de la casación del mandato a que se refiere el art. 1.738 del Código civil, no debe limitarse al mandatario, sino extendería a los terceros contratantes, lo mismo que concurra o sin concurrir con la de aquél, bastando por tanto la buena fe de terceros al no haberseles hecho saber la revocación y creer que continuaba el poder como en ventas anteriores. [S. 5 de diciembre de 1958; no ha lugar.]*

18. **CONTRATO DE TRANSACCIÓN: REQUISITOS:** *Es condición esencial para que la transacción se produzca, que las partes que en ella tengan intervención estén adornadas de las cualidades que requiere el Derecho, ora para fijar, ora para completar su capacidad de obrar.*

CONTRATO DE TRANSACCIÓN: INEXISTENCIA: FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA: *Es inexistente el contrato de transacción celebrado porque los heredamientos carecían de personalidad jurídica en la fecha que lo otorgaron.*

CASACIÓN: RECURSO DE ACLARACIÓN EXTEMPORÁNEO: *Debe ser rechazado el motivo de casación que en el fondo sólo pretende aprovechar esta coyuntura para ejercitar un recurso de aclaración, lo que es extemporáneo.* [S. 31 de enero de 1959; no ha lugar.]

OBSERVACIONES: Con relación a los efectos del acto inexistente por falta de personalidad jurídica de uno de los que en él intervinieron, es evidente que no pueden sacarse consecuencias de la frase que se contiene en el considerando séptimo de la sentencia, de que «el contrato de transacción celebrado no le puede obligar (al actor) por ser inexistente para él». La idea está clara, el contrato no obliga al actor. Pero ello no quiere decir que obligue a otros, pues la falta de un requisito esencial determinante de la inexistencia del contrato lleva a la no producción de efectos jurídicos obligatorios. (D. I.)

19. CULPA AQUILIANA: NEGLIGENCIA: *El auto inhibitorio del Juzgado de Instrucción a favor del Tribunal Tutelar de Menores, y la sentencia absolutoria de este último nada expresan acerca de la presunta responsabilidad a efectos civiles. No es aplicable la Ley de Caza por no perseguirse ningún delito o falta de los previstos en ella, ni el Reglamento de Armas y Explosivos por ser de carácter administrativo las sanciones que acarrea su infracción.*

ARTICULO 1.903 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es aplicable este precepto si quien efectuó el disparo fué un niño que no es hijo del demandado, y, además, el propio lesionado fué causante inmediato al coger la escopeta de la habitación en que se guardaba.* [S. 14 de febrero de 1959; no ha lugar.]

La acción se dirige contra el propietario del arma, pero se prueba en el pleito que ésta fué tomada por el propio lesionado, y que el hijo del demandado no fué el autor del disparo. Falta, por tanto, la base de hecho para la aplicación del artículo 1.903 del Código civil. La alusión a la culpa del propio lesionado es, en este caso, marginal, y no es causa determinante del fallo absolutorio.

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: PAGO ANTICIPADO: PRUEBA: *No ha lugar al desahucio por falta de pago si no aparece estipulada en el contrato la obligación de abonar la renta en fecha determinada.*

CONSIGNACIÓN: *No se infringe el artículo 1.176 C. c. si la consignación de la renta fué hecha en tiempo y forma* [S. 9 de enero de 1959; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE SOLAR CON EDIFICACIONES: CALIFICACIÓN: *El contrato no tiene por objeto un solar si al tiempo del arrendamiento existían en la superficie arrendada edificaciones propiedad del arrendador.*

RECURSO DE CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO: *El error de calificación jurídica en que ha podido incurrir el Tribunal de apelación, en relación al contrato de arrendamiento, sólo puede ser impugnado a través del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil [S. 19 de febrero de 1959; ha lugar.]*

3. CLÍNICA MÉDICA: CALIFICACIÓN: L. A. U. DE 1947: *Una clínica médica no tiene la cualidad de local de negocio, sino la de vivienda, por su asimilación a los escritorios u oficinas a que se refiere el artículo 10 de la Ley derogada.*

CRITERIOS DE CALIFICACIÓN CONTRACTUAL: *La circunstancia de haberlo calificado como local de negocio una de las partes, incrementando la renta, lo que fué aceptado por la otra, no puede variar la naturaleza jurídica del contrato; la libertad contractual no llega a poder modificar la naturaleza de las cosas.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NOTIFICACIÓN FENACIENTE: *La notificación fehaciente del artículo 82 de la L. A. U. debe estimarse cumplida mediante el acto de conciliación que, según reiterada jurisprudencia, es trámite adecuado para efectuar por medio de él una notificación o requerimiento.*

NOTIFICACIÓN MEDIANTE ACTO DE CONCILIACIÓN AL QUE NO ASISTE EL DEMANDADO: *Si en la certificación del acto de conciliación aparece que el demandado fué citado en forma legal, queda cumplido el requisito de notificación. [S. 30 de enero de 1959; no ha lugar.]*

NOTA: La profunda modificación sufrida por la norma del antiguo artículo 10 de la L. A. U. al pasar al artículo 5 del texto de 1956 impide considerar aplicable al nuevo ordenamiento la doctrina sobre el encuadre —ciertamente un tanto forzado— de las clínicas médicas entre los locales asimilados a escritorios u oficinas. Debe recordarse, por otra parte, que una sentencia de 29 de noviembre de 1955, consideró comprendido en el supuesto del artículo 7 de la antigua Ley,—4.º de la vigente—el arrendamiento de vivienda en la que el inquilino tenía instalada una clínica odontológica, doctrina que hay que entender vigente en la actualidad. Con carácter general respecto al tema de la calificación a efectos arrendaticios de las clínicas médicas, deben recordarse las afirmaciones de COSSIO Y RUBIO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, 1949, página 302, según las cuales, el desenvolvimiento de las actividades profesionales que supone la Medicina no permite la calificación de un local para tal fin arrendado, de local de negocio, sin perjuicio de que cuando las denominadas clínicas supongan una organización que implique una explotación encaminada a la obtención de un lucro y la inversión de capitales más o menos cuantiosos, habrá de señalarse la existencia de una verdadera empresa, cuyo establecimiento en el local determinará la aplicación del régimen de los arrendamientos de locales de negocio, con doble motivo si, además de la asistencia médica, se prestan otra clase de servicios de naturaleza análoga o similar al hospedaje.

En cuanto a la notificación por acto de conciliación, recuérdese que con arreglo al ajustado criterio de la S. de 2 de abril de 1952, sólo será eficaz si no comparece el citado a la celebración del acto, cuando en la papeleta se hubieren consignado todos los extremos objeto de la notificación. (J. P. R.)

4. LOCAL DE NEGOCIO; DERECHO TRANSITORIO; TRASPASO; ANALOGÍA: *A la Disposición transitoria 4.ª de la L. A. U. de 1956 no se hallan sometidos más casos que los de subarriendo, no los de traspaso.* [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO OTORGADO POR EL USUFRUCTUARIO; EXTINCIÓN: *Al concluirse el usufructo queda resuelto el contrato de arrendamiento otorgado por el usufructuario, que no obliga al nudo propietario al consolidar el dominio total de la finca arrendada, conforme al artículo 480 C. c. no derogado por el 70 de la L. A. U. de 1946.* [S. 3 de mayo de 1958; no ha lugar.]

6. ARRENDAMIENTO OTORGADO POR EL USUFRUCTUARIO; EXTINCIÓN: *El artículo 480 C. c. en cuanto declara resueltos al fin del usufructo los contratos celebrados por el usufructuario, no fué derogado por el artículo 70 L. A. U. de 1946, sin que a ello sea obstáculo el que el usufructuario actuase sin expresar tal condición, ya que sus actuaciones no pueden perjudicar al nudo propietario privándole de sus derechos por actos en que no intervino.*

CARÁCTER MODIFICATIVO DE LA L. A. U. DE 1955-56: *La L. A. U. de 22 de diciembre de 1955, texto articulado de 12 de abril de 1956, tiene carácter modificativo y no interpretativo, respecto a la anteriormente vigente.* [S. 5 de febrero de 1958; no ha lugar.]

7. LEY DE 1946; RETRACTO ARRENDATICIO; MOMENTO DE LA TRANSMISIÓN DOMINICAL: *Aunque el otorgamiento del documento privado de compraventa del piso fuera anterior, dado que la consumación del negocio por la tradición y consiguiente adquisición de la propiedad, conforme al artículo 609 del Código civil, se verificó cuando ya era arrendatario el hoy retrayente, procede la acción de retracto ejercitada.*

LEY DE 1946; CÓMPUTO DEL PLAZO: *Por no haber mediado notificación notarial de la venta, no puede computarse el plazo para ejercitar el retracto conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 64 de la citada Ley.* [Sentencia 17 de abril de 1959; ha lugar.]

8. LEY DE 1946; RETRACTO ARRENDATICIO; PLAZOS PARA SU EJERCICIO EN CASO DE SOLICITUD DE PRÉSTAMOS POR EL INQUILINO AL INSTITUTO DE CRÉDITO PARA LA RECONSTRUCCIÓN NACIONAL, DENEGADA POR ÉSTE: *Desde el momento en que la petición del préstamo fué denegada por el mal estado de conservación de la finca, el inquilino no podía invocar a su favor sino solamente los preceptos de la Ley de Arrendamientos y los plazos establecidos por la misma en su artículo 64 para el ejercicio de la acción de retracto, y como tales plazos, contados desde la denegación del préstamo habían transcurrido cuando la demanda fué presentada, es obvio que tal acción había caducado.* [S. 23 de diciembre de 1958; ha lugar.]

9. LEY DE 1946; RETRACTO ARRENDATICIO; CÓMPUTO DEL PLAZO: *No notificado notarialmente el inquilino de la vivienda de la venta de la misma, es obvio que*

el plazo fijado para el retracto por el apartado c) del artículo 64, no ha podido empezar a contarse desde la fecha de la inscripción registral, sino que para la computación del plazo deberá acudir al momento en que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta. El conocimiento de la venta no es una mera noticia de ella, sino el estar enterado el retrayente de modo suficiente de los pactos y condiciones consignados en la escritura. [S. 20 de febrero de 1959; no ha lugar.]

10. LEY DE 1946: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE EXCESIVIDAD DEL PRECIO DE LA VENTA: CADUCIDAD: No combatido al amparo de la causa cuarta del artículo 173 de la L. A. U. citada, el aserto según el cual la recurrente «...cuando formuló su demanda ... hacia ... más de dos años que conocía la escritura de compraventa, este hecho que sienta la sentencia recurrida queda abstraído del debate con lo que procede la desestimación del recurso. [S. 12 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

11. LEY DE 1946: CONTINUACIÓN DEL ARRENDAMIENTO AL FALLECIMIENTO DEL TITULAR: NATURALEZA: Es un beneficio sucesorio concedido a favor de determinadas personas por razones de interés social; pero no un derecho sucesorio porque en tal caso la ley no podía disponer a favor de uno de los herederos ni excluir de su derecho hereditario al cónyuge que no conviva, sino que habría de atenerse al régimen de herencia, y, además porque si fuera un derecho patrimonial transmisible por herencia, el causante tendría una facultad de disposición que la ley no le otorga.

PROCEDIMIENTO EJECUTIVO: SUBASTA: NOTIFICACIÓN NOTARIAL AL INQUILINO: Dada la naturaleza de la subasta, no existe razón para excluir las enajenaciones llevadas a cabo mediante este trámite del supuesto que prevé el artículo 63 de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, y siendo así, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino, permanece vivo e inextinguible el plazo para el ejercicio de la acción de retracto.

VALOR DE LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN NOTARIAL: La certificación del Registro de la Propiedad solicitada por el actor y el acto de conciliación celebrado, no implican ni significan notificación por conducto notarial como textualmente exige la ley para que empiece a contar el plazo de caducidad de la acción de retracto. [S. 2 de marzo de 1959; no ha lugar.]

12. LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN: El derecho reconocido en favor del heredero en el artículo 73 de la L. A. U. de 1946, se refiere exclusivamente al que lo sea del arrendatario que suscribió el contrato por que se rige la relación arrendaticia, pero, no indefinidamente a los herederos del continuador del arrendamiento. [S. 7 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

13. VIVIENDA: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CAMBIO DE DESTINO DE FUNCIONARIO: No procede la denegación de prórroga si se invoca la necesidad de trasladarse a otra población por paso a situación de retirado y se acre-

dita que, no obstante su destino en otro lugar, el arrendador vivía ya en la población en que afirma querer instalarse.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: PRUEBA DOCUMENTAL: *La prueba documental constituida por certificados de empadronamiento, acredita el error alegado en la apreciación de prueba respecto al hecho de la residencia. S. 2 de febrero de 1959; ha lugar.]*

14. VIVIENDA OCUPADA POR ABOGADO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: DIVISIÓN DE COSA COMÚN: *En virtud de la división que a todo comunero compete, se produjo un estado de hecho y de derecho que faculta al actor para negar la prórroga por necesitar la vivienda un hijo suyo.*

ABUSO DE DERECHO: *Ninguna de las circunstancias que acusa la sentencia como vicios del convenio de división entre los comuneros acredita que los otorgantes se propusieron privar al inquilino del derecho de prórroga arrendaticia. [S. 27 de enero de 1959; ha lugar.]*

Toda la finca pertenecía pro-indiviso a dos hermanos, quienes en 25-IX-54 otorgaron escritura pública de adjudicación de pisos en virtud de la cual los pisos primero y tercero se adjudicaron al hermano no litigante, permaneciendo el resto en situación de indivisión; el actor ocupa el piso cuarto y el demandado el piso segundo. En 1.º de junio de 1955 se requiere notarialmente al demandado para que desaloje la vivienda por contraer matrimonio un hijo del actor. El actor planteó la demanda ante el Juzgado comarcal, pero es desestimada por incompetencia de jurisdicción, pues el demandado ejerce la profesión de abogado. El 5 de junio de 1957 se presenta la demanda de nuevo en el Juzgado de primera Instancia, siendo estimada; la Audiencia la revoca por estimar que hubo abuso de derecho. El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso.

La noción de abuso de derecho es uno de los conceptos de más delicada aplicación. La jurisprudencia va perfilándolo en sucesivos fallos. Cfr. sentencia de 6 de febrero de 1959.

En el 2.º Considerando de la sentencia que extractamos se dice que para ser aplicable la doctrina del abuso de derecho: «Se requiere que la intención o propósito en la efectividad de un derecho sea sólo el de causar un daño a otro interés jurídico y que no resulte provecho para el agente que lo ejecuta, y aunque estas circunstancias pueden apreclarse por deducción han de desprenderse de hechos ciertos que con eficiencia o razón lógica lo revelen, pero no es dable ni se puede confiar al mero juicio o criterio subjetivo del que enjuicia, ni tampoco es bastante el que resulte detrimento para otro interés, pues en toda colisión de derechos ha de resultar perjudicado el no protegido.» (G. G. C.)

15. LOCAL DE NEGOCIO: CARÁCTER TAXATIVO DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LA L. A. U.: *Los contratos de arrendamiento urbano, sólo cabe resolverlos por*

alguna de las causas taxativamente establecidas en la legislación especial, no siendo aplicables, ni como supletorias, otras disposiciones legales.

INERACCIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES: *No cabe decretar el desanuncio por haber infringido el arrendatario la cláusula contractual prohibitiva de obras, sin tener en cuenta la naturaleza de éstas.*

RESOLUCIÓN POR REALIZACIÓN DE OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *Alteran la configuración y son causas de resolución, el derribo de un tabique, hacer otro en sitio distinto y construir un urinario y colocar un mostrador de mármol adosado a una pared. [S. 13 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

16. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RAZÓN DE OBRAS A REALIZAR POR EL ARRENDADOR: *Las obras a que se refiere la Disposición transitoria 18 de la L. A. U. de 1947 no son causas de resolución, sino de suspensión del contrato. [S. 27 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

17. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Transcurridos con exceso quince años desde que el traspaso se realizó sin que los arrendatarios lo impugnaran, la acción quedó prescrita.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO: *Carece de la conceptualización de auténtico, el documento que haya servido de interpretación y discusión entre las partes, constituyendo base de la cuestión debatida.*

MECANISMO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: *No precisa el conocimiento del hecho que fundamenta la resolución, para que entre en juego la prescripción extintiva, sino sólo la abstención o inacción del titular del derecho el tiempo marcado por la Ley. [S. 2 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

18. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *La doctrina de esta Sala reputa subarriendo inconsentido, el uso por un no arrendatario sin consentimiento del arrendador y con el arrendatario, de una parte del local arrendado.*

LIMITACIÓN DE LA TRANSMISIBILIDAD DEL USO DE LA COSA ARRENDADA: *El uso arrendaticio es intransmisible por cualquier medio diferente de los de subarriendo consentido y traspaso legal que expresamente marca la ley, como singular excepción a la norma general y común. [S. 19 de enero de 1959; no ha lugar.]*

Nota: *No puede permitirse sin restricciones la doctrina sentada en el segundo de los anteriores párrafos; el supuesto del hospedaje limitado pone de manifiesto que existen supuestos de transmisibilidad del uso de la cosa arrendada al margen de los indicados, ello sin contar con el subarriendo no consentido por el arrendador, pero sí por la Ley—artículo 27 de la L. A. U. de 1947 y 18 de la de 1958—. Pero aún al margen de ello, la doctrina expuesta*

suscita reservas ya que en ningún precepto de la L. A. U. se advierte una norma genérica prohibitiva de la transmisión del uso de la cosa arrendada; lo que la Ley prohíbe al arrendatario son determinados actos de disposición y sólo a la realización de dichos actos atribuye eficacia resolutoria, en la norma destinada a fijar las causas de resolución del contrato de arrendamiento, causas que como con acierto viene afirmando el Tribunal Supremo no son susceptibles de ampliación con otras de Derecho común. En buenos principios debe considerarse, pues, que los actos de disposición del uso de la cosa arrendada realizados por el arrendatario son lícitos en tanto no constituyan un subarriendo o un hospedaje sin consentimiento del arrendador —cuando tal consentimiento fuere necesario— o sin las formalidades legales. No se advierte con qué base legal puede afirmarse que constituye acto vedado y causa de resolución del arriendo el que el arrendatario transmita a un tercero a título gratuito el uso de la cosa arrendada o de parte de ella; ciertamente que la gratuidad de la transmisión no será fácilmente presumible y que tales transferencias integrarán por lo general, un subarriendo total o parcial —o en el fondo constituirán una verdadera cesión del arrendamiento, acto éste, si ilícito sin consentimiento del arrendador, salvo en limitados supuestos—, pero no es menos cierto que cuando la gratuidad llegue a demostrarse faltará toda base en el artículo 114 de la L. A. U.—como faltaba en el 149 del texto derogado— para fundamentar la resolución del contrato. Y no se arguya que en la causa 5.ª del referido artículo 114 se habla de cesión o de traspaso en el sentido genérico de transmisión de uso, ya que de la remisión al capítulo IV de la L. A. U. claramente se infiere que dichos términos se utilizan para designar a la cesión o transmisión del contrato de arrendamiento. (J. P. R.)

19. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: *Puede darse el subarriendo aunque la ocupación de un local se realice solamente de una manera circunstancial y transitoria.*

INEXISTENCIA DEL SUBARRIENDO ALEGADO: RESOLUCIÓN POR OTRA CAUSA: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL SUBARRIENDO DEMANDADO: *Si la sentencia aun siendo estimatoria de la demanda por causa distinta de la de subarriendo, cuando se invocaron varias, estima inexistente el subarriendo, debe absolver de la demanda a quien fué demandado como supuesto subarrendatario. [S. 23 de enero de 1959; ha lugar en parte.]*

20. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: PRESUNCIÓNES: *Es doctrina reiterada que cuando hayan de justificarse hechos contra la Ley, como son el subarriendo, cesión o traspaso, es bastante a este fin la prueba de presunciones, siempre que éste esté basada en lo dispuesto en los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil.*

OCUPACIÓN DE LOCAL POR TERCERO: *El que el arrendador tenga a un sobrino como ayudante de su empresa, aunque éste despachara algún asunto particular en el local de autos no representaría la introducción u ocupación a que la doctrina jurisprudencial se refiere.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO: PRUEBA DOCUMENTAL: *No es prueba documental bastante para acreditar el error, el acta notarial en cuanto a las manifestaciones en ellas vertidas por un particular. [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

21. LOCAL DE NEGOCIO: L. A. U. DE 1947: TRASPASO: PRESUNCIONES: *El hecho de que una institución de enseñanza ajena al arrendatario examine y califique los trabajos de los alumnos de la Academia de aquél, no implica una coparticipación de dicha institución en la explotación del local arrendado.*

CAMBIO DE DESTINO: *La transformación de vivienda en local de negocio no se produce por el mero cambio de actividades ejercitables en locales de esta naturaleza, como lo son un taller de alta costura y un centro de enseñanza con fin lucrativo.* [S. 19 de enero de 1959; no ha lugar.]

22. CESIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO: *La aportación de un arrendamiento a una sociedad de distinta personalidad de la natural del arrendatario, y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio.*

TRASPASO ILEGAL: LEY DE 1946: *Al aportar el demandado la industria de que era propietario a una sociedad regular colectiva que se constituyó con domicilio social en el mismo local arrendado, es evidente que tuvo lugar un cambio en la persona natural del arrendatario, la que quedó sustituida por la Sociedad en cuanto al goce y uso del local, elemento esencial del negocio, verificándose así el cambio en la persona del arrendatario.* [S. 23 de febrero de 1959; no ha lugar.]

23. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: OCUPACIÓN COMPARTIDA INCONSENTIDA: *La introducción en el local de negocio arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, que en convivencia con el arrendatario comparte el uso o disfrute de aquél, es causa suficiente para la resolución del contrato. llámese tal ocupación subarriendo, cesión o traspaso.* [S. 23 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

En el 2.º considerando se enumeran los hechos en que se concretan la ocupación o intromisión del tercero: instalación de un taller y de una vitrina de exposiciones y alta en la contribución industrial en el local arrendado.

24. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: SUBARRIENDO PARCIAL: INEXISTENCIA: ACTIVIDADES PROPIAS DE HUÉSPED: *Las actividades profesionales de un huésped ejercidas eventualmente por unas horas, sin continuidad ni regularidad, ni instalación propia, en el lugar de su alojamiento, no pueden considerarse subarriendo parcial que origine la resolución del contrato de arrendamiento.* [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]

El arrendatario de un local destinado a taberna y hospedaje permitió a un médico odontólogo que usara determinados días al mes el comedor u otras dependencias para atender a los clientes, haciéndose anunciar previamente por medio de pasquines y pregones la llegada. El médico odontólogo pasaba la consulta después de almorzar en el local. El arrendador insta la resolución por no haber consentido en este uso del local arrendado. En 1.ª Instancia se

accede a la demanda, siendo revocada la sentencia por la Audiencia. El Tribunal Supremo *no da lugar* al recurso con base en la doctrina expuesta.

No puede desconocerse la importancia práctica de esta sentencia, pues afecta a gran número de profesionales de todo género (médicos, abogados, odontólogos, etc.), que ejercen ambulante sus actividades en forma muy similar a la del caso.

Frente a la enorme casuística, la orientación del Supremo es más bien restrictiva. Puede verse la doctrina general en sentencia 23-XII-58. su inaplicación al presente caso parece basarse: 1.º En el carácter eventual de las actividades desarrolladas. 2.º En la ausencia de regularidad (2 ó 3 veces al mes). 3.º En la carencia de instalaciones. El demandado alegó también la inexistencia de precio y la provisionalidad de la cesión del local en la indicada forma (hasta que encontrara piso); pero el Tribunal Supremo no alude a estas circunstancias, sin duda por la facilidad de enmascarar la verdadera situación.

De cualquier forma no parece muy seguro generalizar la doctrina de esta sentencia, aunque se repitan las características indicadas. (G. G. C.)

25. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAUSA 3.ª DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA CIERRE DEL LOCAL POR SEIS MESES: *Procede el desahucio si el local lleva cerrado al público más de seis meses; los servicios prestados ocasionalmente a determinadas personas en lugar distinto del establecimiento no demuestran que allí se ejerce la industria de hostelería.*

CÓMPUTO DEL PLAZO DE UN AÑO: DISP. TRANS. 9.ª *Para decretar el desahucio no hace falta esperar a que finalice el año desde la entrada en vigor de la ley que se aplica.*

PRUEBA: *No desvirtúan las afirmaciones de hecho de la sentencia, ni la certificación expedida por el administrador de Rentas Públicas de estar dado de alta para el ejercicio de la industria o comercio, pues sólo tiene alcance tributario, ni una certificación con fórmula de declaración expedida por el gerente de la empresa donde trabaja el demandado, la cual no es un documento, sino declaración extraprocesal incorporada a los autos.*

ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE 22 DE DICIEMBRE DE 1955: *El texto articulado de la L. A. U. de 22 de diciembre de 1955, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, entró en vigor el 11 de mayo de 1956. [S. 22 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

Las declaraciones jurisprudenciales con que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo va perfilando las nuevas causas de excepción a la prórroga que ha introducido la L. A. U. vigente, poseen especial interés. En el presente caso la aplicación de la causa 3.ª del artículo 62 era clara, y lo único en realidad

debatido era si el año a que alude dicha norma debía transcurrir por entero después de la entrada en vigor de la nueva Ley. La disp. trans. 9.ª se refiere evidentemente al plazo de seis meses, el cual debe haber corrido después de la entrada en vigor de L. A. U. para que pueda funcionar esta causa de excepción a la prórroga. Pero nada se dispone acerca de ese otro plazo de un año a que se refiere el artículo 62-3.º. La solución parece que debe encontrarse buscando apoyo en la disposición transitoria 1.ª, 1, que es la única de las generales que puede aplicarse al caso. (G. G. C.)

26. OFICINA: CAMBIO DE DESTINO: *No está comprendido en la causa resolutoria 4.ª del artículo 149 de la L. A. U. de 1946 el cambio de destino que implica el ejercicio de una actividad mercantil sin establecimiento abierto al público en el local arrendado para oficina.* [S. 27 de noviembre de 1958; no ha lugar.]

27. LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS NO CONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: LEY DE 1946: *Las obras, consistentes en la instalación de dos máquinas en el local arrendado para lo que se construyeron unas soleras con el fin de sostener aquéllas, sustituyendo en parte el suelo de tarima por cemento y excavando en el terreno con una profundidad de veintidós o veinticuatro centímetros para la construcción de la base de la cepilladora y de trece a quince para la solera de la sierra de cinta, no alteran la configuración, sino que tienen un carácter peculiar de adaptación de dicho local a las necesidades del negocio que en él se desarrolla.* [S. 13 de febrero de 1959; ha lugar.]

28. OBRAS NO CONSENTIDAS: LEY DE 1946: *Alteran la configuración las obras siguientes: construcción de un tabique con pueria, que cierra un hueco, constituyendo de esta manera una habitación, y el recubrir de cemento el suelo del patio que antes era de tierra, poniéndole un techo de teja llana, de la llamada catalana.* [S. 9 de febrero de 1959; no ha lugar.]

29. OBRAS NO AUTORIZADAS, NO TERMINADAS: *El levantamiento de un tabique, con altura de un metro ochenta centímetros, que, aún sin terminar ya divide en dos una habitación, es causa de resolución, sin que sea necesario que esté terminada la obra, pues ya lo realizado altera la configuración.*

OBRAS DE ESTABLECIMIENTO: *No tienen tal carácter las realizadas seis años después del contrato.* [S. 6 de febrero de 1959; no ha lugar.]

30. ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *La construcción de un cielo raso en una habitación y la variación del pavimento en otras, alteran la configuración del inmueble arrendado, pues se ha tenido que clavar el cielo raso en el maderamen del ensogado del techo, rebajando su altura total libre en unos 18 centímetros aproximadamente.* [S. 24 de enero de 1959; ha lugar.]

31. ALTERACIÓN DE CONFIGURACIÓN: LEY DE 1946: *La altera el dividir una habitación en dos, aunque se comuniquen por una pueria.* [S. 27 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

32. OBRA NO CONSENTIDA: LEY DE 1946: *El levantamiento de un tabique, que sin llegar al techo, ha dividido en dos una habitación, altera la configuración, dando lugar a la resolución del arrendamiento.* [S. 17 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

33. ACCIÓN RESOLUTORIA POR OBRAS NO CONSENTIDAS: SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL ADQUIRENTE DE LA FINCA: LEY DE 1946: *Conforme al artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, al venderse una finca arrendada se hace con cuantos derechos y acciones tenga el arrendador conforme al contrato y a la ley, siempre que no fueren de carácter personal y, por tanto, se le transmite la acción resolutoria que al arrendador correspondía por obras inconsentidas, sin necesidad de que se mencione especialmente, pudiendo ejercitarla en lo que reste de tiempo hasta su prescripción.*

ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Altera la configuración el cierre y cubierta de un patio que estaba descubierta.* [S. 13 de diciembre de 1958; ha lugar.]

34. LOCAL DE NEGOCIO: ACTIVIDADES INMORALES: *Ni la Ley exige, ni la jurisprudencia ha interpretado que el conocimiento sea público y conocido de todos.*

TOLERANCIA O DESCUIDO DEL ARRENDATARIO: *Al haberse verificado por tolerancia o descuido del arrendatario los actos inmorales, se da la causa de resolución, que sólo exige que los actos tengan lugar en el local arrendado y que sean de naturaleza notariamente inmoral.* [S. 17 de enero de 1959; no ha lugar.]

35. LEY DE 1956: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: PELIGRO NOTORIO: *La existencia de petróleo, en ocasiones, en el local arrendado, para su venta al por menor en pequeñas cantidades constituye de «modo notorio» un peligro para dicho local, y, por tanto, resulta aplicable al caso el artículo 114 (causa octava) de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.* [S. 5 de diciembre de 1958; ha lugar.]

36. RUINA: *Hecha la declaración de ruina con arreglo a la causa 9.ª del artículo 149 de la L. A. U. de 1946, no corresponde otra misión a la autoridad judicial que observar si se han cumplido los requisitos en tal precepto establecidos, para estimar o no la resolución, sin poder considerar la clase de ruina o su grado, facultad exclusiva de la autoridad municipal.*

RUINA PARCIAL: *Tratándose de un solo contrato de arrendamiento referido a la totalidad de la finca, no puede limitarse la resolución del mismo a una sola parte de la finca que es la que se estima ha sido declarada ruínosa.* [S. 20 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

37. LOCAL DE NEGOCIO: L. A. U. DE 1947: RENUNCIA DE BENEFICIOS: *Es válido el pacto de aumento de rentas, al amparo del derecho de renuncia concedido*

por el artículo 11 de la L. A. U. sin que a ello se oponga el artículo 70 de la misma.

AUMENTO CONTRACTUAL DE RENTA: NOTIFICACIÓN: No precisa la notificación de un aumento de renta tomado de mutuo acuerdo. [S. 7 de febrero de 1959; no ha lugar.]

33. LOCAL DE NEGOCIO: L. A. U. DE 1947: TRASPASO: PRESUNCIONES: El cambio de titularidad fiscal de un negocio es una mera presunción de la transmisión del negocio, susceptible de ser destruida por prueba en contrario, ya que puede obedecer a diversas causas, sobre todo cuando se produce entre parientes.

SUCESIÓN EN EL ARRIENDO: Nada autoriza a suponer que esté excluida la sucesión conjunta de varios herederos en el derecho arrendaticio de local de negocio.

EJERCICIO DE COMERCIO POR MUJER CASADA: La autorización marital puede revestir tres formas: la expresa, la tácita derivada de hechos positivos del marido y la presunta del artículo 7 del Código de comercio.

INCONGRUENCIA: No es incongruente la sentencia que declara resuelto el contrato de arrendamiento respecto a los demandados herederos del heredero del arrendatario del local de negocio y niega la resolución respecto a los herederos de dicho arrendatario.

COSTAS: ABSOLUCIÓN DE UNOS DEMANDADOS Y CONDENA DE OTROS: Como los pedidos de la demanda no son totalmente desestimados en tal caso, no procede la imposición de costas. [S. 5 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

NOTA: Se mantiene esta sentencia en la ya larga línea de resoluciones que han afirmado que la L. A. U. de 1947 no autorizaba sino una transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de local de negocio y que, por tanto, los herederos del primitivo arrendatario carecen de la posibilidad de transmitir su derecho arrendaticio a sus sucesores *mortis causa*; sin abordar el tema de la adecuación de tal doctrina al texto de la referida Ley, sí debe notarse que la misma resulta en absoluto inadaptable a la vigente L. A. U., pues el apartado 3.º del artículo 60 demuestra de modo irrefutable que no existe limitación del número de transmisiones, lo que por otra parte es perfectamente lógico dada la naturaleza que se asigna al derecho de arriendo de local de negocio, susceptible de indefinidas transmisiones *inter vivos* —traspaso— y sujeto en cuanto a su transferencia *mortis causa* al régimen general de sucesión por causa de muerte —con leves variantes—, como cualquier otro derecho enajenable y provisto de un valor en cambio como cualquier derecho de los que integran el patrimonio transmisible de la persona.

Cabe formular toda clase de reservas sobre la doctrina sustentada en el cuarto de los anteriores apartados, ya que no se advierte, cómo es posible,

que ante un *petitum* limitado a obtener un pronunciamiento resolutorio de un contrato de arrendamiento por fallecimiento del titular del contrato y del sucesor del mismo, y de condena de los demandados a estar y pasar por tal declaración y a desalojar el local —*petitum* que fué totalmente rechazado por el Juzgado de 1.ª Instancia—, la Audiencia Territorial primero y el Tribunal Supremo después (al desestimar el recurso) puedan escindir la unidad de un contrato de arriendo resolviéndolo respecto a unas personas y manteniéndolo respecto a otras y *resolver* un contrato de arrendamiento respecto a unas personas que, según el criterio de dichos Tribunales, no han llegado a ser parte del contrato en cuestión por no haber concurrido en las mismas los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la sucesión arrendaticia. En la motivación del recurso de injusticia notoria se tachó a tal solución de incongruente y ciertamente resulta difícil eludir dicho calificativo, pues la incongruencia no ya simplemente jurídica, sino incluso metafísica de la misma se acusa de modo un tanto ostensible.

En cuanto a la solución adoptada respecto a las costas supone una interpretación en exceso literal de las normas en que se plasma el criterio del vencimiento objetivo; resulta más acomodado a la verdadera finalidad que inspira a dicho principio y a la satisfacción del interés a que sirve el legislador, la solución adoptada en la mayor parte de los fallos de instancia en los que en el supuesto de sentencias que den lugar a la demanda contra parte de los demandados y absuelvan de la misma al resto, se condena al actor a satisfacer las costas causadas a los absueltos, y a los condenados en cuanto al *petitum* de fondo a pechar con las causadas al actor, solución que tiene en cuenta el hecho fundamental de que en tales casos el demandante resulta íntegramente vencedor respecto a parte de los demandados e íntegramente vencido por los demás. (J. P. R.)

39. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U. DE 1946: CONTINUACIÓN DEL CONTRATO POR HEREDERO: EJERCICIO DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: PRUEBA: *Si bien los documentos administrativos invocados no contienen virtualidad suficiente para demostrar por sí solos el carácter de arrendataria de la persona a quien se refieren, constituyen, sin embargo, una racional y vehemente presunción de la existencia de un título de arrendamiento, corroborado por actos propios de la misma arrendataria.*

SEGUNDA TRANSMISIÓN: *Es doctrina reiterada que los beneficios de prórroga de un contrato de arrendamiento de local sólo alcanzan a la primera transmisión por muerte del titular, pero no a los sucesores del continuador del negocio, y, por tanto, no pueden corresponder a la hija del arrendatario que, aunque heredera, no continuó dicho negocio.* [S. 7 de febrero de 1959; ha lugar.]

El punto fundamental del pleito era el de si la viuda continuó, o no, el negocio de su marido. La hija alegó ser heredera de su padre y continuadora del negocio según la adjudicación hecha en operaciones particionales; pero, aparte de ser estas operaciones de fecha muy posterior a la muerte del padre, y

muy sospechosamente próximas al pleito, la viuda figura como arrendataria en diversos documentos administrativos (altas de contribución, licencias de apertura) así como en escritos dirigidos al arrendador anunciando su propósito de traspasar. Acertadamente, pues, ha visto el Tribunal Supremo en ellos la prueba indirecta de ser efectivamente la continuadora del negocio, corroborada por actos propios de la misma.

40. TRASPASO: ARTÍCULO 45 DE LA L. A. U. DE 1946: NOTIFICACIONES: SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LAS MISMAS: *Las notificaciones han de desenvolverse entre las personas que los apartados d y f de dicho precepto señalan, la del arrendatario como sujeto activo de la notificación y la del arrendador, su apoderado, administrador o persona que materialmente cobre la renta, como sujetos pasivos y queda incumplido dicho precepto cuando la notificación se hace a una persona que no tiene la cualidad de propietario arrendador del local en cuya virtud se le notifica.*

SUJETO PASIVO CON CUALIDAD DISTINTA DE AQUELLA POR LA QUE SE LE NOTIFICA: *Aun admitiendo hipotéticamente que el notificado tuviera la cualidad de gerente de la sociedad propietaria y arrendadora del local, la notificación carecería de eficacia, ya que no se hizo invocando aquel carácter en el notificado, sino por su supuesta condición de propietario y arrendador.*

REVOCACIÓN DE PODERES MERCANTILES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: CUÁNDO NO ES NECESARIA: *Los preceptos del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil que prescriben la necesidad de que los poderes dados a los gerentes y otros mandatarios, así como su revocación, sean inscritos en dicho Registro, así como que se estimarán subsistentes mientras no sean expresamente revocados, responden a la necesidad de dar seguridad a los terceros con que aquéllos contratan. Y por ello cuando esta seguridad se obtiene como consecuencia de la publicación de una Ley nueva y de la adaptación a la misma de los Estatutos de una sociedad (Estatutos cuya inscripción se lleva al Registro), es visto que la finalidad de aquellas normas está obtenida sin necesidad de que de una manera expresa se haga constar la revocación de tales poderes. Y así no es preciso inscribir la revocación de los poderes de un gerente cuando de la escritura de adaptación inscrita resulta la sustitución de la Gerencia como órgano de Gobierno por el Consejo de Administración al cual habrían de pasar todas las facultades de aquélla. [S. 17 de enero de 1959; no ha lugar.]*

V. Derecho de Familia.

1. LITIS EXPENSAS: CARENANCIA DE BIENES: *Es necesario que quien solicita la prestación de litis expensas, justifique que carece de bienes propios, sin que baste su mera afirmación en tal sentido. [S. 26 de marzo de 1958; no ha lugar.]*

2. COMUNICACIÓN FORAL EN VIZCAYA: CESACIÓN: *Hecho uso del poder testatorio por el cónyuge comisario, cesa la «comunicación» foral y sólo subsiste una indivisión hereditaria sujeta a las normas generales, pudiendo cada partícipe en la comunidad tener y adquirir bienes fuera de ella.*

COMUNICACIÓN FORAL DISUELTA: ADQUISICIÓN DE BIENES POR EL CÓNYUGE SUPERSTITE CON CARÁCTER PRIVATIVO: *A la disolución de la «comunicación» foral, el viudo recobra su plena capacidad para adquirir bienes privativos. Y apareciendo probado documentalmente que adquirió para sí la finca sin que se acredite que la compró con dinero perteneciente a la comunidad, subsiste la adquisición privativa para el comprador, que adquiere su dominio y puede libremente disponer de ella.*

COMUNICACIÓN FORAL EN VIZCAYA: DIVISIÓN: *Atribuyendo el fuero la propiedad de la mitad de cada uno de los bienes que la integran a cada uno de los cónyuges, la división ha de hacerse por cuotas partes.*

COMUNIDAD HEREDITARIA EN VIZCAYA: OBJETO: *La porción de cada uno de los partícipes en una comunidad hereditaria en Vizcaya, y hasta que se practique la división y adjudicación de bienes, afecta a la correspondiente cuota-parte sobre cada uno de ellos y no sobre la universalidad de la herencia.*

SUCESIÓN EN EL DERECHO ARRENDATICIO RÚSTICO: LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ÁMBITO DE APLICACIÓN: *Las Leyes de arrendamientos rústicos son de aplicación en todo el territorio nacional, sin que por tanto ingrese el derecho derivado del contrato en el caudal relicto, por pertenecer al familiar cooperador en caso del fallecimiento del titular arrendatario.*

PROYECTOS DE APÉNDICES Y COMPILACIONES DE DERECHO FORAL: SU VALOR: *Si bien carecen de fuerza de obligar, representan una tendencia legislativa en que se recogen, previo detenido estudio, las instituciones vivas y eficientes. S. 7 de enero de 1959; no ha lugar.]*

3. FILIACIÓN LEGÍTIMA: IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD: *La imposibilidad a que alude el artículo 108 p.º 2.º C. c. no es sólo la física, sino también la que se da y origina por la ausencia del marido o cualquier otra que lleve consigo el alejamiento efectivo, voluntario o impuesto de los esposos, pero no cabe admitirla cuando el marido interrumpió su alejamiento y fué visto con la esposa, habiendo la posibilidad de que tuviese acceso carnal con ella. S. 19 de junio de 1958; no ha lugar.]*

4. FILIACIÓN NATURAL: RECONOCIMIENTO: ACTA DE BAUTISMO: *El escrito indubitado no sólo ha de demostrar una expresa y deliberada manifestación de paternidad, sino que debe estar escrito de puño y letra del padre.*

No es documento público a los efectos del artículo 131 del C. c. el acta de bautismo. [S. 30 de junio de 1958; no ha lugar.]

VI. Derecho de sucesiones.

1. TESTAMENTO: CONCEPTO: *El testamento, en nuestro Derecho civil común, es un acto o negocio jurídico solemne en principio, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, con mandatos inequívocos para regular la sucesión.*

DISPOSICIONES IMPROPIAS: RUEGOS Y CONSEJOS: *Las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el «de 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 afectivo-familiar.*

PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE ENAJENAR: RUEGOS O CONSEJOS: *Por faltar auténticos mandatos de imperativa observancia no es posible entender que del testamento resulte disposición prohibitiva alguna para enajenar el patrimonio industrial, sino antes bien ruegos y encargos del testador hacia sus hijos de conservarlo dentro de la familia.*

DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A TÍTULO SINGULAR: LEGADO: *El legado no es un mero ruego o consejo al heredero para que lo cumpla como sujeto pasivo de una deuda testamentaria a él impuesta al aceptar la herencia. [S. 24 de noviembre de 1958; no ha lugar.]*

2. TESTAMENTO ABIERTO: CAPACIDAD E IDENTIDAD DEL TESTADOR: *No son documentos auténticos que acrediten la incapacidad del testador por causa de alcoholismo agudo, ni su falta de identidad, el testamento discutido y el anterior revocado, a pesar de ciertas inexactitudes en cuanto a las circunstancias personales contenidas en el primeramente citado, ni tres certificados médicos aportados con la demanda, que no constituyen prueba pericial, siendo además contradictoria la posición del recurrente que niega la identidad del testador y a la vez discute su capacidad para testar.*

PARTICIÓN. HEREDERO AUSENTE: APROBACIÓN JUDICIAL: *El artículo 1.049 L. E. C. está modificado por el 1.057 C. c. cuyo p.º 2.º, sólo exige citación judicial en el supuesto de coherederos menores de edad o sujetos a tutela.*

PARTICIÓN. NULIDAD: HEREDERO PREFERIDO: *Solicitada en la demanda la nulidad de la institución de heredero y la de la partición de la herencia restableciendo la indivisión, incide en incongruencia la sentencia que acordó lo primero, ordenando la apertura de la sucesión abintestato y omitiendo todo*

pronunciamiento en cuanto a lo segundo, condenando a pagar al preterido lo que le corresponde de la herencia.

Declarada nula la institución de heredero conforme al artículo 814 C. c. lo es también la partición efectuada, pues al ser necesaria la apertura de la sucesión intestada, la partición tuvo lugar entre quienes no eran ya herederos testamentarios, aunque pudieron serlo legítimos, y no se puede imponer en este caso el respeto a la partición efectuada, obligando al heredero preterido a aceptar un pago de legítima proporcional por cada heredero, infringiendo así el principio de unanimidad de la partición, por no ser aplicable en tal supuesto el artículo 1.080 C. c. [S. 15 de octubre de 1957; ha lugar.]

3. INSTITUCIÓN TESTAMENTARIA CONDICIONAL: ANTINOMIA LEGAL DE LOS ARTÍCULOS 759 Y 799 DEL CÓDIGO CIVIL: ORIGEN Y SOLUCIÓN: (Véase S. 26 de enero de 1959; I, 4).]

4. CATALUÑA: FIDEICOMISO FAMILIAR «SINE LIBERIS DECESSERIT»: Si premuere el fideicomisario al fiduciario en el fideicomiso «sine liberis decesserit» no transmite aquél ningún derecho a sus herederos. [S. 10 de octubre de 1958; no ha lugar.]

NOTA: En Cataluña y por D. Romano, ya se sabe que aunque el fideicomiso no sea condicional, a diferencia del C. c. (art. 784), el fideicomisario sólo adquiere su derecho cuando vence su término, por lo que si premuere al fiduciario, no transmite derecho alguno a sus herederos, como ha declarado reiteradamente el T. S. Excepcionalmente cuando el fideicomiso se establece en heredamiento y el fideicomisario es contratante, aunque premuere transmite su derecho a sus herederos. (J. M. P.)

5. PACTO SOBRE CUOTA VIDUAL: Los herederos con plena capacidad de obrar pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente según el artículo 1.058, y esta norma es aplicable al pacto sobre la cuota del cónyuge viudo, concluido entre éste y los herederos del premuerto, autorizado por el 839, pacto que puede alcanzar a la extinción del usufructo en vida de su titular.

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: Esta cláusula no tiene por el momento la categoría de principio en el Derecho patrio, salvo casos especialísimos contemplados por el legislador; pero esto no quiere decir que los tribunales tengan absolutamente cerrado el camino para sus construcciones jurisprudenciales en el campo de la interpretación de los negocios jurídicos y del derecho aplicable al fin de llenar posibles lagunas y conciliar antinomias no percibidas con la necesaria claridad por el órgano legislativo, y por las partes.

FIJACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: Corresponde al tribunal «a quod», pudiendo fijar su cuantía, o diferir su fijación a la fase de ejecución del fallo, dando o no las bases para ello, según el artículo 928 y demás concordantes de la L. E. C. [S. 21 de octubre de 1958; no ha lugar.]

6. LEGADO CONDICIONAL: VALIDEZ: RÉGIMEN APLICABLE: ARTÍCULO 799 DEL CÓDIGO CIVIL: (Véase S. 26 de enero de 1959; I, 4.)

7. FACULTADES DE LOS ALBACEAS: COBRO DE RENTAS DE UN ARRENDAMIENTO URBANO, DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO ARRENDADOR: *El cobro por los albaceas de las rentas correspondientes a los meses que mediaron en el fallecimiento de la usufructuaria arrendadora y la venta de la casa en cumplimiento de la obligación que el testador les impuso, no revela su voluntad de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, sino la de realizar una función de mera administración en orden al inmueble, aparte de que los albaceas carecían de las facultades necesarias para llevar a efecto un arrendamiento de tal naturaleza, pues ello no está comprendido dentro de las que otorga el artículo 902 del Código civil.*

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: LEGADO EN FAVOR DEL ALMA: *Al disponer la testadora que legaba a su sobrina el usufructo de la casa y que al fallecimiento de la usufructuaria dicha casa sería vendida por sus albaceas que invertirían el importe de la venta en la celebración de misas por el alma de la testadora, de su marido y demás personas de su familia, instituyó un legado de nuda propiedad en favor del alma de la personas aludidas, sin que quepa atribuir a tal institución el carácter de una sustitución fideicomisaria como alega el recurrente.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO ARRENDADOR: LEY DE 1946: ARTÍCULO 480 DEL CÓDIGO CIVIL: *Como la arrendadora ostentaba el carácter de usufructuaria de la cosa al celebrar el contrato de arrendamiento, a su fallecimiento se produjo de derecho la resolución de dicho contrato por entrar en juego el artículo 480 del Código civil que no fué derogado por el 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946. [S. 31 de marzo de 1959; no ha lugar.]*

DERECHO MERCANTIL

1. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *En virtud del artículo 9 del Estatuto de Propiedad Industrial se aplica el plazo del artículo 1.964 del Código civil a todas las acciones reguladas en el Estatuto sin plazo especial de prescripción.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Para apreciar la excepción de cosa juzgada es necesario que concurren todos los requisitos que exige el párrafo primero del artículo 1.252 del Código civil. [S. 16 de mayo 1958.]*

2. CONTRATOS MERCANTILES CON CAUSA ILÍCITA: ILICITUD EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA: *La norma del artículo 1.275 del Código civil que dispone la ineficacia del contrato con causa ilícita es aplicable a los contratos mercantiles en virtud del artículo 50 del Código de comercio y debe integrarse en cada caso con criterios objetivos extraídos del mismo ordenamiento jurídico y de los principios éticos en que éste se inspira.*

Entre estos principios se encuentra el de que nadie puede desposeer a otro sin la voluntad del desposeído, por lo que tiene causa ilícita la constitución de una sociedad anónima fundada con el propósito de absorber una comanditaria sin previa disolución y liquidación de ésta y sin acuerdo social dirigido a la absorción.

CLÁUSULA COMPROMISORIA: NATURALEZA E INTERPRETACIÓN: *La cláusula compromisoria que es un precontrato de un futuro negocio (compromiso), sólo obliga a las partes y sus herederos y no admite interpretación extensiva a causa de su finalidad eliminadora de la jurisdicción estatal.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Las cartas particulares aún adveradas por su autor no son documentos de plena autenticidad a efectos de casación. [S. 5 de mayo de 1958.]*

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: VICIOS INTERNOS: *En las reclamaciones por vicios internos deja de aplicarse el plazo del artículo 342 del Código de comercio y el procedimiento del artículo 2.127 LEC, tan sólo cuando se trata de compraventa con pactum displicentiae, venta ad gustum y venta a prueba.*

VENTA A PRUEBA: *La venta a prueba supone un arbitrium boni viri y no un arbitrio simple.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El oficio de un Banco sobre depósito de la cosa vendida no es documento auténtico a efectos de casación. [S. 24 de abril de 1958.]*

4. CONTRATO DE DEPÓSITO: TRANSFERENCIA BANCARIA: RECLAMACIÓN DEL ORDENADOR AL BENEFICIARIO: *No puede reclamar el ordenador en base a los preceptos civiles del depósito, cuando se declara probado que en cumplimiento del mandato o ruego de un tercero remitió 130.000 pesetas por transferencia bancaria sin aviso al beneficiario, el cual dispuso de ellas en favor de otra persona, el acreedor de suma igual que le había anunciado la remesa. [S. 24 de febrero de 1959; no ha lugar.]*

DERECHO PROCESAL

I Parte general.

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO: INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *No es competente la jurisdicción ordinaria para conocer las cuestiones derivadas de un contrato de suministro de bienes necesarios al Ejército español, que ha sido acertadamente calificado como administrativo, teniendo en cuenta que en él se establece el carácter ejecutivo de las disposiciones que la Administración adopte, salvo los derechos del contratante en la vía contencioso-administrativa, el carácter preferente de las disposiciones administrativas y la aplicación supletoria de la legislación de esta clase que expresamente se cita. [S. 19 de febrero de 1958; no ha lugar.]*

2. COMPETENCIA: LEGITIMACIÓN: PLEITO PROMOVIDO: *Si al plantearse por los demandados la inhibitoria, éstos aún no estaban emplazados, porque antes*

de tal trámite el demandante había solicitado y obtenido la paralización del procedimiento, es evidente que no estaba aún constituida la relación jurídico procesal y al no haber «juicio promovido» (art. 73 L. E. C.), carecían de legitimación los demandados para promover esta cuestión de competencia, que se debe estimar mal formada. [S. 9 de enero de 1958.]

3. FALTA DE PERSONALIDAD: AYUNTAMIENTO: La exigencia que establece el artículo 370 de la Ley de Régimen Local de que los acuerdos de las Corporaciones locales para la defensa de sus bienes y derechos deben ir precedidos del dictamen de un letrado, no reza para defenderse en los procedimientos iniciados contra ellas y para interponer recursos, como se desprende del artículo 121, apartado j) de la citada Ley, conforme al cual basta simplemente acuerdo del Ayuntamiento. [S. 22 de marzo de 1958; no ha lugar.]

4. SUSTITUCIÓN PROCESAL: La doctrina de la sustitución procesal fué acogida por esta Sala en sentencia de 6-XI-1941, y según ella una persona puede ejercitar derechos ajenos por sustitución, actuando en juicio por un derecho ajeno, siendo parte el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido; según Decreto 13-VI-1931, ratificado por L. 4-XI-1931, si el colegiado interesado lo pretende del Colegio, éste es el llamado a postular en su nombre el procedimiento judicial pertinente y por medio del decano el percibo de los honorarios adeudados.

CAPACIDAD JURÍDICA DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS: El Colegio de Arquitectos tiene facultad de ejercitar acciones civiles y criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución. [S. 21 de noviembre de 1958; ha lugar.]

En esta sentencia se recoge con perfecto tecnicismo la doctrina procesal sobre sustitución (cfr. GUASP, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1956, página 200 y s.). Se dice en el último Considerando de la 1.ª sentencia:

«El Colegio tiene capacidad para obrar actuando una pretensión de derecho material en favor de los colegiados por quienes demanda, operándose de tal suerte la sustitución procesal que la doctrina admite, también denominada legitimación indirecta, pues aun cuando no sea titular directo de la reclamación, indirectamente le afecta por el interés incluso económico que le liga con los titulares sustituidos; y como además, la escritura de poder con que compareció el procurador del Colegio es suficiente para ostentar su representación por estar otorgada por su decano por autorización legal, y documentada por testimonio notarial en lo necesario de los Estatutos y Reglamentos orgánicos del Colegio, habiendo sido además interesada su intervención por los colegiados a quienes afecta la reclamación, carece de toda posible tacha, tanto la personalidad del poderdante como la de su procurador.» (G. G. C.)

5. BENEFICIO DE POBREZA: OCULTACIÓN: La ocultación debe ser sancionada con la denegación del beneficio, fuera del caso en que se demuestre que la misma no ha influido en la realidad de la situación de pobreza del interesado.

BENEFICIO DE POBREZA: FINCAS EN LITIGIO: *Las características de los bienes deben expresarse aunque éstos se hallen en litigio, sujetos a una acción reivindicatoria, pues es evidente que hasta tanto no recaiga sentencia firme está la actora en su posesión y disfrute; y en el caso de que en la demanda principal se le condenara a su entrega, entonces llegaría el momento de solicitar la pobreza por hechos acaecidos con posterioridad a la promoción de la demanda, de conformidad con lo prescrito en el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* [S. 19 de febrero de 1959; no ha lugar.]

6. **BENEFICIO DE POBREZA:** *Para que la mujer casada pueda obtener este beneficio, es necesario que pruebe la situación económica de su marido, sin que a ello obste la eventual imposibilidad económica y familiar de lograrlo.* [S. 16 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

7. **INCIDENTE DE POBREZA: GASTOS EN JUICIOS EJECUTIVOS:** *La condena a abonar gastos y costas habidos en dos juicios ejecutivos, no comprende los gastos y costas que ha satisfecho el actor en el incidente de pobreza promovido para litigar en tales procedimientos, siendo inadmisibile una interpretación extensiva en este punto.* [S. 27 de enero de 1959; ha lugar.]

II. Procesos en especial.

1. **INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATO OTORGADO A NOMBRE DE PERSONA INTERPUESTA:** *Al pretender el actor la validez de un contrato de arrendamiento otorgado a favor de persona interpuesta, la acción no se basa en ningún texto determinado de LAU, sino en el Código civil, y el juicio debe transmitirse según las normas procesales comunes.*

DERECHO NECESARIO: ACTOS PROPIOS: *Las normas que determinan el procedimiento a seguir son de derecho necesario sin que quepa aplicar la doctrina de los actos propios.*

ANALOGÍA: *No es aplicable cuando la cuestión debatida no se refiere a materia regulada por L. A. U.* [S. 27 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

2. **COSTAS: PROCESO ARRENDATICIO URBANO:** *Deben imponerse las costas con arreglo al criterio del vencimiento cuando se estima íntegramente la pretensión, aunque sea por uno o varios de los hechos que le han servido de base y no se acceda por los demás.* [S. 2 de febrero de 1959; ha lugar.]

III. Recursos.

1. **APELACIÓN: ESCRITO SIN FIRMA DE LETRADOS: SUBSANACIÓN:** *El defecto que supone la carencia de la firma de Letrado en el escrito interponiendo el recurso de apelación, sólo puede subsanarse dentro del término que para apelar*

concede la Ley, y no lo convalida la posterior tramitación del recurso. [Sentencia 21 de marzo de 1958; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO: APELACIÓN SIN CONSIGNAR RENTAS: Según reiterada jurisprudencia, la obligación de consignar rentas para apelar no admite excepciones, vinculando incluso al demandado pobre, y no puede justificarse su cumplimiento con una liquidación de cuentas practicada unilateralmente por el inquilino. [S. 21 de febrero de 1959; no ha lugar.]

3. RECURSO DE CASACIÓN: TRIBUNALES ESPECIALES DE FOROS: Contra las sentencias que dictan las Audiencias Territoriales en el procedimiento de que conocen los Tribunales Especiales de Foros, no cabe el recurso de casación en ninguna de sus formas. [S. 11 de febrero de 1958; no ha lugar.]

Aunque el recurso de casación era por quebrantamiento de forma al amparo del número 8 del artículo 1.693, L. E. C., el Tribunal Supremo en el considerando que ha quedado extractado, refiere su doctrina no sólo a esta clase de recursos de casación, sino también al de infracción de ley o doctrina legal, y en el fallo declara no haber lugar a este recurso y no haber lugar a tramitar el de casación por infracción de ley que el recurrente tenía anunciado. Reitera el Tribunal Supremo en esta sentencia la doctrina que mantuvo en dos autos de 26 de noviembre de 1945, ambos relativos a foros, indicando que no cabe nunca el recurso de casación cuando no está legalmente determinado y a la vez en el supuesto de foros, ser incompatible con la sencillez y brevedad del procedimiento regulado en el artículo 10 del Real-Decreto de 25 de junio de 1926, y concordantes del Reglamento de 23 de agosto de igual año. El citado artículo 10 en su apartado F^o), admite el recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de las sentencias que dicten los Tribunales Especiales de Foros, siempre que la cuantía litigiosa sea superior a 1.000 pesetas, el cual se tramitará conforme a las normas de la segunda instancia del juicio de menor cuantía, que conforme al artículo 1.694 L. E. C. es susceptible de recurso de casación por quebrantamiento de forma, aunque no por infracción de ley o de doctrina legal, pero el Tribunal Supremo rechaza en este punto todo criterio de analogía. (R. I.)

4. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: APROBACIÓN DE LA CUENTA FINAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL: No se da el recurso de casación por infracción de ley contra el auto que resuelve sobre la aprobación de cuenta final rendida por el administrador judicial de finca embargada en el curso de un procedimiento sumario hipotecario, en virtud del 1.694, 3.º, L. E. C., y porque como tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo no cabe en los incidentes, recurso que no pueda ejercitarse en el juicio principal de que dimanan. [S. 11 de febrero de 1959; no ha lugar.]

5. CASACIÓN: CONSIDERANDO «A MAYOR ABUNDAMIENTO» El fundamento de la sentencia que se impugna está dictado, como en la misma se hace constar, a mayor abundamiento, por lo que, aun prosperando el motivo, no desvirtua-

ría la fundamentación esencial de la sentencia, que subsistiría por su restante y primordial contenido. [S. 31 de diciembre de 1958; no ha lugar.]

6. NULIDAD DE ACTUACIONES: *La nulidad de actuaciones que sólo puede producirse por defectos formales, se ha de interesar por las partes en forma incidental en el procedimiento en que hayan sido causadas y si se deduce la petición en juicio ordinario, éste no puede desprenderse de su naturaleza incidental y en ningún caso cabe recurso de casación contra sentencias dictadas sobre nulidad de actuación. [S. 21 de marzo de 1958; no ha lugar.]*

IV. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de José María AMUSATEGUI
y José Luis LLORENTE

I. Derecho civil

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: CONCEPTO: *Comprende únicamente aquellas ocupaciones de carácter personal que se desempeñan en el hogar y constituyen una ayuda o medio de vida para el sostenimiento familiar, sin la cooperación de personas extrañas, [lo que contrasta con la actividad típicamente industrial de taller de reparación de automóviles que la sentencia declara viene ejerciéndose en el local, esté o no sometida a tributación]*. (Sentencia 2 abril 1959; no ha lugar.)

OBSERVACIONES: El concepto de «pequeña industria doméstica» que se recoge, arranca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre 1957. La concurrencia de operarios extraños a la familia viene siendo la nota característica que excluye aquel concepto. En este sentido se ha manifestado repetidas veces la Jurisprudencia del T. S. y las sentencias de Suplicación (entre estas últimas, vid. Sentencias de la A. T. de Madrid de 16 enero 1957, 28 febrero 1958 y 13 abril 1959 [anotada a continuación] y la de la A. T. de Barcelona de 16 mayo 1958 [anotada en A. D. C., t. XI, feacc. 4.º pág. 1311]).

2. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMESTICA: ÁMBITO: *El hecho de que un negocio se desenvuelva con la cooperación de trabajadores asalariados impide que se califique como pequeña industria doméstica de las aludidas en el artículo 4.º de la L. A. U.* (Sentencia 13 abril 1959; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDO: REQUISITOS: 1) MOBILIARIO ADECUADO Y SUFICIENTE: *La exigencia de mobiliario adecuado y suficiente constituye una facultad que puede ejercitar el subarrendatario si lo cree conveniente y, por lo tanto, una vez renunciado a su ejercicio, no cabe retractarse de esa renuncia, salvo que se pruebe que se profirió con la concurrencia de algún vicio que pudiera afectar esencialmente a esa declaración de voluntad;* 2) NOTIFICACIÓN AL PROPIETARIO: *El requisito de la notificación al propietario que indica el artículo 18 de la Ley vigente, no es esencial para la validez del arrendamiento, más que cuando quien pretende desconocerlo sea el propietario-arrendador* (Sentencia de 7 octubre 1958; no ha lugar.)

4. SUBARRIENDO: PLAZO DE DURACIÓN: *Al no constar el plazo de duración del subarriendo es de aplicación el artículo 1581 del Código Civil y, por tanto, se reputará concertado por meses, si se fijó una renta mensual* (Sentencia 17 marzo 1959; no ha lugar.)

5. **CESIÓN DE VIVIENDA: DIFERENCIA CON EL SUBARRIENDO:** *La cesión de vivienda supone el abandono total del inmueble por lo que no tiene este carácter, sino el de subarriendo, el contrato celebrado por el arrendatario con tercera persona, cuando posteriormente dicho arrendatario realice visitas esporádicas a la vivienda, llegando incluso a reintegrarse a ella algunos años después.*

CONVIVENCIA: *No existe convivencia—a los efectos del artículo 27 de la L. A. U. 46—cuando el arrendatario reside en local distinto del arrendado y se limita a hacer esporádicas visitas a éste, ocupando con carácter exclusivo por los subarrendatarios. (Sentencia de 14 abril 1959; ha lugar.)*

6. **SUBROGACIÓN: VIVIENDAS ACOGIDAS A LA LEY SALMÓN:** *Lo que prohíbe esta Ley, la de 10 noviembre 1942 y el Decreto-Ley de 4 febrero 1955 es la cesión a extraños, no las subrogaciones en favor de los próximos parientes que señala la L. A. U. cuyos preceptos serán, en este punto, de aplicación en aquellas viviendas conforme al párrafo tercero del artículo 1.º de dicha L. A. U. (Sentencia de 10 abril 1959; ha lugar.)*

En el mismo sentido. Sentencia de la A. T. de Madrid de 17 marzo 1959.

7. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: CAPACIDAD PARA SU RECEPCIÓN:** *El requerimiento de negativa a la prórroga del arriendo es una manifestación de voluntad que puede ser recibida por la mujer casada inquilina sin necesidad de asistencia marital, por no implicar tal requerimiento acto obligacional alguno. (Sentencia 3 abril 1957; No ha lugar.)*

8. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO AL INQUILINO MEDIANTE ACTO DE CONCILIACIÓN:** *No pierde su eficacia aunque haya transcurrido el plazo señalado en el artículo 478 LEC, ya que la LAU sólo señala un mínimo de antelación en el preaviso que es de un año; pero no fija un máximo que no tendrá más límite que el legal de la prescripción de las acciones o el práctico del cambio de las circunstancias que pudieran hacerlo inoperante. (Sentencia 7 octubre 1958; No ha lugar.)*

9. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD:** *Se desestima su existencia por considerarse que la vivienda sobre la que recae el ejercicio del derecho de denegación de prórroga no es apta—por su exigüidad y deficiente disposición—para constituir el domicilio de la persona para quien se pide. (Sentencia 6 octubre 1958; No ha lugar.)*

OBSERVACIONES: Es de advertir que el argumento anotado se utiliza en la sentencia de suplicación a mayor abundamiento de una serie de razones ya apreciadas por el Juzgado de Primera Instancia como reveladoras de la inexistencia de la necesidad alegada (así, la falta de demostración del vínculo filial entre el recurrente y la persona para quien se pidió la vivienda, el hecho de que el solicitante tenía además de la misma casa en que viven las partes otras dos casas con referencia a las que no se ha demostrado si existen viviendas deshabitadas u otras que sirvan de hogar familiar (1), y, en fin, la circunstancia de que el recurrente había arren-

(1) Vid., sin embargo, Sentencia de 23 abril 1958 (A. D. C., T. XI, fas 3.º, página 969) en que esta circunstancia se considera irrelevante.

dado otro piso de la misma casa once días antes del matrimonio del hijo para el que pide la vivienda, a persona extraña al orden familiar), todas cuyas razones son aceptadas y reproducidas en el considerando 1.º de la presente Sentencia.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA (NECESIDAD): ORDEN DE PREFERENCIA: *La condición de funcionario público a que se refiere el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 64 LAU debe recaer en quien sea titular del contrato.* (Sentencia 6 octubre 1958; No ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Es justa causa de desocupación que enerva la facultad de denegar la prórroga la enfermedad del cónyuge del inquilino que determinó el traslado de ambos a otro lugar.* (Sentencia 21 abril 1959; Ha lugar.)

OBSERVACIONES: Es interesante señalar que el recurso se fundamentaba en la infracción del artículo 56 del Código civil cometida por la Sentencia impugnada. La Audiencia estima el recurso por este motivo diciendo en el CONSIDERANDO 2.º que...« a los efectos de ausencia del domicilio conyugal, la enfermedad de la mujer equivale a la del esposo, por lo que, siendo éste el inquilino, está justificada la desocupación de autos y al no estimarlo así la sentencia impugnada, infringe el artículo 56 del Código Civil y doctrina legal correspondiente; todo sin perjuicio de que, por razones económicas o profesionales, sea prácticamente imposible en otros casos que el marido acompañe a la mujer o que haya familias que por razones semejantes no puedan llevar a cabo la cura recomendada por la ciencia médica» (traslado a otro lugar de clima más benigno, en el caso de autos).

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Existe justa causa de desocupación cuando el inquilino se ve obligado a desplazarse de su vivienda largos periodos de tiempo durante el año en cumplimiento de sus deberes profesionales.* (Sentencia 3 octubre 1958; No ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Se considera como justa causa de desocupación la estancia transitoria en colegios o domicilios de familiares de la persona subrogada en el contrato, siendo ésta menor de edad y huérfana.* (Sentencia 13 abril 1959; No ha lugar.)

OBSERVACIONES: Esta misma doctrina fué recogida en la Sentencia de la A. T. de Madrid de 14 de junio 1958. En la que ahora se anota se utiliza como argumento «a fortiori», desestimándose el recurso por haber declarado no probada la desocupación el Juzgado.

14. DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LAU: DERECHOS ADQUIRIDOS: *No tienen derecho a la subrogación «mortis causa» que reconocía el artículo 71 de la LAU derogada los sobrinos del inquilino fallecido después de la entrada en vigor de la Ley nueva, aunque en dicho momento llevasen conviviendo con aquél más de dos años.* (Sentencia 6 octubre 1958; No ha lugar.)

3.º CONSIDERANDO: «Que... para resolver con acierto el recurso, se hace necesario examinar... si ese hecho de la convivencia en ese grado de parentesco, y por espacio de más de dos años, dentro de la vigencia de la Ley derogada, genera lo que la doctrina científica—con criterio discrepante—

denomina «expectativa de derecho», relación jurídica interina o derecho futuro y a este respecto es de observar que todos los autores están conformes en exigir para que pueda hablarse de expectativa de derecho protegible, que se pase de la vaga y genérica esperanza y se llegue a una titularidad cierta, cuya ejecución esté definida, que es, precisamente lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el cual el hecho de venir conviviendo la demandada con su tía con más de dos años durante la vigencia de la Ley derogada, no es más que una simple eventualidad indeterminada, que no tiene transcendencia jurídica y que, por tanto, tampoco puede obtener la protección de la norma...»

4.º CONSIDERANDO «...que el derecho a subrogación por fallecimiento del titular... no nace hasta el momento de la muerte del titular inquilino, porque el momento del nacimiento de un derecho es aquél en que éste adquiere una existencia concreta, por concurrir todos los supuestos a los cuales lo condiciona el ordenamiento jurídico...»

5.º CONSIDERANDO «...que, además, la disposición transitoria 15 de la Ley vigente (cuya infracción se alegaba como fundamento del recurso) hace referencia a las modificaciones efectuadas en el capítulo undécimo, que es el que trata de las causas de resolución, en general, mientras el derecho de subrogación se halla regulado en los artículos 58 y 59, que forman parte del capítulo VII, y la norma general de la Ley es, como se deduce de la primera de sus disposiciones transitorias, que sea aplicable, no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho momento se hallasen en vigor, sin otras excepciones que las que resultan de sus propios conceptos...»

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: INFRACCIÓN DE DOCTRINA LEGAL: *Sólo puede considerarse como tal la establecida en repetidas e idénticas decisiones del Tribunal Supremo, nunca las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales aunque resuelvan recursos de suplicación.* (Sentencia 7 octubre 1958; No ha lugar.)

2. CONTRADICCIÓN: *No puede fundamentarse el recurso en la contradicción entre los argumentos de la sentencia recurrida, sino sólo en la contradicción en el fallo que es la infracción legal que podría denunciarse al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC.* (Sentencia 8 octubre 1958; No ha lugar.)

3. COSA JUZGADA: SENTENCIA SOBRE PRESUPUESTOS PROCESALES: *Para que una sentencia origine cosa juzgada se exige que recaiga de un modo efectivo sobre el fondo del litigio planteado y, por tanto, si la pretensión no fue discutida en cuanto al fondo por falta de alguno de los presupuestos procesales (en este caso, competencia), la cosa juzgada, verdaderamente, no se produjo.* (Sentencia 2 marzo 1959; No ha lugar.)

4. **COSTAS: TEMERIDAD:** *No puede apreciarse en el recurrente, cuando existe discrepancia entre las dos sentencias de instancia.* (Sentencia 6 octubre 1958; No ha lugar.)

5. **COSTAS EN APELACIÓN: CRITERIO:** *La apreciación de la temeridad o de exclusión de temeridad a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 149 LAU es facultad soberana del órgano enjuiciador, que no puede impugnarse en casación ni en suplicación* (Sentencia 8 octubre 1958; No ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil.

1. SUBARRIENDOS PRIVILEGIADOS DEL ARTÍCULO 18 DE LA L. A. U.: *Es causa de resolución el incumplimiento del deber de notificar la existencia del subarriendo, impuesto en el artículo 18 de la L. A. U. (S. 10 de abril de 1959; no ha lugar.)*

2. TENENCIA DE HUÉSPEDES: *No es causa de resolución la tenencia por el inquilino sin autorización del arrendador, de un número inferior a tres huéspedes. (S. 7 de abril de 1959; no ha lugar.)*

3. HOSPEDAJE Y SUBARRIENDO: *El contrato de hospedaje sólo puede tenerse como celebrado si se demuestra cumplidamente su existencia toda vez que la inteligencia contraria conduciría a que la obligación de notificar que impone el artículo 18 de la L. A. U. para la validez de los contratos de subarriendo que expresa pudiera dejarse sin efecto, al arbitrio del inquilino, con la sola invocación del contrato de hospedaje. (S. 17 de febrero de 1959; ha lugar.)*

4. INDUSTRIA DOMÉSTICA Y LOCAL DE NEGOCIO DE HOSPEDERÍA: AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *El permiso del arrendador para el ejercicio por el arrendatario de la pequeña industria de hospedería no autoriza al segundo a destinar el local arrendado para vivienda a una industria de hospedería clasificada como de tercera clase y a dedicar todas las habitaciones al alojamiento de huéspedes. (S. 22 de noviembre de 1958; ha lugar.)*

5. RETRACTO DE INQUILINO: IMPUGNACIÓN DE TRANSMISIÓN: *Los plazos señalados para el ejercicio de las acciones de retracto, y de impugnación por el inquilino, de la transmisión realizada por el arrendador, son de caducidad. (Sentencia 31 de marzo de 1959; no ha lugar.)*

6. SUCESIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDA: DEFECTO DE NOTIFICACIÓN: *Es causa de resolución el defecto de notificación exigida por el artículo 58 de la LAU, aunque la sucesora sea la viuda. (S. 11 de marzo de 1959; no ha lugar.)*

NOTA: La generalidad de la doctrina de suplicación mantiene esta doctrina, única admisible a la luz del texto legal, aun reconociendo lo dura que resulta una sanción de tamaña gravedad para la omisión de un deber de notificar, en no pocos casos ignorado por los interesados. Debe notarse que la Audiencia de Barcelona parece haber abandonado la posición que mantuvo en una sentencia de 3 de octubre de 1957 en la que se afirmó que la disposición transitoria 3.ª de la L. A. U. de 1956 atribuía a los arrendatarios anteriores a la

vigencia de dicha Ley los derechos establecidos en los artículos 58 y 59 de la misma, pero no las obligaciones impuestas en tales preceptos, doctrina que hubiera supuesto la liberación del deber de notificar la subrogación *mortis causa* cuando el derecho arrendaticio del transmitente se hubiera remontado a fecha anterior a la vigencia de la L. A. U. de 1956 y que desde luego en modo alguno puede prosperar a la vista de la redacción de la disposición transitoria 8.ª y demás normas de derecho intertemporal. El reciente Congreso Nacional de la Familia ha incluido entre sus conclusiones sobre modificaciones legislativas, una propuesta de modificación del artículo 58 de la L. A. U. que evite las lamentables consecuencias de la indicada norma.

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICA: CONCEPTO DE NECESIDAD: *La necesidad no nace de los actos u omisiones voluntarios de los propietarios, sino de hechos independientes de su voluntad.*

NECESIDAD CREADA VOLUNTARIAMENTE POR EL ARRENDADOR: *No ha lugar a la denegación de prórroga por necesidad si el arrendador abandonó voluntariamente su vivienda trasladándose a la de sus hijos.* (S. 7 de abril de 1959; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CENSURA EN SUPPLICACIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico sometido a censura en el recurso de suplicación* (1).

MOMENTO AL QUE HAY QUE REFERIR LA SITUACIÓN DE NECESIDAD: CAPACIDAD DE LA VIVIENDA PATERNA: SITUACIÓN ANGUSTIOSA DE LA PARTE DEMANDADA: *No procede la denegación de prórroga si el hijo para quien se solicitó la vivienda no reside en el lugar de la finca de autos al tiempo en que se dice surgida la necesidad, tanto más cuanto que las habitaciones de la vivienda paterna son suficientes para padres e hijos, en contraste con la situación angustiosa de la demandada si se viera obligada a desalojar la vivienda.* (S. 9 de abril de 1959; ha lugar.)

NOTA: Se aparta esta sentencia de la doctrina generalmente admitida y sentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, según la cual la amplitud y suficiencia de la vivienda paterna no obsta al derecho de los hijos a tener vivienda independiente; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que dicha doctrina se ha referido por lo general al supuesto de hijos casados o que van a contraer matrimonio, supuesto que no se daba en el caso de autos. Nótese también la confrontación que se hace en la sentencia de la mera conveniencia del arrendador con la situación de verdadera necesidad de la inquilina a conservar su vivienda, contraste del que generalmente se prescinde en las sentencias denegatorias de prórroga por necesidad.

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA DE ÉSTA: *No puede invocar situación de necesidad quien vive en vivienda alquilada que le sirve*

(1) En este sentido también S. 4 febrero 1959 (no ha lugar).

de hogar y anteriormente habitó otra con iguales características, que abandonó voluntariamente, después del requerimiento denegatorio de prórroga, para patentizar la necesidad. (S. 2 de abril de 1959; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN DE COPROPIETARIOS: *Un copropietario puede, por sí solo, ejercitar la acción de resolución, aun cuando no manifieste actuar en nombre de los demás.* (S. 2 de marzo de 1959; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: TITULAR DEL DOMINIO ÚTIL: LEGITIMACIÓN: *Como el dueño del dominio directo no cedió o subrogó al enfiteuta en los derechos que le correspondían como arrendador del piso en cuestión, no está legitimado el enfiteuta para denegar la prórroga del arriendo por causa de necesidad.* (S. 16 de febrero de 1959; ha lugar.)

NOTA: Sorprendente doctrina, en verdad, la de esta sentencia, que en oposición a la generalidad de los autores —véanse por todos Castán y Calvillo («Tratado de Arrendamientos Urbanos», II, pág. 234), y Rodríguez Solano («Pretora», 1953, número 16, págs. 8 y 10)— niega que el titular del dominio útil, por esa sola circunstancia, se halle legitimado para negar la prórroga arrendaticia por necesidad propia. Extraña por demás la referencia que se hace a la subrogación y la cita de los artículos 1.203, 1.024 y 1.029 del Código civil; parece suponer la Sala que la cualidad de arrendador inherente al titular del dominio pleno sólo puede transferirse al dueño útil cuando la propiedad se divide, a virtud de un específico pacto de cesión del contrato, siendo así que al transferirse o desglosarse el dominio útil se transfiere y desglosa la titularidad de arrendador de modo automático. El enfiteuta, en nuestro derecho, como titular del dominio útil, es el verdadero dueño y al adquirir el dominio útil de una finca arrendada adquiere *ipso iure* la condición de arrendador de la misma, hallándose, por tanto, plenamente legitimado para toda clase de acciones de que sea titular el arrendador.

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *El padecimiento de reuma, por sí solo, no engendra la justa causa de no ocupación bastante para enervar la causa 3.ª de denegación de prórroga.* (Sentencia 27 de enero de 1959; ha lugar.)

13. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: *Implica transformación de vivienda en local de negocio, el hecho de que el arrendatario de aquélla, dedique la misma a despacho o escritorio de la industria de carpintería que explota con fin lucrativo.* (S. 19 de febrero de 1959; no ha lugar.)

14. RUINA: *Los acuerdos de la Autoridad administrativa declarando el estado ruinoso de una finca no pueden ser revisados en la vía civil, sino en la contencioso-administrativa.*

EJERCICIO DE ACCIÓN RESOLUTORIA: REPARACIONES NECESARIAS: *Instada la resolución del contrato de arrendamiento, no puede pedir el inquilino al arren-*

ñador que haga las reparaciones necesarias para la conservación de la vivienda. (S. 16 de febrero de 1959; ha lugar.)

15. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *Alteran la configuración las pequeñas obras realizadas sin autorización consistentes en desconectar el «bidet» y la bañera, de sus tuberías de desagüe, retirándolas del cuarto de baño y suprimiendo u obturando las cañerías correspondientes, lo que determina la real supresión del cuarto de baño.* (S. 1 de abril de 1959; ha lugar.)

NOTA: Muestra la anterior sentencia un criterio de extrema severidad para con el arrendatario, en contraste con el más benévolo exteriorizado por la propia Audiencia en otras ocasiones y con el relajamiento del antiguo rigor, que el Tribunal Supremo ha empezado a acusar en sentencias cuales las de 30 de septiembre y 18 y 30 de octubre de 1958.

16. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Prescribe a los quince años la acción resolutoria por obras que alteran la configuración.* (S. 28 de enero de 1959; no ha lugar.)

NOTAS Aunque algún fallo aislado de instancia ha aplicado en Cataluña el plazo de treinta años del Usatge *Omnes causae* a la prescripción de acciones resolutorias de la L. A. U., la generalidad de los Tribunales de dicho territorio aplica el de quince años del Código civil.

17. SUBARRENDATARIOS PROTEGIDOS POR DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª DE LA L. A. U.: ANTIGÜEDAD DEL CONTRATO: *Aunque el subarrendatario habite en la vivienda desde tiempo anterior a 1946 no se halla protegido por la disposición transitoria 4.ª apartado f) si el contrato de subarriendo vigente data de tiempo posterior a la fecha de entrada en vigor de la L. A. U. de 1947.* (S. 14 de abril de 1959; no ha lugar.) (En el mismo sentido otra Sentencia de 19 de enero de 1959; no ha lugar).

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GIRÓN TENA, José: *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho Español.*

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código Civil. Parte I.*

ROCA JUAN, Juan: *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial.*

MORENO QUESADA, Bernardo: *El usufructo de la nuda propiedad.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Glosas al § 3º del art. 10 del Código Civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

3. INFORMACIÓN LEGISLATIVA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.

ACILLONA Y LANDESA, Francisco Javier de: *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo.*